

473/16.0JAPDL.L1

12-06-2019

UNANIMIDADE

S

N

**RECURSO PENAL
PARCIALMENTE PROVIDO**

I - A não leitura em Audiência de Julgamento das declarações prestadas para memória futura não viola o disposto no artigo 355º do CPP desde que estas tenham sido oportunamente transcritas e desta forma possam ser examinadas e contraditadas.

II - A inexistência de qualquer reação ou resistência de uma vítima de violência sexual radica no facto de esta a sentir a agressão como uma ofensa à sua integridade física, ou mesmo à sua vida, pelo que adota um comportamento orientado para a sua preservação, podendo optar por diferentes estratégias de sobrevivência.

III - Vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica, outras em que se opera uma dissociação da realidade, como se a agressão de que estão a ser vítimas não se passasse com elas e apenas estivessem a observá-la e outro grupo de vítimas decide não resistir para evitar ferimentos ou morte.

IV - A ausência de resistência física por parte de uma vítima de um crime de violação não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência.

V - A prática de um crime de violação não está relacionada com o desejo sexual nem resulta de qualquer impulso sexual irresistível, mas antes constitui apenas e tão só uma afirmação de poder do agressor sobre a sua vítima.

VI - Ao introduzir os dedos na boca da ofendida, fazendo com que ficasse engasgada e com vômitos e posteriormente, ao a agarrar, colocando-a junto de uma mesa e baixando-lhe os calções que vestia, é utilizada a violência adequada a impedir a resistência da ofendida, assim impondo o agressor a sua vontade para a sujeitar e obrigar a sofrer um coito oral e um coito anal.

VII - A conduta de imposição a que a ofendida sofra a prática de uma ato não querido nem consentido consubstancia o elemento típico violência do crime de violação.

VIII - A centralidade da ilicitude da conduta típica do crime de violação reside no ato de forçar a vontade de outrem, e não no concreto ato de coação sexual, que se é contrangida/o a sofrer.

IX – As consequências nefastas de uma violação para o desenvolvimento da personalidade de uma jovem são factos notórios, pelo que nos termos do artigo 412º nº1 do CPC não carecerem da produção de qualquer elemento de prova.

Por Acórdão proferido nestes Autos, foi julgada parcialmente provada e procedente a Acusação pública que imputava ao Arguido MSC a autoria material de e em concurso real, de *um crime de violação agravada*, dos artigos 164º nº 1 al. a) e 177º nº 6, de *um crime de pornografia de menores na forma tentada agravado*, dos artigos 176º nºs 1 al. b) e 8 e 177º nº 7, e de *um crime de importunação sexual*, dos artigos 170º e 171º nº 3 al. a), todos do Código Penal. Tendo o Arguido sido absolvido da autoria dos crimes de *pornografia de menores na forma tentada agravado*, dos artigos 176º nºs 1 al. b) e 8 e 177º nº 7, e de *um crime de importunação sexual*, dos artigos 170º e 171º nº 3 al. a), todos do Código Penal.

E condenado pela prática de *um crime de violação agravada*, dos artigos 164º nº 1 al. a) e 177º nº 6 do Código Penal, na pena de 6 anos e 6 meses de prisão.

II

Inconformado com esta decisão, o Arguido veio interpor recurso. Da respetiva Motivação retirou as seguintes Conclusões:

Nulidades da decisão:

1. O facto "provado" segundo qual «O arguido agiu da forma descrita sabendo que obrigava a ofendida J a manter consigo sexo anal e oral contra a vontade da mesma, através do recurso à força», é puramente conclusivo e não parte de qualquer facto, ocorrência, acontecimento, evento ou circunstância, que consubstancie violência, seja física, seja psicológica, seja verbal, não havendo, na sentença recorrida, uma única palavra que justifique tal decisão, não sendo referida qualquer prova e nada, mesmo nada se dizendo que se aproxime de um exame crítico dessa prova.

2. Ao que acresce que, dos demais factos provados, nada resulta a propósito de qualquer espécie de violência ou ameaça exercida pelo Arguido relativamente à Ofendida, como meio de a constranger a suportar quaisquer actos sexuais ou como meio de vencer qualquer resistência, não havendo, sequer, qualquer facto susceptível de consubstanciar uma putativa resistência da ofendida à actuação do Ofendido, sendo conseqüentemente nulo o Acórdão recorrido, nos termos do art. 410.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, por insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

3. O mesmo ocorre relativamente ao facto segundo o facto «O arguido agiu da forma descrita (...) conhecendo a idade daquela», pois sendo certo que o Acórdão recorrido fixa como facto provada a data de nascimento da Ofendida (11/07/2002) e que «A Ofendida (...) conheceu o Arguido quando tinha entre nove e onze anos de idade (...) tendo este passado a conviver, de vez em quando, com a família daquela», inexistem factos provados a descrição de qualquer evento do qual tal conclusão possa ser retirada, na medida em que esta poderia ter, então, entre 14 e 16 anos de idade, não permitindo de forma alguma dar subsunção ao disposto no art.º 177º, do Código Penal, no que respeita às agravantes ali previstas, nos números 6 e 7.

4. Não havendo qualquer facto provado, também não há qualquer prova que permita aferir do conhecimento da idade da ofendida, por parte do Arguido, à data dos factos e daí que o Tribunal não elenque as provas em que fundou essa conclusão, nem analise qualquer prova da qual resulte tal convicção, o que aliás

acontece porque "nada", mas mesmo nada, resulta da própria acusação, a esse respeito, o que determina, não só a total inexistência de fundamentação, quanto a tal facto, como a própria nulidade da acusação, nos termos do artigo 283.º, do CPP, por omissão de alegação de um elemento do tipo quanto à agravação prevista no art.º 177.º, n.º 6 e 7, do Código Penal, de conhecimento oficioso, porquanto, face ao n.º 3 do artigo 311.º do CPP, e que omitido, gerou, agora, quer nulidade por falta de fundamentação, quer a nulidade prevista no art. 410.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

5. A alocação segundo a qual «9. A prova da idade da ofendida J, por parte da ofendida J, decorre do relacionamento já há alguns anos, quando esta tinha entre 9 e 11 anos de idade, o que, de resto, mostra-se consentâneo com regras de experiência comum», não faz qualquer sentido do ponto de vista cognitivo, sendo impossível compreender a razão pela qual o «relacionamento já há alguns anos, quando esta tinha entre 9 e 11 anos de idade» poderá ter contribuído para tal conhecimento, e assim descortinar-se o processo lógico e racional seguido pelo julgador na formação dessa sua convicção, que só seria plausível se demonstrado estivesse que o Arguido, quando conheceu a Ofendida, teria conhecimento (por uma qualquer circunstância) de que esta teria uma determinada idade, não elencando nem fazendo exame crítico de qualquer prova produzida que permita dar como provado e demonstrar porque deu como provado tal conhecimento, assim como outros factos nomeadamente no que tange aos movimentos com as ancas, o que determina a nulidade da sentença por falta de fundamentação, nos termos do art.º 379.º, n.º1, al. a), com referência ao art.º 374.º, n.º2, ambos do CPP.

6. Também quanto aos factos dados como não provados o acórdão é omissivo de exame crítico

7. Quanto à medida da pena, tudo o que se arrazoa na decisão recorrida são generalidades, abstrações absolutas extraviadas do caso concreto, ocorrendo manifesta contradição entre o advérbio de modo "objetivamente" e tudo o que, no Acórdão recorrido, se segue alegado: O livre desenvolvimento da personalidade da ofendida menor de idade na sua esfera sexual terá sido (terá sido!) irreversível e irremediavelmente comprometido; sem prejuízo de se terem por indeterminadas as sequelas que a conduta determinará no desenvolvimento futuro daquela; em termos genéricos, a violação ou o abuso sexual de crianças "surge como aquela que está mais associada a uma quebra (...)", chegando-se mesmo a fazer referência, para dar corpulência ao acórdão, aos casos em «o abuso ocorre no interior da própria família», quando não é esse sequer o caso.

