



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Ausência de Resistência no Crime de Violação

Eduarda de Fátima Cardoso Fonseca

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Ausência de Resistência no Crime de Violação

Eduarda de Fátima Cardoso Fonseca

Orientadora: Professora Doutora Maria da Conceição Fonseca Ferreira da
Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Agradecimentos

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha, pela ajuda, disponibilidade e conhecimento transmitido.

À minha família, principalmente os meus pais e o meu irmão, pelo apoio e paciência.

Às minhas amigas, as que desde sempre estiveram presentes e as que conheci neste percurso académico.

Resumo

A ratificação da Convenção de Istambul por Portugal, em 2013, promoveu diversas alterações legislativas, através das quais passou a estar previsto no artigo 164º do Código Penal, até à data, que o constrangimento é o elemento principal do crime de violação. Além disso, foram diferenciadas as situações mais graves (que anteriormente eram as únicas previstas) das menos graves, em que não é exigida violência física, ameaça grave, colocação na impossibilidade de resistir ou tornar inconsciente. Foi também acrescentada a expressão “contra a vontade cognoscível da vítima” no nº 3 do artigo de forma a esclarecer o que se entende por constrangimento. No entanto, coloca-se a questão de saber se estas recentes alterações são suficientes e adequadas à realidade prática do tipo legal.

Palavras-Chave: Cognoscibilidade; Consentimento; Constrangimento; Convenção de Istambul; Dissentimento; Negligência; Resistência; Silêncio; Violação; Vontade da Vítima.

Abstract

The ratification of the Istanbul Convention by Portugal, in 2013, promoted several legislative changes, through which it became established in article 164 of the Penal Code, to date, that constraint is the main element of the crime of rape. Furthermore, the most serious situations (which were previously the only ones foreseen) were differentiated from the less serious ones, in which physical violence, serious threat, being unable to resist or rendering unconscious are not required. The expression “against the knowing will of the victim” was added to number 3 of the article to clarify what is meant by constraint. However, the question arises as to whether these recent changes are sufficient and adequate to the practical reality of the legal type.

Keywords: Knowability; Consent; Constrain; Istanbul Convention; Dissent; Negligence; Resistance; Silence; Rape; Victim's Will.

Índice

Abreviaturas.....	1
Introdução.....	2
Capítulo I – Evolução Histórica	3
Capítulo II – Convenção de Istambul e Alterações Subsequentes	8
Capítulo III – Modelos	17
1. Modelo do Consentimento.....	17
2. Modelo do Constrangimento	18
2.1. Vontade Cognoscível	20
3. Modelo do Dissentimento.....	23
4. O Problema do Dolo	27
4.1. A Negligência.....	28
Capítulo IV – O Silêncio	31
1. Interpretação de acordo com os Modelos	31
2. Modelo do Consentimento Livre	34
Conclusão	38
Bibliografia.....	40
Jurisprudência.....	44
Legislação.....	45

Abreviaturas

Ac. - Acórdão

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

Art./Arts. – Artigo/Artigos

CI – Convenção de Istambul (Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica)

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

GREVIO – Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence

Nº – Número

p./pp. – página/páginas

Proc. – Processo

StGB – Strafgesetzbuch

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vs. – Versus

Introdução

A presente dissertação versará sobre o crime de violação – que constitui uma grave ofensa à liberdade sexual e à dignidade da pessoa humana, sendo crescente e incontestável a sua relevância e debate no contexto jurídico e social – praticado contra pessoas adultas, sem qualquer incapacidade. A definição de violação tem traçado uma evolução significativa no ordenamento jurídico português, que se iniciou nas ordenações afonsinas e teve a sua última modificação legislativa em 2023.

Mas foi com a ratificação da Convenção de Istambul (que estabelece padrões e diretrizes para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica) por Portugal, em 2013, e consequentes alterações introduzidas pela Lei 83/2015 de 5 de Agosto, que foi alargado o tipo legal ao abranger o constrangimento por outros meios (para além dos que até então estavam tipificados na lei). Neste seguimento, serão estudados, comparados e criticados os vários modelos que têm vindo a ser usados e discutidos a propósito do crime de violação, nomeadamente os modelos do consentimento, do dissentimento e do constrangimento (adotado por Portugal), e a respetiva legislação comparada nos casos em que tal se aplique.

Também em 2019 o artigo 164º que sofreu uma alteração importante, com a introdução de um novo número no artigo e a expressão “contra a vontade cognoscível da vítima”¹. Esta nova redação, que terá um papel central nesta dissertação, levanta diversas questões que se referem ao seu significado e abrangência.

Finalmente, a questão do silêncio, da passividade ou da falta de reação da vítima tem sido objeto de controvérsia, levantando questões sobre o verdadeiro significado de consentimento e dissentimento, por isso, importa explorar qual o modelo que melhor se adequa a estas situações e qual a resposta que a Convenção de Istambul lhes dá.

¹ Art. 164º, nº 3 do CP.

Capítulo I – Evolução Histórica

A violação sexual é uma das mais graves formas de violência, com consequências profundas tanto para a vítima quanto para a sociedade. Por isso, numa tentativa de acompanhar a evolução social, cultural e jurídica em Portugal aliada à preocupação com os direitos das vítimas e à promoção da justiça, a legislação nacional referente a crimes sexuais, especialmente no que ao crime de violação se refere, tem passado por diversas e constantes mutações ao longo do tempo.

Inicialmente, no Título VI “Da Mulher forçada, e como se deve provar a força” do Livro Y das Ordenações Afonsinas, era punida a conduta do homem “que forçosamente, e per força dormir com mulher casada, ou religiosa, ou moça virgem, ou viuva, que honestamente vivesse”², sendo que só estaria em causa este ilícito quando perpetrado por homens contra mulheres consideradas honestas.

Adicionalmente, para a denúncia ser válida e a vítima poder ser ouvida pelo Rei (autoridade competente), a busca por justiça traduzia-se num espetáculo público e humilhante de sofrimento, sendo exigido à vítima que, logo após a prática sexual não consentida, se dirigisse imediatamente ao monarca enquanto dizia em “grandes vozes”³ o nome do agressor no decorrer do trajeto e perante todos os transeuntes que encontrasse. De certo modo, a ideologia da época considerava as mulheres cúmplices ou agentes passivos da própria violação, pairando uma desconfiança sobre estas e, assim, a responsabilidade parecia dividida e a culpa do agente diluída.

Mais tarde, o Código Penal de 1852 incluiu o crime de violação, denominado à época de estupro (artigos 392º e 393º) e cópula ilícita (artigo 394º), no Capítulo IV “Dos crimes contra a honestidade”, que se inseria no Título 4º “Dos crimes contra as pessoas” e visava assegurar os “sentimentos comunitários de moralidade sexual”⁴. Este tipo legal consumava-se quando se tratasse de mulher virgem, ou de viúva honesta entre os 12 e os 25 anos (casos em que a falta de consentimento era já presumida)⁵, ou ainda se fosse praticado contra a vontade de mulher não menor nem honesta e “por meios de violencia

² Ordenações Afonsinas, versão online, <https://gulbenkian.pt/publications/ordenacoes-afonsinas-livro-v/>

³ Ordenações Afonsinas, versão online, <https://gulbenkian.pt/publications/ordenacoes-afonsinas-livro-v/>

⁴ Cunha, 2011, p. 452.

⁵ Arts. 392º e 393º do CP de 1852.

ou por meios fraudulentos tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime”⁶.

Era, então, deixada de lado a proteção da liberdade sexual e da autonomia individual das vítimas, o que encontra respaldo tanto no facto de que, não se tratando de mulher casada, a pena cessaria se o autor do crime casasse com a vítima⁷, quanto na circunstância de que a cópula não seria considerada ilícita quando realizada entre cônjuges, ainda que verificado algum dos meios típicos. Isto ocorria em razão de a esposa ser objetificada e considerada pertença do marido, além de que a sociedade considerava importante zelar pela honra e património familiares, bem como assegurar a virgindade das mulheres solteiras.

Posteriormente, o Código Penal de 1886 manteve uma visão patriarcal e apresentou alterações mínimas em relação a esta matéria, passando a punir, no artigo 393º, a “cópula ilícita com qualquer mulher” (permanecendo a exceção das relações conjugais), pelo que a cópula continuou a ser o único ato típico (só se aplicando este tipo legal a relações heterossexuais) e persistiu a ideia de que o autor do crime seria sempre um homem e as ofendidas do sexo feminino.

Quase um século depois, em 1982 surgiu um novo Código Penal, que enquadrou a violação no artigo 201º da Secção II “Dos crimes sexuais”, e começou a ser dada alguma relevância à liberdade sexual. No entanto, esta secção estava elencada no capítulo “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, do título “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade” pelo que, conforme afirma FERNANDA PALMA, “a intervenção do Direito do Estado no campo sexual se justificava não propriamente nos direitos da vítima, mas sim na monocromática organização ética da sociedade”⁸, permanecendo o bem jurídico praticamente inalterado.

Não obstante, este diploma trouxe uma evolução significativa, em primeiro lugar, devido à implementação, no nº 1 do artigo referido, de alguns preceitos como, violência, ameaça grave, tornar inconsciente, colocar na impossibilidade de resistência e

⁶ Art. 394º do CP de 1852.

⁷ Art. 400º do CP 1852.

⁸ Palma, 2023, p. 12.

constranger à cópula com terceiro – fazendo do crime de violação, porém, um crime de execução vinculada, uma vez que são exigidos meios típicos de constrangimento para o preenchimento deste tipo legal. É de referir ainda que o n° 2 introduziu os atos análogos à cópula, que foram especificados apenas quanto a menores de 12 anos (sem fazer referência, também pela primeira vez, ao gênero).

Este artigo afastou ainda a exigência de cópula extramatrimonial, valorizando-se, assim, a autonomia individual e a vontade das mulheres casadas. Por outro lado, o legislador parece não ter sido muito feliz na elaboração do último número do artigo 201º, no qual reforça a desconfiança e discriminação em relação às mulheres, presente já nas anteriores versões do Código Penal (e que, por vezes, ainda hoje se verifica). Isto porque incluiu uma espécie de responsabilização da vítima em virtude de o “seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente”⁹ terem contribuído sensivelmente para a consumação da violação, que conduziria a uma especial atenuação da pena.

O crime de violação, que até à revisão de 1995 tinha por base concepções moralistas, integra, a partir desta reforma e até aos dias de hoje, o artigo 164º do capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, assumindo a proteção da liberdade sexual, que se aplica a contextos em que são praticados crimes sexuais “contra adultos ou menores sem o consentimento destes”¹⁰, pelo que deixam de ser punidos relacionamentos sexuais consentidos entre adultos (em cumprimento dos preceitos constitucionais da dignidade e necessidade penal – art. 18º, n° 2 da CRP – e da dignidade da pessoa humana – art. 1º da CRP).

