



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Beatriz Morais Rebelo

**A NATUREZA DO CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DA
PROTEÇÃO DO INTERESSE DA VÍTIMA**

Volume 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pela Professora
Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra**

Julho de 2023



Beatriz Morais Rebelo

A natureza do crime de violação à luz da proteção do interesse da vítima
The nature of the crime of rape according to the protection of the victims' interest

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

Orientada pela Professora Doutora Maria João da Silva Baila Madeira Antunes

Julho de 2023

À minha família, aos meus amigos e a Coimbra, a cidade do meu coração.

“Não interessa de onde os nossos alunos vêm, se são ricos ou pobres! Não interessa se e quando sairão. Interessa saber como saem... só a formação jurídica importa!”

Professor Doutor Rui de Figueiredo Marcos, 16 de setembro de 2019

*“O mundo é para quem nasce para o conquistar
E não para quem sonha que pode conquistá-lo, ainda que tenha razão.
Tenho sonhado mais que o que Napoleão fez.
Tenho apertado ao peito hipotético mais humanidades do que Cristo,
Tenho feito filosofias em segredo que nenhum Kant escreveu.
Mas sou, e talvez serei sempre, o da mansarda,
Ainda que não more nela.”*

Álvaro de Campos

AGRADECIMENTOS

E porque “*se quiseres ir rápido, vai sozinho; se quiseres ir longe, vai acompanhado*”, cabe-me agora agradecer a quem fez parte deste tão longo, mas muito bonito, percurso.

Primeiramente, e como não poderia deixar de ser, à *minha mãe e aos meus irmãos*, que suportaram todos os meus sonhos. Obrigada por nunca me limitarem e me permitirem ir sempre mais além: vocês deram-me as asas. Desejo ter-vos orgulhado. A vitória também é vossa!

À *minha madrinha Rosa*, que teve um papel igualmente marcante na minha educação e formação. Obrigada pelo teu amor e pela tua ajuda!

Ao *meu primo Bruno*, que é também um irmão. Obrigada por seres tão meu amigo e teres contribuído, sem que a isso te sentisses obrigado, de forma indelével, para o meu percurso.

Aos *amigos e amigas*, com quem partilhei lágrimas, sorrisos, histórias e tantas aventuras. Quando olhar para trás, lembrar-me-ei, sorrindo, de cada um de vós. Obrigada pelo companheirismo, pela partilha. Vocês sabem quem são.

Às *amigas de infância, Babi, Carol e Ana*, que são também um suporte. Obrigada por acreditarem em mim desde o primeiro dia.

À *Cecília Miranda, à Thaynara Moço, à Beatriz Viegas, à Diana Ciorba, à Mónica Rodrigues*. Colegas de casa, companheiras e amigas do coração. Obrigada por terem secado tantas lágrimas em horas de desespero. Terei eternamente saudades vossas.

Aos *meus afilhados*, desejo ter-vos transmitido o amor ao Direito. Obrigada por me terem escolhido.

Ao Gabriel Mattos da Silva, nome que particularizo com especial entusiasmo. Obrigada por teres aparecido na minha vida para me mostrares que podemos ser o que quisermos, quando e onde quisermos.

À Professora Doutora Maria João Antunes, minha orientadora, por ser uma fonte inesgotável de inspiração e por me transmitir valiosíssimos pensamentos no estudo dos crimes sexuais.

À minha Alma Mater, a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com a qual tanto sonhei e da qual saio, ao fim de seis bonitos anos, muito mais rica.

A todos os Professores da Faculdade de Direito, que me fizeram ser jurista. Obrigada pela melhor e mais completa formação jurídica.

A Coimbra, a cidade mais bonita do mundo. Obrigada por me acolheres tão bem, viver-te foi o maior privilégio da minha vida.

Obrigada, do fundo do meu coração, a todos.

RESUMO

A Dissertação que ora se vos apresenta tem por objetivo a análise da atual natureza do crime de Violação, previsto e punível pelo artigo 164.º do Código Penal, e, bem assim, a reflexão, sob o ponto de vista de proteção do interesse da vítima, de qual o melhor caminho legislativo a percorrer, dado já várias propostas de alteração da lei se terem levantado, sobretudo desde 2014.

Para lograr o mencionado objetivo, importará, num primeiro momento, conhecer a evolução processual do ilícito em causa, no período compreendido entre 1852 – data de aprovação do primeiro Código Penal Português – até aos dias de hoje, notando as principais alterações produzidas conducentes à atual natureza semipública.

Posteriormente, porquanto não faria sentido discorrer sobre a sua natureza sem dissecar o seu conteúdo, faremos uma análise breve, mas de elevada importância, do tipo legal de crime Violação – os seus elementos, meios de execução e bem jurídico protegido.

Num terceiro momento, encontramos-nos já em condições de discorrer sobre o atual regime em vigor: a natureza semipública – que confere apenas à vítima a possibilidade de apresentação de queixa – e as suas exceções, previstas no n.º 2 do artigo 178.º CP, que bem pertinentes nos parecem.

Posto isto, trazemos à reflexão alguns dos argumentos e problemas mobilizados na discussão entre a dicotomia natureza pública vs semipública, incidindo em particular os efeitos e implicações que um processo penal pode trazer à vida e personalidade da vítima.

Por último, concluiremos sobre a pertinência – ou não – de alteração da natureza do tipo legal em causa e, se não, o aperfeiçoamento e aprimoramento do atual regime.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de Violação; Natureza Processual do Crime de Violação; Evolução Histórica; Bem jurídico; Liberdade Sexual; Vítima; Interesse da Vítima; Princípio da Oficialidade; Ministério Público; Vitimização Secundária.

ABSTRACT

The here presented dissertation aims to analyse the current nature of the crime of rape, as foreseen and punishable under the 164^o article of the penal code, and reflect from a perspective of protecting the interests of the victim, on the best legislative path to follow, considering that several proposed amendments to the law have been raised, especially since 2014.

To achieve the aforementioned objective, it will be important on a first instance, to understand the procedural evolution of the offense in question, from 1852 - the approval date of the first portuguese penal code - to the present day, noting the main changes that have led to its current semi-public nature.

Subsequently, as it would not make sense to discuss its nature without dissecting its content, a brief but highly important analysis of the legal type of the crime of rape will be provided - its elements, means of execution, and protector legal interests.

In a third phase, we are now in a position to discuss the current regime in force: the semi-public nature -which grants the victim alone the possibility of filing a complaint - and its exceptions, as provided in paragraph 2 of article 178 of the penal code, which appears to be highly relevant.

With that said, we will consider some of the arguments and issues raised in the discussion between the dichotomy of public vs. semi-public nature, focusing particularly on the effects and implications that a criminal process can have on the life and personality of the victim.

Finally, we will conclude on the relevance - of lack thereof - of changing the nature of the legal type in question, and if not, the improvement and enhancement of the current regime.

KEYWORDS: Crime of Rape, Procedural Nature of the Crime of Rape; Historical Evolution, Legal Interests, Sexual Freedom, Victim, Victim's Interests, Principle of Officiality, Public Prosecutor's Office, Secondary Victimization

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

MP – Ministério Público

OPC – Órgãos de Polícia Crime

p. – Página

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	7
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
1. Evolução histórica do crime de Violação e correspondente natureza em Portugal	14
CAPÍTULO II – O CRIME DE VIOLAÇÃO NA SUA FORMULAÇÃO ATUAL ...	23
1. O crime de violação do artigo 164.º do Código Penal Português	23
1.1. O bem jurídico protegido a proteger – liberdade e autodeterminação sexual	26
CAPÍTULO III – A NATUREZA DO CRIME DE VIOLAÇÃO	29
1. O princípio da oficialidade	29
2. O n.º 2 do artigo 178.º do Código Penal e as exceções à natureza semipública .30	
2.1. Prosseguimento do processo pelo Ministério Público depois de desistência da queixa por parte da vítima	32
CAPÍTULO IV – FUNDAMENTAÇÃO	34
1. Vitimização Secundária	36
2. Diminuição do “mal do processo” – medidas para evitar ou reduzir as consequências do processo	40
3. Pacta Sunt Servanda – A Convenção de Istambul	42
3.1. A natureza do crime de Violência Doméstica à luz da Convenção de Istambul	46
4. Posição da APAV acerca da natureza do crime de Violação – “Natureza Pública Mitigada”	49
5. Questionário – Recolha de dados	51
5.1. Análise estatística dos dados recolhidos	51
CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	56
LEGISLAÇÃO	59

JURISPRUDÊNCIA61

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação, elaborada no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da tão mui nobre Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – a melhor, mais antiga e prestigiada Faculdade de Direito do nosso país -, versa sobre a análise da atual natureza do crime de Violação, previsto e punível pelo artigo 164.º do Código Penal, e, bem assim, a reflexão, sob o ponto de vista de proteção do interesse da vítima, de qual o melhor caminho legislativo a percorrer.

A escolha do tema não foi feita por acaso. Em fevereiro de 2021, um jovem de, à altura, 19 anos, afirmou, em direto para o Instagram, numa live conduzida por um humorista português, ter violado uma rapariga, que depois teve de ser socorrida pelo INEM. O caso gerou polémica e uma enorme onda de revolta, resultando mesmo numa petição pública – partilhada por milhares de pessoas nas redes sociais – para tornar o crime de violação um crime público. Aliás, em março do mesmo ano, foram apresentados projetos de lei do Bloco de Esquerda, Iniciativa Liberal, Chega, e pelas deputadas não inscritas Cristina Rodrigues e Joacine Katar Moreira, relacionados com este caso mediático, que não obtiveram maioria na votação parlamentar e não alteraram, por isso, a lei.

Recordo-me de, na altura, enquanto aluna de Direito Processual Penal da Licenciatura em Direito, nos ter sido lançado o repto, pela tão admirada e respeitada Professora Doutora Maria João Antunes, minha orientadora, de refletir sobre a natureza semipública do crime de violação e a natureza pública do crime de violência doméstica. O tema despertou em mim curiosidade tamanha que, a prosseguir os estudos, o trabalho final de conclusão da minha vida académica só poderia passar por aqui.

Ora, apesar de sempre defender – e deixar bem explícito – a natureza semipública do crime de violação, pretendo levar-vos, também, a fazer a referida reflexão.

Para tanto, partiremos da análise da evolução histórica do crime de violação, bem como da sua natureza, cujo progresso veio a, por um lado, efetivar o bem jurídico liberdade sexual como bem jurídico protegido e, por outro lado, conferir maior proteção à vítima e à sua autodeterminação. Damos conta que de um inegável progresso social e moral.

O crime de violação tem estado na base de várias propostas de alteração legislativa por diversos partidos representados na Assembleia da República, que mobilizam, para defesa da

sua tese, sobretudo, a ratificação de Portugal da Convenção de Istambul e as inegáveis vantagens da natureza pública.

Mais, será feita uma análise do atual crime de Violação do artigo 164.º do CP, seus elementos, modos de execução e, sobretudo, o bem jurídico protegido: liberdade sexual, que não deve ser confundido, embora intrinsecamente relacionado, com o bem jurídico autodeterminação sexual.

Avançando, importante será analisar com clareza o atual regime vigente, a natureza semipública do ilícito em causa e as suas exceções, de importância e pertinência ímpares: a excepcional natureza pública quando praticado contra menor ou quando do crime resulte a morte da vítima; e o poder conferido ao MP de abrir o procedimento penal quando o interesse da vítima o aconselhar.

Posto isto, analisaremos as consequências que o contacto com o aparelho técnico-jurídico do Estado, após a apresentação de queixa por parte da vítima, tem na vida e personalidade da mesma, quais as mais notáveis evoluções que se têm feito sentir no âmbito da legislação nacional, a Convenção de Istambul – que convoca, inegavelmente, a comparação com o crime de violência doméstica -, e a posição assumida pela APAV.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1. Evolução histórica do crime de Violação e correspondente natureza em Portugal

O crime de violação em Portugal, como hoje se encontra previsto no Código Penal Português, é resultado de sucessivas alterações que se fizeram sentir ao longo dos tempos, de mão dada com a moralidade – “A determinação de fronteiras entre criminalização e descriminalização e de limites entre direito e moral obedecem a critérios que são mutáveis e diferentes, ao longo da história.”¹

Por ser o Homem um ser essencialmente histórico e, por isso, evolutivo, nada mais é o Direito que o resultado dessa evolução. Analisemos, então, a sua evolução de um ponto de vista processual, porquanto é esse o objetivo da presente dissertação.

O primeiro Código Penal Português², aprovado por Decreto a 10 de dezembro de 1852, enquadrava o ilícito de violação na “secção 2ª – Atentado ao pudor, estupro voluntário e violação” do seu capítulo IV. referente aos “Crimes contra a Honestidade”, com a seguinte formulação, dada pelo seu artigo 394.º:

“Aquelle, que tiver copula illicita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta, contra sua vontade, por meios de violencia, ou por meios fraudulentos, tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime, será degradado por toda a vida pelo crime de violação.

