

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/323639117>

Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: da relutância do legislador nacional em adoptar a falta de consentimento como elemento do tipo legal do crime de violação

Article · January 2017

CITATION

1

READS

995

1 author:



[Tatiana Morais](#)

Universidade NOVA de Lisboa

31 PUBLICATIONS 13 CITATIONS

SEE PROFILE



THEMIS

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNL

Ano XVIII - Nº 33 - 2017

OS PRIMEIROS IMPACTOS DA CONVENÇÃO DE
ISTAMBUL: DA RELUTÂNCIA DO LEGISLADOR NACIONAL
EM ADOPTAR A FALTA DE CONSENTIMENTO COMO
ELEMENTO DO TIPO LEGAL DO CRIME DE VIOLAÇÃO

TATIANA MORAIS


ALMEDINA

OS PRIMEIROS IMPACTOS DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL: DA RELUTÂNCIA DO LEGISLADOR NACIONAL EM ADOPTAR A FALTA DE CONSENTIMENTO COMO ELEMENTO DO TIPO LEGAL DO CRIME DE VIOLAÇÃO*

TATIANA MORAIS**

I. INTRODUÇÃO: DA NECESSIDADE DE MELHORAR A RESPOSTA LEGAL A QUEM SOBREVIVE A UMA VIOLAÇÃO. II. DA INCIDÊNCIA DO CRIME DE VIOLAÇÃO EM PORTUGAL. III. A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL. IV. DA OPÇÃO DO LEGISLADOR NACIONAL QUANTO AO CRIME DE VIOLAÇÃO. 1. Constrangimento *vs* falta de consentimento. 2. Estrutura do artigo 164.º CP. 3. Implicações da opção do legislador nacional. 4. Da jurisprudência nacional. V. CONCLUSÃO: O CRIME DE VIOLAÇÃO PÓS-CONVENÇÃO DE ISTAMBUL.

RESUMO: O presente artigo tem por foco a actual redacção do artigo 164.º do Código Penal português em resultado da entrada em vigor da Convenção de Istambul. Da análise do actual texto do artigo 164.º do Código Penal português constata-se que permanece a menção ao constrangimento como elemento do tipo legal de crime de violação. Isto apesar do artigo 36.º

* O presente artigo tem por base o relatório desenvolvido para a disciplina de Direito Penal no âmbito do curso de Doutoramento, em Julho 2016, financiado com a bolsa da FCT PD/BI/114031/2015, actual bolsa da FCT PD/BD/128312/2017. A autora gostaria de agradecer à Senhora Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza toda a disponibilidade e apoio no desenvolvimento da presente investigação. A autora agradece, ainda, os contributos e partilha de cada entrevistada. Por ordem de realização de entrevista a autora agradece à Senhora Juíza Presidente do Tribunal de Comarca de Lisboa Oeste, Dra. Rosa Vasconcelos, à Senhora Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa, Dra. Teresa Féria, à Senhora Juíza de Direito do Tribunal de Instância Criminal de Lisboa, Dra. Alexandra Veiga, à Senhora Procuradora da República, Dra. Aurora Rodrigues e à Senhora Procuradora da República, Dra. Rita Mota Sousa. A autora agradece, ainda, à Professora Doutora Inês Ferreira Leite e à Senhora Procuradora da República, Dra. Dulce Rocha. Finalmente, a autora agradece a disponibilidade e amabilidade das colaboradoras e dos colaboradores do Tribunal de Instância Criminal de Lisboa durante a recolha da jurisprudência, nomeadamente: Lara Teixeira, Carlos Monteiro, Ana Paula Barros, Filomena Pato, Maria Manuela Monteiro, Elisangela Rocha Monteiro, Maria Rosa Bebian, Maria Henriques, Sara Costa, Berta Paulino, Maria João, Ana Alves, Susana Mendes, Carlos Coelho, Paula Correia, Manuel Sousa, Miguel Peixoto e Paulo Mota.

** Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa, bolsista FCT n.º PD/BD/128312/2017, investigadora colaboradora do CEDIS e do CII-DH.

da Convenção de Istambul mencionar a falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação. É este o ponto de partida da nossa análise. Será indiferente mencionar constrangimento ou falta de consentimento? Quais as implicações desta opção? Que casos são abrangidos por ambos os conceitos? Qual de ambos os conceitos melhor serve os interesses das e dos sobreviventes de violação? Qual a melhor forma de interpretar o disposto do artigo 164.º do Código Português tendo em conta o teor da Convenção de Istambul e do *Explanatory Report*? E o que podemos esperar no que toca à implementação da Convenção de Istambul? São estas algumas das questões que orientam a presente reflexão, tendo sempre em linha de conta os interesses e direitos das e dos sobreviventes de violação, bem como os princípios que norteiam a aplicação da lei no Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Violação, Convenção de Istambul, Constrangimento, Falta de Consentimento.

ABSTRACT: This paper focuses on the new text of Article 164 of the Portuguese Penal Code as a result of the entry into force of the Istanbul Convention. From the analysis of the current text of Article 164 of the Portuguese Penal Code it is clear that coercion remains an element of the crime of rape, despite the text of Article 36 of the Istanbul Convention which mentions lack of consent as an element of the crime of rape. This is the point of departure of this paper. Is it the same to mention coercion or lack of consent in the crime of rape? What are the implications of the option of the Portuguese legislator? Which cases can be covered by both terms? Which term suits better the interests and rights of rape survivors? Which is the best way to interpret Article 164 of the Portuguese Penal Code, taking into account the Istanbul Convention and its Explanatory Report? And what can we expect from the implementation of the Istanbul Convention? These are some questions that will guide this paper, taking into account the interests and rights of rape survivors as well as the principles of Criminal Law.

KEYWORDS: Rape, Istanbul Convention, Coercion, Lack of consent.

I. INTRODUÇÃO: DA NECESSIDADE DE MELHORAR A RESPOSTA LEGAL A QUEM SOBREVIVE A UMA VIOLAÇÃO

No continente europeu, a forma como sobreviventes de violação são tratadas no direito penal é semelhante. É possível encontrar referências na literatura em diversos países que expressam inquietação face ao tratamento dado por diversos intervenientes no processo penal a sobreviventes de violação e, face à interpretação e aplicação da lei¹. É certo que no Direito Penal um dos princípios basilares, o Princípio da Legalidade vincula quem interpreta e aplica a lei à letra e ao espírito da mesma. Contudo e não obstante os limites impostos pela lei, a sua interpretação leva, não raras vezes, a decisões

¹ Vide JENNIFER TEMKIN, *Rape and the Legal Process*, 2002, pp. 1, 3-4 e 8-10, GEORGES VIGARELLO, *História da Violação – Séculos XVI – XX*, Lisboa: Editorial Estampa, 1998, pp. 80, 83-94, 177-178 e INÊS FERREIRA LEITE, “A tutela penal da liberdade sexual” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n.º 1, Ano 21, Janeiro-Março 2011, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-33.

judiciais diferentes, senão mesmo contraditórias, em alguns casos emanadas da mesma pessoa em processos não tão distantes em termos temporais e circunstanciais². É um facto que a interpretação e aplicação da lei revela-se uma tarefa difícil e de extraordinária complexidade, especialmente por em causa estar a vida de várias pessoas (a pessoa alegadamente ofendida e a pessoa alegadamente agressora), nomeadamente, a sua liberdade e direitos fundamentais. É igualmente verdade que a percepção humana está em constante mutação. Não obstante, é inegável ao olhar mais desatento certas disparidades na interpretação e aplicação da lei, as quais ganham um impacto ampliado (senão mesmo destrutivo) em casos de violência sexual.

Talvez por essa razão, e fruto, certamente, de uma mentalidade patriarcal transversal à esmagadora maioria das sociedades, onde se incluem as europeias, a 11 de Maio de 2011, em Istambul, o Conselho da Europa adoptou a Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul). O facto de, até ao momento, diferentes países registarem uma evolução semelhante na criminalização da violação (*vide* anexo I), poderá indiciar a promessa de uma co-evolução harmonizada na criminalização de diferentes tipos de violência sexual nos

² Neste sentido relembramos dois acórdãos do mesmo tribunal e da mesma relatora: O acórdão do Tribunal da Relação do Porto (T.R.P.) n.º 476/09.0PBBGC.P1 de 13.04.2011, que absolveu o arguido do crime de violação, ao defender a seguinte interpretação do n.º 1, artigo 164.ºCP: “I. O crime de Violação, previsto no artigo 164.º, n.º 1, do CP, é um crime de execução vinculada, i.e., tem de ser cometido por meio de violência, ameaça grave ou acto que coloque a vítima em estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir. II. O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em “violência”. III. A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto. IV. A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação.” [conforme consultado em linha em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument> (24.06.2016)] e o acórdão T.R.P. n.º 1054/13.5JAPRT.P1 de 10.09.2014, que confirmou a condenação do arguido pelo crime de violação a pena de prisão efectiva: “I. Para prova da cópula violenta ou forçada a que se refere o art.º164.ºCP não é necessária a existência de lesões físicas nem de vestígios físicos e/ou biológicos masculinos. II. A paralisação da vítima devido ao temor causado pela ameaça a que foi sujeita pelo arguido não se confunde com consentimento para o acto. III. O juízo de prognose favorável à suspensão da execução da pena tem de se fundamentar em factos concretos que apontem de forma clara na forte probabilidade de uma inflexão em termos de vida, reformulando os critérios de vontade de teor negativo e renegando a prática de actos ilícitos” [conforme consultado em linha em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b19245b4dea60edc80257d5c00556e25?OpenDocument> (24.06.2016)].

diversos Estados-parte da Convenção de Istambul³. De facto, a evolução da criminalização da violação, ao longo dos séculos, tem sido pautada por questões semelhantes em fases semelhantes (*vide* anexo I). Assim, por exemplo, no Reino Unido, França, Portugal, a criminalização da violação passou por sucessivas etapas semelhantes (embora não sejam temporalmente coincidentes): começou por ser um crime que tinha por finalidade proteger um bem jurídico de cariz social – os fundamentos ético-sociais – posteriormente evoluiu para um crime com a finalidade de proteger um bem jurídico de cariz individual – liberdade e autodeterminação sexual⁴ (respectivamente para população adulta e para menores)⁵. E, como consequência, o crime de violação que começou por proteger as mulheres, – uma vez que em causa estava a «propriedade» do homem⁶ (neste caso, a/s mulher/es do seu agregado familiar por oposição à mulher tida como «propriedade» de qualquer/todos os homens⁷) –, acabou por evoluir no sentido de ser alargado de forma a abranger sobreviventes do sexo feminino e masculino, passando, ainda, pelo alargamento do conceito, de forma a incluir a violação marital (combatendo, assim, o mito segundo o qual a violação é cometida maioritariamente por estranhos/as) – neste momento cremos estar presente o debate entre a escolha do não consentimento (dissentimento) ou, em alternativa, do constrangimento como elemento do tipo legal de crime de violação.