Além disso, a defesa da liberdade sexual vem incluir, de acordo com CONCEIÇÃO CUNHA, a liberdade de cada pessoa se relacionar sexualmente de acordo com a sua vontade (vertente positiva), assim como de recusar qualquer relacionamento sexual (vertente negativa)¹¹, podendo cada pessoa dispor livremente do próprio corpo¹².

Quanto à letra da lei, embora no número 1 o legislador continuasse a contemplar apenas a cópula com mulher, no número seguinte alargou a tutela deste tipo legal à

⁹ Art. 201º do CP de 1982.

¹⁰ Albuquerque, 2022, p. 717.

¹¹ Cunha, 2017, p. 347.

¹² Albuquerque, 2022, p. 717.

penetração anal, equiparando-a à cópula. Ademais, não apontou, neste número 2, o gênero dos intervenientes, pelo que a norma começou a englobar todas as situações em que o agente do crime é do sexo masculino, nomeadamente relações homossexuais entre homens – sendo a mulher considerada ainda um ser mais fraco e frágil, incapaz de constranger outrem à prática de atos sexuais não consentidos (recorrendo a um qualquer meio típico), sendo apenas colocada na posição de vítima. Acresce ainda que, com a eliminação do antigo número 3, foi finalmente suprimida (pelo menos no que ao texto normativo diz respeito) a desconfiança convencional relativamente às mulheres e à sua contribuição para que o crime tivesse lugar.

Foi também com a entrada em vigor deste diploma que os crimes sexuais passaram a ser divididos em “Crimes contra a liberdade sexual” (secção I), “Crimes contra a autodeterminação sexual” (secção II) e “Disposições comuns” (secção III)¹³. Tal como refere FIGUEIREDO DIAS, tanto a primeira como a segunda secções visam proteger a liberdade e autodeterminação sexual, porém, a distinção que foi criada verifica-se porque, ao passo que a secção I se aplica independentemente da idade da vítima, a secção II – que tutela o “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual” – é direcionada a situações em que, além de a vítima ser um menor, as circunstâncias são consideradas crime ou têm uma gravidade acentuada exatamente devido à sua idade.¹⁴

Sensivelmente três anos depois, a Lei nº 65/98, de 2 de setembro trouxe alterações significativas a este campo, refletindo uma preocupação com a tutela da liberdade sexual e com a gravidade das ofensas cometidas. Tendo em conta o nº 1 do artigo 164º, foi ampliada a tipificação dos atos sexuais relevantes no contexto do crime de violação, equiparando-se o coito anal e o coito oral à cópula. Adicionalmente, introduziu-se aqui a expressão “a sofrer ou a praticar”, ampliando reconhecendo que a coerção se pode manifestar de diversas formas, incluindo a pressão para que a vítima seja ativa na conduta sexual, ou seja, passou a contemplar tanto os casos de passividade da vítima em sofrer a conduta sexual quanto de atividade (isto é, quando a vítima é coagida a realizar a prática sexual).

¹³ CP de 1995.

¹⁴ Dias, 2012, p. 711.

Foi, também, apenas a partir desta revisão de 1998 que a legislação penal adotou uma abordagem mais inclusiva e igualitária, quando eliminou a referência exclusiva à mulher como vítima deste crime e reconheceu que os sujeitos ativo e passivo tanto podem ser do sexo feminino, como masculino (com a palavra “Quem” a norma referia-se ao autor do crime e a vítima era enunciada como “outra pessoa”¹⁵) – o que refletiu uma evolução no entendimento da gravidade e estigmatização associadas à violação, tal como reconheceu a liberdade e autodeterminação sexual de todas as pessoas, sem distinção de género.

Acresce ainda que, o segundo número do artigo, elencou situações específicas de abuso de autoridade resultante de relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho¹⁶, introduzindo a criminalização de condutas sexuais praticadas em circunstâncias nas quais “pode não existir ainda a ameaça grave referida na coacção sexual e na violação mas que representa já uma afectação séria da liberdade da vítima e que, como tal, reclama intervenção penal”¹⁷.

Ulteriormente, tentando adaptar e adequar o Código Penal às novas realidades sociais, a Lei nº 59/2007 expandiu o conceito de violação aos atos típicos de “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”¹⁸, equiparando-os à cópula ou coito anal – a introdução oral de objetos ou partes do corpo que não representem cópula oral são, no entanto, deixados de fora da tipificação. Adicionalmente, ampliou também o número 2 do artigo (referente ao assédio-violação) a situações em que o agente se aproveita do temor causado na vítima, sem necessariamente recorrer a ameaça ou ordem explícita, e passou a abranger também casos de abuso de autoridade em contexto de relações familiares, de tutela ou curatela.

Esta reforma, embora caracterize um avanço relativamente aos preceitos anteriormente presentes, continua a ser muito restritiva, pelo menos no que toca aos crimes sexuais.

¹⁵ Art. 164º, nº 1 do CP de 1998 – texto completo: “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, cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.”

¹⁶ Art. 164º, nº 2 do CP de 1998.

¹⁷ Assembleia da República, 1998, p. 1626.

¹⁸ Art. 164º, nº 1 do CP de 2007.

Capítulo II – Convenção de Istambul e Alterações Subsequentes

Em 2011, foi formalizada e adotada em Istambul a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (ou Convenção de Istambul), tendo sido aprovada e ratificada por Portugal em 2013¹⁹, mas apenas no dia 1 de agosto de 2014 entrou em vigor.

Esta Convenção estabelece um compromisso internacional que visa a prevenção e combate da violência doméstica e da violência contra as mulheres (definida como “todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada”²⁰), incidindo sobre graves violações de direitos humanos, desigualdades entre géneros e discriminação em relação a mulheres.

No seu preâmbulo é reconhecido que as mulheres são frequentemente alvo de violência devido à perpetuação de estereótipos de género e à manutenção de relações de poder desiguais, pelo que esta violência é um problema sistémico de natureza estrutural (e não antes um fenómeno isolado).²¹ São ainda apresentadas algumas das formas mais graves desta violência, nomeadamente, violência doméstica (que o diploma refere especificamente que também é exercida contra homens, ainda que em menor número), assédio sexual, casamento forçado, crimes de honra, mutilação genital e violação.

¹⁹ Com a Resolução da Assembleia da República nº 4/2013, de 21 de janeiro - https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

²⁰ Artigo 3º, alínea a) da Convenção de Istambul – CI disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>

²¹ “Reconhecendo que a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que levou à dominação e discriminação das mulheres pelos homens, privando assim as mulheres do seu pleno progresso; Reconhecendo que a natureza estrutural da violência contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais através dos quais as mulheres são mantidas numa posição de subordinação em relação aos homens;”

“Reconhecendo as violações constantes dos direitos humanos durante os conflitos armados que afectam a população civil, especialmente as mulheres, sob a forma de violações e violência sexual generalizadas ou sistemáticas, e o potencial para o aumento da violência baseada no género, tanto durante como após os conflitos;

Reconhecendo que as mulheres e as raparigas estão expostas a um maior risco de violência baseada no género que os homens;” – CI disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>

É exatamente este último, o crime de violação, que se apresenta em estudo nesta dissertação, pelo que importa observar o artigo 36º do instrumento internacional em análise, que representa um marco crucial na luta contra a violência sexual e na evolução da tipificação do crime de violação e que estabeleceu o seguinte: “1. As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais: a) a penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objecto; b) outros actos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa; c) obrigar outra pessoa a praticar actos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa. 2. O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes. 3. As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que as disposições do parágrafo 1 se apliquem também a actos cometidos contra actuais ou excônjuges ou parceiros, em conformidade com o direito interno.”²²

Assim, primeiramente, é estabelecida a obrigação de os Estados membros adotarem medidas legislativas para criminalizar atos sexuais não consentidos (isto é, sem o livre e voluntário consentimento da vítima), incluindo a penetração vaginal, anal ou oral, bem como outros atos sexuais e impor a outrem a prática destes atos com terceiro. A convenção vem ainda indicar que esta definição de violação se aplica independentemente da relação entre vítima e agressor (incluindo, explicitamente, as situações em que estejam em causa parceiros íntimos, como cônjuges, ex-cônjuges, companheiros ou ex-companheiros).

Desta forma, parece-nos que a ordem penal internacional considerou que o facto de estes atos sexuais serem praticados contra a vontade da vítima já seria suficientemente grave para estar em causa o crime de violação na forma simples e, isto posto, os meios de constrangimento como violência, ameaça grave, tornar inconsciente e colocação na impossibilidade de resistir, que antes eram de verificação obrigatória para constituir este crime sexual, passariam agora a fazer parte das circunstâncias agravantes. Neste mesmo sentido, TEREZA BELEZA explica que “[o] uso de violência ou ameaças agrava tal

²² CI, disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>

dissentimento — mas não o constitui, nem é seu requisito ou condição”²³, tal como CONCEIÇÃO CUNHA afirma que “faria sentido, em nossa perspectiva, que o relacionamento sexual não consentido livremente constituísse o tipo fundamental (ou os tipos fundamentais – no artigo 163.º e no artigo 164.º) e que o relacionamento sexual através dos meios típicos de constrangimento (a violência, a ameaça grave e a colocação da vítima na impossibilidade de resistir) constituísse os tipos legais agravados”²⁴.

Visto isto, este diploma, e em especial o seu artigo 36º, pretendeu ampliar o âmbito de aplicação da definição de violação para incluir atos de penetração oral, além de, finalmente, centrar este tipo legal na ausência de consentimento (livre e voluntário) da vítima, eliminando a necessidade de prova de resistência física, o que representa, então, uma evolução paradigmática significativa na abordagem dos crimes sexuais no que diz respeito ao reconhecimento da autonomia das vítimas e à importância tanto da proteção da liberdade sexual e da autodeterminação destas, como do consentimento nas relações interpessoais.

Para responder às críticas de que a redação do Código Penal que estava em vigor antes da ratificação da Convenção era demasiado excludente, impulsionada pela necessidade de clarificar a criminalização de qualquer relacionamento sexual não consentido e com o propósito de adequar a legislação nacional aos preceitos e orientações da Convenção de Istambul, surgiu a Lei 83/2015, de 5 de agosto, que promoveu alterações significativas no artigo 164º do Código Penal Português.

Em primeiro lugar, se, anteriormente, o número 2 do artigo 164º sancionava a violação quando cometida “abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou”²⁵ – restringindo a aplicação desta norma a casos específicos e excluindo outras formas de constrangimento (salvo as já previstas no nº1) –, com a reforma de 2015 ao Código Penal, esses elementos foram transferidos para a alínea b) do nº 1 do artigo 177º, pelo que passaram a fazer parte das circunstâncias agravantes dos

²³ Beleza, 2022, p. 44.

²⁴ Cunha, 2021, p. 21.

