

**Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do
Porto de 27 de junho de 2018 proferido no âmbito do
processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1
(O “Acórdão da sedução mútua”)**

Raquel Boucinha Simões ⁽¹⁾

1. Introdução

Foi no ano de 1995 que a moralidade e a honra deram lugar à liberdade e autodeterminação sexual para assumirem o papel de bem jurídico protegido pelos crimes sexuais e, daí em diante, denota-se uma progressiva consciencialização comunitária acerca da elevada dignidade penal destes crimes.

Assim, se por um lado se reclama uma maior preocupação e atenção às vítimas destes atos, por outro afirma-se o risco de suspeitos serem frequentemente denunciados e conseqüentemente estigmatizados de forma irreparável. Porém, questionamo-nos: estará a nossa jurisprudência a ser tão prudente que acabará por fomentar uma cultura de tolerância em relação a estes atos? Poderemos estar seguros de que os nossos tribunais aplicam uma justiça limpa de sexismos? Duvidamos. Nos últimos anos é cada vez mais elevado o número de acórdãos que colocam em causa os direitos das mulheres, atenuando a gravidade de crimes que afetam a sua integridade física e psíquica, a sua liberdade sexual, em suma, a sua dignidade.

¹ Mestre em Direito Criminal pela Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, em 2018. Advogada-Estagiária. *E-mail*: raquelboucinhasimoes@gmail.com .

No dia 27 de novembro de 2016, o *barman* e o porteiro de um estabelecimento de diversão noturna mantiveram com uma mulher de 26 anos, que havia ingerido de forma excessiva diversas bebidas alcoólicas, e encontrando-se “(...) sem consciência de si própria e incapaz de dispor da sua vontade (...)”², relações sexuais de cópula vaginal completa, tendo um deles ejaculado. Se os leigos diriam tratar-se de uma situação indubitavelmente grave, já os nossos juízes encontraram uma série de atenuantes, o que nos leva a concluir ter havido uma leitura irrazoável dos factos e um desfecho desequilibrado ou, melhor diríamos, verdadeiramente injusto: a condenação dos arguidos pelo crime previsto e punido pelo artigo 165º do Código Penal em quatro anos e meio de pena de prisão, mas que acabou por ser suspensa na sua execução.

2. O crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, o crime de violação e a Convenção de Istambul

O referido preceito criminaliza a conduta daquele que atente gravemente contra a liberdade sexual de outrem através do aproveitamento da situação de incapacidade em que este se encontra para dar o seu consentimento para o ato³. Repare-se desde já que, as condutas retratadas nos autos acima descritos coincidem com aquelas que também preenchem o tipo objetivo do crime de violação, nomeadamente a cópula. A especificidade do ilícito de que tratamos reside no facto de não ser o agente que coloca a vítima na incapacidade de resistir, antes se aproveita de um estado pré-existente de incapacidade de opor resistência para com ela praticar um ato sexual de relevo⁴. O agente conhece e quer aproveitar-se desse estado débil, bastando o dolo eventual, isto é, que, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, o agente assumia para si como

² Cf. p.4.

³ Neste sentido, Lopes, José Mouraz/Milheiro, Tiago Caiado, Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

⁴ Importa salientar que, se for o agente a provocar na vítima um estado de incapacidade de resistir para depois com ela praticar os atos sexuais estaremos diante do crime de violação previsto no artigo 164º. Diferentemente, se o agente se aproveitar de um estado de incapacidade, mas que não foi por si pré-ordenadamente provocado, estaremos diante do ilícito de abuso de pessoa incapaz de resistência previsto no artigo 165º.

provável a existência de um motivo que incapacite a vítima de se opor ao contacto sexual⁵.