8. De resto, respaldando a utilização de fórmulas tabelares, como "extrema gravidade", que não são "uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão", mas expressões vazias de conteúdo e que nada acrescentam de útil, sobretudo, como é o caso, quando não constam dos autos qualquer descrição factual das consequências ou sequelas psicológicas dos factos, ou tão pouco, quaisquer factos dados como provados para se poder entender a personalidade e eventual perigosidade do arguido, que relevam para a determinação do grau de culpa e da sanção, assim deixando o tribunal ad quem impossibilitado de tomar uma decisão justa, em violação do art. 71.º do CP e o n.º 2 do art. 374.º do CPP e incorrendo na nulidade prevista no respectivo art. 379.º, al. a). Deverá considerar-se inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 374.º do Código de Processo Penal na interpretação segundo a qual a fundamentação das decisões em matéria de facto se basta com a simples enumeração dos meios de prova utilizados em 1.º Instância, não exigindo a explicitação do processo de formação

da convicção do Tribunal, quer quanto aos factos provados, quer quanto aos não provados, por violação do dever de fundamentação das decisões dos Tribunais previsto no n.º 1 do artigo 205.º da Constituição, bem como, quando conjugada com a norma das alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 410.º do mesmo Código, por violação do direito ao recurso consagrado no n.º 1 do artigo 32.º também da Constituição, o que desde já se argui, porque foi essa a interpretação e aplicação das normas que o Tribunal fez.

9. Nulidades processuais:

10. Relativamente ao depoimentos para memória futura da Ofendida, no dia 06-11-2017, com início às 15:23:18 horas, confessadamente fundamental para a convicção do tribunal na determinação da matéria de facto, as declarações mostram-se, no essencial, imperceptíveis, devido por um lado à pronúncia acentuada da Ofendida J, típica da, mas também devido ao facto de a qualidade da gravação ser deficiente, conforme ocorre ao minuto 4.47, quando se refere a avisos sobre o Arguido que teria recebido da prima V; Ao minuto 8, quando perante a incompreensão do MM.º Juiz sobre os motivos pelos quais sentiria medo do Arguido, tenta explicar os mesmos; E ao minuto 6, quando questionada sobre os eventos ocorridos numa festa que decorreu nos Mosteiros, cerca de 1 ano antes dos factos que determinaram a acusação e que terão despoletado esse receio que sentiria do Arguido.

11. Posto que a situação é equiparável à ausência de registo da prova (artºs 363º e 364º, nº 1 do CPP), uma vez que um registo cujo conteúdo não se consegue apreender vale tanto como nenhum registo, trata-se de uma irregularidade susceptível de afectar o valor do acto, reconduzível ao nº2, do artº 123º, do CPP, visto que a sua verificação é decisivamente prejudicial para os direitos dos sujeitos processuais e tem influência no exame e decisão da causa, máxime, em sede de recurso da matéria de facto, constituindo lacuna insuperável que inviabiliza uma apreciação global da prova, que constitui um erro apenas imputável à actividade do tribunal, arguível em sede de recurso e independentemente da sua prévia arguição perante a 1º instância.

12. No caso dos autos, a Ofendida J não foi inquirida em audiência de discussão em julgamento, não tendo sido lida nessa audiência as declarações para memória futura, prestadas na ausência do arguido, sem defensor por si escolhido, sem que o mesmo tivesse sequer conhecimento do âmbito do processo, e numa fase de inquérito altura em que a defesa não tinha acesso ao processo por estar em segredo de justiça, sendo porém valoradas na sentença como principal - senão mesmo único - meio de prova determinante para a condenação do Arguido, sem que fosse sequer proferido despacho que dispensasse tal leitura, ou determinado que fossem dadas a ler aos intervenientes processuais as respectivas actas, que no caso dos autos até teriam de acrescer à transcrição dos depoimentos em causa, dado que aquelas, não reduzem sequer a escrito as declarações prestadas. As mesmas foram proferidas e poderiam ter existido mais provas subsequentes aquelas Declarações, que poderia levar à necessidade de inquirir a ofendida sobre as mesmas.

13. É pois evidente que ocorre violação dos princípios da imediação, da oralidade, do contraditório, da assistência obrigatória por advogado e, indirectamente, da publicidade, consagrados nos arts. 125º, 355.º «[n]ão valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência», 356.º, n.º 2, al. a) e 9, e 327.º, n.º 2 do CPP, pelo que, o Tribunal ao interpretar as normas contidas nas referidas disposições e da forma como as

interpretou e aplicou no caso concreto, violou o preceituado no art.º 32.º, n.º1 [o processo criminal deve assegurar todos os direitos de defesa ao arguido], 3 [O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo] e 5 e 6, da Constituição da República Portuguesa.

14. No relatório de perícia de natureza sexual de fls. 204 a 207 dos autos, realizada no dia 14.10.2016, menos de um mês após os factos (Segundo os factos provados, a violação terá ocorrido no dia 18.09.2016), conclui-se que "não se observam lesões compatíveis com a suspeita de agressão sexual", tendo porém a Ofendida prestado depoimento para memória futura no dia 06-11-2017 (um mês e meio após os factos) com início às 15:23:18 horas, relatando ter ocorrido sangramento, que não era proveniente de menstruação, aquando da penetração, o que tornava absolutamente necessário a concretização do relatório, através de esclarecimentos ou inquirição do senhor perito médico-legal, relativamente à nota segundo a qual "não significa que o abuso sexual não possa ter ocorrido, uma vez que num grande número destas situações não resultam vestígios".

15. A mãe da Arguida, MJB, prestou depoimento em 04/12/2018, referindo que «[00:02:40] (...) Depois ela apareceu-me muito branca. E eu disse: "O que é que se passa J?", e ela disse: "Ó mãe tenho umas dores de cabeça."», tendo ido descansar para casa, e tendo o Arguido, «ao fim de umas horas, aparece rente a mim e (...) e diz assim: "Olha, que é da J?", eu disse: "Ela foi descansar porque ela está com umas fortes dores de cabeça", tendo comprado «um fino para o meu marido e comprou um sumo (...) e veio oferecer à gente. E ele disse: (...) "Dá cumprimentos à J".»

16. A Testemunha PM, ouvido em 06/12/2018, afirmou que a Ofendida «parecia que ela estava... (...) esmorecida», «Tipo em baixo», e questionado sobre se o Arguido « chegou-se a despedir dela?» respondeu que «Sim, sim, despedir-se [imperceptível].», (...) estavam ao pé dos pais», o que não só é divergente com o que a testemunha MJB afirmou, como o Tribunal constatou ao afirmar «A mãe dia disse-nos aqui que ela que foi descansar (...) que quando ele se foi despedir que ela que já não estava lá.» tendo o PM garantido que «Estava, tenho a certeza que ela chegou a se despedir dele», como por sua vez é também divergente do que esta testemunha afirmou em sede de inquérito, quando « Questionado sobre se a J estava ansiosa ou com um comportamento alterado após sair da Junta com o M responde "acho que não" (SIC) ».

17. Deveria ter sido ordenada, ao menos, a respectiva acareação entre estas duas testemunhas atentas as discrepâncias, nesta matéria essencial, entre o depoimento prestado pelas testemunhas MJB e PM, relativamente, por um lado, ao facto de o Arguido se ter ou não despedido da Ofendida, nesse dia, antes de se ir embora do local onde a violação teria ocorrido, e bem assim, ao estado emocional da Ofendida após o evento, coloca-se a questão, com particular relevância, de saber se a testemunha PM relatou em audiência um facto diametralmente oposto ao que declarou em inquérito, por sugestão, e por outro lado, se a testemunha MJB falou com verdade, quanto à mesma questão do estado emocional da Ofendida e ao facto de o Arguido se ter despedido da Ofendida e dos pais desta, antes de se ir embora.

18. Omitindo tais diligências - pelo menos estas - o Tribunal a quo sacrificou o dever de investigação judicial autónoma da verdade, privando-se de reunir as provas necessárias, essenciais, à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, situação que consubstancia a nulidade prevista no artigo no artigo 120º/2 al. d) do CPP, a qual tem como consequência a invalidade do acto em que se verificou e dos subsequentes, designadamente da sentença (art. 122º, n.º 1, do CPP), reclamada, via recurso, em devido tempo, determinando a repetição

do julgamento, no seu todo.