²⁵ Art. 164º, nº 2 do CP de 2007.

crimes sexuais e foi reconhecida a gravidade destes contextos, que começaram a ser punidos mais severamente.²⁶

Com esta lei, teve também lugar a introdução do novo número 2, através da qual se passou a abarcar no crime de violação o constrangimento à prática de cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos por qualquer meio que não os tradicionais contemplados no número 1 (violência, ameaça grave, colocar na impossibilidade de resistir ou tornar inconsciente para esse fim), o que permitiu uma aplicação mais ampla do artigo 164º, que abrange, a partir desta reforma, todas as situações de constrangimento independentemente do meio utilizado – com a designação “por meio não compreendido no número anterior”²⁷. Relativamente à moldura penal do número 2, que antes era de até 3 anos de prisão, esta foi aumentada para um intervalo de 1 a 6 anos de prisão.

Estas modificações refletiram uma perceção crescente da gravidade dos crimes sexuais (em especial, a violação), da necessidade de proteger adequadamente as vítimas e do reconhecimento do seu sofrimento e garantiu uma maior punição para o agressor e maior dissuasão para a prática do crime. A par disso, aproximaram o texto penal nacional da Convenção de Istambul, no sentido em que esta entende a violação como qualquer ato de penetração, de natureza sexual, com ou sem objeto, praticado contra alguém sem o seu consentimento, reconhecendo que pode ocorrer em diferentes contextos e destacando a importância do consentimento em qualquer relação sexual, sem enumerar meios de constrangimento específicos.

Porém, a reforma em análise não estava ainda em a plena conformidade com a Convenção. Por um lado, porque a falta de clareza na redação do segundo número do artigo 164º e a inexistência de uma definição de "constrangimento" era suscetível a interpretações diversas. De um ponto de vista, acaba aqui por se tornar um crime muito mais amplo, no sentido em que integra situações além das que em 2007 estavam previstas:

²⁶ Texto completo do art. 177º, nº1 do CP de 2015:

“1 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:

a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou
b) Se encontrar numa relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.”

²⁷ Art. 164º, nº 2 do CP de 2015.

violência; ameaça grave; depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir; abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; ou aproveitando-se de temor que causou. E esta abrangência poderia criar também preocupações em relação a uma possível instrumentalização da lei para fins persecutórios ou vingativos.

Mas, numa outra perspetiva, a falta de clareza sobre o que se configurava como constrangimento poderia levar a interpretações mais restritivas que minimizavam o constrangimento sofrido e dificultavam a tipificação do crime. Isto porque sempre existiu uma priorização da violência física, podendo levar a que fossem desconsideradas outras formas como a psicológica ou emocional e a subjetividade do conceito de constrangimento era propensa à disparidade de critérios na aplicação da lei e a decisões inconsistentes entre diferentes tribunais, o que geraria insegurança jurídica e dúvidas quanto à efetividade da lei.

Por outro lado, remetendo, mais uma vez, para a deficiência do texto da norma quando mantém a base do tipo legal nos meios de constrangimento e não na ausência de consentimento (ou, pelo menos, no dissentimento da vítima) a mesma norma parece concentrar-se excessivamente no comportamento do agressor, ao invés de se focar na vontade da vítima como sugere a Convenção, o que pode resultar na exclusão de algumas situações – como é o caso da paralisação da vítima que não queria que o relacionamento sexual se realizasse, mas fica imóvel na sequência do medo ou pânico (hipóteses que serão abordadas mais à frente). Acresce que o enquadramento sistemático dos dois números do tipo legal de violação e o facto de a nova moldura penal do número 2 ser menor do que a do número 1 (fixada de 3 a 10 anos), faz parecer que representa uma atenuante do número anterior²⁸, crítica que é sanada com as alterações de 2019.

Outra consequência da subjetividade em causa era a ambiguidade da interpretação do conceito de "violência" e da avaliação da "ameaça grave" o que poderia suscitar questões que dividiram a doutrina, como o grau de força física necessário para uma atuação ser

²⁸ Também assim, Cunha, 2021, p. 22; e Beleza, 2016, p. 24.

considerada "violência", a possibilidade de a violência psíquica ser qualificada como "violência" e que tipo de ameaças são tidas como "graves".

Em resposta a estas questões, por um lado, quanto à expressão “ameaça grave”, CONCEIÇÃO CUNHA afirma que “a gravidade deverá continuar a ter em consideração a situação da vítima e a suscetibilidade de a ameaça pôr em causa os bens jurídicos a tutelar”²⁹ e que os casos de ameaças de menor gravidade devem dar lugar à aplicação do número 2³⁰ do artigo 164^{o31}.

No que ao conceito de violência diz respeito, face à redação da lei anterior a 2015, existiam três teorias:

- A primeira seguia linearmente a letra da lei e defendia que para estar em causa violência, deveria existir o uso de força física por parte do autor do crime;
- Uma segunda perspectiva, que era a mais adequada à melhor proteção das vítimas porque abrangia um maior número de situações, visto que assentava na premissa de que toda a prática sexual na qual não exista consentimento é violenta;
- E, por fim, a corrente mais restritiva, que defendia que deve estar em causa uma resistência efetiva da vítima³² – indo ao encontro da posição adotada, nomeadamente, pela jurisprudência no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011³³, que considerou que sem uma resistência física efetiva por parte da vítima não se preencheria o tipo legal, quando declara: ressalta a “a necessidade de o agente ter de se debater contra a resistência da vítima” e refere que “não configurando o “empurrão” sofrido pela ofendida por acção física do arguido um acto de violência que atente gravemente contra a liberdade da vontade da ofendida”, não considerando que o empurrão

²⁹ Cunha, 2022, p. 135.

³⁰ N° 2 que em 2019 (e até hoje) passou a ser o n° 1 do artigo.

³¹ Cunha, 2017, p. 353.

³² Cunha, 2022, p. 135.

³³ Ac. TRP, 13/04/2011, proc. n° 476/09.0PBBGC.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd6f/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

configura violência e quase exigindo que houvesse uma luta entre agente e vítima³⁴.

No entanto, desde 2015, com a introdução de novas formas de constrangimento no número 2 (o constrangimento “por meio não compreendido no número anterior”), já teremos de considerar as coisas de outra perspectiva. Assim, tendo em conta a nova redação, faz sentido que ao “meio não compreendido no número anterior” corresponda a violência psicológica e o dissentimento, passando o termo “violência” a enquadrar apenas a violência física.

Paralelamente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que é enquadrável naquele nº 2 violência psicológica, ordens, ameaças, aproveitamento de posição de autoridade e aproveitamento de temor provocado e exclui desta norma qualquer meio que envolva um equívoco ou engano por parte da vítima.³⁵

Por fim, FIGUEIREDO DIAS defende que com a palavra “violência” o legislador pretendeu referir-se ao recurso à força física destinada e idónea “a vencer uma resistência oferecida ou esperada”, mas acrescenta que importa ter em conta os aspetos de cada caso concreto, porque “em função da debilidade, física ou psíquica, do carácter temeroso ou assustadiço da vítima pode bastar, v. g., uma bofetada, o fechá-la contra a sua vontade num quarto ou mesmo num automóvel, o transportá-la de um lugar para outro”.³⁶

CONCEIÇÃO CUNHA acrescenta ainda que, exigir uma resistência efetiva da vítima não encontra respaldo legal³⁷, tanto com esta nova redação, como com a redação anterior a 2015.

Em suma, as modificações implementadas pela Lei 83/2015, de 5 de agosto ao artigo 164º do Código Penal representam um avanço significativo em matéria do crime de violação, progredindo na salvaguarda da liberdade sexual das vítimas. No entanto, afigurava-se fundamental tomar medidas adicionais para garantir a concordância da legislação portuguesa com os princípios da Convenção de Istambul e para aprimorar este

³⁴ Cunha, 2011, p. 477.

³⁵ Albuquerque, 2022, p. 720.

³⁶ Dias, 2012, p. 726.

³⁷ Cunha, 2016, p. 138.

normativo de forma a garantir a devida proteção das vítimas e a punição adequada dos agressores.

Mais tarde, a Lei nº 101/2019, de 6 de setembro introduziu, em primeiro lugar, a inversão dos números 1 e 2, com o objetivo de, por um lado, enfatizar o constrangimento como elemento central do crime de violação (e, assim, o novo nº 1 define o crime de violação como a obtenção de atos sexuais mediante constrangimento da vítima, sem especificação dos meios empregados – sendo ampliada a tipificação do crime, tal como já se previa em 2015) e, por outro lado, reconhecer a gravidade do constrangimento dos meios anteriormente previstos no número 1 (o novo nº 2 tipifica como crime agravado a violação praticada com violência, ameaça grave, ou na qual a vítima tenha sido colocada na impossibilidade de resistir).

Ademais, a reforma do Código Penal de 2019 substituiu, no número 1 (antigo nº 2) do artigo 164º, a expressão "sofrer ou praticar" por "praticar", isto é, a redação anterior mencionava "quem constranger outra pessoa a sofrer ou praticar", enquanto a nova versão apenas prevê "quem constranger outra pessoa a praticar"³⁸.

Posto isto, no nosso entender, embora se possa argumentar que esta eliminação foi irrelevante porque o verbo "praticar" abrange o significado de "sofrer"³⁹ – ou seja, que a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos constitui crime de violação, independentemente da posição passiva ou ativa da vítima durante a prática sexual –, a intenção do legislador ao eliminar a expressão "sofrer" não é clara e parece-nos importante manter essa expressão e a sua distinção em relação ao termo "praticar" para evitar debates e interpretações divergentes tanto doutrinal como jurisprudencialmente, que podem levar a situações de impunidade (também CONCEIÇÃO CUNHA refere que podem surgir "dúvidas face ao princípio da tipicidade"⁴⁰).

Por fim, verificou-se a inclusão de uma definição legal de "constrangimento" no terceiro número do artigo 164º, que abrange qualquer meio utilizado para a prática dos atos sexuais previstos no número 1 do mesmo artigo, que não se configure como

³⁸ Artigo 164º, nº 1 do CP de 2019.

³⁹ Albuquerque, 2022, 724.

⁴⁰ Cunha, 2021, p. 26.

violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir, desde que seja contrário à vontade cognoscível da vítima. Podemos retirar daqui que os meios de constrangimento devem ter um vínculo de causalidade com a prática sexual, pelo que o propósito do recurso àqueles meios deve ser a realização dos atos sexuais com a vítima.

É ainda reforçada a importância da vontade da vítima na tipificação do crime de violação, no entanto, a definição aplica-se apenas, de acordo com o texto da norma, às atuações previstas no primeiro número do artigo, o que pode gerar incoerências com o número seguinte do mesmo artigo, uma vez que parece sugerir que a definição de constrangimento atribuída ao número 1 não cabe também no número 2. Quanto à expressão “vontade cognoscível”, daremos especial enfoque a esse tema no capítulo seguinte.

