

Processo n.º 83/2013.

Recurso jurisdicional em matéria penal.

Recorrente: A.

Recorrido: Ministério Público.

Assunto: Crime de violação. Cópula. Tentativa de violação, em concurso aparente com o crime consumado de acto sexual de relevo, previsto e punível pelo artigo 158.º do Código Penal.

Data do Acórdão: 12 de Fevereiro de 2014.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Song Man Lei e Sam Hou Fai.

SUMÁRIO:

I – Para efeitos do disposto no artigo 157.º do Código Penal, só existe cópula quando houver penetração, ainda que parcial, do pénis na vagina, mesmo que sem ejaculação, pelo que o coito vulvar ou vestibular não constitui cópula.

II – A tentativa de violação, consistindo em coito vulvar ou vestibular, integra, em concurso aparente, o crime consumado de acto sexual de relevo, previsto e punível pelo artigo 158.º do Código Penal.

III- Na situação prevista na conclusão anterior, o arguido deve ser punido pelo crime a que corresponder penalidade mais elevada.

O Relator,

Viriato Manuel Pinheiro de Lima

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

I – Relatório

O Tribunal Colectivo do **Tribunal Judicial de Base**, por Acórdão de 15 de Abril de 2013, condenou o arguido **A**, pela prática, em autoria material e na forma consumada de:

- Um crime de violação agravado (vítima menor de 14 anos), previsto e punível pelos artigos 157.º, n.º 1, alínea a) e 171.º, n.º 4, do Código Penal, na pena de 6 (seis) anos de prisão;

- Um crime de acto sexual com menores (vítima com idade de 15 anos), previsto e punível pelo artigo 169.º do Código Penal, na pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de prisão.

Em cúmulo jurídico, foi condenado na pena única de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de prisão.

O **Tribunal de Segunda Instância** (TSI), por Acórdão de 21 de Novembro de 2013, negou provimento ao recurso interposto pelo **arguido**.

Inconformado, recorre o **arguido** para este **Tribunal de Última Instância** (TUI), terminando com as seguintes conclusões úteis:

- Relativamente ao “crime de violação” previsto pelo art.º 157.º, n.º 1, al. a) do CPM, só se verifica a consumação deste crime quando o agente praticou actos de inserir o seu órgão genital no órgão genital ou no ânus de mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir.

- *In casu*, conforme os factos provados constantes do acórdão, o Recorrente só apontou o pénis na direcção da vagina da ofendida B, não é provado que o Recorrente inseriu o seu pénis na vagina da ofendida e fez movimentos de vai-vem, e ao mesmo tempo, o Recorrente não teve sucesso em quebrar o hímen da ofendida com o seu pénis, daí se pode ver que o Recorrente não teve sucesso em ter cópula com a ofendida, e posteriormente a ofendida B submeteu-se ao exame na Ginecologia e Obstetrícia no Centro Hospitalar Conde de S. Januário, cujo resultado revelou que o hímen da ofendida estava íntegro e apresentava forma circular, a sua vagina não cabia dois dedos, devendo ela ser uma mulher sem experiência sexual.

- Os actos do Recorrente não reúnem os requisitos constitutivos de “tiver cópula com mulher” previstos pelo art.º 157.º, n.º 1, al. a) do CPM, só podem constituir a tentativa do crime de violação, pelo que verifica-se a insuficiência da matéria de facto provada para que o tribunal *a quo* condenasse o Recorrente pela prática na forma consumada dum “crime de violação qualificado” p. p. pelo art.º 157.º, n.º 1, al. a) e art.º 171.º, n.º 4 do CPM.

- Se o MM.º Juiz não entender assim, para os efeitos de defesa prudente, entende o Recorrente que a medida da pena para o “crime de violação qualificado” (sendo a ofendida B) e o “crime de acto sexual com menores” (sendo a ofendida C) feita pelo tribunal *a quo* mostra-se excessiva.

- O Recorrente pede ao tribunal superior para considerar prudentemente as opiniões e condições pessoais acima referidas, passar a condená-lo pela prática na forma de tentativa dum “crime de violação qualificado”, convolvendo da prática dum “crime de violação

qualificado” (sendo a ofendida B), e ter em consideração as circunstâncias atenuantes especiais: para os efeitos de defesa prudente, em relação ao “crime de violação qualificado” (sendo a ofendida B) e ao “crime de acto sexual com menores” (sendo a ofendida C) imputados ao Recorrente pelo tribunal *a quo*, deve-se ponderar de novo a medida da pena concreta. Em cúmulo, deve o Recorrente ser condenado na pena de prisão não superior a 4 anos.

