

BREVE ESTUDO SOBRE O CRIME DE ABUSO SEXUAL DE PESSOA INCAPAZ DE RESISTÊNCIA, PREVISTO NO ARTIGO 165º DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS, COM A REFERÊNCIA AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, DE 27/06/2018

Marcela Valente Costa ¹

1. OBJETO

Propomo-nos a tecer algumas considerações sobre o tipo legal de crime abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, previsto no artigo 165º do Código Penal (CP), fazendo referência a um caso concreto que consta de um acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP), de 27 de junho de 2018².

Sob a epígrafe “Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência”, dispõe o artigo 165º do CP que:

1 - Quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do

seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de seis meses a oito anos.

2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos.

2. ENQUADRAMENTO DO TIPO LEGAL DE CRIME

Este ilícito típico está inserto na secção concernente aos crimes contra a liberdade sexual, sendo o bem jurídico aqui protegido a liberdade sexual de outrem³.

Ao contrário do que acontece nos crimes de coação sexual (artigo 163º do CP) e violação (artigo 164º do CP), no crime de

¹ Doutoranda em Direito na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, Portugal. Mestre em Direito Criminal pela Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, Portugal (2016-.2018). Graduada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, Portugal (2012-2016).

² Processo: 3897/16.9JAPRT.P1, Relatora: Maria Dolores da Silva e Sousa, encontra-se disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6f7c90fb3d34e281802582eb0049ac25?OpenDocument>>.

³ Chamamos a atenção para o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 561/95, disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=561%2F95&ficha=28&pagina=1&exacta=&nid=7311>. Pese embora, seja referente à não inconstitucionalidade de um artigo sobre a cópula praticada com mulher portadora de anomalia psíquica do CP de 1982, agora vê a sua protecção no crime que aqui explanamos. E diz este acórdão: “[...] importa concluir que a lei, no caso em apreço, encontrou uma solução, que não sendo a única possível, procura conciliar os diversos interesses em presença, promovendo a sua concordância de modo constitucionalmente não censurável, já que nem exclui o direito das mulheres deficientes à realização sexual – quando verdadeiramente disponham de liberdade moral de escolha na matéria –, nem permite que se verifique um aproveitamento da deficiência psíquica para efeitos de uma autêntica exploração sexual.”

abuso sexual de pessoa incapaz de resistência o agente tira proveito de uma situação pré-existente⁴ de incapacidade de resistência. Assim, se o agente colocar a vítima num estado que a incapacita de resistir para com ela praticar ato sexual de relevo⁵ não estará em causa o crime do artigo 165º do CP, mas sim o crime de coação sexual ou violação. Desta feita, o agente deve conhecer e querer aproveitar o estado de incapacidade de resistência da vítima, sendo este o elemento diferenciador deste tipo ilícito. Estando assim, incluído qualquer forma de dolo.

Como explica Jorge Figueiredo Dias (2012, p.756, § 2, grifo do autor), merecendo o nosso apoio, “[...] a **incapacidade de opor resistência** constitui o denominador de todas as situações típicas que ocorrem com a vítima, sendo a inconsciência apenas uma delas”. Pese embora, a distinção formal de *pessoa inconsciente* e de *pessoa incapaz, por outro motivo, de opor resistência* não traga nenhuma diferença material, podemos afirmar que *pessoa inconsciente* será aquela que se encontra desprovida da razão ou dos sentidos

(não tendo consciência dos seus próprios atos) e *pessoa incapaz, por outro motivo, de opor resistência*, será aquela que não possui condições pessoais para objetar o ato sexual que lhe está a ser imposto⁶. Em termos práticos, um exemplo de *pessoa inconsciente* será uma pessoa que tenha consumido estupefacientes e *pessoa incapaz, por outro motivo, de opor resistência* será uma pessoa tetraplégica.