Mais recentemente, em 2023 o legislador veio corrigir a eliminação do termo “sofrer”, voltando a contemplá-lo nas alíneas a) e b) do número 1 do artigo 164º e elencou na alínea b) do número 2 a introdução de partes do corpo ou objetos via oral, discriminação que, injustificadamente, vinha sendo feita desde 2007.

Em suma, estas reformas representaram uma significativa evolução na aproximação do crime de violação aos preceitos e objetivos da Convenção de Istambul, mas a tipificação deste crime ainda é complexa e incompleta nesse sentido.

Capítulo III – Modelos

1. Modelo do Consentimento

O modelo do consentimento "Only Yes Means Yes", também conhecido como "Solo sí es sí", ganhou maior destaque após a ampla repercussão do caso "La Manada" em Espanha. O caso remetia-se às festividades de San Fermín em Pamplona (Espanha) de 2016, após as quais uma jovem de 18 anos foi seguida por cinco homens durante o trajeto até ao seu carro e, antes de concluir o percurso, foi empurrada, violada e furtada por eles.⁴¹

Os perpetradores filmaram os atos sexuais e, posteriormente, compartilharam as gravações num grupo de WhatsApp intitulado de "La Manada". Nas imagens, a vítima mostrou uma atitude passiva, neutra, não participativa e foi referido até que se encontrava em estado de choque⁴², ainda assim, a justiça espanhola condenou os agressores, inicialmente, por abuso sexual, alegando falta de violência ou intimidação. No entanto, posteriormente, o "Tribunal Supremo" reverteu a sentença para violação, modificando as penas de 9 para 15 anos de prisão.⁴³

Desta forma, além da indignação pública gerada e protestos por todo o país, em que eram reivindicadas mudanças na legislação, foi também impulsionado o debate sobre o consentimento e a proteção das vítimas de agressões sexuais (especialmente, as mulheres). Posto isto, o governo espanhol, iniciou uma revisão legislativa e passou a prever, para os crimes sexuais, o modelo do consentimento, também denominado de "solo sí es sí" ou "only yes means yes".

O artigo 178º, número 1 do Código Penal Espanhol tem, desde então, a seguinte redação: "1. Qualquer pessoa que pratique qualquer ato que viole a liberdade sexual de outra pessoa sem o seu consentimento será punida com uma sentença de prisão de um a quatro anos, como responsável por agressão sexual. Só será entendido que há

⁴¹ La Sexta, 2017, disponível em https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/la-brutalidad-de-la-manada-desnudaron-violaron-y-le-robaron-el-movil-a-la-victima-para-evitar-que-pidiese-ayuda_201711135a09a3560cf2ebaa1677a6fc.html

⁴² El País, 2017, disponível em https://elpais.com/politica/2017/11/25/actualidad/1511633639_199059.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado

⁴³ Anadolu Ajansi, 2023, disponível em <https://www.aa.com.tr/es/mundo/-por-qu%C3%A9-la-ley-solo-s%C3%AD-es-s%C3%AD-de-espa%C3%B1a-est%C3%A1-dejando-a-delincuentes-libres/2941364>

consentimento quando ele se manifesta livremente por meio de atos que, à luz das circunstâncias do caso, expressam claramente a vontade da pessoa.”⁴⁴

No modelo do consentimento é, portanto, priorizado o consentimento claro, inequívoco e expresso de forma livre para qualquer interação sexual (podendo verificar-se verbalmente ou por meio de ações que demonstrem clara e evidentemente uma vontade afirmativa da pessoa envolvida).

Deste modo, qualquer ato sexual que não seja precedido de um consentimento ou no qual uma das partes fica em silêncio e sem reagir é interpretado como uma agressão sexual, pelo que apenas a uma disposição interior favorável ao ato sexual e exteriorizada pode excluir a tipicidade da conduta⁴⁵, ou seja, a ausência de um "sim" claro equivale a um dissentimento.

Apesar das inúmeras vantagens desta lei, essencialmente no que diz respeito às pessoas que veem a sua liberdade sexual violada, surgiram algumas críticas que se focam no potencial impacto negativo na presunção de inocência, na dificuldade de prova do consentimento e possibilidade de uso indevido da legislação (nomeadamente, através de denúncias caluniosas)⁴⁶, o que pode levar à criminalização de atos sexuais consensuais em que a comunicação não foi clara.

2. Modelo do Constrangimento

O Modelo do Constrangimento, atualmente vigente em Portugal, enfatiza o elemento de coerção exercida pelo agente sobre a vítima, que tem em vista obrigá-la a participar em atividades sexuais contra a sua vontade. Mas, como pudemos já observar, desde a primeira versão (de 1995) e até à última modificação (de 2023), o Código Penal sempre definiu a violação como a prática de atos sexuais contra a vontade da vítima, mediante o constrangimento – que inicialmente se cingia apenas à violência física ou ameaça grave, tornar inconsciente ou colocar na impossibilidade de resistir.

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630&p=20220907&tn=0> – tradução nossa.

⁴⁵ Cairo, 2019, p. 648.

⁴⁶ BBC, 2022, disponível em <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62694510>

Ainda assim, embora a legislação penal nacional tenha tradicionalmente seguido o Modelo do Constrangimento, observa-se uma evolução especialmente em resposta a recomendações de órgãos internacionais de defesa de direitos humanos, que têm instigado à reflexão sobre a importância do consentimento livre da vítima no contexto dos crimes sexuais. Neste sentido, o GREVIO explicou no Relatório de avaliação das medidas legislativas adotadas por Portugal para concretizar as disposições da Convenção de Istambul, publicado em janeiro de 2019, que não concorda com a implementação do termo “constranger” e que as normas deveriam ter como elemento principal a ausência de consentimento livre por parte do ofendido.

*A particular area of concern is the definition of rape which is not based only on the absence of freely given consent and requires the use of “constraint”.*⁴⁷

O constrangimento consiste num qualquer comportamento (como o emprego de violência física, psicológica ou moral) apto a levar a vítima a submeter-se a atos sexuais contra a sua vontade. Ou seja, trata-se da imposição da vontade do agente à vítima, através da utilização de meios, que resulta na anulação da sua capacidade de consentir livremente, com o objetivo de a submeter à prática sexual.

Isto posto, existir uma relação de causalidade (“relação meio/fim”⁴⁸) entre os meios de constrangimento utilizados pelo agente e as práticas sexuais é fundamental para a tipificação do crime de violação. Isto é, o constrangimento não deve ser um mero antecedente ou conseqüente dos atos sexuais, mas sim um elemento que os determina e os torna ilícitos porque se traduz no meio utilizado pelo agente para obter a submissão da vítima à prática dos atos sexuais (e à vontade deste), “impedindo a formulação e expressão de uma vontade própria, espontânea e, sobretudo, livre”⁴⁹.

Apesar das preocupações manifestadas pelo GREVIO, as alterações de 2019 ao Código Penal não eliminaram o termo “constranger”, mas antes destacaram também, no

⁴⁷ Conselho da Europa, 2019, p. 7, disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>

⁴⁸ Dias, 2012, 724.

⁴⁹ Aguiar, 2023, p. 31.

número 3, a necessidade de considerar a "vontade cognoscível" da vítima como elemento típico do crime de violação.

2.1. Vontade Cognoscível

Com a redação de 2015, o preceito do artigo 164º focava-se no constrangimento como elemento central do crime de violação, sem fazer qualquer menção explícita ao consentimento ou dissentimento da vítima em relação aos atos praticados, o que gerava algumas dificuldades na aplicação da lei porque a caracterização do constrangimento podia ser complexa e subjetiva (especialmente devido à formulação “por meio não compreendido no número anterior”⁵⁰).

Por isso, em 2019, numa tentativa de se alinhar com a Convenção de Istambul, o Código Penal introduziu no crime de violação a expressão "contra a vontade cognoscível".

Para aferir se a prática sexual foi realizada contra a vontade da vítima – e tal como indica a Convenção de Istambul no seu artigo 36º, número 2⁵¹ –, é então necessário analisar as circunstâncias de cada caso concreto. Deste modo, a Convenção vai além do mero consentimento e afirma que a vontade da vítima deve ser interpretada no contexto em que a conduta sexual se verifica porque situações semelhantes podem ter diferentes qualificações jurídicas, dependendo de fatores relevantes como, por exemplo, a relação entre as partes envolvidas, a vulnerabilidade da vítima e o contexto social. Assim, é ampliada a proteção das vítimas, reconhecendo que o consentimento pode ser viciado por diversos fatores, como coação, medo ou erro.

Neste âmbito, acrescenta CONCEIÇÃO CUNHA que “serão de valorar todas as circunstâncias em que o comportamento se desenrola, tendo em conta, evidentemente, as regras da experiência relativas a relacionamentos interpessoais íntimos; sem preconceitos

⁵⁰ Art. 164º, n.º 2 do CP de 2015 - redação completa: 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.

⁵¹ Art. 36º/2 da CI: “O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.”

infundados, sem estigmas ou mitos do passado, mas atendendo às características dos intervenientes e a todo o contexto envolvente.”⁵²

Posto isto, se Portugal seguisse exatamente o que está previsto na Convenção e que ratificou, a conduta sexual seria considerada ilícita se realizada sem o consentimento da vítima.

No entanto, não foi esse o entendimento do legislador, que introduziu a expressão “contra a vontade cognoscível” com a reforma de 2019 do Código Penal no n.º 3 do artigo 164.º, com a seguinte redação: “Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima”⁵³.

Tal como anteriormente referido, o legislador não foi muito preciso ao referir, na norma em análise, apenas o número 1, porque leva a crer que, neste, o conceito de constrangimento terá um significado diferente do que se aplica ao número 2, uma vez que a definição presente no terceiro número do artigo apenas terá incidência sobre o primeiro.

Outra dúvida que aqui se levanta é a de saber se, qualquer relação sexual realizada por meio de violência, ainda que em concordância com a vontade da vítima, está abrangida pelo tipo ilícito do número 2. Parece-nos que, tendo em conta a redação da norma, na parte de “constranger pelo meio”, ainda que se verifique o meio (violência ou ameaça grave), não haveria constrangimento. Quer isto dizer que, se a existe uma clara concordância com a vontade da outra pessoa, a relação é consensual e, por isso, não se pode que esta foi constrangida (porque implicaria já que a outra pessoa não quer/não consente).

A par desta falha na clareza do artigo, outro ponto a nosso ver negativo é o de que o constrangimento continua a fazer parte dos elementos típicos do crime de violação, sendo um requisito essencial para a configuração deste e mantendo-se a desconsideração da falta consentimento livre como elemento principal do crime de violação (sendo que o facto de

⁵² Cunha, 2021, p. 34.

⁵³ Art. 164.º, n.º 3 do CP.

a atuação ser contrária à vontade da vítima não é suficiente para o preenchimento do tipo legal).

