



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Simone Alexandra do Carmo Oliveira

**O CRIME DE VIOLAÇÃO NO CÓDIGO PENAL
PORTUGUÊS**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-
Forenses, orientada pela Professora Doutora Sónia Mariza
Florêncio Fidalgo e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2021



Simone Alexandra do Carmo Oliveira

O CRIME DE VIOLAÇÃO NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

THE CRIME OF RAPE IN THE PORTUGUESE PENAL CODE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora: Sónia Mariza Florêncio Fidalgo

Coimbra, 2019

“estou no topo dos sacrifícios
de milhões de mulheres antes de mim
a pensar
*que posso fazer
para tornar mais alta esta montanha
para que as mulheres depois de mim
possam ver mais longe.”*

Rupi Kaur

Agradecimentos

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Sónia Fidalgo, pela disponibilidade que demonstrou e pela sua ajuda preciosa.

Aos meus pais pelo investimento na minha formação, por me terem dado condições de viver o que não lhes foi permitido.

Ao Dylan, por ter acreditado sempre em mim.

E aos poucos que foram ficando e acreditando comigo, que a vida é de quem sonha, mas sobretudo de quem luta para realizar.

Resumo

O trabalho que se segue incide sobre o crime de violação, previsto no artigo 164.º do Código Penal Português. No âmbito da análise deste preceito legal, será feita uma breve referência sobre evolução da criminalidade sexual em Portugal, tendo em conta as alterações mais significativas e que contribuíram para a actual construção legal do crime de violação.

Fundando-se o artigo 164.º no modelo do constrangimento, faremos um estudo sobre os aspectos positivos e negativos daquele, servindo-nos para isso, da análise de outras tipologias como o modelo do dissentimento e do constrangimento e a respectiva comparação com o actual modelo vigente em Portugal. Ademais, abordaremos a importância que a Convenção de Istambul teve no desenvolvimento da concepção de que o crime de violação é um crime praticado essencialmente sem o consentimento da vítima, o que despoletou, em vários países europeus, mudanças chave na construção daquele ilícito. Neste sentido, será feita referência à importante alteração efectuada pelo legislador alemão no âmbito dos crimes sexuais do StGB, na qual o nosso legislador se baseou para a mais recente modificação ao artigo 164.º do Código Penal, pela Lei n.º101/2019.

Esta alteração será analisada na presente dissertação por forma a aferir sobre a sua verdadeira importância e adequação na criminalidade sexual portuguesa, apurando deste modo, se a actual construção do ilícito de violação tutela efectivamente a liberdade sexual das vítimas, cumprindo assim também as obrigações provenientes da Convenção de Istambul sobre esta matéria.

Palavras chave: Violação, Constrangimento, Dissentimento, Consentimento, Convenção de Istambul.

Abstract

The following work focuses on the crime of rape, provided for in article 164 of the Portuguese Penal Code. Within the scope of the analysis of this legal precept, a brief reference will be made on the evolution of sexual crime in Portugal, taking into consideration the most significant changes that contributed to the current legal construction of the crime of rape.

Basing article 164.º on the embarrassment model, we will carry out a study on its positive and negative aspects, using the analysis of other typologies, such as the dissent and embarrassment model and the respective comparison with the current model in Portugal.

Moreover, we will address the importance that the Istanbul Convention had in the development of the concept that the crime of rape is a crime essentially committed without the victim's consent, what triggered, in several European countries, key changes in the construction of that tort.

Therefore, it will be made reference to the important change conducted by the German legislator in the scope of StGB sexual crimes, on which our legislator based the most recent amendment to article 164.º of the Penal Code, through Law No. 101/2019.

This amendment will be analyzed in this dissertation in order to assess its true importance and suitability in Portuguese sexual crime, ascertaining this way, if the current construction of the tort of rape effectively protects the sexual freedom of victims, thereby also fulfilling the obligations arising from the Istanbul Convention on this subject.

Keywords: Rape, Embarrassment, Dissent, Consent, Istanbul Convention.

Lista de Siglas e Abreviaturas

B.E. - Bloco de Esquerda

C.P. - Código Penal

IDEM – O mesmo autor, na mesma obra

IBIDEM – O mesmo autor, na mesma obra, na mesma página

Nº- Número

OB. CIT. – Obra citada

P.A.N. - Partido Pessoas Animais e Natureza

P/PP. - Página/Páginas

P.S. - Partido Socialista

Índice

Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract.....	6
Lista de Siglas e Abreviaturas.....	7
Introdução	9
1. Breve referência à evolução histórica do crime de violação no Direito Penal Português 11	
2. A Convenção de Istambul.....	21
2.1 Análise do artigo 164.º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul	23
3. O modelo do dissentimento e o modelo do consentimento: uma análise comparativa	27
4. O dissentimento na lei alemã	31
5. Análise do artigo 164.º do Código Penal.....	33
5.1. A vontade cognoscível na lei penal portuguesa (artigo 164.º, n.º3).....	39
6. A tutela da lei alemã e da lei portuguesa no crime de violação: uma análise comparativa 45	
Conclusão	54
Bibliografia	57
Legislação	59
Jurisprudência	60

Introdução

A presente dissertação, elaborada no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, na ilustre Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, enquadra a sua análise no actual artigo 164.º do Código Penal Português, onde se prevê o ilícito de violação.

A escolha sobre este tema não foi feita de ânimo leve, uma vez que para além de estar em causa o estudo sobre um crime cuja conduta subjacente é hedionda, é um tema sobre o qual ainda subsistem alguns receios e pudor na sua abordagem. Ainda assim, o último passo para concluir a etapa final da minha vida académica, teria de ser dado seguindo a verdade em que acredito e por isso, estudar a criminalidade sexual, designadamente o ilícito de violação, assim como poder de alguma forma e ainda que ínfima, contribuir para o debate de ideias sobre um crime que afectou, afecta e infelizmente afectará a vida de tantas pessoas, sobretudo das mulheres, é a concretização de um objectivo.

Ora, o estudo realizado sobre o crime de violação partirá, antes de tudo, de uma análise sobre a sua evolução histórica, onde se perceberá como e quando este crime passou a efetivar a protecção do bem jurídico da liberdade sexual, tendo em consideração o progresso das nossas leis e as várias dificuldades subjacentes à tarefa do legislador de acompanhar o avanço da sociedade e as dificuldades inerentes ao aprimoramento do que é actualmente o ilícito de violação no Código Penal Português.

Como se sabe, o crime de violação tem sido alvo de várias propostas de alteração pelos diversos partidos representados na Assembleia da República nas últimas décadas. Um dos factores, cuja influência é inegável na criação daquelas propostas, é a ratificação de Portugal (e de vários países europeus) da Convenção de Istambul.

Esta Convenção constituiu para as sociedades europeias um marco importante sobre a protecção e prevenção de toda e qualquer forma de violência exercida sobre as mulheres, incluindo a que é exercida no crime de violação. Assim, o diploma de carácter vinculativo, criou medidas que os Estados deverão cumprir por forma a efetivar a finalidade da Convenção e sobre as quais se serviu de base o legislador português nas mais recentes alterações ao Código Penal. Esta temática será também abordada no nosso estudo, de forma

a avaliar a contribuição daquela Convenção na legislação interna, assim como a concordância entre o que dita aquele diploma internacional em matéria do ilícito de violação e a lei penal portuguesa.

A par disso, não poderá faltar o tema central da nossa dissertação: a análise ao artigo 164.º do C.P. Uma vez que já foram algumas as modificações efectuadas sobre este artigo, olharemos para as mais importantes, retirando delas os aspectos positivos ou negativos que consigo acarretaram. Entre estas, daremos especial destaque à mais recente, efectuada pela Lei n.º101/2019 de 6 de setembro, da qual resultaram algumas mudanças consideráveis no preceito do crime de violação, embora seja de mencionar a desarmonia existente por parte de alguma doutrina, sobre estas.

Ademais, será avaliado com clareza o que se deverá entender pelos vários elementos que constituem o actual artigo 164.º, principalmente aqueles que possam suscitar maiores dúvidas, como por exemplo, o conceito de constrangimento, de violência ou de vontade cognoscível.

Posto isto e como a evolução legislativa internacional tem também um papel importante no progresso da nossa legislação interna, não poderemos deixar de analisar uma das mais recentes e importantes alterações feita por um dos países europeus no âmbito da criminalidade sexual. Falamos do caso da Alemanha que, não há muito tempo, adoptou o modelo do dissentimento no âmbito dos crimes sexuais, abandonando de vez o modelo do constrangimento, ainda integrante na legislação portuguesa. Desta forma, o ponto matricial dos crimes sexuais segundo a nova perspectiva do legislador alemão, é a vontade das vítimas. Assim, analisaremos também este modelo, averiguando possíveis vantagens ou desvantagens, fazendo também e por último, uma análise comparativa entre o artigo 164.º do Código Penal Português e o §177 do StGB da lei alemã.

1. Breve referência à evolução histórica do crime de violação no Direito Penal Português

Como bem se sabe, é através das mudanças operadas a nível social e dos desafios que estas acarretam consigo, que as várias ciências sociais procuram acompanhar estas metamorfoses. O Direito não poderia ser exceção, pelo que é uma das áreas que mais detém em si a necessidade de proceder à renovação dos seus ditames, tendo em conta o desenvolvimento da conduta humana ao longo dos tempos.

Não são raras as vezes que, para que possamos compreender melhor uma lei, devemos acompanhar a sua evolução histórica, de forma a colmatar possíveis lacunas do nosso entendimento. Assim, olhando para o artigo 164.º do Código Penal Português, não será difícil de compreender que este resultou de um aprimoramento das relações humanas, que cessou com a inferioridade pressuposta do género feminino e a superioridade imposta do género masculino.

Por forma a compreender melhor este raciocínio, olhemos para o nosso Código Penal de 1852¹, aprovado pelo decreto de 10 de dezembro desse mesmo ano. Previa-se então, no Código Penal de 1852, no capítulo IV, inseridos na categoria de crimes contra a honestidade, nomeadamente “atentado ao pudor, estupro voluntário e violação”, os artigos 391.º e seguintes.

É no artigo 394.º que se encontram maiores contornos do que, na altura, se entendia sobre a prática do crime de violação. Tratava-se de um ilícito cuja prática era tipicamente masculina, prevendo-se na sua epígrafe “*Aquella, que tiver cópula ilícita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta (...)*”², considerava-se pois que a vítima deste crime seria sempre mulher, adiantando-se ainda no artigo 400.º daquele Código que, caso o criminoso se casasse com a ofendida, a pena não teria lugar. Ora, é notório que o que se pretendia a todo o custo salvaguardar através da icriminação daquela conduta, era a honra, estando-se muito longe de se ter em conta a ofensa que aquele crime realmente acarretava, tornando-se assim desculpável qualquer lesão daquela prática desde que esta culminasse em matrimónio.

¹ Código Penal de 1852, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

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

Não muito longe disto ficou o Código Penal Português de 1886³, que no seu artigo 393.º previa o crime de violação uma vez mais na categoria dos crimes contra a honestidade, sendo que neste preceito a referência à vítima do crime é vista como sendo “qualquer mulher”, pelo que de resto, não muito mudou em relação ao Código Penal Português de 1852, mantendo-se também no seu artigo 400.º a possibilidade de o criminoso casar com a mulher ofendida por forma a extinguir o procedimento e a pena.

Assim sendo, podemos ver que ambos os códigos acolhiam a ideia de que o crime de violação era um crime cujo bem jurídico a salvaguardar centrava-se na moralidade e honestidade, não se desenhando sequer um caminho que tivesse em conta a tutela da liberdade sexual de cada um.

Ademais, como já foi mencionado, era um crime praticado contra mulheres, por homens, assumindo-se também a máxima de que seriam apenas as mulheres que sofreriam com este tipo de actos.

Note-se ainda que em ambos os códigos, relativamente aos crimes de violação, fazia-se referência ao acto da cópula praticado como “cópula ilícita”, no Código de 1852 “cópula ilícita com mulher, posto que não seja menor, nem honesta”⁴, já no Código de 1886, ampliou-se este conceito, englobando-se aqui toda e qualquer mulher contra quem fosse praticado aquele acto, estatuiu-se a prática de “cópula ilícita com qualquer mulher”⁵. A “cópula ilícita” era a cópula feita fora do casamento, pelo que para que a mesma fosse punida, tinha de ser praticada num acto de relação extra-conjugal, não existindo qualquer punição para a cópula obtida por meio de violência desde que dentro do matrimónio, pois assim seria sempre legítima.⁶

Foi apenas em 1982 que se aboliu a ideia de que o crime de violação deveria inserir-se na categoria dos crimes contra a honestidade, como era até então, passando constar na “Secção II – Dos Crimes Sexuais”, estando esta inserida no “Capítulo I – Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social, Título III – Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”.⁷ Ora quer isto dizer que, afinal, embora o crime de violação tenha sido finalmente compreendido como um crime atinente à categoria sexual, manteve-se o

³ Código Penal de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

⁴ Código Penal de 1852, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

⁵ Código Penal de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>

⁶ RIBEIRO, Gil Duarte Miranda, em “Deficiências do artigo 164º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul”, 2019, Faculdade de Direito do Porto, p.13.

⁷ Código Penal de 1982, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/319744/details/maximized>

mesmo pensamento quanto ao bem jurídico que aquela incriminação visava proteger. O bem continuava a ser percebido no âmbito dos valores e interesses da sociedade, não havendo ainda aqui um rumo claro para a reflexão sobre as ofensas da vida íntima e sexual da vítima, que se vê despossada da sua liberdade sexual. Neste sentido, citando o Doutor Jorge de Figueiredo Dias “O C.P. de 1982 deu início entre nós a um movimento de reforma legislativa fundada numa concepção moderna e liberal do direito penal sexual (...) se, por um lado, operou na matéria uma sensível descriminalização (e despenalização), manteve todavia o equívoco de continuar a considerar os crimes sexuais (...) como forma de tutela de valores morais ou morais sociais, ou, no máximo, como protecção de bens jurídicos supra-individuais, comunitários ou estaduais.”⁸

Ademais, este crime continuaria também a ser visto como uma prática feita exclusivamente contra o sexo feminino, descartando ainda uma possível hipótese sobre a sua transversalidade de género.

Uma outra nota importante a fazer neste domínio remete-se para o n.º3 do artigo 201.º⁹, referente ao crime de violação, daquele Código. Previa o preceito legal, situações em que a vítima, no caso, sempre uma mulher, havia “contribuído de forma sensível para o facto”¹⁰, mediante o seu comportamento ou pela sua especial ligação com o agente. Era uma norma, no mínimo, curiosa e apesar de actualmente já não se encontrar em vigor, poderíamos enumerar algumas situações em que os nossos tribunais se socorreram de entendimentos semelhantes para a absolvição de alguns dos seus réus da prática deste tipo de crime.