Na resposta à motivação do recurso o **Ex.^{mo} Procurador-Adjunto** defendeu que deve ser concedido parcial provimento ao recurso, condenando o recorrente como autor de crime tentado e não consumado de violação e numa pena não inferior a 4 anos de prisão.

No seu parecer, a **Ex.^{mo} Procurador-Adjunto** manteve a posição já assumida na resposta à motivação.

II – Os factos

Estão provados os seguintes factos:

- No dia 19 de Fevereiro de 2012, cercas das 18h00, B e alguns amigos estavam a divertir-se e conversar na zona de lazer perto de Van Sion Son Chun quando o arguido A passou por eles e juntou-se a eles. B, nascida a 23 de Fevereiro de 1998, conheceu o arguido A em 26 de Novembro de 2011 através da apresentação de D.

- Cerca das 20h00 da noite, a mãe da ofendida B telefonou-lhe para ela ir a casa jantar. O arguido A exigiu, por iniciativa, que acompanhasse a ofendida a casa, e a ofendida

concordou.

- O arguido acompanhou a ofendida B à sua residência sita no [Endereço (1)]. No elevador, o arguido deliberadamente carregou o 4º andar, e depois levou a ofendida à caixa de escadas do 4º andar do edifício.

- Na caixa de escadas, o arguido de repente agarrou B e beijou-a à força, ao mesmo tempo com as suas mãos estimulou-lhe os seios e a zona da vagina por cima da roupa que ela trazia vestida. B tentou empurrar o arguido com as mãos e gritou “não”. Mas o arguido ignorou e continuou a beijar a ofendida à força, procedimento em que com as mãos levantou à força a roupa e o sutiã da ofendida à sua clavícula e empurrou-a, agarrando as suas mãos, até ela ficou encostada à parede, e depois beijou nos seios da ofendida e chupou os seus mamilos.

- Na altura, apesar de B ter gritado “não” e feito desvios com o corpo insistentemente, ela não conseguiu parar o arguido porque ele era robusto.

- Seguidamente o arguido despiu-se das suas próprias calças e cuecas e ordenou B duas vezes que lhe fizesse sexo oral, e baixou a cabeça dela ao seu pénis, mas a ofendida recusou-se a fazer o mesmo. Não conseguindo fazer o sexo oral, o arguido baixou à força as calças e cuecas da ofendida às pernas, e introduziu os dedos na vagina dela, fazendo os movimentos de vaivém.

- De seguida, o arguido ordenou-lhe que virasse contra a parede e se curvasse, com as suas mãos colocadas na parede. Tendo medo de ser espancada pelo arguido, a ofendida não resistiu e fez o que o arguido lhe tinha dito. Depois o arguido separou com os pés as pernas da ofendida e directamente pôs o seu pénis à vagina dela, sem uso de preservativo e contra a sua vontade. A ofendida sentiu dores e repetidamente fez desvios com o corpo para impedir o arguido. Cerca de 1 a 2 minutos depois, por ter sentido muita dor na zona da

vagina, a ofendida insistentemente resistiu à força, e o arguido parou, pelo que o hímen da ofendida não foi penetrado pelo pénis do arguido.

- Depois, o arguido ordenou a ofendida B que não contasse a ninguém. A ofendida não respondeu, vestiu as calças e correu para casa da caixa de escadas.

- A ofendida B não contou aos pais pelo medo de ser repreendida, mas falou aos seus colegas da escola sobre isso, incluindo C.

- A ofendida B era virgem antes de ter sido sexualmente violada pelo arguido A.

- No dia 29 de Março de 2012, pelas 11h00, a ofendida B submeteu-se ao exame no serviço de ginecologia do Centro Hospitalar Conde de S. Januário. O exame revelou que o hímen da ofendida estava íntegro e apresentava forma circular, na sua vagina não cabia dois dedos, devendo ela ser uma mulher sem experiência sexual.

-No dia 18 de Março de 2012, cerca das 20h00, na zona de lazer perto de McDonald's no Fai Chi Kei de Macau, a ofendida C (nascida a 13 de Outubro de 1997) encontrou a sua amiga D e o seu namorado A (arguido). Naquele tempo C frequentava o 2º ano do [Escola (1)], e já tinha conhecido o arguido A. O arguido sabia, através de outras pessoas tais como D e do contacto com a ofendida própria, que esta era uma estudante com menos de 16 anos de idade.