Será sobre este último debate que irá incidir o presente relatório.

Para tanto a metodologia utilizada inclui a análise jurídica de fontes secundárias e fontes primárias.

As fontes secundárias utilizadas incluem:

³ A Convenção de Istambul poderá ser ratificada por países que não pertencem ao Conselho da Europa.

⁴ No artigo 171.º CP abuso sexual de crianças, o bem jurídico protegido é a autodeterminação sexual de menores, subjacente a esta tutela jurídica está, como afirma Teresa Pizarro Beleza “a convicção legal (*iuris et de jure*, dir-se-ia) de que abaixo de uma certa idade a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”, *vide* TERESA PIZARRO BELEZA “A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da laicização dos «bons costumes» à ortodoxia da «liberdade» in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, 1995, p. 172.

⁵ Neste sentido *vide* T. P. BELEZA “A regulação jurídica... *cit.*”, p. 170 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “A Coacção Sexual e a Violação no Código Penal Português” in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, 2009, p. 905.

⁶ Neste sentido *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista – A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011” in *Revista do Ministério Público*, número 128, Outubro-Dezembro 2011, p. 288.

⁷ Neste sentido *vide* CAROL SMART, *Feminism and the Power of Law*, 1995, p. 41.

- diversa literatura nacional e internacional;
- Relatório Anual do Ministério da Administração Interna português (Relatório MAI2015).

As fontes primárias incluem:

- intervenções de diversas/os profissionais, especialistas e ONG’s no âmbito do Grupo de Trabalho quanto às Implicações Legislativas da Convenção de Istambul (GTILCI); constituído na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (CACDLG), aquando da XII Legislatura;
- recolha e análise de jurisprudência nacional da primeira instância e instâncias superiores;
- recolha da opinião das oradoras do Colóquio “A Convenção de Istambul e a Protecção das Vítimas. Da Lei à realidade” realizado em Évora a 8 de Junho de 2016;
- recolha de opinião de profissionais que lidam com casos de violação, através da realização de 5 entrevistas semi-estruturadas a 1 Juíza Presidente de Comarca, 1 Juíza Desembargadora, 1 Juíza de Direito, 2 Procuradoras da República.

Com o presente relatório pretende-se reflectir sobre a questão da manutenção do constrangimento como elemento do tipo legal de crime de violação em detrimento da falta de consentimento e qual será, afinal, o papel da Convenção de Istambul tendo em conta a finalidade da mesma e o disposto no artigo 2.º da Lei 83/2015, de 5 de Agosto.

II. DA INCIDÊNCIA DO CRIME DE VIOLAÇÃO EM PORTUGAL

De acordo com o Relatório MAI2015, publicado em Março de 2016, a violação é o 9.º crime violento e grave com maior incidência no nosso país⁸ – ainda que muitos casos de violação não cheguem ao conhecimento das autoridades⁹ –, tendo sido registados 375 casos em 2015, e 374 casos em 2014 (*vide* anexo II).

⁸ *Vide* Relatório MAI2015, p. 33.

⁹ Na análise de jurisprudência foi possível constatar que há casos em que a pessoa que sobrevive a uma violação não pretende, e de facto, não dá conhecimento da mesma às autoridades. Em um dos processos por crime de violação analisados, uma das pessoas ofendidas não apresentou queixa, tendo as autoridades tido conhecimento da ocorrência após a reali-

Diversos gráficos do Relatório MAI2015, demonstram que:

- a violação é o segundo crime sexual com maior número de detidos/as (58 detidos e 1 detida, *vide* anexo III);
- 16,6% dos inquéritos iniciados em Portugal em 2015 dizem respeito ao crime de violação (anexo IV); e
- a esmagadora maioria dos agressores são homens (cerca de 95,6%), dos quais 89,3% têm menos de 50 anos, sendo a esmagadora maioria das pessoas ofendidas mulheres (cerca de 92,7%), das quais 81,6% têm menos de 40 anos – anexos V, VI e VII.

Também nos processos judiciais nacionais analisados (a nossa amostra inclui 13 processos de segunda instância e 16 processos da primeira instância, num total de 29 casos analisados) verificamos que nenhum crime de violação foi cometido por uma mulher, todos os processos analisados foram cometidos por adultos (ou alegadamente cometidos). Esta realidade é, também, realçada pelos gráficos do Relatório MAI2015, reproduzidos como anexos V e VI.

É esta a realidade da violação (em Portugal e não só): a desproporcionalidade. É esta a desproporcionalidade que atinge maioritariamente as mulheres em casos de violação e é esta a desproporcionalidade que denuncia os homens como principais agressores. Homens esses que pensam poder dispor do corpo alheio – é este o padrão de mentalidade/ comportamento que caracteriza a violação. E a razão de ser deste padrão prende-se apenas e tão-somente com o estabelecimento de relações de poder que dominam diversas áreas que regulam as sociedades: económica, cultural, política, religiosa, entre outras. Poder esse que sempre esteve nas mãos dos homens (de alguns homens, fruto de uma determinada concepção de masculinidade que se pretende dominante). Daí que a concepção dos papéis sociais que resulta do

zação de buscas na casa do suspeito, local onde foram encontrados telemóveis e uma «lista de contactos» com os números de telemóvel das sobreviventes de violação. Uma vez contactadas as pessoas dessa lista, a fim de estabelecer a relação das mesmas com o suspeito, foi possível conhecer a extensão dos ilícitos praticados e o *modus operandi* do agressor. Através da mesma diligência foi possível tomar conhecimento de casos que não foram denunciados às autoridades. No que respeita à violação no masculino, a esmagadora maioria dos casos desconhecemos, fruto da concepção sócio-cultural do papel do homem, que leva à vergonha e ao receio de intimidação e de represálias (relembremos casos que ocorrem em contexto de encarceramento e em ambiente militar) e que redundam no silêncio dos sobreviventes. No que se refere ao baixo número de queixas, Maria Clara Sottomayor refere um inquérito de vitimização realizado em Lisboa, em 1989, que avança que as queixas apresentadas representam cerca de 5% das ocorrências, *in* “O conceito... *cit.*”, p. 293.

patriarcado é nociva não só para mulheres como também para homens, porque «amarra» estes últimos a uma determinada concepção de «como» um homem deve ser e/ou se deve comportar. Estas construções sociais que deram origem ao papel social do homem e da mulher são perpetuadas por mecanismos de controlo¹⁰ difundidos através da educação, da economia (valor de mercado que reflecte o «(des)valor» social das mulheres), da lei, da religião e dos media (através de séries, anúncios em que a mulher é retratada como um objecto sexual¹¹/ sujeito passivo e o homem como o «dono»/ sujeito activo¹²). São estas mesmas construções sociais que estão na base de comportamentos como a violação. O que explica porque razão a violação atinge desproporcionalmente as mulheres e, ainda, porque razão os homens sobreviventes de violação não denunciam casos de violação (não há, ainda, espaço na sociedade para quebrar este silêncio, uma vez que a concepção de masculinidade dominante não o permite)¹³.

Esta realidade da violação permite-nos, mais adiante, indagar o porquê da escolha do legislador nacional de acolher o constrangimento como elemento do tipo legal de crime de violação em vez da falta de consentimento.

É esta a realidade que explica a relação de poder espelhada nas construções sociais de homem e mulher (papel social «imposto» aos homens e às mulheres). É esta a relação de poder presente no nosso dia-a-dia e que apresenta diversos graus: desde a subtilidade do paternalismo à violência dos crimes sexuais e ao femicídio, passando, claro está, pelo boicote às mulheres em áreas tão distintas como o desporto (veja-se o não impacto do futebol feminino

¹⁰ Vide TERESA PIZARRO BELEZA, *A mulher no direito penal*, Cadernos Condição Feminina, n.º 19, Lisboa: Comissão da Condição Feminina, 1984, pp. 13-14.

¹¹ Neste sentido *vide* T. P. BELEZA “A regulação jurídica... *cit.*”, p. 170.

¹² A propósito desta abordagem quanto ao “carácter «naturalmente» predatório da sexualidade masculina «normal» e passivo da feminina” Teresa Pizarro Beleza indaga se “a lei deve ou não seguir estas formas aparentemente predominantes de viver a sexualidade. Acolhendo em si os estereótipos homem-predador mulher-presa, o Código Penal reforça-os. Ignorando-os, deixaria desprotegido quem mais necessita do seu apoio?” *in* T. P. BELEZA, *ibidem*, p. 172.

¹³ Neste sentido seguimos a opinião expressa por Rosa Vasconcelos em entrevista concedida a 11.05.2016 no âmbito do presente relatório. Saliente-se que apenas muito recentemente, cremos que em Janeiro de 2017, a associação Quebrar o Silêncio iniciou a sua actividade. Esta associação tem por finalidade sensibilizar para a violação no masculino e apoiar os sobreviventes homens e rapazes de violação. É a primeira associação a nível nacional que trata especificamente da violação de homens e rapazes, conforme consultado em linha em <https://quebrarosilencio.pt/> [22.03.2017].

por oposição ao «endeusamento» do futebol masculino), o acesso e permanência no mercado de trabalho, a feminização da pobreza¹⁴, entre outras.