O n.º 2 deste artigo agrava a penalidade, tanto a mínima quanto a máxima. Em ambos se protegem os atos sexuais de relevo, mas quando eles são os enumerados no segundo número são mais gravosos. Os atos sexuais do n.º 1 serão os atos sexuais que estão protegidos pelo artigo 163º do CP – crime de coação sexual – e os do n.º 2 serão os atos sexuais que estão protegidos pelo artigo 164º do CP – crime de violação. Sabemos já que o que difere os crimes de coação sexual e de violação do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência se situa na necessidade de criação da situação de fragilidade das vítimas, nos dois primeiros crimes, – através de meios de execução específicos. Uma coisa

⁴Situação esta que facilita ou torna possível o abuso sexual. Neste sentido, haverá aproveitamento do agente quando a incapacidade não permite à vítima de formar e exprimir a sua oposição. Abrindo assim, a possibilidade de portadores de anomalia psíquica, que sejam capazes de formar e exprimir a sua vontade/oposição relativamente ao ato sexual de relevo, terem atividade sexual.

⁵ Ato sexual de relevo será todo e qualquer ato de cariz sexual realizado no corpo da vítima, assumindo uma certa gravidade objetiva.

⁶ Chamamos a atenção para as anomalias psíquicas. Na medida em que, poderá haver anomalias psíquicas que se traduzem numa imputabilidade reduzida e que, no caso em concreto, poderão não ter capacidade de oposição e poderá haver anomalias psíquicas que revelem uma inimputabilidade mas que, no caso em concreto, sejam pessoas com capacidade de se opor ao ato sexual que lhe estão a impor. Assim, terá de ser analisado em concreto se aquela pessoa que sofre de uma anomalia psíquica tem capacidade para formar e exprimir vontade relativamente à resistência ao ato sexual. Para uma leitura mais aprofundada sobre este tema aconselhamos Dias (2012, p. 757 e 758).

nos apraz dizer: se as situações são semelhantes, qual a *ratio* da medida das penas⁷ serem diminutas no crime sobre o qual nos debruçamos? Se, por um lado, nos crimes de coação sexual e de violação, o agente atua criando uma situação e no abuso sexual de pessoa incapaz de resistência apenas se aproveita dela, poderá haver um dolo menor. No sentido em que, o autor não tem que vencer uma oposição da vítima. Por outro, o autor está a aproveitar-se de uma situação que já é, por si, de fragilidade da vítima. O que nos poderá levar a dizer que é mais censurável.

Uma paridade das penas entre estes três ilícitos penais parece-nos criar uma desigualdade, pois, estaremos a censurar dois comportamentos distintos, de censura, necessariamente, distinta. A conduta do agente que comete o crime de coação sexual ou de violação passa, inevitavelmente, por *violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a*

ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir. Já no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência o agente não tem esta conduta. Juridicamente⁸ parece-nos correto que a medida da pena deste crime seja menor, não de forma gritante, mas sim para criar uma separação entre estas condutas que são, por si, diferentes.

3. ACÓRDÃO DO TRPDE 27/06/2018

No âmbito de um Processo Comum com intervenção do Tribunal Coletivo que corre nos termos do Juízo Central Criminal de Vila Nova de Gaia foram submetidos a julgamento os arguidos B e C, tendo a sua decisão sido depositada no dia oito de fevereiro de 2018. Resulta deste Acórdão a condenação dos arguidos pelo crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência,

⁷Artigo 163.º

Coacção sexual

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.

Artigo 164.º

Violação

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;

é punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

⁸ Moralmente compreendemos que abusar de uma pessoa incapaz de resistência seja mais grave, na medida em que, a vítima nem se pode defender. No entanto, a moral e a lei assumem, e devem assumir, papéis diferentes. A censura ao nível da conduta do agente deve ser mais grave quando ele criou a situação que impossibilita a vítima de resistir.

Pese embora, nos pareça correto esta classificação do comportamento dos agentes como comportamento que preenche este tipo legal de crime, há algumas considerações que gostaríamos de fazer sobre certas afirmações ou ideias presentes neste Acórdão.

Em nenhum momento das suas declarações deixa a ofendida transparecer qualquer intuito vingativo ou retaliatório contra os arguidos, tanto mais que não deduziu qualquer pedido de indemnização civil sendo, assim, de afastar hipotético intuito de locupletamento com a apresentação da queixa.

