



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Bruna Marques Matos

O ARTIGO 164º DO CÓDIGO PENAL À LUZ
DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL
THE 164º ARTICLE OF THE PENAL CODE IN
LIGHT OF THE ISTANBUL CONVENTION

Dissertação no âmbito do mestrado em ciências Jurídico-Forenses
orientada pelo Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2022



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Bruna Marques Matos

O ARTIGO 164º DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS À LUZ DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

*“THE 164º ARTICLE OF THE PORTUGUESE PENAL CODE IN THE LIGHT OF
THE ISTAMBUL CONVENTION”*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área
de Especialização em Ciências Jurídico- Forenses

Orientador: Doutor António Pedro Nunes Caeiro

Coimbra, 2022

*Aos meus pais, irmã e irmão que,
sem limites, me deram tudo o que este
trabalho lhes deve*

AGRADECIMENTOS

É com gratidão que enalteço o Senhor Doutor António Pedro Nunes Caeiro. Tenho a dizer que palavras não bastam para a agradecer toda a ajuda que me foi prestada.

Cumpre-me referir a importância que as minhas amigas Carolina Pereira, Carolina Louro e Sofia Silva detêm no que toca a esta dissertação, mas também em todo o meu percurso académico. Resta-me agradecer todo o amor e apoio que por elas senti.

Por último, devo dizer que não tenho, nem nunca terei o suficiente na vida para agradecer aquilo que a minha família fez por mim e que continua, de forma incansável, a fazer.

O Meu Eterno e Sentido Obrigada.

RESUMO

O trabalho a desenvolver versa sobre um tema frágil que carece um tratamento cuidado e atento às exigências que o tema comporta na sociedade.

Assim sendo, começarei por abordar uma breve referência histórica do artigo 164º do Código Penal, percorrendo o percurso do legislador e do entendimento jurídico-penal, social e evolucionista neste sentido, focando essencialmente naquela que foi a atitude portuguesa aquando o surgimento da, tão importante, Convenção de Istambul.

Posteriormente, e dada a importância que acarretam, serão explanados os modelos de incriminação existentes no entendimento do crime de violação, dando uma particular importância ao imposto em Portugal e fixando a minha perspetiva no que toca a este, mas também será traçado o tratamento da matéria no âmbito alemão.

Finalmente, e numa vertente crítica, a presente dissertação incidirá naquele que é o estudo e a interpretação da construção frásica do artigo mencionado em supra, encarando a importância que o uso de certos vocábulos, como a violência, constrangimento ou a vontade cognoscível têm na interpretação e aplicação de Direito.

Palavras-chave: Violação; Constrangimento; Dissentimento; Consentimento;
Crimes Sexuais

ABSTRACT

The work to be developed deals with a fragile topic for which there is an urgent need for careful and attentive treatment to the demands that the topic entails in society.

Therefore, I will start by approaching a brief historical reference of the article 164° of the Penal Code, covering the path that the legislator and the society understanding have taken on this point, focusing essentially on what was the Portuguese attitude towards the Istanbul Convention.

Subsequently, and given the importance they entail, the existing models of incrimination will be explained in the understanding of what is the crime of rape, giving particular importance to the ruling in Portugal and I will be setting my perspective with regard to this but, also, it will be traced the treatment of the matter in the German scope.

Finally, and in a critical aspect, this dissertation will focus on what is the study and interpretation of the sentence construction of the article mentioned above, facing the importance that the use of certain words, such as violence, constraint or the knowable will, have in the interpretation and application of the law.

Key words: Rape; Constraint; Dissent; Consent; Sexual Crimes.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS:

CP- Código Penal

CPP- Código Processual Penal

APAV- Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

CI- Convenção de Istambul

BE- Bloco de Esquerda

C.R.P- Constituição da República Portuguesa

N.º- Número

PAN- Partido pelos Animais e pela Natureza

P.- Página

Pp.- Páginas

PS- Partido Socialista

PSD- Partido Social Democrata

StGB- Código Penal Alemão

Índice

INTRODUÇÃO – O OBJETO DE ESTUDO	7
CAPÍTULO I – Breve Referência Histórica ao Crime Violação no Ordenamento Jurídico Português	9
1 – A Convenção de Istambul	9
2 - A Lei 83/2015: A Sua Origem e Antecedentes	14
3– A lei 101/2019: as suas, não tão claras, modificações:	22
CAPÍTULO II - Os Modelos de Incriminação.....	25
1 – Constrangimento.....	25
2 – Consentimento	28
3 – Dissentimento	32
4 – A Lei Alemã	35
Capítulo III- As Imprecisões Técnico-Jurídicas na Previsão Normativa do Crime de Violação	40
1 – O Vocábulo “Constranger”	40
2 – A Contínua Exigência de Violência	45
3 – A Vontade Cognoscível da Vítima.....	49
3.1. – A possível subjetividade.....	51
3.2. – A sua insuficiência face às circunstâncias envolventes da Convenção de Istambul.....	55
Conclusão:	60

INTRODUÇÃO – O OBJETO DE ESTUDO

O tratamento dogmático e processual penal do crime de violação tem demonstrado um caráter mutante e alinhado com a evolução do pensamento e mentalidade social, relativamente à Sexualidade.

Tal evolução não ocorre, a nosso ver, apenas a nível dos tipos objetivo e subjetivo de ilícito, mas também quanto à forma com que estes tipos de crimes são encarados pela sociedade. Tal se deve, maioritariamente, ao estatuto social que a mulher vem detendo ao longo do tempo, passando esta de ser encarada como submissa ou como um instrumento às mãos de um homem, a ganhar postura e importância social numa sociedade que sempre foi estratificada de forma a assegurar o poder do homem.

Neste seguimento, Portugal não tem sido a exceção. Desde a monarquia à democracia mudaram costumes, pensamentos, ideais e até formas de viver, mas um dos aspetos em que tem sido menos notória a mudança tem sido no papel da mulher na sociedade. Dizemos isto não por esta continuar a ser submissa, mas sim pelo facto de a mudança, apesar de ocorrer, é apenas aparente e essencialmente suave comparativamente áquilo que deveria ser, podendo até ir mais longe e falar de uma mudança “camuflada”. Coloca-se a questão de saber se não é consequência do enquadramento jurídico que vem a ser dado aos *crimes sexuais* como a violação que, apesar de ocorrer relativamente a homens e mulheres, inquestionavelmente, o seu alvo maioritário tem sido a mulher contribuindo para uma visão social sua como insegura, indefesa e carente de uma figura masculina a seu lado¹.

O próprio legislador mantém-se, alegadamente, resistente no âmbito da construção dogmática do crime de violação tornando-se, aparentemente, moldável pela construção de perfil que a sociedade tem do sexo feminino originando insegurança social no que concerne ao seu trabalho à luz daquilo que veio a ser o entendimento jurídico da Convenção de Istambul- a “Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica”-, criada em 2011, que veio a ser construída, notoriamente, de forma mais abrangente quanto à proteção da mulher, deixando dúvidas acerca do porquê de o Código Penal Português não atender sensível e atentamente ao cuidado com que a presente vem lidando com o tratamento jurídico da Violação².

¹ Katrina Lee-Koo, ‘Confronting a disciplinary blindness: women, war and rape in the international politics of security’, in *Australian Journal of Political Science*, 37 (3), 2022, pp. 525-36

² Cf. Artigo 36º, n.º 1, alínea a) da Convenção de Istambul.

A Convenção de Istambul³ veio a firmar como elemento central do ilícito típico o *dissentimento* da vítima acabando por sugerir aos países um novo modelo de incriminação assente no *dissentimento* ou no “não consentimento”⁴. É relativamente a esta questão que o presente trabalho visa versar, focando na opção do legislador em manter perceções e conceitos que temos, - tal como a autora Maria da Conceição Ferreira da Cunha-, como inadequados e insuficientes para atender à complexidade deste crime, que se mostra como um dos crimes mais hediondos no seio da sociedade, onde a dúvida quanto áquilo em que este se consubstancia permanece apesar das alterações legislativas que vem sofrendo⁵.

Torna-se perceptível que os problemas que aqui se colocam são dotados de uma sensibilidade extrema quer a nível jurídico, quer a nível social pelo facto de ser um crime que se baseia em atuações intrinsecamente ligadas ao corpo humano sendo este um tópico que causa, na sociedade em geral, um certo desconforto assente na vergonha de sequer falar de sexo, colocando o legislador numa posição inigualável de poder proporcionar à justiça portuguesa o poder não só de moldar o ordenamento jurídico, no sentido de abranger toda e qualquer situação que seja, efetivamente, violação, como também a possibilidade de evoluir a consciencialização da população para o tema. O que, a nosso ver, não tem sido feito ou, a melhor dizer, tem sido superficialmente feito tendo em conta a comparação estabelecida entre a Convenção de Istambul e o artigo 164º do Código Penal Português.

Para chegarmos ao cerne da questão, este trabalho irá dividir-se em 3 capítulos onde: serão tratadas as origens e evolução histórica dos Crimes Sexuais no Ordenamento Jurídico Português (Capítulo I); serão estudados os vários modelos de incriminação subjacentes à matéria tratada (Capítulo II); e, por fim, será desenvolvida a questão da imprecisão técnico-legal patente no artigo 164º do Código Penal Português, atendendo aos problemas que podem aí ser suscitados.

³ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis .

⁴ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in *Dissertação de Mestrado*, Coimbra, 2020, p. 10.

⁵ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da: “*Do dissentimento à falta da capacidade para consentir*”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, p.111.

CAPÍTULO I – Breve Referência Histórica ao Crime Violação no Ordenamento Jurídico Português

1 – A Convenção de Istambul

Numa clara necessidade de suprir a violência contra as mulheres formalizou-se, a 11 de maio de 2011, a Convenção do Conselho de Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica⁶.

Portugal acolheu esta Convenção mediante a Resolução da Assembleia da República nº 4/2013 de 21 de janeiro. Era evidente a necessidade de uma resposta do país relativamente àquele que é um dos crimes que mais preocupação causa no Ordenamento Jurídico Português dado o número de casos de violência contra as mulheres que, infelizmente, são as principais eleitas como alvos de violência, seja esta sexual, física, doméstica ou psicológica.

No preâmbulo da presente, temos desde logo como claro que um dos seus objetivos é a erradicação daquela que é a violência contra o género feminino seja de que forma se manifestar. Tem-se que esta se trata de uma consequência daquela que é a desigualdade de tratamento entre o homem e a mulher, fazendo com que a última seja o alvo perfeito para ser perpetrada a necessidade de exercer violência por parte do agente, seja porque meramente lhe favorece ou enaltece a mente e o seu supérfluo sentido de superioridade, seja porque quer garantir que os seus objetivos, para os quais a mulher possa ser obstáculo, são realizados. Tal torna-se claro pelas palavras que a Convenção, desde logo, apresenta: *“(...) 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 (...) com uma profunda preocupação, que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados “crimes de honra” e a mutilação genital, que constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e raparigas e um obstáculo grande à realização da igualdade entre as mulheres e os homens;”*.

⁶ Convenção de Istambul disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=lei

Fica estabelecido que a presente convenção surgiu como uma necessária forma de salvaguardar a tutela da autonomia pessoal e da liberdade da mulher que, repetida e exaustivamente, é sujeita a violência pelas mãos de um agente que se mostra física ou psicologicamente apto para tal. Isto não quer dizer que apenas sejam exercidos crimes sexuais contra mulheres, visto que da mesma forma que uma mulher pode ser violada, um homem também o pode. Assim o é porque a cópula é e sempre foi a cópula e um beijo continua a ser o “encontro” de lábios⁷. Mas facto é que os números registados em Portugal, nomeadamente pela APAV⁸, mostram claramente que a mulher constitui a principal vítima de violação e isto torna-se compreensível pela forma de submissão e terror que este tipo de ilícito impõe sobre esta que, as mais das vezes, não tem capacidade para se impor contra aquele que forçosamente a penetra ou faz algo penetrar no seu corpo sem qualquer tipo de sinal ou autorização, pondo em cheque a sua liberdade de expressão sexual e a sua vontade de agir em conforme, chegando possivelmente até ao ponto de comprometer este bem jurídico de forma duradoura e até permanente⁹.

Vertendo este estudo no artigo 164º do CP é de referir que a violação se encontra prevista no artigo 36º da convenção em questão.

Trata-se de um artigo, a nosso ver, bastante abrangente naquela que é a tentativa de eliminar quaisquer lacunas de punibilidade que possam surgir quanto a estes crimes. Desta forma é de afirmar que a mesma não dispõe de meios típicos para que o ilícito típico seja executado, como por exemplo a violência ou a necessidade de exteriorizar, de forma cognoscível¹⁰, a vontade contrária à prática sexual. Parece-nos extremamente de encontro ao facto de se tratar de um crime de execução livre, não havendo necessariamente uma forma de violar havendo apenas a certeza relativamente ao ato em si, ou seja, o circunstancialismo de se tratar de uma penetração ou introdução seja ela vaginal, oral ou anal feita pela vítima ou sofrida pela mesma pelo órgão sexual, ou por um qualquer objeto que satisfaça sexualmente o agente.

Fica a certeza de que se trata de um ato realizado contra a vontade da vítima fazendo com que a ausência de consentimento seja o ponto fulcral para que possamos afirmar que

⁷ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes Sexuais: Análise Substantiva e processual”, 3ª Edição, Almedina 2021, p. 25.

⁸ Consulta disponível em https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/estatisticas-apav

⁹ BELEZA, Teresa Pizarro em “Consent- It’s simple as tea (...)” ob. Cit., p.18.

¹⁰ De acordo com o artigo 36.º, n.º 2, da Convenção de Istambul, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

um ato se consubstancia em violação. Neste seguimento, encontra-se presente aquele que é o modelo do dissentimento. E, quando houver consentimento deve este ser livre e voluntário por parte da vítima não valendo o silêncio como tal, mas tão só como uma ação pela qual a vítima optou sem que lhe esteja anexado um significado positivo à prática sexual. E, ao mesmo tempo, este consentimento deve ser prestado e avaliado de acordo com as circunstâncias envolventes.

Veremos agora, a mais pormenor, o artigo 36º da CI:

“1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:
a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última;
b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa;
c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro.
2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.
3. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as disposições do n.º 1 também se aplicam a atos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros, em conformidade com o direito interno.¹¹”

No seu artigo primeiro, estipula-se que as partes têm de adotar medidas legislativas que se mostrem necessárias para criminalizar condutas de natureza sexual. Este artigo mostra-se necessariamente abrangente para corresponder aos avanços que se têm denotado nos crimes de violação com o agente a utilizar várias formas de praticar o ilícito típico. É criada a preocupação da lei em “estudar” toda e qualquer ofensa sexual que possa caber no artigo 164º do CP.

É de realçar (nas alíneas b e c) o uso das palavras “*não consentido*”, que se mostram como um importante avanço jurídico ao fazer depender a criminalização de uma conduta apenas no *não consentimento* havendo, por tal, a ausência de quaisquer tipos de meios tipificados para o preenchimento do ilícito típico, ao mesmo tempo que não se recorre a qualquer tipo de vocábulo que mostre a necessidade de violência ou constrangimento. Esta foi a maior evolução da convenção de Istambul e, ao mesmo tempo, no âmbito dos crimes

¹¹ *Ibidem.*

sexuais.

