



JUSTIÇA COM A

FEVEREIRO '20
36ª Edição

No 29º dia do 2º mês de um ano bissexto – 2020 - Justiça com A traz-lhe um poema de Homenagem às **Mulheres Portuguesas**

Traz-lhe **uma jovem** que, fugida da guerra (sempre igual pelos tempos fora), aprende português e já conquistou o coração da sua professora e desta revista

Uma **Casa da Justiça** com gente dentro que deixa uma lágrima nos olhos de quem já percorreu os caminhos de solidão do início de uma carreira digna e honrada

A coragem de **uma mulher que ousou exercer o seu direito ao voto** e tem um hospital com o seu nome porque, onde a lei não distingue...

Um **texto escrito à secretária** ao fim de um dia de trabalho quando já não sabemos se a secretária somos nós ou já caímos dentro dos papéis...

Um **acórdão** que explica muita coisa a muitas cabeças baralhadas sobre crimes sexuais e consentimento...

O último acto do baixo contínuo **na Vida de um Juiz.....**

A opinião de um jovem que afirma corajosamente que **Portugal não é racista.**

Uma **viagem ao Peru** pelo nosso cronista de serviço

Um texto provocador sobre **provocadores**

Uma lufada de ar fresco no Alentejo... experimente ir e **não tirar a etiqueta....**

Uma das mulheres mais bonitas do séc XX, mais corajosa e mais digna de respeito pela coragem de ter mantido em seu redor uma família, com tantas renúncias da sua parte, como uma verdadeira rainha que é e sempre foi, pela máquina de um dos nossos fotógrafos mais considerados

Março também vai ter surpresas.... Pense no tema: "**Ser Mulher Num Mundo de Direitos Fundamentais**"

Direcção:

Adelina Barradas de Oliveira

Design e Produção:

Diogo Ferreira

Inês Oliveira

Site:

www.justicacoma.com

Facebook:

JUSTIÇA COM A

4

HOMENAGEM ÀS MULHERES (...)