Pensamos que, idealmente, não deveria fazer-se a distinção das duas situações no sentido da sua conseqüente inserção em tipos legais distintos, preferindo-se enquadrar ambas num só tipo legal de crime, o da violação. Repare-se que, o ato que está em causa enquanto violação da liberdade sexual de outrem verifica-se quer no caso do artigo 164^o, quer no caso do artigo 165^{o6}. Perante a falta de consentimento, quer esta seja materializada no vencimento efetivo da resistência apresentada pela vítima, quer através da falta de apresentação dessa resistência pelo facto de a vítima não reunir as condições para o fazer, isto é, por estar já incapaz para tal⁷, o que pensamos ser deveras importante é o denominador comum: a inexistência total de consentimento para a prática de atos sexuais⁸. Em ambos os casos assiste-se a um atentado grave à liberdade sexual da mulher que, como ser humano que é, deve sempre poder escolher livremente com quem quer ter contactos sexuais e poder recusar a prática dos mesmos.

⁵ Neste sentido, Dias, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial, Tomo I (Arts. 131^o-201^o), "Artigo 165^o", 2^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

⁶ Porém, pode colocar-se a questão de saber se não deve considerar-se existir, ao nível do grau de responsabilização penal, alguma diferença entre tornar a pessoa incapaz de resistir para poder depois dela abusar sexualmente e aproveitar-se de uma incapacidade de resistência pré-existente que como tal não foi por si provocada. Embora, *a priori*, possa parecer que o primeiro caso se reveste de maior desvalor cremos que, tal diferença não será muito significativa se atendermos ao facto de, no segundo caso, estarmos perante pessoas que se encontram numa situação de especial vulnerabilidade que é impiedosamente aproveitada pelo agente, pelo que, a censura legislativa deve revestir intensidade semelhante. De todo o modo, ainda que se entenda ser sempre mais grave a primeira das situações descritas, tal diferença poderia operar no momento de determinação da medida concreta da pena.

⁷ Note-se que, este estado de incapacidade não tem de ser absoluto, bastando que seja de tal modo que impeça a vítima de se determinar de acordo com a sua vontade. Neste sentido, Henriques, Manuel Leal/Santos, Manuel Simas, Código Penal Anotado, 3^a Edição, Volume 2, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000.

⁸ Ventura, Isabel, Medusa no Palácio da Justiça ou uma história da violação sexual, Lisboa: Editora Tinta-da-China, 2018, em jeito de crítica refere que, se se prevê que a inserção no tipo legal de violação exige que a incapacidade de resistir por falta de consciência seja provocada pelo agressor, o que se acaba por punir é a colocação na impossibilidade de resistir para com outrem copular, minorando-se o ato sexual que não foi consentido.

Recordemo-nos que, o Estado Português ao ratificar, em 2012, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, comumente conhecida como Convenção de Istambul, declarou subscrever integralmente o conteúdo deste instrumento internacional. Ora, da leitura do artigo 36º do referido diploma depreende-se que, para o preenchimento do crime de violação, o que é relevante não é a existência de violência, mas sim a falta de consentimento livre por parte da vítima. Porém, a Amnistia Internacional concluiu no ano transato que, a legislação que criminaliza a violação é inadequada e ineficaz continuando a ser um problema na maioria dos países europeus⁹, pois que, ao contrário do que prescreve a Convenção de Istambul¹⁰, faz depender a afirmação do crime de violação da comprovação de violência física, ameaça ou coação¹¹.

Não obstante as alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2015 de 5 de Agosto ao crime de violação, de modo a que se coadunasse a lei nacional com o disposto na referida Convenção, Portugal, lamentavelmente, incluía-se naquele elenco de países. Relembremo-nos que, com a supradita lei, o n.º1 do artigo 164º manteve-se inalterado, subsistindo o conteúdo da ação, o constrangimento, os seus meios típicos e a moldura penal. No que respeita ao n.º2, a mudança foi notória, pois, ao prever-se um crime de execução livre, dada a inclusão na sua letra da expressão “(...) por meio não compreendido no número anterior (...)” permitiu que se dissipasse a ideia de que o constrangimento apenas pode ser alcançado pelos

⁹ Amnistia Internacional, «Europe: Right to be free from rape, *Overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards*» (<https://www.amnesty.org/en/documents/euro1/9452/2018/en/>) acesso em 2019-05-23.

¹⁰ A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no mesmo sentido da Convenção, tem considerado que o uso de violência e de ameaça não são elementos do crime de violação, pois que aquele não exige a resistência das vítimas. Veja-se a propósito a decisão M.C. versus Bulgária de 04/12/2003, Queixa n.º 39272/98 (https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp) acesso 2019-09-16.