No que toca ao seu artigo segundo, este verte sobre a caracterização do *consentimento*, havendo a obrigatoriedade de este ser voluntário e livre tendo em conta as circunstâncias envolventes¹². É evidente que ao fazer depender a liberdade e a vontade sexual positiva das circunstâncias envolventes pretendeu-se evitar e combater os casos em que a vontade da vítima fosse produzida de forma fraudulenta ou tendo meramente em conta aquilo que se “pensou que queria”, sendo este um dos principais problemas que se tem colocado a nível do *consentimento*, aquele de saber se a vítima realmente queria aquilo que lhe aconteceu, se somente o transpareceu ao criminoso ou até se foi criação deste último. Isto porque haveria várias situações de impunidade do agente se a lei fosse baseada naquilo que a vítima aparentou querer, aos olhos do agente ou de quem avalia a situação, e não naquilo que a vítima realmente pretendia ou não.

Neste ponto, podem surgir situações em que a vítima sofra um qualquer ato sexual não consentido e não se aperceba dada a rapidez e o circunstancialismo em que o mesmo ocorre, e se não fosse o consentimento baseado e analisado mediante as circunstâncias envolventes em que o ato ocorreu, mas antes mediante a exigência de verificação de violência, constrangimento ou de outro meio coativo estaríamos perante uma situação sem previsão jurídica. Imaginemos que A se encontrava numa discoteca completamente lotada e, por uma eventualidade, teria bebido álcool não possuindo a totalidade da sensibilidade que normalmente teria. B, apesar de não ter consciência da situação de A, aproveitava a sua distração, o aglomerado de pessoas e estado de embriaguez desta e, por lhe aparentar uma vontade de A mediante olhares que interpretou de forma errada, ao aperceber-se de que a mesma seguia para um beco que pouca ou nenhuma visibilidade teria, alcançava a mesma e procedia à inserção na sua vagina de dois dedos sem que ela tivesse a consciência atempada de pedir ajuda. Neste caso, denote-se que para B a mulher em questão teria toda a vontade de estar sexualmente com ele em virtude da sua má interpretação de olhares e A, por sua vez, não conseguiu demonstrar a sua vontade contrária. Assim sendo, estaríamos perante uma situação jurídica controversa se a mesma não pudesse ser analisada segundo as *circunstâncias envolventes* em que tudo isto ocorreu.

Finalmente, no seu número terceiro¹³ estão precavidas as situações de violência

¹² De acordo com o artigo 36.º, n.º 2, da Convenção de Istambul, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

¹³ *Ibidem*.

sexual entre cônjuges, ex-cônjuges, companheiros ou ex-companheiros¹⁴. É um avanço importante pelo facto de não serem antigamente previstos, mas somente aqueles que eram executados por estranhos ou até conhecidos, mas sem qualquer relação matrimonial ou amorosa, sendo este um dos pontos que volta a demonstrar a imagem inferior da mulher estando à mercê do seu marido, noivo ou enamorado, sendo-lhe possível fazer-lhe tudo o que a sua vontade ordenasse.

Findo o estudo referente à Convenção de Istambul cumpre-nos seguir estudo para a sua repercussão em Portugal.

¹⁴ *Ibidem.*

2 - A Lei 83/2015: A Sua Origem e Antecedentes

O legislador português apenas recentemente fixou a liberdade sexual como bem jurídico a tutelar por meio do tipo legal de crime patente no artigo 164º CP.

Trata-se de um ilícito cuja tipificação se mostrou moldável a circunstâncias sociais acabando por suscitar fragilidades aquando a hora da sua aplicação a casos reais e concretos. Neste sentido, Karl Prehaz Natscheradetz¹⁵ teve um importante papel ao afastar a moralidade, religião, sociedade e pudor daquele que é um bem jurídico intrinsecamente ligado à intimidade humana, a sexualidade. Foi possível atingir um avanço social e jurídico em matéria sexual.

Contudo, a fronteira a traçar entre o auge da liberdade sexual e os instintos libidinosos que um ou vários sujeitos podem deter assenta numa sensibilidade propícia a erros por parte do legislador.

Atualmente, o crime de violação encontra-se na secção I (crimes contra a liberdade sexual) do capítulo V (dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual) do Título I (crimes contra as pessoas) do Livro II (Parte Especial), mais concretamente no artigo 164ª do Código Penal. Todavia, a sua tipificação tem padecido de tumultuosas modificações dada a constante mudança da sociedade originado uma correlação entre esta e o trabalho do legislador. Trata-se de uma atuação bilateral já que o legislador atua consoante a conceção da sexualidade que o Homem detém e, por sua vez, o legislador ao proceder à tipificação do ilícito alcança a possibilidade de alterar a mentalidade social referente à criminalidade sexual.

Em 1852 surge o primeiro Código Penal Português¹⁶, que veio contemplar num só documento os crimes que por vários estavam dispersos, quer nas Ordenações Afonsinas¹⁷, quer em leis avulsas de pendor religioso¹⁸. Os crimes sexuais apresentavam-se limitados ao que era socialmente tido como assente e a termos recorrentes usados na época, como o termo “paixões lascivas”, ao mesmo tempo em que a violência, a honesta viuvez e a virgindade surgem como pressupostos para que houvesse a ponderação de

¹⁵ Cf. NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites, p. 44.

¹⁶ Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

¹⁷ BATISTA, Luís de Oliveira, “Anotação ao artigo 393º”, in *Notas ao Código Penal Português*, p.240.

¹⁸ Cf. SANTOS, José Beleza: “O crime de ultraje público ao pudor”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 59º, Coimbra, 9 de outubro de 1926, nº 2311, p.177.

existência de ilícito colocando a mulher a uma total disposição sexual por quem a tivesse como esposa ou até mesmo prometida¹⁹. No entanto, há um ponto em comum com a atualidade no que toca à vontade que, à semelhança de hoje, tem de ser contrária para que possamos caracterizar como ilícita a prática sexual. Contudo, existe uma necessária relação meio/fim ao exigir-se a complementaridade do *não consentimento* com a exigência de uma conduta típica baseada em violência, fraude ou inabilitação da vítima de reagir.

Posteriormente surge o Código Penal de 1886²⁰. Procedeu-se a um alargamento da incriminação²¹ colocando a veemente intimidação²² ao lado da privação da razão ou dos sentidos como um elemento objetivo do tipo legal de crime, mas não se trataria de uma básica e simples tentativa intimidatória sendo necessária uma ação que se consubstanciasse num mal de elevada gravidade, eminência e inevitabilidade.

Relativamente a ambos os códigos penais mencionados em supra, mantém-se a vontade contrária, embora numa posição precária, já que haveria a urgência da sua expressão não apenas nos primeiros momentos da prática sexual, mas de forma permanente e só desta forma se estabeleceria a relação meio/ fim com os elementos do tipo legal de crime dando origem a ação penal.

Apesar das reformas legislativas levadas a cabo, o paradigma jurídico-penal mostrou-se demasiado estagnado não atingindo a necessária intervenção de que carecia. No entanto, no final dos anos XX a mentalidade social começou, pouco a pouco, a evoluir e a mostrar-se sensível a uma melhor perceção da sexualidade e foram iniciados os trabalhos para a elaboração de um novo Código Penal.

Com o novo e atual CP, o de 1982²³, os Crimes Sexuais passaram a constar no Título III onde se vislumbravam os crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade, no Capítulo I em que constavam os crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade e, finalmente, na Secção II que integrava os Crimes Sexuais. O

¹⁹ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2020, p. 12.

²⁰ Disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> .

²¹ Cf. Batista, Luís de Oliveira, ob. cit, p.240.

²² Não se podia bastar pela intenção de um mal qualquer, era necessário que este fosse de grande gravidade acompanhado de iminência e inevitabilidade.

²³ Disponível em https://europam.eu/data/mechanisms/PF/PF%20Laws/Portugal/Portugal_criminal%20code_1982_amende_d2015_por.pdf

crime de Violação passou a constar no artigo 201º do presente.

É de notar que estamos numa área de intervenção jurídica muito sensível. Isto porque apesar da atividade sexual em si se basear no mesmo²⁴, as opiniões quanto à sua prática divergem consoante a opinião de cada um, seja ela mais púdica e reservada, seja ela mais livre. Karl Natscheradetz²⁵ teve um importante papel no que a isto concerne, pois prosseguiu o intuito de separar a sexualidade da ordem moral que se encontrava sujeita a subjetivismos sociais e individuais, acabando por descortinar a necessidade de o ser humano satisfazer a sua liberdade sexual e a necessidade de afastar a intervenção penal e estadual das situações que em nada afetariam a ordem social, mas que meramente pudessem afetar certas perspetivas pessoais. Por conseguinte, tornou-se necessária a compreensão do sexo como natural em determinadas circunstâncias, bastando para tal perceber quais as condutas que poriam em risco a vida da sociedade²⁶ e por outro lado, as que em nada a afetariam, mas tão só, colocariam em causa compreensões individualistas e leigas da matéria²⁷. Só desta forma se atingiria o livre desenvolvimento da personalidade e a autorrealização pessoal, limitando-se o Direito Penal à criminalização de condutas que gravemente atentassem contra a liberdade sexual ou livre autodeterminação do ofendido, privando-o da sua atividade sexual.

A par deste pensamento progressista e da conseqüente evolução da mentalidade portuguesa, surgiu a necessidade de reforma do Código Penal. Para isto, foi criada uma comissão revisora para modificar o corpo do seu texto, sendo este alterado sucessivamente em 1991, 1993 e 1994²⁸, com a intenção de retirar o pendor moralista aos crimes sexuais e substituí-lo pela liberdade e autodeterminação sexual como bens jurídicos protegidos. Ao mesmo tempo, a violação passou a ser vista como uma espécie de coação sexual qualificada²⁹, sendo a coação sexual o tipo de ilícito básico.

Com o Decreto-Lei n.º 48/95³⁰ todos os crimes sexuais deixam de estar previstos no Título III e passam para os crimes contra as pessoas, ou seja, para o Título I, sendo

²⁴ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais (...)” ob. Cit., p.25.

²⁵ Cf. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, ob. Cit., p.120.

²⁶ Em consonância com o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:” A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem.”

²⁷ Idem, p.45.

²⁸ RAMOS, Fernando João Ferreira, “Notas sobre os crimes (...)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, e, também, BELEZA, Teresa Pizarro, “O conceito legal de violação”, in *Revista do Ministério Público*.

²⁹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo e CAEIRO, Pedro, ob. Cit., p.1398.

³⁰ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720> .

este dividido em duas secções³¹. O foco da dissertação em apreço centra-se apenas na secção I, a da Liberdade Sexual, nomeadamente no seu artigo 164º que procede á tutela da Liberdade Sexual³².

Toda esta realidade torna fundamental uma abordagem diferenciada à criminalidade sexual por todas consequências graves e duradouras que origina para as vítimas. JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO e PEDRO CAEIRO, por via de seus ensinamentos, afirmam aquela que é a melhor interpretação da liberdade sexual, caracterizando-a como “a faculdade de escolher praticar ou não praticar, de forma livre, determinado ato sexual e de escolher o/a parceiro/a para tal fim”³³.

Após a análise que temos vindo a desenvolver é de notar a evolução de compreensão neste aspeto com a atribuição da liberdade ás pessoas de agir sexualmente conforme a sua vontade fechando-se, totalmente, o entendimento sexual moralista anteriormente imposto na sociedade. Coloca-se um fim ao pudor retrógrado dando origem a uma nova realidade onde se descriminalizam certos comportamentos sexuais e criminalizam-se outros quando atentem contra a vontade e liberdade sexual de todos os cidadãos.

Apesar de todas as transformações anteriores, o artigo 164º permaneceu como que “tradicional” permanecendo concentrado numa relação básica, dita simples, em que se previa meramente a penetração e não a possibilidade de uso de outros instrumentos ou partes do corpo para satisfazer instintos sexuais e tal acabava por atrasar o avanço penal e processual penal.

Assumiu-se como necessária uma intervenção jurídica (resultante na Lei n.º 65/98 de 2 de setembro³⁴) que instituía a possível penetração da vítima por outras formas não tão usuais e ainda que visasse as situações em que o agente tirava partido de uma “autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica e de trabalho”.

³¹ “A divisão do capítulo em análise em duas subdivisões- crimes contra a liberdade sexual e crimes contra a autodeterminação sexual- pressupõe uma distinção bem clara entre aquilo que se pretende tutelar e proteger com os diferentes tipos de crimes aí incluídos.” Cf. LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal (1998)* p.11.

³² BELEZA, Teresa Pizarro, “Sem sombra de Pecado, o Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal” in *Jornadas de Direito Criminal- Revisão do Código Penal*, p. 165 e 166.

³³ Cf. CAEIRO, Pedro e FIGUEIREDO, José Miguel, *Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e Macau*, p. 170.

³⁴ Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=112&tabela=leis

Seguidamente, com a atuação da Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro³⁵, o n.º 1 do artigo 164º do CP passa a equiparar a penetração anal e vaginal à introdução de objetos e partes do corpo, e a alargar a intervenção penal no seu artigo segundo.

Segundo JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO “as questões do consentimento do domínio da criminalidade sexual entre adultos, por via de uma ampla tutela da liberdade de disposição do corpo do ponto de vista sexual, exigiram clarificações legislativas”³⁶. É neste parâmetro que se torna importante focar que a livre disposição do corpo de cada um, numa sociedade que tão dificilmente superou a ideia tradicional, se torna confusa no sentido de perceber qual limite que teria de ser obedecido, aquando a satisfação de interesses sexuais, no sentido de perceber até que ponto se poderia satisfazer o bem jurídico de cada um, sem colocar em questão o do outro. Esta é a questão controversa no cerne da criminalidade sexual e que tão dificilmente tem sido interpretada colocando em causa as sucessivas alterações legislativas que vão surgindo.

Certos casos jurisprudenciais sustentaram um grande peso e contributo para a perceção e solução das questões no seio do crime em questão. É o caso de Kunarac, Kovac e Vucovic³⁷ em que um dos elementos objetivos do crime de violação seria a penetração sexual sem o *consentimento* da vítima desvalorizando a necessidade de existência de “coação, força ou ameaça de uso de força contra a vítima”.

De forma posterior, surge o documento “The Elements of Crimes” que, no seu artigo 7 (1)(g) -1³⁸ contempla um conjunto de pressupostos necessários para a verificação de um crime de violação, em que a *ausência de consentimento* surge sem a presença de qualquer outro elemento típico com incidência direta.

Como um dos pontos fulcrais da presente dissertação, a 11 de maio de 2011, surge a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, realizada em Istambul. Neste contexto, merece destaque o seu artigo trigésimo sexto referente aos crimes de violência sexual, onde se postula o crime que nesta dissertação se encontra em estudo, a violação. Esta é

35

Disponível

em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&

³⁶ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes Sexuais: Análise Substantiva e processual”, 3ª Edição, Almedina 2021, p. 26.

³⁷ Disponível em <https://www.icty.org/en/case/furundzija>, consultado a 5 de maio de 2022.

³⁸ Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resourcelibrary/official-journal/elements-of-crimes.aspx>.

definida como uma conduta ou prática sexual não consentida por quem a sofre ou pratica e não é exigível a presença de quaisquer elementos típicos que se visem como necessários para atingir a atividade sexual, chegando à conclusão que a violação tem a sua base no *não consentimento*, ou seja, o *consentimento* que não seja livre ou espontâneo, por parte do ofendido/a.