Assim se constata que os homens não têm cedido o seu poder, ao contrário do que se possa pensar. Não. Eles transformaram a forma de exercício do seu poder, da sua influência¹⁵. E cada vez que as mulheres (e os homens feministas) sobem um degrau no combate à discriminação e violência de género, o que se verifica na realidade é que o papel social atribuído aos homens também sobe um degrau, mantendo e preservando à distância o outro, a mulher¹⁶. Pelo que a aparente evolução, ainda que em alguns casos se tenha verificado de facto (exemplo direito ao voto, liberdade de acesso e exercício de qualquer profissão), mais não é do que uma nova forma de «aprisionamento» da mulher, do outro, porquanto no essencial, pouco ainda, efectivamente, mudou. As relações de poder de ontem são as relações de poder de hoje¹⁷. A discriminação de ontem permanece nos dias de hoje. Apenas é realizada em outro cenário, é perpetuada de outra forma. E aquilo que é só viver com respeito por cada membro da sociedade foi substituído, há muito tempo atrás, por uma luta de sobrevivência em sociedade espelhada em múltiplas relações de poder. Luta essa, por enquanto, ainda sem fim à vista, uma vez que a submissão de umas é a garantia de manutenção de poder de outros. E a violação, é «só» uma manifestação desse padrão comportamental. Pior. A violação e esse padrão comportamental são reforçados pela redacção da lei, pela interpretação e aplicação da mesma¹⁸. E a forma insidiosa como estes «valores» e «princípios» que organizam e orientam a nossa vida em sociedade, são transmitidos e difundidos continuamente e diariamente, levam à naturalização e interiorização dos mesmos, culminando com a sua aplicação diária, inclusivamente por mulheres, ainda que em detrimento de outras

¹⁴ Vide RITA MOTA SOUSA, *Introdução às Teorias Feministas do Direito*, Porto: Edições Afrontamento, 2015, p. 33, nota de rodapé 34.

¹⁵ Neste sentido vide M. C. SOTTOMAYOR, «O conceito... cit.», p. 281, nota de rodapé 18 *in fine*.

¹⁶ Fazemos aqui referência à obra de SIMONE BEAUVOIR, *O Segundo Sexo – Os Factos e os Mitos* – Vol. I, trad. Sérgio Milliet, Amadora: Livraria Bertrand, 1976, pp. 12-18, na qual é realçada a construção social da mulher como o outro, sendo a mulher definida pela negativa face às características do homem. Assim o homem seria proprietário, teria capacidade jurídica para celebrar um contrato, teria direito ao voto, por oposição a mulher não. No mesmo sentido vide TERESA PIZARRO BELEZA «Sem sombra de pecado: o repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal» *in Separata Jornadas de Direito Criminal Revisão do Código Penal*. Lisboa, 1996, p. 23.

¹⁷ Neste sentido vide M. C. SOTTOMAYOR, «O conceito... cit.», p. 282 nota de rodapé 19.

¹⁸ Neste sentido vide TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social – A construção Jurídica das Relações de Género*, 2010, p. 46 ss.

mulheres¹⁹. E, assim, os homens «conquistam» mulheres para a defesa da manutenção do poder deles, sob o falso pretexto da neutralidade de discursos e de comportamentos.

É neste contexto (e fruto deste contexto) que é adoptada a Convenção de Istambul pelos Estados-parte, em vigor no nosso ordenamento jurídico desde 01 de Agosto de 2014. E é neste contexto de poder masculino que é revisto, mas não reformulado o artigo 164.º Código Penal português (CP), sob a epígrafe violação, precisamente, por força da entrada em vigor da Convenção de Istambul.

III. A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

As relações de poder entre homens e mulheres foram sendo historicamente construídas e sedimentadas. A desconstrução das mesmas é mais recente e tem se revelado um trabalho moroso e com efeitos muito dilatados no tempo. É uma realidade transversal à esmagadora maioria (senão mesmo totalidade) das sociedades. E porque “human rights are women’s rights.... And women’s rights are human rights”²⁰, da mesma forma que se verificou a necessidade de consagrar e reconhecer os Direitos Humanos ao nível universal, – perante a ineficácia e a insuficiência de tal ser realizado ao nível estadual²¹ –, de igual forma e no que respeita aos Direitos das Mulheres (porque

¹⁹ Neste sentido aludimos à interpretação feita do disposto no artigo 164.ºCP, sob a epígrafe violação, no processo n.º 476/09.OPBBGC.P1 de 13.04.2011, acórdão do T.R.P. (vide nota de rodapé 2), que mereceu inúmeras críticas por ter culminado com a absolvição de um médico psiquiatra, por manifesto erro de apreciação de prova [vide TERESA PIZARRO BELEZA *A Violência das Coisas*, conforme consultado em linha em <http://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf> (24.06.2016)]. A propósito desta decisão judicial proferida por uma mulher recordamos as palavras de Teresa Pizarro Beleza, “as mulheres podem ser mais repressivas do seu próprio género do que os homens, funcionando como suportes da própria ideologia que as oprime. Ou sendo talvez a isso levadas pela necessidade/ desafio de afirmação em profissões «masculinas?»” *in*, *A Mulher... cit.*, p. 45. Também Maria Clara Sottomayor refere que “algumas mulheres no exercício da função judiciária, tendem a adoptar o ponto de vista masculino em detrimento da fidelidade à sua categoria de pertença.” *in* “O conceito... cit.», p. 295.

²⁰ Discurso de Hillary Clinton, a 5 de Setembro de 1995, por ocasião da 4.ª Conferência Mundial da ONU sobre as Mulheres em Pequim, conforme consultado em linha em <http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/conf/gov/950905175653.txt> (24.06.2016). A propósito desta afirmação, Teresa Pizarro Beleza indaga se “As mulheres serão titulares dos mesmos direitos humanos que os homens? Serão vítimas das mesmas violações de direitos humanos, penalmente sancionáveis, que os seus parceiros masculinos?” *in* “Sem sombra de pecado... cit.», p. 23.

²¹ Após a II Guerra Mundial, foi sentida necessidade de proferir a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de forma a consagrar universalmente um conjunto de direitos com

mais não são do que Direitos Humanos) também se verificou a necessidade de consagrar, reconhecer e proteger os mesmos ao nível universal e regional, perante, uma vez mais, a ineficácia e a insuficiência dos ordenamentos jurídicos de cada Estado. Razão pela qual foi adoptada a Convenção de Istambul, com vista a prevenir e desenvolver respostas eficazes, ao nível do ordenamento jurídico dos Estados-Parte, e assim proteger as mulheres de diversas formas de violência [artigo 1.º al. a) Convenção de Istambul]. Daí que muitos artigos desta Convenção vinculem cada legislador nacional dos Estados-parte a uma determinada actuação com vista à criminalização de determinados comportamentos, mencionando expressamente determinados elementos do tipo legal de crime.

Na sequência da entrada em vigor da Convenção de Istambul, tem sido colocada a questão se não estaremos perante uma alteração de paradigma ao nível do Direito Penal? Uma vez que este ramo do Direito, tradicionalmente, tem sido caracterizado pela actuação soberana de cada Estado, na medida em que está em causa a proibição de determinados comportamentos em sociedade. Poderá essa actuação soberana ser colocada em causa pela Convenção de Istambul, fruto da obrigação de criminalizar determinados comportamentos com determinados elementos do tipo legal de crime? Não cremos que assim seja, por dois motivos:

- em primeiro lugar, a ratificação da Convenção de Istambul foi livre, não é obrigatória. Pelo que, ao ratificar a Convenção cada Estado-parte «enviou a mensagem» de que havia uma identidade ideológica com a mesma, indicando que concorda com os princípios e normas daquela Convenção e que está disposto a honrar os compromissos assumidos, nomeadamente, através de alterações legislativas necessárias ao ordenamento jurídico, de forma a conformar o mesmo com o teor e finalidade da Convenção de Istambul;
- em segundo lugar, conforme teremos oportunidade de ver adiante, contrariamente ao pretendido, não foi a Convenção de Istambul que harmonizou os ordenamentos jurídicos de cada Estado-parte que a ratificou. Na realidade, e como se analisará no caso português, a Convenção de Istambul foi harmonizada e adaptada à realidade portuguesa, tendo sido adiadas algumas reformas propostas por aquela Convenção. O que diluiu parte dos efeitos potencialmente benéficos da Convenção de Istambul. A nosso ver, o legislador nacional, interpretou as obrigações

vista a proteger e tutelar os Direitos Fundamentais de todas as pessoas, independentemente do direito estadual vigente.

decorrentes da Convenção de Istambul *stricto sensu*, o que se reflectiu, desde logo, no crime de violação.

Analizando o artigo 36.º Convenção de Istambul, sob a epígrafe *Violência sexual, incluindo violação*²², verificamos que foi dada a oportunidade a cada Estado-parte de repensar o crime de violação da seguinte forma:

- a) A falta de consentimento é o que permite distinguir um comportamento lícito de um comportamento ilícito (violação) – algo mencionado em todas as alíneas do n.º 1, artigo 36.º Convenção de Istambul;
- b) A forma válida de consentimento caracteriza-se pela vontade livremente expressa atentas as circunstâncias do caso – n.º 2, artigo 36.º Convenção de Istambul;
- c) Violação é também aquela que ocorre entre casais ou ex-casais²³.

O mesmo é realçado pelo *Explanatory Report* da Convenção de Istambul, quanto ao artigo 36.º. Contudo não foi esta a linha seguida pelo legislador nacional que manteve o constrangimento como elemento do tipo legal de crime de violação.

IV. DA OPÇÃO DO LEGISLADOR NACIONAL QUANTO AO CRIME DE VIOLAÇÃO

1. Constrangimento vs falta de consentimento

A violação é crime em Portugal desde o primeiro Código Penal em vigor, datado de 1852, passando pelo Código Penal de 1886 até ao actual Código

²² Saliente-se que esta não é a única alteração legislativa imposta pela Convenção de Istambul quanto ao crime de violação, também o disposto no n.º 4, artigo 44.º daquela Convenção, vincula os Estados-parte a fazer as alterações necessárias, de forma a que o crime de violação (entre outros) “não dependa da condição de só se poder iniciar o procedimento penal após apresentação de denúncia pela vítima”, cfr. Council of Europe, *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, conforme consultado em linha em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046253d> (24.06.2016).

²³ Ao nível da jurisprudência nacional, da nossa amostra constam quatro acórdãos quanto ao crime de violação marital. Dois acórdãos (processos n.º 14462/03.0TDLSB e n.º 155/10.6JBLB) culminaram com a absolvição do ex-companheiro do crime de violação, não obstante a prova produzida e que consta dos autos e que aponta para a ocorrência de violação. Em sentido diverso, o acórdão STJ n.º STJ_03P2394 e o acórdão do processo n.º 138/15.0PTLSB, ambos culminaram com a condenação do ex-companheiro (*vide* anexos IX e X).

Penal de 1982. Pelo que, quanto à obrigação de criminalizar a conduta, Portugal estava já a respeitar a Convenção de Istambul. A questão prendia-se, e prende-se com a forma como Portugal criminaliza a violação²⁴.

Desde o primeiro Código Penal português de 1852²⁵, que o crime de violação tem conhecido consecutivo alargamento ao longo dos diferentes códigos²⁶. Não obstante, há ainda, uma matriz que permanece imutável em todos os Códigos Penais portugueses: a de que a violação se traduz em “um debate físico, uma luta, entre o homem e a mulher, um confronto que seja passível de deixar marcas físicas”²⁷.