ADELINA BARRADAS OLIVEIRA

10

E O MAR LOGO ALI

ANA GOMES

12

ONDE A LEI NÃO RECONHECE

ANA PAULA PINTO LOURENÇO

22

POESIA EM BAIXO CONTÍNUO

FILOMENA LIMA

24

MUNDO A PRETO E BRANCO

CID ORLANDO GERALDO

26

CANTINHO DO JOÃO

JOÃO CORREIA

30

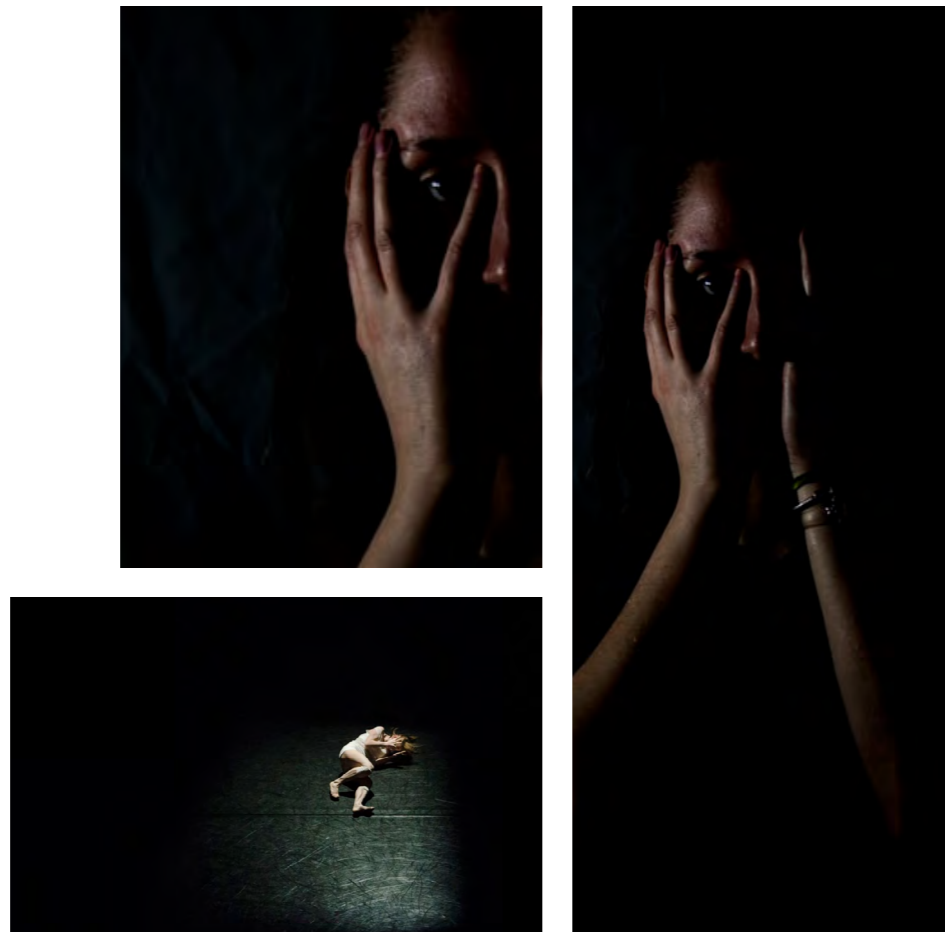
FLORES NA ABÍSSÍNIA

CARLA COELHO

36

EXTRA

VINICIUS MORAIS



“NÃO RESISTIR NÃO É CONSENTIR”



MARIA
DA CONCEIÇÃO E CUNHA

Maria da Conceição Ferreira da Cunha é professora associada da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, onde leciona, na área do Direito Criminal, desde 1988. É autora da monografia “Constituição e Crime” (UCP, 1995 - tese de mestrado) e “Vida contra Vida” (Coimbra Ed, 2009 - tese de doutoramento), assim como do Relatório “Crimes contra as Pessoas” (UCP, 2017) e de variados artigos na área do Direito Criminal. Participou no Projeto Europeu Hands-Up (projeto para a eliminação de maus tratos a crianças). É coordenadora da secção do Porto do CEID (Centro de Estudos e Investigação em Direito) e coordenadora do Observatório para Tutela de Vítimas Especialmente Vulneráveis face a Crimes Violentos. Nos últimos tempos tem-se dedicado especialmente à investigação na área dos crimes contra a vida, dos crimes sexuais e da delinquência juvenil.

T No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12/6/2019 (cuja relatora foi a juíza desembargadora Teresa Féria) decidiu-se um caso complexo relativo a uma menor de 14 anos, que foi forçada a ter sexo oral e sexo anal com o condenado, homem de 38 anos, que conhecia a vítima (e seus pais) desde os seus 9 anos de idade.

O foco deste comentário incidirá apenas no enquadramento dos factos dados como provados na nossa lei penal, tendo em consideração o bem jurídico que se pretende tutelar no âmbito dos crimes sexuais: a liberdade e autodeterminação sexual e, mais especificamente no casos de vítimas menores, o “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual”¹. Estes são bens jurídicos que estão em sintonia com os valores constitucionais da liberdade e integridade pessoais e com o princípio da dignidade humana, fundante da nossa ordem jurídica (art. 1º da CRP); estão ainda em consonância com os valores tutelados e as injunções impostas pelos instrumentos internacionais, nomeadamente a Convenção dos Direitos Humanos, a Convenção dos Direitos das Crianças, a Convenção de Istambul, a Convenção de Lanzarote e a Diretiva 2011/93/UE.

Voltando ao caso em apreço, salientem-se os factos mais relevantes (para além dos já referidos) que foram dados como provados (tendo em consideração a importância da “credibilidade” da vítima, atendendo às “regras da experiência comum”):

«No dia 18 de setembro de 2016, pelas 00h30/1h00, após o espetáculo do cantor “CM”, representado pelo arguido, este convidou os espectadores a acompanhá-lo a um beberete, que teria lugar na sala da Junta de Freguesia da... O arguido aproveitou a ocasião para

abordar a ofendida J e dizer-lhe que queria falar com ela a sós, o que esta negou por temer qualquer ação daquele relacionada com a prática de atos sexuais. Não obstante, a ofendida J foi agarrada por PM, que a empurrou para o arguido, sendo que este acabou por conduzi-la a um gabinete da Junta, local onde a empurrou e disse-lhe para se sentar numa cadeira, e, seguidamente, aproximou-se dela. O arguido introduziu os dedos na boca da ofendida J. De seguida, o arguido colocou o seu pénis na boca da ofendida J, contra a sua vontade, fazendo com que a mesma ficasse engasgada e com vômitos. Então, o arguido agarrou na ofendida J, colocou-a junto de uma mesa, baixou-lhe os calções que esta vestia e introduziu o seu pénis no ânus da mesma, sem fazer uso de preservativo».

Por estes factos, o arguido foi condenado pelo crime de violação agravada (art. 164º nº 1 al. a) e art. 177º nº 6)² numa pena de 6 anos e 6 meses de prisão efetiva.