A par de tal, é de notar um incontestável avanço que, a nosso ver, soluciona grande parte das controvérsias geradas pelo facto de se tratar de um crime cuja prática apenas envolve o ofendido/a e o agente, e assim coloca em causa as possibilidades de prova. Um dos fundamentos de que nos servimos para fundamentar o dito reside no facto de serem analisadas as circunstâncias envolventes para avaliar a existência ou não de consentimento. Surge a exigência de um consentimento avaliado tendo em conta a pessoa em questão e o contexto em concreto, afastando as assunções típicas de comportamento.

Por conseguinte, em 2012, merece destaque o “Handbook for Legislation on Violence against Women”³⁹, obra das Nações Unidas, que visou recomendar um modelo-base legal a adotar pelos ordenamentos jurídicos. Por via deste, foi estabelecida a necessidade de retirar do texto legal qualquer elemento objetivo que associe as ofensas sexuais à força ou à violência e, por outro lado, sugeriu a necessidade de demonstração de uma aceitação inequívoca e voluntária de ambas as partes, devendo deter o arguido provas desse mesmo *consentimento*.

Eis que surgem as “Rules of Procedure and Evidence”⁴⁰ que no seu 70.º artigo tem presente um conjunto de regras de prova que o referido Tribunal deve ter como fulcrais e exemplares para os restantes tribunais seguirem em matéria de violência sexual.

Com a Lei n.º 83/2015⁴¹ o crime de violação sofreu uma significativa modificação, em parte devido a um Projeto de Lei do BE.

Com a lei mencionada em supra, houve o desaparecimento do preceito: “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”. Eram pressupostos legais que, antes, eram exigíveis para vermos este tipo de ilícito preenchido, mas que, ao mesmo tempo, limitavam a intervenção penal fazendo

³⁹ Disponível em <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2012/12/handbook-for-legislation-on-violence-against-women> .

⁴⁰ Disponível em <https://www.icty.org/en/documents/rules-procedure-evidence> .

⁴¹ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/83-2015-69951093> .

com que certas condutas permanecessem impuníveis por falta ou por insuficiência legal. Em sua substituição, acrescentou-se a expressão “por meio não compreendido no número anterior”, e com tal procedeu-se a uma expansão altamente notória no que toca à intervenção penal neste, já que qualquer meio que se provoca *constrangimento* na vítima seria subsumido no número 2 do artigo 164º.

Ao mesmo tempo, procedeu-se a um aumento da moldura penal abstrata prevista no n.º 2 do presente artigo de “até 3 anos” para “de 1 a 6 anos”. Este incremento representa uma evolução na perceção da perigosidade e gravidade deste tipo de crimes, que se repercute na sua vítima e familiares de uma forma tal que os moldam relativamente ao seu futuro, relações e de forma física e psicológica. É positiva esta alteração, mas, a nosso ver, continuamente insuficiente visto que do lado da vítima temos danos que se podem prolongar por toda a sua vida e, por outro lado, temos uma pena substancialmente menor relativamente a um agente que revela certas exigências de prevenção que não se coadunam, a nosso ver, com a moldura penal abstrata prevista.

Por último, a autonomia típica das situações anteriormente previstas no n.º 2⁴² é eliminada e passam a ficar dependentes da verificação de constrangimento na vítima em vista de ato sexual para que sejam crime. Passam a estar tipificadas na alínea b) do n.º 1 do artigo 177º, como circunstâncias agravantes.

Ao contrário do que se esperaria surgem dois aspetos contraditórios para com a última lei mencionada. O relatório da Amnistia Internacional “Right to be free from rape”⁴³ que teve por base a Convenção de Istambul e firmou que o consentimento não pode ter-se como assumido somente por não haver resistência física devendo ser voluntário e interpretado de acordo com as circunstâncias envolventes, tendo ambas as partes de estar em plena capacidade para consentir. E, em segundo lugar, é apresentado o Relatório do GRÉVIO (já que a Convenção de Istambul obriga à criação de um grupo independente de peritos para proceder à monitorização da implementação da mesma, no seu artigo 36.º, sendo este o “Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence”) que afirma que a lei n.º 83/2015 não se encontrava em concordância com a Convenção de Istambul dada a utilização do vocábulo “*constranger*”, pois fazia persistir a necessidade de demonstração de resistência por parte

⁴² I.e., abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitamento de temor.

⁴³ Disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/9452/2018/en/>.

da vítima para que se configurasse o tipo de ilícito típico e se procedesse então à acusação do agressor⁴⁴.

A necessidade de uma nova intervenção legislativa era clara.

⁴⁴ Cf. Relatório do GREVIO, parágrafo 173.

3– A lei 101/2019: as suas, não tão claras, modificações:

Com a Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro⁴⁵ é feita a mais recente alteração à matéria em questão, surgindo como forma de solucionar as questões levantadas à construção legislativa de 2015, no que toca ao artigo 164.º do CP.

Esta reforma teve por base propostas feitas pelo BE, PAN⁴⁶ e PS que julgavam, e corretamente a nosso ver, que seria necessário um aumento de tutela à vítima pelo facto de ser exigido um constrangimento contínuo gerado pelo agente do crime para que houvesse a consumação do crime, pondo em questão certos casos em que esse constrangimento não era tão claro assim, ou tão só a vítima não teve a capacidade necessária para resistir, de forma a que fosse possível apreciar se houve a existência do mesmo sobre ela. Além disto, estas propostas tinham como objetivo uma melhor clarificação da lei tendo em conta o apresentado pela Convenção de Istambul, procurando a inclusão do “*não consentimento*” no tipo legal de crime e, ainda, a criação de uma punição mais severa quando o crime fosse praticado por um meio mais grave, e quando a vítima fosse mais vulnerável ou tivesse uma relação de proximidade com o seu agressor.

Contudo, as pretensões dos Grupos Parlamentares em questão não lograram completamente dado o texto apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias⁴⁷.

O texto da Comissão manteve o constrangimento como elemento típico do crime de violação mantendo-se resistente quanto à inserção do “*não consentimento*”, que se apresentaria muito mais abrangente e apto a atender às necessidades que se afirmavam no tipo de crime em questão. Apesar disto, foi criado um novo n.º 3 que aborda a definição de *constrangimento* juntamente com um novo conceito, “*a vontade cognoscível*.”

A ratio da ordenação do artigo 164.º foi questionada na medida em que, antes da lei em questão, o número 1 previa o uso de violência, ameaça grave e/ou ainda a colocação da vítima em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir, de forma a

45

Disponível

em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= .

46

Disponível

em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= .

47

Disponível

em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43200> .

constrangê-la para que se consumasse o tipo de ilícito. E, por sua vez, estava previsto, no número 2 do mesmo, que outros meios poderiam ser considerados como constrangimento, que não aqueles previstos no número anterior. Tendo isto como assente, pode questionar-se o facto de o legislador não ter como elemento basilar e central do crime *o não consentimento* da vítima e, ao contrário do pretendido, a nosso ver, ter focado no *constrangimento* associando-o a uma ideia de violência e de ação por parte do agente e não ter vertido sobre a verdadeira interferência naquela que é a liberdade sexual da vítima, independentemente da forma como esta foi alcançada.

Com a reforma de 2019⁴⁸, houve ainda uma grande alteração. O seu número 1 passou agora a expor o *constrangimento* como núcleo essencial deste artigo, sendo prevista a sua utilização para a vítima ser vinculada à prática sexual com o agente ou com outrem. É aludida também a utilização sexual forçosa de objetos ou partes do corpo no corpo da vítima. E, é ainda de referir, a correta previsão do coito anal e oral para além de apenas ser prevista a cópula. Seguidamente, o número 2, prevê o uso de violência, ameaça grave e a colocação de inconsciência ou impossibilidade de resistir como meios relativamente aos quais a sua utilização convoca uma moldura penal abstrata mais alta, dos 3 aos 10 anos. E, finalmente, ainda que a nosso ver de forma insuficiente, o legislador dispôs, no número terceiro do mesmo, que o *constrangimento* pode ser um qualquer meio utilizado para a prática de atos sexuais, previstos nos números anteriores, desde que fossem contra a *vontade cognoscível* da vítima.

É preocupante a forma como foi elaborado este artigo tendo em conta a sua minuciosa interpretação.

É de realçar, de forma primeira, que tal como observamos em supra na exposição relativa à Convenção de Istambul⁴⁹, ao contrário da lei portuguesa, esta foca o crime em apreço no *não consentimento* da vítima porque o cerne do mesmo foca-se no bem jurídico que é a liberdade sexual⁵⁰, ou seja, na possibilidade que a pessoa tem de escolher de praticar ou não e com quem lhe aprouver a relação sexual, seja de forma ativa

48

Disponível

em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= .

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, em “Do dissentimento à falta de capacidade de consentir” em “*Combate à Violência de género- da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p.134.

encabeçando ela mesma a penetração, ou de forma passiva, consentindo esta.

Perante tal, é de notar certas imprecisões já que a lei portuguesa foca no *constrangimento* a averiguação de crime permitindo haver a possibilidade de desvio da vontade da vítima, circunstância esta que realmente se tem como essencial para se ver preenchido o tipo de ilícito.

Seguidamente, é de referir que a distinção entre praticar e sofrer, que tal como ensina FIGUEIREDO DIAS⁵¹, “quer significar apenas a distinção entre um comportamento, do ponto de vista sexual, puramente passivo ou antes ativo da vítima”. É nítida a necessidade de inclusão da expressão “a sofrer ou praticar”, visto que ao analisarmos determinadas questões que poderiam surgir, surge logo uma que se apresenta como tendencialmente perigosa, sendo esta a possibilidade de surgirem situações em que uma mulher, com uma dada intimidação no homem, force no mesmo a introdução de objetos e, estando a lei a prever apenas a prática sexual na alínea b) em questão, estaríamos perante uma situação de impunidade⁵².

Por último, o número 3 do artigo 164.º não foi corretamente conseguido. Este integra no conceito de constrangimento qualquer meio empregue para a prática dos atos referidos no número 1 e não relativamente a todos os atos anteriormente previstos⁵³, o que pode suscitar erros aos aplicadores e intérpretes de direito, já que é dada a impressão que a palavra “constrangimento” terá significados distintos⁵⁴, um para o n.º 1 e outro para o n.º 2.

É compreensível a necessidade de proceder a um estudo mais pormenorizado sobre conceitos como o *constrangimento*, a *vontade cognoscível da vítima* e a *violência* para podermos traçar aquele que seria o modelo de Incriminação que melhor se adequaria à conjuntura sociojurídica portuguesa, dada a insuficiência daquele que hoje em dia vigora, de acordo com a nossa opinião.

⁵¹ Cf., DIAS, Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º”, in *Comentário Conimbricense... (1999)*, pp. 450 e 451.

⁵² NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da lei 101/2019, de 6 de setembro e as suas implicações” em *Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, Coimbra, 2020, p. 42.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*

CAPÍTULO II - Os Modelos de Incriminação

1 – Constrangimento

O número 3 do artigo 164º do CP estipula: “Para efeitos do disposto no n.º1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática de ato sexual de relevo contra a vontade cognoscível da vítima.”

O entendimento de Figueiredo Dias afirma que “constranger” traduz-se num acto de coacção imediatamente dirigido à prática, activa ou passiva, de um acto sexual de relevo.”⁵⁵. Segundo Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, “o ato de constrangimento pressupõe sempre uma dimensão coativa- ainda que não violenta- que deve ocorrer e que, por isso, deve ser manifestada”⁵⁶. Por fim, segundo Pedro Caeiro, “constranger”, no âmbito dos crimes sexuais, é “obrigar outra pessoa a praticar ou sofrer um acto sexual contra a sua vontade.”⁵⁷

De acordo com o nosso entendimento, o *constrangimento* é condicionante no que toca a este tipo de crimes. Isto porque, apesar de salvaguardada a possibilidade de outros mecanismos de constrangimento que não os previstos anteriormente no artigo 164º, há uma tendência para associar este vocábulo a uma exigência de violência ou a uma qualquer atitude ativa por parte do criminoso colocando em risco situações em que esta possa não estar presente. Como exemplo, quando a vítima se encontra a descansar e determinada pessoa, que até seja seu marido ou namorado, inicia atos de cariz sexual para com a mesma estando certo que esta os queria ou, simplesmente, sem ter a sua opinião em consideração, surge a possibilidade de uma lacuna de punibilidade. Assim o é porque o facto de haver uma relação entre ambos poderia ofuscar a circunstância de o constrangimento poder ser um outro meio que não físico ou visivelmente coativo, e para além disto, pode suceder que esta situação já se tenha repetido anteriormente mas com o consentimento da vítima, podendo a anterior situação influenciar a situação presente criando no agente a certeza de existência de consentimento da parte oposta quando, na

⁵⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal (2012)*, p. 724.

⁵⁶ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, in *Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual (2021)*, p.67

⁵⁷ CAEIRO, Pedro, em “Observações sobre a projectada reforma (...)” ob. Cit., p.12

verdade, na situação em questão não existiu.

Posto isto, é de realçar que o importante nesta incriminação não seria a atitude ativa por parte do criminoso, mas sim a posição decisiva que a vítima detém relativamente a ele e a possíveis atos sexuais que poderia querer iniciar com ela. Da mesma forma que sempre que haja violência ou um qualquer ato que se mostre mais rígido não significa que estejamos perante violação, isto porque a forma com que a liberdade sexual de cada um é expressa é totalmente dependente de cada um de nós, sendo o ponto fulcral nesta matéria a necessidade de a vontade de ambos os intervenientes estar alinhada no mesmo sentido.

Assim, aquilo que a incriminação do artigo 164º postula como essencial, ou deveria, seria a contrariedade da vítima quanto à prática ou à tolerância de atos sexuais por parte do agente. E, tendo o exposto como assente, é de questionar este modelo já que o vocábulo “constranger” assenta numa conotação tendencial de serem exigidos certos atos forçosos por parte do agente e facto é que podem surtir situações em que os mesmos não chegam a existir e mesmo assim, a conduta típica realiza-se.⁵⁸

A título de exemplo refiro uma situação: Imaginemos que A caminhava sozinha, numa noite de calor, e que ao entrar numa rua mais escondida repara que está a ser seguida. Em pânico, acelera o passo, ao mesmo tempo que o seu seguidor o faz também, mas acaba por reparar que essa pessoa é um homem anteriormente condenado por violação. Apercebendo-se da sua incapacidade de escapar ao encontro entre os dois, acaba por ser intercetada pelo mesmo e, estando ciente da sua incapacidade de lhe escapar, aceita o seu “destino” e acaba por sofrer uma ação sexual, que embora não desejada, não conseguiu expor a contrariedade à mesma. Trata-se de uma situação em que as circunstâncias envolventes da situação teriam de ser tidas em conta para efeito de preenchimento do tipo de ilícito pela conduta do agente, embora não esteja presente uma ação deste que se consubstancie numa ação ativa, de forma suficiente, a configurar-se como constrangimento.