As declarações das testemunhas são apreciadas livremente pelo Tribunal, de acordo com o artigo 127º do Código de Processo Penal (CPP). Apreciar um testemunho segundo as regras de experiência e poder ter uma livre convicção sobre ele, é uma grande responsabilidade. Pois, muitas vezes são as testemunhas que têm um papel fundamental para a descoberta da verdade material.

Neste sentido, tendo em consideração a experiência do julgador, é normal que consigam estar atentos e fazer um juízo de valor verdadeiro sobre a veracidade do testemunho. No entanto, afirmarem que o facto de a vítima não ter deduzido um pedido de indemnização civil como justificação de não ter intuito de vingança ou de retaliar e, por isso, estar a falar verdade é, no mínimo, inquietante. Pois, quando uma vítima deduz um pedido de indemnização civil mais não está a fazer do que a exercer um direito que a lei lhe confere. Não está a vingar-se do comportamento dos arguidos. Está a exercer um direito que é seu. Executar um direito não deve prejudicar o

beneficiário desse direito. As vítimas não podem ficar inibidas de fazer uso de um direito que é seu por ter medo que isso vá contribuir para a ideia de que, afinal, só o está a fazer por interesse.

A desconfiança que todos nós enquanto sociedade temos em relação às vítimas, sobretudo com este tipo de pensamentos, só faz aumentar a criminalidade. Pois, a uma vítima já lhe chega ser vítima.

A culpa dos arguidos [embora nesta sede a culpa já não seja chamada ao caso] situa-se na mediania, ao fim de uma noite com muita bebida alcoólica, ambiente de sedução mútua, ocasionalidade (não premeditação), na prática dos factos. A ilicitude não é elevada. Não há danos físicos [ou são diminutos] nem violência [o abuso da inconsciência faz parte do tipo].

Este tipo de afirmações são jurídica e socialmente perversas. Não conseguimos conceber uma culpa mediana neste caso, assim como a ilicitude não ser elevada. Uma noite com bebidas alcoólicas não diminui a culpa de nenhum agente que decide ter uma relação sexual, seja ela que tipo for, sem a outra pessoa ter consentido para isso. Sabemos que no caso em questão, o consentimento era impossível de obter devido ao estado de inconsciência da vítima. Quanto ao “ambiente de sedução mútua”, utilizando esta expressão como justificação para os atos, é demonstrador de uma justiça retrógrada. Esta ideia de sedução mútua vem do facto da vítima ter estado a dançar junto ao arguido B. O que não é indicador de sedução mútua nenhuma, poderia ser indicador de um interesse da vítima pelo arguido, como também poderia ser indicador

previsto no artigo 165º do CP, com pena de prisão de quatro anos e seis meses, suspensa na sua execução por período igual de tempo e sujeita a regime de prova. Foram ainda condenados a pagar ao demandante cível “Centro Hospitalar D..., E.P.E” a quantia de €368.35.

Inconformado com a decisão, o Ministério Público interpôs Recurso. Resultando deste, o Acórdão no qual teceremos algumas considerações.

Acerca da factualidade, e de forma ao leitor perceber o que aconteceu neste caso concreto, faremos um pequeno apanhado.

E (vítima) e sua amiga *G* decidiram ir, numa noite, a um bar discoteca em Vila Nova de Gaia aonde trabalhavam *B* e *C*, os arguidos, um como *barman* e outro como porteiro. Estas amigas já conheciam o local e os arguidos, uma vez que já era habitual frequentarem este espaço para diversão. Perto da hora de fecho do estabelecimento, *B* oferece a *E* alguns *shots*. Entretanto, e já com o estabelecimento sem ninguém, a amiga *G*, por se sentir maldisposta é levada por *C* para casa. Antes deste momento, em que *G* e *C* saem do bar discoteca, o porteiro vê o estado de embriaguez que *E* se encontrava. Uma vez que *E*, acompanhada por *B*, estava no wc feminino a vomitar.