- Quando os três estavam a divertir-se, D disse a C que tinha muitos inimigos, e a maior inimiga era E, que pretendia procurar algumas pessoas para espancá-la. Tendo ouvido as palavras, o arguido A, que também conhecia E, sugeriu que as três deslocaram-se ao pódio do Edf. Lai Hou de Pak Kap Chau onde E costumava ir, para resolver isso por C.

- Cerca das 22h00 daquela noite, os três chegaram ao pódio do Edf. Lai Hou mas não encontraram E, pelo que D voltou para casa, e C disse ao arguido A que iria à residência

duma pessoa chamada F que tinha conhecido na internet, sita em [Endereço (2)]. O arguido A disse que queria acompanhar C ao endereço acima referido.

- Cerca das 23h30, A e a ofendida C passaram por um pequeno parque na Areia Preta, altura em que A exigiu que ela beijasse-o como compensação de ter falado com a sua namorada D sobre a ofensa sexual de B praticada por ele, mas a ofendida recusou-se.

- Pelo que o arguido A telefonou a E perante C, e ligou o alto-falante para que a ofendida ouvisse o conteúdo da conversa. Durante a conversa ao telefone, o arguido A deliberadamente disse a E que lhe contaria se soubesse o paradeiro de C.

- Logo depois, o arguido A levou a ofendida para a entrada do edifício da sua residência sita na [Endereço (3)], e exigiu que a ofendida entrasse no edifício seguindo ele. A ofendida entrou no edifício seguindo o arguido, e no elevador juntos com ele.

- Seguidamente o arguido A levou C para a caixa de escadas do 7º andar.

- Na caixa de escadas, o arguido A empurrou, com o seu corpo, a ofendida C contra a parede, beijou-a e enfiou a mão dentro da roupa dela para estimular os seus seios.

- De seguida o arguido A despiu as calças e cuecas da ofendida até aos joelhos e introduziu-lhe dois dedos na vagina.

- Ao mesmo tempo o arguido A tirou as calças desportivas e cuecas que ele próprio trazia vestidas. O arguido deitou-se em cima da ofendida, pressionando-a contra o chão, com a sua face para cima. Depois o arguido A, sem o uso de preservativo, introduziu o pénis erecto na vagina da ofendida e iniciou os movimentos de vaivém.

- Depois de o arguido A ter parado os movimentos de vaivém e o seu pénis saído da vagina da ofendida C, esta vestiu de imediato as calças e cuecas. O arguido levou a

ofendida para sair do local e para a residência de F acima referida sita em [Endereço (2)].

- A ofendida C não contou o incidente aos pais pelo medo de ser repreendida, mas falou aos seus amigos e colegas da escola sobre isso. No dia 28 de Março de 2012, o trabalhador social da sua escola conheceu o caso e chamou a polícia.

- No dia 29 de Março de 2012, pelas 12h00, a ofendida C submeteu-se ao exame de ginecologia no Centro Hospitalar Conde de S. Januário. O exame revelou que o hímen da ofendida apresentava rasgos não recentes e na sua vagina cabia dois dedos, devendo ela ter tido experiência sexual.

- O arguido bem sabia que a ofendida B era menor de 14 anos, no entanto, a fim de satisfazer a sua libido, não só praticou com ela actos sexuais de relevo mas também usou de violência contra ela, e teve cópula com ela à força sem o seu consentimento.

- O arguido bem sabia que a ofendida C era menor de 16 anos, teve cópula com ela para satisfazer a sua libido.

- O arguido agiu de forma livre, voluntária e consciente ao praticar os actos acima referidos, bem sabendo que a sua conduta era legalmente proibida e punida.

Também se provou:

-Segundo o certificado de registo criminal do arguido, ele tem o seguinte registo criminal:

- Em 14 de Setembro de 2012, no âmbito do processo comum criminal n.º CR4-12-0062-PCC, o TJB condenou o arguido, pela prática de um crime de abuso sexual de crianças, na pena de 4 anos de prisão efectiva. Foi interposto para o TSI recurso da decisão, que ainda não transita em julgado.

- Segundo o arguido, antes de lhe ter sido aplicada a prisão preventiva, era empregado de escritório numa agência de viagem com rendimento mensal de 8.500,00 patacas, tem a seu cargo o avô e tem como habilitação literária o 3º ano do ensino secundário-geral.