Se a pessoa violada fôr menor de doze anos, será sempre aplicada a mesma pena, posto que não se prove que concorreu nenhuma das circunstancias declaradas neste artigo.”

Eram tidas como vítimas desde ilícito as mulheres, e tão só as mulheres, o que desde logo nos remete para a ideia de normalização de comportamentos machistas, tidos como ações de superioridade e domínio do homem relativamente à mulher, pois apesar de a segunda parte do artigo se referir a “qualquer pessoa”, antes já havia sido dito “com uma mulher”, além de que não existia violação sem cópula – o que pressupõe, necessariamente, um homem e uma mulher, e que pode ter como consequência a gravidez desta. Ora, ter a cópula como a única

¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “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”, Revista do Ministério Público, 128, dezembro 2011, p. 316.

² Código Penal de 1852, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

forma de violação é conceder-se uma desproteção total à vítima que sofre outros atos tão ou mais atrozes, “o que mais uma vez não deixa de configurar uma visão sexista e paternalista das relações humanas.”³

O Código Penal Português incriminava os crimes sexuais “enquanto crimes de homens contra mulheres.”⁴

É inegável que, ao pensar num ato tão sórdido como a violação, somos imediatamente remetidos à imagem de um homem, como o violador, e de uma mulher, como a vítima, que sofre atos penetrativos – “é a sua natureza predominantemente heterossexual, que tem o homem como autor e a mulher como vítima”.⁵ Porém, o contrário também acontece, e não é descabido.

Neste tempo, a “conduta sexual da mulher deveria, segundo os ditames morais, ser severamente mais reprimida do que a conduta masculina.”⁶ As mulheres eram fortemente reprimidas sexualmente - sendo diferenciadas por puras ou impuras – existindo sobre elas um sentimento de propriedade, por parte dos pais e maridos – “(...) as mulheres portuguesas abdicavam da autodeterminação e liberdade sexual com o contrato conjugal.”⁷

Processualmente, era necessário haver queixa da pessoa ofendida ou dos seus pais ou tutores, como determinava o artigo 399.º - “*As pessoas declaradas nos artigos antecedentes não podem ser impostas, sem que haja queixa da pessoa ofendida, ou dos seus paes, ou tutores (...)*”.⁸ Mesmo que fosse vontade da vítima não apresentar queixa, podiam-no fazer os seus pais ou tutores, desde que a mesma tivesse doze anos ou mais. Além disto, aditava o seu artigo 400.º⁹ que o criminoso estava obrigado a dotar a mulher ofendida e, casando com ela, cessava a sua pena. Como se a entrega de determinais bens ou valores fosse uma retribuição pelo que lhe roubou – a honra, pois o que estava, indubitavelmente, em causa era proteger a honra e não tudo o que advém, para a vítima, de uma violação: a ofensa ao seu corpo e à sua

³ RAPOSO, Vera Lúcia, em “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” in: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 943.

⁴ *Ibidem*, p. 934.

⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “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”, *Revista do Ministério Público*, 128, dezembro 2011, p. 279.

⁶ RAPOSO, Vera Lúcia, em “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” in: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 934.

⁷ VENTURA, Isabel, em “Um corpo que seja seu – podem as mulheres [não] consentir?”, setembro de 2014, disponível em https://exaequo.apem-estudos.org/files/2016-07/6_Um_corpo_que_seja_seu.pdf, p. 85.

⁸ Código Penal de 1852, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

⁹ *Ibidem*.

saúde, as dores, o trauma, as repercussões que tudo isto trará para a sua vida. Prova é o enquadramento deste ilícito no capítulo destinado aos crimes contra a honestidade.

O mesmo entendimento se perpetua nos artigos 393.º e 400.º do Código Penal de 1886¹⁰, aprovado por Decreto de 16 de setembro de 1886, que prevê a prática do crime de violação apenas, também, contra a mulher – “*aquele que tiver cópula ilícita com qualquer mulher (...)*”¹¹ - e cujo procedimento criminal ou toda a pena se extingue se o agente criminoso casar com a vítima – o casamento era visto como um remédio social e uma, até, sorte a que a vítima tinha direito, pois não sendo já virgem, não quereriam casar com ela.

Avançando, dá-se, com o Código Penal de 1982¹², aprovado por Decreto-Lei a 23 de setembro, uma alteração, constando o crime de violação na Secção II dos Crimes Sexuais, porém, no Capítulo I respeitante aos “Crimes contra os fenómenos ético-sociais da vida social” do “Título III - Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”. Ou seja, apesar de se perceber o crime como um crime sexual, o que se visa proteger continua a não ser a liberdade sexual da vítima, o seu corpo, a sua saúde, mas sim valores sociais.

Continuam as mulheres a ser tidas como as únicas vítimas deste crime e, além disso, ditava o n.º 3 do artigo 201.º, onde estava previsto o ilícito Violação, que “*(...) se a vítima, através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto, será a pena especialmente atenuada.*”¹³ Ora, isto leva-nos a questionar: o que é contribuir de forma sensível para uma violação? É a transferência da culpa do agressor para a vítima?

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu, em 1991¹⁴, que se a vítima der a entender ao arguido que consente a cópula, está a contribuir de forma sensível para o facto. Trata-se, de acordo com Isabel Ventura, da “legalização da ideia de que há mulheres que não são verdadeiramente violadas, tendo contribuído (in)voluntariamente para o efeito.”¹⁵

¹⁰ Código Penal de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

¹¹ *Ibidem.*

¹² Código Penal de 1982, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=lei_velhas&artigo_id=101A0023&nid=101&nversao=1&tabela=lei_velhas&so_miolo=

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 041298, de 24-04-1991, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/20b4c03b6e28ce93802568fc003a1a32?OpenDocument&Highlight=0.041298>

¹⁵ VENTURA, Isabel, em “Um corpo que seja seu – podem as mulheres [não] consentir?”, setembro de 2014, disponível em https://exaequo.apem-estudos.org/files/2016-07/6_Um_corpo_que_seja_seu.pdf, p. 79.

Mas este não é caso único, vários acórdãos do STJ ficaram marcados na história da jurisprudência durante o período em que vigorou esta atenuante – que desaparece em 1995, apenas -, como é exemplo o acórdão do macho ibérico, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 040268, de 18-10-1989¹⁶ -, assim designado em alusão à expressão usada pelo próprio tribunal que afirma que duas turistas violadas no Algarve tinham contribuído para o crime, por “terem pedido boleia em plena coutada do macho ibérico”. Processualmente, mantém-se a necessidade de apresentação de queixa, quer por parte da vítima, quer por parte do seu cônjuge ou de quem sobre ela exerça poder paternal, tutela ou curatela¹⁷ – artigo 211.º, n.º 1¹⁸. Não há, à semelhança do Código anterior, respeito pela autodeterminação da vítima, cabendo a possibilidade de apresentação de queixa a outras pessoas, nomeadamente o cônjuge. Se, à altura, as mulheres eram tidas como as únicas

¹⁶ Em 1989, o STJ foi chamado a apreciar uma sentença do Tribunal de Faro que condenara dois homens – um por sequestro e violação e o outro por tentativa de violação – de 18 e 22 anos. O episódio remonta a 1988 e envolve duas turistas que pediam boleia à saída da vila de Almancil, com objetivo de chegar a Faro. Estes dois jovens concedem a boleia, com a promessa de as deixar em Faro, porém, quilómetros depois de entrarem no carro, o condutor (de 22 anos) entra por uma estrada de terra batida, parando num local ermo, sem habitações nem pessoas. Ambas as jovens foram tiradas para fora do carro, oferecendo resistência. O agente mais novo, de 18 anos, agarrou uma das turistas, despiu-a e tentou violá-la, não conseguindo consumar a violação por oferecimento de resistência por parte da vítima e por ter ficado assustado. A vítima levantou-se, conseguiu vestir-se e fugiu a correr. Entretanto, a outra jovem tenta também fugir, mas o homem mais velho, de 22 anos perseguiu-a, agarrou-a e trouxe-a de volta para junto do carro, onde foi brutalmente violentada e espancada – “agrediu-a com pontapés pelo corpo e, agarrando-a pela blusa, arrastou-a pelo chão cerca de dez metros”, “esbofetou-a e, agarrando-a por um braço, ameaçou-a com o punho fechado de que a esmurraria” -. A vítima tentou libertar-se, mas “intimidada pelas atitudes agressivas, não ofereceu mais resistência” e foi, portanto, violada.

O STJ, que decidiu até pelo aumento da pena do homem mais velho, de 3 anos e 4 meses de prisão para 4 anos, embora não pela gravidade da violação, mas por considerar que estavam em causa dois crimes de sequestro e não apenas um, lançou mão de uma argumentação escabrosa e ignominiosa ao entender terem as vítimas contribuído grandemente para o cometimento do crime - “Se é certo que se trata de dois crimes repugnantes que não têm qualquer justificação, a verdade é que, no caso concreto, as duas ofendidas muito contribuíram para a sua realização. Na verdade, não podemos esquecer que as duas ofendidas, raparigas novas, mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, **em plena coutada do chamado “macho ibérico”**. É impossível que não tenham previsto o risco que corriam; pois aqui, tal como no seu país natal, **a atração pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes, não é fácil dominá-la**. Ora, ao meterem-se as duas num automóvel juntamente com dois rapazes, fizeram-no, a nosso ver, conscientes do perigo que corriam, até mesmo por estarem numa zona de turismo de fama internacional, onde abundam turistas estrangeiras habitualmente com comportamento sexual muito mais liberal e descontraído do que as nativas.” [negrito nosso] – não deixando de dar a entender que, por serem estrangeiras, estariam muito mais disponíveis sexualmente do que as nativas, no caso, as portuguesas.

O Tribunal conclui ainda que, apesar de a conduta do violar ser “censurável, por sem dúvida nenhuma que o é”, considera que “a gravidade do ilícito no caso concreto está, como se disse, algo esbatida”.

Disponível

em

http://www.dgsi.pt/jstj_nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d97387ad75cab970802568fc003a2815

¹⁷ Cargo ou funções de curador; direito de administração, por determinação judicial, dos bens de um incapacitado ou de um desaparecido que não tenha deixado voluntário ou procurador

¹⁸ Código Penal de 1982, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_strutura.php?tabela=lei_velhas&artigo_id=101A0023&nid=101&nversao=1&tabela=lei_velhas&so_miolo=

vítimas do crime de violação e o casamento homossexual não era permitido, o interesse do marido prevalecia sobre o interesse da vítima, esta mulher, no caso de a mesma não querer apresentar queixa.

Até aqui, o bem jurídico lesado encontrava-se “no domínio das esferas sociais e não, como sempre deveria, no domínio pessoal, na esfera da liberdade sexual.”¹⁹

Com o Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março²⁰, dá-se um enorme e absolutamente necessário avanço legislativo e moral: o crime de Violação é inserido na Secção I, que prevê os crimes contra a liberdade sexual, do Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. A liberdade sexual é tida, finalmente, como o bem jurídico a proteger por esta incriminação – de que discorreremos de seguida –, e já não a moralidade ou honra, com a formulação prevista no artigo 164.º:

“1 – Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou, ainda, pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2 – Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro.”²¹

Processualmente, esta alteração legislativa está marcada por uma especial particularidade relativa à natureza deste crime, de que importará discorrer: apesar da sua natureza semipública – “o procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 171.º a 175.º depende de queixa (...)”²² –, “(...) quando a vítima for menor de 12 anos, pode o Ministério Público dar início ao processo se especiais razões de interesse público o impuserem.”²³

Em 1998, com a aprovação da Lei 65/98, de 2 de setembro²⁴, dão-se duas mudanças muito significativas: introdução do facto coito oral com tanta gravidade como a cópula e o coito anal, já previstos pelo Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março – a cópula não é o único meio

¹⁹ LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da Liberdade Sexual”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 2.

²⁰ Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>

²¹ *Ibidem*.

²² N.º 1 do artigo 178.º do Código Penal, pela formulação dada pelo Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>

²³ N.º 2 do artigo 178.º do Código Penal, pela formulação dada pelo Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720>

²⁴ Lei 65/98, de 2 de setembro, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/202-1998-566854>

de atentado à liberdade sexual; acaba-se com a ideia de que só as mulheres eram vítimas deste ilícito, ou seja, há uma eliminação da diferenciação de género, sendo o caso julgado independentemente do sexo da vítima. O crime de violação passa a ser um crime sem género, mas, a ser o feminismo o movimento que reconhece e luta contra a existência da desvantagem feminina num mundo maioritariamente machista e patriarcal, “defendiam alguns autores feministas que a tipificação dos crimes sexuais deveria insistir numa *“feminização” da vítima, de modo a ser fiel à realidade existente. [itálico do autor]*”.²⁵ Por outro lado, entendendo-se este movimento social, também, como uma pretensão de alcance de igualdade de direitos, deveres e oportunidades entre homens e mulheres, não deixa de parecer contraditório querer, e crer, numa incriminação destinada, tão só, à proteção das mulheres vítimas de violação. Aliás, “o princípio norteador do nosso ordenamento jurídico-constitucional é o princípio da igualdade, o qual pressupõe paridade de direitos e deveres (...)”.²⁶ Podemos concluir, portanto, pelo tardio reconhecimento da igualdade no que concerne à previsão legal desta incriminação.