Ora como dizia, aquele n.º3 do artigo 201.º ao ser preenchido, servia de atenuação especial da pena pela prática do crime de violação previsto no n.º1 do 201.º, do C.P. de 1986. A questão irrisória do n.º3 reside no facto de se tentar saber como é que alguém que é violentado ou ameaçado gravemente para a prática de cópula, ou que depois disso, foi colocado em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir, de modo a ser constringido a ter cópula, pode, apesar disso, ver-se responsabilizado por a sua conduta ter “contribuído de forma sensível para o facto”¹¹. Existia nesta norma um meio de quase justificação do crime, baseada na premissa falsa de que talvez, em alguns casos de violação,

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo “Nótula antes do art. 163º”, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p.708.

⁹ Código Penal de 1982, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/319744/details/maximized>

¹⁰ Código Penal de 1982, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/319744/details/maximized>

¹¹ De acordo com o artigo 201º, nº3 do Código Penal Português de 1986, disponível <https://dre.pt/home/-/dre/319744/details/maximized>

o agente do crime tenha sido ludibriado pelo comportamento da vítima, ou pela confiança que aquela havia depositado nele e por isso, a violência e ameaça grave que se seguiram e que culminaram na prática de um crime de violação, poderão ser compreensivelmente atenuadas em sede de julgamento, aos olhos do legislador de 1986.

Foi, finalmente, pelo Decreto-Lei n.º48/95 de 15 de março, que se deu uma profunda mudança ao Código Penal Português. Esta reforma legislativa veio para melhorar e organizar a temática da criminalidade sexual. Nas palavras de José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiros, “autonomizando a liberdade sexual sem equívocos, como único bem jurídico a proteger. Este foi sem dúvida o momento de viragem significativa no entendimento da criminalidade sexual como uma criminalidade que apenas deve tutelar a liberdade e autodeterminação sexual”¹², iniciando também ali um ponto de partida para as alterações que viriam a ter maior expressão nas revisões de 1998 e de 2007.¹³

No plano sistemático, os crimes sexuais passaram a constar do “Título I – Dos crimes contra as pessoas”, sendo autonomizados no “Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, deixando assim de constar, oficialmente e para sempre, dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade. Abandonou-se assim “a categorização legal que vinculava estes delitos a crimes de ofensa a valores sociais comunitários”¹⁴.

Ademais, esta reforma veio fracionar o Capítulo V em três secções, uma relativa aos crimes contra a liberdade sexual, outra sobre os crimes contra a autodeterminação sexual e por fim, uma com disposições comuns às secções já mencionadas.¹⁵ Esta divisão, explica-se da seguinte forma: na Secção I, tutela-se o bem da liberdade e/ou autodeterminação sexual de todas as pessoas, ao passo que na Secção II, tutelam-se as situações que se ocorrendo entre adultos, teriam menor gravidade ou até nem constituiriam crime, no entanto, o legislador alargou esta protecção aos casos em que estas aconteçam com crianças ou menores de idade.¹⁶ Neste sentido, pugna o Doutor Jorge de Figueiredo Dias que, o bem jurídico protegido em ambas as secções I e II é o bem da liberdade e autodeterminação

¹² LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais: Análise substantiva e processual”, 2ª Edição, Almedina 2019, p. 31.

¹³ VENTURA, Isabel, em “Combate à violência de género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal, A violação na jurisprudência e na doutrina”, Almedina, 2016, p.43.

¹⁴ VENTURA, Isabel, em “Combate à violência de género (...)” *ob. cit.*, p.43.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo “Nótula antes do art. 163º”, in “Comentário Conimbricense (...)”, *ob. cit.*, p.711.

¹⁶ *Ibidem.*

sexual, mas no que diz respeito à Secção II, será este bem quando também associado a outro bem jurídico, determinado pelo Autor como “o livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual”.¹⁷

Por fim, é de referir a extinção do n.º3, que previa as situações em que a pena pela prática do crime seria atenuada com base numa contribuição sensível por parte da vítima para o sucedido, como também o alargamento das condutas típicas puníveis pelo crime de violação, prevendo-se no n.º2 do artigo 164.º, a punição nos mesmos termos do n.º1 de quem “tiver coito anal com outra pessoa ou a constranger a tê-la com terceiro”¹⁸, o que contribuiu para “a acentuação da neutralidade do género da vítima e do/a agente”¹⁹, atenuando a ideia de que o crime de violação é um crime praticado por homens, contra mulheres, descurando de situações em que se verifica o oposto ou em que o agente e a vítima são do mesmo género.

Concluindo, com a reforma legislativa de 1995 ao Código Penal, abandonou-se a ideia de que os crimes sexuais constituíam uma ofensa íntima aos valores da moralidade sexual e das convicções e costumes que regiam a sociedade. Nas palavras de Maria da Conceição Ferreira da Cunha “passou-se para uma tutela da liberdade sexual, quer na sua vertente negativa – liberdade de recusar relacionamentos sexuais - quer positiva – liberdade para interagir sexualmente, de acordo com a vontade livre das pessoas envolvidas”.²⁰

Mais tarde e num caminho contínuo de modernização dos crimes sexuais, adaptando os ilícitos à realidade social vivenciada, deu-se uma nova reforma, pela Lei n.º65/98 de 2 de setembro de 1998, com um especial contributo das propostas elaboradas pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista aquando da reforma de 1995, mas que naquele momento não tinham sido aceites pela maioria parlamentar social democrata.²¹

Esta reforma, que como veremos, alterou o tipo criminal de violação no seu n.º1, assim como criou um novo n.º2, sustentou-se na doutrina elaborada e acolhida pelo Código Penal Francês de 1994, designada como “*toute penetration*”, segundo a qual “é violação todo o

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Artigo 164º, n.º2 do Código Penal de 1995, disponível online em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/details/normal?l=1>

¹⁹ VENTURA, Isabel, em “ Combate à violência de género (...) *ob. cit.*, p.43.

²⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, em “Do dissentimento à falta de capacidade de consentir” em “Combate à violência de género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p.134.

²¹ LOPES, José Mouraz, em “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.42.

acto de penetração sexual, de qualquer natureza que seja cometido sobre pessoa por outrem por violência, constrangimento ameaça ou surpresa”, artigo 222.23.²²

Assim, o novo n.º1 do artigo 164.º ²³, incluiu, pela reforma de 1998, o coito oral nos actos sexuais de relevo, tendo este acto tanta gravidade e importância em termos da verificação do ilícito e da punição, como a cópula ou o coito anal. Efectivamente, foi um passo importante para a tutela da liberdade sexual, reconhecendo-se que a prática daqueles actos sexuais, de forma violenta ou mediante ameaça grave, por forma a constranger a vítima, causavam naquela uma ofensa tão profunda e séria como os outros actos sexuais já previstos na lei.

Enfim logrou o pensamento há muito sustentado pelo Procurador-Geral Adjunto Doutor Ferreira Ramos, que já no Anteprojeto de 1987 e depois na Comissão Revisora, defendeu que além da cópula, o crime de violação deveria incluir outros actos sexuais tais como o sexo oral, por exemplo, e o sexo anal.²⁴

Mas as alterações efectuadas pela reforma de 1998 não ficaram por aqui. Pôs-se finalmente termo à ideia de que as vítimas do crime de violação eram mulheres, assumindo-se este tipo de crime como um crime sem género, tanto em quem o pratica como em quem o sofre. Já na reforma de 1995, tinha-se aberto uma pequena brecha nesse sentido, através do n.º2 do artigo 164.º, que não definia em si quem seriam as vítimas da prática dos actos ilícitos nele consagrados, podendo estar em causa tanto uma mulher como um homem. Em 1998 definiu-se sem dubiedade: a vítima do crime de violação pode ser homem ou mulher.²⁵

Por último, tutelou-se no novo n.º2, situações em que o agente do crime de violação “abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho”²⁶, constrange outra pessoa “por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior”²⁷, à prática de actos sexuais de relevo, consigo ou com outrem.

²² *Idem*, p.43.

²³ Artigo 164º do Código Penal de 1998, disponível online em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=2&so_miolo=

²⁴ LOPES, José Mouraz, em “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (...)” *ob. cit.*, p.43.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Código Penal de 1998, versão online, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=2&so_miolo=

²⁷ Código Penal de 1998, versão online, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=2&so_miolo=

Mais tarde, em 2007, seguiu-se uma nova reforma sobre os crimes sexuais, pela Lei n.º59/2007 de 04 de setembro. Esta modificação que, no artigo 164.º operou tanto no seu n.º1 como no n.º2, considerou os actos de introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos como actos sexuais integrantes do crime de violação, equiparando-os à penetração vaginal ou anal.²⁸

Uma outra alteração consubstanciou-se na extensão da tutela feita pelo n.º2 do artigo 164.º às relações familiares, de tutela e de curatela, eliminando o conceito de “ameaça e ordem” e acrescentando como forma de constrangimento o aproveitamento de um temor causado à vítima.²⁹ Citando José Mouraz Lopes “tipifica-se o novo tipo de crime que pode entender-se como situação de “abuso sexual”, decorrente do aproveitamento de uma situação de temor causado pelo agente, em relação aos actos sexuais de relevo cópula, coito anal e coito oral, bem como à “introdução” de objectos e partes do corpo à penetração vaginal ou anal.”³⁰

Anos mais tarde, em 2015, deu-se mais um notável passo no que toca aos crimes sexuais em Portugal.

Numa tentativa de adequação da legislação penal portuguesa às exigências feitas pela Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, mais conhecida como Convenção de Istambul, aos estados membros da União Europeia, foi pela Lei n.º83/2015 de 5 de agosto que em Portugal se alteraram os crimes de violação, coacção sexual, importunação sexual, bem como se autonomizou o crime de mutilação genital feminina. Mais adiante, analisaremos o conteúdo desta Convenção, assim como a importância que teve na evolução da tutela da liberdade sexual e dos direitos das mulheres.

Dentro da temática que nos compete estudar – o crime de violação - as alterações operaram no âmbito do n.º2 do artigo 164.º do C.P.

Uma primeira alteração materializou-se na eliminação por completo de parte do artigo, designadamente “e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se do

²⁸ LOPES, José Mouraz, em “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (...)” *ob. cit.*, p.44.

²⁹ Código Penal de 2007, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=3&so_miolo=

³⁰ LOPES, José Mouraz, em “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (...)” *ob. cit.*, p.44.

temor que causou”³¹, agravando-se a moldura penal que ia até três anos de prisão, para de um a seis anos. Desta forma, o n.º2 do artigo 164.º, passou a tutelar apenas casos em que a vítima era constrangida por meios que não os previstos no n.º1 daquele artigo, como a violência ou a ameaça grave, por exemplo. Foi uma alteração extremamente necessária e importante, porque finalmente a lei protegeria as vítimas que se viam constrangidas à prática dos mesmos actos sexuais previstos no n.º1 do artigo 164.º, mas cujo constrangimento foi obtido por outro modo que não o que se considerava, até então, como o usual na prática do crime de violação. Esta alteração, que também operou no artigo 163.º, n.º2, teve como objetivo primordial adequar a legislação portuguesa à Convenção de Istambul, uma vez que a definição típica dos crimes de coacção e de violação constantes no n.º1 daqueles, exigia o uso de violência, ameaça grave ou a colocação da vítima na impossibilidade de resistir como meios de constrangimento.³² Ainda, as denominadas “coacção sexual-assédio” e “violação-assédio”³³, previstas nos n.º2 dos artigos 163.º (relativo à coacção sexual) e 164.º (violação), foram irradicados daqueles preceitos legais.

Todavia, para além das relações familiares, de coabitação, tutela ou curatela terem sido consideradas como forma de agravante do crime quando este é praticado no seio de uma destas, com aproveitamento em relação à vítima³⁴, também as relações de dependência hierárquica, económica e de trabalho passaram a configurar agravantes quando o crime for praticado no âmbito dessas mesmas relações, tendo sido inseridas no artigo 177.º, n.º1, alínea b) do C.P.

A par disto, manteve-se uma moldura penal mais gravosa para a prática do crime de violação mediante o uso de violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir, pelo que em nada se alterou o n.º1 do artigo 164.º do C.P.

Já no n.º2, a moldura penal prevista para a prática do crime de violação mediante o uso de outros meios para constranger a vítima que não os que estão elencados no n.º1, é compreensivelmente menor.

³¹ Artigo 164º do Código Penal de 2007, disponível em versão online em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=3&so_miolo=

³² CAEIRO, Pedro, em “Observações sobre a projectada reforma (...)”, *ob. cit.*, p.11.

³³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, em “Do dissentimento à falta de capacidade de consentir”, *ob. cit.*, p.141.

³⁴ Alteração efectuada pela Lei n.º103/2015 de 24 de agosto, no sentido de seguir as diretrizes da Convenção de Istambul.

Por fim, a última e mais recente alteração ocorreu em 2019 pela Lei n.º101/2019 de 6 de setembro, pondo termo às questões suscitadas pela reforma legislativa de 2015 ao artigo 164.º do C.P.

A reforma de 2019 teve por base as propostas feitas pelo B.E, P.A.N e pelo P.S cuja intenção se centrava na ampliação da tutela da vítima, mediante uma clarificação da lei tendo em consideração as diretrizes da Convenção de Istambul.³⁵ Estes projetos de lei apresentados pelos partidos acima referidos, procuraram a inclusão do “não consentimento” no tipo legal do crime de violação, passando este a constar no leque dos elementos constitutivos do ilícito violação, sendo, aliás, o principal. Através daquelas propostas também ambicionavam a punição mais severa mediante a actuação de agravantes quando o crime fosse praticado por meio mais gravoso e/ou quando a vítima fosse mais vulnerável ou tivesse uma especial proximidade com o agente do crime.³⁶

Mas tais intenções não lograram, pelo menos, não na sua totalidade. Os grupos parlamentares do P.A.N, B.E e P.S acabariam por retirar as suas propostas em prol do texto apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.³⁷

A Comissão, no seu texto, mantinha o constrangimento como elemento típico do crime de violação ao invés da inserção do não consentimento, arredando aqui por completo as intenções dos grupos parlamentares supramencionados relativamente a este aspecto. No entanto, criou um novo n.º3 no qual se previa a definição do que se deveria entender por constrangimento, introduzindo um novo conceito, “a vontade cognoscível”.³⁸

Mas as alterações operadas pela Lei n.º101/2019 não ficaram por aqui. Muitas foram as vozes que se levantaram questionando a ratio da ordenação do artigo 164.º e bem. Ao olharmos para o crime de violação ainda antes da alteração de 2019, temos um crime que no seu n.º1 previa a prática daquele mediante o uso de violência, ameaça grave e/ou depois disso, ter-se verificado a colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir, de forma a constrangê-la. Já no seu n.º2, o constrangimento à prática do crime era obtido por meio não compreendido no número anterior. Ora, a questão evidente aqui passa pelo princípio basilar de que o crime de violação é um crime praticado

³⁵ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais (...)”, *ob. cit.*, p. 83.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Idem*, p. 84.

contra a vontade da vítima, e, por isso, sem consentimento, independentemente do meio utilizado para anular a liberdade sexual daquela. Este deveria ser o pressuposto elementar sobre qual o legislador deveria ter-se sustentado para construir o n.º1 do crime de violação. Este, ao invés, constrói o n.º1 primordialmente baseado no meio de violência, dando assim a ideia de que se descurou para segundo plano o facto de o crime ter sido sempre, praticado sem consentimento, fosse qual fosse a forma de constranger a vítima.