Neste hiato temporal –quando o arguido *C* não se encontrava no bar discoteca porque levou *G* a casa –*E* e *B* continuavam no wc, *B* apercebendo-se da incapacidade da ofendida de reger a sua vontade e de ter consciência dos seus atos, uma vez que esta não estava consciente, resolveu e com ela manteve relações sexuais de cópula vaginal completa, depois de a ter despido da cintura para baixo.

Devido ao estado de inconsciência em que a vítima se encontrava, há momentos em que esta volta a si. E quando isso aconteceu, a vítima ouvindo as vozes dos arguidos –*C* já tinha regressado– sentiu umas palmadas na zona dos seus glúteos, apercebendo-se também aí que tinha roupa puxada até à zona dos joelhos, e que se encontrava posicionada de bruços, com o tronco totalmente apoiado na área do lavatório. Perdendo novamente a consciência, quando a recupera já se encontra no sofá do bar discoteca junto aos arguidos.

Já era de manhã quando *C* leva *E* a casa e *lhe* pede para esquecer o que tinha acontecido. Depois disso, chegaram a trocar mensagens, numa tentativa de convencer *E* de que os atos praticados naquela noite foram consentidos.

Ficou provado que *C* e *B* tinham pleno conhecimento das circunstâncias e que *B*, em primeiro lugar, e *C*, em segundo, mantiveram relações sexuais de cópula vaginal completa com *E*, enquanto esta estava na casa de banho sem consciência de si própria e incapaz de dispor da sua vontade.

Na aplicação do Direito aos factos dados como provados, o TRP veio confirmar a pena dada pelo tribunal de Primeira Instância.

4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACÓRDÃO EM CAUSA

Tendo em consideração o que ainda agora dissemos, o comportamento dos agentes e o estado de inconsciência da vítima tornam preenchido o crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistir (artigo 165º).

que a vítima apenas estava a dançar num bar discoteca perto de uma pessoa que já conhecia. E mesmo se o “ambiente de sedução mútua” fosse verdadeiro, tendo assim, quer a vítima quer o arguido, demonstrado algum tipo de atração pelo outro não justifica, em nada, os atos praticados. Como afirma Paulo Pinto de Albuquerque (2015, 649, ponto 24), e com a nossa total concordância, “[...] atenta à natureza do bem jurídico em causa, que toca no mais íntimo de cada ser humano, o agente só pode agir na certeza do consentimento da vítima.”.

Os danos físicos existentes foram equimoses e hematomas em várias partes do corpo. São referidos como danos diminutos. É verdade, na medida em que, as marcas do corpo acabam por desaparecer e, neste caso em concreto, não havendo uma ofensa à integridade física grave, os hematomas desaparecem. No entanto, os hematomas da alma não são assim. Em momento algum, o julgador se refere aos danos psicológicos decorrentes destes crimes. É como se eles nem existissem. Entrarem no mais íntimo da nossa vida sem o nosso consentimento é, no mínimo, repudiante.

O processo penal não é virado para as vítimas: os arguidos são a peça fundamental destes processos. Mas, não podemos esquecer

que as vítimas são os sofreadores dos atos dos arguidos. Atender ao sofrimento das vítimas, dando-lhe o devido valor, contribui para um processo mais justo. Pois, todo o comportamento do agente é tido em conta.

Assim, no caso, a única razão que poderia determinar pena efectiva seriam as necessidades de prevenção geral [por se entender que “a execução da pena de prisão se mostra indispensável para que não sejam postas irremediavelmente em causa a necessária tutela dos bens jurídicos e estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias.”], mas no ilícito típico em causa a jurisprudência vem aceitando a possibilidade da suspensão da execução da pena e que essa pena alternativa não está afastada para crimes desta gravidade; por outro lado, no caso, a pena efectiva seria inadequada, dado que no plano dos fins das penas todos os outros factores são favoráveis aos arguidos, aqui recorridos. As circunstâncias em que ocorreram os factos, as condições de vida dos arguidos, pretéritas e presentes e a personalidade dos arguidos, permitem-nos concluir que as finalidades da punição poderão ser alcançadas com a simples ameaça de prisão e a censura do facto.