Erro na apreciação da prova:

19. Nos termos do art.º 412º, n.º3, do CPP, foram incorretamente julgados provados, devendo ser julgados não provados, os factos seguintes: «O arguido aproveitou a ocasião para abordar a ofendida J e dizer-lhe que queria falar a sós com ela, o que esta negou por temer qualquer ação daquele relacionada com a prática de atos sexuais.»; «Não obstante, a ofendida J foi agarrada por PM, que a empurrou para o arguido, sendo que este acabou por conduzi-la a um gabinete da Junta, local onde a empurrou e disse-lhe para se sentar numa cadeira, e, seguidamente, aproximou-se dela.»; O arguido introduziu os dedos na boca da ofendida J.»; «De seguida, o arguido colocou o seu pênis na boca da ofendida J, contra a sua vontade, passando a fazer movimentos com as ancas para trás e para a frente, fazendo com que a mesma ficasse engasgada e com vômitos.»; «Então, o arguido agarrou na ofendida J, colocou-a junto de uma mesa, baixou-lhe os calções que esta vestia e introduziu o seu pênis no ânus da mesma, sem fazer uso de preservativo.»; «O arguido apenas cessou esta conduta quando ouviu a irmã mais nova da ofendida J chamá-la, sendo que, ao sair do gabinete disse à mesma para não contar a ninguém o que tinha ocorrido.»; «O arguido agiu da forma descrita sabendo que obrigava a ofendida J a manter consigo sexo anal e oral contra a vontade da mesma, através do recurso à força, com o intuito de tentar satisfazer os seus instintos libidinosos, conhecendo a idade daquela e sabendo que punha em causa o seu livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual, agindo de modo livre, deliberado e consciente, bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por Lei.».

20. A prova coligida nos autos, designadamente as declarações para memória futura da Ofendida, prestadas no dia 06-11-2017, com início às 15:23:18 horas e fim às 15:53:29 horas (Ficheiro áudio 20171106152316 12078857 2870258.wma) confrontadas com o Relatório de perícia de natureza sexual de fls. 204 a 207 dos autos, realizada no dia 14.10.2016; os depoimentos (e recíprocas incongruências) das testemunhas MJB prestado em audiência de julgamento de 04/12/2018, com início às 10:05:19 (Ficheiro áudio: 20181204100517 12116827 2890453.wma) particularmente ao minuto 02:40] e PM, prestado no dia 06-12-2018, com início às 14:32:37 horas (Ficheiro áudio: 20181206143135 12116827 2890453.wma), particularmente no hiato entre o minuto 09.35 e 12:07, no que respeita à reacção da Ofendida após a pretensa violação, ao facto de o Arguido se ter despedido da Ofendida sem que esta tenha uma vez mais mostrado qualquer comportamento anormal; Impunha conclusões diametralmente opostas às que o Tribunal a quo plasmou na decisão recorrida, considerando não provados os referidos factos, desde logo por daí resultar inexistir qualquer tipo de alteração de humor ou comportamento da Ofendida compatível com uma violação nos instantes anteriores.

21. O relatório de perícia de natureza sexual de fls. 204 a 207 dos autos, conclui que a Ofendida é virgem e "não se observam lesões compatíveis com a suspeita de agressão sexual", não respaldando uma penetração anal, forçada, com sangramento, a que a Ofendida faz referência nas declarações para memória futura prestadas no dia 06-11-2017, com início quando eram 15:23:18 horas. quando refere [00:23:12] que «ele fez-me sangue, que ele sabe que fez, porque ele sujou-se [impercetível] com os dedos de sangue, [impercetível]: "Estás a menstruar?". E eu disse: "Não (...)", o que na sentença recorrida é desconsiderado porque o perito, médico-legal, considera comum a inexistência de tais lesões, mas sem lhe ter sido dada conta do sangramento que a Ofendida relata e sem que tal questão seja minimamente dilucidada naquela fundamentação; O que o perito quis dizer no seu relatório é que podem, em

abstracto, não existir este tipo de vestígios, todavia no caso concreto e se lhe tivesse sido referido a ocorrência de sangramento, teria respondido de outra forma, pois se esse tipo de conclusão é válido para uma mulher adulta, com uma vida sexual intensa e com os esfíncteres já relaxados, não o é relativamente uma adolescente sem vida sexual iniciada, impondo a conclusão de que os factos relativos à penetração anal não podem ter ocorrido como a Ofendida os relata, pois de acordo com as regras da experiência comum, deverão existir diferenças fisiológicas e no caso da ofendida esse tipo de penetração não consentida teria de provocar sequelas, não podendo ser dado como provado, nem o coito anal, nem que a ter existido coito anal foi contra a vontade da ofendida.

22. Quando se refere que o arguido introduziu os dedos na boca da ofendida J e de seguida, o arguido colocou o seu pênis na boca da ofendida, deverá realçar-se que não foram dois actos distintos porquanto a ofendida diz, ao minuto 0:20:15 das Declarações para memória futura prestadas a 6/11/17, que o Arguido «acabou por pôr os dois dedos dele na minha própria boca, para pôr o pênis.», o que de acordo com as regras de experiência comum e de ordem fisiológica, atendendo à estatura do arguido, seria impossível, mais, porque este não tem o dedo anelar da mão esquerda, que lhe foi amputado pela base da falange proximal (algo que nunca é referido no Acórdão recorrido, sendo que também é esquerdino, protestando desde já juntar declaração médica comprovativa de que o Arguido é esquerdino e de que lhe foi amputado o dedo anelar) e sendo os maxilares são das partes do corpo que mais força têm, seria impossível, contra a vontade da própria, o Arguido abrir-lhe boca, além de que, logo que introduzisse os dedos, a ofendida podê-lo-ia ter mordido, provocando-lhe dor e aproveitando esse momento para fugir, e não constando da matéria dada como provada, em lado algum se refere que o arguido lhe tenha tapado a boca, pelo que a Ofendida poderia gritar, o que também não está provado que tenha feito!

23. Acresce que, como é sabido, porque decorre das mais primárias regras de experiência comum - e mais do que isso, experiência judiciária! - nenhum violador obtém da vítima sexo oral sem consentimento; Pode é esse consentimento não ser livre, ou seja, ser obtido com recurso a coação - o que não está em causa na actuação imputada ao arguido - mas nunca através de violência, não só porque tal situação nunca daria qualquer prazer ao violador, mas sobretudo, pelos riscos que para ele acarreta.

24. E quanto à introdução do pênis na boca, sempre se dirá que a própria poderia abanar constantemente a cabeça de forma a que aquele não introduzisse os dedos na sua boca e posteriormente, o pênis, não estando provado que o arguido lhe tenha imobilizado a cabeça, ou a tenha ameaçado com alguma arma ou a pusesse numa situação de não poder reagir, nomeadamente colocando-a inconsciente, amarrando-a ou imobilizando-a de outra forma qualquer que não reagisse o que o acórdão omite, porque não tem qualquer prova para nisso se estribar, nem a Ofendida, sequer, relatou qualquer tipo de actuação desse calibre).

25. Refere o acórdão na matéria dada como provada «Passando a fazer movimentos com as ancas para trás e para a frente», constituindo obscuro mistério onde foi "buscar" a prova onde se fundou para assim concluir, pois o que a ofendida referiu nas declarações, ao minuto 20.38 , foi" ele tentou pôr e ele viu que eu estava a engasgar para vomitar e ele continuou...", e nada mais; Em lado algum das declarações para memória futura prestadas no dia 06-11-2017, com início às 15:23:18 horas e fim às 15:53:29 horas, a ofendida afirma tal coisa, pelo que o tribunal não podia dar esse facto como provado, passando este a constar dos factos não provados por ausência de prova que tal sustente.