Em termos de iniciativa processual, mantém-se – como até hoje, salvo exceções – a natureza semipública do crime, não havendo, portanto, alterações a esse nível, porém, o n.º 2 do artigo 178.º, assumiu a formulação: “(...) *quando o crime for praticado contra menor de 16 anos, pode o Ministério Público dar início ao procedimento da vítima o impuser.*”.²⁷ Não há só alteração relativamente à idade da vítima, mas também em relação ao que importa proteger: o interesse da mesma, e já não o interesse público. Ou seja, a partir de 1998, a promoção do procedimento criminal por parte do MP dependia “(...) por um lado, da *idade da vítima* – menor de 16 anos – e, por outro, do *interesse da vítima.*”.²⁸

Nove anos depois, com a Lei 59/2007, de 4 de setembro²⁹, prevê-se, com semelhante gravidade, também, como a cópula e o coito anal, a “introdução vaginal ou anal de partes do

²⁵ RAPOSO, Vera Lúcia, em “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 934.

²⁶ *Ibidem*, p. 934 e 935.

²⁷ N.º 2 do artigo 178.º do Código Penal, pela formulação dada pela Lei 65/98, de 2 de setembro, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/202-1998-566854>

²⁸ ANTUNES, Maria João; *Sobre a irrelevância da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa : artigo 178º-2 do Código Penal : Acórdão da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 1999*; Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Ano 9, n. 2 (1999), p. 326.

²⁹ Lei 59/2007, de 4 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&

corpo ou objetos”. É, de acordo com Figueiredo Dias, “mais um passo importante na via do adeus ao crime de violação na sua aceção típica tradicional”.³⁰

A 5 de agosto, com a Lei 83/2015³¹, “o n.º 2 do artigo 164.º desligou-se por completo dos moldes em que estava formulado, fazendo com que a norma ganhasse novos contornos e uma maior amplitude. Deixou, assim, de fazer referência aos casos de abuso de autoridade e relações hierárquicas, familiares, económicas ou de trabalho e passou apenas a exigir para o seu preenchimento o constrangimento por “*meios não compreendidos no número anterior*”, deixando a formulação anterior apenas para os casos de agravação, presentes na alínea b) do número 1 do artigo 177.º do CP.”.³²

Com a mesma lei, altera-se o n.º 2 do artigo 178.º, que permanece inalterado até hoje, podendo o Ministério Público dar início ao procedimento “(…) *no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe.*”³³ Dizendo o crime de violação respeito a um bem jurídico pessoalíssimo – a liberdade sexual – importa questionar: justifica-se que se abra esta possibilidade ao MP? Discorreremos adiante.

A última alteração a este ilícito tipo deu-se em 2019, com a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro³⁴, que adequa os crimes de coação sexual, violação e abuso sexual de pessoa internada ao disposto na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, comumente designada Convenção de Istambul³⁵, da qual importará, também, dissertar.

Em termos processuais, alterações não se registaram, mantendo o crime a sua natureza semipública – “*depende queixa*”³⁶ – com a possibilidade conferida o Ministério Público de

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial – Tomo I*”, p. 747, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

³¹ Lei 83/2015, de 5 de agosto, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/83-2015-69951093>

³² MOREIRA, Vânia Pereira – O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual: Reflexões acerca da alteração ao n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal. Porto, maio de 2016. Dissertação de mestrado.

³³ N.º 2 do Artigo 178.º do Código Penal, pela formulação dada pela Lei 83/2015, de 5 de agosto, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/83-2015-69951093>

³⁴ Lei 101/2019, de 6 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=49&so_miolo=0

³⁵ Convenção de Istambul, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/LegislacaoDocumentacao/Pages/ConvencaoDeIstambul.aspx>

³⁶ N.º 1 do Artigo 178.º do Código Penal, pela formulação dada pela Lei 101/2019, de 6 de setembro, disponível em

dar início ao processo nos mesmo termos já antes determinadas pela Lei 83/2015, de 5 de agosto³⁷ e, bem assim, não sofreu o artigo 178.º alterações a esse nível.

Mudanças significativas se registaram, porém, na formulação do artigo 164.º CP, que vê as suas alíneas a) e b) do n.º 1 modificadas, havendo, portanto, alteração do conteúdo e das modalidades da ação, e que conta agora com um, antes inexistente, n.º 3, com a formulação: *“Para efeitos do disposto do 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”*.³⁸

Feita esta análise evolutiva, como vimos, é inegável afirmar que longo foi o percurso até que, chegados à formulação atual: 1) se reconhecesse este crime como um crime sem género, dando-se também ao homem, vítima, a possibilidade de ver julgado o seu agressor³⁹ – porque se trata a violação de uma agressão física e moral -; 2) foi conferida à vítima, e tão só a esta, a possibilidade de apresentação de queixa, com a qual, desde já, não podemos deixar de concordar, salvo as devidas exceções; 3) foi reconhecido o bem jurídico liberdade sexual como o bem a proteger, e já não a honra, o que, logicamente, eliminou a possibilidade de, à altura, e até 1982, dotar a mulher violada ou casar com esta para ver a sua pena cessar.

A lei penal, ao regulamentar os contornos do crime de violação, começa a atender, finalmente, à perspectiva da vítima, à sua vontade, denotando cada época da história preocupações diferentes – “Cada época traduz, na forma como regulamenta e pune os crimes sexuais, as suas preocupações.”⁴⁰

Como nos diz Maria João Antunes, “O direito penal evolui no sentido de deixar de ser um “direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’ ou dos ‘bons costumes’ – e onde por isso caberia a punibilidade de práticas sexuais que, à luz dos ‘sentimentos gerais de moralidade sexual’, devessem ser consideradas ‘desviadas’, ‘anormais’, ‘viciosas’ ou ‘contra a natureza’: numa palavra ‘imorais’ (a homossexualidade e a prostituição incluídas) -, para se

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=49&so_miolo=

³⁷ Lei 83/2015, de 5 de agosto, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/83-2015-69951093>

³⁸ N.º 3 do Artigo 164.º do Código Penal aditado pela Lei Lei 101/2019, de 6 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=49&so_miolo=

³⁹ O uso do masculino absorve os dois géneros, pelo que, facilitando, refiro-me ao agente do crime de violação como “o agressor”, o que não significa que estou a tomar como garantida a prática desde ilícito exclusivamente por homens. É uma questão de história da gramática.

⁴⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “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”, Revista do Ministério Público, 128, dezembro 2011, p. 315.

tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo contra as pessoas: o bem jurídico da *liberdade e autodeterminação sexual da pessoa na esfera sexual*”⁴¹.

⁴¹ ANTUNES, Maria João – “Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, *JULGAR* online, 2010, p. 154 e 155

CAPÍTULO II – O CRIME DE VIOLAÇÃO NA SUA FORMULAÇÃO ATUAL

1. O crime de violação do artigo 164.º do Código Penal Português

Conhecida que está a evolução histórica do crime de violação em Portugal, tratemos agora de analisar, de forma breve, para não nos perdermos do primordial objetivo, o atual artigo 164.º do Código Penal Português - onde se encontra previsto o ilícito de violação, inserido no Capítulo V do Título I do Livro II, respeitante aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e, dentro deste, à Secção I atinente aos crimes contra a liberdade sexual – porquanto não faria sentido aprofundarmo-nos na sua natureza sem conhecer o seu conteúdo e bem jurídico protegido. Vejamos.

Da Lei 101/2019, de 6 de setembro, resultou a seguinte formulação: “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 objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.* 3. *Para efeitos do disposto no nº1, 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.*”⁴²

Primeiramente, importa referir que tanto a vítima⁴³ como o autor podem ser uma pessoa de qualquer sexo. Apesar de o ilícito prever a cópula – “Cópula é o resultado de uma relação heterossexual de conjugação carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos”⁴⁴ – como modo de realização do facto violação e, por isso, implicar sempre a presença de um homem,

⁴² Artigo 164.º do Código Penal pela formulação dada pela Lei 101/2019, de 6 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=49&so_miolo=

⁴³ Temos, no presente trabalho, como “vítima” a pessoa que sofre efetivamente o dano – cópula, coito anal, coito oral, atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos através de constrangimento, violência, ameaça grave ou colocada na incapacidade de resistir, e a pessoa que, não tendo sofrido nenhum dos atos previstos, viu sobre si aplicada um destes meios.

⁴⁴ LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*”, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, Dezembro 2015, p. 87.

a violação pode ser praticada de qualquer pessoa para outra qualquer pessoa, independentemente do sexo e da idade, bem como do estado civil. Ou seja, também uma criança ou adolescente pode ser vítima deste atroz facto, com as especificidades previstas pelos n.ºs 6 e 7 do artigo 177.º CP: pena prevista agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo se a vítima for menos de 16 anos; e agravada em metade se for menor de 14 anos. Quando a vítima é menor de 14 anos, há a proteger, também a sua autodeterminação, que não deixaremos de desenvolver no ponto subsequente da presente Dissertação.

O tipo objetivo consiste em constranger outra pessoa a praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral (alínea a)) ou praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos (alínea b)) por meio de violência, ameaça grave ou tornando-a inconsciente ou na impossibilidade de resistir, diferenciando-se a pena aplicada consoante o meio utilizado à prática dos meios de ação: um a seis anos de prisão em caso de constrangimento; três a dez anos de prisão empregando-se violência, ameaça grave, colocação em estado de inconsciência ou incapacidade de resistir.

A cópula foi o primeiro meio de ação criminalizado, só mais tarde se equiparando tipicamente o coito anal e o coito oral – “o primeiro consiste na penetração do ânus, o segundo na penetração da boca pelo pénis”⁴⁵ – com igual gravidade, sendo indiferente, para efeitos de consumação, que exista ejaculação, enquanto ação física de libertação de esperma – *emissio seminis* – “já que a relevância típica é conferida pela penetração total ou parcial”⁴⁶. Mais tarde tido como conteúdo de ação de violação temos a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos: “Introdução vaginal ou anal significa penetração na vagina (não na vulva) ou no ânus de uma qualquer parte do corpo (um dedo, os lábios, a língua...) ou de um qualquer objecto, possua ele (pénis artificial, vibrador...) ou não (pau, ferro, fruto...) conotação sexual.”⁴⁷

Contudo, não estão previstas na lei – erradamente, e em concordância com o citado Autor – condutas cuja equiparação seria igualmente grave, nomeadamente aquela em que alguém força outrem a uma automasturbação – “Não se encontram aqui abrangidas por conseguinte

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial – Tomo I*”, p. 750, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

⁴⁶ LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*”, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, Dezembro 2015, p. 87.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial – Tomo I*”, p. 750, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

(contra, porventura, a – todavia não evidenciada – intenção do legislador) ações como a do coito vulvar ou do vestibular ou o da auto-masturbação (...).⁴⁸ Ou seja, estão em causa condutas, ações típicas, que evidenciam uma ilicitude maior, mais pesada à autodeterminação da pessoa violada, do que aquelas que estão, de facto, inscritas na letra da lei.

O legislador não previu a prática de atos pela própria vítima contra a sua vontade, porquanto está expresso no referido artigo “constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, **consigo ou com outrem**, ato sexual de relevo” [negrito nosso].

É de questionar, colocando a seguinte situação hipotética: *é menos humilhante ou traumático o ato sofrido por quem, constrangido a masturbasse por meio de um qualquer objeto, por exemplo, um vibrador, do que o sofrido por alguém que se vê penetrado, por meio de ação do autor, por este mesmo objeto?* Estamos em crer que não.

O crime de violação é um crime de execução vinculada, isto é, a lei faz uma determinação específica quanto aos modos em que este ocorre, para que se tenha como consumado: tem de ser cometido por meio de violência – “A violência abrange todo e quaisquer meios, de natureza física (ou com incidência na integridade corporal como seja ministrar substâncias tóxicas), psicológica, emocional, com carácter iminente ou latente, praticados sobre a vítima aptos a comprimir a liberdade sexual da vítima ao ponto de esta se envolver num ato sexual de relevo (penetração), sem tal corresponder a um consentimento livre e voluntário”⁴⁹ -, ameaça grave – “todo o comportamento intimidatório ou idóneo a condicionar a liberdade de decisão sexual, por qualquer meio comunicacional (palavra, escrita, gestos), ou “proferida” em determinados contextos ambientais reveladores de uma ameaça latente (mesmo que não haja a verbalização ou comunicação expressa de uma ameaça), cuja *gravidade* corresponde à aptidão para “extorquir” da vítima o ato sexual de relevo não consentido”⁵⁰ - ou ato que coloque a vítima em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir. O que importa é que a utilização de cada um destes meios seja apto a, no caso concreto, lograr a consumação da violação.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*”, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, Dezembro 2015, p. 91.

⁵⁰ *Ibidem*.