Foi aqui que a reforma de 2019 também se fez notar e reestruturou o artigo 164.º do C.P.

O antigo n.º2 passou a ter lugar como número primeiro do artigo 164.º, incorporando em si o que há de mais essencial no ilícito de violação - o crime é praticado contra a vontade da vítima, independentemente do meio usado para aquela finalidade. Já o antigo n.º1, consta agora no actual n.º2, onde se prevê a prática do crime de violação recorrendo a meios específicos, como a violência, sendo claro que aqui, a pena prevista é maior dado o constrangimento empregue pelo agente.

Além disto e por fim, nas alíneas a) e b) do antigo n.º2, agora n.º1, onde constava “a sofrer ou a praticar”, passou a constar apenas “a praticar”.³⁹

Chegados até aqui e como bem vimos, foi um longo percurso até que a construção do ilícito penal de violação pudesse dar às suas vítimas a tutela legal que lhes é necessária. Desde a assumpção de que este crime é um crime sem género definido a priori, até ao entendimento de que o bem jurídico é exclusivamente o da liberdade sexual, bem esse que deve ser respeitado e salvaguardado como valor inerente e fundamental para uma vida livre, foram várias as tentativas de aperfeiçoamento e adaptação deste ilícito ao meio social vivenciado.

Adiante, veremos se nos dias de hoje, a protecção conferida pelo artigo 164.º é a adequada para que se realize o fim máximo daquela incriminação – a efectivação da liberdade sexual de qualquer pessoa.

³⁹ Alteração pela Lei n.º101/2019 de 6 de setembro, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo

2. A Convenção de Istambul

Foi a 11 de maio de 2011 que se formalizou, em Istambul, a Convenção do Conselho de Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica.

Portugal, foi um dos primeiros países europeus a acolher esta Convenção, que viria a ser ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º4/2013, de 21 de janeiro.

No seu preâmbulo estão enunciadas as motivações que levaram à sua elaboração, entre as quais podemos destacar “ *a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens (...) a profunda preocupação, que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados «crimes de honra» e a mutilação genital, os quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas é um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens (...) a violência doméstica afeta as mulheres de forma desproporcional e que os homens também podem ser vítimas de violência doméstica* ”.⁴⁰

Assim, podemos concluir que o propósito primordial desta Convenção passa, essencialmente, pela tutela legal da autonomia pessoal e da liberdade das mulheres que se vêem à mercê das mais variadas formas de violência exercidas sobretudo em função da sua condição de género, algo que infelizmente não se erradicou ao longo dos tempos.

Quando se fala em violência de género, é inegável o papel que crime de violação assume, exactamente por ser um dos crimes que detém em si uma expressividade evidente da fragilidade inerente à mulher. Neste sentido, Tereza Pizarro Beleza “(...) não que estas sejam legalmente as únicas vítimas possíveis deste crime (...) mas porque a violação é, estatística e socialmente, em termos paradigmáticos, um acto de submissão e terror sobre as mulheres, pelo sofrimento que causa e pelo medo que infunde ao ponto de condicionar a vida de muitas.”⁴¹

⁴⁰ Convenção de Istambul, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

⁴¹ BELEZA, Teresa Pizarro em “Consent – It’s simple as tea (...)” *ob. cit.*, p.18.

Para além do foco central desta Convenção sobre a protecção das mulheres e crianças, assegura-se ainda a protecção relativa aos homens, que muitas vezes também configuram o papel de vítimas em situações de violência, seja ela sexual ou doméstica, pese embora o estigma ainda intrínseco nestes casos.

Quanto ao nível interno, esta Convenção criou obrigações para os Estados-Membros que a acolheram, obrigações que “vão muito além da exigência da “simples” criminalização (...) dispõe ao pormenor sobre tipos de penas aplicáveis, circunstâncias agravantes (...) tentativa e cumplicidade (...)”.⁴²

Cingindo a nossa análise apenas ao que a Convenção prevê sobre o crime de violação, é no seu artigo 36.º que se encontram descritas as condutas que deverão preencher este crime. De acordo com a Convenção, há um ponto determinante e comum a todas elas: são praticadas sem o consentimento das vítimas. Deu-se assim como iniciada uma evidente e substancial evolução no âmbito da criminalidade sexual, que desde então tem influenciado os demais Estados integrantes da Convenção no que respeita ao progresso da concepção dos crimes sexuais. É na ausência do consentimento da vítima que se alicerça o crime de violação, bastando desta forma para que o agente seja incriminado, que a vítima não tenha prestado o seu consentimento aquando da prática dos actos, valendo igualmente neste sentido, o silêncio daquela.

Exclui-se desta forma, qualquer previsão sobre a prática do crime de violação mediante meios típicos, como a violência, e ainda a exigência de a vítima exteriorizar de forma cognoscível para o agente, a sua falta de vontade.

Ainda relativamente ao consentimento da vítima, prevê a Convenção no seu artigo 36.º a forma como este deve ser dado e interpretado, em termos de discernir pela sua viabilidade.

Assim, o consentimento deve revestir características como a voluntariedade, tendo de ser prestado por livre vontade da pessoa e ainda, avaliado de acordo com as circunstâncias envolventes.⁴³

Por fim, é de notar que a Convenção de Istambul não remete as suas obrigações apenas para o âmbito da tutela legal da criminalidade sexual, sendo necessário um combate ostensivo e permanente no que concerne à prevenção deste tipo de violência. Não bastará por isso, exercer tentativas de adequação das leis internas para que se garanta uma eficácia

⁴² *Ibidem*.

⁴³ De acordo com o artigo 36.º, n.º2, da Convenção de Istambul, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

na supressão da violência, designadamente doméstica e sexual, é impreterível a unificação de políticas sociais neste sentido.

2.1 Análise do artigo 164.º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul

Cuidaremos agora de analisar a repercussão da Convenção de Istambul em Portugal e se o actual artigo 164.º do Código Penal Português, que prevê o ilícito de violação, cumpre as diretrizes que o documento normativo europeu estabelece.

Ora, como já se mencionou, é no n.º1 do artigo 36.º da Convenção que se faz menção às condutas relativas ao crime de violação a serem criminalizadas pelas partes, sendo que para isso, deverão tomar as medidas legislativas e outras que se considerem necessárias.

Assim, as condutas referidas são, designadamente

“1. (...) quem intencionalmente:

- a) *Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última;*
- b) *Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa;*
- c) *Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro.*

2. *O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.*”⁴⁴

Analisando o actual artigo 164.º do Código Penal Português que tipifica o crime de violação, à luz deste preceito da Convenção de Istambul, podemos numa primeira impressão concluir que tanto o n.º1 do artigo 164.º como o seu n.º2 compreendem as condutas típicas do ilícito de violação previstas no artigo 36.º, n.º1 da Convenção.

Referimo-nos, designadamente, à prática de cópula com o agente ou com outrem, coito anal ou coito oral, bem como actos de introdução vaginal, oral ou anal de objectos ou partes do corpo. Isto foi fruto de uma constante evolução e adaptação da legislação penal portuguesa às necessidades advindas da realidade vivenciada, assim como às diretrizes legais da presente Convenção.

⁴⁴ Convenção de Istambul, disponível online em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

Prevê ainda o artigo 36.º, que os actos supramencionados são criminalizados sempre que praticados sem o consentimento da vítima, sendo que no seu n.º2, clarifica-se a forma como o consentimento deve ser expresso, designadamente “ *O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.*”⁴⁵ Assim, de acordo com a Convenção de Istambul, a premissa é clara: o não consentimento da vítima basta-se num crime de violação.

A propósito do consentimento, há algumas considerações a serem feitas em comparação com o actual 164.º do Código Penal Português. Diz-nos este artigo, que o crime de violação assenta num acto de constrangimento da vítima, não se fazendo uma menção direta ao não consentimento como, por sua vez, a Convenção de Istambul faz. Cabe-nos por isso, indagar se o artigo 164.º ao exigir o constrangimento da vítima, corresponde às diretrizes emanadas pela Convenção no seu artigo 36.º, conferindo às vítimas daquele crime a protecção que lhes é necessária.

O acto de constranger, de acordo com a mais recente alteração ao artigo 164.º, irá traduzir-se em qualquer meio objectivamente típico e por isso, capaz de causar a prática dos actos elencados no artigo 164.º, em dissintonia com a vontade da vítima.⁴⁶

Ademais, aliado ao acto de constranger, associa a lei penal portuguesa o acto de dissentir, isto é, o acto de a vítima, de alguma forma, demonstrar o seu dissentimento – a sua rejeição à prática daqueles actos – por forma a que o constrangimento seja tipicamente relevante.⁴⁷ Sobre isto, destaca-se o relatório elaborado no ano de 2019 pelo GREVIO⁴⁸, no qual se pode ler “ (...) *em Portugal, a definição dos crimes sexuais não se baseia apenas na falta do consentimento da vítima. Ambos os artigos 163.º (...) e 164.º do Código Penal sobre a violação exigem, como elemento constituinte da ofensa, o uso de “violência, ameaça grave” ou a colocação da vítima “em estado de inconsciência ou incapaz de resistir”. Após a reforma penal de 2015, o segundo parágrafo de ambos os artigos foi remodelado para encobrir a conduta de coerção sexual ou violação praticadas “por outro meio que não previsto no número anterior”, por outras palavras sem violência ou ameaça e sem se ter suprimido a capacidade da vítima resistir. O objetivo desta alteração foi tornar a legislação*

⁴⁵ Convenção de Istambul, disponível online em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis

⁴⁶ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais (...)” *ob. cit.*, p.68.

⁴⁷ CAEIRO, Pedro; “Observações sobre a projetada reforma (...)”, *ob. cit.*, 2019, p.12.

⁴⁸ Group of Experts on Action against Woman and Domestic Violence

penal portuguesa sobre os crimes sexuais de acordo com o artigo 36.º da Convenção de Istambul. O GREVIO sublinha, no entanto, que estas alterações legislativas não acabaram definitivamente com a exigência do uso da força já que no número dois dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal Português, a conduta ofensiva é qualificada pelo uso do verbo “constranger”.

O GREVIO considera que tal palavra é insuficiente para se romper, definitivamente, com a prática de longa data de os tribunais portugueses exigirem provas da resistência da vítima, por forma a sentenciar o autor do crime.”⁴⁹ Assim, de tudo o que foi exposto, considera o GREVIO que Portugal deveria rever o seu conceito de “constrangimento” para efeitos da prática do crime de violação.

Ora, sobre este Relatório, levantaram-se algumas críticas, entre as quais salientamos as de Pedro Caieiro. De acordo com o ilustre Doutor, o Relatório do GREVIO não sustentou a ilação segundo a qual os tribunais portugueses exigem às vítimas deste crime provas dos seus actos de resistência contra o agente, de forma a que se efective a punição daquele, em nenhuma decisão judicial, nem em estudos que pudessem ter analisado adequadamente aquelas decisões.⁵⁰

Posto isto e fazendo uma leitura do actual artigo 164.º do Código Penal Português cuja última alteração ocorreu precisamente no ano de 2019, à luz do que se encontra preceituado no artigo 36.º da Convenção de Istambul, concluímos que a legislação portuguesa em matéria de criminalidade sexual, nomeadamente no crime de violação, segue o que aquele diploma legal prevê.

A Convenção de Istambul não deixa dúvidas quanto ao seu entendimento sobre o crime de violação, fazendo uma construção legal baseada no consentimento, sendo este o ponto base do qual se deverá partir para a incriminação das condutas previstas no artigo n.º36.

Embora já a alteração feita pela Lei n.º83/2015 de 5 de agosto tenha tido como finalidade uma maior conciliação com a norma do artigo 36.º da Convenção de Istambul, foi, na minha óptica, através da Lei n.º101/2019 de 6 de setembro que se alcançou, finalmente, uma harmonia jurídica com a presente Convenção, apesar das particularidades

⁴⁹ Relatório GREVIO, disponível em <<https://rm.coe.int/grevio-report-on-portugal/168091f16f>> tradução minha.

⁵⁰ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)”, *ob. cit.*, p.13.

pouco consentâneas que esta alteração trouxe a nível interno e que, mais adiante, estudaremos.

Quanto à reordenação do artigo 164.º do C.P., já Pedro Caeiro antevia como “curial reordenar os tipos legais de uma forma mais lógica e mais de acordo com a boa técnica legislativa”⁵¹. Ademais, esta reestruturação desmistificou definitivamente a ideia generalizada de que o crime de violação era praticado através de meios típicos, designadamente a violência e ameaça grave⁵², sendo estas as conduta criminalizadas e tipificadas na abertura do artigo 164.º até 2019, secundarizando o crime de violação praticado sem o emprego daqueles meios, prevendo-o no n.º2.

A alteração de 2019, trouxe ainda um esclarecimento inegável de que o crime de violação era um crime antes de tudo, praticado essencialmente contra o dissenso da vítima e por isso, a sua prática era suficiente para se considerar uma forma de constrangimento. Isto tornou-se claro pela criação do novo n.º3 do artigo 164.º, segundo o qual o constrangimento exercido nos termos do n.º1 do artigo 164.º, traduz-se por “qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos actos referidos nas respectivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.”⁵³

Citando José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro “A nova redação (introduzida pela Lei n.º101/2019), cumpre em termos de literalidade a Convenção de Istambul, onde se impõe a criminalização de atos não consentidos, sendo de interpretar “não consentidos” como atos praticados contra a vontade da vítima. A alteração tem subjacente um papel simbólico relevante, nomeadamente, uma intenção legislativa de “dissipar” quaisquer dúvidas sobre a relevância do dissenso, da (ausência de) vontade da vítima.”⁵⁴

Desta forma, afirmamos que, o nosso artigo 164.º, tutela o bem jurídico liberdade sexual⁵⁵, em concordância com o que a Convenção estabelece, assim como prevê os mesmos actos a serem criminalizados no ilícito de violação, que a Convenção elenca em si.