¹¹ Recordemo-nos do mediático Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/04/2011, proferido no âmbito do processo n.º 476/09.oPBBGC.P1 (<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument&Highlight=0,476%2F09.oPBBGC.P1>) acesso em 2019-08-04.

meios tipificados no n.º¹², assistindo-se assim ao alargamento do âmbito incriminatório do tipo e, conseqüentemente, ampliando-se a tutela da vítima¹³.

Devido àquela modificação legislativa, o tipo legal passou a poder ser interpretado no sentido de abarcar qualquer relacionamento sexual não livremente consentido, onde caberá “(...) o dissentimento expresso por qualquer forma concludente, de acordo com o contexto envolvente, assim como o consentimento não livre (constrangido) – p. ex., por ameaças que não alcancem o patamar da “ameaça grave”, chantagens, meios enganosos ou fraudulentos (...)”¹⁴. Assim sendo, não podemos considerar que, com aquela alteração legislativa os propósitos da Convenção tenham sido completamente frustrados. Porém, persistindo a ausência da expressão “sem o consentimento livre”, continuava aberta a porta para decisões que não protegessem cabalmente da liberdade sexual da vítima.

Contudo, com a recente Lei n.º 101/2019 de 06/09 o constrangimento, já previsto no crime de violação, passa a ser definido expressamente como “...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.”. Consabido é que, a vontade cognoscível será aquela que, dado o circunstancialismo de que se reveste a situação concreta, seria possível dela

¹² Beza, Teresa Pizarro, “Consent- It’s as Simple as Tea”, *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, faz uma interessante analogia entre o crime de violação e o crime de violação de domicílio ou perturbação da vida privada, previsto no artigo 190º do Código Penal. Como é consabido, para que o tipo objetivo deste último tipo legal esteja preenchido não se exige a prática de violência nem ameaça, apenas tendo que ficar provado em juízo que aquela conduta foi praticada contra a vontade da vítima. Refere a autora, e bem ao que nos parece, não ser razoável que o artigo 190º, que protege a integridade do domicílio, contenha na sua redação a expressão “sem consentimento” e opção semelhante não tenha sido tomada pelo legislador quanto a uma norma que protege um bem eminentemente pessoal, como é o caso do artigo 164º.

¹³ Cunha, Conceição Ferreira da, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, refere que “É claro que poderão subsistir algumas dúvidas sobre o tipo de violência abrangido pelo n.º¹ ou o tipo de ameaças a considerar “graves”. Porém, estas dúvidas não conduzirão nunca à desproteção da liberdade sexual; poderão apenas conduzir a uma diferença quanto ao grau de responsabilização penal (ao inserir a conduta no n.º¹ ou no n.º²).”

¹⁴ Cunha, Conceição Ferreira da, «Crimes Sexuais contra Crianças e Adolescentes», *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 3, n.º 3, 2017, p. 352.

conhecer. Assim sendo, o agente deixa de poder dizer que não tinha percebido que a vítima se opunha ao contacto sexual. Contudo, a tarefa de determinar aquilo que poderia ser ou não perceptível pelo agente, cabe ao juiz pelo que, melhor nos parecia adotar a expressão “sem consentimento” tal como na Convenção de Istambul. Desta forma, seriam verdadeiramente cumpridos os propósitos daquele diploma pois que, seriam eliminadas ambiguidades interpretativas quando em causa estão crimes particularmente lesivos da dignidade e da integridade da vítima.

Feitas as reflexões acerca do tipo legal de crime em causa, debruçamo-nos de seguida sobre as considerações tecidas pelo tribunal que nos parecem merecer mais apreciações, uma vez que delas, respeitosamente, discordarmos.

3. A ilicitude do facto

Como é consabido, a ilicitude do facto traduzirá “(...) o específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um concreto comportamento humano numa *concreta* situação, atentas portanto todas as condições *reais* de que o facto se reveste ou em que tem lugar.”¹⁵. Porém, tendo em conta os factos dados como provados, ousou o tribunal dizer que a ilicitude não é elevada. Não sabemos se será mais insultuosa aquela simples afirmação ou a justificação que se seguiu: “Não há danos físicos [ou são diminutos] (...)”¹⁶.