Quanto ao facto: "então o arguido agarrou na ofendida J, colocou-a junto de uma mesa, baixou-lhe os calções...e introduziu-lhe o pênis (...)", uma vez mais, se a mesma não estava a ser ameaçada com qualquer tipo de arma, sempre poderia ter feito um movimento repentino e brusco de forma a desvencilhar-se do arguido, pois se como referiu nas suas declarações para memória futura, este teria querido beijá-la e a mesma fugiu sempre com a cabeça, não o permitindo; Então, se fez esses movimentos com a cabeça mais facilmente faria com as ancas de forma a dificultar a introdução do pênis no ânus, até porque dos factos provados não resulta, sequer, que o arguido, nesse acto, a tenha agarrado, ou imobilizado, ou sequer ameaçado!

26. A Ofendida, também sempre poderia empurrar o arguido, mordê-lo ou pontapeá-lo, quando o Arguido a virou para terem sexo de costas, aproveitando para se "desvencilhar" do arguido, uma vez que é jovem, tem grande mobilidade e elasticidade de movimentos, podendo inclusive pontapeá-lo nas partes genitais, aproveitando para fugir pois, como decorre das declarações para memória futura, não só a porta não estava trancada, como na realidade a ofendida nunca relatou ter sequer tentado abri-la (e nenhuma dessas circunstâncias - máxime, a porta estar trancada - resulta dos factos provados).

27. Em suma, se os factos dados como provados são insuficientes para levar à decisão de direito que levou, a verdade é que, mesmo quanto aos poucos factos que o Tribunal a quo considerou provados, sem qualquer fundamentação como se demonstrou, existe erro notório na apreciação da prova, pois que do texto da decisão recorrida conjugado com as regras da experiência comum, resulta com toda a evidencia a conclusão contrária à que se chegou: nenhum homem contra a vontade da outra pessoa, lhe abre a boca e à força, colocando os dedos contra a sua vontade na boca lhe introduza o pênis, bastando o medo de ser mordido para afastar este tipo de actuação, não se expondo o violador a situações que facilmente o poderão magoar, tal qual uma boa dentada, e sabendo que não vai haver colaboração da vítima para lhe provocar o prazer almejado, enfermando a decisão do vício previsto no art.º 410 n.º 2 alínea c) do CPP, nomeadamente quanto à situação do coito oral. Acresce que,

28. Também não existe prova quanto ao facto dado como provado, que o arguido tenha visto a ofendida a beijar um rapaz, pois a prova que a tal leva a conclusão são as Declarações para memória futura da Ofendida J, em que esta refere que «[00:10:59] J Barreira: Viu-me nos Mosteiros [imperceptível] viu-me a curtir com um rapaz, sou-lhe sincera.», pelo que quando muito deveria ter sido dado como provado com base nas declarações da ofendida que o arguido a viu a "curtir" com um rapaz.

29. Ora o "curtir", neste tipo de linguagem, tem um carácter muito mais abrangente (e intenso...) que dar um simples beijo, pois se fosse só isso, a ofendida no âmbito das suas declarações teria dito simplesmente, que o arguido a tinha visto beijar um rapaz; E este facto é importantes para aferir, nomeadamente do circunstancialismo em que a ofendida se movia, da sua personalidade e maturidade, que com 14 anos "curtia" com rapazes em festas, às 2 da madrugada. Por outro lado,) De acordo com as declarações da mãe da Ofendida, MJB, inquirida no dia (Ficheiros áudio 20181204100410 12116827 2890453.wma e 20181204100517 12116827 2890453.wma), minutos depois da pretensa violação, e já cerca das duas horas da madrugada, a Ofendida apresentava-se apenas cansada, não apresentando qualquer sinal de agressão, ou perturbação, afirmando minuto 02:40 que «Não notei nada de especial na miúda», o que até é coerente com as declarações de PM que ao minuto 10:41 da inquirição realizada em 06/12/2018 com início às 14:32:37 horas (Ficheiro áudio: 20181206143135_12116827_2890453.wma), referiu que a Ofendida

estaria "em baixo", porém, ao contrário do que relatara em sede de inquérito, em que afirmou « Questionado sobre se a J estava ansiosa ou com um comportamento alterado após sair da Junta com o M responde "acho que não"», sendo igualmente inexplicável com a ocorrência dos factos o facto de essa testemunha relatar ter estado depois dos factos com a Ofendida e não relatar qualquer comportamento anormal da mesma.

30. O que já não coincide no confronto dos depoimentos das testemunhas PM e MJB, é o facto de esta referir que a Ofendida teria ido para casa descansar quando o Arguido se foi embora do local onde decorreu o concerto, ao passo que aquele, garante que quando o Arguido se foi embora, foi despedir-se da Ofendida (e nem aí há relato de qualquer reacção desta!), contradição pela qual o Acórdão recorrida passa completamente indiferente, omitindo qualquer referência ou análise crítica, certamente por não poder nem ter como motivar racionalmente o facto de não dar valor probatório ao que a Testemunha PM afirmou, com expressão de certeza absoluta de que viu o Arguido despedir-se da Ofendida, e por não deixar de reconhecer como bizarro que, minutos após a alegada violação, se esta realmente tivesse existido, tenha ido despedir-se da Ofendida e ofertado aos pais da Ofendida tomar uma cerveja e um sumo (o que obviamente terá ocorrido no momento em que se despediu da Ofendida e dos pais desta), do que resulta um non liquet que não poderá deixar de favorecer o Arguido, ao abrigo do princípio in dubio pro reo,

31. Há aliás que ter em conta que o processo "nasce" de uma participação efectuada por uma enfermeira tendo a Ofendida identificado como autor dos autos outra pessoa que não o Arguido e bem assim, que estamos perante o depoimento de uma menor, com 14 anos, que se mutilava à data em que imputa tais factos ao Arguido, sem que exista objectivamente qualquer explicação para tal actuação.

32. Por outro lado, o depoimento prestado pelos músicos da banda que naquela noite actuou, máxime e sobretudo, FA, inquirido em audiência de julgamento realizada em 04/12/2018, com início às 14:55:41 (Ficheiro Áudio 20181206145539_12116827_2890453.wma), com particular ênfase aos minutos 06.36 a 11:19, mas também, de ES e AR, ambos inquiridos em audiência de julgamento realizada em 04/12/2018, com início respectivamente às 11.15.27 e às 11.37.07, (Ficheiros áudio 20181204111429 12116827 2890453.wma, 20181204111526 12116827 2890453.wma e 20181204113558 12116827 2890453.wma, quanto ao primeiro e 20181204113706 12116827 2890453.wma quanto ao segundo) e que confirmaram os factos pelo primeiro relatados, garantindo que após o concerto musical estiveram cerca de 40 minutos a tirar fotos com os fãs sendo o arguido quem tinha a tarefa de o fazer, nunca se tendo ausentado de junto deles, impunham, impunham aliás a conclusão de que os factos de que o Arguido vem acusado, não ocorreram ou pelo menos, não foi o Arguido quem os perpetró,

33. Não colhe a argumentação expendida na sentença recorrida para desvalorizar tais depoimentos, aos quais aliás a própria decisão reconhece coerência e espontaneidade, optando por desvalorizá-los pelo tempo decorrido, que é o mesmo para todas as testemunhas, optando por critérios opostos para apreciar depoimentos inexplicáveis entre si, sem que se compreenda a razão e a validade da opção tomada, preterindo uns (mesmo com as contrariedades apontadas) em relação a outros (aos quais não tem contradições a apontar), Julgando-se conseqüentemente não provados todos os factos referidos em q), supra e provado que «Em momento algum o arguido saiu da sala onde decorria o beberete, tendo sempre ficado acompanhado e estado presente com o cantor "CM" e a sua banda enquanto decorria a sessão de autógrafos, de cerca de 15

minutos, tendo dali todos saído em conjunto para o hotel onde pernoitaram, sendo que jamais esteve sozinho com a ofendida J"

34. O artº 127 do C.P.P. ao não estabelecer os limites para "a livre convicção" e ao socorrer-se do conceito de "regras de experiência comum" encontra-se ferido de Inconstitucionalidade Material por violar o consignado nos nºs. 1 e 5 do artº 32º da C.R.P. e por permitir subsidiariamente a aplicação do preceituado no artº 336 do Cód. Civil

Erro de subsunção:

35. Os factos provados não preenchem o tipo de crime de violação do artº 164º, nº 1, do Código Penal, porque não integram violência física adequada para vencer a auto-determinação sexual da Ofendida (ameaça grave ou colocação da vítima em estado pré-ordenado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir), não sendo sequer susceptíveis de subsunção ao nº 2, sob pena de violação do sacrossanto princípio da legalidade e da tipicidade da lei penal, com assento constitucional nos artigos 29º nº 1 e 3, e 165º n.º 1 d) da Constituição da República Portuguesa, não podendo pois o Arguido ser condenado com base em factos conclusivos, porque não pode ser penalmente condenado com base em abstrações e generalidades.