- A menor B, representada pela sua mãe, afirmou que não exigiu neste processo o direito à indemnização e reservou o direito de efectivação da indemnização civil ao arguido.

Factos não provados:

- Quando aos factos praticados pelo arguido contra a ofendida D, por esta ter desistido a queixa penal e obter a homologação, não é necessário provar tais factos.

Não são provados os outros factos relevantes constantes da acusação que não se conformam com os factos provados, designadamente:

- Não provado: o arguido A ameaçou a ofendida C com a supracitada chamada, exigindo que esta o seguisse, e a ofendida não se atreveu sair por ter medo.

-Não provado: a ofendida C teve medo de que o arguido A iria notificar E e que esta traria pessoas a espancá-la, pelo que seguiu o arguido e entrou no edifício, e juntos no elevador do edifício.

-Não provado: a ofendida C tentou empurrar o arguido com as suas mãos, fazer resistência e gritar “não”, mas não conseguiu livrar-se por o arguido ser robusto.

-Não provado: a ofendida tentou opor resistência, mas foi pressionada contra o chão pelo arguido.

-Não provado: o arguido introduziu forçadamente o seu pénis na vagina da ofendida C.

- Não provado: o arguido usou de violência contra a ofendida C, fazendo-lhe ameaça

grave, e sem consentimento desta, constringendo-a a praticar acto sexual consigo.

III - O Direito

1. As questões a resolver

As questões a resolver são as de saber se o crime de violação foi praticado na forma tentada e não consumada, como entendeu o acórdão recorrido e se o Acórdão recorrido deveria ter aplicado uma pena inferior ao arguido.

Não se conhece de quaisquer questões atinentes ao crime previsto e punível pelo artigo 169.º do Código Penal, por estar fora da competência deste Tribunal [artigo 390.º, n.º 1, alínea g) do Código de Processo Penal].

2. Crime consumado de violação e tentativa

O crime de violação de mulher pressupõe a realização de cópula [artigo 157.º, n.º 1,

alínea a) do Código Penal¹].

No Código Penal de 1886, o conceito jurisprudencial de cópula sofreu oscilações, ao sabor das necessidades práticas de punição e dos conceitos ético-sociais dominantes, ora entendendo-se que o Código exigia penetração do pênis na vagina, ora se inclinando para um critério ético-social de cópula, bastando-se com a mera conjunção carnal, ou coito vulvar², mesmo que sem ejaculação.

Já no domínio do novo Código Penal português, embora este, tal como o de Macau, não tome posição expressa sobre a questão, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES³ e outros autores propuseram que se repensasse a questão, propugnando pela exigência de penetração, ainda que parcial, do membro viril na vagina, para que se possa falar de cópula.

A favor deste entendimento, aduz-se o amplo movimento de descriminalização em matéria sexual, pelo qual, por exemplo, a perda de virgindade deixou de ser elemento constitutivo de qualquer crime.

1

“Artigo 157.º
(Violação)

1. Quem

a) tiver cópula com mulher por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou

b) pelos mesmos meios, constranger mulher a ter cópula com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

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

² MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, Coimbra, Almedina, 17.ª edição, 2005, p. 584 e 585.

³ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código...*, p. 585 e 586.

Por outro lado, no artigo 171.º, n.º 3, do Código Penal de Macau⁴ (artigo 177.º, n.º 3, do actual Código Penal português), prevê-se que de um acto sexual de relevo, previsto no artigo 158.º do Código de Macau⁵ (artigo 163.º do actual Código Penal português), possa resultar a gravidez. Ora, como refere MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, esse acto sexual de relevo não pode ser a cópula, já que esta está expressamente prevista no artigo 164.º do Código Penal português, artigo 157.º do Código Penal de Macau. “Terá, portanto, que ser a designada *cópula vulvar ou vestibular com emissio seminis*. Logo a *cópula vulvar ou vestibular* ainda que com *emissio seminis*, não pode ser considerada cópula para efeitos penais”⁶.

Acresce que o crime de acto sexual de relevo (artigo 158.º do Código Penal de Macau), que corresponde ao antigo crime atentado ao pudor (artigo 391.º do Código Penal de 1886⁷), é punido muito mais severamente que este último (ao contrário da generalidade dos crimes, em que, como é sabido, o Código Penal de 1886 previa tipos criminais com

⁴ “3. As penas previstas nos artigos 157.º a 162.º e 166.º a 169.º são agravadas de metade nos seus limites mínimo e máximo se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa grave à integridade física, síndrome de imuno-deficiência adquirida, suicídio ou morte da vítima”.