A palavra "cognoscível" deriva do latim "cognoscibile" e significa "que pode ser conhecido", logo, no presente contexto, o agente deve conseguir perceber que a vítima não deseja a prática sexual. Quer isto dizer que, ainda que um indivíduo pratique algum dos atos sexuais enumerados nas alíneas do número 1 do artigo 164º contra a vontade da vítima, essa pessoa não poderá ser condenada por violação de acordo com esse número do tipo legal se não era possível conhecer/representar a recusa daquele que vê a sua liberdade sexual lesada.

Paralelamente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2022, mencionou que “[o] tipo subjetivo de ilícito admite qualquer das suas formas contempladas no art.14.º do Código Penal, ou seja, direto, necessário ou eventual, mas o agente deve representar a oposição da vontade da vítima.”⁵⁴

A alteração instituída pela Lei nº 101/2019 de 6 de setembro teve por base, de acordo com ANABELA MIRANDA RODRIGUES – e com a qual concordamos –, um “modelo «inacabado» de dissentimento”, visto que o constrangimento se basta com o dissentimento da vítima (“a prática de atos de cariz sexual suscetíveis de integrar as incriminações em causa tem de ocorrer contra a vontade da vítima”) e que esse dissentimento se constata na “oposição íntima séria da vítima ao ato sexual”.⁵⁵

No nosso entender, é apenas neste contexto que poderá fazer sentido a distinção, na definição de constrangimento presente no último número, entre o número 1 e o número 2 do artigo 164º, ou seja, o segundo número está preenchido, independentemente da resistência da vítima, se o agente recorrer a algum dos meios elencados nesse número – isto é, a prática sexual deve ser constrangida e tem de haver violência, ameaça grave, colocação na impossibilidade de resistir ou tornar inconsciente, partindo-se do princípio

⁵⁴ Ac. STJ, 08/09/2022, proc. nº 205/20.8JASTB.L1.S1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e35fafbb137bb2f802588b8002eba44?OpenDocument>

⁵⁵ Rodrigues, 2021, p. 288.

de que a prática com recurso a estes meios é contra a vontade da vítima, salvo prova em contrário.

3. Modelo do Dissentimento

O termo “vontade cognoscível” teve origem na Alemanha que, em 2016, aprovou uma reforma parcial dos crimes sexuais previstos no seu Código Penal⁵⁶ e passou a prever o modelo do dissentimento, através do qual procedeu à introdução da expressão “vontade reconhecível”.⁵⁷ Este modelo em muito se equipara ao modelo do constrangimento português, com a diferença de que este (modelo do dissentimento) não exige qualquer meio de constrangimento, bastando o dissentimento da vítima.

Anteriormente, o crime de violação no Código Penal Alemão (StGB) exigia que a vítima fosse coagida a realizar atos sexuais através de força física, ameaça de violência ou abuso de uma situação de vulnerabilidade. Além disso, antes da reforma, a legislação não reconhecia explicitamente o dissentimento verbal (o “não”) como um limite à realização dos atos sexuais, isto é, a vítima tinha que provar que a prática sexual teve lugar contra a sua vontade, o que, caso não existisse violência física por parte do autor do crime, se traduziria praticamente na exigência de alguma resistência ativa e física por parte desta.

Neste sentido, começaram a surgir movimentos que demonstravam o descontentamento popular em relação à legislação vigente até 2016 e os efeitos que tinha na jurisprudência, no entanto, a necessidade de alterações ao texto legal dos crimes sexuais (mais especificamente, uma definição mais clara de dissentimento e de constrangimento) intensificou-se com os acontecimentos em Colónia.

⁵⁶

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2015_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html

⁵⁷ Redação completa do art. 177, n.º 1 do StGB: “(1) Quem, contra uma vontade reconhecível, realiza atos sexuais sobre essa pessoa ou faz com que essa pessoa realize atos sexuais sobre ela, ou, ou faz com que essa pessoa realize ou aceite atos sexuais realizados em ou por uma terceira pessoa incorre numa pena de prisão por um período entre seis meses e cinco anos.” – tradução nossa.

Isto porque, na noite de 31 de dezembro de 2015 e madrugada de 1 de janeiro de 2016, diversas cidades alemãs (em especial, a cidade de Colónia) foram palco de uma série de agressões sexuais contra mulheres. Foi noticiado que mais de 1000 homens jovens participaram neste incidente e que as vítimas abrangiam pelo menos 500 mulheres.⁵⁸

Os relatos que surgiram apontaram para ataques em locais públicos onde se realizava a celebração da passagem de ano, e nos quais os agressores, descritos como jovens e em grupos, cercaram e atacaram mulheres, furtando-lhes os bens pessoais, tocando-lhe em zonas íntimas e, em alguns casos, violando-as.⁵⁹

Este evento gerou uma onda de indignação e debate na Alemanha e foram levantadas questões relativas à eficácia da legislação (que vigorava naquela altura) na proteção das vítimas de crimes sexuais e na responsabilização dos agentes, o que levou a que o governo alemão respondesse às demandas por justiça e segurança através da implementação de uma série de alterações ao respetivo Código Penal.

A reforma de 2016 foi aprovada com celeridade – o que pode, todavia, ter impedido uma análise mais profunda e abrangente dos crimes sexuais no StGB - e a partir desta implementação foi abandonado o modelo tradicional baseado no constrangimento físico ou na ameaça de violência e passou a ser criminalizada a prática sexual praticada contra a “vontade reconhecível”⁶⁰ da vítima. Desta forma, a definição de violação foi ampliada para incluir o dissentimento da vítima, o que significa que, mesmo que não exista violência física ou ameaça de violência, o ato sexual é considerado violação, sendo suficiente o dissentimento (tendo sido aplicado, desde então, o modelo do dissentimento neste país).

A vontade qualificada como “reconhecível” – e de acordo com a interpretação adotada por PEDRO CAEIRO relativamente à palavra “cognoscível”, quando afirma que “[o] padrão é o do homem médio colocado na posição do agente”⁶¹ – refere-se à vontade que

⁵⁸ The Guardian, 2016, disponível em <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/05/germany-crisis-cologne-new-years-eve-sex-attacks>

⁵⁹ BBC, 2016, disponível em <https://www.bbc.com/news/world-europe-35250903> e

Observador, 2016, disponível em <https://observador.pt/2016/01/12/abusos-sexuais-grande-escala-colonia-nao-fenomeno-isolado/>

⁶⁰ Art. 177º, nº 1 do StGB.

⁶¹ Caeiro, 2019, 651.

o cidadão médio, nas circunstâncias em que se encontrava o agente, poderia reconhecer como contrária à prática sexual.

Portanto, assumiu o legislador alemão que a recusa pode ser expressa de diversas formas, pelo que a vontade da pessoa que sofre esta ofensa deve ser expressa de forma clara, inequívoca e perceptível, verbalmente ou através de linguagem corporal, deixando de ser necessário provar que a vítima se opôs fisicamente ao ato sexual.

Esta nova redação acaba, todavia, por ser suscetível a diversas críticas.

Primeiro, continua a ser imposta uma conduta à vítima (que PEDRO CAEIRO refere como um “ónus mínimo de auto-protecção dos seus interesses”⁶²), o que leva a que sejam deixadas de fora situações em que a reação da vítima se traduz num silêncio – ou pelo menos que existam dúvidas sobre a punição destes casos em que a vítima não reage ou em que a sua atitude é ambígua ou de incerteza –, sendo que, aqui, a sua não atuação é interpretada como consentimento, a não ser que se trate de um “momento de surpresa” que é já abrangido pelo número 3 do artigo 177 do StGB.

Esta é uma questão levantada também no relatório do GREVIO: “GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim’s resistance in order to sentence the perpetrator.”⁶³

No que a este assunto diz respeito, desde que foi aprovado o primeiro Código Penal Português (em 1852), nunca fez parte do texto do tipo legal de violação uma resistência da vítima, não sendo esta obrigada a reagir fisicamente para que se considere verificado o crime. Porém, esta preocupação do GREVIO resulta do facto de que, até há pouco tempo, muitas decisões judiciais exigiam uma oposição física da pessoa ofendida, como foi o caso do já referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011⁶⁴, que indicou:

⁶² *Ibidem*, p. 652.

⁶³ Conselho da Europa, 2019, p. 49.

⁶⁴ Ac. TRP, 13/04/2011, proc. nº 476/09.0PBBGC.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação.

*Não basta uma platónica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte.*⁶⁵

Em comentário a este acórdão, CLARA SOTTOMAYOR é perentória a criticar a imposição deste ónus de resistência às vítimas, bem no nosso entender, e afirma que é “como se a vítima, se não defender o seu corpo e a sua autonomia com energia, agredindo o violador, merecesse ser violada ou a sua liberdade sexual deixasse de ser tutelada pelo direito penal”⁶⁶.

Atualmente, em Portugal, podemos retirar da expressão “contra a vontade cognoscível”⁶⁷ que é pressuposto o dissentimento da vítima⁶⁸ e uma exteriorização desse dissentimento, que pode ser expreso verbal ou não verbalmente. Todavia, este dissentimento não tem de ser entusiasmado ou ostensivo – assim menciona CONCEIÇÃO CUNHA que “não se deverá exigir um dissentimento ostensivo para haver preenchimento do tipo de crime (mesmo com a atual formulação), tal como não será exigível um consentimento ostensivo para se excluir a tipicidade”⁶⁹.

Posto isto, veremos adiante que a jurisprudência mais recente tem já considerado que impor à vítima uma oposição física para que se considere preenchido o artigo 164º seria colocar sobre ela um ónus excessivo.

⁶⁵ Em comentário a este acórdão (in Cunha, 2011, p. 477), Conceição Cunha afirma que esta é uma exigência que não consta do tipo legal de crime (note-se, mesmo antes da alteração de 2015, que era a versão que vigorava ao tempo do acórdão), uma vez que “nem a reacção da vítima nem a contra-reacção do agente são elementos típicos, ou seja, em alguma o tipo legal de crime de violação exige que haja uma luta entre agente e vítima! Exige, sim, que sejam empregues meios de constrangimento da vítima, nos quais se inclui a violência, o que é mais do que suficiente para haver lesão do bem jurídico que se pretende tutelar — a liberdade sexual. Na verdade, exigir esta luta poderia até deixar de parte (não criminalizar) os casos mais graves — ou seja, aqueles em que a violência exercida é tão grave que praticamente neutraliza ou paralisa a vítima e/ou em que a vítima está tão fragilizada (física e/ou psiquicamente) que não consegue reagir.”

⁶⁶ Sottomayor, 2011, p. 275.

⁶⁷ Art. 164º, n.º 3 do CP.

⁶⁸ Pedro Caeiro, p. 650.

⁶⁹ Cunha, 2021, p. 34.

Importa salientar que, por uma lado, a superação do ónus da resistência física da vítima neste crime permite verificar uma maior sensibilização dos tribunais perante a vulnerabilidade, o medo e o pânico a que as vítimas podem estar sujeitas no momento da prática do crime e garantir uma melhor proteção dos direitos das vítimas de violência sexual, construindo uma sociedade mais justa e igualitária.