1.1. O bem jurídico protegido – liberdade sexual

Toda a norma penal incriminadora visa a proteção de um bem jurídico – “O direito penal é um direito de tutela subsidiária de bens jurídicos, o que faz do processo penal um assunto da comunidade jurídica (...).”⁵¹ –, num certo tempo e num certo espaço, daí que seja o Direito o resultado de uma constante evolução.

Hoje, e desde, apenas, 1995, é indubitável que o bem jurídico a proteger pela incriminação prevista no artigo 164.º CP é a liberdade sexual, definindo-o Vera Lúcia Raposo “enquanto livre disposição do sexo e do próprio corpo para propósitos sexuais, mas também enquanto direito a não sofrer contactos, ou mesmo alusões, de cariz sexual contra vontade.”⁵², aliás, “o recurso às expressões “(...) *violência, ameaça grave, ou depois, para esse efeito, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar (...)*” não deixa dúvidas de que trata uma agressão à liberdade de decisão sobre a fruição sexual.”⁵³

Por ser o crime de violação um crime sexual, e tutelando os crimes sexuais a liberdade e autodeterminação sexual, bem nos parece fazer uma pequena reflexão acerca da sua ligação, pois, até um quanto precipitadamente, é costume afirmar-se que a proteção da liberdade sexual diz respeito, apenas, a pessoas adultas, ao passo que a autodeterminação sexual só tem lugar quando se trata de menores. Não é assim.

Os crimes cujo bem jurídico a proteger é a liberdade sexual aplicam-se de modo universal, independentemente da idade da vítima, porque o que se pretende proteger é a liberdade de a pessoa decidir sobre quem quer ter atos sexuais (em sentido amplo), de livre vontade, sendo, portanto, criminalizados os relacionamentos praticados em desacordo essa vontade. Por outro lado, entendeu o legislador que, por não terem os menores direito à sua liberdade sexual positiva⁵⁴, o que fica verdadeiramente em causa é o seu livre desenvolvimento sexual⁵⁵, prevendo assim crimes contra a autodeterminação sexual.

⁵¹ ANTUNES, Maria João – “*Direito Processual Penal*”, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 72.

⁵² RAPOSO, Vera Lúcia, em “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual” in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 937.

⁵³ LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da Liberdade Sexual”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 4.

⁵⁴ A vertente positiva da liberdade sexual como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, a possibilidade que cada um tem de fazer as suas opções no domínio da sexualidade.

⁵⁵ CORREIA, Liliana Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coação Sexual e Violação”, *JULGAR online*, 2020, p.3.

Vejam os exemplos. Se um menor de catorze anos for violado, pode haver aplicação do artigo 164.º CP embora agravado pelo artigo 177.º CP, apesar de existir, no artigo 171.º CP, a previsão do tipo legal “Abuso sexual de crianças” – crime este contra a autodeterminação sexual. Porque é que isto acontece? Ora, o abuso sexual consiste na prática de ato sexual com crianças menores de 14 anos de idade ou no ato de levar essa criança a praticar atos sexuais com outra pessoa, **sendo irrelevante que a vítima tenha ou não sido obrigada a praticar atos sexuais** [negrito nosso]. Pois dizer-se que a criança não foi forçada a praticá-los é irrelevante para a justiça. A violação, por seu turno, envolve o uso da força física, da violência, da ameaça, do abuso de autoridade ou da colocação da vítima num estado de incapacidade de resistir para concretizar a violência sexual – letra da lei. A violação subentende o não consentimento da vítima, a sua não concordância com a prática dos atos a que, de algum modo, foi submetida. Quando isto acontece, independentemente da idade, estamos na presença de uma violação e não de um abuso sexual de crianças.

Ou seja, estamos perante dois bens jurídicos interligados, “(...) o conceito de autodeterminação sexual não poderá ser separado da noção de liberdade. Quanto muito, podemos dizer que a autodeterminação corresponde a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo. Sem autodeterminação não podemos falar na existência de verdadeira liberdade (...).”⁵⁶

Quando falamos de liberdade sexual, referimo-nos a uma liberdade que deve ser livre e esclarecida, em absoluto, podendo quem a detém escolher um caminho a prosseguir, de acordo com a sua vontade, ao passo que a autodeterminação diz respeito ao processo de formação dessa vontade, mas este processo não deve ter intromissões de adultos ou experiências que causem trauma⁵⁷, daí a criminalização de qualquer ato sexual praticado com menor de 14 anos, pois é indiferente para o Tribunal que a criança tenha consentido ou não.

A nosso ver, compreende-se assim, melhor, a natureza processual de ambos os crimes, assumindo hoje natureza semipública o crime de violação – que visa proteger a liberdade sexual (supondo-se livre, esclarecida e autêntica) -, e a natureza pública do crime de abuso sexual de crianças – cujo bem jurídico a proteger é a autodeterminação sexual (correspondente a um processo de formação da liberdade, que deve ser respeitado).

⁵⁶ LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da Liberdade Sexual”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 8.

⁵⁷ *Ibidem*.

Por isto, se incriminam na Secção II condutas que, quando praticadas entre adultos, não constituem crime, ou são tipificadas de forma mais restrita.”⁵⁸

⁵⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, «Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», in Polis, 2.^a ed. Verbo, 1997, p. 1394.

CAPÍTULO III – A NATUREZA DO CRIME DE VIOLAÇÃO

1. O princípio da oficialidade

O tema fulcral da presente Dissertação é a natureza do crime de violação, a análise da atual natureza e a reflexão, sob o ponto de vista de proteção do interesse da vítima, de qual o melhor caminho a percorrer, claro está, legislativamente, dado já várias propostas de alteração da lei se terem levantado, sobretudo desde 2014.

Primeiramente, pode cada crime assumir natureza pública, semipública ou particular, existindo, respetivamente, uma verificação total do princípio da oficialidade, uma limitação ou uma exceção ao mesmo.

O princípio da oficialidade é um dos princípios gerais de promoção processual⁵⁹, de acordo com o qual “*a iniciativa de investigar a prática de uma infração e a decisão de a submeter a julgamento cabe a uma entidade pública, estadual [os dois momentos do princípio da oficialidade]. Não cabe, portanto, a uma entidade particular, designadamente ao ofendido ou a outras pessoas.*”.⁶⁰ Ou seja, está em causa saber a quem compete a promoção do processo penal, a uma entidade pública estadual ou aos intervenientes do litígio.

O crime em análise assume natureza semipública – “*O procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 170.º depende de queixa (...)*” (artigo 178.º, n.º 1 CP) -, com algumas exceções, *a analisar*. Significa isto que há uma limitação ao princípio da oficialidade, na medida em que é necessário que o ofendido ou outras pessoas – titulares do direito de queixa (artigo 113.º CP) – tomem a decisão de dar conhecimento do facto ao MP, bem como a qualquer outra entidade que lhe deva transmitir, para que o mesmo promova o processo. Muda apenas o primeiro momento e ficamos perante uma limitação a este princípio pois, encerrada a fase de inquérito, cabe ao MP arquivar ou deduzir a acusação, podendo, no entanto, o titular do direito de queixa desistir da mesma até à publicação da sentença de primeira instância (desde que não haja oposição do arguido, que pode querer assumir a sua inocência perante Tribunal).⁶¹

⁵⁹ A par com o princípio da legalidade e o princípio da acusação.

⁶⁰ ANTUNES, Maria João – “*Direito Processual Penal*”, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 72.

⁶¹ *Ibidem*, p. 72 e 73.

Porém, não é tão linear assim, prevendo o artigo 178.º CP exceções importantíssimas e de especial cuidado, a analisar no próximo ponto.

No nosso ordenamento jurídico, estando em causa crimes dependentes de queixa, a mesma tem de ser apresentada no prazo de seis meses a contar da data em que o titular (do direito de queixa) teve conhecimento do facto e dos seus autores, sob pena de extinção desse direito – artigo 115.º do CP.

Ou seja, dispõe hoje a vítima de um crime de violação do prazo de seis meses para apresentar queixa, prazo este que nos parece curto, não ideal para que a vítima, atendendo a todos os aspetos psicológicos inerentes ao facto lesivo, possa, queira e se sinta preparada para apresentar a sua queixa. A fragilidade e o trauma – que acreditamos ser indelével – pode, durante esse curto período de tempo, estar tão latente que não permite reagir e lutar judicialmente. Pelo que perguntamos: *não passará uma ideal alteração legislativa pelo aumento do prazo durante o qual a vítima pode apresentar queixa ao invés da transformação deste crime em crime de natureza pública?* Parece-nos que sim.

A este propósito - e durante, aliás, a elaboração da presente Dissertação – discute-se em Assembleia o alargamento deste período de seis meses para um ano, decorrente de proposta de alteração de lei apresentada pelo Partido Socialista. Ao passo que os partidos Bloco de Esquerda, Chega, PAN e Iniciativa Liberal apresentam projetos de lei defensores da alteração do crime de violação para crime de natureza pública.

2. O n.º 2 do artigo 178.º do Código Penal e as exceções à natureza semipública

Mais são as exceções do que as regras, como por Cá dizemos. Com o artigo 178.º CP não é diferente: apesar de, na primeira parte do seu n.º 1, prever a natureza semipública do crime de violação, na segunda parte e no n.º 2 prevê exceções: quando praticado contra menor de idade; quando dele resultar suicídio ou morte da vítima; e sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

As suas primeiras exceções parecem-nos fáceis de compreender; a terceira, por seu turno (*“Quando o procedimento pelos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao mesmo, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da*

vítima o aconselhe.”) – n.º 2, nascido da revisão penal de 2015 e impulsionado pela Convenção de Istambul⁶² - nem tanto. Passou a existir, portanto, um regime “híbrido” ou “misto” em que, regra geral, os crimes assumem natureza semipública, podendo, excepcionalmente, ser crime público, quando ao MP é conferida a possibilidade de ponderar a instauração e prosseguimento da ação penal

Merece reflexão: *o que é, afinal, este interesse se a vítima pode apresentar queixa? Em que situações isto é possível? Sendo a autodeterminação sexual e a liberdade sexual bens jurídicos pessoalíssimos, justifica-se que exista esta exceção abrindo-se caminho à natureza pública?*

O que parece estar em causa – embora a expressão “sempre que o interesse da vítima o aconselhe” não seja dotada de objetividade alguma, sendo até bastante vaga - é a possibilidade dada ao MP de este dar início ao procedimento criminal desde que, na sua perceção, a vítima não tenha formalizado a queixa decorrente de um conjunto de circunstâncias que a dissuadem de o fazer, independentemente da natureza das mesmas.

Podendo o MP dar início ao procedimento, significa que este tomou conhecimento da prática do facto o que, mais das vezes, mas não só⁶³, se dá através do contacto estabelecido entre esta magistratura e os OPC. A ser assim, como pode o MP formular a convicção de que é do “interesse da vítima” que o processo exista? Através de que critérios deverá reger-se para crer que sim? Porque, nisto, o n.º 2 do artigo 178.º CP é bastante claro: só ao MP é deixada a competência de análise da vontade da vítima.

O crime de violação assume carácter absolutamente censurável, bem como todos os crimes sexuais – porque “(...) contêm de uma forma muito particular com a esfera da intimidade (...)”⁶⁴ – é inegável, porém, o facto de existir uma vítima deste crime não é condição suficiente para que se percecione que é do seu interesse fazer-se justiça e lutar, judicialmente, contra o agressor, “se o recato e esquecimento que sem a ação melhor consegue; (...)”⁶⁵. Naturalmente, a não fazer-se, o mesmo acabará impune e atos de igual natureza e gravidade poderá praticar.

⁶² Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011

⁶³ O artigo 241.º do CPP diz que o MP adquire a notícia do crime de três formas: “conhecimento próprio”, “intermédio dos órgãos de polícia criminal”, ou “mediante denúncia”.

⁶⁴ ANTUNES, Maria João; *Sobre a irrelevância da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa: artigo 178º-2 do Código Penal : Acórdão da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 1999*; Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Ano 9, n. 2 (1999), p. 323.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 326.

Há uma certa contrariedade da lei ao tentar encontrar um “(...) equilíbrio razoável entre o respeito pela decisão da vítima (de apresentar ou não queixa-crime) e o controle por parte do Estado de situações em que o procedimento penal seja a melhor maneira (no entender do Ministério Público) de proteger o seu interesse, nomeadamente quando a não apresentação da queixa pela vítima se deva apenas à coacção que sobre ela é exercida, e/ou crie para ela um risco acrescido de novas vitimizações.”⁶⁶

Adiante discorreremos, mas importa desde já mencionar que o objetivo da Convenção de Istambul, ao impor aos Estados contraentes o dever de garantir que o procedimento pelos crimes de Coação Sexual e Violação não dependa inteiramente de queixa da vítima (artigo 55.º, n.º 1)⁶⁷ está cumprido pela lei portuguesa, pois **não há, pela vítima, o poder total de impedir que o procedimento prossiga.**

O crime de violação (artigo 164.º CP) continua a ter natureza semipública, abrindo-se caminho à possibilidade de se pensar que estamos perante um crime público, sem necessidade da formalização de queixa da vítima para que o MP inicie o procedimento criminal.