36. Atendendo aos actos materiais que, para esse efeito relevam, temos que não há relato nos factos provados de a Ofendida ter manifestado, por gestos ou palavras, qualquer recusa, inexistindo factualidade capaz de permitir a conclusão de o Arguido ter logrado concretizar o coito - seja oral, seja anal - por recurso à violência, em termos de atingir o objectivo de superar a resistência da vítima e para a tornar indefesa, inexistindo aliás relato de resistência, nada revelando a tal propósito que «O arguido introduziu os dedos na boca da Ofendida» ou que «Então, o arguido agarrou na ofendida ..., colocou-a junto de uma mesa, baixou-lhe os calções que esta vestia e introduziu o seu pénis no ânus da mesma, sem fazer uso de preservativo.».

37. Tendo a ofendida, à data dos factos, 14 anos de idade, a prática dos referidos actos sexuais de relevo, imputada ao arguido, preencheria - quanto muito - o tipo de actos sexuais com adolescentes, previsto no artº 173º, do Código Penal.

Da medida da pena

38. A decisão recorrida, no que se refere à medida da pena, consubstancia interpretação do art.70º manifestamente desconforme à Constituição, violando flagrantemente, quer o princípio da dignidade da pessoa humana, quer o art.º 18º da Constituição da República Portuguesa, ao centrar-se em razões de prevenção geral para fixar uma pena de 6 anos e 6 meses, pelo crime de violação agravada.

39. Sendo o crime de violação agravada é punido com pena de 4 anos a 13 anos e 4 meses, sendo o crime de violação, sem o supra referido agravamento, é punido com pena de prisão de três a dez anos, ao passo que o crime previsto e punido pelo art. 173.º, n.º 1 e 2 do Código Penal, é punível com pena de prisão entre um e três anos, todos permitindo, portanto, a aplicação de uma pena de prisão inferior a 5 anos, que poderá assim ser suspensa na sua execução, nos termos dos artigos 50.º a 57.º do C.P, e nos artigos 492.º a 495.º do C. P.Penal, por atendendo «à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste», ser de «concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição».

40. No caso concreto, o Arguido, casado e com uma filha menor a seu cargo, é primário, é pessoa social e profissional integrada, não existindo notícia da prática de factos semelhantes, anteriores ou posteriores aos que determinaram a

condenação, e apesar de se considerar inocente, viu quer o seu nome, quer o de sua mãe, esposa e filha, serem já enxovalhados e humilhados na praça pública, através de publicações do Correio da Manhã, de revistas cor-de-rosa, tal como Maria, Nova Gente entre outras, além de ter sido notícia de abertura de telejornais da CMTV, e até a sua filha na escola, com a publicação da sua foto e mãe relacionados com a notícia bombástica, ficou seriamente abalada, pelo que a prevenção geral por estes factos estaria já acautelada e ostensivamente cumprida, impondo os fins de reintegração enquanto factor determinante na aplicação da pena e nem superficialmente referidos na decisão recorrida, e a tanto não obstante os fins de prevenção geral, a aplicação de uma pena que não deverá ultrapassar os 5 anos de prisão, suspensa na respectiva execução, por igual período, sem necessidade subordinação da suspensão regime de prova ou ao cumprimento de deveres ou regras de conduta.

41. Mal andou o Tribunal a aplicar esta pena, violando conseqüentemente o art.º 40.º, 70.º, 71.º, n.º 1 e 2, alínea d) e e) e 3 e art. 50º todos do Código Penal, sendo que a interpretação que o Tribunal fez das normas contidas no art 71º mais concretamente do seu nº1 d) e e) do CP, viola as garantias de defesa do próprio arguido plasmadas no art. 32º, 1 e 2 e 205º da Constituição da República Portuguesa.

Termos em que deverá o presente recurso proceder, e em consequência:

Ser o Acórdão recorrido anulado, ou caso assim não se entenda, ser o Acórdão recorrido revogado e o arguido absolvido do crime de que vinha acusado, ou perante os enunciados erros de apreciação, nos termos do art.º 431 do C.P.P., ser ordenada a necessária modificação da matéria de facto;

Ou assim não se atendendo, o que apenas por hipótese se admite,

Ser o Acórdão revogado no que respeita à pena aplicada, que deverá ser substituída por pena de prisão suspensa na respectiva execução, no caso de condenação pelo crime de violação do artº 164º, nº 1, do Código Penal, ou substituída por pena de multa, em caso de condenação pelo crime previsto no artº 173º, do Código Penal,

Assim se fazendo sã e serena JUSTIÇA!

III

Na sua resposta, a Digna Magistrada do Ministério Público articulou as seguintes Conclusões:

1. O acórdão impugnado não merece qualquer censura, pois que não enferma de omissões, nulidades ou vícios.
2. As declarações para memória futura, prestadas pela ofendida, nos termos do art.º271.º do CPP, não têm de ser obrigatoriamente lidas em audiência e julgamento para que possam ser tomadas em conta e constituir prova validamente utilizável para a formação da convicção do tribunal, nos termos das disposições conjugadas dos art.ºs 355.º e 356.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código.
3. As prestadas pela ofendida foram gravadas e mostram-se transcritas a fls. 182v. a 195, foram indicadas como prova da acusação e o arguido sempre teve acesso e conhecimento das mesmas.
4. A existir alguma irregularidade, a qual não se descortina, a mesma teria que ser invocada quando teve conhecimento da mesma, o que não o fez, pelo que a mesma sempre estaria sanada.
5. A decisão recorrida mostra-se lógica, conforme às regras de experiência comum e é fruto de uma adequada apreciação da prova, segundo o princípio consagrado no artº 127º do CPP.

6. O acórdão refere claramente os meios de prova que serviram para o tribunal formar a sua convicção, garantindo que nele se seguiu um processo lógico e racional na apreciação da prova, não omitindo a fundamentação no sentido da valoração das provas e da razão lógica da condenação do recorrente, não constituindo, portanto, uma decisão ilógica, arbitrária, contraditória ou materialmente violadora das regras da experiência comum.
 7. O recorrente limita-se a expor o seu julgamento dos factos, divergente daquele que foi feito pelo Tribunal, e tendo, como se verificou, este formado a sua convicção com provas não proibidas por lei, prevalece a convicção do tribunal sobre aquela que formulou o recorrente.
 8. Nada justifica que se dê como não provados o teor da matéria dos factos impugnados pelo recorrente, sendo que os factos relativos à responsabilidade do arguido/recorrente no cometimento do crime em questão foram corretamente apreciados e julgados não se verificando qualquer erro de julgamento.
 9. A pena imposta ao arguido, situa-se no circunspecto de ponderação da gravidade do crime - ponderada a personalidade do agente -, e foi graduada de harmonia com as necessidades punitivas (ressocialização e prevenção), tudo conforme os artigos 40º, 70º e 71º, do Código Penal.
 10. Por todo o exposto, o douto acórdão recorrido não merece qualquer censura porque fez correta aplicação do direito à matéria de facto provada, nem violou qualquer disposição legal, optou, de forma correta, pela aplicação ao arguido/recorrente de pena de prisão efetiva situada muito próximo do limite mínimo da moldura abstrata aplicável, mostrando-se adequada e justa, pelo que deve ser mantido nos seus precisos termos.
- Contudo V. Ex.as., decidindo, farão, como sempre JUSTIÇA

IV

Neste Tribunal, o Ex.mo Procurador-Geral Adjunto emitiu Parecer no sentido da improcedência do recurso.