Esta exigência, que resulta num verdadeiro “ônus de resistência”²⁸ para quem sobrevive a uma violação, encontra-se presente na legislação nacional ao longo de todos os artigos que criminalizaram a violação:

- artigo 384.º CP de 1852, aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852²⁹;

²⁴ O mesmo é defendido por Rosa Vasconcelos, conforme texto amavelmente enviado pela própria para efeitos de investigação académica no âmbito do presente relatório.

²⁵ Saliente-se que o primeiro projecto de Código Penal português foi adoptado pelo Decreto de 4 de Janeiro de 1837, não tendo entrado em vigor.

²⁶ Na doutrina nacional cabe especial menção a Teresa Pizarro Beleza quanto à defesa do alargamento do conceito de violação in *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa: AAFDL, 1990, pp. 221, 333 ss. Quanto à forma como o alargamento tem se desenvolvido, cabe recordar as palavras de Maria Clara Sottomayor “Contudo, nas alterações legislativas que tornaram o crime de violação mais amplo e mais protector da liberdade e da auto-determinação sexual das vítimas, não se contemplaram as consequências que decorreram para as vítimas da concepção legal da violação como um crime de execução vinculada, que exige, para estar preenchido, meios típicos de constrangimento, nomeadamente, violência ou ameaça grave” in “O conceito... cit.”, pp. 273-274.

²⁷ Conforme mencionado por R. M. Sousa, *Introdução... cit.*, p. 72. No mesmo sentido vide Maria Clara Sottomayor, que defende, igualmente, que esta visão do legislador nacional permanece inalterada desde a sua consagração legal tendo atravessado “todas as reformas sem alterações significativas” in “O conceito... cit.”, p. 274. O mesmo se tem verificado além-fronteiras, nesse sentido vide Carol Smart que defende que “The twentieth-century rape trial may differ from this, but the consequences for a woman of openly talking about sexual abuse have not changed dramatically. Somehow it is still seen to reflect upon her own person rather than the rapist’s.” in *Feminism... cit.*, p. 40.

²⁸ Expressão utilizada por Maria Clara Sottomayor “Na jurisprudência publicada, um dos problemas jurídicos tratados, nos acórdãos sobre violação ou coacção sexual, reside na questão do ônus de resistência da vítima, como se a vítima, se não defender o seu corpo e a sua autonomia com energia, agredindo o violador, merecesse ser violada ou a sua liberdade sexual deixasse de ser tutelada pelo direito penal” in “O conceito... cit.”, pp. 274-275.

²⁹ Código Penal aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852, conforme consultado em linha em <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf> (24.06.2016).

- artigos 393.º, 394.º CP de 1886 adoptado por Decreto de 16 de Setembro de 1886³⁰;
- artigo 201.º CP de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro (redacção inicial)³¹;
- artigo 164.º CP de 1982, segundo a redacção dada pela reforma de 1995³², pela reforma de 1998³³, pela reforma de 2007³⁴ e pela revisão de 2015³⁵.

Em mais de cem anos de penalização da violação em Portugal, três Códigos Penais depois, nunca o *não* foi razão suficiente para estarmos perante o crime de violação. Apesar do alargamento do entendimento do que é a violação penalmente relevante, apesar deste crime ter transitado de um crime que tem por finalidade proteger o bem jurídico “fundamentos ético-sociais”, para passar a ser um crime que protege o bem jurídico “liberdade sexual” de cada pessoa, ainda assim, a falta de consentimento continua a não constar da letra da lei no artigo 164.º CP. Ao longo de 164 anos de criminalização da violação, o legislador nacional continua a preferir mencionar a violência e o constrangimento (este último, mais recentemente, a partir do Código Penal de 1982) como elementos do tipo legal de crime de violação. Isto apesar da letra do artigo 36.º Convenção de Istambul, da melhor jurisprudência

³⁰ Código Penal Português – Decreto de 16 de Setembro de 1886, conforme consultado em linha em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> (24.06.2016).

³¹ Código Penal de 1982, por Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro (versão anterior a 1995), conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=101A0201&nid=101&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=1#artigo (24.06.2016).

³² Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro (redacção dada pelo Decreto-lei 48/95, de 15 de Março) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=1&so_miolo= (24.06.2016).

³³ Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro (redacção dada pela Lei 65/98, de 02 de Setembro) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=2&so_miolo= (24.06.2016).

³⁴ Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro (redacção dada pela Lei 59/2007, de 04 de Setembro) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=3&so_miolo= (24.06.2016).

³⁵ Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro (redacção dada pela Lei 83/2015, de 5 de Agosto) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0164&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (24.06.2016).

do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (T.E.D.H.) – *M.C. v. Bulgaria* –, da doutrina nacional que advoga a adopção da falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação³⁶, de todas as pessoas ouvidas no Grupo de Trabalho GTILCI³⁷ e do próprio *Explanatory Report* que alerta os Estados-parte da Convenção de Istambul, para a necessidade de criminalizar qualquer comportamento sexual que careça de consentimento³⁸. Não se compreende esta relutância do legislador nacional em substituir, na redacção do artigo 164.º CP, o constrangimento por falta de consentimento (dissentimento³⁹). Conforme afirma Teresa Féria:

“se 47 Estados-membros do Conselho de Europa, cada um com religiões diferentes, partidos políticos no poder diferentes, realidades socio-culturais diferentes, conseguiram chegar a um consenso e referir a falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação, porque razão o legislador nacional mantém a menção ao constrangimento?”⁴⁰.

De igual forma Teresa Pizarro Beleza defende a adopção da falta de consentimento, ao mencionar:

“Um notável vídeo que circula nas redes sociais contemporâneas, intitulado «Consent – It’s as Simple as Tea» (...) explica (...) que uma pessoa pode ter ou não ter vontade de aceitar a dita, mudar de ideias, aceitar um dia e noutro não...e que nunca por nunca quem oferece a mesma *cup of tea* deve insistir repetida ou excessivamente e muito menos forçar o relutante convidado a beber o chá que, em determinada altura, recusou. (...) o facto de alguém ter aceitado a *cup of tea*

³⁶ Vide TERESA PIZARRO BELEZA “«Consent – It’s as Simple as Tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, pp. 22 ss, M. C. SOTTOMAYOR “O conceito... cit.” p. 284, R. M. SOUSA, *Introdução... cit.*, p. 73 e a decisão *M.C. vs. Bulgária*, do T.E.D.H., queixa n.º 39272/98 de 04.12.2003, conforme consultado em linha em https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp (24.06.2016).

³⁷ No sentido da adopção da falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação, realçamos a Audição Parlamentar da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas (A.P.M.J.), Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (C.I.G.), do Professor Doutor Rui Carlos Pereira, da Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça, Professora Doutora Clara Sottomayor.

³⁸ Vide nota de rodapé 24.

³⁹ Seguimos a opinião de Aurora Rodrigues expressa na entrevista concedida a 26.06.2016, no âmbito da qual defendeu a preferência pela expressão «falta de consentimento» em vez de «dissentimento» por uma questão de interpretação legal.

⁴⁰ Citação recolhida na entrevista concedida por Teresa Féria, a 23.05.2016 no âmbito do presente relatório, e aquando da sua intervenção no Colóquio “A Convenção de Istambul e a Protecção das Vítimas. Da Lei à realidade” realizado em Évora a 08.06.2016.

não a impede de mudar de ideias mais tarde, ou no dia seguinte, ou mesmo logo a seguir a ter exprimido a sua aceitação.

«*With sex is just the same as with a cup of tea*»⁴¹.

Concordamos com a valoração da vontade, a qual deverá culminar com a consagração legal da falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação. Neste sentido não concordamos com a opção do legislador nacional em manter o constrangimento na redacção do artigo 164.º CP. Advogamos, pois, a substituição do constrangimento, em ambos os números do artigo 164.º CP, pela expressão falta de consentimento⁴².

Não obstante, e segundo a opinião de Aurora Rodrigues, Alexandra Veiga, Rita Mota Sousa e Inês Ferreira Leite, as alterações introduzidas pela Lei 83/2015, de 5 de Agosto, na redacção do n.º 2, artigo 164.º CP, permitem uma interpretação de constrangimento que inclua a falta de consentimento (o mero dissentimento, portanto), devendo a interpretação deste artigo ser feita à luz do disposto no artigo 36.º Convenção de Istambul⁴³. Neste sentido, a actual redacção do n.º 2, artigo 164.º CP oferece a possibilidade de aí incluir o constrangimento que não caiba na regra estabelecida no n.º 1 (constrangimento através de violência, ameaça grave ou através de inibição/impossibilidade da sobrevivente de violação de resistir). Mais especificamente, Aurora Rodrigues defende que, perante a opção legal do legislador nacional, há que aproveitar a possibilidade deixada em aberto através da nova redacção do

⁴¹ Vide T. P. BELEZA “«Consent... cit.”, pp. 23-24.

⁴² Vide notas de rodapé 24, 37-40. No mesmo sentido Teresa Féria, Alexandra Veiga e Rita Mota Sousa entendem que deveria o legislador nacional seguir a letra do artigo 36.º Convenção de Istambul e consagrar a falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação, substituindo o constrangimento, conforme opiniões expressas nas entrevistas concedidas no âmbito do presente relatório, a 23.05.2016, a 16.06.2016 e a 06.07.2016, respectivamente. O mesmo é ainda defendido por Rosa Vasconcelos, conforme texto amavelmente enviado pela própria para efeitos de investigação académica no âmbito do presente relatório. De igual forma Inês Ferreira Leite defende o mesmo em Capazes, “Crimes novos, Lei nova”, conforme consultado em linha em <http://capazes.pt/cronicas/crimes-novos-lei-nova-por-ines-ferreira-leite/view-all/> (24.06.2016).