Por outro lado, no nosso entender, esta obrigação de resistência física, além de ser incompatível com a Convenção de Istambul (da qual Portugal é signatário), violaria o princípio da tipicidade, reforçaria estereótipos machistas que responsabilizam a vítima pela violência sofrida e dificultaria a responsabilização penal dos agressores, exacerbando a impunidade destes em diversos casos de violência sexual.

4. O Problema do Dolo

Com a redação atual do nosso Código Penal, o ofendido deve provar que, além de não ter consentido no ato, demonstrou a sua recusa ao agente e foi constrangido (acontecimentos que não têm de ser verificados necessariamente por esta ordem), o que pode ser difícil, nomeadamente em casos de paralisação da vítima. Neste aspeto, adita ainda CONCEIÇÃO CUNHA que “a distribuição do risco, já pelo facto de se tratar de crime doloso, que geralmente ocorre em ambientes privados, e ainda tendo em conta o princípio *in dubio pro reo*, corre contra a vítima, sendo difícil provar o seu dissentimento.”⁷⁰

Além disso, o artigo 13º do CP indica que “[s]ó é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”, logo, uma vez que o tipo legal de violação (tal como os restantes crimes sexuais) não faz qualquer referência a uma possibilidade de que este crime seja praticado com negligência, é exigida qualquer forma de dolo.

O dolo é, portanto, um elemento subjetivo do crime de violação e pressupõe, por parte do agente, o conhecimento da factualidade típica, isto é, a representação correta da

⁷⁰ *Ibidem*, p. 32.

situação (o agente deve ter consciência de que a vítima não consente no ato sexual). Quer isto dizer que, caso o agressor não tenha percebido que está a atuar contra a vontade da vítima ou em caso de dúvida, vigora o princípio *in dubio pro reo* e, portanto, nestes casos, é aplicada a interpretação mais favorável ao arguido, não havendo lugar à responsabilização penal.

Consequentemente, se o dolo já faz parte dos elementos típicos para a verificação do crime de violação, a exigência de cognoscibilidade – isto é, o pressuposto de que a recusa interna da vítima seja perceptível (fosse possível representar) para a pessoa razoável colocada naquelas circunstâncias – acaba por se tornar redundante.

4.1. A Negligência

A cognoscibilidade deve ser averiguada através do critério de saber se, colocada naquelas circunstâncias, uma pessoa razoável poderia ter reconhecido a oposição da vítima. Mas imaginemos uma situação hipotética em que a vítima fica em pânico e imóvel, deixando que a relação sexual se inicie, sem proferir qualquer dissentimento, mas o agente não se apercebe e, pensando que aquele silêncio significava consentimento, continua a realizar a prática sexual.

Se, neste caso, a vontade da vítima fosse cognoscível para a pessoa razoável (ou seja, se uma pessoa razoável se teria apercebido que a vítima estava em pânico e que não queria que o ato sexual se realizasse ou prosseguisse – por exemplo porque a vítima começou a tremer ou a suar, manteve-se rígida, não participou no ato sexual, ficou com uma expressão de medo, etc.) e se pudéssemos concluir que o agente não se apercebeu porque foi descuidado em relação à outra parte, então parece que este poderia ser responsabilizado penalmente.

Porém, não se conseguindo provar que o agente de facto representou o pânico em que a vítima se encontrava, isto implicaria a punição de uma conduta negligente. Portanto, se o agente nem sequer representou que a sua conduta iria levar àquele resultado, mas tal era cognoscível (ou seja, havia possibilidade de ter representado porque a pessoa razoável, na mesma situação, poderia ter reconhecido), estaria aqui em causa uma negligência

inconsciente – em que não existe o elemento intelectual do dolo (representar que a vítima não queria e conformar-se com essa hipótese, “o conhecimento, previsão ou representação por parte do agente, dos elementos materiais constitutivos do tipo objetivo do ilícito”⁷¹).

No entanto, sabemos que, pelo já mencionado artigo 13º do Código Penal, os crimes só são puníveis a título de negligência se assim estiver expressamente previsto e, embora a palavra “cognoscível” possa levar à interpretação referida, não nos parece que se possa considerar que se tratou de uma previsão expressa, nem que tenha sido esta a intenção do legislador – isto é, no nosso entender, ao acrescentar a expressão “cognoscível” o legislador não teve o intuito de alargar a punibilidade do crime de violação às situações de negligência, até pelo contrário: terá tido intenção de o delimitar às situações em que a oposição da vítima é perceptível; se nas circunstâncias não for reconhecível, não pode haver crime.

Só que esta premissa já estava assegurada pelo próprio facto de o crime de violação ser doloso, isto é, já se deveria provar, não a cognoscibilidade, mas que o agente se apercebeu, que tinha o elemento intelectual do dolo (ter representado que a vítima não queria, que teria uma vontade negativa).

Em suma, sempre que se verifique um erro quanto à factualidade típica⁷² – portanto, nos casos em que seja perceptível que a vítima não queria praticar (ou sofrer) atos sexuais, mas não se conseguiu provar o dolo do agente –, não há crime porque fica excluído o dolo, por isso, questionamos se não faria sentido e teria relevância criminalizar a negligência grosseira (obviamente com moldura inferior à do crime doloso), de forma a punir erros manifestamente grosseiros e conferir à expressão “vontade cognoscível da vítima” algum efeito útil.

CLARA SOTTOMAYOR defende que, “numa perspectiva de *iure constituendo*, a violação negligente deve ser punida tal como é punido o homicídio negligente, pois a falta de cuidado quanto ao consentimento livre da vítima e a omissão de deveres de respeito e

⁷¹ Acórdão do TRL, 05/05/2022, proc. nº 652/21.8PEAMD.L1-9. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dd7fb1d0dc5e0ecd80258847003bab59?OpenDocument>.

⁷² Sobre este tema, ver Figueiredo Dias, 2019, p. 416 e Taipa de Carvalho, 2022, pp. 329-332.

de indagação desse consentimento revelam uma atitude de indiferença do agente a bens jurídicos que a sociedade considera fundamentais e provoca danos psíquicos nas vítimas”⁷³.

Importa também perceber que, mesmo em sentido contrário, esta redação não parece ter sido muito feliz. Para melhor ilustrar este ponto, vejamos o seguinte caso: o agente (por já a conhecer, ter conhecimento do seu tipo de relações, etc.) sabe que a vontade da vítima era contrária à relação sexual, todavia, uma pessoa razoável, colocada naquelas circunstâncias, poderia não se aperceber da situação – ou seja, objetivamente, não era cognoscível, mas aquele agente sabia. Neste caso, o agente atua com dolo, mas, seguindo a letra da lei, não sendo cognoscível, não há crime, o que nos parece criticável.⁷⁴

Em resposta a este problema, além da eliminação do termo “cognoscível” do número 3 do artigo 164º do Código Penal, poderia ser sublinhada a importância de ter em conta as circunstâncias envolventes para a prova dos factos, tal como prevê a Convenção de Istambul.

Do nosso ponto de vista, a expressão “vontade cognoscível” veio complicar em vez de ajudar a esclarecer as situações enquadráveis no crime de violação, sendo que, por um lado, parece que alarga o tipo legal de crime às situações em que o agente não representou, embora fosse possível representar (a oposição da vítima), mas não é isso o que acontece porque o crime não é punível a título de negligência; na verdade, pode acabar por restringir o seu âmbito de aplicação, dado que parece que, para além de o agente saber/ter reconhecido a vontade negativa da vítima, esta tinha que ser cognoscível para a pessoa razoável.

⁷³ Sottomayor, 2011, p. 313.

⁷⁴ Neste sentido, Cunha, 2021, p. 33.

Capítulo IV – O Silêncio

1. Interpretação de acordo com os Modelos

Nos modelos analisados supra, a prática sexual é ilícita, resumidamente, quando: é utilizado algum meio de constrangimento e existe uma vontade contrária reconhecível (modelo do constrangimento); nos casos em que a outra parte não tenha consentido expressamente (modelo do consentimento); ou quando se verifica uma oposição expressa, p.ex. através de palavras ou gestos, (modelo do dissentimento).

No entanto, importa saber, como é tratada, por estes, a ausência de reação (silêncio/passividade) de uma das partes, isto é, quando não pode ser reconhecível qualquer vontade por parte dessa pessoa.

Se o modelo do dissentimento (bem como o modelo do constrangimento) exige, para haver um crime de violação, que o agente prossiga com a atividade sexual mesmo depois de a vítima ter expressado um dissentimento (de forma física ou verbal: deve haver algum tipo de manifestação de recusa, que tanto se pode traduzir numa expressão corporal ou facial como em palavras), o silêncio da vítima representará uma ausência de dissentimento caso a vontade não seja reconhecível (já não será assim se a passividade refletir uma expressão ou rigidez corporal em que pode ser cognoscível que a vítima está em pânico, p. ex.) – o que significa que, além de não ser possível provar que a vítima manifestou não querer aquele ato sexual (e aqui, o ônus da prova recairia sobre a vítima que deveria demonstrar que manifestou que não pretendia a realização do ato sexual), a prática sexual que se realize perante esse (não) comportamento não é considerada ilícita.

Já para o modelo do consentimento, a ausência de resistência e a falta de uma ação de repulsa não é suficiente para determinar o consentimento explícito ou válido, devendo verificar-se uma manifestação afirmativa clara e voluntária.

Posto isto, o modelo do consentimento parece ser o que melhor protege as vítimas de violação (especialmente na sua autonomia sexual) que não se manifestam e permanecem em silêncio, embora a sua vontade fosse contrária ou indiferente à prática sexual. No entanto, são levantadas algumas questões.

Por isso mesmo, PEDRO CAEIRO apresentou um caso hipotético: “Suponhamos que A e B se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de A. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. B, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de actos sexuais. A percebe que B se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir B, embora esteja disposto a parar se B assim o desejar. Nesse momento, B decide que não quer manter práticas sexuais com A, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa.”⁷⁵

Perante esta situação, as respostas dos modelos do dissentimento e do constrangimento são idênticas, isto é, não existindo qualquer oposição reconhecível, o estado de indecisão é interpretado como um consentimento para estes modelos (ou um não dissentimento), sendo excluída a tipicidade e não se considerando verificada uma tentativa do crime de violação ou de coação sexual.

Em sentido contrário, sob a ótica do modelo do consentimento, a conduta de A poderia ser interpretada como tentativa de violação ou de coação sexual, uma vez que B não expressou qualquer assentimento (verbal ou não verbal) para a prática sexual e A praticou atos de execução. Nesta perspetiva, a indecisão de B configura uma ausência de consentimento, pelo que estaria em causa uma tentativa de violação ou de coação sexual e A teria agido com dolo eventual, dado que representou esta ausência de consentimento de B (indecisão) e conformou-se com essa hipótese, tendo assumido “o risco de avançar e começar a despir B”.