O enquadramento do caso (quer pelo Tribunal de 1ª instância, quer pelo Tribunal da Relação de Lisboa) no crime de violação agravada em razão da idade da vítima (menor de 16 anos), afastando a aplicabilidade do art. 173º (atos sexuais com adolescentes), invocado pelo recorrente, é de louvar.

Na verdade, o crime de atos sexuais com adolescentes (art. 173º) aplica-se a vítimas entre os 14 e os 16 anos (como é o caso), mas pressupõe o acordo da vítima, embora não se trate de um acordo válido, por ser conseguido através do abuso da inexperiência da/o adolescente. Não faria sentido que o crime se baseasse no abuso de inexperiência da vítima e abrangesse o seu desacordo...O abuso de inexperiência (que deverá ser interpretado num sentido amplo – como abuso de vulnerabilidade, tendo em consideração

a diferença de idades, de estatuto social, de maturidade, em suma, de poder)³ é o meio que o agente usa para levar a vítima a concordar/ aceder (ou a ceder) à prática de atos sexuais com o agente.

Ora, no presente caso, recorde-se que a vítima começou por se recusar a acompanhar o agente, foi empurrada (primeiro por outra pessoa e depois pelo agente) e o agente introduziu os dedos e depois o pénis na sua boca, fazendo com que ficasse engasgada e com vômitos; por fim, agarrou a vítima, baixou-lhe os calções e introduziu o seu pénis no ânus da mesma.

Daqui resulta que não houve sequer qualquer tentativa de seduzir a vítima para conseguir o seu acordo, aproveitando-se da sua vulnerabilidade (desde logo evidenciada pela grande diferença de idades e de posição social), nem a vítima consentiu na prática de tais atos: a vítima não só se recusou a acompanhar o agente, como não colaborou em nenhum dos atos e, ao invés, ficou engasgada e com vômitos, o que demonstra a sua repugnância e perturbação. Fica, assim, claramente afastada a aplicabilidade do crime de "atos sexuais com adolescentes" (art. 173º).

Como bem salienta o acórdão, houve a conduta de "forçar a vontade de outrem", situação que se enquadra claramente no crime de violação. Assim, essencial será que, tendo em consideração o contexto envolvente, os atos do agente e a atitude da vítima, se conclua que houve esta imposição da vontade do agente, conclusão que, neste caso, se afigura evidente⁴.

É assim crucial salientar que o crime de violação consiste **na imposição da vontade do agente à vontade da vítima (desrespeitando assim a vontade da vítima), imposição esta que não exige a resistência ativa da vítima**. De resto, tal exigência de resistência da vítima nunca constou da letra (nem do espírito) da lei⁵, nem faz qualquer sentido, à luz dos conhecimentos da psicologia, como muito bem esclarece o acórdão: «vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica, outras em que se opera uma dissociação da realidade, como se a agressão de que estão a ser vítimas não se passasse com elas e apenas estivessem a observá-la e outro grupo de vítimas decide não resistir para evitar ferimentos ou morte»⁶.

As referências do recorrente à possibilidade de a vítima ter reagido, abanando a cabeça, impedindo pela força dos seus maxilares que a boca se abrisse ou mordendo o seu pénis, são irrealistas, pois é frequente não haver reação ativa, de combate, mas de pânico, de medo e de repugnância⁷ (como ocorreu neste caso). De resto, vendo o agente, como viu, que a vítima estava com vômitos e engasgada, não poderia presumir que desse o seu acordo a tais atos... mas, indiferente a esta reação (esta também é uma reação significativa), não só prosseguiu, como lhe impôs ainda sexo anal...

Assim, a única dúvida que se poderia suscitar seria se este caso se deveria enquadrar no art. 164º nº 1 ou nº 2⁸; ou seja: se se pode sustentar que houve constrangimento por meio de "violência, ameaça grave ou colocação da vítima na incapacidade de resistir", tal como foi

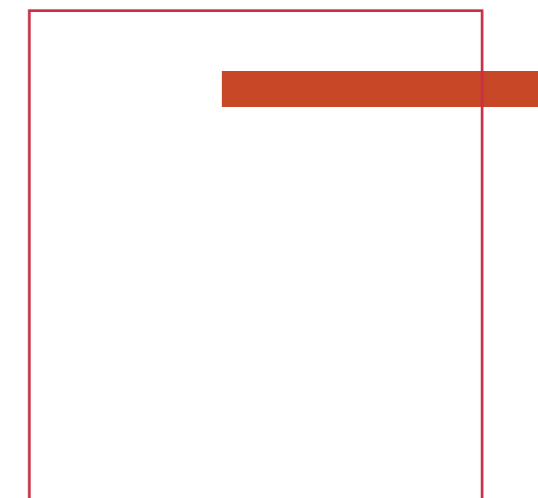
decidido, ou se houve "constrangimento" por outros meios.⁹