⁴³ Conforme opinião expressa por Aurora Rodrigues, Alexandra Veiga, Rita Mota Sousa nas entrevistas concedidas no âmbito do presente relatório, a 26.06.2016, a 16.06.2016 e a 06.07.2016, respectivamente. O mesmo é defendido por Inês Ferreira Leite, conforme opinião expressa na aula aberta leccionada a 13.05.2016 na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, intitulada *Violação e Coacção Sexual: conceitos de violência e constrangimento da vítima; publicização destes crimes*. No mesmo sentido vide Maria Clara Sottomayor que, em momento anterior à entrada em vigor da Convenção de Istambul já defendia “que o princípio da interpretação conforme à Constituição exige a punição de sexo sem consentimento” in “O conceito... cit.”, pp. 282-283.

n.º 2, artigo 164.ºCP, de forma aí incluir actos sexuais não consentidos. Na opinião de Aurora Rodrigues esta é a forma correcta de interpretar o n.º 2, artigo 164.ºCP atento o disposto no artigo 36.º da Convenção de Istambul e, atento, o disposto no *Explanatory Report*⁴⁴. No mesmo sentido, Rita Mota Sousa, entende que o constrangimento do n.º 2, artigo 164.ºCP “é mais exigente que o não consentimento” e, como tal, deverá ser interpretado conforme o teor quer da Convenção de Istambul quer do *Explanatory Report*, tendo em conta a sistematicidade, o que culminará na interpretação de constrangimento como falta de consentimento⁴⁵. Também Alexandra Veiga advoga a mesma solução, defendendo que “está aberta a porta para interpretar o não consentimento como violação”⁴⁶, uma vez que entende que o constrangimento deverá ser interpretado de forma a incluir a falta de consentimento. Acrescenta ainda Alexandra Veiga que o

“constrangimento é mais exigente que o não consentimento, limita uma expressão mais simples como a falta de consentimento. Contudo, o constrangimento não será uma limitação se for lido como um não consentimento”⁴⁷.

Desta forma, e no que concerne ao disposto na Lei 83/2015, de 5 de Agosto, entende Aurora Rodrigues que o legislador nacional foi “tímido, mas não fugiu completamente à questão”, uma vez que em aberto fica a possibilidade de interpretar o disposto no n.º 2, artigo 164.ºCP, de forma a incluir situações que careçam de consentimento⁴⁸.

Por seu turno, Teresa Féria realça que o não constrangimento e o não consentimento não são completamente coincidentes, pelo que apenas uma parte abrangida por ambos os conceitos será coincidente (*vide* anexo IX)⁴⁹. Desta forma, haverá casos caracterizados pela ausência de consentimento e de constrangimento, o que poderá redundar num vazio legal, uma vez que esses casos não estão, presentemente, abrangidos pela letra da lei, ainda que seja feita uma interpretação conforme a Convenção de Istambul (*vide* anexo IX).

⁴⁴ Conforme opinião expressa na entrevista concedida no âmbito do presente relatório, a 26.06.2016.

⁴⁵ Conforme opinião expressa na entrevista concedida no âmbito do presente relatório, a 06.07.2016.

⁴⁶ Conforme opinião expressa na entrevista concedida no âmbito do presente relatório, a 16.06.2016.

⁴⁷ *Vide* nota de rodapé 47.

⁴⁸ *Vide* nota de rodapé 45.

⁴⁹ Conforme opinião expressa na entrevista concedida no âmbito do presente relatório, a 23.05.2016.

Um exemplo é o caso de uma jovem que voluntariamente se colocou numa situação de incapacidade temporária e é violada por um conhecido⁵⁰. Neste caso não há consentimento e, de igual forma, não há constrangimento. Pelo que a letra da lei no artigo 164.ºCP obsta à subsunção do caso ao crime de violação (não obstante a possibilidade de subsunção a outros crimes, o que evidencia a discrepância entre o conceito social de violação e o crime de violação o qual é restrito, deixando de fora casos como o mencionado). Este é, pois, um exemplo da insuficiência da actual redacção do artigo 164.ºCP, o que poderá culminar num vazio legal e na frustração parcial do disposto no artigo 36.º Convenção de Istambul.

Neste sentido, defendemos a consagração expressa da falta de consentimento, não só como forma de relevar o *não* (quando é proferido o «não») e assim emitir uma clara mensagem de censura do desrespeito pelo *não*, como também, por forma a conferir tutela penal aos casos caracterizados pela ausência de constrangimento e pela ausência de consentimento (quando não foi proferido sequer o «não») e que, como tal, não são abrangidos pela interpretação do constrangimento do n.º 2 do artigo 164.º CP como falta de consentimento⁵¹.

Sem prejuízo do ora defendido, e perante a insistência do legislador nacional em manter o constrangimento como elemento do tipo legal de crime de violação, entendemos que, presentemente, todos os casos que careçam de consentimento e que consubstanciam um constrangimento (*vide* anexo IX), devem ser interpretados como falta de consentimento no disposto do n.º 2, artigo 164.º CP atenta a redacção e espírito da Convenção de Istambul e do próprio *Explanatory Report*.

Neste sentido aludimos a uma decisão analisada, no âmbito da qual a mera vontade (falta dela) foi relevante⁵². Neste caso a falta de consentimento foi razão suficiente para a punição por tentativa de violação – ainda que se tenha verificado o uso de força para tentar «imobilizar» com os braços a sobrevivente. Trata-se de um exemplo na jurisprudência nacional, no qual o constrangimento foi (e bem) interpretado como falta de consentimento, num período anterior à entrada em vigor da Convenção de Istambul.

⁵⁰ Este exemplo reporta-se a um caso real analisado – *vide* processo n.º 287/13.9SLSB-Juiz 23.

⁵¹ *Vide* notas de rodapé 40, 43. Ambos os argumentos fundamentam aquela que é, a nosso ver, a opção correcta atenta a ratificação da Convenção de Istambul, a jurisprudência do T.E.D.H. e a doutrina nacional. No mesmo sentido *vide* ANA PAULA SOUSA, “Análise Crítica do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011 à luz do artigo 164.º do Código Penal e do artigo 36.º da Convenção de Istambul” in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, coord. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 282.

⁵² *Vide* processo n.º 680/09.IPHLSB-Juiz 19.

2. Estrutura do artigo 164.º CP

Outra questão suscitada por Aurora Rodrigues, com quem concordamos, é a estrutura do artigo 164.º CP⁵³. Efectivamente, a redacção do n.º 1, artigo 164.º CP permanece como regra para a criminalização da violação, cabendo ao n.º 2 regular situações atenuantes. Ao optar por manter esta estrutura o legislador nacional enuncia que a regra na criminalização da violação é o constrangimento através da violência, da ameaça e da inibição de resistência, permanecendo o foco na violência física do acto e na resistência da sobrevivente de violação, conforme afirmado por Aurora Rodrigues⁵⁴. Tal perpetua a mensagem social segundo a qual a violação implica constrangimento através de violência, de ameaça grave, de inibição de resistência da sobrevivente de violação, em detrimento da relevância do *não* da sobrevivente de violação⁵⁵. Consequentemente, perpetua-se a «análise» do comportamento da/o sobrevivente de violação e o «ônus de resistência» da/o mesma/o⁵⁶. Estes efeitos têm, desde logo, repercussões na jurisprudência analisada, uma vez que, da amostra de 29 decisões:

- de 16 decisões da 1.ª instância, 12 decisões deram por provada a existência de constrangimento por meio de violência grave, ameaça grave e uso de arma (branca ou de fogo);
- de 13 decisões da 2.ª instância, 11 decisões deram por provada a violência.

Conforme frisado por Rita Mota Sousa na entrevista concedida, o facto de a letra da lei mencionar constrangimento, desde logo limita a aplicação da mesma e condiciona a própria jurisprudência⁵⁷. Pelo que manter o actual disposto no n.º 1 do artigo 164.º CP como regra é manter a tónica na violência

⁵³ Vide nota de rodapé 45. No mesmo sentido vide Maria Clara Sottomayor que, em momento anterior à entrada em vigor da Convenção de Istambul, já defendia que a “existência de violência ou ameaça grave passariam, então, de meios típicos de constrangimento ou de elementos do tipo legal de crime para circunstâncias agravantes da pena”. In “O conceito... cit.”, p. 284.

⁵⁴ Conforme opinião expressa na entrevista concedida no âmbito do presente relatório a 26.06.2016.

⁵⁵ Vide nota de rodapé 45. No mesmo sentido vide M. C. SOTTOMAYOR, “O conceito... cit.”, pp. 284, 291, 293, 299.

⁵⁶ Vide notas de rodapé 45, 54-55.

⁵⁷ Decorrencia do próprio princípio da legalidade, o que foi frisado por Rita Mota Sousa na entrevista concedida a 06.07.2016 no âmbito do presente relatório. No mesmo sentido vide M. C. SOTTOMAYOR, “O conceito... cit.”, p. 291.

física do acto e na resistência da/o sobrevivente de violação, por contraposição à percepção social, doutrinária e da melhor jurisprudência T.E.D.H. e da própria Convenção de Istambul, do que é a (afinal) uma violação.

Acresce igualmente que, e conforme defendido por Rita Mota Sousa, o disposto no n.º 1 do artigo 164.º CP revela uma perspectiva masculina, patriarcal da violação⁵⁸, que culmina na exigência de emprego da força física, de ameaça grave ou de inibição da sobrevivente de violação de resistir (no que respeita ao agressor), e de resistência activa (no que respeita à/o sobrevivente de violação)⁵⁹.

Em alternativa, e seguindo a opinião de Aurora Rodrigues e Maria Clara Sottomayor⁶⁰, entendemos que a regra deveria ser o actual disposto no n.º 2 do artigo 164.º CP, devendo, na nossa opinião o termo constrangimento ser substituído por falta de consentimento, como advogam Teresa Pizarro Belez, Aurora Rodrigues, Teresa Féria, Rita Mota Sousa, Alexandra Veiga, Rosa Vasconcelos, Maria Clara Sottomayor e Inês Ferreira Leite⁶¹. No que concerne ao disposto do n.º 1 do artigo 164.º CP deveria actuar como uma agravante, ou seja, caso a violação fosse praticada com violência, ameaça grave ou inibição de resistência por parte da sobrevivente de violação, aí sim haveria lugar a um agravamento da pena.

Seguimos, pois, a opinião de Aurora Rodrigues e Maria Clara Sottomayor⁶² quanto à inversão da estrutura do artigo 164.º CP, de modo a que o actual n.º 2 seja a regra do crime de violação e o n.º 1 seja a agravante. Desta forma, em vez de termos uma estrutura *regra + atenuante* teríamos uma estrutura *regra + agravante*. O que implica, desde logo, uma inversão na mensagem social, porquanto em vez da regra partir de uma acção já de si grave para uma atenuante (colocando a fasquia do que é uma violação muito elevada em termos de grau de violência), teríamos como regra o desrespeito do *não* com a previsão de factores agravantes (as circunstâncias violentas fundamentariam a especial censurabilidade do acto). Assim sendo, a mensagem social transmitida seria invertida, o que implicaria profundas alterações na aplicação da lei e nas características dos casos que chegam a julgamento.