⁵¹ *Idem*, p.12.

⁵² Citando Tereza Pizarro Beleza “ A maneira como o preceito está redigido sugere que a verdadeira violação é a conseguida por meio de violência ou ameaça. Se outra forma de seguimento tiver lugar, tratar-se-á de um caso atenuado, mas ainda assim será preciso demonstrar que houve constrangimento.” em “Consent – It’s simple as tea - Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p. 24.

⁵³ Artigo 164º, nº2 do Código Penal Português;

⁵⁴ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais (...)” *ob. cit.*, p. 68.

⁵⁵ Pela alteração efetuada no ano de 1995, através da qual se abandonou efectivamente e de uma vez por todas a concepção segundo a qual se estabelecia uma relação entre os crimes sexuais e a tutela da moralidade social.

Ademais, estabeleceu como elemento matricial do crime de violação, a prática daqueles actos assentes na vontade contrária cognoscível da vítima, isto é, no seu dissentimento.

Por último, é de mencionar que, embora o termo “não consentido” previsto na Convenção de Istambul, não conste da letra do artigo 164.º do C.P, não poderemos nunca negar ou negligenciar, de forma alguma, a relevância que o consentimento da vítima tem para que se verifique se a prática concreta é susceptível de integrar o crime de violação.⁵⁶

Finalmente, chamemos à colação as palavras da Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha, sobre uma análise efectuada à Convenção de Istambul, assim: “(...) os comportamentos sexuais devem ser criminalizados quando limitarem a liberdade sexual da vítima; ou seja, o que se criminaliza é o relacionamento sexual (em sentido amplo, englobando diversos atos sexuais) que não seja praticado de acordo com a vontade livre das pessoas envolvidas (...) Agente será quem impõe a sua vontade à vontade da vítima.”⁵⁷ – o que se verifica, também e, por fim, no artigo 164.º do Código Penal Português.

3. O modelo do dissentimento e o modelo do consentimento: uma análise comparativa

No que diz respeito à construção do crime de violação, a doutrina não é unânime.

Em Portugal, o legislador acolheu o modelo do constrangimento na concretização deste tipo de ilícito, embora pela última alteração efectuada ao artigo tenha-se clarificado o dissenso como elemento estrutural da norma.⁵⁸

Através de uma análise sobre as mais recentes propostas de lei efectuadas em Portugal, cremos que existe uma tendência crescente de preferência por modelos que preveem o crime de violação como um crime essencialmente assente no consentimento da vítima, sendo que, neste âmbito, surgem modelos como o do dissentimento e do consentimento. Começaremos então por abordar o modelo do dissentimento, acolhido por vários países europeus, como por exemplo, na Alemanha.

⁵⁶ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais(...)”, *ob. cit.*, p.68.

⁵⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Do dissentimento à falta de capacidade de consentir (...)” *ob. cit.*, p. 133.

⁵⁸ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais (...)” *ob. cit.*, p.68.

O crime de violação à luz do modelo do dissentimento, determina que se verifica uma restrição à liberdade sexual da vítima sempre que os actos sexuais tenham sido praticados contra a vontade daquela. Claro que, para isso, será necessário que a vítima expresse a sua vontade, seja por palavras ou por comportamentos, sempre que esta reúna condições para tal.

Num sentido de suporte da demanda de que se verifique a demonstração da vontade da vítima, valendo não só para os ordenamentos que acolhem o modelo sustentado no dissentimento, como também para o nosso, afirma o Doutor Pedro Caeiro que é curial a exteriorização das disposições interiores das pessoas tornando-as cognoscíveis, pois só desta forma é possível que as condutas e expectativas sejam reciprocamente ordenadas.⁵⁹ Quando a vítima não expressa a sua vontade contrária, não se concluirá pela prática de um crime de violação, já que não se poderá afirmar que os actos foram praticados contra a sua vontade.⁶⁰ Quer isto dizer ainda que, caso a vítima se remeta ao silêncio aquando da prática dos actos, não se preencherá o tipo legal de violação, uma vez que não existiu uma oposição ao acto.⁶¹

Ora, em sentido muito diferente pugna o denominado modelo do consentimento, que mediante a evolução das concepções relativas ao crime de violação, tornou-se numa tese com alguma popularidade, não só a nível internacional como também a nível nacional.

Este modelo, cujo ponto vital da incriminação assenta no consentimento da vítima, considera como preenchido o tipo legal do crime de violação sempre que a prática dos actos seja feita sem o “sim” da vítima. Isto é, para que não se preencha o ilícito, será sempre necessário que a vítima aquando da execução dos actos, tenha expressamente dito que os queria, pois caso contrário, a prática de qualquer acto sexual à qual não preexistiu um “sim” constituirá um perigo para o bem jurídico.⁶² Está desta forma ilustrado o conceito de “only yes means yes”.⁶³

A controvérsia deste modelo, reside nas situações em que simplesmente não existe vontade favorável ou desfavorável à prática do acto. É aqui que se revelará, de forma evidente, o contraste entre o modelo do dissentimento e o modelo do consentimento. Ao passo que pelo modelo do dissentimento, situações de silêncio, sem expressão da vontade

⁵⁹ Caeiro, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p.18.

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Idem*, p.16.

⁶² *Idem*, p.20.

⁶³ *Ibidem.*

contrária da vítima, não preencherão de forma nenhuma o tipo de ilícito, uma vez que não se encontram reunidos os requisitos necessários para que se considere que o bem jurídico protegido tenha sido lesado, com o modelo do consentimento não será, de todo, assim. Este último, acautela todas as situações em que os actos tenham sido praticados sem a demonstração, por parte da vítima, da sua vontade favorável e necessária – o “sim”.

Concretizemos estas distinções através de um exemplo prático dado pelo Doutor Pedro Caeiro. Assim, “*Suponhamos que A e B se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de A. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. B, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de actos sexuais. A percebe que B se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir B, embora estivesse disposto a parar se B assim o desejar. Nesse momento, B decide que não quer manter práticas sexuais com A, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa*”⁶⁴

Tratando o caso exemplificado segundo o modelo do dissentimento, temos que, a conduta de A não configurou nenhuma tentativa de crime, tendo em conta que isso sucederia apenas se a sua conduta fosse contrária à vontade da vítima.

Já analisando o caso tendo em vista o modelo do consentimento, o resultado será outro. Como vimos, este modelo baseado na premissa do “only yes means yes” entende que a prestação do consentimento da vítima é essencial para que se afirme que não existiu um crime de violação. Sem o seu “sim”, estaremos num patamar em que se poderá ver o ilícito preenchido. Desta forma, analisando o caso concreto, temos que a B se encontrava numa situação de indecisão e não obstante, A decide assumir o risco e despi-la. B, ao remeter-se ao silêncio, não consentiu, de acordo com o que prevê o modelo do consentimento. A ao assumir o risco e despir B, praticou um acto de execução de coacção sexual ou de violação, pelo que a conduta de A constituirá uma tentativa de coacção sexual ou de violação.⁶⁵

Na óptica do Doutor Pedro Caeiro, a punição da conduta de A como uma tentativa de violação é inadequado e desproporcional, uma vez que não existe perigo para o bem jurídico, nem desvalor de acção.⁶⁶ A, ainda que pretenda ter relações sexuais com B, não o faria contra a vontade, pois estaria disposto a parar com os actos de execução assim que B o dissentisse.

⁶⁴ *Idem*, p. 17.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

Rebate ainda o Autor que a adopção de um modelo deste tipo pelo legislador português, levaria a que casos não puníveis por não constituírem um perigo real para o bem jurídico, viessem a ser subsumidos no crime de violação.

Ademais, ao exigir que a vítima comunique sempre o seu consentimento quanto à prática dos actos, determina que nos casos em que essa comunicação não existiu anteriormente à prática daqueles, configurem condutas perigosas e potencialmente danosas da liberdade sexual, sendo por isso consideradas como contrárias à vontade.⁶⁷ Isto transformaria os crimes sexuais em crimes de perigo abstrato, o que na opinião de Pedro Caeiro, não será a solução mais adequada, considerando assim que cabe a cada indivíduo um ónus mínimo de protecção dos seus interesses que poderá ser concretizado pela simples recusa da prática sexual.⁶⁸

Numa perspectiva mais exigente quanto à tutela do bem jurídico da liberdade sexual, a Doutora Maria Clara Sottomayor tem um entendimento diferente sobre consentimento no crime de violação. De acordo com a Autora, para a protecção da vítima, não basta que defendamos que o “não é não”, sendo necessário clarificar o que se deverá entender por consentimento.⁶⁹

Na sua linha de pensamento, determina que se deverá entender o consentimento como um acto de cooperação no contacto sexual, específico e revogável em qualquer momento.⁷⁰ Assim, situações de silêncio ou passividade como a do caso supracitado, preencherão os tipos ilícitos de violação ou de coacção sexual, bem como os casos em que o consentimento foi viciado por fraude ou medo.⁷¹

A passividade nunca poderá ser entendida como forma de consentir a relação sexual, uma vez que não demonstra em si um acto de colaboração com o que está a acontecer. Neste seguimento, Maria Clara Sottomayor vai mais longe, afirmando a punição do crime de violação a título de negligência sempre que o agente, em dúvida quanto ao consentimento da vítima, revele uma clara falta de cuidado e até indiferença⁷², prosseguindo com os actos, ou melhor dizendo, “assumindo o risco”.

⁶⁷ *Idem*, p.20.

⁶⁸ *Idem*, p.21.

⁶⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista”, *in Revista do Ministério Público* 128, 2011, p. 307.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

Posto isto e embora seja claro que o objectivo primordial de ambos os modelos apresentados é a protecção da liberdade sexual de cada indivíduo, é necessário que nos acautelemos quanto à realização da tutela efectiva daquele bem sem interferências nem demasiado excessivas, nem diminutas.

Neste sentido e remetendo-nos agora à actual lei vigente sobre o crime de violação em Portugal, prezamos a ideia de que o constrangimento exigido pela lei penal portuguesa quanto aos crimes de violação, assenta evidentemente na prática dos actos elencados no artigo 164.º do C.P. contra a vontade da vítima, o que em contrapartida veio afastar o modelo do consentimento, uma vez que ao prever-se no n.º3 a prática contra a vontade cognoscível, quis-se claramente, fechar a porta a possíveis incriminações sempre que a vítima não tivesse prestado o seu consentimento ao acto sexual.⁷³

4. O dissentimento na lei alemã

Um exemplo que poderemos analisar por forma a aferir sobre a eficácia de uma possível concepção do crime de violação enquadrado apenas no elemento da vontade, é o do modelo adoptado na Alemanha.

Foi em 2016 que o legislador alemão acolheu um modelo cujo elemento típico reside na vontade da vítima – o modelo do dissentimento. Assim e como já foi mencionado, o crime de violação nestes moldes, verifica-se quando a prática dos actos ocorrer não por via de constrangimento da vítima (seja por que meio for), mas apenas contra a vontade daquela. Acontece que, de acordo com o paradigma de dissentimento adotado pelo legislador alemão, criou-se a necessidade de acrescentar um requisito adicional cuja verificação também é essencial para que o ilícito se veja preenchido – a vontade da vítima deve ser *cognoscível* pelo agente. Isto porque, o legislador alemão ao estruturar o crime de violação segundo os moldes do dissentimento, fê-lo compreendendo que não seria eficaz construir um ilícito alicerçado exclusivamente na vontade (interior) da vítima para que se verificasse o seu preenchimento. Se assim fosse, associaria à norma uma subjectividade perigosa, pelo que

⁷³ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais análise (...)” *ob. cit.*, p.73.

determinou ser necessário exigir também alguma objectividade à vontade da vítima, criando desta forma o conceito de cognoscibilidade.

A cognoscibilidade assenta no reconhecimento pelo agente, da recusa interna da vítima, segundo um padrão do homem médio colocado na posição do agente, de forma a que se possa afirmar o dolo.⁷⁴

No entanto, esta exigência da cognoscibilidade veio na sua dimensão negativa, criar algumas dificuldades no preenchimento do ilícito nomeadamente naqueles casos em que, na falta de indícios claros sobre o dissentimento da vítima, ou existindo apenas indícios mínimos, veem-se processos a serem terminados com fundamento no *in dubio pro reo*, acarretando ainda consigo o problema de a vítima ter de se ver novamente na situação constringedora e dolorosa de relembrar o acontecido no âmbito do processo, culminando isto numa vitimização secundária e, em vão.⁷⁵

Ainda no âmbito da prática dos actos contra a vontade cognoscível, diz-nos o Doutor Pedro Caeiro que é possível reconhecer-lhe duas funções: a primeira funda-se no facto de ao exigir-se o dissentimento da vítima ao invés do constrangimento, concentra-se o risco na conduta da vítima perante o acto, isto é, é mediante o dissentimento da vítima que se impõem os limites da conduta do agente e por isso, qualquer acto praticado no seu sentido contrário, constituirá uma transposição da fronteira do risco proibido.⁷⁶ A segunda função passa pela condição da cognoscibilidade daquele dissentimento, que acaba por impedir a fomentação processual de certos casos que muito provavelmente iriam culminar numa absolvição do agente por erro relevante sobre a factualidade típica.⁷⁷

Assim sendo, como pudemos verificar, a solução criada pela lei alemã por forma a tutelar de forma mais abrangente a liberdade sexual das vítimas da prática do crime de violação, acabou por pecar na exigência da cognoscibilidade do dissentimento, que na prática determina uma imposição, um tanto discutível,⁷⁸ pois apesar de a vítima até ter expressado o seu dissentimento, ficará sempre à mercê da possibilidade prevista na lei de o

⁷⁴ CAEIRO Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p.19.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Idem*, pp. 19 e 20.

⁷⁷ *Idem*, p. 20.

⁷⁸ Citando Pedro Caeiro “(...) A doutrina tem criticado certas dimensões deste dispositivo, apelidando de “mistério” o motivo pelo qual a punibilidade da conduta há-de depender da vontade contrária *cognoscível*, quando o agente *tem, de qualquer modo, de representar a recusa interna* do acto da vítima, nos termos do §15 do StGB (para afirmação do dolo).”, CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...), *ob. cit.*, p.19.

agente o ter entendido ou não, o que estreitará o caminho da promoção processual em casos de difícil prova da cognoscibilidade, deixando-os à partida, perante uma tutela um tanto questionável. Mais adiante, faremos uma análise detalhada sobre a aplicação prática deste paradigma do dissentimento na lei alemã.