Foi cumprido o disposto no artigo 417º nº2 do CPP.

V

*Colhidos os Vistos e realizada a Conferência, cumpre apreciar e decidir:
O Acórdão recorrido é do seguinte teor:*

I.

Da acusação pública:

A.

1. A ofendida J (doravante indicada apenas como “ofendida J” por melhor facilidade de exposição) nasceu em 11.07.2002.
2. A ofendida J conheceu o arguido quando tinha entre nove e onze anos de idade, no decorrer de umas festas nesta .., por ocasião de este representar diversos cantores populares, tendo este passado a conviver, de vez em quando, com a família daquela.
3. Durante o ano de 2016 o arguido deslocou-se a esta ... acompanhando diversos artistas, pelo menos por duas vezes: uma em agosto, na freguesia dos ..., ocasião em que viu a ofendida J beijar um rapaz; e outra em setembro, nas festas da ... na ...
4. Nessas festas, os pais da ofendida J exerceram a atividade de venda ambulante de cachorros quentes, conjuntamente com esta e a sua irmã.
5. No dia 18 de setembro e 2016, pelas 00:30h./ 1.00h., após o espetáculo do cantor “CM”, representado pelo arguido, este convidou os espectadores a

acompanhá-lo num beberete que teria lugar na sala da Junta de Freguesia da ...

6. O arguido aproveitou a ocasião para abordar a ofendida J e dizer-lhe que queria falar a sós com ela, o que esta negou por temer qualquer ação daquele relacionada com a prática de atos sexuais.

7. Não obstante, a ofendida J foi agarrada por PM, que a empurrou para o arguido, sendo que este acabou por conduzi-la a um gabinete da Junta, local onde a empurrou e disse-lhe para se sentar numa cadeira, e, seguidamente, aproximou-se dela.

8. O arguido introduziu os dedos na boca da ofendida J.

9. De seguida, o arguido colocou o seu pênis na boca da ofendida J, contra a sua vontade, passando a fazer movimentos com as ancas para trás e para a frente, fazendo com que a mesma ficasse engasgada e com vômitos.

10. Então, o arguido agarrou na ofendida J, colocou-a junto de uma mesa, baixou-lhe os calções que esta vestia e introduziu o seu pênis no ânus da mesma, sem fazer uso de preservativo.

11. O arguido apenas cessou esta conduta quando ouviu a irmã mais nova da ofendida J chamá-la, sendo que, ao sair do gabinete disse à mesma para não contar a ninguém o que tinha ocorrido.

12. O arguido agiu da forma descrita sabendo que obrigava a ofendida J a manter consigo sexo anal e oral contra a vontade da mesma, através do recurso à força, com o intuito de tentar satisfazer os seus instintos libidinosos, conhecendo a idade daquela e sabendo que punha em causa o seu livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual, agindo de modo livre, deliberado e consciente, bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por Lei.

B.

A ofendida V (doravante indicada apenas como “ofendida V” por melhor facilidade de exposição) nasceu em 07.12.2001.

As ofendidas J e V são primas.

A ofendida V conheceu o arguido em 2013, numa festa realizada na ..., tendo-lhe sido apresentado pela ofendida J.

II.

Mais se provou das condições pessoais do arguido e a sua situação económica e das condutas anteriores e posteriores aos factos:

O arguido teve um trajeto vivencial marcado por alguma inconstância habitacional, tendo ficado com significativa frequência entregue aos cuidados de avós e tias, com quem mantinha significativa ligação afetiva, sobretudo na altura do Verão, por força da atividade profissional de cantora da progenitora, à guarda de quem ficou após o divórcio dos pais. Manteve ligação com o progenitor até à emigração deste no decurso da fase da adolescência, altura em que faleceu vítima de acidente, acontecimento desestabilizador do equilíbrio emocional do arguido. No domínio escolar concluiu o sétimo ano com registo de algumas retenções fruto de ausência de investimento nalgumas das matérias lecionadas, absentismo e algumas dificuldades na manutenção da vigília, concentração e atenção em face dos horários por vezes prolongados da progenitora, que não raras as vezes acompanhava em espetáculos. Em termos profissionais, iniciou o seu percurso ainda na fase da adolescência, através do auxílio à progenitora nas atividades de artesanato, vindo por volta dos 18 anos a desenvolver ocupação numa empresa de reparação de arcas frigoríficas. Após, veio a dedicar-se à realização de trabalhos de escritório, representação e management artístico. Viajava com regularidade a ..., onde veio a conhecer a sua atual cónjuge, natural da ..., quando contava com 24 anos de idade. O

relacionamento é unido e coeso. Têm uma filha de 11 anos de idade. Ao nível pessoal, aparenta evidenciar capacidades ao nível do estabelecimento de relações interpessoais, sendo descrito como sociável, educado, responsável e social e culturalmente interessado, com boas competências parentais para com a filha menor, com quem mantém significativa ligação afetiva. Encontra-se a atravessar um período de destabilização emocional concernente ao presente processo, que mantém secreto da sua cónjuge e da sua filha. Nada consta averbado no seu certificado do registo criminal.

*

Com relevo para a causa não resultou provado que:

Da acusação - quanto ao referido em A.:

Na ocasião, o arguido agarrou nos seios da ofendida J e tentou beijá-la na boca, o que esta conseguiu evitar ao abanar continuamente a cabeça, desviando a boca.

Da acusação - quanto ao referido em B.:

Em data que não se logrou precisar do ano de 2013, após a festa do porto que tem lugar anualmente em junho/ julho, em ..., o arguido fez um pedido de amizade através do facebook à ofendida V, tendo passado ambos a trocar diversas mensagens na aplicação messenger.

Naquele contexto, o arguido escreveu que a menor V era “gostosa, fofa e linda”, ao mesmo tempo que lhe solicitou por diversas vezes que tirasse e lhe enviasse fotos do seu próprio corpo, despida, argumentando que estava excitado sexualmente e que por isso precisava das fotografias, tendo inclusive enviado àquela uma foto sua totalmente despido.

O arguido convidou também a ofendida V a iniciar sessões via webcam para a ver masturbar-se, ao que esta não acedeu, tendo bloqueado aquele no facebook. O arguido persistiu em enviar mensagens à ofendida V, tendo esta decidido contar a situação aos seus pais, mostrando-lhes as mensagens e a foto recebida, acabando por encerrar o seu próprio perfil naquela rede social.

O arguido agiu da forma descrita com o intuito de tentar satisfazer os seus instintos libidinosos, conhecendo a idade da ofendida V e sabendo que punha em causa o livre desenvolvimento da personalidade da mesma na sua esfera sexual, agindo de modo livre, deliberado e consciente, bem sabendo que a sua conduta era proibida e punida por Lei.

Da contestação:

Em momento algum o arguido saiu da sala onde decorria o beberete, tendo sempre ficado acompanhado e estado presente com o cantor “CM” e a sua banda enquanto decorria a sessão de autógrafos, de cerca de 15 minutos, tendo dali todos saído em conjunto para o hotel onde pernoitaram, sendo que jamais esteve sozinho com a ofendida J.

*

Com interesse para a decisão da causa não resultaram provados ou não provados quaisquer outros factos.

Dos motivos de facto que fundamentam a decisão

§1. A título prévio, consignamos que no âmbito de crimes de natureza sexual, os factos que constituem o tipo de ilícito ocorrem, na sua esmagadora maioria, pela sua específica natureza, em espaços reservados e a sós com a vítima, panorama este que, por regra, favorece a inexistência de prova direta, sobretudo prova testemunhal, o que exige redobradas cautelas na apreciação e valoração da prova, sem embargo das regras legais aplicáveis. O caso dos autos não foge à regra quanto ao episódio descrito em A., cujos factos nucleares imputados na acusação reportam-se a atos de trato sexual praticados em circunstâncias de tempo e lugar bastante circunscritas e delimitadas, envoltas no recato de ambos

os intervenientes.