No que aos danos físicos diz respeito, a afirmação encontra-se incorreta na medida em que, ficou provado em juízo que a vítima apresentava equimoses variadas no abdómen, nos membros inferiores e nas nádegas, devido a palmadas e fricção com os dedos durante a prática dos atos.

Mas ter-se-á o tribunal questionado como seguirá o seu curso normal de vida uma mulher que viu o seu corpo, contra sua vontade, à mercê de desejos sexuais alheios? Ainda que não seja necessária a comprovação científica, mas para

¹⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Parte Geral, Tomo I, *Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

¹⁶ Cf. p.21.

que sirva de reforço à nossa indignação, refira-se que é afirmada na psicologia a presença de um padrão de consequências comuns nas mulheres vítimas de violação, designando-o de Síndrome do Trauma da Violação¹⁷. Quanto ao impacto emocional esta síndrome aponta como reflexos mais comuns uma sintomatologia depressiva, perturbação de *stress* pós-traumático que engloba situações de medo intenso, de evitamento de experiências que lhe façam recordar o episódio da violação e, não raras vezes, *flashbacks* do mesmo, o que acaba por se traduzir num dia-a-dia de ansiedade, de inseguranças e vulnerabilidades.

Pese embora tudo o que ficou dito ser do conhecimento comum, foi considerado de diminuto desvalor o ato daqueles que, aproveitando-se do estado de alcoolemia de uma jovem mulher, a despem e usam o seu corpo para seu próprio proveito, condicionando dessa forma para sempre a sua imagem de si própria, pois são frequentes nestas vítimas sentimentos de vergonha, de raiva e até mesmo, diríamos, de forma inconsciente, sentimentos de culpa. Tal como a sexualidade não é apenas um fenómeno corporal, também a ofensa à liberdade sexual não envolve apenas danos físicos pelo que, o silêncio total da decisão no que respeita aos nefastos danos psicológicos cremos que fará acrescer à vítima a dor de uma nova vitimação gerada pelo sentimento de desproteção criado pela decisão que se diz justa.

4. A culpa dos agentes

Acresce que, os juízos tecidos acerca da culpa dos agentes parecem-nos, de igual forma, francamente redutores. No acórdão pode ler-se que “A culpa dos arguidos (...) situa-se na mediana, ao fim de uma noite com muita bebida alcoólica, ambiente de sedução mútua(...)”¹⁸.

¹⁷ Neste sentido, Martinho, Gabriela Maria Figueira, «Crimes Sexuais Contra Mulheres Adultas: Da avaliação forense à decisão judicial» (<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/18642/1/Gabriela%20Maria%20Figueira%20Martinho.pdf>) acesso em 2019-06-03.

¹⁸ Cf. p.21.

A culpa, especificamente no que ao caso concerne, a culpa dolosa, é um juízo de censura que se verifica quando “(...) perante um ilícito-típico doloso, se comprova que o seu cometimento deve imputar-se a uma atitude íntima do agente contrária ou indiferente ao Direito e às suas normas (...)”¹⁹. A atitude do indivíduo que satisfaz o seu desejo sexual com o corpo de uma mulher, a qual teve de apoiar no lavatório para que se segurasse e assim lhe fosse possível a relação sexual, pois sabia que aquela não se seguraria por si dado o seu estado de alcoolemia, bem como daquele que se aproveita dessa situação débil para, deitada no chão, dela seguidamente abusar, convence os nossos tribunais de que o juízo de contrariedade ao dever-ser jurídico-penal é meramente mediano. Recordemos que, o juízo de censura foi considerado mediano, ou seja, não muito grave, porque os intervenientes tinham ingerido de forma excessiva bebidas alcoólicas e precedeu os atos descritos todo um ambiente de sedução mútua.