Consequentemente, PEDRO CAEIRO afirma que punir A por tentativa de violação (ou de coação sexual) seria “inadequado e desproporcional”, uma vez que não há desvalor da ação, isto é, a intenção de A era manter relações sexuais com B, mas não contra uma não vontade.⁷⁶

Portanto, parece-nos que A pretendia recuar apenas perante um dissentimento de B. Mas, perante uma situação de não reação da vítima, deve o agente poder escolher se pretende ou não prosseguir para a prática de atos sexuais? Isto é, que este decida se quer

⁷⁵ Caeiro, 2019, p. 649.

⁷⁶ *Ibidem*.

interpretar aquele silêncio como um consentimento ou como um dissentimento? Especialmente em casos em que as pessoas são praticamente desconhecidas, não deveria o agente ativamente interessado na relação sexual tentar perceber qual o sentido desse silêncio/passividade da outra parte? Isto é, quando duas pessoas não se conhecem, apesar de já se terem beijado, será razoável aceitar que, no silêncio/indecisão/não reação de uma, a outra possa pressupor que existe um consentimento implícito?

CONCEIÇÃO CUNHA, com a qual concordamos, evidencia que “a passividade da outra parte, o seu silêncio, tanto pode ser consequência de indecisão, aceitação passiva, tolerância, como de medo ou mesmo pânico”⁷⁷.

Também alguma jurisprudência mais recente tem vindo a refletir sobre estas situações, em especial, a passividade da vítima que deriva do medo:

- Em 2023, o Tribunal da Relação de Coimbra estabeleceu que “[a] inexistência de qualquer reação ou resistência de uma vítima de violência sexual radica no facto de estar a sentir a agressão como uma ofensa à sua integridade física, ou mesmo à sua vida, pelo que adopta um comportamento orientado para a sua preservação, podendo optar por diferentes estratégias de sobrevivência” e que “a maioria das vítimas relata que teve medo de ser fisicamente agredida ou morta, pelo que não ofereceu resistência”.⁷⁸

- Em 2022, um acórdão do Tribunal da Relação do Porto reforçou que “qualquer estudo de psicologia e sociologia nos ensina que muitas vezes o silêncio, passividade ou mesmo colaboração da vítima são motivadas por um consentimento constrangido”.⁷⁹

- Em 2019, foi a jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa que reconheceu que “está hoje já estabelecido pela Psicologia que a ausência de resistência física por parte da vítima não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo

⁷⁷ Cunha, 2021, p. 29.

⁷⁸ Ac. TRC, 07/06/2023, proc. nº 793/21.1JALRA.C1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/99f55eca540d33fc802589d3004e8cf6?OpenDocument>

⁷⁹ Ac. TRP, 21/09/2022, proc. nº 3006/20.0JAPRT.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdfffb833411206f524802588d3003789ab?OpenDocument>

controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência”.⁸⁰

- Mas também, já em 2003, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos se pronunciou sobre a ausência de resistência: “os Estados-Membros do Conselho da Europa concordaram que a penalização dos actos sexuais não consensuais, independentemente de a vítima ter resistido ou não, era necessária para a protecção eficaz das mulheres contra a violência e apelou à implementação de novas reformas nesta área” e, por isso, “qualquer penetração sexual sem o consentimento da vítima constituía violação, reflectindo uma tendência universal no sentido de considerar a falta de consentimento como o elemento essencial da violação e do abuso sexual”.⁸¹ Dá assim a entender que os Estados que ratificaram a Convenção de Istambul devem cumprir o texto nela elencado, mas especificamente, quanto à caracterização dos crimes sexuais como sendo praticados sem o consentimento da vítima.

2. Modelo do Consentimento Livre

Ao adotar o modelo do constrangimento, o Código Penal apresenta lacunas na protecção da vítima em situações de indecisão ou paralisia, o que demonstra a necessidade de revisão e aperfeiçoamento da legislação para garantir a efetiva tutela da liberdade sexual.

Mais uma vez, demonstramos o nosso desagrado pela ausência de concordância do legislador português com o legislador internacional, mais especificamente, no que diz respeito ao texto da Convenção de Istambul, que nos parece ser adequado.

Percebemos que, perante uma situação como a ilustrada por PEDRO CAEIRO, exista algum receio relativo à responsabilização do agente (visto que que este respeitou a vontade da vítima assim que esta a manifestou com clareza), nomeadamente porque isto retiraria alguma naturalidade às relações e possibilitaria falsas denúncias. Mas o Modelo

⁸⁰ Ac. TRL, 12/06/2019, proc. nº 473/16.0JAPDL.L1-3. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument&fbclid=IwAR2MVvLnC3ruwN9TunkeNYmyaeI5t8zalU4WSiGTxDxmDrgjeD1MapZ3KKs>

⁸¹ Ac. TEDH, 04/12/2003, Caso M.C. vs. Bulgária. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-104387%22%7D>

do Consentimento Livre (elencado na Convenção) levaria necessariamente à responsabilização de um caso destes?

Diz-nos o artigo 36º, nº2 da Convenção de Istambul: “O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”. Por isso, importa, tal como sugere a norma, ter em conta a normalidade do desenvolvimento das relações entre as pessoas, ou seja, para querer uma relação sexual não tem cada parte de cumprir um padrão de exteriorização dessa vontade.

Se, por um lado, há pessoas que são mais expressivas e expansivas, outras são mais tímidas e preferem deixar que a relação se vá desenvolvendo sem se exprimem tanto. Desta forma, o “sim” ou “não” tanto pode ser expresso de forma mais entusiasta, expressa e clara como de uma forma mais subtil. No nosso entender, assim como explicita o texto legal internacional, cada situação deve ser interpretada de acordo com as circunstâncias envolventes, as circunstâncias concretas.⁸²

Por exemplo, se a pessoa está indecisa, mas sente-se confortável em deixar que a outra continue, tendo em mente que, se entretanto decidir que não pretende prosseguir com a prática sexual, dissentirá, até esse momento, no nosso entender, está a consentir tacitamente. O mesmo acontece quando, embora em silêncio, existe uma colaboração ou cooperação na prática dos atos sexuais ou precedentes.⁸³

Todavia, existem situações (já referidas supra) em que a vítima não reage porque fica com medo, pânico, ...

No artigo *Neuroscience evidence counters a rape myth*, PATRICK HAGGARD (neurocientista cognitivo e professor de neurociência cognitiva na *University College London*) e EBANI DHAWAN (mestre em bioética) explicam que 70% das 287 mulheres que fizeram parte do estudo relataram ter apresentado imobilidade tónica⁸⁴ – que ocorre também com algumas espécies de animais, nomeadamente, “imobilidade tónica (imobilidade prolongada com uma postura fixa) ou imobilidade colapsada (caracterizada

⁸² Neste sentido, também Cunha, 2021, p. 34.

⁸³ *Ibidem*, pp. 31 e 35.

⁸⁴ Haggard e Dhawan, 2023, p. 2.

pela perda de tónus muscular)”⁸⁵ –, o que acontece “devido a uma resposta neural involuntária à ameaça que bloqueia os circuitos cerebrais que fornecem controlo voluntário sobre o movimento corporal”⁸⁶.

Logo, esta paralisção nunca poderia ser interpretada como um consentimento, uma vez que se trata de uma resposta involuntária do sistema nervoso⁸⁷, pelo que, atendendo às circunstâncias – e tendo estas sido provadas–, do nosso ponto de vista, este silêncio, passividade e imobilidade deve valer como um “não”, um dissentimento (ou a ausência de um consentimento ou vontade positiva para a prática sexual).

A prova, nestes casos, é um grande problema, que não desenvolveremos muito, mas pensamos ser importante referir que partilhamos da ideia de TERESA BELEZA que evidencia que a prova dos factos será difícil, “mas não mais do que em muitos outros crimes (como, justamente, pode suceder com a violação de domicílio)”⁸⁸. Importa, neste seguimento, sublinhar também a diferença de tratamento entre a entrada em casa alheia e a “entrada em corpo alheio”⁸⁹, sendo que no crime de violação de domicílio basta a ausência de consentimento ou autorização de quem de direito para estar preenchido o tipo legal, ao contrário do artigo 164º do CP que exige uma vontade contrária e cognoscível.

A este propósito, CONCEIÇÃO CUNHA aproveita para fazer algumas associações entre casos de silêncio na violação de domicílio e na violação (sexual). Primeiramente, explica que, se o dono abre a porta e, embora sem um convite entusiasta, deixar a pessoa entrar, parece existir consentimento – a não ser que essa passividade denote medo ou pânico (e o mesmo se aplica à ausência de resistência no crime de violação). Também pode o dono da casa deixar entrar para uma divisão, mas não o deixar ir para outro ou, a qualquer momento, decidir que a outra pessoa deve sair (tal como, para a prática de atos

⁸⁵ *Ibidem* – tradução nossa.

⁸⁶ *Ibidem*, p.1 – tradução nossa.

⁸⁷ Galliano, 1993, p. 112.

⁸⁸ Beleza, 2016, p. 25.

A autora acrescenta que “Há muitos crimes na nossa lei penal em que as dificuldades de prova são notórias (dos factos ou da intenção com que são praticados) mas isso não impede o CP de os manter ou até alargar no seu catálogo de factos incriminados, em alguns casos com penas de acentuada severidade.” - *Ibidem*

⁸⁹ *Ibidem*, p. 22.

sexuais, cada indivíduo deve poder impor limites, consentir apenas em determinadas práticas e revogar o seu consentimento sempre que assim o pretender).⁹⁰

Posto isto, reforçamos que, no nosso entender, seria adequado aplicar à legislação portuguesa o modelo do consentimento livre da Convenção de Istambul. Assim, deveria o consentimento ser livre, voluntário e revogável a qualquer momento, além de poder ser prestado quer verbalmente como através de gestos e atitudes, devendo sempre ser prestada uma especial atenção às circunstâncias envolventes em cada caso concreto.

⁹⁰ Cunha, 2021, p. 30.

Conclusão

As reformas legislativas têm sido implementadas para fortalecer a proteção das vítimas e expandir as definições legais, no entanto, estas alterações tanto revelam progresso, como lacunas.

A partir de 1995, o Código Penal nacional deixou de enquadrar os crimes sexuais nos crimes contra os sentimentos comunitários de moralidade sexual e passou a denominá-los crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Pelo que reforçou a importância da liberdade sexual das vítimas e deixou de punir atos sexuais praticados com o consentimento das partes (quando verificados entre adultos capazes).

No entanto, continuou a ser exigida à vítima um conjunto de requisitos que se devem verificar durante a prática sexual forçada para que haja lugar à punição.

Em primeiro lugar, antes da revisão de 2015, para haver crime, os atos sexuais teriam de ser praticados através dos meios de constrangimento enumerados: violência, ameaça grave, colocação da vítima na impossibilidade de resistir e tê-la tornado inconsciente para esse fim (redação que suscitou divergências doutrinárias e jurisprudenciais especialmente devido à definição dos conceitos que nela se inserem). Isto significa, pois, que era deixada de lado a proteção da liberdade sexual das vítimas que tivessem sido constrangidas por qualquer outro meio.