5. Análise do artigo 164.º do Código Penal

Damos início a este capítulo citando Vera Lúcia Raposo, que escreveu: “Após um período de “trevas”, temos hoje uma codificação centrada na liberdade sexual. Esta liberdade – a qual constitui uma das vertentes do bem jurídico geral “liberdade pessoal” – assume vital importância, na medida em que a sexualidade é um dos mais relevantes domínios da vida dos indivíduos e possibilita-lhes a razão plena como ser humano.”⁷⁹

Assim, como já se havia referido no ponto 1 “– Breve referência à evolução histórica do crime de violação no Direito Penal Português”, foram várias as alterações realizadas a fim de construir um tipo de ilícito que tutelasse efectivamente o bem jurídico ofendido – a liberdade sexual.

Além disso, com a adopção da Convenção de Istambul surgiu também na ordem interna portuguesa, assim como nos demais Estados que a ratificaram, a necessidade de legislar de acordo com as obrigações apresentadas ao cumprimento da Convenção.

De todas as modificações feitas ao nível da legislação penal sobre a criminalidade sexual em Portugal, nomeadamente sobre o artigo 164.º do Código Penal, a mais recente ocorreu pela Lei n.º101/2019 de 6 de setembro, da qual resultou a seguinte versão actual do crime de violação:

1- Quem constringer 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.

⁷⁹ 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. 933.

2 - *Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:*
a) *A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou*
b) *A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;*
é punido com pena de prisão de três a dez anos.
3 - *Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respectivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.*

O bem jurídico que se visa tutelar pelo ilícito do artigo 164.º é, indubitavelmente, o bem da liberdade sexual. Neste sentido, temos que a liberdade sexual se traduz na “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”.⁸⁰

Desta forma, o artigo 164.º, na sua versão actual, procurou tutelar na sua globalidade as situações que inflijam veementemente um dano ou restrição à liberdade sexual das vítimas. Ademais, é também através da liberdade sexual que se efectivará o princípio da dignidade da pessoa humana. Não falamos aqui da dignidade ligada à moralidade e aos bons costumes, que no caso, remontará à época em que os crimes sexuais eram tidos como crimes que tornavam a mulher impura e por isso lesivos da propriedade do seu marido ou pai. Falamos em dignidade humana no sentido de nenhum ser humano ter de se ver reduzido à condição de mero objecto para satisfação de intentos libidinosos de outrem, existindo uma barreira intransponível, que garante a todos, pelo simples facto de existirem, uma igualdade de direitos, irrenunciáveis e indisponíveis.⁸¹

Terminadas algumas considerações sobre o bem jurídico protegido, cabe agora analisar os elementos que constituem o ilícito de violação do artigo 164.º do nosso Código Penal.

Começaremos por indagar sobre o que se entende por “constrangimento”, previsto no n.º1 e n.º2 do artigo 164.º, seguindo-se o estudo do conceito de “violência” e “ameaça grave”, previstos no n.º2 daquele, bem como a “vontade cognoscível” prevista no recente n.º3.

⁸⁰ *Idem*, p.937.

⁸¹ MELO, Roberto Matias da Silva, “O princípio da dignidade da pessoa humana como limite constitucional da liberdade de trabalho e profissão”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017, p.10.

Sobre o constrangimento, diz-nos o Doutor Jorge de Figueiredo Dias que tal conduta típica se traduz num “acto de coacção, imediatamente dirigido à prática, activa ou passiva, de um acto sexual de relevo.”⁸² O constrangimento assenta essencialmente numa imposição da vontade do agente à vontade da vítima, suprindo-a. Citando também o Doutor Pedro Caeiro, “é obrigar outra pessoa a praticar ou a sofrer um acto sexual contra a sua vontade.”⁸³

Ainda na linha de pensamento de Figueiredo Dias, aliada à coacção tem de existir uma finalidade, operando desta forma a coacção como um meio para cumprir o fim daquela conduta: a prática do crime de violação.

Note-se que, pela alteração efectuada pela Lei n.º101/2019, a verificação do ilícito de violação fica sempre adstrita ao exercício de constrangimento sobre a vítima, seja por meio de violência ou ameaça grave, como prevê actualmente o artigo 164.º, n.º2, seja por qualquer outro meio⁸⁴, desde que contra a vontade cognoscível da vítima, nos termos do artigo 164.º, n.º1 e n.º3 do C.P.

Em síntese, as alterações efectuadas pela Lei n.º101/2019 ao artigo 164.º, consolidaram no dissenso o elemento basilar da norma.⁸⁵ Assim José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro “O meio utilizado será objectivamente típico sempre que tiver *causado* a prática de um acto sexual de relevo em *dissintonia* com a vontade da vítima.”

Mas a leitura do actual artigo 164.º, especialmente do seu ponto n.º1, não fica por aqui. Há agora uma necessidade de interpretá-lo sempre de acordo com o n.º3, criado pelo legislador em 2019. Isto porque, na explicitação do que deve o intérprete entender sobre o constrangimento do n.º1, acresce um elemento novo – a vontade cognoscível.

Este recente conceito, inspirado na lei alemã e sobre o qual faremos uma análise mais profunda no ponto seguinte deste trabalho, traduz-se essencialmente na necessidade de a vítima exteriorizar, de alguma forma, a sua vontade contrária à prática dos actos, seja pela expressão de um “não”, ou por outras formas que indiquem que seria compreensível para o agente perceber que a vítima não queria a prática daqueles actos, por exemplo, através de choro, da linguagem corporal, entre outros.⁸⁶

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo “*Comentário Conimbricense ao Código Penal (...)*”, *ob. cit.*, p.724.

⁸³ CAEIRO, Pedro, em “Observações sobre a projectada reforma (...)” *ob. cit.*, p.12

⁸⁴ “Por exemplo, a ameaça que não possa ser considerada grave, mas que é suficiente para coartar a vontade da vítima” CAEIRO, Pedro, em “Observações sobre a projectada reforma (...)” *ob. cit.*, p.11.

⁸⁵ MOURAZ, José Lopes e Tiago Caiado Milheiro, em “Crimes sexuais: análise (...)” *ob. cit.*, p.68.

⁸⁶ 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.13.

Outra nota a fazer ao analisar o artigo 164.º, n.º2 do Código Penal, reside no constringimento por meio de violência ou ameaça grave. Por violência entende-se, para efeitos da prática do crime de violação, qualquer meio seja de índole física, psicológica ou emocional, iminente ou latente⁸⁷, que restrinja a livre vontade da vítima. De acordo com Figueiredo Dias a violência pode enquadrar-se em três momentos diferentes: antes da prática do acto sexual, durante ou logo após o início do acto, quando neste caso, é usada como forma de impedir a oposição da vítima.⁸⁸ Ademais, acrescenta a ideia de que a violência poderá ser dirigida contra a própria vítima ou contra um terceiro com relações de parentesco ou afetivas com aquela, tornando assim a ameaça num meio idóneo a consumir o acto sexual contrário à vontade da vítima.⁸⁹

Inês Ferreira Leite afirma que o conceito de violência não deveria trazer à colação grandes dúvidas, pelo que encerrará em si tanto a violência já exercida sobre a vítima (violência de facto)⁹⁰, como a violência exercida sob coacção (ameaça de violência).⁹¹

Já no que concerne ao conceito de ameaça grave, previsto também no artigo 164.º, n.º2, este traduz-se numa acção verbal, escrita ou gestual, que encerra em si o fim de causar na vítima um medo de um mal ou perigo se esta não praticar o acto sexual.⁹²

Todavia, a idoneidade da ameaça ou comportamento violento que constrangeu a vítima à prática do crime de violação, será sempre avaliada tendo em conta as circunstâncias do caso decidendo, nomeadamente a natureza do acto, o modo de execução, características da própria vítima e também do agressor.⁹³

Ora, um problema que há muito havia sido debatido na nossa doutrina e jurisprudência nacional, bem como a nível internacional, assentava na dúvida de determinar se exercício de constringimento, que como tal, serve de pressuposto base de que a vontade da vítima foi compelida, seria bastante para que, aliado à prática do acto sexual, estivesse preenchido o ilícito de violação ou se, o artigo 164.º do C.P, ainda que prevendo a prática do crime de violação por outros meios para além dos que até há pouco tempo eram

⁸⁷ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, em “Crimes sexuais análise (...)” *ob. cit.*, p.91.

⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo “*Comentário conimbricense do Código Penal (...)*” *ob. cit.*, p.726.

⁸⁹ *Ibidem*, p.726.

⁹⁰ LEITE, Inês Ferreira “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 21.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal (...)*” *ob. cit.*, p.727.

⁹³ MOURAZ, José Lopes e Tiago Caiado Milheiro, em “Crimes sexuais análise (...)” *ob. cit.*, p.91.

considerados como típicos, não se basta pela simples verificação da falta de vontade da vítima na prática dos actos sexuais, devendo existir algo mais.

Sobre esta questão, ensina-nos o Doutor Figueiredo Dias, que não seria suficiente que os actos descritos no artigo 164.º tivessem sido praticados contra a vontade cognoscível da vítima, para que haja integração do tipo objectivo de ilícito.⁹⁴ O Autor, ainda que admitindo que a prática dos actos sexuais de relevo contra a vontade, constitui uma limitação da liberdade sexual daquela, entende - argumentando sobre o carácter fragmentário da tutela penal - ser necessário que o constringimento tenha ocorrido através de algum dos meios típicos de coacção, como a violência, ameaça grave ou colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir. Assim, a prática de actos sexuais perante o dissentimento da vítima, sem que se tenha usado algum daqueles meios de coacção, não integraria a prática de um crime de violação.⁹⁵

Em sentido divergente, Maria Clara Sottomayor já pugnava pela manutenção do artigo 164.º do Código Penal no sentido de constituir o uso de violência física como uma circunstância agravante, preceituando o crime de violação como um crime cuja letra da lei deve prever a falta de consentimento como um acto de violência em si, negando também qualquer tese que exija às vítimas resistência para que se considere verificado o tipo de ilícito.⁹⁶

Nas palavras da Autora, no âmbito de uma anotação crítica feita a um polémico acórdão da nossa jurisprudência, temos que “Admitir, como o acórdão comentado e a doutrina dominante, que sexo contra a vontade da mulher, sem o recurso a violência física adicional ao acto sexual e sem luta ou debate entre agente e vítima, não é crime, representa uma concepção da sexualidade, em que a mulher ocupa a posição de um objecto, porque a sua autonomia como pessoa e as suas palavras não merecem valor nem consideração.”⁹⁷

Hoje, esta divergência já se encontra dissolvida. Clarificou-se na letra da lei, pelas mais recentes alterações ao artigo em estudo, nomeadamente as que operaram no ano de 2015 e de 2019, a rejeição das convicções doutrinárias de acordo com as quais o crime de violação é um crime de prática essencialmente violenta, pressupondo por isso, actos de agressividade pelo agente e em contraponto, actos de resistência física da vítima. Verificou-

⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal (...)” *ob. cit.*, p. 725.

⁹⁵ *Ibidem*, p.725.

⁹⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara; “O conceito legal de violação: um contributo (...)” *ob. cit.*, pp.283 e 284.

⁹⁷ *Ibidem*.

se assim, um progresso neste campo. Contudo, não podemos afirmar que o legislador tenha acolhido uma concepção assente exclusivamente na falta de consentimento da vítima, como as mais recentes propostas legislativas apontavam, antes sim no constrangimento, seja ele por meios violentos ou por qualquer outro meio⁹⁸ desde que contra a vontade cognoscível da vítima.

Citando o Doutor José Mouraz Lopes “a reforma de 2019 veio evidenciar de forma cabal uma vontade do legislador, plasmada na lei, no sentido de atribuir ao *dissenso* o papel de elemento chave no tipo de violação (artigo 164.º, n.º1 e n.º3) (...) sublinha-se o *dissenso* como elemento típico com o propósito assumido de “alertar” que o *constrangimento* “radica” na *contrariedade à vontade (cognoscível) da vítima* (...) Ao firmar no n.º1 comportamentos que antes se poderiam enquadrar no n.º2, mantendo-se a mesma punição a mensagem foi clara. A penetração (cópula, coito anal, introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos) *contra a vontade da vítima* consubstancia um constrangimento que demonstra por si a violação.”⁹⁹

Chegados até aqui e ainda que se possa compreender, de certo modo, as teses que concebem a prática do crime de violação por algum dos meios elencados no n.º2 do artigo 164.º do C.P, aliada ainda ao requisito de resistência da vítima, pois bem sabemos que o crime em estudo detém em si alguma dificuldade probatória e por isso, aqueles dois critérios cumulativos, serviriam de base para que se visse limitada a promoção processual de casos ambíguos, estas devem ser frontalmente rejeitadas tendo em conta a situação de desprotecção e desigualdade em que se colocariam as vítimas que ao serem constrangidas à prática de actos sexuais, não conseguem insurgir-se contra o agente e também aquelas que se viram constrangidas àquela prática por outros meios que não os previstos no artigo 164.º, n.º2 do C.P, embora igualmente idóneos.

Cabe assim finalizar este capítulo ressaltando com convicção o empenho do legislador português em clarificar, definitivamente, que o crime de violação não se concebe apenas mediante o exercício violento do constrangimento sobre a vítima, silenciando finalmente alguns fantasmas que assombravam a tutela da criminalidade sexual portuguesa, pela marginalização das vítimas de crimes de violação sempre que não se demonstrassem sinais claros sobre a idóneidade do constrangimento do agente (designadamente por

⁹⁸ “(...) por exemplo, a ameaça que não possa ser considerada grave, mas que é suficiente para coartar a vontade da vítima” CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projectada reforma (...)”, *ob. cit.*, p.11.

⁹⁹ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, em “Crimes sexuais: análise (...)” *ob. cit.*, p.86.

violência e ameaça grave) e por vezes, até da própria conduta da vítima (se ofereceu resistência física ao acto).

Hoje, o entendimento é óbvio: o constrangimento, acima de tudo, traduz-se no acto de obrigar a vítima à prática sexual contra a sua vontade. Está “plasmada uma ligação umbilical entre constrição e (ausência de) vontade da vítima.”¹⁰⁰, pese embora a criação de um novo um ónus de exteriorização da vontade da vítima, bem como a sua cognoscibilidade por parte do agente, que analisaremos no ponto seguinte.

5.1. A vontade cognoscível na lei penal portuguesa (artigo 164.º, n.º3)

Como já havia sido mencionado, a alteração ao artigo 164.º do Código Penal levada a cabo pela Lei n.º101/2019, teve como principal escopo estabelecer uma harmonia normativa com o artigo 36.º da Convenção de Istambul, segundo a qual o crime de violação é um crime praticado sem o consentimento da vítima.