Terá a nossa jurisprudência encontrado motivos quase que justificativos ou pelo menos atenuantes para um homem abusar de uma mulher incapaz de resistência? Haverá algum comportamento da mulher que dê “luz verde” ao homem para avançar sexualmente anulando a relevância da vontade daquela que é dona do corpo que vai usar? O facto de estar num ambiente noturno, ter dançado ainda que de forma insinuante ou provocadora, e mesmo que se afirme uma eventual manifestação anterior de interesse da ofendida por algum dos arguidos, não cremos que seja sinónimo de anuência para a prática de relações sexuais naquela fração de tempo e naquele concreto espaço. Muito menos o será conhecendo como conheciam os arguidos o estado de incapacidade da ofendida para avaliar o significado do ato sexual em que se iriam envolver, não tendo eles o direito de supor tal capacidade ou de ultrapassar o necessário consentimento livre e consciente²⁰. No que concerne ao plano mais íntimo de cada um, jamais

¹⁹ Dias (nota 15), p.529.

²⁰ Recorde-se a propósito a alusão ao vídeo “Consent – It’s as Simple as Tea” já feita por Beleza (nota 12), p.24, dizendo-nos a autora que “O facto de alguém ter aceitado *a cup of tea* não a impede de mudar de ideias mais tarde, ou no dia seguinte, ou mesmo logo a seguir a ter exprimido a sua aceitação.”.

valerá a ideia de que quem consente o menos consente o mais. Não devem os tribunais dar azo à criação de um “(...) alegado direito dos homens a decidir unilateralmente o que fazer face ao que interpretam ser uma recetividade sexual camuflada.”²¹.

Note-se ainda que, para agravamento da culpa, os agentes do crime assumem naquele concreto cenário o papel específico de funcionários deste tipo de espaços de diversão noturna e, assim sendo, supor-se-ia que estariam aptos a lidar com comportamentos de clientes decorrentes do consumo excessivo de álcool. Exigia-se, por isso, dos mesmos uma atitude proativa na proteção desses clientes quanto a eventuais perigos e, jamais, de aproveitamento, sendo os principais atores de comportamentos sexuais altamente censuráveis.

5. A suspensão da execução da pena de prisão

Apesar de tudo o que ficou exposto, o tribunal aplica uma pena de prisão de quatro anos e meio, que suspende na sua execução. Poder-se-á dizer ao abrigo do artigo 50º ou ao seu arripio?

Do artigo 50º n.º1 do Código Penal resulta que “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a 5 anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.”.

Em Portugal, a suspensão da pena de prisão sofreu alterações consecutivas, surgindo em 1982, com o limite formal de aplicação a penas de prisão não superiores a três anos. Porém, com a revisão de 2007 surgem relevantes modificações, nomeadamente, o alargamento do critério formal de três para cinco anos²², ao que nos parece impedindo, na maioria dos casos, que se dê

²¹ Ventura, (nota 8), p.202.

²² Trata-se do mais largo espaço de aplicação deste instituto de entre os sistemas que comungam da nossa cultura jurídica ou que se aproximam dela, só encontrando paralelo no sistema francês que aplica o mesmo limite temporal, já que em Espanha a regra geral é a de que só podem ser

resposta adequada às necessidades de prevenção geral reclamadas na média criminalidade²³.

Desloquemos agora a nossa observação para a análise feita nos autos quanto ao critério material da suspensão da pena de prisão, que diz respeito à formulação de um juízo de prognose favorável, que terá como referência o momento da decisão, relativamente ao comportamento futuro do delinquente, tendo por base a análise das circunstâncias do caso concreto²⁴. Quanto a este ponto foram expressamente consideradas: a inexistência de antecedentes criminais, a condição familiar e social dos arguidos e, obviamente, as necessidades de prevenção especial e geral.

Sendo conhecidas as especificidades dos crimes sexuais e o facto de serem de difícil conhecimento e escassa denúncia²⁵, não nos parece que se possa concluir sem mais que a ausência de antecedentes criminais demonstra que estamos perante um ato único e isolado na vida do agente^{26 27}.