Como forma de complementar o vocábulo “*constrangimento*” o legislador fixou a “vontade cognoscível da vítima”. Esta atitude do legislador tem-se como forma de fazer frente às dificuldades de prova que surgem neste tipo de crimes que, em regra, apenas têm como testemunhas as próprias vítimas o que constitui um grande entrave à capacidade

⁵⁸ Disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/10/15/os-reflexos-das-alteracoes-aos-arts-163-o-e-164-o-do-cp-na-tutela-dos-as-adolescentes/>.

probatória em tribunal levando a que, em certos casos, ocorra arquivamento injusto. Contudo, não houve a eliminação do vocábulo “constranger” e por tal é contínua a dúvida quanto á sua intenção e quanto ao elemento fulcral típico, seria então o constrangimento ou o não consentimento?

Há aqui uma utilização de conceitos que colocam em causa o entendimento e aplicação do Direito, já que a manutenção de ambos surge como um mecanismo não facilitador, mas sim de confusão neste sentido. Por um lado, temos a exaltação do constrangimento como elemento central típico para que estejamos perante o preenchimento da incriminação do artigo 164º e, por sua vez, temos a introdução da vontade cognoscível da vítima que nos faz resvalar para o entendimento de que este elemento central seria então não o ato de constrangimento em si, mas sim o facto de a vontade da vítima, tendo em conta uma posição de um homem médio colocado na situação em concreto, ser contrária à prática sexual com o indivíduo em apreço.

Traçada esta interpretação é de referir a falta de harmonia de conceitos, uma vez que não se torna claro o objetivo do legislador ao conjugar ambos os conceitos mencionados em supra⁵⁹. Ora insiste na manutenção de um vocábulo cujo uso remete a uma conotação de coação e/ou violência. Ora utiliza a vontade cognoscível de forma a colmatar os percalços interpretativos e probatórios que acabam por surgir, mas acaba por colocar estas duas palavras lado a lado quando ambas selecionam condicionalismos opostos. Para nós, o mais acertado seria suprimento do primeiro vocábulo e o aperfeiçoamento do conceito “vontade” de forma a torná-lo mais abrangente para chegar a uma melhor proteção da vítima deste crime e, a nosso ver, seria conseguido através da utilização das palavras “circunstâncias envolventes”.

⁵⁹ OLIVEIRA, Simone Alexandra do Carmo, “O crime de violação no código Penal português” em *Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, 2021*, Faculdade de Direito de Coimbra, pp. 43 e 44.

2 – Consentimento

É indiscutível que o artigo 164º do CP incide sobre a proteção da liberdade sexual de cada um de nós. Liberdade esta que já vimos, segundo o entendimento de ANA RITA ALFAIATE consistir num “bem jurídico pessoal, uma manifestação de autonomia do titular. Por isso, em face de crimes cuja proteção se reconduza a este bem jurídico (liberdade sexual), o acordo traduz a adequação social da conduta do agente e, assim, a subtração do caso concreto do âmbito de tutela em abstrato da norma. O interesse do titular da liberdade, o exercício dessa liberdade, manifesta-se pelo acordo”⁶⁰.

Numa perspetiva internacional surgem ordenamentos jurídicos cuja opção incide sobre um modelo de incriminação baseado no consentimento da vítima sendo isto, humildemente na nossa perspetiva, mais concordante com aquela que é a base deste ilícito típico, o consentimento ou não da vítima. Averiguamos no ponto anterior a preferência do legislador português por aquele que é o modelo do constrangimento, apesar de, mediante a última alteração legislativa pela lei 101/2019⁶¹, se verificar a introdução da vontade cognoscível e, por tal, uma referência ao não consentimento da vítima como forma de complementar o constrangimento. E, resta-nos entender neste sentido, mediante um estudo do modelo do consentimento se este, por sua vez, não seria uma melhor solução jurídico-penal neste sentido.

Segundo este modelo, para que o tipo de ilícito não se preencha será sempre necessário que a vítima tenha expressamente dito que queria a prática sexual pois, caso contrário, estaríamos perante o preenchimento da incriminação e, por conseguinte, perante crime quando não tenha preexistido um “sim” ao ato sexual. É de referir que o consentimento é uma expressão de vontade, colocando a mesma numa posição fundamental para definir aquela que é a linha que traça a diferença entre o lícito e o ilícito, tornando a comunicação fulcral no âmbito das relações sexuais de forma a que ambos os intervenientes tenham a consciência da vontade presente na parte contrária.

Segundo José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, relativamente a este modelo, deverá provar-se que o ato sexual ocorreu com o consentimento expresso da

⁶⁰ Cf. ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, p. 103.

⁶¹

Disponível

em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= .

vítima⁶². Este, por sua vez, significaria um acordo afirmativo, consciente e voluntário das partes envolvidas na atividade sexual e cada uma destas deveria procura-lo, antes mesmo de a prática se iniciar, para garantir que o consentimento exista evitando o levantamento de dúvidas e eventuais processos criminais. Neste contexto, a falta de concordância, resistência ou silêncio não valeriam como consentimento, ao mesmo tempo que este deveria ser expresso durante toda atividade sexual, e seria facilmente revogado pela vontade das vítimas a qualquer momento. A existência de um relacionamento prévio entre as vítimas não valeria também como indicador de consentimento⁶³ já que, e segundo a Convenção de Istambul, também estavam cobertas pela incriminação *violação* as situações de namoro e similares em que houvesse atos sexuais contrários à vontade de qualquer uma das partes.

Assim, para que o consentimento seja valorado seria necessário ser ativo e comunicado expressamente pelas partes antes de iniciada a atividade sexual, colocando a mera passividade e silêncio como insuficientes para aferir a existência do mesmo.

Toda a interpretação que é feita a este modelo faz com que cheguemos ao entendimento de que não existe uma disponibilidade total da liberdade sexual de cada uma das pessoas, pois é necessária como que uma autorização para que o bem jurídico em questão seja satisfeito. Porém, é de realçar que podem surtir concepções mais restritas e mais abrangentes no que toca ao consentimento, visando a mais radical um autêntico contrato escrito⁶⁴ por exemplo e, por outro lado, e de forma mais ampla, pode o consentimento ser aferido mediante comportamentos ou circunstâncias que demonstrem existência de concordância sexual⁶⁵.

Seria necessário encontrar um meio termo entre as concepções em supra para que não fosse originada uma situação de intervenção desmedida do Direito Penal que colocasse em causa a liberdade sexual de cada um dos cidadãos. E, por outro lado, não poderíamos chegar a uma sociedade em que houvesse a interpretação de um qualquer gesto ou frase como uma manifestação positiva a qualquer atividade sexual, pois se assim

⁶² Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163”, em *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual (2021)*, p.52.

⁶³ TUERKHEIMER, Deborah: “Rape on and off campus”, in *Emory Law Journal (2015)*, p. 10.

⁶⁴ GRUBER, Aya, “Consent Confusion”, in *Cardozo Law Review*, pp. 431 e 432.

⁶⁵ *Idem*.

fosse, chegaríamos ao cúmulo de pressupor como aceite toda e qualquer manifestação sexual através de interpretações erróneas⁶⁶.

Quanto a esta perspetiva, PEDRO CAEIRO refere que “adicionar ao tipo de exigência da prestação um “consentimento” positivo, como mecanismo de delimitação do risco proibido (“only yes means yes”), significaria transformar os crimes sexuais em crimes de perigo abstrato e ignorar que a todos nós incumbe um mínimo de autoproteção dos próprios interesses (no caso, exteriorizar o dissentimento)⁶⁷”.

Numa vertente não tão jurídica pode suceder também uma perturbação no que toca ao exercício sexual de cada um. Ao fazer depender a prática sexual de contratos escritos (numa perspetiva mais drástica), ou de ações ou palavras, estamos a condicionar aquele que é um momento de prazer sexual e de autorrealização para os intervenientes, pois exigimos destes um determinado comportamento e preocupação quando normalmente, ou as mais das vezes, tal não seria necessário, como afirma TIAGO NORTE⁶⁸. Facto é que à liberdade sexual está subjacente uma livre disposição do corpo e do sexo o que pode colidir com este modelo e, por vezes, há situações em que o “não” ou uma ação bastariam para que a parte contrária compreendesse a vontade oposta à prática sexual.

Colocam-se ainda questões relativamente ao momento temporal e em que contexto deve ser prestado o consentimento das partes, sendo a atividade sexual uma atividade complexa, faseada e composta por várias possibilidades de realização⁶⁹.

De uma forma crítica temos a referir que, apesar de este modelo ser mais próximo daquela que é a base da incriminação aqui subjacente, torna-se clara a necessidade de uma melhor agilização jurídico-penal nesta área criminal. A rigidez e complicação que este modelo assume faz com que este não se coadune com aquela que é a necessidade jurídica neste âmbito, pois torna necessário um “sim” e uma preocupação em obter o mesmo, quando seria mais fácil e simples a utilização de um não, ou até a interpretação daquela que seria a atitude de cada uma das partes mediante as

⁶⁶ Cf. NORTE, Tiago Braga: “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da lei 101/2019 de 6 de setembro e as suas implicações” em *Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, pp. 117.

⁶⁷ Cf. CAEIRO, Pedro, ob. Cit., p 46.

⁶⁸ Cf. NORTE, Tiago Braga: “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da lei 101/2019 de 6 de setembro e as suas implicações” em *Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, pp.119. E, também, Cf. HORNLE, Tatjana: últ. Ob. Cit., p. 299.

⁶⁹ Cf. CAEIRO, Pedro, ob. Cit., p.16.

circunstâncias envolventes. Não nos podemos esquecer que, anteriormente a toda uma prática sexual, é natural que haja um certo jogo de sedução, não sendo natural que haja logo, e de forma repentina, uma penetração ou ato sexual do qual não se estava à espera e, neste sentido, torna-se compreensível que mais do que um “sim” por parte dos intervenientes é necessária uma averiguação das circunstâncias envolventes como a Convenção de Istambul⁷⁰ corretamente o impõe com o seu modelo de não consentimento.

70

Disponível

em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis .

3 – Dissentimento

Até que surge, o modelo de incriminação que, meramente na nossa perspectiva, mais se coaduna com a crescente necessidade de atenção ao tipo de ilícito que tratamos na presente dissertação, o do *dissentimento*.

Como o próprio nome o indica trata-se de um modelo cuja base assenta numa contrariedade, numa atitude negativa para com a realização de atos sexuais. Surge como uma indicação daquilo que realmente é o ilícito que temos em mão, o circunstancialismo de ser realizada uma atividade sexual sem que ambos os intervenientes estejam em concordância com a mesma. Neste modelo a expressão da vontade contrária surge como fulcral e, unicamente, necessária para averiguar a existência, ou não, de crime de *violação*⁷¹.

Segundo PEDRO CAEIRO “para que exista uma lesão do bem jurídico ‘liberdade sexual’ não basta, portanto, que não exista uma vontade positiva de outra pessoa, uma disposição favorável ao ato: é preciso que exista uma vontade negativa, ‘uma oposição íntima’ à prática do ato⁷². Isto porque pode suceder que determinada pessoa, masculina ou feminina, atue sexualmente sem que tenha vontade, mas cede a tal pelos mais variados circunstancialismos e, nesta medida, não estamos perante um crime de violação, mas sim perante uma concessão ou tolerância por parte da pessoa em envolver-se sexualmente com outrem⁷³. Se chegássemos ao extremo de criminalizar toda e qualquer conduta sexual que fosse praticada sem vontade estaríamos perante uma situação de intervenção penal completamente desajustada com o nosso ordenamento jurídico, que prima por uma racionalidade jurídico-penal de intervenção mínima e meramente necessária aquando haja a necessidade de punição criminal de forma a preservar a validade de normas jurídicas e a possível reinserção do agente criminal. Assim, neste contexto, é necessário compreender que, apesar da inexistência de vontade traduzida em gosto, a conduta realizou-se na mesma com o consentimento daquele que sem ela se encontrava, posto isto, houve uma concessão ou uma abdicação daquela que

⁷¹ ANDERSON, Michelle J., “Campus sexual assault adjudication and resistance to reform”, *in The Yale Law Journal*, p. 1950.

⁷² CAEIRO, Pedro, em “*Observações sobre a projetada reforma (...)*” ob. cit., p. 18.

⁷³ *Ibidem*.

era a iniciativa ou o entusiasmo do interveniente, mas, porém, a vontade continuou, apesar de não acompanhada com entusiasmo e gosto, a existir.

Segundo este modelo, a vontade contrária há de ser expressa pela vítima no momento da prática de atos sexuais, relativamente aos quais a mesma não detinha pretensão de realizar, para que se denote a restrição à sua liberdade sexual. Assim, e também de acordo com PEDRO CAEIRO, é crucial a vítima demonstrar e exteriorizar a sua vontade contrária relativamente à atividade sexual, sendo que só através da cognoscibilidade desta é que as condutas e expectativas seriam reciprocamente ordenadas⁷⁴, ao mesmo tempo, em que a falta de negação por parte da vítima colocaria em causa a possibilidade de afirmação de existência de *violação*⁷⁵, já que o elemento base do artigo 164º, como a Lei n.º 101/2019 afirmou, seria então a cognoscibilidade da vontade contrária da vítima relativamente ao ato sexual e, neste seguimento, se a oposição não foi demonstrada, segundo este modelo, seria difícil a comprovação da adversidade da mesma relativamente ao contexto sexual em que acabou inserida⁷⁶.

Dentro do contexto, o movimento “no means no⁷⁷” surgiu nos Estados Unidos da América na década de 70, quando um grupo de mulheres avançou com marchas e manifestações contra o pressuposto-base que a lei penal utilizava para determinar que um ato contra a vontade da vítima era *violação*, a força ou violência. Assim, se as normas penais visavam a proteção da liberdade sexual um “não”, uma recusa, seria suficiente para evitar que determinado ato sexual fosse com ela realizado, e se mesmo assim o fosse então estaríamos perante uma conduta desvaliosa a nível penal e, por tal, perante o preenchimento da incriminação⁷⁸.

Poderíamos estar perante uma conduta baseada em palavras, mas também perante certas atitudes, reações ou posturas como o choro da pessoa que, evidentemente, mostram a contrariedade da vítima para com determinada atividade ou relativamente à mesma com determinada pessoa⁷⁹ e, neste contexto, temos uma proteção jurídico-penal mais abrangente baseando-se esta na própria atitude da vítima, oferecendo-lhe uma

⁷⁴ CAEIRO, Pedro, “*Observações sobre a projetada reforma (...) ob. Cit.*”, p.18.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ ANDERSON, Michelle J., “Campus sexual assault adjudication and resistance to reform”, in *The Yale Law Journal*, p. 1950.

⁷⁸ CAEIRO, Pedro, “*Observações sobre a projetada reforma (...) ob. Cit.*”, p.23

⁷⁹ Cf. HORNLE, Tatjana, “#Metoo – Implications for Criminal Law?”, p. 129.

proteção apta a salvaguardar as suas escolhas. O cerne do ilícito centra-se na recusa em respeitar o direito à liberdade sexual negativa e não na força física ou verbal utilizada pelo agressor⁸⁰.