Será este um regime equilibrado? Cremos que sim.

2.1. Prosseguimento do processo pelo Ministério Público depois de desistência da queixa por parte da vítima

Com o encerramento do inquérito, por a natureza semipública de um crime ser, apenas, uma limitação ao princípio da oficialidade, continua a caber ao MP arquivar o processo ou deduzir acusação (artigo 276.º, n.º 1 CPP), todavia, o desencadeamento do processo depende de queixa prévia, sendo que o titular do direito de queixa poderá dela desistir até à publicação da sentença de 1ª instância, desde que não haja oposição do arguido (artigos 116.º, n.º 2 CP

⁶⁶ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, Junho de 2019, p.38.

⁶⁷ Convenção de Istambul, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/LegislacaoDocumentacao/Pages/ConvencaoDeIstambul.aspx>

⁶⁷ N.º 1 do Artigo 178.º do Código Penal, pela formulação dada pela Lei 101/2019, de 6 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=49&so_miolo=

e 51.º CPP). A ser assim, questiona-se: *pode o MP lançar mão da possibilidade que lhe é conferida pelo n.º 2 do artigo 178.º CP mesmo após a desistência da queixa por parte da vítima?*

A este propósito Pedro Caeiro: “O que parece não se encontrar acolhido na lei portuguesa é a *possibilidade* (não a obrigação) prevista no mesmo dispositivo da Convenção de o procedimento continuar após a desistência de queixa por parte da vítima, nos casos em que esta a apresentou. Com efeito, é possível que as circunstâncias que levam o Ministério Público a lançar mão do art. 178.º, n.º 2, para iniciar o procedimento criminal se verifiquem somente depois de a vítima apresentar queixa e a façam desistir da mesma. Nesses casos, parece necessário prever que o Ministério Público possa prosseguir com o processo, mesmo que a vítima desista da queixa, se se verificar o mesmo pressuposto contido naquela norma (*sc.*, o interesse da vítima).”⁶⁸

Ou seja, a lei não apresenta uma obrigação, mas também não estabelece uma proibição, apesar de dizer “*o Ministério Público pode dar início ao procedimento*”, o que nos leva a crer que o pode fazer apenas no caso de a vítima não ter apresentado queixa, e não prosseguir com o processo quando, já tendo havido uma queixa, a vítima dela desistiu.

⁶⁸ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)”, Junho de 2019, p.40.

CAPÍTULO IV – FUNDAMENTAÇÃO

Tomar posição pela natureza pública ou semipública do crime de violação não é algo que se queira assumido com leviandade, exige ponderação e análise de argumentos e perspectivas. Aliás, o debate sobre qual a natureza a atribuir ao crime de violação deve ir muito mais além do que a oposição entre pública e semipública; deve, a nosso ver, percorrer-se um caminho legislativo no sentido de tentar aprimorar a atual natureza, conferindo à vítima uma maior proteção no decorrer do processo.

O facto de qualquer membro da comunidade poder, e dever, denunciar um crime de tamanha atrocidade cujo conhecimento obtivesse, contribuiria, por um lado, para sedimentar um sentimento de repúdio e intolerância face a este tipo de atos, mas, por outro lado, faria com que a vida privada e a intimidade da vítima estivesse na mão de qualquer um de nós.

É importante ter em conta que a natureza semipública do crime de violação não foi pensada para diminuir a gravidade e a importância deste crime, mas sim para proteger e acautelar o interesse da vítima, que tantas vezes prefere ultrapassar o episódio traumático através do esquecimento ao invés de reviver – durante largos anos, dada a demora do nosso processo penal – todos os factos.

Por outro lado, a natureza pública poderia servir como um fator dissuasor para os agressores, na medida em que saberiam que qualquer pessoa teria o poder de os denunciar e, bem assim, dar início a um processo penal. Mas reflitamos.

A alterar-se a natureza do crime de violação praticado contra pessoas adultas capazes para pública – o que só não conscientemente não parece um absurdo –, *como pode ser produzida prova médica, através de perícia, sem o consentimento da vítima? Como pode querer-se obrigar alguém a prestar declarações acusatórias sem que o queira? É, de facto, ineficaz. E mais, como pode alguém arrogar-se no direito, ter o desprazer, de avaliar a relação sexual de duas pessoas capazes e, invadindo brutalmente a sua intimidade e desrespeitando a sua vontade, apresentar uma queixa?*

Tornar público o crime de violação seria, a nosso ver, um gigantesco atentado à dignidade da pessoa pela sua exposição a um processo penal contra a sua vontade. Seria, sobretudo, dar respostas erradas às preocupações certas.⁶⁹

⁶⁹ Antes de empurrarmos as vítimas para o sistema de justiça - colocando nas mãos de qualquer um de nós a possibilidade de apresentar queixa e, bem assim, fazer prosseguir um processo crime - devemos tentar perceber o porquê de haver tão poucas denúncias do crime de violação, que falhas regista o aparelho do Estado.

De facto, acreditamos ser o sistema atual ponderado, conferindo natureza pública à violação quando contra menor ou quando dela resultar morte ou suicídio da vítima e semipública aos restantes casos, e admitindo a possibilidade, conferida ao MP, de dar início ao processo sempre que o interesse da vítima o aconselhe, nos termos do já analisado n.º 2 do artigo 178.º do CP.

Temos um sistema penal funcional, que tem em vista todos os equilíbrios e bens jurídicos que a Lei visa proteger através das suas incriminações.

Porém, e porque soluções perfeitas nunca existiram, cabe ao legislador português perceber qual o melhor caminho a trilhar, se é que o melhor já não está trilhado.

Discorreremos adiante – sem nunca perder o carácter reflexivo da presente dissertação – sobre os possíveis e mencionáveis argumentos que estão, e têm de estar, na base de qualquer tomada de posição, seja ela pela natureza pública ou semipública do crime de violação.⁷⁰

⁷⁰ A natureza particular do crime de violação nunca nem foi questionada. A ser o objetivo da presente dissertação, a reflexão sobre a adoção ou não da natureza pública, encurtemos, assim, caminho, não discorrendo sobre a natureza particular.

1. Vitimização Secundária

Como sabemos, os crimes sexuais são considerados crimes graves e particularmente traumatizantes, por deixarem grandes e profundas consequências na personalidade, no comportamento e na vida de quem os sofre. Além do dano imediatamente sofrido com o ato tido pela lei como ilícito, também estão estes crimes associados a danos a longo prazo, ou seja, desencadeiam vários efeitos negativos, e tantas vezes indelévels, com o passar do tempo.

O facto de a vítima de um qualquer crime, nomeadamente o crime de violação, querer remeter-se ao silêncio e, bem assim, evitar contacto com o agente, potencializa a impunibilidade deste – “contudo, muitas vezes sucede, nestes casos, que o ofendido, apesar do constrangimento pessoal negativo que sofreu na sua pessoa, prefere o silêncio, designadamente para não ter de voltar a enfrentar o seu agressor”⁷¹ -, não sendo esse, logicamente, o objetivo da natureza semipública, mas tão só a proteção do interesse da vítima; porém, por outro lado, evita a chamada vitimização secundária.

São identificáveis, no estudo da vitimologia, três categorias de vitimização de que as vítimas podem ser alvo: vitimização primária - dano decorrente do próprio crime, é o conjunto de danos provocados pelo agente na vítima - “daños que padecen la víctima como consecuencia del delito (victimización primaria)”⁷²; a vitimização secundária é como que “um segundo mal do processo” – os danos “de la posterior intervención del sistema legal (victimización secundaria)”⁷³ - é a vitimização “desencadeada pelo tipo de resposta que é providenciada à vítima (Orth, 2002), seja mediante o recurso a atitudes, a comportamentos ou a práticas suscetíveis de potenciar o trauma (...)”⁷⁴; por último, a vitimização terciária, que acontece

⁷¹ Parecer do Conselho Superior da Magistratura face ao Projeto de Lei n.º 522/XII/3ª (BE) que «Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal», p. 13.

⁷² MOLINA, Antonio García Pablos – Criminología – *Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Precención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delicente* (6ª ed.). Madrid. CEC – INPECCP, 2007, disponível em <https://www.derechopenalened.com/libros/criminologia-antonio-molina.pdf>

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ CARIDADE, Sónia - Considerações éticas na investigação com vítimas de violência e de crime. PSICOLOGIA, 31(1) (2017) Revista de Associação Portuguesa de Psicologia. (pp.37-48) ISSN 2183-2471, disponível em <https://doi.org/https://doi.org/10.17575/rpsicol.v31i1.1234>.

quando a vítima não é acolhida pela sociedade nem incentivada a denunciar o facto ilícito às autoridades competentes.⁷⁵

A vitimização secundária, ou a segunda vitimização, é o mal decorrente, para a vítima, do processo, do contacto desta com o sistema, mas não só o sistema de justiça criminal: pode advir também do contacto com outros profissionais, nomeadamente, médicos, psicólogos, serviços de apoio à vítima, grupos religiosos, etc., bem até da sociedade em geral, que está fortemente influenciada por mitos e crenças de culpabilização da vítima “por usar roupas consideradas *sexy* ou por ter vários parceiros sexuais”⁷⁶, por exemplo. É como que uma nova ofensa sofrida pela vítima do crime, porém, agora, o ofensor passa a ser o Estado, através do seu aparelho técnico-jurídico,⁷⁷ que não compreende, destrata e, tantas vezes, até humilha a vítima.

Prosseguir com uma queixa e, conseqüentemente, com um processo penal – tantas vezes moroso – pode causar à vítima incómodos tais que, conjugados com a ofensa, neste caso corporal, já sofrida, deixa marcas psicológicas indeléveis, que ultrapassadas em silêncio e através do esquecimento, como que uma luta interior, seriam, tantas, mais facilmente combatíveis.⁷⁸

Da prática do crime à condenação, ou não, do autor, a vitimização secundária pode ocorrer em vários planos.

Primeiramente, ocorrido o facto típico ilícito violação, e querendo a vítima preservar os vestígios biológicos com vista à identificação genética do agressor, os procedimentos a seguir devem ser realizados o mais precocemente possível, isto porque os vestígios biológicos utilizados com vista à identificação genética têm uma certa durabilidade que pode colocar em causa a investigação. A ser assim, deve ser estabelecida a urgência da situação e a necessidade de requerer um médico legista (os atos urgentes podem ser realizados no

⁷⁵ PAULO, Bruno Giovannini, ROQUE, Ana Cristina Lemos (2019) - *Vitimização secundária de mulheres em delegacias de polícia: localizando as possíveis causas*. Revista Jurídica Luso-Brasileira (1), p. 361-400, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0361_0400.pdf

⁷⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “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”, Revista do Ministério Público, 128, dezembro 2011, p. 296.

⁷⁷ PAULO, Bruno Giovannini, ROQUE, Ana Cristina Lemos (2019) - *Vitimização secundária de mulheres em delegacias de polícia: localizando as possíveis causas*. Revista Jurídica Luso-Brasileira (1), p. 361-400, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0361_0400.pdf

⁷⁸ Tudo o que aqui se desenvolve tem em vista uma reflexão de pós e contras de cada uma das naturezas – a atual semipública e a potencial pública; apesar de deixarmos clara a nossa posição, nada se escreve como desincentivo à apresentação de queixa pela vítima.

INMLCF⁷⁹ ou nas unidades hospitalares). Posto isto, deve ser fornecida informação à vítima sobre a preservação desses mesmos vestígios, designadamente: não mudar de roupa e/ou lavar, porém, tendo mudado de roupa, deve conservar a que tinha vestida no momento da ocorrência; não tomar banho nem lavar qualquer parte do corpo; não lavar as mãos nem limpar as unhas; não escovar os dentes, nem lavar a boca (sobretudo se o facto foi praticado por via de coito oral); não pentear o cabelo; evitar urinar ou defecar; preservar o local onde ocorreu o facto; preservar alguns objetos como pensos higiénicos, tampões, preservativos, fraldas, toalhetes, etc..

Aquando da apresentação da queixa, a vítima, que se deve dirigir à esquadra de um dos OPC, deve relatar o que aconteceu o mais pormenorizado possível – como, quando, onde -, começando aqui o reviver dos factos, sem acompanhamento especializado (assistentes sociais, psicólogos, etc.).

Quando o crime tem como vítima uma mulher, e a vítima de crimes sexuais é, na esmagadora maioria dos casos, do sexo feminino - “Também há casos de homens violados por outros homens, sobretudo, em prisões ou no exército. Mas, na realidade, para além das crianças, as mulheres são as vítimas principais deste crime, constituindo esta vulnerabilidade uma marca da sua experiência de vida.”⁸⁰ - este fenómeno de segunda vitimização pode agravar-se na medida em que os órgãos de polícia criminal são formados, embora cada vez menos, por mais homens do que mulheres. A ser assim, o relatar o acontecimento pode ser ainda mais constrangedor para a vítima mulher quando ouvida por um homem.⁸¹

Uma qualquer vítima que se dirija a uma esquadra para denunciar um crime deve ser recebida num espaço reservado e adequado para o efeito e não ser alvo de qualquer tipo de discriminação, seja de que modo for: olhar, gestos, palavras podem incomodar. Porém, apesar do esforço que nos últimos anos tem sido desenvolvido pelas forças policiais portuguesas no sentido de conferir um melhor e mais adequado atendimento às vítimas, o mesmo não se tem constatado.