Quanto à sua inserção familiar e profissional pode ler-se na decisão que são os arguidos respeitados profissional, social e familiarmente. Porém, ainda que tenham uma posição dita favorável na comunidade, parece-nos que, este tipo de

suspensas penas até 2 anos e na Alemanha a suspensão só pode ser ordenada, em regra, quanto a penas até 1 ano e, excepcionalmente, até 2 anos.

²³ Acompanhamos, por isso, Leite, André Lamas, «A Suspensão da Execução da Pena Privativa de Liberdade sob Pretexto da Revisão de 2007 do Código Penal», Separata de ARS IVDICANDI, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2009, Volume II, pp. 604-605.

²⁴ Neste sentido, Dias, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa: Notícias Editorial, 1993.

²⁵ O número de inquéritos iniciados no que concerne ao crime de que tratamos, ocupa uma percentagem de 4,1% no total dos inquéritos iniciados por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, de acordo com o Sistema de Segurança Interna «Relatório Anual de Segurança Interna de 2018» (<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad5cfe37-od52-412e-83fb-7f098448dba7>) acesso em 2019-08-25.

²⁶ Do mesmo modo, mas em relação à generalidade dos crimes, Dias (nota 24), pp.252-253.

²⁷ A este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/07/2003, proferido no âmbito do processo n.º 03P2852 (<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/90a1a47boe8fe96780256de20048c5fo?OpenDocument&Highlight=0,03P2852>) acesso em 2019-08-13, refere que “Comporta, algum relevo atenuativo, mas não exagerado, o facto de não registar antecedentes criminais, o que nem sequer atesta bom comportamento anterior, mas apenas que não chegou ao cadastro criminal até hoje a notícia de facto ilícito, escapando às malhas da lei penal (...)”.

criminalidade tem, frequentemente, como agentes indivíduos que gozam de alguma consideração social. Se por um lado, tal facto faz supor um comportamento de conformidade às normas, por outro, não os impede de praticar tais atos, tornando até mais fácil a aproximação à vítima porque esta deposita neles uma certa confiança²⁸, o que nos parece que se verificou no caso em apreço, dada a função exercida pelos agentes, tornando-os potencialmente mais perigosos.

Todavia, o cerne da questão é saber se, tendo em conta o circunstancialismo apurado, uma pena suspensa assegurará adequada e suficientemente a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na comunidade, o que equivale a dizer, as finalidades da punição, previstas no n.º1 do artigo 40º do Código Penal. Atente-se que se exige que o tribunal sustente aquele juízo de prognose, quanto à virtualidade da socialização em liberdade, somente “(...) em bases de facto capazes de o suportarem com alguma firmeza, sem que, todavia, se exija uma certeza quanto ao desenrolar futuro do comportamento do arguido.”²⁹. Não obstante, existindo sérios motivos para duvidar da capacidade do agente para não reincidir, caso fique em liberdade, o juízo de prognose deve ser desfavorável e, naturalmente, a possibilidade de suspensão da pena de prisão será afastada.

Diz-se na decisão em apreço que, pese embora as necessidades de prevenção geral sejam elevadas, as necessidades de prevenção especial são reduzidas já que ambos os agentes se encontram devidamente inseridos quer a nível profissional, quer a nível familiar e conclui-se assim que, entenderão os arguidos a condenação com suspensão da execução da pena como uma solene advertência que será bastante para prevenir a prática de futuros crimes.

²⁸ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10/05/2010 proferido no âmbito do processo n.º 77/07.8TAPTB.G2 (<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/88e1747b04c64d988025772800557603?OpenDocument&Highlight=0.77%02Fo7.8TAPTB.G2>) acesso em 2019-08-13.

²⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/10/2012 proferido no âmbito do processo n.º 8/2012, p.39 (https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/192576/details/maximized?print_preview=print-preview) acesso em 2019-09-03.