São criadas certas dúvidas quanto à possibilidade da palavra “não” ser utilizada em jogos de sedução, característicos de uma relação sexual, colocando em causa a agilidade deste modelo⁸¹. Contudo, não creio que tal será correto. Por mais que a relação sexual seja dotada de uma certa irracionalidade desmedida num contexto em que os nossos instintos selvagens sobressaem, a palavra “não”, bem como certas atitudes, são e serão sempre negativas e nunca utilizadas em contexto de felicidade e/ou entusiasmo e, por tal, não concordamos com tal crítica.

Por último, é de realçar que as relações sexuais são dotadas de diversidade no sentido em que não existem apenas nas relações ditas “simples”. Estas podem acontecer numa noite de festa, num café ou num jantar em que os seus intervenientes, apesar de se poderem ou não conhecer bem, sentiram a necessidade ou a vontade de agir sexualmente. Com isto, é de referir que a “a surpresa” ou o medo⁸² podem exercer na pessoa que é a vítima um impedimento de conseguir agir de forma contraditória à atividade sexual, ou mesmo interferir na sua capacidade de proferir a palavra “não” e, segundo este modelo, estaríamos a ilibar de culpa o agente que, nestas situações, ignoraria completamente a posição da vítima e o seu estado priorizando a satisfação dos seus instintos libidinosos e acabaria completamente isento de responsabilidade penal, o que seria totalmente descabido⁸³.

Concluindo, é evidente que este modelo se mostra notoriamente mais complexo, sendo as suas falhas recuperáveis colocando os restantes modelos de incriminação insuficientes face à intervenção completa e interventiva deste no que concerne as necessidades de aplicação legal neste tipo de crimes, que por sua vez são dotados de uma complexidade que lhes é característica e, por tal, são carecidos de uma tutela própria e capaz de colmatar toda e qualquer lacuna que ocorra.

⁸⁰ *Idem, ibidem.*

⁸¹ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da lei 101/2019, de 6 de setembro e as suas implicações”, em *Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito* p.109

⁸² Cf. Raposo, Vera, ob. Cit., p.946.

⁸³ Cf. HORNLE, Tatjana: últ. Ob. Cit., p. 300.

4 – A Lei Alemã

Em 2016, o legislador alemão acolheu um modelo cujo elemento típico do crime de *violação* assenta na vontade da vítima- o modelo do dissentimento. Assim, como já foi abordado no subcapítulo em supra, sobre cada uma das partes recai a possibilidade de se opor à prática do ato sexual, sendo esta oposição a linha que separa o não preenchimento do preenchimento do ilícito típico.

Segundo TATJANA HORNLE, os crimes sexuais são os que mais vezes são modificados no Código Alemão⁸⁴.

Entre 1960 e 1970 houve a necessidade de a sociedade alterar o paradigma jurídico-penal nesta área e, por tal, dos “Crimes contra à Moral”⁸⁵ o Código Penal Alemão passou a dispor sobre “Crimes contra a Autonomia Sexual”⁸⁶, desvinculando-se do pendor moralista neste tipo de crimes. A sexualidade passava a ser entendida como algo natural e inerente a cada um dos seres humanos, sendo a exploração daquela a condição chave para ver-se satisfeita a liberdade sexual enquanto bem jurídico.

Mais tarde, na década de 1990, surgiu a previsão jurídica das situações em que a vítima se encontrava sob a proteção/tutela do agressor. Mas, apesar de abrangidas certas situações em que a reação da vítima estava limitada pelo poder que sobre ela detinha o agressor, a lei alemã continuou a conter uma rigidez que impedia certos casos de serem abrangidos pela incriminação, nomeadamente aqueles em que a vítima se encontrava incapaz de reagir verbal ou fisicamente e, também, os casos em que se encontrava a dormir aquando a conduta típica⁸⁷.

Por sua vez, criou-se um contexto em que os avanços jurídicos internacionais, a preocupação crescente com as vítimas deste tipo de crimes e o tratamento da matéria por via de ONG’S e da Convenção de Istambul⁸⁸, mostraram a necessidade de reforma dos Crimes Sexuais.

⁸⁴ Cf. HORNLE, Tatjana:” Penal law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, in *Buffalo Criminal Law Review*, p. 639.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Idem, Ibidem*.

⁸⁷ Cf. “Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schetzes vor sexueller Misshandlung und Vergewaltigung”, *Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 01.07.2015, p.1.

⁸⁸ Disponível em <https://rm.coe.int/168046253d> .

A Convenção de Istambul⁸⁹, que no seu artigo 36.º recomendava a adoção do modelo do não consentimento, previa a adoção deste a todos os Estados-membros. Contudo, o governo alemão considerava que este modelo já se encontrava presente na conjuntura jurídica do país, opinião esta que não era partilhada pela sociedade alemã, bem como por vários partidos políticos, levando a que o Ministério da Justiça elaborasse um novo esboço para corrigir o StGB⁹⁰.

Para além do dito em supra, o ano de 2016 é marcado por um aumento considerável de agressões sexuais que levaram a que membros femininos do Parlamento Alemão se insurgissem contra o Ministério da Justiça Alemão exigindo uma reforma⁹¹ do StGB tendo em conta o modelo “não é não”⁹².

Assim, a 7 de julho de 2016, o artigo 177.º do StGB foi transformado integralmente⁹³.

⁸⁹ Disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>.

⁹⁰ Cf. HORNLE, Tatjana, “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harrassment”, in *German Law Journal*, p.1315.

⁹¹ Cf. HORNLE, Tatjana, “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, in *German Law Journal*, p. 1315.

⁹² NORTE, Tiago Braga em “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da lei 101/2019 de 6 de setembro e suas implicações.”. p.58

⁹³ “Sexual assault; sexual coercion; rape:

(1) Whoever, against a person’s discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.

(2) Whoever performs sexual acts on another person or has that person perform sexual acts, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs the same penalty if

1. the offender exploits the fact that the person is not able to form or express a contrary will,
2. the offender exploits the fact that the person is significantly impaired in respect of the ability to form or express a will due to said person’s physical or mental condition, unless the offender has obtained the consent of that person,

3. the offender exploits an element of surprise,

4. the offender exploits a situation in which the victim is threatened with serious harm in case of offering resistance or

5. the offender has coerced the person to perform or acquiesce to the sexual acts by threatening serious harm.

(3) The attempt is punishable.

(4) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the inability to form or express a will is due to the victim’s illness or disability.

(5) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the offender

1. uses force against the victim,

2. threatens the victim with a present danger to life or limb or

3. exploits a situation *in* which the victim is unprotected and at the mercy of the offender’s influence.

(6) *in* especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of at least two years. An especially serious case typically occurs where

Em 2017 foi realizado um estudo sobre esta mais recente alteração que culminou na elaboração de um relatório, com 1400 páginas, cujo objetivo era perceber a eficácia da mesma, o “Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem”, redigido pelo Ministério da Justiça e Defesa do Consumidor, com a particular ajuda de entendidos da área. Segundo PEDRO CAEIRO, com a reforma surge um novo tipo fundamental de “agressão sexual (*sexueller Uberrgriff*), centrado na prática de actos sexuais contra a *vontade cognoscível (erkennbare Wille)* da vítima, que pode ser qualificado em função da coacção (*Nötigung*) ou da violação (*Vergewaltigung*)⁹⁴.

No que concerne ao artigo 177.º do StGB, TATJANA HORNLE afirmou a sua preferência pela expressão “*contra a vontade declarada*”, por julgá-la mais adequada à necessidade de a vítima se insurgir negativamente contra a prática sexual, mas continua a admitir que o legislador ao acolher o termo “*vontade cognoscível*”⁹⁵ torna claro que não havia a necessidade de a vítima usar, obrigatoriamente, a palavra não, podendo manifestar-se em linguagem corporal. No entanto, evidente seria a obrigatoriedade de uma manifestação negativa por parte da vítima⁹⁶.

É de realçar existência, no número 2 do artigo em discussão, de uma catalogação de situações em que a comunicação da recusa do ato sexual não é necessária para que haja o preenchimento do tipo de ilícito, visto o assentimento e dissentimento da vítima serem

1. the offender has sexual intercourse with the victim or has the victim have sexual intercourse or commits such similar sexual acts on the victim or has the victim commit them on them which are particularly degrading for the victim, especially if they involve penetration of the body (rape), or
2. the offence is committed jointly by more than one person.

(7) The penalty is imprisonment for a term of at least three years if the offender

1. carries a weapon or other dangerous implement,
2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person by force or threat of force or
3. places the victim at risk of serious damage to health.

(8) The penalty is imprisonment for a term of at least five years if

1. the offender uses a weapon or other dangerous implement during the commission of the offence or
2. the offender

- a) seriously physically abuses the victim during the offence or
- b) by committing the offence places the victim *in danger* of death.

(9) *in less serious cases* under subsections (1) and (2), the penalty is imprisonment for a term of between three months and three years, *in less serious cases* under subsections (4) and (5) imprisonment for a term of between six months and 10 years, and *in less serious cases* under subsections (7) and (8) imprisonment for a term of between one year and 10 years.”.

⁹⁴ Cf. CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais (...)”, p.24.

⁹⁵ Cf. HORNLE, Tatjana, “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung”, in *Abschlussbericht* (...), p.1019.

⁹⁶ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. Cit*, p.24.

irrelevantes naquelas⁹⁷. O primeiro caso diz respeito às situações em que a vítima não consegue formar ou expressar vontade contrária. O segundo visa as situações em que o agente do crime “explora a circunstância de a vítima se encontrar severamente limitada na sua capacidade de formar ou expressar a sua vontade em virtude do seu estado físico ou mental”. O número terceiro abrange os casos em que o agressor tira proveito de uma situação surpresa, enquanto o número seguinte versa sobre os casos em que a vítima corre o risco de sofrer um mal sensível se resistir. Por fim, a quinta previsão legal estabelece os casos em que o agressor leva a pessoa a realizar, ou a sofrer, atos sexuais através de uma ameaça com um mal importante.

É de referir que este artigo, no seu número 6, estabelece as situações em que os atos sexuais praticados são degradantes para a vítima e, ainda, quando a conduta típica é realizada por mais do que uma pessoa.

Finalmente, os números 7 e 8 do artigo 177º contêm um conjunto de situações agravantes. No primeiro estão previstas as hipóteses em que o agressor detém na sua posse uma arma ou um outro objeto perigoso, em que detém um instrumento ou outro meio com o objetivo de impedir ou superar a resistência da vítima pela força ou ameaça de força e, ainda, as situações em que coloca a vítima numa posição de sério risco para a sua integridade física. E, no segundo, consagra as situações de manutenção, pelo criminoso, de uma arma ou objeto perigoso durante a prática dos crimes, de abuso físico da vítima durante o crime e/ou a sua colocação em possível iminência de morte.

Tem sido questionado pela doutrina o aditamento do vocábulo “cognoscível” ao artigo em apreço, pelo que o agente tem de, inquestionavelmente, representar a recusa interna do ato da vítima, de acordo com os termos do § 15 do StGB com vista à afirmação do dolo. Contudo, PEDRO CAEIRO afirma uma dupla função deste elemento. Por um lado, há o impedimento de promover processos em que não há um mínimo de indícios de oposição do queixoso(a) e não se exigindo constrangimento, a distribuição do risco fica delimitada com a necessidade de a vítima exteriorizar o seu dissentimento. E, por outro lado, os erros sobre a factualidade típica seriam evitados pelo facto de a exigência de cognoscibilidade do dissentimento neutralizar casos que, com muita probabilidade, terminariam com uma absolvição precoce em virtude daquela, já que ao acolhermos a posição do homem médio, se para este o dissentimento não fosse cognoscível não poderia

⁹⁷ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. Cit.*, p. 24.

haver a exigência que para o agente o fosse. De forma inversa, se o dissentimento fosse objetivamente provado, a alegação de erro sobre a factualidade típica teria menos possibilidades de êxito.⁹⁸

Concluindo, segundo o nosso entendimento, o modelo de não consentimento consagrado pelo Ordenamento Jurídico Alemão foi bastante bem conseguido. É ideal o facto de este fazer basear a tipicidade de uma conduta sexual na posição da vítima bastando, para tal, que ela se oponha por palavras ou por meras expressões, ao mesmo tempo que consagra um conjunto de situações taxativas em que o consentimento ou o dissentimento são irrelevantes para o preenchimento da conduta típica. É neste último ponto que se denota a eficácia legislativa alemã na matéria. As situações em que o assentimento ou dissentimento são irrelevantes eliminam a possibilidade de existirem lacunas de punibilidade alicerçadas em incerteza relativamente à atitude interior da vítima ou de assentimento viciado⁹⁹, ao mesmo tempo que todas as outras situações já são salvaguardadas pela possibilidade de avaliação da vontade cognoscível da vítima e, apesar desta cognoscibilidade poder ser subjetiva (a nosso ver) acaba este circunstancialismo por ser coberto pela previsão legal que surge nos números seguintes.

⁹⁸ Cf. CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais (...)”, p.25.

⁹⁹ *Idem.*

Capítulo III- As Imprecisões Técnico-Jurídicas na Previsão Normativa do Crime de Violação

1 – O Vocábulo “Constranger”

É evidente a preferência legislativa do legislador português relativamente ao uso da palavra “constranger” como determinante da conduta pela qual o agente deve ser punido por meio do artigo 164º do Código Penal, que contempla o crime de violação¹⁰⁰.

Anteriormente à reforma operada pela lei 83/2015 de 5 de agosto¹⁰¹, o “constrangimento” exigia violência, ameaça grave ou a colocação da vítima na impossibilidade de resistir como meios típicos de aplicação desta incriminação¹⁰², contudo, e por meio de melhor adequar a lei, foi estipulado que o constrangimento poderia basear-se em quaisquer outros meios capazes de violar a vontade cognoscível da vítima¹⁰³.

Como primeira crítica, e atentando nas palavras de PEDRO CAEIRO¹⁰⁴, não se compreende a técnica legislativa do legislador na ordenação feita ao artigo 164º. Este optou por dispor uma noção mais ampla de consentimento posteriormente à enunciação como constrangimento da violência, da ameaça grave ou da colocação da vítima como inconsciente ou impossibilitada de resistir, estando ambas as explanações nos números 2 e 3, respetivamente. É notório que a base do artigo não deveria incidir na atividade de “constranger” e, ainda sem verter de forma mais pormenorizada nesse sentido, também

¹⁰⁰ O mesmo dispõe: “Artigo 164.º - Violação

1 - Quem constranger outra pessoa a:

a) Praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) Praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de um a seis anos.

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

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

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

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

3 - 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.”.

¹⁰¹ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/83-2015-69951093> .

¹⁰² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal”, em *Comentário Conimbricense do Código Penal (2012)*, p. 724.

¹⁰³ Cf. CAEIRO, Pedro, em “*Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica*”, p.16.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

não é compreensível o facto de o legislador proceder a uma enunciação daquelas que seriam as formas mais gravosas de constrangimento¹⁰⁵ e, só depois, proceder a uma simplificação deste vocábulo de forma a abranger e salvaguardar quaisquer situações em que as agravantes não fossem suficientes por apenas serem aplicadas a situações mais críticas e assim, graves.

Posteriormente, e também no seguimento do pensamento do mesmo autor, o legislador optou por acrescentar ao artigo um número terceiro, e fixar no mesmo uma articulação entre o constrangimento e a vontade cognoscível da vítima. Mas, a boa interpretação, um exclui o outro no sentido em que se existe constrangimento é evidente que o mesmo já seria contra a vontade da vítima e, neste sentido, é incompreensível a utilização de ambos os vocábulos já que são opostos e a existência de um já pressupõe a mútua inexistência de ambos¹⁰⁶.