⁷⁹ O Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses é o Laboratório do Estado com funções periciais, médico-legais e forenses que atua no âmbito da administração da justiça.

⁸⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “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”, Revista do Ministério Público, 128, dezembro 2011, p. 279.

⁸¹ CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho – *Vitimização e processo penal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1937, 20 out. 2008, disponível em <https://jus.com.br/artigos/11854/vitimizacao-e-processo-penal>. Acesso em: 27 de março de 2023

A maior parte salas de apoio à vítima – espaços físicos criados para atender vítimas de crime com maior discrição e privacidade – não têm uso ou, pelo menos, não o uso para que foram pensadas e criadas, sendo a maior parte das vítimas atendidas no balcão de receção dos órgãos de polícia criminal.

Outro dos problemas tantas vezes enfrentado pelas vítimas é a sujeição a comentários que demonstram uma desvalorização da situação, como se o facto de estarem vivas ou, aparentemente, não magoadas fosse uma sorte – “tem muita sorte em estar viva”, “ninguém a mandou andar assim vestida na rua”, “não sabe que não pode sair à noite assim vestida?”, “quem a mandou andar por ali àquelas horas?” – comentários estes que acarretam uma intensa agonia psíquica e um sentimento de culpa que as dissuade, tantas vezes, de prosseguir judicialmente.

Posteriormente, em todas as audiências e diligências processuais, haverá sempre a necessidade de reviver e relatar os factos, porém, tem a lei penal e processual penal evoluído significativamente no sentido de reduzir os riscos de se criar uma vitimização secundária, ou seja, de diminuir o “mal do processo”. Temos hoje uma lei processual que não confere tanto mal ou sofrimento à vítima - note-se, mas não só, o Estatuto da Vítima – Lei 130/2015, de 4 de setembro⁸² – que confere à vítima a proteção adequada em todos estes momentos, desde o atendimento em gabinetes médicos, passando pelo contacto com os OPC e já no ambiente do tribunal, com o objetivo de prevenção da vitimização secundária.⁸³

⁸² Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2394A0020&nid=2394&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=

⁸³A Lei 130/2015, de 4 de setembro procede à vigésima terceira alteração ao Código de Processo Penal e aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/200/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001. O Estatuto da Vítima estabelece um conjunto de medidas que visam assegurar a proteção e a promoção dos direitos das vítimas da criminalidade, não prejudicando, no entanto, os direitos e deveres processuais da vítima já consagrados no CPP, o regime de proteção de testemunhas consagrado na Lei n.º 93/99, de 14 de julho, e os regimes especiais de proteção de vítimas de determinados crimes, como é exemplo a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, correspondente ao regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas.

2. Diminuição do “mal do processo” – medidas para evitar ou reduzir as consequências do processo

Podendo o processo penal ser palco de vitimização secundária, tem vindo a lei nacional a evoluir no sentido de diminuir o “mal do processo”, ou seja, o mal decorrente, para a vítima do crime, de ver a sua intimidade exposta judicialmente,⁸⁴ sendo hoje várias as medidas de que se pode lançar mão para evitar ou reduzir a vitimização secundária e as suas consequências.

Desde logo, prevê o artigo 87.º, n.º 3 do CPP, em exceção ao princípio da publicidade do processo, a exclusão da publicidade em caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, assistindo às audiências e aos atos processuais apenas as pessoas que neles tiverem de intervir, como sejam as testemunhas, “bem como outras que o juiz admitir por razões atendíveis, nomeadamente de ordem profissional ou científica” – cfr. n.º 4 -, ou seja, o juiz restringe a assistência ao público.

O princípio da publicidade do processo – expressamente consagrado nos artigos 206.º da C.R.P. e 86.º a 90.º e 321.º do CPP - é um dos princípios gerais do processo penal relativos à forma⁸⁵, que “implica a assistência pelo público, em geral, à realização de certos atos processuais, nomeadamente à audiência de julgamento, à narração dos atos processuais ou à reprodução dos seus termos pelos meios de comunicação social e à consulta e à obtenção de cópias, extratos e certidões de quaisquer partes do processo.”⁸⁶, tendo como objetivo primordial a transparência do processo e a possibilidade de à Comunidade ser conferido um poder de fiscalização da Justiça, fortalecendo a confiança do povo no sistema judiciário.

Outra medida processualmente disponível são as designadas Declarações Para Memória Futura – artigos 271.º 294.º CPP - que consubstanciam uma exceção ao princípio da imediação, que “pressupõe um contacto direto e pessoal entre o Julgador as pessoas que perante ele depõem (bem como a restante prova produzida) cujos depoimentos irá valorar e servirão para fundamentar a decisão da matéria de facto.”⁸⁷, intrinsecamente relacionado

⁸⁴ O que pode ser mau para uma vítima, pode não ser para outra. Na elaboração do presente trabalho, não pretendemos tomar o processo penal como um sempre prejuízo à vítima, como se isso fosse uma verdade irrefutável. Pode haver, e há certamente, quem – movido de fome de justiça – veja no processo penal uma diminuição da sua angústia e dor emocionais, por ver julgado o agressor.

⁸⁵ Princípios gerais relativos à forma: princípio da publicidade, princípio da oralidade e princípio da imediação.

⁸⁶ ANTUNES, Maria João – “*Direito Processual Penal*”, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 195.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17-09-2014, Processo n.º 409/11.4GBTMC.P1

com o princípio da oralidade, de acordo com o qual os atos processuais do processo penal devem ser praticados oralmente na presença dos participantes processuais, há uma prevalência da oralidade sobre a escrita.

De acordo com o preceituado no n.º 1 do artigo 355.º CPP, “não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”, não obstante o n.º 2 ressaltar “as provas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audiência sejam permitidas, nos termos seguintes.”.

Porém, apesar da regra geral para que nos remete o mencionado n.º 1 do artigo 355.º, acautela o CPP algumas exceções: por exemplo, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo seguinte, a leitura de declarações do assistente, das partes civis e de testemunhas só é permitida “se as declarações tiverem sido tomadas nos termos dos artigos 271.º e 294.º”. Configura-se assim as declarações para memória futura como um desvio aos princípios supra mencionados.

Trata-se, no fundo, de proceder à inquirição da vítima durante a fase de inquérito ou de instrução, por esta ser considerada especialmente vulnerável, para que o seu depoimento possa ser tomado em conta na fase de julgamento, evitando-se assim a sua repetição.

3. Pacta Sunt Servanda – A Convenção de Istambul

Como já houve oportunidade de referir, a propósito do capítulo I, pensar num ato tão brutal como uma violação remete-nos, quase que imediatamente, para a imagem da vítima mulher e do agressor homem, que pratica atos penetrativos, impondo a sua força e vontade, contudo, o contrário também acontece. Aliás, a prática deste ilícito pode ocorrer de qualquer pessoa para outra qualquer pessoa, independentemente do género, sendo inegável, contudo, que a mulher é a vítima por excelência de crimes sexuais e o homem o seu agressor, colocado, muito raramente, na posição contrária. Esta ideia acompanha todos os tempos, todas as alterações legislativas: a ideia de que a violação é a uma das mais graves expressões de violência patriarcal, objetificando o corpo da mulher para pura satisfação de desejos sexuais de homens que têm as mulheres como inferiores.

A par da legislação nacional, que prevê a prática do crime de Violação – Código Penal Português -, surge a comumente designada Convenção de Istambul, a Convenção da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e Violência Doméstica, aprovada em Istambul a 11 de maio de 2011. Portugal foi um primeiros Estados a aderir à Convenção, ratificando-a a 2013, entrando em vigor no ano seguinte.

A Convenção de Istambul é um tratado internacional de direitos humanos, em particular das mulheres e raparigas. Consiste num quadro jurídico abrangente que contempla padrões mínimos de resposta dos estados contraentes à violência contra as mulheres, bem como a sua prevenção.

Reconhece, no seu preâmbulo, a desigualdade entre homens e mulheres, de onde resultam vários tipos de discriminação e graves formas de violência – “Reconhecendo que as mulheres e raparigas estão expostas a um maior risco de violência baseada no género do que os homens;”⁸⁸.

No que respeita à tipificação dos crimes contra a liberdade sexual, a Convenção de Istambul vai muito além da exigência de mera criminalização, dispondo, pormenorizadamente, sobre tipos de pena aplicáveis, circunstâncias agravantes, prescrição, investigações e provas, tentativa e cumplicidade, jurisdição territorial, extradição, cooperação internacional, etc. No

⁸⁸ Convenção de Istambul, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/LegislacaoDocumentacao/Pages/ConvencaoDeIstambul.aspx>

que ao crime de Violação diz respeito, atenderemos na presente Dissertação a dois aspetos: a falta de consentimento como elemento central dos tipos legais de crimes contra a liberdade sexual; e a exigência da natureza pública dos mesmos – porquanto é a natureza jurídica do crime de violação o tema do presente trabalho.

Relativamente ao primeiro aspeto, dispõe o artigo 36.º da Convenção – “Artigo 36.º - Violência Sexual, incluindo violação” – que “1 – As partes tomaram as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais: a) a penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto; b) outros actos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa; c) obrigar outra pessoa a praticar actos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa. 2 – O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes. 3 – As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que as disposições do parágrafo 1 se apliquem também a actos cometidos contra actuais ou ex -cônjuges ou parceiros, em conformidade com o direito interno.”⁸⁹ É claro que os crimes contra a liberdade sexual tipificados nas ordens dos Estados contraentes devem estar centrados na falta de consentimento da vítima, resultando claramente que “o crime de violação não carece propriamente de uma “violação física”, de uma resistência “visível” por parte da vítima, para o seu preenchimento legal, como pareceu resultar da leitura do nosso Código Penal, pelo menos até à alteração efetuada pela Lei 83/2015 e como foi defendido por parte de alguma doutrina e jurisprudência.”⁹⁰

O n.º 2 do citado artigo ao acrescentar que “o consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes” parece querer dizer que qualquer outra forma de prestar consentimento não deve ser valorada.

Subscreveu, assim, o Estado Português a obrigação de transformar a falta de consentimento na pedra basilar dos crimes contra a liberdade sexual, mas o crime de Violação continua a depender, na legislação nacional, da existência de constrangimento da vítima, violência ou ameaça grave – artigo 164.º CP. Temos o emprego da prática de um destes meios como condição *sine qua non* para que o comportamento seja punível, contrariamente ao que diz a Convenção. Pelo que se pergunta: *onde cabem comportamentos que constituem um atentado*

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ MOREIRA, Vânia Pereira – O CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DO BEM JURÍDICO LIBERDADE SEXUAL: Reflexões acerca da alteração ao n.º2 do artigo 164º do Código Penal. Porto, maio de 2016.

à liberdade sexual da vítima mas que não dependem do emprego de constrangimento, violência ou ameaça grave? Vejamos o exemplo da prática de stealthing.

Stealthing consiste na remoção propositada e não consentida do preservativo durante a relação sexual, de forma discreta, para que o outro parceiro da relação - que deu o seu consentimento à prática do ato com preservativo - não se aperceba. Ora, no stealthing não existe violência, ameaça grave nem constrangimento da vítima, pelo que este comportamento não cabe em nenhuma das tipificações contra a liberdade sexual previstas, atualmente, na lei nacional – *nulla poena sine lege*, não há pena sem lei -, mas, à luz da Convenção, este comportamento tem de ser punido.

Na conduta em apreço, o agente não constrange, ameaça ou violenta a vítima para que esta mantenha relações sexuais consigo, uma vez que a vítima há o tinha consentido – com preservativo -, pelo que, apesar de estarmos, indubitavelmente, perante um ato ofensivo do bem jurídico liberdade sexual, ele não cabe na incriminação do artigo 164.º do CP.

Situação diferente seria a de a vítima aperceber-se que o agente removera o preservativo e recusar-se a prosseguir com a relação sexual, agora desprotegida, mas ser por ele constrangida a continuar, pois já se encontrariam preenchidos os requisitos de que a lei faz depender a verificação do crime de violação. Não importa o momento em que o constrangimento ocorre, mas que entre este constrangimento e o ato sexual exista um nexo causal.⁹¹

Passemos ao segundo ponto relativamente ao qual nos pretendemos debruçar – a natureza jurídica dos crimes contra a liberdade sexual. Atualmente, a violação é crime semipúblico em Portugal, o que significa, que a sua investigação e julgamento estão dependentes da apresentação, por parte da vítima, de queixa no prazo de um ano. No entanto, o artigo 55.º da Convenção – “Artigo 55º - Processos *ex parte* e *ex officio*” - dispõe: “*As Partes assegurarão que as investigações ou o processamento das infracções estabelecidas nos termos dos artigos 35º, 36º, 37º, 38º e 39º da presente Convenção não dependam inteiramente de uma denúncia ou de uma queixa da vítima, se a infração tiver sido cometida*

⁹¹ RIBEIRO, Gil Duarte Miranda – DEFICIÊNCIAS DO CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL: Stealthing – Consentimento *versus* Constrangimento. Porto, setembro de 2019.