Antes desta modificação, retirava-se da leitura do antigo preceito do artigo 164.º, a ênfase da prática do crime de violação pelo constrangimento, não existindo nenhuma referência expressa por parte da lei sobre o consentimento ou dissentimento da vítima quanto àqueles actos. De acordo com José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, antes da alteração efectuada pela Lei n.º101/2019, existia uma ressaltação da acção de coagir e por isso, a execução do crime dependeria de qualquer comportamento apto a constranger a vítima à prática sexual.¹⁰¹

Com a Lei n.º101/2019, alterou-se a ordem dos n.º1 e n.º2 do artigo 164.º do C.P e foi-lhe aditado um novo n.º3, no qual se estabeleceu a definição de constrangimento para efeitos do n.º1, acolhendo-se pela primeira vez na lei portuguesa, o conceito de vontade cognoscível.

Assim, cingindo-nos ao novo n.º3 que agora analisaremos, este prevê o seguinte:

“(...) 3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.”

¹⁰⁰ LOPES José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, em “Crimes sexuais: análise (...)” *ob. cit.*, p.68.

¹⁰¹ *Idem*, p.67.

Ora, numa primeira acepção, não poderemos afirmar que o legislador tenha alterado o modelo do constrangimento, substituindo-o por outro, já que ainda é exigido na letra do artigo 164.º, que o agente actue exercendo um constrangimento sobre a vítima para a prática dos actos.

Acontece que, numa tentativa de esclarecimento das várias dúvidas e críticas feitas pelo GREVIO¹⁰² aquando da elaboração do seu Relatório¹⁰³ sobre a legislação portuguesa em matéria de criminalidade sexual, no qual se recomendava a Portugal a manutenção do “constrangimento” previsto no artigo 164.º do Código Penal, o legislador ao invés de alterar o modelo do constrangimento, decidiu dar-lhe uma maior amplitude na letra da lei, clarificando-o neste novo n.º3.

Agora, salienta-se a vontade contrária como o ponto basilar da incriminação dos actos previstos no artigo 164.º, explicitando-se o dissenso como elemento estrutural da norma.¹⁰⁴ Desta forma, a acção de constranger será, em todo o caso, qualquer uma desde que dela resulte a prática dos actos contra a vontade da vítima.

Na perspectiva de José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, a nova redacção do artigo 164.º, “cumprе em termos de literalidade a Convenção de Istambul, onde se impõe a criminalização de atos não consentidos, sendo de interpretar “*não consentidos*” como aqueles actos praticados contra a vontade da vítima.”

Cabe-nos agora, o estudo do que se deve entender por “*contra a vontade cognoscível da vítima*”.

Ora, temos que “*contra a vontade*”, englobará todas as situações em que a prática sexual não corresponde à vontade real da vítima, devendo-se isso ao facto de esta intimamente não querer aquela prática ou ao facto de não ter capacidade de demonstrar a sua vontade de forma consciente.¹⁰⁵ Note-se que, afirmam e bem os Autores supramencionados que num crime de violação, o consentimento deve ser analisado para lá da existência ou não de prova directa, por forma a aferir sobre a vontade livre da vítima. Quer isto dizer que deverão sempre ser avaliadas as circunstâncias envolventes do caso, como por exemplo, a vulnerabilidade da vítima, o contexto social ou outras circunstâncias que possam diminuir a sua capacidade de expressar uma vontade consciente, de acordo com a Convenção de

¹⁰² Group of Experts on Action against Woman and Domestic Violence.

¹⁰³ Relatório Grévio, disponível em <https://rm.coe.int/grevio-report-on-portugal/168091f16f>

¹⁰⁴ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro em “Crimes sexuais: análise (...)” *ob. cit.*, p. 68.

¹⁰⁵ *Idem*, p.70.

Istambul, no seu artigo 36.º, n.º2, bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (acórdão MC vs. Bulgária, de 4 de dezembro de 2003).¹⁰⁶ Assim, o consentimento nos crimes sexuais deverá preencher sempre dois requisitos cumulativos: ser manifestado, seja por palavras ou actos, por forma a que se possa afirmar pela sua cognoscibilidade e deverá ainda resultar de uma vontade séria, livre e esclarecida, sendo que esta última terá de ser avaliada de acordo com as circunstâncias do caso – só assim podemos afirmar estar perante um consentimento relevante.¹⁰⁷

Será necessário, que para além da existência do dissentimento da vítima (a sua vontade contrária demonstrada), se preencha também o requisito da cognoscibilidade: o agente deveria saber que aquela vontade estava limitada ou condicionada ou que a vítima nem sequer se encontrava em condições de manifestar a sua real vontade.¹⁰⁸ Assim, mesmo nas situações em que a vítima dá expressamente o seu assentimento, quando avaliadas as circunstâncias concretas, poderá concluir-se que aquele não é livre e esclarecido¹⁰⁹, não correspondendo por isso à sua vontade real. Também se afirmará pela cognoscibilidade da vontade contrária da vítima quando o agente sabe que a vítima não se encontra em condições de expressar conscientemente a sua vontade.¹¹⁰

No entanto, o incremento da vontade cognoscível na lei portuguesa, não é totalmente unânime. Trata-se de um conceito recente na nossa criminalidade sexual, cuja influência veio indubitavelmente do direito penal alemão, mais concretamente do artigo §177 do StGB.

A questão controversa reside essencialmente no facto de a figura da vontade cognoscível ter sido criada no âmbito da adopção, por parte da lei alemã, do modelo do dissentimento. Por sua vez, em Portugal, o nosso legislador mantém o modelo do constrangimento, pelo que o conceito de vontade cognoscível inserido num modelo destes poderá causar alguma dubiedade.

Há uma distinção clara entre a punição do crime de violação segundo uma concepção fundada no dissentimento e a concepção fundada no constrangimento.

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ *Idem*, p.72.

¹⁰⁹ *Idem*, p.70.

¹¹⁰ *Ibidem.*

Quando se afirma no tipo legal, que o crime de violação se efectiva mediante a prática de actos contra a vontade da vítima, a modalidade da acção típica é a prática dos actos.¹¹¹ Já quando o tipo legal está construído segundo o modelo do constrangimento, a modalidade da acção típica assenta no uso de meios que levaram a vítima à prática dos actos sexuais.¹¹² Desta forma, ao se acolher um modelo do dissentimento, parte-se da premissa inequívoca de que a conduta no crime de violação é desvaliosa porque é contra a vontade da vítima, sendo que a vontade parte de algo interior, constituindo por isso, um elemento subjectivo.¹¹³

Ora, precisamente porque uma construção assente no dissentimento da vítima pressupõe necessariamente que o desvalor da conduta passe por um elemento subjectivo, o legislador alemão determinou como essencial a vinculação de um elemento objectivo ao tipo legal, concretizando dessa forma, o elemento subjectivo da norma.¹¹⁴ Surgiu assim, no artigo §177 do StGB a "*erkennbarer Wille*"¹¹⁵ – a vontade cognoscível da vítima. Desta forma e como já vimos, a incriminação não se bastará pela vontade contrária da vítima (elemento subjectivo), reconhecendo-se como essencial também, a cognoscibilidade por parte do agente daquela vontade (elemento objectivo).

Parece-nos, no entanto, que a necessidade de criação da vontade cognoscível que o legislador alemão encontrou ao acolher o modelo do dissentimento, não foi encontrada pelo nosso legislador quando aditou este conceito ao n.º3 do artigo 164.º do C.P.

Creio aliás, que o entendimento formado por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro¹¹⁶ sobre a intervenção de Pedro Caeiro no parlamento,¹¹⁷ na qual este afirmava sobre a necessidade de a vontade contrária da vítima ser cognoscível aquando da prática do crime de violação, não poder ser enquadrada nem sustentada na temática do nosso artigo 164.º. Na minha leitura, depreendo que o Doutor Pedro Caeiro ao referir-se ao conceito de vontade cognoscível, clarificando-o e justificando pela sua necessidade, fê-lo nitidamente no âmbito da abordagem ao modelo do dissentimento, não sendo claro nas suas palavras que estaria a pugnar pelo carecimento deste conceito no artigo 164.º do Código Penal Português.

¹¹¹ CORREIA, Liliana Gomes, "As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais (...)" *ob. cit.*, p.13.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Idem*, p.14.

¹¹⁵ Artigo §177 do StGB.

¹¹⁶ Sobre este entendimento, LOPES, José Mouraz e TIAGO CAIADO MILHEIRO, "Crimes sexuais: análise (...)" *ob. cit.*, p.71.

¹¹⁷ Consultar o texto escrito por Pedro Caeiro, "Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica", junho de 2019.

Antes da alteração efectuada pela Lei n.º101/2019, já o modelo do constrangimento vertido na lei portuguesa exigia, ainda que implicitamente, que a recusa da vítima fosse demonstrada, pois só assim se poderia sustentar a afirmação de que o agente conhecia a real vontade da vítima, verificando-se o dolo no tipo subjectivo.¹¹⁸

Na visão de Liliana Gomes Correia, o acolhimento do conceito de vontade cognoscível na nossa lei, além de ter trazido alguns dissabores como a criação de um ónus de exteriorização da vontade contrária da vítima¹¹⁹ ou a indagação sobre um duplo significado do constrangimento, já que a associação da vontade cognoscível da vítima ao constrangimento, de acordo com o n.º3 do artigo 164.º, valerá apenas nos termos do n.º1 do mesmo artigo, não se igualando ao constrangimento previsto no n.º2, cometido por meios violentos¹²⁰, demonstrou-se também como um “esforço tanto ou nada imerecido”¹²¹ quanto à tentativa de responder à discordância do GREVIO sobre a manutenção do constrangimento na lei portuguesa, uma vez que este se mantém.

Posto isto, as opiniões sobre esta recente alteração ao artigo 164.º do C.P, dividem-se.

No meu humilde ponto de vista, o aspecto positivo retirado desta controversa alteração consubstancia-se numa valoração explícita do papel da vontade da vítima na norma do crime de violação. Como referem José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, ainda que o constrangimento pressuponha uma contrariedade da vontade da vítima, antes da Lei n.º101/2019, a fronteira da tutela criminal da violação da liberdade sexual não estava alicerçada no dissenso da vítima à prática sexual.¹²²

No entanto, é compreensível a objecção segundo a qual o actual artigo 164.º abarca uma numerosidade grande de conceitos, transparecendo aos intérpretes da lei que o legislador português criou um Modelo Híbrido¹²³, resultado da unificação de conceitos como o constrangimento e a vontade cognoscível na mesma norma. Ademais, parece-me que a

¹¹⁸ CORREIA, Liliana Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais (...)” *ob. cit.*, p.14.

¹¹⁹ Sobre a exigência deste ónus, já o Doutor Pedro Caeiro, ainda antes da alteração efectuada pela Lei n.º101/2019 ao artigo 164.º, constatava como sendo uma dificuldade patente do modelo do dissentimento alemão, que tornava o preenchimento do ilícito mais exigente (o que não se verificava no nosso modelo do constrangimento, previsto na redação anterior), “Observações sobre a projectada reforma (...)” *ob. cit.*, p.19.

¹²⁰ CORREIA, Liliana Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais (...)” *ob. cit.*, p.15.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² LOPES, José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais: análise (...)” *ob. cit.*, p.67.

¹²³ CORREIA, Liliana Gomes, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais (...)” *ob. cit.*, p.16.

introdução do conceito de vontade cognoscível justificaria-se como uma alteração coerente se o legislador tivesse acolhido o modelo do dissentimento, o que não se verificou, já que a lei ainda exige a prática de um acto de constrangimento, embora agora expressamente vinculado à vontade da vítima.

Embora compreenda, que a alteração efectuada pela Lei n.º101/2019, veio traçar um novo caminho pelo qual o dissentimento se vislumbra essencial na configuração do crime de violação, creio na minha humilde percepção, que poderá falhar na tutela do bem jurídico quando a vontade da vítima não possa ser considerada cognoscível, isto é, quando não houve dissentimento expresso por palavras ou por outro comportamento como o choro, por exemplo, ou até mesmo quando existindo dissentimento, não se vê preenchido o requisito da cognoscibilidade pelo agente, por falta de prova.

Aqui, poderão ver-se desconsiderados os casos, não tão raros, de impossibilidade de manifestação do dissentimento, em que a vítima petrificada pelo mal que lhe está a acontecer, assume uma atitude passiva, não por indiferença, mas tantas vezes por temor. Claro que, todavia, se poderá advogar que em situações idênticas à descrita supra, seriam sempre avaliadas em função das suas particularidades e que por isso, não seriam afastadas da tutela do artigo 164.º do Código Penal Português. Neste sentido, José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, fazem menção sobre a importância de avaliar as circunstâncias envolventes do caso, considerando-as como factos instrumentais e determinantes para a decisão da existência ou não de dissentimento por parte da vítima.¹²⁴ Embora concorde em pleno com o que ambos os Autores pugnam, não logrando sequer por um pensamento diferente, creio que existirá um risco associado que recai sobre a possibilidade de em tribunal, as interpretações feitas à luz do artigo 164.º, n.º3 do C.P, conjuntamente com as circunstâncias envolventes do caso exemplificado, resultem em decisões pouco consentâneas.

Todavia, exceptuando este exemplo, compreendo o entendimento pelo qual se impõe a todos, um dever de proteger minimamente os nossos direitos e liberdades, o que no caso do crime de violação se traduz no ónus de a vítima demonstrar o seu dissentimento quanto à prática dos actos. No entanto, entendo que se o legislador determinou este ónus, deve pelo menos certificar-se de que estende também a sua tutela aos casos em que a vítima não pôde cumpri-lo, mas ainda assim, não quis a prática a que foi sujeita. Se até à alteração efectuada

¹²⁴ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “Crimes sexuais: análise (...)” *ob. cit.*, p.71.

pela Lei nº83/2015, o acto de constranger bastava, hoje, além de ser sujeita ao constrangimento, terá a vítima de demonstrar a sua verdadeira vontade, podendo esta nem sequer vir a ser provada como sendo cognoscível pelo agente.

Posto isto, também me parece claro que a evolução da concepção dos crimes sexuais, pressupõe em contraparte, uma evolução de conduta sobre os mesmos. Desta forma, entendo que do mesmo modo que cabe a uma das partes acautelar os seus interesses, manifestando a sua vontade, seja ela contrária ou favorável, caberá à contraparte indagar sobre os casos que lhe parecem duvidosos, como por exemplo aqueles em que não existindo dissentimento, não há também cooperação no decorrer dos actos, não se podendo afirmar, a meu ver, por uma vontade inequívoca. Natural é que uma relação sexual não preencherá os requisitos de um casamento onde se espera a sua formalização através de um “sim” de ambas as partes, no entanto, isto não exclui, uma obrigação de cuidado que deveria existir.