É de finalizar que se trata de um trabalho legislativo cuja pressa fora sua inimiga,¹⁰⁷ já que graças à Convenção de Istambul e à crescente crítica jurídica e popular quanto ao tratamento jurídico-dogmático destes crimes, o legislador teve a pressão de solucionar os problemas que se levantavam quanto a este tipo de crime de uma forma quase como imediata¹⁰⁸. É questionável se esta intervenção legislativa não terá ficado aquém do que deveria ter sido à luz do trabalho completo que a Convenção alcançou a nível da proteção jurídico-penal da vítima.

O GREVIO, por sua vez, teceu também críticas à persistência do legislador português para com a manutenção da palavra “constranger” proferindo que “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”¹⁰⁹. Perante o afirmado¹¹⁰, e como já foi dito

¹⁰⁵ DA CUNHA, Maria da Conceição Ferreira “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, em *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016, p. 159.

¹⁰⁶ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.17.

¹⁰⁷ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes de coação sexual e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações” em *Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, p.133.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.17.

¹¹⁰ VENTURA, Isabel, “They never talk about victim’s feelings: according to criminal law, feelings are not facts- Portuguese judicial narratives about sex crimes”, in *Palgrave Communications*.

anteriormente, usualmente as únicas pessoas com conhecimento direto de um caso de alegada violação são as pessoas envolvidas. A prova destes torna-se difícil, pois, para além das provas testemunhais de cada uma das partes, resta a possibilidade de existirem provas físicas que sustentem a acusação do, neste caso, alegado agente criminal, porém, é sabido que nem sempre assim o é. Desde ao uso do preservativo que encobre o ADN, à calma e ao cuidado com que o ato é praticado e em que a atitude da vítima pode ajudar, particularmente se em estado de choque, pode ainda suceder que mesmo que esta tenha vestígios de ato sexual anterior, fosse este com o seu cônjuge, ou com outro, acabando por cobrir rasto de uma passagem sexual não desejada.

Tudo isto torna mais difícil de alcançar a eficácia jurídico-penal da incriminação do artigo 164º e é nesta medida que o legislador deve intervir. Deve fazê-lo garantindo uma defesa à vítima que não passa pela obrigatoriedade de esta demonstrar evidências de violência, coação, ameaça, ou ainda de inabilitação por parte do agente, mas fazer bastar o seu não consentimento para que o tipo de ilícito se preencha, podendo a falta deste ser apreciada, unicamente, e segundo a perspectiva da convenção de Istambul¹¹¹, mediante as circunstâncias envolventes. Este será um aspeto ao qual vamos atender em posteriores capítulos.

Neste aspeto, PEDRO CAEIRO afirma que a violação exigia apenas “oposição íntima séria ao acto sexual”¹¹² e não a resistência da vítima, mas tal só se tornou assente mediante o reconhecimento legislativo de que o constrangimento seria um qualquer meio que fosse empregue para levar a cabo uma conduta sexual contra a vontade cognoscível da vítima, presente no número 3 do artigo em discussão¹¹³. A par de tal, chega a afirmar a sua discórdia relativamente ao facto de o constrangimento exigir resistência física, visto que atendendo à situação de ameaça não existiria qualquer evidência física de existência de crime, mas tão só provas psicológicas a serem aferidas nesse âmbito¹¹⁴.

Estendo o meu entendimento ao dito em supra no sentido em que se a ameaça grave está prevista, desde logo, não haveria vestígios de resistência física por parte da

¹¹¹

¹¹² Cf., DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao art. 163.º do Código Penal”, em *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. 1, 2.ª ed., 2012, p.724.

¹¹³ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.17.

¹¹⁴ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.18.

vítima e seria eliminado o argumento de que o vocábulo constringer exige resistência física da vítima¹¹⁵. Mas, é um campo de interpretação e aplicação tumultuosa. Sucede que, como já fora dito no presente estudo, existem situações em que a vítima fica em estado de choque e incapacitada de proceder a atuações ou pensamentos, tão só pelo facto de a ação, cuja vontade para a mesma não dispunha, acontecer. Neste contexto não poderíamos dizer que estas situações seriam cobertas pela “impossibilidade de resistir” ou “tê-la tornada inconsciente” pelo simples facto de tal poder não ter acontecido, sendo a mente humana completamente imprevisível e variável de pessoa para pessoa. Imaginemos que a vítima é surpreendida pelo o agente que, simplesmente, cumpre os seus instintos libidinosos colocando sobre ela uma pressão tal que, segundo os seus instintos de sobrevivência e reação, faz com que se limite a estar quieta e a suportar o perdurar da ação até ao seu término. Se neste contexto não temos uma ameaça, nem um qualquer meio que se encaixe no entendimento de constringimento, tal significaria que há uma atividade sexual relativamente à qual a pessoa não detinha intenção, mas não detivera também força humana para se proferir contra, agir ou, simplesmente, expressar-se contra à mesma e, ao mesmo tempo, não seria suscetível de existir tutela penal.

O dito em supra poderia ser resolvido por via da vontade cognoscível se, no que a esta concerne, não surgissem também certas questões como por exemplo, os erros sobre a factualidade típica, sobre a vontade contrária. No entanto, na nossa perspetiva, isto não acontece.

É merecedor de ser mencionado o exemplo do Stealthing¹¹⁶. Este consiste numa viciação do consentimento da vítima que culmina no facto de esta ter assentido numa prática sexual de determinada forma, com preservativo, mas que, com o desenrolar da situação, houve o desaparecimento deste método contraceptivo. Se a atividade sexual foi consentida em certos termos, neste caso, protegida por via do preservativo, então quando este é retirado também o é o consentimento porque este não existiu para além do previamente acordado. Segundo ALEXANDRA BRODSKY¹¹⁷ há um vício do consentimento não só pelo facto de a vítima não ter consentido a prática sexual sem

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes de coação sexual e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações”, em *Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito*, p.105.

¹¹⁷ Cf. BRODSKY, Alexandra: “Rape-adjacent”: imagining legal responses to nonconsensual condom removal”, in *Columbia Journal of Gender and Law*, pp. 190, 191 e 192.

preservativo, como também pelo facto de o uso de preservativo salvaguardar riscos de saúde inerentes à sexualidade física.

Tudo isto mostra que existe um problema quanto ao uso da palavra “constranger”, que verte nas situações em que não existe qualquer atividade por parte da vítima que demonstre que ela não queria envolver-se sexualmente e, a par disto, não existir violência, coação física ou psicológica por parte do agente. Por este motivo, é de concluir que estes tipos de condutas não seriam abrangidos pelo *constrangimento*, apesar de, claramente, haver um vício no consentimento da vítima e uma interferência na sua liberdade sexual, estando o bem jurídico comprometido.

2 – A Contínua Exigência de Violência

Desde cedo, a violação sempre foi encarada como um crime cuja conduta era associada uma forma de violência, a uma submissão física daquela que era a vítima, tendencialmente mulher, à mercê do agente criminal¹¹⁸. Para além de que a relação sexual sempre fora tida como apenas existente entre marido e mulher e com um intuito exato, a procriação. Quando assim não o era, era comum o resvalar para o crime de violação, mesmo que a conduta desvaliosa do mesmo não estivesse em questão, sendo esse caminho mais fácil do que o de proceder a uma compreensão simplista e natural da vida amorosa e sexual.

Numa conceção retrógrada, a qualificação de uma conduta como um crime de violação não atendia aos factos que deveria. Desde logo, seria impensável estarmos perante uma violação ocorrida entre esposa e marido já que este último tinha todo e qualquer direito de “usar” o que, erroneamente, tinha como seu. E, ao mesmo tempo, era considerado que a violação¹¹⁹ acarretava com ela, obrigatoriamente, uma forma de sucumbir a vítima à atividade sexual, neste caso, mediante violência ou ameaça da mesma, embora sempre com a contrariedade da vítima¹²⁰.

É de notar o claro avanço da Convenção de Istambul quanto às relações entre cônjuges ou de qualquer laço amoroso entre ambas as partes¹²¹.

Segundo MATHEW HALE: “a violação é um crime onde a acusação é fácil de se fazer, difícil de se provar e ainda mais difícil de ser defendida pela parte ofendida, que nunca é inocente”¹²². É difícil encarar esta afirmação com a consciência de que a mesma tem a sua veracidade. É tendencial a procura na posição da vítima de indícios que comprovem a prática do crime e, desta forma, se verifique a concretização do crime e posteriormente se atinja uma condenação. É totalmente descabido colocar naquela que é a vítima o peso de para além de, alegadamente suportar uma conduta hedionda, ainda suportar um papel ativo na comprovação do crime por ela sofrido.

¹¹⁸ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2020.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ Cf. HORNLE. TAJANA, “Rape as non-consensual sex”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 294.

¹²¹ Disponível em <https://rm.coe.int/168046253d>.

¹²² Cf. HALE, Matthew, *The History of the pleas of the crown* p. 635 (1778) apud ESTRICH, Susan, “Rape”, in *Yale Law Journal*, p.1095.

Concluindo a análise do âmbito jurídico-penal que concerne a este crime até, pelo menos ao fim da metade do século XX, cumpre-nos fazer também uma alusão à recorrente culpabilização da vítima quando surgia a necessidade investigação de um crime do género. Era tendencial que a sociedade em geral, bem como os órgãos judiciais e de polícia criminal procedessem à atribuição de culpa à vítima, de forma direta ou indireta, partindo muitas das vezes do pressuposto de que uma qualquer atividade desta tenha funcionado como um “gatilho” da conduta levada a cabo pelo agente do crime, que não tinha outra opção senão aquela. Tratava-se de uma consequência da desigualdade de género, no sentido em que usualmente a vítima era do sexo feminino, patente na sociedade da época que, de forma mais cuidada, tem vindo a ser corrigida nos dias de hoje, embora ainda não possa dizer de forma confortável, que este problema já deixou de o ser.

Com o surgimento da liberdade sexual como bem jurídico tutelado pela incriminação contida no artigo 164º, surge também a consciência que “cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha”¹²³. Com isto, todo o processo de criminalização de condutas que atentem contra este bem jurídico foi agilizado, já que foi consensual a necessidade de olhar para além das conceções tradicionalistas e focar naquele que realmente era o problema, a *violação* da vontade sexual da vítima¹²⁴.

Sendo assente que os crimes sexuais não careciam de um género específico como vítima e como autor, bastava que houvesse um agente e um ofendido¹²⁵¹²⁶. E, seguidamente, seria necessária uma atividade sexual levada a cabo contra a vontade da vítima e, ainda na perção anterior à lei em vigor, seriam necessários meios típicos de ação a par de dolo, como tipo de ilícito subjetivo¹²⁷. É claro que a vontade contrária da vítima nunca poderá deixar de ser o cerne de toda a incriminação em questão, mas a questão é mais controversa quanto à conduta típica, à ação levada a cabo pelo agente e se

¹²³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (1999), p. 445.

¹²⁴ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in *Dissertação de Mestrado*, Coimbra, 2020. P. 98.

¹²⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (1999), p. 447.

¹²⁶ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in *Dissertação de Mestrado*, Coimbra, 2020, p. 98.

¹²⁷ *Idem*.

a mesma poderia descurar-se daquela que era a violência física ou psicológica, da coação, entre outros¹²⁸.

Segundo JOHANA NELLES: “a maioria dos crimes sexuais é cometida por autores que, de alguma forma, estão relacionados à vítima, mais distantes ou mais íntimos”. Com esta afirmação infere-se a realidade de que nem em todos os casos cuja incriminação se preenche há violência, coação ou qualquer outro meio típico e, não obstante, continua a existir vontade contrária¹²⁹ ao ato sexual. Posto isto, muitas vezes os autores do crime servem-se de certas circunstâncias pré-existentes, que não as mencionadas em supra, como forma de satisfazer os seus interesses sexuais que, por sua vez, não são dignos de tutela ou proteção por violarem a liberdade sexual negativa da pessoa de que se servem para os satisfazer. Temos a situação do *Stealthing* e das “situações surpresa” que não mobilizam qualquer tipo de conduta violenta, coativa ou condicionante, anteriormente previstas como essenciais neste âmbito.

Seria completamente descabida a necessidade de verificação de violência como forma de aferir a ocorrência de ilícito tendo em conta os casos em que a mesma não existe e, contudo, a vontade contrária à prática sexual persiste. Como afirma STEPHEN J. SCHULHFER, existe uma “fixação contínua da lei penal na força, o que significa que o direito da mulher de determinar os limites das próprias interações sexuais é, na melhor das hipóteses, apenas parcialmente protegido”¹³⁰.

Ao atentar nas palavras de TERESA PIZARRO BELEZA “Em contraste com a violação (sexual), o crime de violação de domicílio, ou, como tradicionalmente era por vezes designado, ‘entrada na casa alheia’, em relação ao qual se poderiam tecer considerações em alguma medida semelhantes, não exige no seu tipo-base a prática de violência nem ameaça, mas apenas que seja cometido contra a vontade da vítima.”¹³¹. É de enunciar a nossa total concordância com o facto de a violência ser uma agravante da prática do crime de violação e não determinante para aferir da existência do mesmo.

Concluindo, o elemento imprescindível deste tipo de crimes é e será sempre o

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ BERLINER, Diana, “Rethinking the reasonable belief defense to rape”, in *Yale Law Journal*, p.2690.

¹³⁰ Cf. SCHULHFER, Stephen J.: *Unwanted Sex, The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, p. 11.

¹³¹ BELEZA, Teresa Pizarro, “Consent- It’s as Simple as Tea”, *Combate à Violência de Género*, in *Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 22 e 23.

não consentimento da vítima para com o sexualmente pretendido pela outra parte, sendo necessário eliminar quaisquer presunções de que deva recair sobre a vítima a obrigatoriedade de resistência física, na medida em que é completamente inconcebível que a vítima, num momento tão obscuro, tenha a necessidade de consagrar forças para fazer frente àquele que sobre ela age.

3 – A Vontade Cognoscível da Vítima

Surgiu a necessidade de simplificar e afastar concepções errôneas originadas pelo constrangimento, que como vimos anteriormente, causava a suposição de necessidade de verificação de certos meios típicos que, nem sempre, estavam presentes desvirtuando a verdadeira base do ilícito típico, a ausência de consentimento. Com isto, foi aditado ao artigo 164º do Código Penal Português um número terceiro que consagra: “Para efeitos do disposto no nr. 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”. Desta forma, e segundo o entendimento de JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, com este aditamento ao artigo em questão, torna-se claro o cerne do ilícito assente na imposição de um qualquer ato sexual contra a vontade da vítima, sendo esta averiguada mediante a sua cognoscibilidade no momento em concreto em que prática sexual ocorre¹³².

É importante ter em conta o caráter fulcral da comunicação no seio das relações sexuais como determinante para desvendar qual seria a vontade de ambas as partes envolvidas sexualmente, averiguando a consonância entre ambas¹³³ ou, caso contrário, perceber se eventualmente caberia aplicação do crime de violação¹³⁴. Por isto, de forma a colmatar incongruências e necessárias previsões quanto a este tipo de crimes, surge a cognoscibilidade da vontade como determinante para averiguação de um ilícito. Com esta, surge a apreciação da vontade de cada uma das partes, ou pelo menos da eventual parte queixosa, e mediante a mesma será possível aferir da existência, ou não, de consentimento das partes envolvidas.