*total ou parcialmente no seu território, e que o processo possa prosseguir mesmo que a vítima retire a sua declaração ou queixa.”*⁹²

A Convenção dispõe de que os Estados contraentes “assegurarão que as investigações ou o processamento do crime de violação não dependam inteiramente de uma denúncia ou de uma queixa da vítima e que o processo possa prosseguir mesmo que a vítima retire a sua declaração ou queixa”.⁹³

Por tudo quanto já foi aqui exposto, concluímos que Portugal se encontra em incumprimento, sendo, aliás, este um dos argumentos tantas vezes mobilizados por quem entende ser a natureza pública do crime em questão a melhor opção legislativa – **a violação do princípio *pacta sunt servanda*** (os acordos são para cumprir).

Enveredando pelo argumento mais legalista, parece-nos que Portugal se tem apoiado no termo “inteiramente” para defender estar em conformidade com o preceituado artigo 55.º da Convenção.

Mas, note-se, Portugal alterou em 2019 a redação do artigo 178.º do CP de modo a prever que o Ministério Público – como já bem densificámos – possa dar início ao procedimento penal “sempre que o interesse da vítima o aconselhe” – há um poder atribuído ao Ministério Público, já não e apenas à vítima, mas nunca longe do objetivo de proteção da sua autonomia e vida privada. Houve uma aproximação, uma tentativa clara de aproximar a legislação nacional ao preceituado na Convenção.

Creemos ter um sistema que, do ponto de vista da Lei Penal, funciona em todos os seus equilíbrios e bens jurídicos, conforme resulta, aliás, do espírito e letra da Convenção que trata, entre outros, a problemática dos crimes sexuais.

Transformar o crime de violação num crime público é desconsiderar grandemente a capacidade que pessoas adultas e capazes têm de tomar decisões sobre a sua vida, não devendo o Estado substituir-se à sua vontade ou consentimento. A acontecer, estaríamos perante um atentado à intimidade, uma exposição absurda contra a vontade de alguém,

⁹² Convenção de Istambul, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/LegislacaoDocumentacao/Pages/ConvencaoDeIstambul.aspx>

⁹² N.º 1 do Artigo 178.º do Código Penal, pela formulação dada pela Lei 101/2019, de 6 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=49&so_miolo=

⁹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara – Cumprir a Convenção de Istambul: A natureza pública ou semipública do crime de violação?, disponível em http://www.umarfeminismos.org/images/stories/temporario/Cumprir_a_Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Istambul_por_Clara_Sottomayor.pdf

humilhando-a. O crime de violação constitui um dos atos que todos temos em considerar como hediondo, ignominioso e repugnante, mas desconsiderar a vontade de pessoas adultas e capazes é querer, um quanto, equipará-las a menores, a crianças.

3.1. A natureza do crime de Violência Doméstica à luz da Convenção de Istambul

A Convenção de Istambul reconhece como uma também grave forma de violência contra mulheres e raparigas a violência doméstica⁹⁴, definindo-a como “*todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima*”.⁹⁵

Porém, ao contrário do que se verifica em relação à natureza do crime de violação, Portugal está em total cumprimento do preceituado na Convenção de Istambul no que ao crime de violência doméstica respeita: temos assistido a um fortalecimento da sua natureza pública, o processo penal tem evoluído no sentido de configurar este ilícito como público.⁹⁶ O procedimento criminal não está dependente da apresentação de uma queixa, formal ou informal, por parte da vítima, sendo apenas necessário haver uma denúncia ou o conhecimento do crime para que o Ministério Público promova o processo.⁹⁷ Isto leva à, tantas vezes, sujeição indesejada da vítima ao processo penal e à decorrente vitimização secundária. Mas então *por que razão o legislador nacional atribuiu a natureza pública ao crime de violência doméstica e já não ao crime de violação?*

A solução não nos parece difícil de entender: a vida vem-nos mostrando que o titular do direito de queixa (normalmente, a mulher) não apresenta queixa por razões de dependência económica e afetiva ao seu agressor, por ser, na maioria das vezes, familiar e dependente

⁹⁴ Na presente Dissertação, não temos o crime de violência doméstica – e o crime de violação, claro está - como um crime praticado apenas de homens para mulheres, caindo no risco de estereotipar o género masculino com a exclusiva identificação do agressor com a figura de um homem. É inegável, dizem as estatísticas, que a mulher, por o ser, é a vítima por excelência deste tipo de crimes, sexuais e violentos, mas não é só a mulher. Aliás, são estatísticas da APAV (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima) que a percentagem de pessoas do sexo feminino autoras de crime e outras formas de violência se tem vindo a manter elevada ao longo dos anos: 13,1% em 2019, 12% em 2020, 11,9% em 2021 e 12,9% em 2022 – cfr. https://apav.pt/apav_v3/images/press/Estatisticas-APAV_Relatorio-anual-2022.pdf

⁹⁵ Alínea b) do artigo 3.º da Convenção de Istambul.

⁹⁶ Ao passo que, no que ao crime de violação diz respeito, tem evoluído no sentido de diminuir o mal decorrente para a vítima.

⁹⁷ Artigos 48.º e 53.º, n.º 2 alínea a) do CPP.

deste – há uma inegável proximidade entre a vítima e o seu agressor. Ora, isto faz com que a apresentação de uma queixa traga consequências indelévels e ultrapassáveis, não só para a vítima, mas para toda a família, o que a dissuade de apresentação de queixa. O efeito contrário, a agravação da situação, também pode ocorrer.

Estamos a falar de um fenómeno que ocorre na intimidade – a incriminação emerge de uma relação familiar ou equiparada, por parte de um agressor que habita, ou não, na mesma casa, um cônjuge ou ex-cônjuge, companheiro/a ou ex-companheiro/a, filho/a, pai, mãe, avô/avó ou outro familiar⁹⁸ - o que faz com que propicie “o silêncio da vítima, tornando-a um alvo mais fácil e frágil, e, conseqüentemente, alimenta o poder de domínio do agressor e favorece os seus comportamentos agressivos.”⁹⁹

De acordo com estatísticas da APAV referentes ao ano de 2022, a violência doméstica diz respeito a 77,4% de todos os crimes e formas de violência conhecidos através dos seus serviços de atendimento.¹⁰⁰

A violência doméstica é um flagelo nacional, é o crime mais denunciado e o que mais mata em Portugal. As queixas por violência doméstica registaram em 2022 o valor mais elevado dos últimos quatro anos, contabilizando a PSP e a GNR 30 398 ocorrências, de acordo com o portal da violência doméstica, publicado na página da Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG)¹⁰¹, o que representa um aumento de 14% em comparação com 2021.¹⁰²

A CIG avança igualmente que em 2022 se registaram 26 vítimas mortais em contexto de violência doméstica, 24 das quais são mulheres e 2 crianças.¹⁰³

O fenómeno violência doméstica assume contornos e especificidades que o crime de violação não assume, estamos perante duas formas de violência incomparáveis, que precisam e merecem respostas distintas, é, aliás, entendimento da APAV – “não se afigura avisado procurar similitudes entre a violência doméstica e a violação com o intuito de

⁹⁸ É o que resulta da letra da lei – artigo 152.º do CP.

⁹⁹ REIS, Maria Teresa Henriques Reis – O PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE E A SUA CRÍTICA NO CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. Coimbra, Abril de 2014.

¹⁰⁰ Relatório Anual 2022, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/press/Estatisticas-APAV_Relatorio-anual-2022.pdf

¹⁰¹ Disponível em <https://www.cig.gov.pt/area-portal-da-violencia/portal-violencia-domestica/indicadores-estatisticos/>

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ *Ibidem.*

justificar a opção pela publicitação deste crime [crime de violação], uma vez que as realidades das vítimas de um e de outro são muito diferentes”.¹⁰⁴

O argumento de que a violência doméstica é um crime público e, por isso, os crimes de violência sexual também o devem ser, parecem-nos de perigosa equivalência, não devendo proceder. Se há muito de comum entre eles, também há muito que os distingue, pelo que se exige políticas públicas distintas para a sua prevenção e procedimentos de justiça.

¹⁰⁴ Posição da APAV acerca da natureza do crime de violação, disponível em https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/posicao_APAV_natureza_crime_violacao_mar_2021.pdf

4. Posição da APAV acerca da natureza do crime de Violação – “Natureza Pública Mitigada”

A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) é uma instituição particular de solidariedade social, pessoa coletiva de utilidade pública, que tem como objetivo estatutário promover e contribuir para a informação, proteção e apoio aos cidadãos vítimas de infrações penais. É uma organização sem fins lucrativos e de voluntariado, que apoia, de forma individualizada, qualificada e humanizada vítimas de crimes, através da prestação de serviços gratuitos e confidenciais.

Em março de 2021, a APAV emitiu um parecer¹⁰⁵ sobre o seu posicionamento relativamente à natureza jurídica do crime de violação: deve ser dada ao crime de violação “**uma natureza pública, mas mitigada**” [negrito nosso]. Vejamos em que consiste esta mitigação.

Primeiramente, entende a APAV haver “razões poderosas” que justificam qualquer uma das naturezas em discussão.

A natureza pública traria a vantagem de uma clara diminuição da prática deste crime, dissuadindo o agressor de cometimento de novos crimes, bem como a sedimentação de um sentimento de intolerância, da comunidade num todo – que teria em si o poder, e o dever, de denunciar o crime de violação – face a este tipo de atos. Esta natureza, a atribuir-se, permitiria que a própria vítima apresentasse queixa num período mais alargado do que os seis meses. Por seu turno, razões igualmente fortes justificam a opção pela (atual) natureza semipública – as quais já tivemos oportunidade de referir – do crime de violação: é que, para obtenção de prova indispensável à investigação, é necessário submeter a vítima ao aparelho técnico-jurídico do Estado envolto de toda a investigação e processo criminal, quer seja através de exames médicos invasivos ou até inquirições que contendem com a sua intimidade. Há a clara preferência, por parte das vítimas, pelo silêncio, quer porque preferem ultrapassar o episódio traumático pelo esquecimento, quer porque têm receio da sua necessária exposição às autoridades policiais, num primeiro momento, e judiciais, já no âmbito do decorrer do processo.

O debate não deve cingir-se à dicotomia natureza pública vs semipública, nem a solução passaria pela opção, pura e estanque, de qualquer uma das naturezas – “nem a publicitação

¹⁰⁵ *Ibidem.*

“*tout-court*” do crime, nem a escolha da opção semipública enquanto conferidora de um poder absoluta da vítima ao nível do impulso processual”¹⁰⁶, com a ressalva de que nem sequer é essa a atual situação em vigor, dado estarem previstas várias exceções nos números 1 e 2 do artigo 178.º CP – o procedimento criminal depende da apresentação de queixa por parte da vítima, salvo se for praticado contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima, e o poder conferido ao MP de dar início ao procedimento sempre que o interesse da vítima o aconselhe - e que, no seu entendimento, consubstanciam já a “mitigação referida”. Outra opção seria aquela de acordo com a qual a mitigação alcançar-se-ia conferindo ao MP a possibilidade de avançar com o procedimento criminal mediante qualquer denúncia da vítima ou por terceiros, mas existir a possibilidade de a vítima, a qualquer momento, optar pela suspensão do processo ou pelo arquivamento, podendo, nesse caso, o MP não arquivar caso o interesse da vítima assim o impusesse.

Qualquer uma destas opções, no seu entendimento, se mostraria equilibrada e o seu sucesso dependeria de fatores além natureza do crime, relacionados intrinsecamente com a forma como a vítima é tratada, desde o seu atendimento nos órgãos de polícia criminal até ao sistema de justiça, e protegida. A vítima não tem de estar só devidamente informada, tem de ser também devidamente protegida: tem de conhecer os seus direitos, como os exercer, como decorre o processo penal, qual o seu papel no mesmo e em que diligências terá de participar. Em jeito de conclusão, entende a APAV que a “natureza pública mitigada”, nos termos já expostos, “é a que mais se aproxima do desejável caminho entre, por um lado, os interesses de cada vítima em concreto e, por outro, as exigências de prevenção geral e especial, só podendo, contudo, funcionar nos termos propostos quando todas as respostas necessárias à avaliação, informação, proteção e apoio à vítima estiverem cabalmente implementadas”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

5. Questionário – Recolha de dados

No período compreendido entre os dias 25/6/2023 e 1/7/2023, no culminar da elaboração da presente Dissertação, foram recolhidas 187 respostas, através das redes sociais Instagram, Facebook e WhatsApp, a um breve questionário elaborado online com recurso à ferramenta Google Docs.