Mais tarde, ratificada a Convenção de Istambul – que impõe a criminalização de qualquer ato sexual praticado sem o consentimento livre da vítima –, houve lugar à revisão de 2015, que passou a contemplar no número 2 a criminalização o constrangimento “por meio não compreendido no número anterior”. O facto de o número 1 continuar a contemplar as formas mais graves de constrangimento fazia parecer que essa seria a verdadeira forma do crime de violação e que a do número seguinte se referia a casos atenuados.

Este problema foi corrigido em 2019 que, no entanto, levantou outra questão ao implementar a cognoscibilidade da vontade contrária da vítima como elemento fundamental para podermos considerar que houve constrangimento na norma do

número 1. Esta redação, por um lado, é redundante, uma vez que os crimes sexuais são dolosos.

Por outro lado, a letra da lei leva-nos a cogitar a possibilidade da punição por negligência (grosseira – não sendo plausível, no nosso entender, punir outra forma) e, embora não nos pareça que seja essa a intenção do legislador, acreditamos que poderia fazer sentido implementar essa criminalização em casos de erros muito grosseiros, isto é, quando a vontade da vítima era evidente.

Por fim, circunstâncias em que a vítima fica em silêncio e não reage (e não se verificou qualquer meio de constrangimento previsto no número 2) colocam graves dúvidas.

Face ao exposto, no nosso entender, deveria ser excluída a exigência de constrangimento e a expressão “vontade cognoscível da vítima” e seria eficaz para resolver estas questões o modelo implementado pela Convenção de Istambul, que consagra que devem ser criminalizados os atos sexuais praticados sem o consentimento livre e voluntário da vítima e que cada caso deve ser interpretado tendo em conta o contexto das circunstâncias envolvente.

Bibliografia

AGUIAR B. – “O Consentimento nos Crimes Sexuais: Algumas Questões a Propósito da Solução do Ordenamento Jurídico Português”, *Miscellanea APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima)*, 18 (2023), 27-37. Disponível em https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/3271-apav-apresenta-numero-18-da-revista-miscellanea

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022) – *Comentário do Código Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 716-738.

Anadolu Ajansi, “¿Por qué la ley "Solo sí es sí" de España está dejando a delincuentes libres?”, 10 de julho de 2023. Disponível em <https://www.aa.com.tr/es/mundo/-por-que%C3%A9-la-ley-solo-s%C3%AD-es-s%C3%AD-de-espa%C3%B1a-est%C3%A1-dejando-a-delincuentes-libres/2941364>

Assembleia da República (1998, 13 de março). *Debate Parlamentar sobre a proposta de lei n.º 160/VII - Altera o Código Penal e do projecto de lei n.º 403/VII - Altera disposições do Código Penal relativas ao princípio da extraterritorialidade, ao abuso sexual de menores, outros crimes sexuais e à liberdade de imprensa, e adita disposições relativas a ilícitos penais laborais (PCP)*, Lisboa, pp.1625-1626. Disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/07/03/048/1998-03-12?sft=true&pgs=1635&org=PLC&plcdf=true#p1626>

BBC News Mundo, "Solo sí es sí": en qué consiste la nueva y polémica ley de consentimiento sexual en España”, 26 de agosto de 2022. Disponível em <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62694510>

BBC News World, “Cologne sex attacks: Women describe 'terrible' assaults”, 7 de janeiro de 2016. Disponível em <https://www.bbc.com/news/world-europe-35250903>

BELEZA, Teresa Pizarro (2016) – “‘Consent – It’s as Simple as Tea’: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” in *Combate à*

violência de género: da convenção de Istambul à nova legislação penal, 17-26, Universidade Católica Editora - Porto.

BELEZA, T. P. – “Violação e Morte a Pedido: Consentimento e Liberdade”, *Legibus - Revista De Direito Da Universidade Lusófona Lisboa*, nº 4 (dezembro de 2022), 41-51.

CAEIRO, P., “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, junho de 2019, 631-679 . Disponível em

<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765231524254454e51566b51765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a4756446232317063334e686279396c4f5451794d5449784e43316d4d54526d4c5451304e6a51744f4449334f5330314e475a6c5a544a6c5a6d4d304e6a6b756347526d&fich=e9421214-f14f-4464-8279-54fee2efc469.pdf&Inline=true>

CARVALHO, Américo Taipa de (2022) – *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 4ª ed., Universidade Católica Editora, pp. 329-332.

Conselho da Europa, “GREVIO. Baseline Evaluation Report. Portugal”, 2019. Disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>

CUNHA, C. – “Conceito de violência no crime de violação. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, nº 3 (julho a setembro de 2011), 441-479.

CUNHA, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da (2016) – “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à violência de género: da convenção de Istambul à nova legislação penal*, 129-166, Universidade Católica Editora - Porto.

CUNHA, C. – “Crimes Sexuais contra Crianças e Adolescentes”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3, nº 3 (2017), 345-376. Disponível em https://ciencia.ucp.pt/files/37220443/Crimes_sexuais_contra_crian_as_e_adolescentes.pdf.

CUNHA, C. – “A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação - reflexão à luz da convenção de Istambul”, *Crimes sexuais*, 15-37. Lisboa, Portugal: Centro de Estudos Judiciários, 2021. Disponível em https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=uMxjnSJ_t24%3D&portalid=30

CUNHA, Maria da Conceição Fonseca Ferreira da (2022) – *Os Crimes Contra As Pessoas*, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 132-171.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2012) – “Artigo 163º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*, 2ª Edição, Coimbra Editora, págs. 714 a 742.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2019) – *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3ª ed., Gestlegal, p. 416.

El País, “CASO LA MANADA. Un juicio de 96 segundos”, 27 de novembro de 2017. Disponível em https://elpais.com/politica/2017/11/25/actualidad/1511633639_199059.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado

GALLIANO Grace et al., “Victim Reactions During Rape/Sexual Assault: A Preliminary Study of the Immobility Response and Its Correlates”, 1993. Disponível em <https://time.com/wp-content/uploads/2014/11/galliano.pdf>

HAGGARD Patrick e Ebani DHAWAN, “Neuroscience evidence counters a rape myth”, junho de 2023. Disponível em https://www.nature.com/articles/s41562-023-01598-6.epdf?sharing_token=5bu64_ypuqNp49sWhipq69RgN0jAjWel9jnR3ZoTv0N1V2sUyIeViugZOKbuqTLiFI0fN5MAvR97P8A4wVQ0-hL6WBvHPt1%202VURtXbckXi7gKwAS7TxTWp3Ain2lvbuIMVCQgcswtYdUaJDc

[AekaQOq-6BlbCSTesi-Fbsv8srURqHJXZyl3MpAfNboj2Dt9N7CAW70SIXLkgbAs59V1VA%3D%3D&tracking_referrer=elpais.com](https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/la-brutalidad-de-la-manada-desnudaron-violaron-y-le-robaron-el-movil-a-la-victima-para-evitar-que-pidiese-ayuda_201711135a09a3560cf2ebaa1677a6fc.html)

La Sexta, “La brutalidad de 'La Manada': desnudaron, violaron y le robaron el móvil a la víctima para evitar que pidiese ayuda”, 13 de novembro de 2017. Disponível em https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/la-brutalidad-de-la-manada-desnudaron-violaron-y-le-robaron-el-movil-a-la-victima-para-evitar-que-pidiese-ayuda_201711135a09a3560cf2ebaa1677a6fc.html

Observador, “Abusos sexuais em grande escala. Colónia não foi fenómeno isolado”, 12 de janeiro de 2016. Disponível em <https://observador.pt/2016/01/12/abusos-sexuais-grande-escala-colonia-nao-fenomeno-isolado/>

PALMA, M.F. – “Magna Carta Do Delinvente versus Direito Penal Da Vítima Na Reforma Penal Do Crime de Violação”, *Anatomia Do Crime*, 17. (2023, janeiro a junho), 11–18. Disponível em <https://anacrimine.scholasticahq.com/article/87774>

RODRIGUES, A. M. – “A Reforma Permanente dos Crimes Sexuais no Ordenamento Jurídico-Penal Português”, *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?* (2021), 281-294. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8044262>.

SOTTOMAYOR, C. – “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista: A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011”, in *Revista do Ministério Público* 128, 2011, pp. 273-318.

The Guardian, “Cologne inquiry into 'coordinated' New Year's Eve sex attacks”, 5 de Janeiro de 2016. Disponível em <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/05/germany-crisis-cologne-new-years-eve-sex-attacks>

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (CASO M.C. vs. BULGÁRIA), de 4 de dezembro de 2003. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-104387%22%5D%7D>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011, processo nº 476/09.0PBBGC.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de junho de 2019, processo nº 473/16.0JAPDL.L1-3. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument&fbclid=IwAR2MVvLnC3ruwN9TunkeNYmyaeI5t8zalU4WSiGTxDxmDrgjeD1MapZ3KKs>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de maio de 2022, processo nº 652/21.8PEAMD.L1-9. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/dd7fb1d0dc5e0ecd80258847003bab59?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2022, processo nº 205/20.8JASTB.L1.S1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e35fafbb137bb2f802588b8002eba44?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de setembro de 2022, processo nº 3006/20.0JAPRT.P1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ffb833411206f524802588d3003789ab?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de junho de 2023, processo nº 793/21.1JALRA.C1. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/99f55eca540d33fc802589d3004e8cf6?OpenDocument>

Legislação

Ordenações Afonsinas, Livro V, Título VI “Da Molher forçada, e como se deve provar a força”. Versão Online. Disponível em <https://gulbenkian.pt/publications/ordenacoes-afonsinas-livro-v/>

Decreto de 10 de dezembro de 1852, que aprova o Código Penal. Versão Online. Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

Decreto de 16 de setembro de 1886, que aprova o Código Penal. Versão Online. Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de setembro, que aprova o Código Penal. Versão Online. Disponível em <https://files.dre.pt/1s/1982/09/22101/00020064.pdf>

Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, que aprova o Código Penal. Versão Online. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>

Lei nº 65/98, de 2 de setembro, que altera o Código Penal. Versão Online. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/65-1998-566854>

Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, que altera o Código Penal. Versão Online. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/59-2007-640142>

Resolução da Assembleia da República nº 4/2013, de 21 de janeiro, que aprova a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

Lei nº 83/2015, de 5 de agosto, que altera o Código Penal. Versão Online. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&versao=38&so_miolo=

Lei nº 101/2019, de 06 de setembro, que altera o Código Penal. Versão Online.
Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul)
<https://rm.coe.int/168046253d>

Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB). Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1717

Lei que altera o Código Penal Alemão – melhorando a proteção da autodeterminação sexual (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung), de 9 de novembro de 2016. Disponível em https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2015_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630&p=20220907&tn=0>