Este dever, no meu humilde ponto de vista, situa-se não só no contexto de zelo pela nossa própria liberdade sexual, como também na assunção de uma conduta diligente quanto à liberdade sexual da outra parte.

6. A tutela da lei alemã e da lei portuguesa no crime de violação: uma análise comparativa

De modo a concretizar melhor tanto o modelo português, baseado no constrangimento, como o modelo alemão, assente no dissentimento da vítima nos crimes de violação, iremos realizar uma breve análise sobre a aplicação prática de ambos, apurando desta forma tanto os aspectos positivos e negativos do acolhimento de qualquer um deles.

Como já se verificou, a alteração efectuada em 2019 na lei portuguesa sobre os crimes sexuais, concretamente sobre o crime de violação, determinou o que há muito já era expectável – uma reordenação dos tipos legais e atribuição ao dissenso o papel de elemento chave no tipo de violação.¹²⁵

¹²⁵ Sobre isto, citando José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro: “Sublinha-se o *dissenso* como elemento típico com o propósito assumido de “alertar” que o *constrangimento* “radica” na *contrariedade à vontade (cognoscível)* da vítima.” em “Crimes sexuais: análise (...)”, *ob. cit.*, p. 86.

Na lei alemã, como vimos, não é necessário que o agente actue constringendo a vítima à prática dos actos, bastando-se que a prática seja contra a vontade cognoscível daquela.

Ora, na lei portuguesa, reconhecemos algumas semelhanças entre o novo n.º3 do artigo 164.º e o §177 do StGB, já que em ambos se impõe a verificação dos actos contra a vontade cognoscível da vítima, ainda que de acordo com o modelo vigente em Portugal, tal vontade seja sempre coartada por um acto de constringimento do agente.

Desta forma, seria legítimo afirmar que o modelo português construído com base no constringimento, teria a mesma aplicação e tutela que um modelo construído segundo a tese do dissentimento e assim será, no seu essencial, mas não no seu todo.¹²⁶

Como nos ensina o Doutor Pedro Caeiro, é inegável a constatação da diferença existente entre a conduta punível segundo o dissentimento e aquela que se pune pelo constringimento. Na primeira, uma vez que se baseia numa disposição interior da vítima, isto é, na sua vontade, é na própria prática dos actos que reside a punição (exceptuando-se aqui os actos praticados com terceiro), já o constringimento que tem por base a conduta do agente, pune os actos de intromissão na vontade da vítima, designadamente por meio de ameaça, violência, pressão, entre outros.¹²⁷

Feitas algumas considerações gerais sobre ambos os modelos, cabe agora determinar qual a aplicabilidade do modelo alemão, assente no dissentimento da vítima.

Assim, segundo a lei alemã, pelo artigo §177 do StGB, será punido pela prática de um crime de violação quem:

1. Contra a *vontade cognoscível* de outra pessoa, *praticar* actos sexuais com ela ou a *fazer praticar*, ou a *determina a praticar* ou a *suportar* actos sexuais com outrem.¹²⁸
2. Realizar actos sexuais com outra pessoa ou a *fazer praticar*, ou a *determina a praticar* ou a *suportar* actos sexuais com outrem quando:¹²⁹
 - se aproveita do facto de a pessoa ser *incapaz de formar* ou *expressar* a sua vontade contrária;¹³⁰

¹²⁶ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)”, *ob. cit.*, p.22.

¹²⁷ *Idem*, p.23.

¹²⁸ *Idem*, p.24.

¹²⁹ Com base na tradução do artigo §177 do StGB, feita pelo Doutor Pedro Caeiro em “Observações sobre a projectada reforma (...)” e também na tradução realizada por mim do artigo §177 do StGB, disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

¹³⁰ Tradução realizada por mim do artigo §177 do StGB, disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

- se aproveita do facto de a pessoa estar significativamente *restringida na formação ou expressão* da sua vontade devido ao seu estado físico ou psicológico, a menos que se tenha assegurado do consentimento dessa pessoa;¹³¹
- se aproveita de um *momento de surpresa*;¹³²
- Explora uma situação em que a vítima é *ameaçada com um mal sensível em caso de resistência* ou¹³³
- Compeliu a vítima a cometer ou tolerar o acto sexual, *ameaçando-a com um mal sensível*;¹³⁴

Como se pode perceber, quando a lei alemã determinou o abandono do modelo do constrangimento, abarcando por sua vez o modelo do dissentimento, fê-lo de forma zelosa. Destarte, procurou determinar de forma precisa o que se deveria entender sobre a contrariedade da vontade da vítima, delimitando para isso as chamadas “zonas cinzentas”, aqueles casos em que a lei é imprecisa quanto à tutela a prestar, dada a ambiguidade dos mesmos. Referimo-nos às situações já mencionadas supra, em que não existe da parte da vítima dissentimento (o não), nem consentimento (o sim), remetendo-se aquela ao silêncio.

Ignorando, para já, as várias razões que se poderiam reportar sobre o porquê do silêncio aquando do crime de violação, analisemos para já o modelo apresentado.

Ora regra geral, a lei alemã prevê que qualquer acto sexual praticado após o dissentimento da vítima, isto é, o seu “não”, desde que cognoscível, será punido.

Ademais, preencherá também o ilícito de violação a prática de actos sexuais sempre que e embora não exista um “não” declarado pela vítima, esta se encontre incapaz de expressá-lo ou sequer formá-lo, e o agente apercebendo-se disso, aproveita-se daquela circunstância (§177 (2), nº1 do StGB).

Englobam-se ainda no preenchimento deste ilícito e de forma semelhante (na ausência de um “não” ou de um “sim”), os casos em que a vítima se encontra numa situação em que a formação ou expressão da sua vontade estão limitadas, por razões derivadas do seu estado físico ou psicológico, e por isso, a ausência do seu dissentimento ou consentimento

¹³¹ Tradução realizada por mim do artigo §177 do StGB, disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

¹³² Tradução realizada por mim do artigo §177 do StGB, disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

¹³³ Tradução realizada por mim do artigo §177 do StGB disponível, em <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

¹³⁴ Tradução realizada por mim do artigo §177 do StGB disponível, em <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

(§177 (2), nº2 StGB). Neste caso, o agente não será punido se fizer prova de que se assegurou do consentimento da pessoa.

Por último, também se pune, nos mesmos termos, os casos em que o agente se aproveita de um momento de surpresa (§177 (2), nº3 StGB).

Encontram-se desta forma enquadradas legalmente as situações em que embora não exista uma recusa da parte da vítima, nem se sustente por uma vontade positiva, são merecedoras de tutela por parte do Direito. Mas, o legislador alemão não ficou por aqui.

De acordo com a premissa de que o modelo do dissentimento afirma o desvalor do crime na contrariedade à vontade da vítima,¹³⁵ caracterizou a vontade para além dos casos em que existe um “não” exteriorizado ou em que não se pode confirmar por um “não” ou por um “sim”, prevendo ainda o alargamento da tutela aos casos em que mesmo o “sim” não se traduz necessariamente num afastamento da tipicidade.¹³⁶

Desta forma, praticará ainda um crime de violação quem, ao saber que a vítima é ameaçada por um mal maior caso ofereça resistência aos actos, aproveita tal situação para proceder à prática dos mesmos (§177 (2), nº4), ainda que esse mal maior não seja imputável ao agente.¹³⁷ Assim, mesmo que exista um assentimento, este não valerá. Da mesma forma, também não valerá o assentimento dado quando a vítima o faz devido a ameaças do agente (§177 (2), nº5). Aqui, pretendeu-se dar protecção aos casos em que não obstante até se pudesse afirmar pela verificação de um assentimento, este é meramente aparente e não coincidente com a vontade interna da vítima uma vez que foi influenciada por factores externos que a limitaram.

Como vemos, o modelo do dissentimento consagrado na lei alemã é um modelo que vai para além do que seria “suficiente” acautelar segundo os ditâmes do mesmo, isto é, além da demonstração da vontade negativa da vítima, que incriminaria desta forma os actos sexuais praticados após o dissentimento daquela.

O legislador alemão reconheceu as necessidades existentes na protecção da liberdade sexual mediante o modelo do dissentimento e por isso, foi peremptório na tipificação de casos passíveis de enquadrarem o crime de violação, exactamente por constituírem em si um atentado à vontade da vítima.

¹³⁵ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p.23.

¹³⁶ *Idem*, p.24.

¹³⁷ *Idem*, p.25.

Está aqui exemplificada uma visão ampla sobre a contrariedade da vontade da vítima que não se poderá resumir apenas e só no dever daquela demonstrar o seu dissentimento e de o agente cessar a sua conduta depois disso, englobando-se ainda outras situações em que a vontade contrária existe, ainda que apenas interiormente e não pode ser manifestada pelas mais variadas razões, ou quando existe um assentimento, mas viciado¹³⁸ e por isso, não coincidente com uma vontade verdadeira e livre.

Citando Pedro Caeiro “Com esta solução, a lei alemã reconduz os crimes contra a liberdade sexual ao dissentimento da vítima e, simultaneamente, fecha a porta a infundáveis e difíceis discussões sobre o significado do silêncio e os limites da genuinidade da vontade.”¹³⁹

Cabe-nos agora iniciar a nossa análise comparativa entre a tutela da lei alemã no crime de violação e a que se encontra configurada na lei portuguesa sobre o mesmo.

Em primeiro lugar, devemos olhar para o §177 (2), n.º1, que tutela situações em que o agente se aproveita do facto de a vítima ser incapaz de formar ou expressar uma vontade contrária e perceber se, a lei portuguesa, à luz do artigo 164.º do Código Penal, tutela casos idênticos.

Sobre este artigo e de acordo com Tatjana Hörnle, punem-se casos em que o agente retira proveito do facto de a vítima se encontrar inconsciente, seja devido a coma, anestesia, drogas, álcool ou sono; se também se encontrar num estado em que as suas faculdades mentais e cognitivas são reduzidas por efeitos graves de drogas, psicose ou deficiência mental grave, punindo-se ainda os casos em que a vítima se encontra completamente impossibilitada de se expressar, devido a uma completa paralisia.¹⁴⁰

Ao analisarmos o artigo 164.º do nosso Código Penal, é perceptível que não é dada protecção, pelo menos de forma explícita na letra da lei, a este tipo de casos, em nenhuma das suas alíneas, uma vez que, no seu n.º1, exige-se o constrangimento da vítima à prática dos actos, por qualquer meio, desde que contra a vontade cognoscível daquela (artigo 164º, n.º3).

Ora, se a vítima no caso da alínea em estudo se encontra impossibilitada de expressar a sua vontade, não poderemos sequer falar em vontade cognoscível e por isso, dissentimento.

¹³⁸ *Ibidem.*

¹³⁹ *Ibidem.*

¹⁴⁰ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, 2016, p.7.

Como já foi mencionado, os novos nº1 e nº3 do artigo 164º deram ao dissenso o papel matricial¹⁴¹ na incriminação da conduta do agente, partindo-se agora da premissa que os casos tutelados pelo nº1 do artigo 164º são aqueles em que a vítima dissentindo (contra a vontade cognoscível), vê-se obrigada ainda assim à prática dos actos sexuais de relevo (constrangimento).

Segundo o entendimento do Doutor Pedro Caeiro, esta alínea do StGB encontrará em princípio, paridade na norma do artigo 165.º do Código Penal Português, embora o teor literal de ambas não seja coindicente.¹⁴² Este artigo 165.º prevê as situações em que a vítima não opõe resistência derivado ao seu estado de incapacidade ou inconsciência e por isso, o agente explora aquela situação.

Apesar de se compreender que ambas as normas pretendem abrigar os casos em que a vítima não se encontra num estado dito normal, padecendo de alguma interferência no foro da formação ou expressão da sua vontade, seja por que motivo for, há uma diferença inegável na construção do tipo legal de ambas: o nº1 do §177 (2) do StGB, pune os actos praticados na ausência de vontade da vítima, já o artigo 165.º do nosso Código Penal pune os actos praticados contra a vítima impedida de resistir. Parece-me ser importante perceber o sentido que o legislador português procurou dar ao acto de resistência da vítima. Neste âmbito, foi proferido, pelo Tribunal da Relação do Porto, um acórdão de 10-04-2013, segundo o qual o artigo 165.º do C.P. tutela a liberdade e autodeterminação de pessoas que se encontrem inconscientes ou incapazes de formularem a sua vontade para a prática de actos sexuais de relevo.¹⁴³ Posto isto, embora alguma jurisprudência e doutrina¹⁴⁴ possam interpretar o alcance da norma em análise como uma norma que protege pessoas cuja capacidade de consentir se encontra limitada, creio que se afigura necessária uma clarificação por parte do legislador sobre o que se deve entender por resistência, pugnando por uma manutenção deste artigo no sentido de se esclarecer que, alguém inconsciente não formará nenhuma vontade (seja ela positiva ou negativa), bem como alguém incapaz de formar ou expressar a sua vontade (seja ela positiva ou negativa), não poderá, tão pouco resistir.

¹⁴¹ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro “Crimes sexuais: análise (...)” *ob. cit.*, p.86

¹⁴² CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p.24.

¹⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-04-2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/2d043f7217dcc62b80257b5600379a31?OpenDocument>

¹⁴⁴ A este propósito, o Doutor Pedro Caeiro faz referência ao Doutor Jorge de Figueiredo Dias que já pugnava por uma interpretação neste sentido. Ver nota de pé de página n.º43 em CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p.24.