⁵⁸ No mesmo sentido vide T. P. BELEZA, *Mulheres, Direito, Crime... cit.*, pp. 335 ss.

⁵⁹ Vide nota de rodapé 46.

⁶⁰ Vide nota de rodapé 54.

⁶¹ Vide notas de rodapé 43, 45.

⁶² Vide nota de rodapé 54.

3. Implicações da opção do legislador nacional

A nosso ver, as opções do legislador, deixam de fora uma diversidade de comportamentos que são considerados (socialmente) como violação, em virtude de:

- manter o constrangimento como elemento do tipo legal de crime de violação, deixando de fora da aplicação da lei casos caracterizados pela ausência de consentimento e de constrangimento; e,
- ao manter a tónica no constrangimento⁶³ e, conseqüentemente, na violência física, ameaça grave, inibição de resistência por parte da sobrevivente de violação, perpetua uma mensagem social desfasada do seu tempo e da consciência social expressa na Convenção de Istambul e em diversa doutrina nacional e na melhor jurisprudência do TEDH⁶⁴.

Esta opção redundava em um desvio ao espírito e intenções da Convenção de Istambul, o que não é compatível com as obrigações assumidas por Portugal aquando da ratificação da mesma. Acresce que denuncia as falhas do papel aparentemente «neutro e objectivo» do direito, uma vez que o direito, a sua interpretação e a sua aplicação não são neutros, e podem espelhar e reproduzir as relações de poder patentes na sociedade. O que é particularmente grave, uma vez que, o discurso jurídico tem a faculdade de regular a vida em sociedade e vincular as pessoas a adoptarem um determinado tipo de comportamento⁶⁵.

Desta forma, entendemos que parte dos elementos que serviriam de motor para uma profunda reflexão e alteração dos elementos do tipo legal de crime de violação foram desconsiderados pela Lei 83/2015, de 5 de Agosto. É certo que as alterações não se bastam com a alteração da redacção da lei. É certo, ainda, que as alterações não se fazem de um dia para o outro, especialmente, aquelas que se revelam profundas e com necessidade de uma reflexão cuidada, como a presente, porquanto em causa estão vidas humanas fragilizadas com a ocorrência de factos grotescos. Contudo, é inegável que a alteração realizada é muito tímida⁶⁶. Creemos que os princípios e obrigações decorrentes da Convenção de Istambul exigiam outro tipo de tratamento. Em particular por o texto da Convenção de Istambul representar o sentimento e reflexão

⁶³ Neste sentido vide J. TEMKIN, *Rape... cit.*, p. 154.

⁶⁴ Vide notas de rodapé 24, 37-40, 43.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁶ Vide nota de rodapé 45.

que vêm sendo feitos acerca desta temática⁶⁷. Pelo que, adiar o debate necessário que visa reflectir sobre o que deve ser alterado de forma a melhorar as relações e a convivência em sociedade não só é infrutífero como, também, demonstra o «peso» ou a falta dele que estas questões, infelizmente, têm no panorama político nacional.

A nosso ver, esta relutância do legislador nacional em alargar o conceito legal de violação só se compreende com o receio de perda de poder por parte do sistema patriarcal implementado. Conforme afirma Carol Smart:

“It is clear that in saying «no» to sex, women are also challenging (even if unwittingly) the extensive power of men which goes beyond sex. The «no» is understood as a challenge to manhood (or phallocentrism) which, in a way, it is”⁶⁸.

Esse poder está, de resto, espelhado em alguma jurisprudência analisada.

4. Da jurisprudência nacional

Felizmente os casos na jurisprudência que nos merecem censura são uma minoria. Ainda assim, casos há em que se verifica um erro na apreciação da prova.

Tomemos o exemplo dos casos de violação marital.

Nos casos de violação marital, verifica-se algo salientado por Alexandra Veiga na entrevista concedida: a violação marital é denunciada após a mulher sentir-se «à vontade» e com coragem para denunciar a violência doméstica⁶⁹. Nos quatro processos analisados (três da 1.ª instância e um da 2.ª instância), verifica-se uma escalada contínua de violência – física e sexual – numa total objectificação da mulher, que é tratada como propriedade do agressor. Não obstante o contexto explícito e claro de violência, a violação, em dois dos processos analisados na 1.ª instância, não ficou provada. Inclusivamente, num dos processos havia prova documental (fotografias) que corroborava a existência de violência. Ainda assim a palavra da sobrevivente de violação não foi devidamente valorada, redundando na absolvição do arguido. Estes casos denunciam uma falha não só na apreciação da prova, fruto da convicção formada por quem julga, como também no juízo de probabilidade/de razoabilidade formulado à luz da experiência comum de vida,

⁶⁷ Vide notas de rodapé 24, 37-40, 43.

⁶⁸ Vide C. SMART, *Feminism... cit.*, p. 32.

⁶⁹ Vide nota de rodapé 47.

que permite aferir, atenta a prova e as duas versões em causa, qual delas, com maior grau de probabilidade, terá ocorrido⁷⁰.

Esse juízo de probabilidade não foi correctamente aplicado em dois dos processos da 1.ª instância analisados.

Efectivamente, numa das decisões, um dos argumentos alegados pelo juiz terá sido o da «normalidade» (ou falta dela) da reacção da sobrevivente de violação. Segundo o mesmo não era «normal», ou sequer expectável que uma sobrevivente de violação reagisse daquela forma. No caso em apreço, seria o não ter dito, prontamente, a uma amiga que teria sido violada pelo namorado... Neste sentido, citamos Carol Smart que sugere (a propósito do júri):

“educate juries about rape trauma syndrome (...) In this way behaviour like crying continuously, or failing to tell anyone about the assault for some considerable time, or being angry rather than upset, could be explained as a psychological reaction to rape. Behaviour which is thought to be «inappropriate» could then be presented as understandable and not as a sign that the woman is making a false accusation”⁷¹.

Assim verificamos que, em alguns casos da jurisprudência nacional, a convicção de quem julga baseia-se em falhas na apreciação da prova, às quais acrescem, não raras vezes, critérios de apreciação da experiência comum da vida que evidenciam a disparidade de experiência de vida de quem interpreta, aplica e é objecto da lei. Conforme defendido por Aurora Rodrigues e por Inês Ferreira Leite, há que aferir através do juízo de probabilidade e de razoabilidade qual a probabilidade de uma de duas versões ter, efectivamente, ocorrido⁷². Este juízo de probabilidade assume especial importância nos crimes sexuais, em virtude dos mesmos serem caracterizados por uma ausência de testemunhas. Pelo que nestes casos, o correcto uso do juízo de probabilidade é instrumental para que seja feita e alcançada justiça, em cumprimento da lei e dos direitos fundamentais.

⁷⁰ Neste sentido seguimos a opinião de Inês Ferreira Leite expressa na aula aberta leccionada a 13.05.2016 na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, intitulada *Violação e Coacção Sexual: conceitos de violência e constrangimento da vítima; publicização destes crimes* e a opinião de Aurora Rodrigues expressa no Colóquio realizado em Évora a 8 de Junho de 2016, intitulado *A Convenção de Istambul e a Protecção das Vítimas. Da Lei à realidade*.

⁷¹ Vide C. SMART, *Feminism...* cit., pp. 46-47.

⁷² Vide nota de rodapé 71.

V. CONCLUSÃO: O CRIME DE VIOLAÇÃO PÓS-CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

O direito não existe isoladamente, ele é pensado, redigido, interpretado e aplicado em um determinado contexto socio-económico-político⁷³. Carol Smart vai mesmo mais longe e afirma que:

“Law is not a free-floating entity, it is grounded in patriarchy, as well as in class and ethnic divisions”⁷⁴.

Não obstante a oportunidade concedida pela Convenção de Istambul para reflectir sobre os elementos do tipo legal de crime de violação e proceder às necessárias alterações, foi opção do legislador nacional continuar a fazer referência ao constrangimento. Isto apesar da apresentação das propostas de alteração legislativa que promoviam a adopção da falta de consentimento em detrimento do constrangimento e, apesar das e dos profissionais ouvidas e ouvidos no âmbito do Grupo de Trabalho GTILCI.

Apesar disso, e conforme afirmado por Aurora Rodrigues “uma porta foi aberta (embora não completamente)”⁷⁵, nomeadamente por força da alteração no n.º 2, artigo 164.º CP introduzida pela Lei 83/2015, em virtude da entrada em vigor da Convenção de Istambul. Cabe a quem interpreta e aplica a lei aproveitar essa oportunidade, no âmbito do n.º 2, artigo 164.º CP, e interpretar a letra da lei de forma a incluir a falta de consentimento. Neste sentido e conforme defendido por Alexandra Veiga “a jurisprudência pode fazer caminho com vista a alargar a forma como o conceito constrangimento é interpretado e aplicado”⁷⁶.

Através da jurisprudência poderá ser dado um sinal positivo para o aprofundamento das mudanças que ora se iniciaram por ocasião da Convenção de Istambul. Poderá, assim, a jurisprudência fazer algo que nem as pessoas ouvidas no âmbito do Grupo de Trabalho GTILCI, conseguiram: fazer crer ao legislador nacional que está na hora de avançar sem medo para a previsão legal da falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação.

Poderá ser esse o sinal que o legislador aguarda para ter coragem para promover uma, de várias, alterações legislativas necessárias à efectiva tutela

⁷³ Neste sentido vide T. P. BELEZA *A mulher...* cit., pp. 13-14 e C. SMART, *Feminism...* cit., p. 88.

⁷⁴ Vide C. SMART, *Feminism...* cit., p. 88.

⁷⁵ Vide nota de rodapé 45.

⁷⁶ Vide nota de rodapé 47. No mesmo sentido vide M. C. SOTTOMAYOR, “O conceito... cit.”, p. 280.

e protecção de sobreviventes de violação: a de fazer corresponder à noção legal de violação a noção social consensual – quem viola não respeita o *não* de outrem.

Até porque, conforme alerta Teresa Féria, há que ter em mente que casos de violação haverá que não incluem constrangimento, pelo que não será possível interpretar o n.º 2, artigo 164.º CP de forma a incluir esses casos, verificando-se um vazio legal⁷⁷. Neste sentido, entendemos que, mais cedo ou mais tarde, o disposto no artigo 164.º CP terá de ser alterado, de forma a acolher a substituição do constrangimento por falta de consentimento. Por ora restará à nossa jurisprudência incluir os casos de não consentimento que são constrangimento no n.º 2, artigo 164.º CP. Aguardemos os sinais enviados pela jurisprudência nacional quanto à maturidade da reflexão no que respeita ao crime de violação. Esperemos que a mesma se manifeste na tutela de um maior número de casos do que se tem verificado até agora, e que os argumentos utilizados nos acórdãos possam indicar ao legislador nacional que está na hora de avançar um pouco mais na tutela da liberdade sexual através da consagração da falta de consentimento como elemento do tipo legal de crime de violação.