Todavia, tendo em consideração o contexto envolvente, nomeadamente as idades da vítima e do agressor, o facto de a vítima ter sido empurrada, de o agente ter prosseguido na prática de sexo oral mesmo perante os seus vômitos e de, posteriormente, a ter agarrado e sujeitado a sexo anal, trata-se de comportamento que integra já o meio "violência", sendo esta "adequada a impedir a resistência da ofendida"¹⁰

Poderia ainda questionar-se se o comportamento do agente consubstancia um crime de violação agravada ou dois crimes de violação agravada, tendo em consideração que houve duas condutas distintas (embora praticadas no mesmo contexto espaço-temporal): a imposição de sexo oral e a imposição de sexo anal. A questão não é simples, contendendo com a problemática da unidade versus pluralidade de crimes e critérios para a sua distinção. Se se privilegiar esta unidade situacional dir-se-á tratar-se de um único crime; porém, se se atender à pluralidade de condutas, que apresentam autonomia entre si (em que uma não é preliminar ou meio para concretizar a outra) e, até, à pluralidade de resoluções criminosas (o agente decide praticar sexo oral e, depois, decide praticar sexo anal) poderá sustentar-se a pluralidade de crimes. A questão não foi equacionada pelos Tribunais, tendo-se considerado haver um crime de violação agravada, o que, à luz do critério da "unidade de sentido do acontecimento ilícito global-final", será porventura a decisão mais

acertada. De todo o modo, tendo em conta o modo de punição do concurso de crimes no nosso sistema jurídico (cúmulo jurídico), cremos que a decisão final quanto à medida concreta da pena não seria muito diferente se se tivesse considerado o concurso de crimes, até porque na determinação da pena concreta foi considerada (e bem) a globalidade da conduta do agente (onde se integram os dois atos sexuais), com reflexos no seu grau de culpa e nas necessidades de prevenção geral e especial.

Em conclusão, saúda-se o modo como os Tribunais avaliaram e julgaram este caso, e como o Tribunal da Relação de Lisboa pôs em evidência dois aspetos fulcrais: o crime de violação como um crime em que a vontade do agente se impõe à vontade da vítima e a compreensão do real significado da ausência de resistência ativa da vítima; o silêncio e a passividade, na maioria dos casos, resultam do medo, do instinto de sobrevivência, do pânico, ou de mecanismos de dissociação, fenómenos que não podem ser ignorados ou esquecidos



1. Dias, Jorge de Figueiredo - «Nótula antes do artigo 163º», Comentário Conimbricense do Código Penal (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra Editora, Vol I, 2ª Ed, 2012, p. 711.

2. Art. 164º nº 1 al. a) segundo a redação da Lei nº 83/2015; entretanto, porém, entrou em vigor a Lei nº 101/2019, que alterou este artigo, trocando o nº 1 com o nº 2 e acrescentando um nº 3 onde se explicita o significado de "constrangimento" para efeitos do atual nº 1.

3. Sobre o conceito "abuso de inexperiência", cf. Pacheco, Beatriz, «A Convenção de Istambul e o Crime de atos sexuais com adolescentes», in in Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, UCP, Porto, 2016, pp. 169 e ss.

4. Note-se que a nossa lei tipifica o constrangimento da vítima (pelos meios mais graves – "violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir") ou por outros meios, constrangimento que no caso se verificou.

5. Nem mesmo antes da Lei nº 83/2015, que alargou o crime de violação a situações de constrangimento por meios diferentes da "violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir" (meios típicos até ai exigidos para se preencher este crime). Sobre a questão, cf o meu «Do Dissentimento à falta de capacidade para consentir», in Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, UCP, Porto, 2016, pp.135 e ss.

6. Sumário do acórdão, tendo em consideração ensinamentos da psicologia; cf. por todos, Brownmiller, Susan, Against our will, Penguin Books, 1993 (obra referida na bibliografia do acórdão).

7. Referindo-se ao «medo paralisador», Beleza, Teresa Pizarro, «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, UCP, Porto, 2016, pp

8. À luz da redação do artigo anterior à alteração de 2019.

9. Note-se que a tipificação deste "constrangimento" por outros meios resultou da Lei nº 83/2015 para abarcar situações de falta de consentimento não enquadráveis nos meios (mais graves) já tipificados. Porém, seria preferível que a lei se referisse à ausência de consentimento (tal como o art. 36º da Convenção de Istambul), para ficar claro que o crime se baseia no desrespeito pela vontade da vítima.

10. Tal como é referido no sumário do acórdão.