Para PEDRO CAEIRO, a opção pela cognoscibilidade da vítima assenta num “padrão do homem médio colocado na posição do agente”, correspondendo este elemento ao tipo objetivo de ilícito sendo claro pela definição da vontade tipicamente relevante neste contexto de crime sexual¹³⁵. Como previamente vimos no âmbito da lei Alemã, o

¹³² Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163º”, *in Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2021), p. 55.

¹³³ OLIVEIRA, Simone Alexandra do Carmo: “O crime de violação no Código Penal Português”, *in Dissertação de Mestrado*, 2021, Coimbra, p.28.

¹³⁴ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.25.

¹³⁵ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.24.

autor aponta vários aspetos positivos ao emprego deste elemento, desde logo pelo facto de impedir a promoção de processos em que fosse possível constar erros sobre a factualidade típica, sobre a vontade contrária, evitando então a colocação da vítima num contexto precário em que teria de reviver situações traumatizantes que tivessem acontecido em algum momento da sua vida, bem como proferir alegações humilhantes neste âmbito. A par disto, fica assente a desnecessidade de a vítima exteriorizar a sua oposição para com a conduta, pelo que o padrão do homem médio servirá neste ponto para aferir a vontade da mesma, retirando o risco de colocar toda a pressão de comprovação do crime na pessoa da vítima, originando uma dupla vitimização da mesma¹³⁶.

Perante um caso em concreto, esta cognoscibilidade da vontade seria desvendada pela colocação de um homem médio na posição do alegado violador, e seria averiguada a existência de indícios que indiciassem se a vontade e o consentimento por parte da parte contrária estariam presentes ou, caso contrário, se teria havido uma total desconsideração daquela que teria sido a tomada de posição da eventual vítima.

Continua o autor mencionado em supra, afirmando que “a exigência de cognoscibilidade do dissentimento permite neutralizar num estágio precoce casos que, com muita probabilidade, terminariam com uma absolvição por erro relevante sobre a factualidade típica: se o dissentimento não era cognoscível pela generalidade das pessoas, porque haveria de sê-lo para o agente? Reversamente, quando se prove a cognoscibilidade objetiva do dissentimento, a alegação do erro sobre a factualidade típica terá bastante menos possibilidades de êxito”¹³⁷.

Numa primeira vista, tudo seria apto a salvaguardar a tutela das vítimas deste tipo de crimes, já que por um lado estariam protegidos os casos em que o *dissentimento* era, claramente, exposto por palavras, gestos, comportamentos e/ou expressões. E, por outro lado, estavam visados os casos em que a cognoscibilidade surgia como forma de, mais indiretamente, aferir perante a situação envolvente se o *consentimento* estava presente ou, por outro lado, fora ignorado¹³⁸.

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2020, p. 89.

Cumpro-me seguir para certos aspetos mais controversos acerca do tema do capítulo em apreço de forma a compreender, de forma completa, tudo o que com esta introdução do nr. ° 3 surge.

3.1. – A possível subjetividade

Nem sempre no cerne do consentimento surge a vontade. Isto quer dizer que podemos estar perante uma qualquer relação sexual em que a ausência de vontade é nítida e, não obstante, a conduta sexual realiza-se na mesma havendo a concessão de tolerância por parte da parte cuja ausência de vontade opera¹³⁹. Neste contexto, é de dar um exemplo básico, mas consistente: Imaginemos que A e B são casados e na noite de seu aniversário de casamento, A, esposa, está com uma enxaqueca terrível. Apesar disso, e num espírito romântico, B aproxima-se de A iniciando contacto íntimo. A não apresenta qualquer vontade de proceder ao exercício de relação sexual, contudo, e no espírito da data, cede e ambos acabam envolvidos sexualmente. Neste exemplo, há uma situação em que a vontade não se encontra presente, mas não há a verificação do crime de violação porquanto A não se manifestou contrariamente ao ato ou, de forma mais abrangente, não houve qualquer atividade que deturpasse o seu bem-estar físico e psíquico, por parte de B¹⁴⁰.

É clara a necessidade de interpretação do termo “vontade” na medida em que o mesmo é utilizado para aferir da existência, ou não, de ilícito. Todavia, não deixam de ser importantes as circunstâncias em que a mesma é apurada. Basta reparar no exemplo dado anteriormente, já que nunca seria visto da mesma forma se se passasse entre A e um desconhecido ou até conhecido, relativamente ao qual nunca tivera qualquer tipo de relação amistosa, independentemente de A não ter resistido ou conseguido evidenciar um qualquer sinal de oposição. Esta vontade tem de ser encarada como uma vontade íntima, contrária à prática do ato sexual, seja pela sua ausência, seja por se encontrar

¹³⁹ NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2020, p. 88.

¹⁴⁰ *Idem*.

condicionada¹⁴¹. Mas, é importante a sua avaliação de acordo com o contexto em que a mesma surge.

Descurando deste tipo de situações, de certa forma existe uma desconformidade entre a prática sexual e a disposição da vítima para a mesma e, se assim o é, então o seu bem jurídico, ou seja, a sua liberdade sexual, encontra-se limitada e perturbada criando a base para intervenção penal neste sentido.

É de referir ainda que a vontade e o desejo são muito similares neste âmbito. Pode suceder por exemplo que A tivesse desejo em ter relações sexuais, mas que não tivesse vontade de as realizar com determinada pessoa, ou mesmo independentemente de com quem fosse sendo que, neste contexto, já estaríamos perante uma situação digna de intervenção penal, pois não há uma tolerância por parte de quem sofre uma determinada conduta sexual não pretendida, já que apesar de existir desejo não havia vontade de o satisfazer.

Ao falarmos de cognoscibilidade, um problema de interpretação coloca-se. Neste âmbito, falaríamos de uma demonstração de um sinal que demonstrasse a contrariedade das partes envolvidas relativamente ao seu envolvimento sexual através de palavras, gestos ou expressões. Com esta atuação, a parte contrária estaria apta a captar a resposta negativa suficiente para proceder a um retrocesso na sua ação, ou simplesmente, conhecer um impedimento de sequer iniciar a mesma¹⁴².

Nesta via de pensamento, há a necessidade de interpretar não aquilo que se coaduna com as próprias intenções, mas sim de efetivamente interiorizar aquilo que a parte contrária exterioriza e concede a possibilidade e o poder de entender.

Para a vontade ser cognoscível é necessário sempre um trabalho interior, há uma determinação por parte da vítima em afirmar a sua vontade como contrária a um qualquer ato sexual. Neste contexto, não significa que a vítima seja adversa a atos sexuais pois estes são, por si, naturais e compreensíveis como meio de realização da pessoa humana, no entanto, para ela, pode não ser o momento em que pretenda ver o seu bem jurídico satisfeito ou, tão só, não se encontra em questão a pessoa em relação a qual a vontade

¹⁴¹ OLIVEIRA, Simone Alexandra do Carmo: “O crime de violação no Código Penal Português”, in *Dissertação de Mestrado*, 2021, Coimbra, p48.

¹⁴² NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações.”, in *Dissertação de Mestrado*, Coimbra, 2020, p. 114.

sexual desperta e tenha intenção de a satisfazer. É necessária a consciencialização que, por vezes, embora a vontade esteja presente não quer dizer que haja a intenção de satisfação da mesma, podendo estar em questão vários condicionantes que determinem a vítima num sentido inverso àquela que é a sua vontade interior. Vejamos a título de exemplo o seguinte: Imaginemos que A é namorada de B e ambos têm uma intimidade tal que os torna aptos a deter vontade de se envolverem sexualmente. Contudo, A, de etnia cigana, contrariamente a B, possui a crença de manutenção de pureza corporal e sexual até ao casamento. Neste seguimento, apesar de existir vontade de agir sexualmente, e perante os avanços de B, A, embora notoriamente sensível a estes, exterioriza uma intenção de reagir contrariamente às pretensões do namorado, acabando então por não existir envolvimento sexual entre ambos em virtude do momento do relacionamento em que se encontram.

Com isto, há o surgimento de um ônus de exteriorização da vontade contrária que pode levar a soluções completamente desmedidas com a realidade, como por exemplo nas situações em que a pessoa não quer atuar sexualmente, mas a vontade não é cognoscível¹⁴³. E, para colmatar este tipo de possibilidades, vale o critério do homem médio na medida em que há o aferimento se, naquela situação de contacto íntimo em concreto, e sendo este homem razoável e prudente e com um mínimo de escrutínio apto a conhecer a situação e interpretá-la, o faria percebendo a vontade contrária ou positiva presente.

Como a própria palavra o diz, cognoscibilidade relaciona-se diretamente com aquilo que pode ser conhecido, decifrado¹⁴⁴. E, se assim o é, no âmbito em questão, quando falamos de vontade cognoscível, incidimos na possibilidade de averiguação e constatação da vontade das pessoas envolvidas. Há uma análise de todos os factos relacionados com a mesma, de forma a perceber se dentro dela reside uma posição favorável à prática de um ato sexual.

Interiorizando tudo o que fora dito em supra, temos de realçar que a cognoscibilidade reside numa subjetividade inevitável. Isto porque a verdade tem várias cores, o que faz com que as interpretações que façamos de alguma situação oscilem de

¹⁴³ CORREIA, Liliana Cristina Gomes, “As alterações de 2019 do Código Penal em matéria de crimes de Coação Sexual e Violação”, in *Julgar Online*, dezembro 2020, p.15.

¹⁴⁴ CORREIA, Liliana Cristina Gomes, “As alterações de 2019 do Código Penal em matéria de crimes de Coação Sexual e Violação”, in *Julgar Online*, dezembro 2020 p.14

pessoa para pessoa, e a realidade é que não existem garantias de que esta cognoscibilidade não possa resvalar para uma situação opinativa por parte de quem a analisa mediante as sensibilidades e percepções que possa ter já que, enquanto pessoas, inevitavelmente as detemos. A título de exemplo, serve o seguinte: Numa situação incomum, surge A, uma mulher particularmente sensível a nível psicológico, que em determinada noite se encontra sozinha em casa. Sendo vítima de violência doméstica cujo crime nunca fora reportado, o marido, B, aparece em casa. A encontrava-se particularmente descansada por este não se encontrar presente. Contudo, de forma repentina e alcoolizado, B surge e, desde logo, insinua-se perante A dando-lhe a entender que pretende ter relações sexuais com ela. Apesar da situação, este não comete qualquer ato violento, coativo ou qualquer outro que se configure como típico no âmbito do artigo 164º e, mesmo assim, A cede por, interiormente, ter a noção de que se não o fizer este pode acabar com a sua vida, embora tal pensamento fosse puramente originado pelo vivenciado pela mesma, sendo a prática do alegado crime de violência doméstico desconhecido por todos. Como foi exposto, o alegado crime nunca foi denunciado e, por tal, é desconhecido pelo comum das pessoas. No entanto para A a existência desse crime seria claro e determinante para não querer ter relações sexuais com o marido e, para sua sobrevivência, teve de simular uma situação em que a sua vontade foi cognoscível como existente e, para um homem médio, com um mínimo de discernimento¹⁴⁵, esta existiria e não haveria a consumação do ilícito. Contudo, como é notório tendo todos os pormenores como assentes, a situação seria passível de preencher o tipo de ilícito pelo que o ato sexual fora realizado por base de violência física e psicológica anteriormente cometidas sobre a vítima zelando a mesma, unicamente, pela sua sobrevivência.

Neste sentido, o conceito de cognoscibilidade é recente e, arriscamo-nos a dizer, indeterminado. Segundo TATJANA HORNLE, a subjetividade deste vocábulo poderia ir ao absurdo de ser presumido que “a vítima não poderia querer aquilo” e assim, o Direito Penal tutelar casos sem dignidade penal¹⁴⁶. E, neste entendimento, a cognoscibilidade poderia apenas ser aferida por palavras, gestos e condutas, deixando de fora todas as

¹⁴⁵ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.24.

¹⁴⁶ Cf. HORNLE, Tatjana, “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, in *German Law Journal*, p.1320

circunstâncias que poderiam ser tidas como cruciais para determinar a situação e a vontade da vítima.

3.2. – A sua insuficiência face às circunstâncias envolventes da Convenção de Istambul

É de atentar, neste último ponto, nas palavras de FERNANDA PALMA que afirma que “a esta outra visão que não corresponde a um paternalismo, mas a uma expansão da democracia até ao quarto, à casa de família, ao canto escuro e à viela de bairro, a uma democracia intrinsecamente relacionada com a dignidade das pessoas, com o reconhecimento do valor para cada pessoa da decisão sobre a sua sexualidade, corresponde a uma redefinição dos standards mínimos da coação sexual e, sobretudo, da violação”¹⁴⁷. Ou seja, é de entender que a extensão da proteção do direito penal ao âmbito da sexualidade conforma não uma intromissão desmedida daquilo que é de difícil perceção e de entendimento, mas sim daquilo que é tido como essencial para o ser humano, a sua sexualidade e, tendo tal como assente, é necessário que o bem jurídico em questão, e tutelado neste sentido, seja levado a um exponencial necessário à realização do homem sem nunca ser violado, sendo esta última palavra nunca utilizada em vão mas sim aplicada ao crime plasmado no artigo 164º do CP “A violação”, com sentido.

Analisado o artigo 36º da Convenção de Istambul parece bastante claro o seu primordial intuito: a salvaguarda e proteção daquela que é constantemente a derradeira vítima de crimes de cariz sexual: a mulher. Cumpre-nos saber se o Ordenamento Jurídico a salvaguardou da melhor forma ou, se pelo contrário, ficou o trabalho legislativo neste sentido aquém do que deveria ter sido e não é.

Com a minha total concordância, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA afirma que “as concretizações de criminalização da Convenção de Istambul não se nos afigurava muito complexa ou equívoca, podendo simplesmente prever-se a criminalização dos atos sexuais ‘não consentidos livremente’, tendo em atenção todas as circunstâncias do contexto envolvente”¹⁴⁸. É claro que, por tudo que já fora dito, estamos

¹⁴⁷ PALMA, Maria Fernanda, “Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais- o Direito Penal da intimidade sexual e familiar”, in *Anatomia do Crime*, n.º 9, p.15.

¹⁴⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira “Crimes Sexuais”, in *Coleção Formação Contínua*, Centro de Estudos Judiciários, janeiro, 2021, p.21.

num contexto extremamente difícil de interpretar e precaver toda e qualquer situação que surja, de forma a proporcionarmos a melhor aplicação do direito penal possível. Contudo, se neste seguimento se nos afigura como essencial esta melhoria aplicacional, clarifica-se a necessidade de opções legislativas que melhor se coadunem com as exigências deste meio, devendo estas opções serem dotadas de aptidão e elasticidade para a eficiência ser atingida. Chegamos à conclusão, e sempre na ambição de ser alcançada a melhor solução legislativa neste ponto, que a “vontade cognoscível” não se afigura como superior às “circunstâncias envolventes”, mas sim limitativa a uma interpretação que, como no último ponto vimos, pode subjetiva e, por tal, enganosa.