A par do importante papel desempenhado pela jurisprudência é, igualmente importante, conforme afirma Alexandra Veiga, que seja dada prioridade ao crime de violação na política criminal⁷⁸. É, pois, preciso que haja vontade política de dar prioridade à prevenção e ao combate ao crime de violação, de forma a podermos, enquanto sociedade dar uma resposta eficaz às e aos sobreviventes de violação, uma vez que, há tantos *mitos* da violação e tantas barreiras colocadas à tutela dos direitos e interesses de sobreviventes que necessitam de ser superados. A Convenção de Istambul foi apenas o mote para a mudança, tudo o resto depende de cada um/a de nós e da forma como encaramos a oportunidade fornecida pela Convenção de Istambul e a traduzimos em efeitos práticos, com vista a melhorar o dia-a-dia daquelas e daqueles que são, afinal, o «público-alvo» e o próprio propósito da Convenção de Istambul.

Referências Bibliográficas

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, “A Coacção Sexual e a Violação no Código Penal Português” in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 905-919.
- BEAUVOIR, SIMONE DE, *O Segundo Sexo – Os Factos e os Mitos* – Vol. I, trad. Sérgio Milliet, Amadora: Livraria Bertrand, 1976.

⁷⁷ Vide nota de rodapé 50.

⁷⁸ Vide nota de rodapé 47.

- BELEZA, TERESA PIZARRO, *A mulher no direito penal*, Cadernos Condição Feminina, n.º 19, Lisboa: Comissão da Condição Feminina, 1984.
- _____, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*. Lisboa: AAFDL, 1990.
- _____, “A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da laicização dos «bons costumes» à ortodoxia da «liberdade» in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*. Lisboa: Ministério da Justiça, 1995, pp. 169-174.
- _____, “Sem sombra de pecado: o repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal” in *Separata Jornadas de Direito Criminal Revisão do Código Penal*. Lisboa, 1996.
- _____, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social a Construção Jurídica das Relações de Género – uma proposta de Estudo e de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____, *A Violência das Coisas*, conforme consultado em linha em <http://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf> (24.06.2016).
- _____, “«Consent – It’s as Simple as Tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, coord. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 15-26.
- BOX, STEVE, *Power, crime, and mystification*. London and New York: Routledge, 1998.
- LEITE, INÊS FERREIRA, “A tutela penal da liberdade sexual” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* n.º 1, Ano 21, Janeiro-Março 2011, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-94.
- _____, “Crimes Novos, Lei Nova”, in *Cronica, Capazes*, 09/07/2015, conforme consultado em linha em <http://capazes.pt/cronicas/crimes-novos-lei-nova-por-ines-ferreira-leite/> (24.06.2016).
- ROOK, PETER; WARD, ROBERT, *Sexual Offences, Law and Practice*, London: Sweet and Maxwell, 2004.
- SMART, CAROL, *Feminism and the Power of Law*. London and New York: Routledge, 1995.
- 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” in *Separata da Revista do Ministério Público* n.º 128 de Out-Dez 2011, Ano 32, pp. 273-318.
- SOUSA, ANA PAULA, “Análise Crítica do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011 à luz do artigo 164.º do Código Penal e do artigo 36.º da Convenção de Istambul” in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, coord. Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 277-282.
- SOUSA, RITA MOTA, *Introdução às Teorias Feministas do Direito*, Porto: Edições Afrontamento, 2015.
- TEMKIN, JENNIFER, *Rape and the Legal Process*. 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- VIGARELLO, GEORGES, *História da Violação – Séculos XVI – XX*, Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

Referências Documentais

- Audição Parlamentar (AP) n.º 6-GT-ILCI-XII – A.S.J.P. 09.07.2014, conforme consultado em linha em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=98124> (24.06.2016).
- AP n.º 5-GT-ILCI-XII – S.M.M.P. 09.07.2014, conforme consultado em linha em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=98123> (24.06.2016).
- AP n.º 4-GT-ILCI-XII – A.P.A.V.; A.M.C.V.; U.M.A.R.; P&D Factor, 06.06.2014, conforme consultado em linha em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=97907> (24.06.2016).
- AP n.º 3-GT-ILCI-XII – Professor Doutor Rui Carlos Pereira e Juíza Conselheira Doutora Maria Clara Sottomayor, 03.06.2014, conforme consultado em linha em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=97863> (24.06.2016).
- AP n.º 2-GT-ILCI-XII – C.I.G., 30.05.2014, conforme consultado em linha em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=97840> (24.06.2016).
- AP n.º 1-GT-ILCI-XII – A.P.M.J., 30.05.2014, conforme consultado em linha em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=97839> (24.06.2016).
- ASSOCIAÇÃO QUEBRAR O SILÊNCIO, conforme consultado em linha em <https://quebraro-silencio.pt/> (22.03.2017).
- COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report*, conforme consultado em linha em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383a> (24.06.2016).
- DISCURSO DE HILLARY CLINTON (05.09.1995), IV Conferência Mundial ONU sobre Mulheres, Pequim, conforme consultado em linha em <http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/conf/gov/950905175653.txt> (24.06.2016).

Legislação

- Código Penal aprovado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852*, conforme consultado em linha em <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf> (20.06.2016).
- Código Penal Português – Decreto de 16 de Setembro de 1886*, conforme consultado em linha em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> (20.06.2016).
- Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro* (versão anterior a 1995), conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=101A0201&nid=101&tabela=leivelhas&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=1#artigo (20.06.2016).
- Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro* (redacção dada pelo Decreto-lei 48/95, de 15 de Março) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=1&so_miolo= (20.06.2016).

- www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=1&so_miolo= (20.06.2016).
- Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro* (redacção dada pela Lei 65/98, de 02 de Setembro) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=2&so_miolo= (20.06.2016).
- Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro* (redacção dada pela Lei 59/2007, de 04 de Setembro) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0164&n_versao=3&so_miolo= (20.06.2016).
- Código Penal de 1982, Decreto-lei 400/82, de 23 de Setembro* (redacção dada pela Lei 83/2015, de 5 de Agosto) conforme consultado em linha em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0164&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo (20.06.2016).
- Council of Europe, *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, conforme consultado em linha em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168046253d> (20.06.2016).

Jurisprudência

- Acórdão do Juízo Central Criminal de Lisboa, Juiz 15 n.º 14462/03.0TDLSB
- Acórdão do Juízo Central Criminal de Lisboa, Juiz 21 n.º 155/10.6JBLB
- Acórdão STJ n.º STJ_03P2394
- Acórdão do Juízo Central Criminal de Lisboa, Juiz 2 n.º 138/15.0PTLSB
- Acórdão T.R.P. n.º 476/09.0PBBGC.P1, 13.04.2011, conforme consultado em linha em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument> (24.06.2016).
- Acórdão T.R.P. n.º 1054/13.5JAPRT.P1, 10.09.2014, conforme consultado em linha em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b19245b4dea60edc80257d5c00556e25?OpenDocument> (24.06.2016).
- Decisão M.C. vs. Bulgária*, T.E.D.H., queixa n.º 39272/98, 04.12.2003, conforme consultado em linha em https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecam-paign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp (24.06.2016).

ANEXO I
ETAPAS NA EVOLUÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO⁷⁹

PARTE – I
Bem Jurídico protegido pelo crime de Violação:
Bons Costumes
(defesa de uma determinada estrutura e dinâmica social)

1. Violação como crime cometido pelo homem contra o homem/«sua propriedade» (mulher/ criança violada como objecto/ propriedade do homem)
 - 1.a) Violação sancionada quando praticada contra mulher virgem
 - 1.b) Violação de mulheres de classes sociais desfavorecidas são menos protegidas⁸⁰
 - 1.c) Agressores são tratados de forma diferente conforme a sua classe social e conforme a classe social da sobrevivente [a estrutura social impera sobre (falta) de liberdade individual]
2. Violação é padronizada em função do género de «intervenientes»: Violação como crime cometido pelo homem contra a mulher
(não é reconhecida a violação de homens – relações homossexuais como tabu social)

PARTE – II
Bem Jurídico protegido pelo crime de Violação:
Liberdade e Autodeterminação Individual

3. Expansão de actos praticados e que podem ser incluídos no tipo de crime (opção por uma redacção legal «gender-neutral» quanto a quem pratica e a quem sofre um crime de violação. Violação de homens passa a ser incluída na previsão legal, apesar de serem apresentadas queixas por violação cometida contra menores, inexistem queixas de adultos – permanece tabu social quanto à violação masculina, fruto de um determinado tipo de masculinidade dominante na sociedade e que obsta à denúncia da violação no masculino)
4. Percepção da necessidade de ampliar o conceito de violação de forma a abranger a violação marital

⁷⁹ O presente anexo foi redigido tendo por base as seguintes referências bibliográficas: J. TEMKIN, *Rape...cit.*, pp. 57, 67, 72-80, T. P. BELEZA, “A regulação jurídica... cit.”, p. 170; PETER ROOK Q.C., ROBERT WARD C.B.E. *Sexual Offences, Law and Practice* London: Sweet and Maxwell, 2004, pp. 4-7, G. VIGARELLO *História... cit.* pp. 80, 83-94, e I. F. LEITE, “A tutela penal da liberdade sexual... cit.”, pp. 29ss.

⁸⁰ Neste sentido e a propósito da discriminação intersectorial vide TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito das Mulheres e da Igualdade Social a Construção Jurídica das Relações de Género – uma proposta de Estudo e de Ensino*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 113.