⁵

“Artigo 158.º

(Coacção sexual)

Quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”.

⁶ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código...*, p. 585.

⁷

“Artigo 391.º

(Atentado ao pudor)

Todo o atentado contra o pudor de uma pessoa de um ou outro sexo, que for cometido com violência, quer seja para satisfazer paixões lascivas, quer seja por outro qualquer motivo, será punido com prisão.

§único – Se a pessoa ofendida for menor de 16 anos, a pena será em todo o caso a mesma, posto que se não prove a violência”.

penas mais severas que no Código vigente), o que reforça a ideia de que se pretendeu que passassem a integrar o crime de acto sexual de relevo condutas que, no Código anterior, cabiam no crime de violação.

Podemos, assim, concluir que só existe cópula quando houver penetração, ainda que parcial, do pénis na vagina, mesmo que sem ejaculação⁸.

3. O caso dos autos. Crime consumado de acto sexual de relevo. Concurso aparente

No caso dos autos não chegou a haver penetração do pénis na vagina da vítima, ainda que parcial. Apenas aconteceu o chamado coito vulvar.

Mas houve, seguramente, actos de execução do crime de violação, sem que este tivesse chegado a consumir-se, já que a intenção do arguido era a prática de cópula. Houve, portanto, tentativa de violação (artigo 21.º do Código Penal).

Procede o recurso, nesta parte.

E face, ao ficou anteriormente dito, estes factos integram igualmente, a prática de um

⁸ Neste sentido, também, JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, Tomo I, 2.ª edição, 2012, p. 749 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.ª edição, 2010, p. 511.

crime consumado de acto sexual de relevo⁹ agravado, previsto e punível pelos artigos 158.º e 171.º, n.º 4, do Código Penal.

Aliás, o arguido praticou com esta ofendida, na mesma ocasião, outros actos sexuais de relevo, que não apenas os integrantes do coito vulvar, como se retira da matéria de facto provada (apalpões e beijos nos seios, introdução de dedo na vagina da ofendida).

Havendo concurso aparente entre os dois tipos criminais¹⁰, o arguido apenas pode ser punido por uma das incriminações, aquela que melhor proteger os interesses ofendidos, isto é, a mais severamente punida¹¹.

Ora, ao crime tentado de violação agravado, previsto e punível pelos artigos 157.º, n.º 1, alínea a), 171.º, n.º 4, 22.º, n.º 2 e 67.º, n.º 1, do Código Penal, cabe a penalidade de 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias a 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de prisão e ao crime consumado de acto sexual de relevo agravado, previsto e punível pelos artigos 158.º e 171.º, n.º 4, do Código Penal, cabe a penalidade de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses a 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de prisão.

Cabendo às penalidades o mesmo limite máximo, é de punir por aquela que prevê o limite mínimo superior, ou seja, pelo crime consumado de acto sexual de relevo agravado.

⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 505 e 508.

¹⁰ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra Editora, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, 2012, p. 1021 e 1022.

¹¹ Sobre as questões doutrinárias, JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 1023 a 1027.

4. Medida da pena.

Vem suscitada a questão da medida da pena, que sempre teria de ser abordada face à punição do arguido por crime diverso.

Face aos factos apurados e ao critério legal previsto no artigo 65.º do Código Penal, afigura-se-nos ajustada uma pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de prisão e, em cúmulo jurídico - com a pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de prisão, pelo qual foi condenado pela prática, pela autoria material e na forma consumada de um crime de acto sexual com menores, previsto e punível pelo artigo 169.º do Código Penal – uma pena única de 6 (seis) anos de prisão.

IV – Decisão

Face ao expendido, julgam parcialmente procedente o recurso, revogam o acórdão recorrido e condenam o arguido, como autor material de um crime consumado de acto sexual de relevo agravado, previsto e punível pelos artigos 158.º e 171.º, n.º 4, do Código Penal, na pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de prisão e, em cúmulo jurídico - com a pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de prisão, pelo qual foi condenado pela prática, pela autoria material e na forma consumada de um crime de acto sexual com menores, previsto e

punível pelo artigo 169.º do Código Penal - na pena única de 6 (seis) anos de prisão.

Sem custas.

Macau, 12 de Fevereiro de 2014.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator) – Song Man Lei – Sam Hou Fai