A doutrina de PEDRO CAEIRO faz-nos repensar naquelas que são as zonas cinzentas, de indecisão, de hesitação¹⁴⁹ e perceber se não teria sido melhor aplicada, no Ordenamento Jurídico Português, aquela que foi a escolha da Convenção de Istambul pelas “circunstâncias envolventes”. Isto porque as posições interiores nem sempre são simples de interpretar, para além de puderem ser condicionadas pelas mais diversas situações e, ao serem espelhadas, nem sempre vamos ter uma concordância entre ambas. Com isto, chegamos à conclusão de que um “sim” nem sempre é expresso de forma simplista e sem quaisquer hesitações, como pode ser tácito e expresso por ações, movimentos e atitudes e, em polo oposto, pode não corresponder à verdade e ser antes um mecanismo de sobrevivência¹⁵⁰. Por sua vez, a utilização de um “não” pode ser difícil de expressar atendendo às complicadas situações em que o mesmo é utilizado, ou, simplesmente, pode não ser possível proferir.

Coloca-se a questão de saber o porquê desta escolha por parte do legislador, já que estamos perante um crime doloso e, por tal, é inevitável o reconhecimento, ainda que mínimo, por parte do agente de que a vítima podia não querer praticar atos sexuais, acabando este na probabilidade de conformar-se perante tal e, evidenciar assim, dolo eventual¹⁵¹. Perante a problemática, seria necessária a prova desta representação e conformação sem nunca esquecer, segundo MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA, o princípio *in dubio pro reo*¹⁵². A realidade é que o legislador ao invocar como

¹⁴⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira “Crimes Sexuais”, in *Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários*, janeiro, 2021, p.21

¹⁵⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira “Crimes Sexuais”, in *Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários*, janeiro, 2021, p.29.

¹⁵¹ *IDEM.*

¹⁵² *IDEM.*

necessária a *cognoscibilidade da vontade*, como fator incriminatório da conduta do agente, desconsiderou o facto de se tratar de um crime doloso, ocorrido geralmente em ambiente privado e contra a vítima, para além de que nunca poderia ser descurado aquele que é um dos princípios basilares do Processo Penal Português, o princípio *in dubio pro reo* cuja aplicação pode muito bem beneficiar o suposto e alegado criminoso e colocar a vítima numa situação extremamente débil¹⁵³.

Segundo a mesma autora, coloca-se um problema no sentido em que se se trata de um crime doloso, existem certas áreas cinzentas cuja a situação problemática se potencia. Por exemplo, se o agente não representou a situação de que poderia estar a agora contra a vontade da vítima, mas esta era objetivamente perceptível não poderia haver a sua responsabilização porque não há dolo. Contudo, se a posição contrária da vítima não era objetivamente perceptível, mas era conhecida pelo agente então há dolo e a sua responsabilização deveria ser procurada e constatada ao provar-se o dolo por parte deste¹⁵⁴. Com isto, afirmo que não partilho da opinião do legislador, bem como a autora em apreço, ao interiorizar o sentido útil desta previsão legal.

Neste âmbito, PEDRO CAEIRO, aplaude a utilidade prática do preceito para evitar a promoção de processos que se pautam pela inexistência de indícios mínimos de oposição sexual e, ainda, se a cognoscibilidade da vontade da vítima estiver objetivamente consagrada então a alegação do erro sobre a factualidade típica seria menos verosímil¹⁵⁵. No entanto, esta utilização legislativa não se afigura como essencial porque embora a oposição da vítima não fosse objetivamente perceptível, não é impossível que esta não existisse e haveria impunidade por parte do agente.

A realidade é que a opção pelas circunstâncias envolventes presente na Convenção de Istambul parece-nos melhor adaptada a toda a realidade que possa surgir no âmbito deste tipo de crime sexual.

Não se torna necessário haver uma preocupação em formular um dissentimento ostensivo neste sentido, já que este tipo de crime ocorre em situações cuja vítima é colocada numa posição de inferioridade, de medo e de um temor por ver a sua vida

¹⁵³ *IDEM*.

¹⁵⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira “Crimes Sexuais”, in *Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários*, janeiro, 2021, p.33

¹⁵⁵ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p.22.

corrompida¹⁵⁶. Ao apelarmos às circunstâncias envolventes em que a atividade sexual se desenrolou será perceptível toda e qualquer circunstância que possa ter contribuído para a desenrolar da situação, apelando a uma consideração dos relacionamentos interpessoais íntimos, bem como ao desenrolar de relações oriundas simplesmente de desejo, mas também será possível atender não só ao que a vítima transparecia como também a tudo aquilo que rodeia ambos os intervenientes, descurando de preconceitos, estigmas e interiorizando as características daqueles que aturam e em que contexto o fizeram¹⁵⁷.

Torna-se completamente massivo e pesado fazer depender da alegada vítima a responsabilidade de evidenciar sinais de comprometimento ou não com a relação sexual. A mesma já se encontra criticamente comprometida e numa situação cuja sua intimidade se encontra em contínua violação e “sufoco”. Ao excluirmos sobre a vítima a exigibilidade de denunciar fisicamente ou verbalmente a sua contradição à atuação sexual que sobre ela impende, abrimos a necessidade de olhar para além da vítima e observar todo o contexto que levou a que a conduta ocorresse, cobrindo todas as situações em que o temor e o medo fossem um obstáculo sobre ela e sobre a sua capacidade de agir e exteriorizar sentimentos. Segundo SUSAN BROWNMILLER, “vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica, outras em que a 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 a morte”¹⁵⁸. Estas possibilidades não podem ser encaradas de modo leve ou, simplesmente, serem ignoradas, porque embora no momento a vítima possa não expressar de modo suficiente a sua contradição, tal não significa que esta atitude seja favorável ao ato levado a cabo pelo agente mas, tão só, que podem haver circunstâncias que a extravasam, mas implicam sobre a mesma uma necessidade de suportar aquilo que com ela é executado, em virtude de possíveis situações que anteriormente aconteceram, de relações de poder, de ambientes intimidatórios, de condições físicas e psicológicas, bem como do momento, do local ou das pessoas presentes podem influenciar esta.

¹⁵⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira “Crimes Sexuais”, in *Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários*, janeiro, 2021, p.34.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ BROWNMILLER, Susan, “Against Our Will: Men, Women and Rape”, in *Fawcett Columbine*, New York, 1975.

Com tudo o que fora dito, temos que a melhor solução legislativa teria sido a opção pelas *circunstâncias envolventes*, opção esta que fora a da célebre Convenção de Istambul¹⁵⁹.

Conclusão:

Do desenrolar do trabalho levado a cabo na presente dissertação, fica a clara necessidade de colocar em apreço certos problemas que surgem com a construção e trabalho legislativo executado no âmbito do artigo 164º do Código Penal Português, apelando sempre à interpretação da Convenção de Istambul mais precisamente, ao seu artigo 36º.

Primeiramente, e depois de estudada a evolução histórica do crime de violação, é seguro considerar este crime como um daqueles que são, notoriamente, sensíveis às disposições culturais, nacionais e internacionais em vigor que sobre eles impendem. A sua mutabilidade fora constante e alicerçada aos entendimentos jurídicos e, por outro lado, sociais, que o rodearam originando a sua passagem de uma dimensão moralista para, inequivocamente, ser considerado um crime cuja conduta fora tipificada como incriminação por atentar contra um dos bens jurídicos essenciais do ser humano, a liberdade sexual.

Na esteira das nossas capacidades a aprendizagens procedemos a uma tentativa de compreensão daquele que é o modelo de incriminação utilizado pelo legislador português, assente pela Lei 101/2019 de 6 de setembro, percebendo a sua virtude, bem como a escolha legislativa por determinadas expressões, nomeadamente pela *vontade cognoscível* e a sua opção pela manutenção do vocábulo *constranger* procedendo a análise de ambos e à sua conjugação, de forma a desvendar se terá sido uma opção feliz considerando o disposto na Convenção de Istambul. Concluímos que esta última se apresenta, notoriamente, mais abrangente e completa tendo em conta as várias circunstâncias que podem estar patentes aquando a prática deste tipo de ilícito, estando clara a necessidade de atenção legislativa neste ponto dada a possibilidade de surgimento de lacunas de punibilidade.

Destarte, procedeu-se a uma análise cuidada do artigo 36º da Convenção de Istambul interpretando qual o seu objetivo e se a sua construção estaria apta a salvaguardar as necessidades que surgem no tipo de crime em apreço, sendo o crime de violação carecido de uma especial atenção dados os pormenores que surgem em sua volta. Por bem, considero a mesma elaborada com excelência, qualidade esta que não foi atingida pelo legislador português dada a persistência do mesmo pelo vocábulo em

supramencionado, gerador de desconfiança e problemas de aplicação e interpretação, sendo estes amparados, a ver daquele, de forma errónea, pela opção legislativa assente na cognoscibilidade da vontade da vítima. Porém, devo acentuar a minha discórdia relativamente a tal.

De forma conclusiva, é incompreensível a ratio por detrás da incriminação do artigo 164º à luz do disposto pelo artigo nr.º 36 da Convenção de Istambul ficando o trabalho legislativo português, neste tipo de crime, aquém do trabalho internacional feito nesta última.

Bibliografia e Webgrafia

ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, tese de mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 2018.

AMNISTIA INTERNACIONAL, “Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards”, Index No: EUR 01/9452/2018, publicado a 24 de novembro de 2018. Disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/9452/2018/en/> , consultado a 16 de Maio de 2022.

– “Crimes Sexuais contra menores: questões de promoção processual”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Organizadores: Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa, Coimbra Editora, 2010.

ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in *Revista Julgar*, Diretor José Mouraz Lopes, setembro-dezembro, 2010, pp. 153 a 161.

ARAÚJO, António de, “*Crimes sexuais contra menores, entre o Direito Penal e a Constituição*”, 1ª Edição, Coimbra Editora 2005.

BATISTA, Luís Osório Gama e Castro e Oliveira, “Anotação ao artigo 393º”, in *Notas ao Código Penal Português*, Segunda Edição, Volume Terceiro, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1924, pp. 393 a 245.

BELEZA, Teresa Pizarro, “‘Consent – It’s 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*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coordenação), Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 15 a 27.

BRODSKY, Alexandra, “‘Rape-adjacent’: imagining legal responses to nonconsensual condom removal”, in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n.º 2, 2017, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2954726>, consultado a 28 de julho de 2020, pp. 183 a 210.

CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, "Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau", in *Um Diálogo Consistente: Olhares Recentes Sobre Temas do Direito Português e de Macau*, Tong Io Cheng; Hugo Duarte Fonseca (coord.), Vol. I, Associação de Estudos de Legislação e Jurisprudência de Macau, 2016, pp. 160 a 207, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/pcaeiro/pt/publicacoes>, consultado a 15 de abril de 2019.

CAEIRO, Pedro, *Observações sobre a projetada 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.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Conceito de Violência no crime de violação: acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-4-2011”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor Jorge de Figueiredo Dias, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março 2011, pp. 441 a 479.

– “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coordenação), Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 129 a 166.

DECKER, John F. and BARONI, Peter G.,

DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*. Vol. 1. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1997, pp. 1394 a 1403.

– “Comentário aos artigos 163º e 164º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999.

– “Comentário aos artigos 163º e 164º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

FIDALGO, Sónia, “Os crimes sexuais no direito internacional penal”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol LXXXIII (Separata), Coimbra, 2007, pp 639 a 658.

HÖRNLE, Tatjana, “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem*, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, am 19. Juli 2017 vorgelegt, pp.1016 a 1035.

– “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, Issue 2, 2018, pp. 115 a 135.

– *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Januar 2015.

– “Penal law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, in *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, n.º 2, January 2000, University of California Press.

– “Rape as non-consensual sex”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, edited by Andreas Müller and Peter Schaber, London New York Routledge 2018, pp. 294 a 308.

– “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, in *German Law Journal*, vol. 18, n.º 6, November 2017, pp. 1309 a 1030.

LEAL, Celso, “A (necessária) reforma do sistema penal português respeitante aos crimes sexuais segundo a Convenção de Istambul”, in *Revista do Ministério Público*, ano 40, n.º 157, Jan/Mar. 2019, pp. 147 a 168;

LEITE, Inês Ferreira, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março 2011, Diretor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, pp. 29 a 94.

LEITE, André Lamas, “as alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas” in *Revista Julgar*, n.º 28, 2016, Coimbra Editora, pp. 61 a 74.

LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, de acordo com a revisão do código penal operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro*, 2ª Edição, 1998, Coimbra Editora.

– *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro*, 4ª Edição, 2008, Coimbra Editora.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentários aos artigos 163º e 164º do Código Penal”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual*, 3ª Edição, dezembro de 2021, Coimbra Editora.

– “Comentários aos artigos 163º, 164º e 170º do Código Penal”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual*, 2ª Edição, dezembro de 2019, Coimbra Editora.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985.

NELLES, Johanna, “Artikel 36 der Istanbul-Konvention des Europarats: Überlegungen zur Umsetzung”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, am 19. Juli 2017 vorgelegt*, pp.1165 a 1170.

RAPOSO, Vera Lúcia, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in Separata de *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora 2003, pp. 931 a 962.

SANTOS, José Beleza, “O crime de ultraje público ao pudor”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 59º, Coimbra, 9 de outubro de 1926, n.º 2311, pp. 177 e 178.

SCHULHFER, Stephen J., *Unwanted Sex, The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1998.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, in *Ex aequo: revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as mulheres*, dir. Virgínia Ferreira, 2015, pp. 105 a 121.

– “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*, n.º 128, Out./Dez. 2011, pp. 273 a 318

CORREIA, Liliana Cristina Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coacção Sexual e Violação” *Julgar Online*, dezembro de 2020.

RIBEIRO, Gil Duarte Miranda, “Deficiências do artigo 164º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul – Consentimento versus Constrangimento”, Universidade

Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, maio 2019.

VENTURA, Isabel, “A violação na jurisprudência e na doutrina”, in “*Combate à Violência de Género - da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Universidade Católica Editora, Porto, Coleção Atas, fevereiro de 2016.

OLIVEIRA, Simone Alexandra do Carmo, “O crime de violação no Código Penal Português”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2021.

NORTE, Tiago Braga, “A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro e as suas implicações”, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra, 2020.

CUNHA, Maria da Conceição da, “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”, in *Crimes Sexuais*, Ebook, Centro de Estudos Judiciários, janeiro, 2021.

Legislação

Código Penal de 1852, disponível em

<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf> .

Código Penal de 1886, disponível em

<https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> .

Código Penal de 1982 <https://dre.pt/home/-/dre/319744/details/maximized> .

Código Penal de 1982, versão online, disponível em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=leis&so_miolo= .

Código Penal de 1995, disponível online em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis .

Código Penal de 1998, versão online, disponível em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=112&tabela=leis .

Código Penal de 2007, versão online, disponível em

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1& .

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul), disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis .

Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto, disponível online em

<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/83-2015-69951093> .

Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro, disponível online em

<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/101-2019-124500715> .

StGB, artigo §177, disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_177.html .

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/6cdd73cf64c9ab4f80257b3b004bd9a7?OpenDocument> .

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f7caad4327b31e77802587990038c447?OpenDocument> .

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/24631d7a35ceabc3802586a700389078?OpenDocument&Highlight=0,janeiro> .

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument> .