§2.1. Tendo presente este “pano de fundo”, a nossa convicção assentou, matricial e primordialmente, nas declarações prestadas pela ofendida J em sede de inquérito, no âmbito de declarações para memória futura - que se mostram transcritas a fls. 182v.-195 - (em detrimento, como veremos, da versão dos factos apresentada pelo arguido na contestação), a qual, de forma particularmente objetiva, espontânea, clara e esclarecedora para a sua idade, contou, com bastante detalhe, todo o encadeamento e sucessão dos factos em moldes alinhados com a factualidade assente.

§2.2. Na verdade, para além das declarações sobre os factos “nucleares”, a ofendida J descreveu outrossim, com especial acuidade, todo o inerente contexto, cujos contornos permitem enquadrar, lógica e consistentemente, todo o acontecimento. Senão vejamos: a relação desta ofendida com o “mundo do espetáculo” prende-se com a circunstância de ser filha de feirantes/ vendedores ambulantes de cachorros quentes, de ..., e de acompanhar os pais na atividade sazonal destes, cerca de seis meses por ano, pelos vários locais desta ..., quando das festas locais e regionais, contexto em que, desde nova - teria os seus 9 a 11 anos - travou conhecimento com o arguido. À data foi-lhe apresentado pelo artista SR como sendo o seu primo e manager (e, a mais disto, filho da conhecida cantora A) e, na sua expressão, tornaram-se “amigos”, mau grado a diferença de idade (o arguido tem presentemente 38 anos), tendo-se gerado uma relação de alguma proximidade e confiança, extensível aos seus progenitores, com quem aquele confraternizava de quando em quando, nos espetáculos que tinham lugar nesta Ilha, e que o tinham em elevada consideração.

§2.3. É neste ambiente que, a dada altura, a ofendida J notou uma abordagem diferente, por que mais íntima, por parte do arguido, intensificada a partir do espetáculo da RG na freguesia dos ... em agosto desse ano de 2016 (“Ele começava a dizer que queria fotos ou que queria ter um dia comigo” - cfr. fls. 186v.; “E ele queria também ter uma curte comigo, eu não quis (...). Eu nunca quis, eu sempre disse a ele vejo-te como amigo” - cfr. fls.187), abordagem esta que lhe provocou desconforto e, sobretudo, receio do mesmo (e do “mal” que pudesse vir a fazer-lhe), a par de um sedimentado sentimento de medo pelas consequências que pudessem advir caso os seus pais soubessem de algo de anormal neste domínio (cfr. em particular, a cit. transcrição a fls. 185-187v.), o que é perfeitamente perceptível na mente de uma jovem que recentemente perfizera 14 anos (nasceu em 11.07.2002 - cfr. certidão do assento de nascimento a fls. 134-134v.) e no quadro de um notório desfasamento social relativo àqueloutro e, até mesmo, de um certo vislumbre e/ ou fascínio da família de vendedores ambulantes por um “Homem do showbusiness”, conforme também transpareceu do depoimento de MJB, mãe da ofendida J (do que é exemplo a referência desta de que, na sua opinião, aquele era uma pessoa “cinco estrelas” e, por isso, não quis acreditar quando soube do sucedido por via da sua cunhada SC).

§2.4. Como é sabido, a criação de um ambiente de confiança, a paulatina sedução da vítima e o medo subjetivo desta (não raras as vezes conduzido para fomentar o isolamento e o secretismo) são três conhecidos poderosos instrumentos que abrem caminho às abordagens de índole sexual, tanto mais, como sucede no caso dos autos, aliado à diferença de idade e ao estatuto social do agente. Este relatado medo da ofendida J permite explicar a sua renitência, momentos antes do sucedido, em falar a sós com o arguido, conforme melhor explicaremos (vide infra §7.3.).

§3.1. Na nossa perspetiva, a veracidade das declarações da ofendida J também encontram eco não só na preocupação pela confidencialidade do relato à sua

prima e amiga ofendida V, uns tempos depois, quando dormiu uns dias em casa desta e assim encontrou uma oportunidade para desabafar (embora referindo-se apenas ao sexo oral, não escondeu a sua preocupação com a gravidez), a qual, outrossim, terá presenciado uma conversa telefónica entre aquela e o arguido sobre a temática (cfr. declarações para memória futura transcritas a fls. 173-182 e, em particular, cfr. fls. 179-181v.; de resto, foi a ofendida V quem contou tamanho “segredo” à sua mãe, testemunha SC, que, por seu turno, o revelou à testemunha MJB, conforme supra referimos em §2.3.), mas também na espontânea procura de ajuda clínica junto Centro de Saúde de ..., e subsequente acompanhamento psicológico, num caso e noutro à revelia dos pais (cfr. declarações para memória futura de ambas, assim como o depoimento das cit. testemunhas MJB e de SC), cujo temor da gravidez se explica, uma vez mais, pela sua tenra idade, compaginada com a sua percepção de falta de menstruação, aliada ainda à circunstância de não se ter apercebido muito bem se a penetração terá sido vaginal ou anal - o que, de certo modo, retrata o engulhoso quadro da relação sexual - e à alusão à produção de sangue [“ele fez-me sangue (...) ele sujou os dedos de sangue”, desconhecendo, todavia, a concreta causa e a origem], num contexto de secretismo (até à dita conversa com a sua prima V) e de subjetivo desconhecimento da vida nesse específico plano sexual, inexperiência esta, aliás, vincada pela virgindade enquanto dado de facto objetivo atestado pelo relatório pericial a fls. 9 e ss. (relatório da perícia de natureza sexual em direito penal elaborado pelo Gabinete Médico-Legal e Forense ... do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, I.P., no quando das suas competências legais), tudo conforme com regras de experiência comum e juízos de normalidade. ¶

§3.2. Não cremos que a ofendida J, à data com 14 anos de idade, tenha inventado tamanha mentira e, maquiavelicamente, instrumentalizado a sua prima V para que esta, inconscientemente e contra as instruções (V: “ela tinha-me dito a mim se eu contasse a alguém, a nossa amizade ia acaba/” - cfr. fls. 179v.), se sentisse na obrigação de denunciar os factos à sua mãe... Ou seja, no plano da normalidade dos acontecimentos da vida, o desabafo da ofendida junto da sua prima, uns tempos depois, mostra-se completamente desassociado do cenário de qualquer pretensa fabulação sob a capa de “chamada de atenção”...

§4. A natureza da relação sexual de coito anal mostra-se igualmente concludente com a pronta resposta do arguido, num telefonema efetuado e relatado em audiência por MJB, quando questionado acerca do que tinha feito com a sua filha, de que ela (ofendida J) era “psicopata”, “não prestava”, que se “não estivesse virgem não era [obra] dele”, e a “pode ter a certeza que ela está virgem”.

§5. Por seu turno, a circunstância de não ter sido detetada nenhuma lesão e/ou sequela na região anal da ofendida J quando da realização da perícia no dia 14.10.2016 (decorrido pouco menos de um mês sobre a data do sucedido), “não significa que o abuso sexual não possa ter ocorrido, uma vez que num grande número destas situações não resultam vestígios”, tal como o Senhor Perito exarou nas suas conclusões (cfr. fls. 11-11v.).

§6. As declarações da ofendida J também se mostram compatíveis com a mudança de estado de espírito decorridos alguns minutos após o sucedido, não só conforme declarou a testemunha PM (seu amigo de idade próxima, presentemente com 15 anos) ao referir-se àquela como tendo ficado, passado um bocado, “esmorecida” e, concretizando, “tipo em baixo” (sic), mas também como foi descrito pela testemunha MJB (na ocasião surgiu “branca”, alegando “dores de cabeça”, pelo que foi de imediato descansar).