A suspensão da execução da pena de prisão está prevista no artigo 50º do CP⁹. E, de

⁹Artigo 50.º

Pressupostos e duração

1 - O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

2 - O tribunal, se o julgar conveniente e adequado à realização das finalidades da punição, subordina a suspensão da

acordo com o julgador, estão preenchidos todos os pressupostos. Se em termos de prevenção especial podemos entender parcialmente que uma suspensão de execução da pena é suficiente, pois os arguidos estão integrados na sociedade, tendo o apoio familiar, já não podemos assegurar um juízo de prognose favorável à não reincidência na vida criminosa. Sendo os arguidos trabalhadores de um estabelecimento onde os excessos são frequentes, onde o ambiente vivido com a vítima pode repetir-se constantemente, temos sérias dúvidas que os arguidos não voltaram a este tipo de práticas. Acrescentando a isto o facto dos arguidos em momento algum mostrarem arrependimento, pois a sua defesa debruçou-se em insistir que os atos realizados foram com consentimento.

Em termos de prevenção geral, a suspensão da execução da pena de prisão no caso concreto é um erro. Não um erro do ponto de vista jurídico uma vez que, no caso concreto, a lei permite lançar mão deste instituto, mas sim num ponto de vista sociológico. A jurisprudência está a criar uma tendência que a pena para os crimes sexuais é sempre suspensa na sua execução. Está a tornar-se um hábito nos nossos Tribunais a não execução da pena de prisão para os condenados neste tipo de crimes. O que leva, por um lado, aos agentes destes crimes a criar

uma convicção que, mesmo que sejam condenados, a prisão não é um desfecho possível e, por outro, cria nas vítimas um sentimento de injustiça e de revolta, pois a sociedade considera estar em causa crimes muito graves e a suspensão da execução da pena de prisão não é proporcional ao tipo crimes cometidos e, até, um sentimento de que mais vale não fazer queixa, uma vez que todo o processo judicial é um procedimento doloroso para as vítimas e este tipo de condenação não cria um sentimento de confiança e de verdade na justiça.

5. BREVES REFLEXÕES

O crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, contido no artigo 165º do CP é um tipo legal menos usual na jurisprudência portuguesa do que outros crimes desta secção, como o crime de coacção sexual (163º do CP) ou o crime de violação (artigo 164º do CP). O que não é, necessariamente, coincidente com a realidade. cremos que muitas vezes o estado de inconsciência não permite às vítimas, já quando estão conscientes, uma plena noção da realidade dos factos à data daquele estado.

Relativamente ao Acórdão, que aqui referimos e fizemos uma pequena análise, demonstra uma falta de sensibilidade e de

execução da pena de prisão, nos termos dos artigos seguintes, ao cumprimento de deveres ou à observância de regras de conduta, ou determina que a suspensão seja acompanhada de regime de prova.

3 - Os deveres e as regras de conduta podem ser impostos cumulativamente.

4 - A decisão condenatória especifica sempre os fundamentos da suspensão e das suas condições.

5 - O período de suspensão é fixado entre um e cinco anos.

desprezo para com as vítimas e para com a luta contra os crimes sexuais. Os magistrados portugueses não estão preparados para combater a criminalidade sexual. Há uma tendência para relativizar os danos causados na vítima, sobretudo os psicológicos, não integrando estes na medida da pena.

Seria muito benéfico para a justiça portuguesa, nomeadamente para o combate aos crimes sexuais, que os magistrados durante a sua formação fossem sensibilizados para estas pragmáticas questões que fazem, e vão fazer sempre parte, do Direito Penal. O processo penal não foi pensado para as vítimas, mas não devem ser colocadas para segundo plano.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. 3. ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Comentário ao artigo 165º do CP. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. Tomo I, 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

PORTUGAL. Código Penal.

Submissão em: 16 outubro 2018.
Pareceres favoráveis em: 18 janeiro 2019