Contudo, já o tribunal *a quo* havia considerado que os agentes não interiorizaram o desvalor das suas condutas, pois negam o evidente aproveitamento do estado débil da ofendida e, todavia, ambas as instâncias não se coibiram de afirmar que os agentes reúnem condições para prosseguir uma vida conforme ao Direito. Não poderíamos discordar mais de tal interpretação dos factos, pois, duvidamos de como pode concluir-se que dois homens que violam uma mulher de 26 anos em estado de flagrante alcoolemia, ao ponto de não se equilibrar nem segurar, e que não se mostraram conscientes da gravidade das suas condutas, poderão interiorizar a oportunidade de ressocialização que lhes é dada com a aplicação da suspensão da execução da pena de prisão. Relembremo-nos das seguintes passagens: “Não estavas inconsciente (...)”³⁰, “(...) se estavas tocada e não te recordas eu não tenho culpa.”³¹, “(...) nunca fiz nada que te desrespeita (...)”³². Aquelas mais não são do que algumas das palavras que foram proferidas pelos arguidos à ofendida no dia seguinte à prática do crime e, mesmo tendo ficado provadas em juízo, levaram o tribunal a, surpreendentemente, se isentar de dúvidas quanto à sua conduta futura. Sublinhe-se que, os arguidos nem sequer revelaram capacidade de autocrítica ou arrependimento que estimule uma mudança de comportamentos no sentido de ultrapassar a eventual vontade de voltar a delinquir.

Se assim é, continuamos a questionar como poderá considerar-se socialmente inserido um indivíduo que desrespeita de forma tão gritante não só as suas obrigações gerais de respeito pelo outro, mas ainda as obrigações específicas de zelo que lhe cabiam dada a sua atividade profissional. Parece-nos pouco coerente considerar bastantes as condições familiares e profissionais dos arguidos que, como já referimos, não raras vezes se mostrarão facilitadoras da prática dos atos, e ter o tribunal negligenciado os concretos contornos da atuação desvaliosa dos agentes e das suas conseqüentes necessidades de ressocialização,

³⁰ Cf. p.5.

³¹ Cf. p.5.

³² Cf. p.5.

sendo inequívoca a sua personalidade desviante ou indiferente aos valores jurídico-penais elementares.

Mas não esqueçamos que, o fundamento legitimador da pena é não só a dimensão especial da prevenção mas também a sua dimensão geral, isto é, a pena trará uma consciencialização geral da importância social do bem jurídico protegido e um restabelecimento da confiança da comunidade na efetiva tutela penal dos bens jurídicos. Considerou o tribunal, e ao que nos parece bem, que as necessidades de prevenção geral eram elevadas. Note-se que, por regra, neste tipo de criminalidade os sentimentos de confiança e de segurança dos cidadãos nas instituições jurídico-penais e a defesa do ordenamento jurídico que urge satisfazer, não se bastarão com uma pena de prisão suspensa na sua execução.

Relembremo-nos que, as necessidades de prevenção deverão ser articuladas no sentido de, em princípio, prevalecerem as necessidades de prevenção especial de socialização, salvo se as necessidades de prevenção geral, diga-se, a defesa da ordem jurídica, impuserem a aplicação da pena de prisão. E não esqueçamos que esta premissa vale quer para a escolha entre penas alternativas, quer para se substituir ou não a pena de prisão e ainda entre penas substitutivas³³. Porém, aquando do sopesar das diferentes necessidades de prevenção, fez o tribunal pender a balança muito mais para as necessidades de prevenção especial que havia considerado diminutas. Foi, ao que nos parece, uma ponderação deveras desequilibrada já que, como referiu o Ministério Público em sede de recurso, “O efeito ressocializador, sendo embora um dos vectores basilares aos fins das penas, cede necessariamente perante as exigências de tutela do bem jurídico e da necessidade de neutralizar os efeitos do crime como exemplo negativo para a sociedade e simultaneamente contribuir para fortalecer a consciência jurídica da comunidade.”³⁴. Julgámos que, o limiar mínimo de defesa do ordenamento jurídico é, neste caso, posto em causa com a suspensão da

³³ Neste sentido, Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

³⁴ *Cf.* p.18.

execução da pena de prisão e, com efeito, seria exigível do tribunal resposta diversa para que não se crie na comunidade o sentimento de impunidade, nem seja sinal de demissão do Estado na aplicação da justiça.