5. Debate entre a inexistência de consentimento ou existência de constrangimento
 5. a) a questão do reconhecimento da capacidade de menores consentirem (o que, desde logo, implica a valorização do seu não)

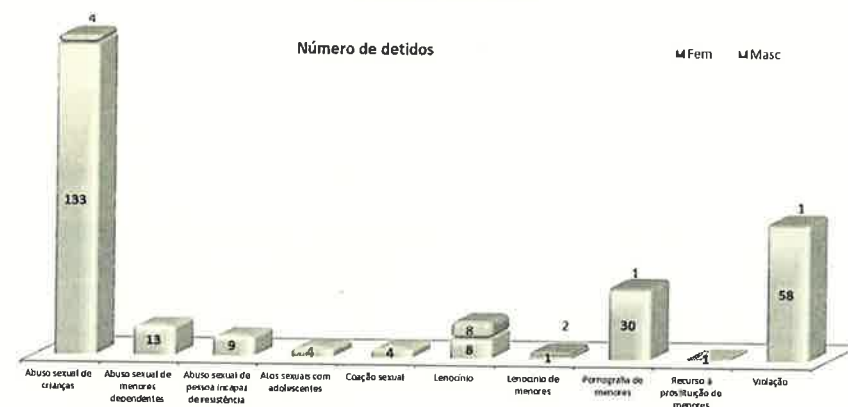
ANEXO II
NÚMERO DE CRIMES DE VIOLAÇÃO COMETIDOS EM PORTUGAL
NO ANO DE 2014 E 2015

Crimes violentos e graves	Ano 2014	Ano 2015
Homicídio voluntário consumado	103	102
Ofensa à integridade física voluntária grave	542	469
Rapto, sequestro e tomada de reféns	376	369
Violação	374	375
Roubo a banco ou outro estabelecimento de crédito	71	64
Roubo a farmácias	56	94
Roubo a curivesarias	46	29
Roubo a posto de abastecimento de combustível	159	123
Roubo a residência	732	676
Roubo a tesouraria ou estação de correios	20	24
Roubo a transportes de valores	17	18
Roubo de viatura	166	158
Roubo em edifícios comerciais ou industriais	608	521

Fonte: Ministério da Administração Interna, *Relatório MAI 2015*. Conforme consultado em linha em <http://www.portugal.gov.pt/pt/pm/documentos/20160331-pm-rasi.aspx> [24.06.2016].

ANEXO III

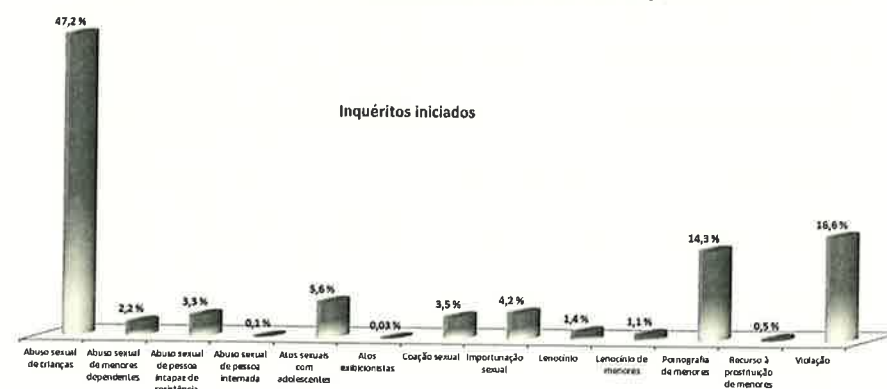
NÚMERO DE PESSOAS DETIDAS POR CRIMES SEXUAIS EM PORTUGAL NO ANO DE 2015



Fonte: Ministério da Administração Interna, *Relatório MAI 2015*. Conforme consultado em linha em <http://www.portugal.gov.pt/pt/pm/documentos/20160331-pm-rasi.aspx> [24.06.2016].

ANEXO IV

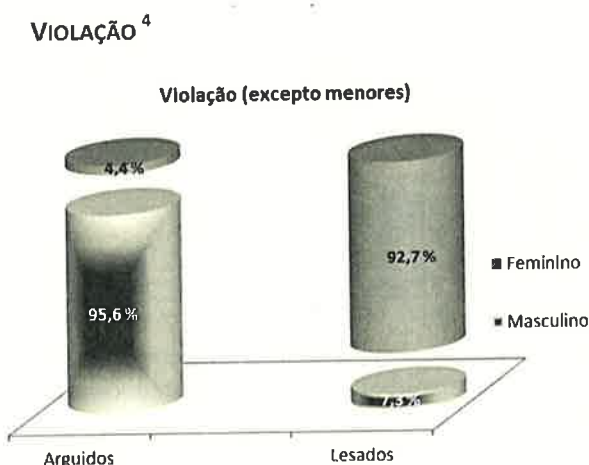
NÚMERO DE INQUÉRITOS INICIADOS EM PORTUGAL NO ANO DE 2015, POR CATEGORIA DE CRIMES SEXUAIS



Fonte: Ministério da Administração Interna, *Relatório MAI 2015*. Conforme consultado em linha em <http://www.portugal.gov.pt/pt/pm/documentos/20160331-pm-rasi.aspx> [24.06.2016].

ANEXO V

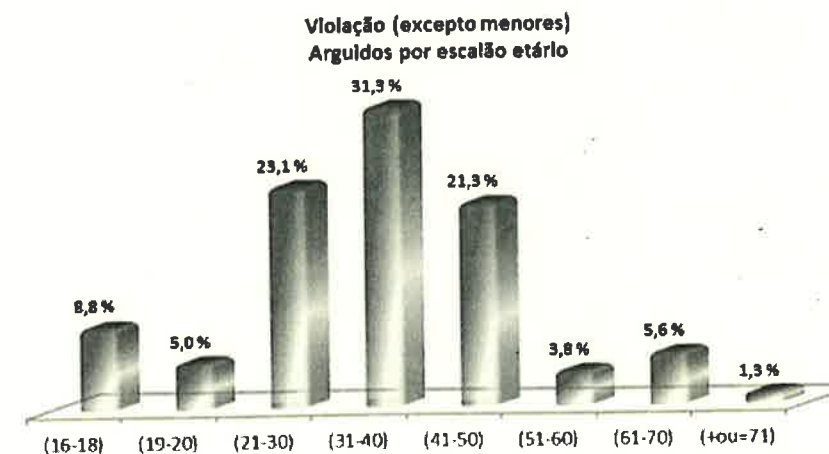
PESSOAS ADULTAS QUE COMETERAM O CRIME DE VIOLAÇÃO EM PORTUGAL E PESSOAS QUE SOBREVIVERAM AO CRIME DE VIOLAÇÃO EM PORTUGAL — EM 2015, EM FUNÇÃO DO GÉNERO



Fonte: Ministério da Administração Interna, *Relatório MAI 2015*. Conforme consultado em linha em <http://www.portugal.gov.pt/pt/pm/documentos/20160331-pm-rasi.aspx> [24.06.2016].

ANEXO VI

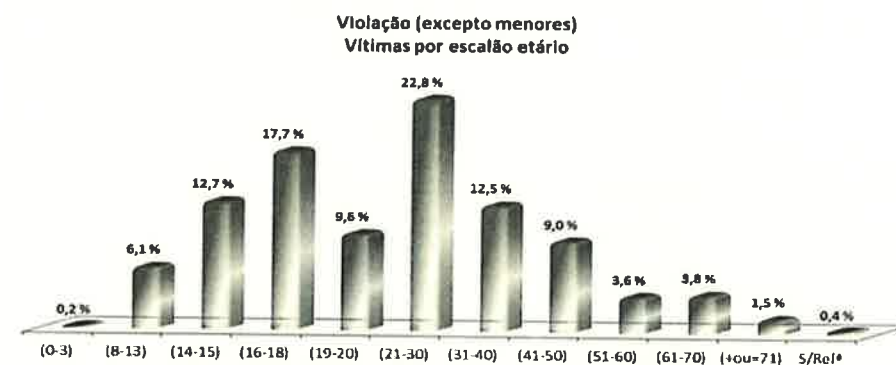
FAIXA ETÁRIA DE ARGUIDOS POR CRIME DE VIOLAÇÃO DE PESSOAS ADULTAS



Fonte: Ministério da Administração Interna, *Relatório MAI 2015*. Conforme consultado em linha em <http://www.portugal.gov.pt/pt/pm/documentos/20160331-pm-rasi.aspx> [24.06.2016].

ANEXO VII

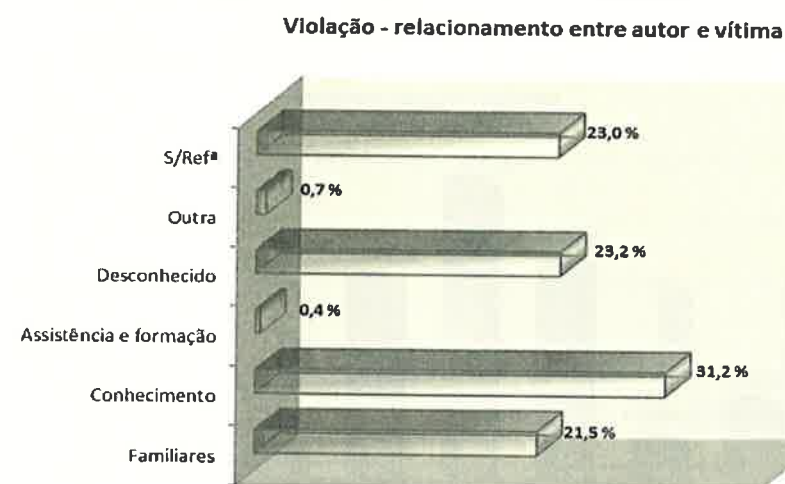
INCIDÊNCIA DE PESSOAS ADULTAS QUE SOBREVIVERAM AO CRIME DE VIOLAÇÃO EM PORTUGAL EM 2015, EM FUNÇÃO DA FAIXA ETÁRIA



Fonte: Ministério da Administração Interna, *Relatório MAI 2015*. Conforme consultado em linha em <http://www.portugal.gov.pt/pt/pm/documentos/20160331-pm-rasi.aspx> [24.06.2016].

ANEXO VIII

RELACIONAMENTO ENTRE QUEM COMETE E QUEM SOBREVIVE AO CRIME DE VIOLAÇÃO EM PORTUGAL EM 2015



Fonte: Ministério da Administração Interna, *Relatório MAI 2015*. Conforme consultado em linha em <http://www.portugal.gov.pt/pt/pm/documentos/20160331-pm-rasi.aspx> [24.06.2016].

ANEXO IX

NÃO CONSENTIMENTO E NÃO CONSTRANGIMENTO

O presente anexo corresponde a uma ilustração feita pela Dra. Teresa Féria aquando da entrevista concedida a 23.05.2016 a propósito dos conceitos de não consentimento e não constrangimento, de forma a ilustrar que há casos de violação que carecem de consentimento e, de igual forma, não correspondem a um constrangimento, o que conduz a um vazio legal, atenta a actual redacção do artigo 164.º CP.