O segundo caso a analisar é o do nº2 do §177 (2) do StGB, segundo o qual, será punido o agente que se aproveita do facto de a pessoa se encontrar significativamente restringida na formação ou expressão de vontade devido ao seu estado físico ou psicológico, a menos que se tenha assegurado do consentimento daquela pessoa. Tatjana Hörnle afirma que na prática, este artigo será aplicável a casos de intoxicação, deficiências mentais graves e demência.¹⁴⁵

A Autora ressalta ainda a importância de a lei ter configurado a excepção “a menos que se tenha assegurado do consentimento daquela pessoa”, o que veio clarificar o sentido da liberdade sexual positiva, ou seja, a distinção entre o que se considera como decisão autónoma e os meros desejos, uma vez que a decisão autónoma sobre a liberdade sexual exige de alguma forma, competência cognitiva e mental.¹⁴⁶ Ora, desta forma, quem padecer de alguma deficiência mental grave ou de demência, não poderia ter vida sexual já que a sua premissão seria sempre vista como inválida.¹⁴⁷ Assim, o n.º2 do §177 (2) do StGB, estipulou que desde que se prove que a pessoa consentiu os actos, não se preencherá o ilícito, devendo por isso a outra parte certificar e garantir que os actos são aprovados pela pessoa, excluindo qualquer dúvida razoável.¹⁴⁸ Parte-se assim de uma presunção de dissentimento da pessoa, fundada nas limitações de que padece, mas que poderá ser contestada sempre que o agente prove pelo consentimento expresso daquela.¹⁴⁹

A lei portuguesa, por sua vez, não punirá os actos sexuais praticados nestas circunstâncias, já que acolhendo o modelo do constrangimento, se não ficar provada a vontade contrária cognoscível da vítima, o agente não se verá punido.¹⁵⁰ É, de facto pouco prudente exigir a alguém que padece de demência ou de algum tipo de deficiência mental grave, um ónus de garantir que expressa a sua vontade de forma cognoscível em vez de tal obrigação recair sobre a conduta do agente.

Seguidamente, temos os casos em que o agente se aproveita de um momento de surpresa, de acordo com o artigo §177 (2) n.º3. Este tipo de situações encontram tutela também na lei portuguesa, já que atacar alguém sem que esta esteja a contar, constitui

¹⁴⁵ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law on Sexual Offenses”, Humboldt-Universität zu Berlin, 2016, p.7

¹⁴⁶ *Idem*, p.8

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p. 27.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

claramente um acto perturbador e passível de se subsumir na conduta de constrangimento do agente sobre a vítima, vedando logo a priori a possibilidade de a vítima se pronunciar.¹⁵¹

Por último, resta-nos analisar os números 4 e 5 do §177 (2) do StGB e tentar encontrar semelhanças da tutela destes artigos na lei portuguesa.

No n.º4, está previsto um caso segundo o qual o agente explora uma situação em que a vítima é ameaçada com um mal sensível se resistir aos actos sexuais. De acordo com o Doutor Pedro Caeiro, este tipo de situações traduzem-se num vício da vontade da vítima, já que a ameaça daquele mal importante a impede, à partida, de formar uma vontade livre.¹⁵² Note-se, no entanto que tal ameaça de acordo com a previsão daquele artigo não advém do agente. De acordo com Tatjana Hörnle, o n.º4 do §177 (2) do StGB, visa casos em que a vítima é intimidada por um mal grave sem que tenha sido o agente a criá-lo.¹⁵³ Como afirma o Doutor Pedro Caeiro, são casos em que existem “climas de violência”, e por isso, o agente não necessita de repetir ameaças ou condutas de violência aquando da prática dos actos sexuais, devido ao medo já implícito na vítima.¹⁵⁴ No entanto, nestes casos é necessário que se prove que a vítima sentiu efectivamente medo devido ao facto de a ameaça ser objectiva e idónea a causar aquele mal maior à vítima.¹⁵⁵

Relativamente à tutela destas situações na lei portuguesa, existem algumas dúvidas sobre a sua incriminação, já que não é certo que aquelas ameaças possam integrar o conceito de constrangimento por qualquer meio.¹⁵⁶ Embora a nossa lei preveja uma tutela ampla por via do constrangimento mediante qualquer meio empregue à prática dos actos sexuais, contra a vontade cognoscível da vítima, existe uma dificuldade probatória inerente a esta norma. Será difícil de provar que aqueles actos foram praticados mediante um clima de ameaça ou violência que viciou a vontade da vítima, já que grande parte destas situações ocorrem no seio familiar e a prova das ameaças deverá cingir-se àquele caso particular.¹⁵⁷

Ainda referente ao n.º4 do §177 (2) do StGB, temos os casos em que a vítima pratica os actos sexuais com alguém, mas a sua vontade está condicionada por um mal maior que não é imputável a essa pessoa.¹⁵⁸ São exemplos destas situações os casos em que a vítima

¹⁵¹ *Idem*, p. 26.

¹⁵² *Idem*, p.27.

¹⁵³ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law (...)” *ob. cit.*, p.8.

¹⁵⁴ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p. 27.

¹⁵⁵ HÖRNLE, Tatjana; “The New German Law (...)” *ob. cit.*, p.8.

¹⁵⁶ CAEIRO Pedro, “Observações sobre a projetada reforma (...)” *ob. cit.*, p. 27.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 28.

tem relações sexuais com alguém, pois foi ameaçada por um terceiro para o fazer.¹⁵⁹ Assim, a intimidação não advém da pessoa que pratica os actos sexuais com a vítima, mas sim de outra pessoa que garantiu, através da ameaça, que a vítima se veria obrigada àquela prática por receio da verificação do mal maior. A lei alemã incrimina esta conduta de forma a punir aquele que pratica os actos sexuais com a vítima ameaçada para tal, por um terceiro.¹⁶⁰

Em Portugal, a punição de alguém nestes termos não se verifica, uma vez que de acordo com o artigo 163.º (coacção sexual) e o 164.º (violação) do Código Penal, pune-se quem constringe à prática dos actos consigo ou com terceiro, mas não o terceiro que se aproveita desse constrangimento, a menos que se encontrem verificados os requisitos da co-autoria.¹⁶¹

Finalizada a nossa análise comparativa, cujo objectivo era a concretização de dois modelos distintos, embora agora com um elemento em comum – a vontade cognoscível – cabe-nos concluir que, o modelo adoptado pela lei alemã, parece-me, no meu humilde ponto de vista, mais completo, coeso e claro do que o modelo que o nosso legislador criou na sua última alteração ao nosso artigo 164.º do Código Penal. Se até à reforma efectuada pela Lei n.º83/2015 de 05 de agosto, poderíamos afirmar que o modelo alemão em comparação com o nosso, seria um modelo mais exigente na verificação do ilícito pela necessidade de preenchimento do requisito da vontade cognoscível, hoje, desenrola-se o mesmo no nosso ilícito de violação, com a diferença de que o legislador alemão clarificou de forma taxativa os casos ambíguos ou as também designadas “zonas cinzentas”, o que não se verificou entre nós. Desta forma, este género de casos à luz da nossa legislação, apesar de virem a ser tratados segundo uma avaliação relativa às circunstâncias envolventes, não escaparão todavia, à exigência de verificação da vontade contrária da vítima e da sua cognoscibilidade, podendo resultar daqui decisões díspares e pouco consentâneas na nossa jurisprudência.

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ *Ibidem.*

¹⁶¹ *Idem*, pp.28 e 29.

Conclusão

O ponto do qual partimos para a realização desta dissertação centrou-se no artigo 164.º do Código Penal Português, onde está previsto o crime de violação. O objectivo primordial deste estudo passou essencialmente pela análise daquele preceito legal e das várias questões em torno deste, por forma a dar resposta a nossa principal interrogação de saber se a sua actual construção é passível de cumprir a protecção do bem jurídico da liberdade sexual.

Para isso, percorremos um caminho no qual estudamos a evolução legal do crime de violação no ordenamento jurídico português, onde percebemos as diferenças agudas entre este crime na lei portuguesa do passado e na lei actual. É pesado pensar que apenas há cerca de 40 anos atrás, o crime de violação era concebido como uma ofensa à moralidade sexual, não existindo sequer uma visão sobre o bem jurídico da liberdade sexual, nem tão pouco a sua protecção.

Ainda quanto ao estudo da evolução deste crime no nosso ordenamento jurídico, constatei a importância que a Convenção de Istambul teve neste domínio, bem como o empenho do nosso legislador em acompanhar as mudanças que esta acarretou consigo. Destarte, foi necessário compreender que modelo a Convenção de Istambul integrou no seu artigo 36.º, bem como aquele que o nosso artigo 164.º do C.P. prevê, para determinar se Portugal realmente cumpre as exigências daquele instrumento internacional em matéria do crime de violação. Nesta sequência, aprofundamos o nosso estudo quanto ao crime de violação construído conforme o modelo do consentimento e o modelo do dissentimento, através do qual percebemos as diferenças existentes entre estes tanto na incriminação como na tutela do bem jurídico. Analisámos também, de forma mais concreta, o crime de violação no ordenamento jurídico alemão assente no dissentimento, de forma a constatar as particularidades do mesmo, aprimorando assim o nosso conhecimento sobre o paradigma do dissentimento nos crimes sexuais.

Após este percurso, chegámos finalmente ao ponto principal da nossa dissertação: a análise ao artigo 164.º do C.P. Através desta, compreendemos os vários elementos que

constituem aquele ilícito, desde o conceito de constrangimento, de violência e ameaça grave até à mais recente formulação da vontade cognoscível introduzida pela Lei n.º101/2019 de 6 de setembro. Sobre esta última, decidimos escrutinar um pouco mais o seu alcance, não só por ser um conceito recente na nossa lei penal, mas também por suscitar algumas dúvidas quando enquadrada no modelo de constrangimento do artigo 164.º. Aqui salientámos as opiniões favoráveis, como também as contrárias ao seu acolhimento pelo legislador português. A meu ver, esta alteração trouxe uma explicitação na letra da lei de que o crime de violação é um crime praticado contra a vontade da vítima, no entanto, acabou por acarretar consigo alguns dissabores. Entre eles, encontra-se a condição agora imposta de a vítima ter de demonstrar sempre a sua vontade contrária à qual se associa ainda, a necessidade daquela vontade ser cognoscível pelo agente do crime. A partir daqui, poderão surgir algumas decisões pouco coerentes, baseadas a meu ver numa construção pouco categórica do crime de violação.

Clarificou-se a ligação inegável entre acto de constranger e a vontade da vítima, mas ao mesmo tempo, abriu-se um caminho para que situações ambíguas, como aquelas em que a vontade não foi demonstrada - o que não significa necessariamente a aceitação por parte da vítima da prática dos actos - possam vir a ser desconsideradas. Apesar de alguns autores, apologistas desta recente modificação ao artigo 164.º do C.P, pugnarem por uma avaliação indispensável das circunstâncias envolventes do caso, através da qual se poderia chegar à conclusão de que o assentimento dado pela vítima não será verdadeiro, tendo sido viciado, podendo desta forma ver-se preenchido o requisito da vontade contrária da vítima, terá sempre de se ver preenchido também o requisito da sua cognoscibilidade pelo agente, que por sua vez, poderá afirmar que não conhecia a real vontade da vítima.

Neste âmbito, como forma de comparação, procurámos confrontar o modelo adoptado em Portugal no artigo 164.º do C.P. (o constrangimento) com o modelo adotado pelo legislador alemão no artigo §177 do StGB (o dissentimento), que nas suas diferenças encontram algo em comum - a exigência da vontade cognoscível. O objectivo desta comparação passou pela demonstração de que o critério da vontade cognoscível é funcional quando acolhido num modelo do dissentimento, especialmente no modelo do dissentimento alemão, no qual se estruturou com clareza o conceito de vontade, bem como as situações passíveis de enquadrarem o crime de violação mesmo quando não houve expressão da vontade da vítima.

Assim e chegados até aqui, é possível sustentar a ideia de que o legislador não fez a melhor opção quando quis aditar um novo n.º3 ao artigo 164.º do C.P, introduzindo-lhe o conceito de vontade cognoscível. A meu ver, tal modificação seria razoável se a par desta, se tivesse eliminado o constrangimento do ilícito penal, passando assim a acolher um modelo assente apenas no dissentimento.

No entanto, há uma conclusão cristalina no cerce nos crimes sexuais – são crimes de prova difícil – e por isso, compreende-se a complexidade existente tanto na sua formulação legal, que deve ser estudada e bastante reflectida, como também nas decisões jurisprudenciais que, muitas vezes, não conseguem apurar a verdade dos factos.

Posto isto, finalizo este estudo com a convicção de que muito se tem feito para que se melhore não só a nível nacional como também a nível internacional, a construção dos crimes sexuais, de forma a que se efective a liberdade sexual de todos. A esta convicção, acrescento uma esperança íntima de que a evolução da sociedade e conseqüentemente das leis, acarretem consigo melhoras na protecção dos direitos e não um empobrecimento dos mesmos baseado em alterações legislativas vagas. Neste sentido, reconheço as dificuldades inerentes na construção do crime de violação, uma vez que a ampliação da tutela das vítimas pode, em contrapartida, significar a colocação de outras pessoas numa situação de vulnerabilidade. Creio que o maior desafio do legislador passou, passa e passará pelo encontro de um equilíbrio na protecção dos envolvidos, ao mesmo tempo que não se descure do zelo pelas vítimas deste crime, que uma vez sofrendo deste mal que é a violação do corpo, carregarão consigo uma chaga para a vida.

Bibliografia

BELEZA, Teresa Pizarro, “Consent – It’s simple as tea: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” in “*Combate à violência de género - da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Universidade Católica Editora, Porto, Coleção Atas, fevereiro de 2016.

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.

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

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir” in “*Combate à Violência de Género - da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Universidade Católica Editora, Porto, Coleção Atas, fevereiro de 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Nótula antes do art. 163º”, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, “Baseline Evaluation Report Portugal”, disponível em <https://rm.coe.int/grevio-report-on-portugal/168091f16f>>

HÖRNLE, Tatjana, “*The New German Law on Sexual Offenses*”, Humboldt-Universität zu Berlin, 2016.

LEITE, Inês Ferreira, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, II Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito de Investigação Criminal e da Prova, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, janeiro de 2012.

LOPES, José Mouraz, “*Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*”, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008.

LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado Milheiro, “*Os Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*”, 2ª Edição, Almedina, 2019.

MELO, Roberto Matias da Silva, “O princípio da dignidade da pessoa humana como limite constitucional da liberdade de trabalho e profissão”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017.

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

RIBEIRO, Gil Duarte Miranda, “Deficiências do artigo 164º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul – Consentimento versus Constrangimento”, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola do Porto, maio 2019.

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

Legislação

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

Código Penal de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>

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

Código Penal de 1982, versão online, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/319744/details/maximized>

Código Penal de 1995, disponível online em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/details/normal?l=1>

Código Penal de 1998, versão online, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigunum=109A0164&n_versao=2&so_miolo=

Código Penal de 2007, versão online, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigunum=109A0164&n_versao=3&so_miolo=

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

Lei n. º83/2015 de 5 de agosto, disponível online em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/69951093/details/maximized?fqs=lei+n.%C2%BA%2083%2F2015&perPage=25&q=lei+n.%C2%BA%2083%2F2015>

Lei n.º101/2019 de 6 de setembro, disponível online em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3142&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

StGB, artigo §177, disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>

Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-04-2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/2d043f7217dcc62b80257b5600379a31?OpenDocument>