Se, por um lado, a compaixão que a sociedade tem para com a vítima poderá, levada ao extremo, pender para a aplicação de penas verdadeiramente desproporcionais, por outro, também não poderá adotar-se uma atitude de complacência para com os arguidos no âmbito de crimes que assumem especial gravidade e que geram grande instabilidade na sociedade e danos dificilmente reparáveis nas vítimas. Exige-se assim, como já o reclamava o caso de que tratamos, especial prudência na aplicação do instituto da pena suspensa, pois estar-se-á, com a aplicação infundada da mesma, a dar azo à tolerância perante manifestações de prepotência física e psíquica, redundando certamente na reificação da pessoa e, especificamente da mulher, confinando a sua dignidade.

6. O Estatuto da Vítima

Apesar de tudo, bem esteve o presente tribunal ao não esquecer o Estatuto da Vítima³⁵, consequência direta do reconhecimento de direitos fundamentais violados, considerando a vítima em causa especialmente vulnerável³⁶, com a consequente chamada do artigo 82º-A do Código de Processo Penal³⁷, levantando assim a questão do eventual arbitramento de indemnização. Contudo, não podemos olvidar uma das passagens da decisão que não deixou de, negativamente, nos surpreender. No acórdão pode ler-se “Em nenhum momento das suas declarações deixa a ofendida transparecer qualquer intuito vingativo ou retaliatório contra os arguidos, tanto mais que não deduziu qualquer pedido de indemnização civil sendo, assim, de afastar hipotético intuito de locupletamento

³⁵ Lei n.º130/2015 de 04 de Setembro.

³⁶ Artigo 67º-A n.º1 b) do Código de Processo Penal.

³⁷ Dita o artigo 16º n.º2 do Estatuto da Vítima que “Há sempre lugar à aplicação do disposto no artigo 82º-A do Código de Processo Penal em relação a vítimas especialmente vulneráveis, exceto nos casos em que a vítima a tal expressamente se opuser.”.

com a apresentação da queixa.”³⁸. Paradoxalmente, das palavras do tribunal pode retirar-se o entendimento de que se a vítima tivesse, por sua iniciativa, exercido um direito que lhe é legalmente reconhecido³⁹, poderia acarretar para si um prejuízo quanto à apreciação do seu depoimento, na medida em que este se poderia tornar, por aquele motivo, menos credível.

Como é consabido, quando tratamos de crimes violentos como o são os crimes sexuais, a precípua prova funda-se nas declarações da vítima, corroboradas pelos exames médico-legais e os relatórios dos sintomas psicológicos resultantes da vitimação. Assumir a grande probabilidade de alegações falsas acaba por transparecer um vestígio da visão preconceituosa acerca dos crimes sexuais, infelizmente cada vez mais difundida, que acaba por considerar a mulher mais como responsável pela vitimação do que como ofendida, levando a que a justiça se foque não nas ações do agressor, mas sim nas da vítima.

7. Conclusões

Embora a Convenção de Istambul reflita um avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres, entendendo este tipo de violência como violência de género, esta tem sido legitimada pela cultura baseada em “(...) relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente.”⁴⁰. Infelizmente, não raras vezes se tem afirmado no nosso país uma cultura de desvalorização da violência sobre as mulheres, que acaba por transformá-las em meros instrumentos de satisfação libidínica, contribuindo-se dessa forma para desequilíbrios de poder no contexto das relações de género.

³⁸ Cf. p.12.

³⁹ Previsto nos artigos 71º e seguintes do Código de Processo Penal.

⁴⁰ Parágrafo 9 do Preâmbulo da Convenção de Istambul.

Assim sendo e sabendo-se que todo e qualquer ato violento consubstancia uma realidade complexa que entrecruza várias áreas do saber, entre as quais, o Direito, a Medicina, a Psicologia e a Sociologia, urge investir na formação multidisciplinar dos juízes, que os auxilie na compreensão do impacto de decisões que não reconheçam às mulheres uma aplicação efetiva dos direitos e princípios relativos à igualdade, segurança, liberdade, integridade e dignidade. Só assim poderemos afirmar ser a nossa sociedade justa e igualitária, marcada por uma visão reflexiva e atualista quanto a este tipo de delitos.