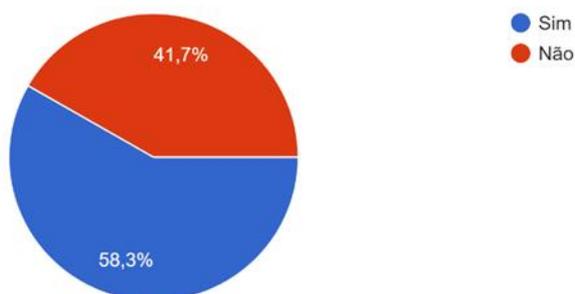
Com o intuito de conhecer da opinião da generalidade das pessoas, sem diferenciação entre juristas e não juristas, qualificação superior ou sem qualificação superior, sobre a natureza do crime de violação, foram elaboradas três perguntas: 1 – Sabes em que consiste a natureza processual de um determinado tipo legal de crime?; 2 – Se sim, sabes a diferença processual entre a natureza pública e a natureza semipública?; e 3 – Se sim, qual consideras ser a melhor opção legislativa no âmbito da prática de um crime de violação?.

5.1. Análise estatística dos dados recolhidos

A amostra final incluir 187 respondentes, sem omissões à pergunta 1, pergunta fechada, existindo apenas omissões às perguntas 2 – aberta - e 3.

Quanto à pergunta “Sabes em que consiste a natureza processual de um determinado tipo legal de crime?”, 41,7% (78) responderam “Não” e 58,3% (109) responderam “Sim”. Para os respondentes que selecionaram a resposta “Não”, o questionário dá-se por terminado, porquanto não faz sentido aferir das restantes perguntas sem saber em que consiste a natureza processual de um qualquer crime.

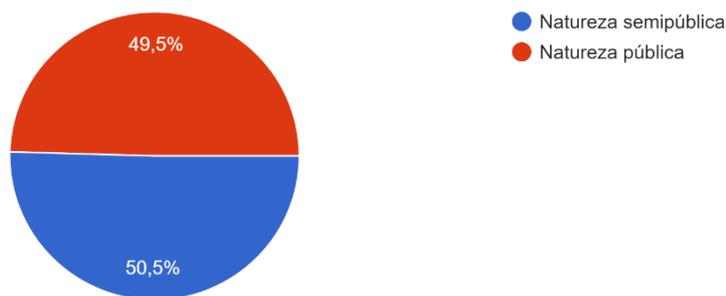
Sabes em que consiste a natureza processual de um determinado tipo legal de crime?
187 respostas



À pergunta “Se sim, sabes a diferença processual entre a natureza pública e a natureza semipública”, 94,4% (102) responderam “Sim” e 5,6% (6) responderam “Não”, totalizando 108 respostas.

Se sim, qual consideras ser a melhor opção legislativa no âmbito da prática de um crime de violação?

109 respostas

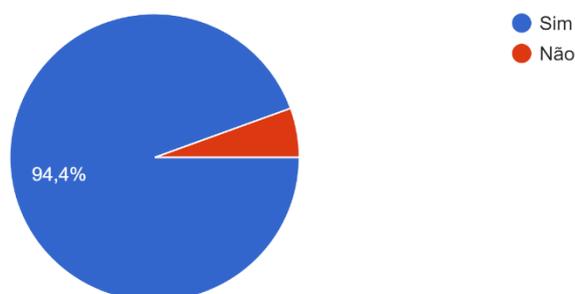


Por fim, à pergunta “Se sim, qual consideras ser a melhor opção legislativa no âmbito da prática do crime de violação?”, 49,5% (54) responderam “Natureza pública” e 50,5% (55) responderam “Natureza semipública”, totalizando 109 respostas.

De entre as 55 respostas “Natureza pública”, 6 devem ser desconsideradas e tidas como inválidas, na medida em que à pergunta 2 responderam “Não” e, portanto, não sabendo a diferença entre as duas naturezas processuais em questão, não reúnem condições de tomar posição.

Se sim, sabes a diferença processual entre a natureza pública e a natureza semipública?

108 respostas



Assim, reformulando, tendo por base 103 respostas válidas, **54 inquiridos acreditam ser a natureza semipública a melhor opção legislativa a aplicar ao ilícito violação e 49 inquiridos acreditam ser a natureza pública a melhor opção.**

De acordo com os resultados obtidos no referido inquérito, que compreende um universo de 187 inquiridos, é-nos permitido retirar, essencialmente, duas conclusões: 1) primeiramente, a questão da natureza do crime de violação é de um tema de tal forma fraturante que divide a generalidade das pessoas; 2) em segundo lugar, e intrinsecamente relacionado, está o constatado facto de que há inquiridos que, não conhecendo a diferença entre naturezas, assumem uma posição infundada e desconhecida. Reitera-se a ideia já anteriormente explanada: tomar posição pela natureza pública ou semipública do crime de violação não é algo que se queira assumido com leviandade, exige ponderação e análise de argumentos e perspetivas.

CONCLUSÃO

Por uma melhor justiça para a vítima, o crime de violação não deve ser um crime público nem o debate em torno da natureza do crime de violação se deve bastar pela dicotomia semipública vs pública. Deve, a nosso ver, partir-se de questões determinantes - *Porque é que a vítima não apresenta queixa? O que a dissuade de o fazer? Terá receio das repercussão social? Terá receio de ter de contactar com o agressor no decorrer do processo? Está a ser coagida ao silêncio? Terá medo de perder o seu emprego?* – para buscar encontrar mecanismos judiciais adequados que, a serem mobilizados, se adaptem à situação concreta e à necessidade de cada vítima.

Os benefícios que a alteração para natureza pública traria são inegáveis - sabemos reconhecê-lo - desde logo, o aumento do número de denúncias do crime de violação e um combate reforçado à impunidade dos agressores, que aumentaria, indiscutivelmente, a segurança comum. Mas procurar resposta às questões acima colocadas parece-nos primordial. Antes de entregar – ou até empurrar – a vítima ao sistema de justiça, devemos pensar agudamente no que a dissuade de prosseguir, na maneira como esse mesmo sistema as trata e sobre o tipo de justiça que este realmente produz. Bem sabemos que os riscos de um processo penal deste tipo são imensos, enquanto que a condenação do agressor é incerta ou tantas vezes insatisfatória.

Apesar de o processo penal vir a evoluir no sentido de diminuir o mal decorrente do processo, não temos nem cremos essa evolução como suficientemente apaziguadora. O aparelho técnico-jurídico do Estado, despertado aquando da apresentação da queixa, está ferido por erros e lacunas e a alteração legislativa, a produzir-se, deve passar pelo seu “tratamento”: nomeadamente, desde logo, aos OPC deve ser dada formação especializada para lidar com vítimas de crimes sexuais, para que a estas sejam dadas as condições para se sentirem confortáveis a partilhar a sua história e o facto por que passaram; à sociedade – passando por todas as gerações – deve ser dada educação no sentido de desmistificar o que é a violência sexual, reforçando a ideia de que todos podemos ser vítimas sem que para isso tenhamos contribuído; à vítima deve ser dado apoio para suprimento dos danos, médico, psicológico e até financeiro; a legislação laboral deve evoluir no sentido de prever o caso em que o trabalhador ou a trabalhadora vítima de crime sexual possa ausentar-se do seu local

de trabalho por um determinado período de dias sem que isso lhe traga consequências; alargamento do prazo de apresentação de queixa; etc..

Querer tornar o crime de violação um crime público é, por si só, contraditório no sentido da manifestação paternalista que tal representaria, seria um autêntico retrocesso moral.

Todo o discurso sublinha que há uma maior violência sexual dos homens para com as mulheres – é inegável que a mulher é a vítima por excelência dos crimes sexuais, mas temos isso como imutável -, aliás, a análise da evolução histórica do crime de violação feita mostrou-nos isso mesmo, e, portanto, empoderar a mulher (porquanto o crime de violação era reconhecido como um crime de homens para mulheres) é, também, reconhecer-se a capacidade cognitiva de ponderar os benefícios e malefícios da apresentação da queixa e prosseguimento do processo.¹⁰⁸

A “natureza pública mitigada” a que se refere a APAV também não é, a nosso ver, e dada toda esta exposição, o caminho desejável, pois o poder de prosseguir com um processo penal caberá a qualquer um de nós.

Longo foi o percurso até que, chegados à formulação atual, se conferisse à vítima, e tão só a esta, o direito de apresentação de queixa e, mais, se reconhecesse o bem jurídico liberdade sexual como o bem jurídico a proteger – intrinsecamente relacionado com o corpo e intimidade da vítima – cujo alcance e busca de justiça não pode estar à mercê de qualquer um.

Creemos que o maior desafio do legislador passará pelo aperfeiçoamento do atual regime, que consideramos equilibrado mas ferido, conferindo à vítima segurança tal que não a dissuada de prosseguir e de fazer justiça.

¹⁰⁸ Conforme comunicação pessoal, a 13 de julho de 2023, com Dr. Lécio Jorge Pereira Dias, colega de curso.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Maria João – “Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, *JULGAR* online, 2010.

ANTUNES, Maria João – “*Direito Processual Penal*”, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021.

ANTUNES, Maria João; *Sobre a irrelevância da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa : artigo 178º-2 do Código Penal : Acórdão da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 1999*; Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ISSN 0871-8563. Ano 9, n. 2 (1999).

APAV, Estatísticas APAV, Relatório anual de 2022, disponível online em https://apav.pt/apav_v3/images/press/Estatisticas-APAV_Relatorio-anual-2022.pdf

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

CARIDADE, Sónia - Considerações éticas na investigação com vítimas de violência e de crime. *PSICOLOGIA*, 31(1) (2017) Revista de Associação Portuguesa de Psicologia. (pp.37-48) ISSN 2183-2471, disponível em <https://doi.org/https://doi.org/10.17575/rpsicol.v31i1.1234>.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho – *Vitimização e processo penal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1937, 20 out. 2008, disponível em <https://jus.com.br/artigos/11854/vitimizacao-e-processo-penal>. Acesso em: 27 de março de 2023

CORREIA, Liliana Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coação Sexual e Violação”, *JULGAR online*, 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense ao Código Penal: parte especial – Tomo I*”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, «Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», in Polis, 2.ª ed. Verbo, 1997.

LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da Liberdade Sexual”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*”, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, Dezembro 2015.

MOLINA, Antonio García Pablos – Criminología – *Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Precención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delicuyente* (6ª ed.). Madrid. CEC – INPECCP, 2007, disponível em <https://www.derechopenalened.com/libros/criminologia-antonio-molina.pdf>

MOREIRA, Vânia Pereira – O crime de violação à luz do bem jurídico liberdade sexual: Reflexões acerca da alteração ao nº2 do artigo 164º do Código Penal. Porto, maio de 2016. Dissertação de mestrado.

MOREIRA, Vânia Pereira – O CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DO BEM JURÍDICO LIBERDADE SEXUAL: Reflexões acerca da alteração ao nº2 do artigo 164º do Código Penal. Porto, maio de 2016

PAULO, Bruno Giovannini, ROQUE, Ana Cristina Lemos (2019) - *Vitimização secundária de mulheres em delegacias de polícia: localizando as possíveis causas*. Revista Jurídica Luso-Brasileira (1), p. 361-400, disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0361_0400.pdf

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

REIS, Maria Teresa Henriques Reis – O PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE E A SUA CRÍTICA NO CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. Coimbra, Abril de 2014.

RIBEIRO, Gil Duarte Miranda – DEFICIÊNCIAS DO CRIME DE VIOLAÇÃO À LUZ DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL: Stealthing – Consentimento *versus* Constrangimento. Porto, setembro de 2019.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, em “Cumprir a Convenção de Istambul: A natureza pública ou semipública do crime de violação?”, disponível em http://www.umarfeminismos.org/images/stories/temporario/Cumprir_a_Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Istambul_por_Clara_Sottomayor.pdf

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “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”, Revista do Ministério Público, 128, dezembro 2011.

VENTURA, Isabel, em “Um corpo que seja seu – podem as mulheres [não] consentir?”, setembro de 2014, disponível em https://exaequo.apem-estudos.org/files/2016-07/6_Um_corpo_que_seja_seu.pdf

LEGISLAÇÃO

Convenção de Istambul, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/LegislacaoDocumentacao/Pages/ConvencaoDeIstambul.aspx>

Código de Processo Penal em vigor, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis

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, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_strutura.php?tabela=lei_velhas&artigo_id=101A0023&nid=101&nversao=1&tabela=lei_velhas&so_miolo=

Código Penal em vigor, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

Convenção de Istambul, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/LegislacaoDocumentacao/Pages/ConvencaoDeIstambul.aspx>

Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/48-1995-185720~>

Lei 101/2019, de 6 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=49&so_miolo=

Lei 65/98, de 2 de setembro, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/202-1998-566854>

Lei 83/2015, de 5 de agosto, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/83-2015-69951093>

Lei n.º 130/2015, de 4 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2394A0020&nid=2394&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 040268, de 18-10-1989, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d97387ad75cab970802568fc003a2815>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 041298, de 24-04-1991, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/20b4c03b6e28ce93802568fc003a1a32?OpenDocument&Highlight=0,041298>