§7.1. Ademais, agora com especial enfoque na madrugada do acontecimento,

resulta do depoimento conjugado das testemunhas que estavam presentes no local por ocasião do espetáculo - MJB, PM, ES (músico da banda), AR (músico da banda), LV (antigo membro da comissão de festas e espetador do concerto) e FA (cantor que usa o nome artístico de “CM”) - que o concerto terá terminado pelas 00:30h./ 1:00h., seguido de um “beberete” no camarim, instalado no salão nobre sito no 1º piso do edifício da Junta da Freguesia (edifício evidenciado ao fundo na imagem a fls. 105), onde também teve lugar a habitual sessão de autógrafos, num momento de relaxamento e convívio entre o cantor, os músicos e os fans, membros de comissão de festas, convidados, etc., ocasião onde se fizeram fotografias (feitas sobretudo o arguido - para fins comerciais - e pela esposa do “CM”), quadro típico do “pós espetáculo”. ES, AR e FA referiram-se ainda à desmontagem do equipamento do palco e ao subsequente carregamento do material nos veículos.

§7.2. Neste quadro, o arguido, na sua contestação, procurou sustentar que esteve sempre na companhia dos músicos, sem nunca ter saído do salão, e que, por isso, nunca esteve a sós com a menor, pelo que circunstancial e logisticamente, não pôde ter praticado os factos imputados.

§7.3. Sucede, porém, que a testemunha PM foi cristalino no seu depoimento acerca das circunstâncias em que o arguido surgiu à porta do edifício da Junta, já após os autógrafos, da pretensão deste em falar em privado com a ofendida J e da renitência desta (coerente com o referido supra em §2.2. e §2.3), o que, aliás, motivou a testemunha, ingenuamente, a levá-la pelo braço uns metros até à beira daquele, momento em que os dois (arguido e ofendida J) ficaram a conversar, ainda à porta do edifício. A condução da ofendida J ao gabinete sito no R/c do edifício da Junta, embora não tenha sido diretamente presenciada por PM naqueles precisos segundos, mostra-se compatível com a descrição (e suspeita) deste, posto que, momentos antes, vira a respetiva porta fechada e, naquela sequência, viu-a encostada (terá sido no momento imediatamente anterior à referência da ofendida J de que aquele fechou a porta quando ela já estava sentada na cadeira). E, passados cerca de 20 minutos, quando do ressurgimento da parelha (arguido e ofendida J), novamente à porta do edifício, conforme relatou, voltou a ver aquela mesma porta fechada, sendo que, nesse entretanto - isto é, no período de tempo em que deixou de ver o arguido e ofendida J -, esteve sempre por ali e, novamente, no salão nobre no 1º piso, permitindo- nos concluir, coerentemente com as declarações prestadas pela mesma testemunha, que aqueles se ausentaram e regressaram juntos.

§7.4. Não atendemos, por isso, ao sentido do depoimento das cit. testemunhas ES, AR e FA na parte conducente à permanência do arguido, integral e contínua, naquele “beberete”. É certo que todos eles têm a plena perceção de que arguido foi uma figura presente, quer durante o espetáculo, quer posteriormente até regressarem ao Hotel. E é indubitável que o arguido, enquanto manager do “CM”, conviveu com todos. E também não cremos que as testemunhas tenham procurado faltar à verdade, pese embora as estreitas relações profissionais e de amizade que têm com o arguido. Simplesmente temos reservas quanto à invocada certeza de que estiveram sempre e incondicionalmente juntos, não só atenta a relativa antiguidade dos factos e a circunstância de serem muitos os espetáculos e os convívios, mas também e principalmente porque nenhuma delas, testemunhas, estava preocupada em “marcar”, “registar” ou “acompanhar” integralmente aquilo que o arguido fazia... (qual a especial razão para memorizar todos os passos do arguido?). Aliás, testemunha ES acabou por referir que quando saiu do salão, para desmontar o equipamento, o arguido ali terá permanecido. E mesmo a testemunha FA - que se situou numa posição de maior proximidade com o arguido -, embora procurando concretizar o sucedido,

reportou-se à normalidade dos acontecimentos, como usualmente decorrem as coisas, ao que geralmente pode esperar do seu amigo de há 17 anos neste tipo de evento (ex: “geralmente ele nunca me deixa sozinho”, “o M era quem me guiava, não me podia deixar sozinho”), sendo irrazoável esperar — adiantamos nós — que num universo de tantos espetáculos, esta testemunha possa recordar-se, sem margem para qualquer dúvida, de que estive sempre junto com o arguido... Neste particular, o depoimento da testemunha PM - que relatou a “outra face da moeda” - afigura-se-nos absolutamente imparcial e fidedigno, pois não tem nenhum relacionamento com o arguido e recorda-se do evento como tendo sido especial - a festa da sua freguesia - constituindo assim um “selo de garantia” nesta particular querela factual. Em suma, mais do que o plano do dever ser, esta testemunha, ao contrário daquelas outras, foi inequívoca no plano do que é.

§7.5. Acresce que os sobreditos cerca de 20 minutos em que o arguido e a ofendida J terão estado juntos, segundo a perceção da testemunha PM, consubstancia um período temporal objetivamente idóneo para as cit. demais testemunhas não terem dado pela falta daquele [embora desconhecamos com rigor o período de tempo que mediou o fim do espetáculo e a saída do local do arguido e dos músicos, atenta a discrepância dos depoimentos de MJB (1h./ 1:30h.), de AR (30m/ 1h.) e de FA (cerca de 40m), sendo que ES nada soube responder a este propósito].

§7.6. Ainda a este respeito, salientamos que embora a testemunha LV tenha referido que, por regra, as portas dos gabinetes do R/c (onde funcionam os serviços administrativos) estão fechadas neste tipo de evento (só havendo acesso, portanto, ao salão nobre), desconhece, em concreto, se na madrugada dos factos estavam, ou não trancadas à chave (pelo que o seu depoimento não é de molde a afastar tal possibilidade), nem a correspondente verificação era do seu pelouro (pois terminou a sua participação na comissão de festas muitos anos antes, em 2010).

§7.7. Por último a este respeito, a menção da testemunha MJB ao encontro e conversa com o arguido, junto à banca dos cachorros quentes, antes de este ter ido embora com o cantor e os demais músicos (ocasião em que aquele terá perguntado pelo paradeiro da J.), é compatível com o compasso de espera relatado por AR e FA, de cerca de 10 minutos no exterior, perto das viaturas, a pedido da comissão de festas.

§8. Um apontamento final quanto aos cortes da ofendida J (automutilação nos braços) que, na ótica do arguido (cfr. alegações finais), descredibilizam-na porque não surgiram posteriormente ao evento - como seria natural esperar neste tipo de situações -, sendo, ao invés, anteriores ao mesmo. Efetivamente, a ofendida J situa os cortes em momento anterior ao espetáculo em questão. Mas fá-lo já no contexto do relatado medo que tinha do arguido (cfr. supra §2.3.), o que de certa forma mostra-se alinhado com as declarações da sua mãe de que, nesse verão, usava sempre mangas compridas... e embora esta testemunha não se tenha apercebido dos cortes antes do sucedido, viu mais tarde a jovem desatarraxar a lâmina do afia lápis para se cortar, ocasião em que conversaram e aquela lhe dizia que se cortava para ficar aliviada. (hoje em dia mantém o acompanhamento psicológico, conforme ainda esclareceu esta testemunha). Como é sabido, este tipo de comportamento de automutilação (embora podendo, naturalmente, arrimar-se noutro tipo de problemática) é típico em vítimas abordadas sexualmente, que assim exteriorizam, negra e amarguradamente, aquilo que não conseguem verbalizar (conforme a ofendida J referiu em declarações para memória futura, “Sentia que morrer era a melhor coisa” - cfr. fls. 190v.).

§9. A prova do conhecimento da idade da ofendida J, por parte da ofendida J, decorre do relacionamento desde há já alguns anos, quando esta tinha entre 9 a 11 anos, o que, de resto, mostra-se consentâneo com regras de experiência comum. Quanto aos remanescentes factos de índole subjetiva atendemos, por inferência, os demais factos provados, porquanto, tratando-se de acontecimentos do foro interno, não foram objeto de prova direta (conforme sucede, aliás, na esmagadora maioria dos casos em que não há confissão dos factos).

§10.1. Relativamente ao episódio referido em “B”, e ao contrário daqueloutro, considerámos que a prova testemunhal produzida foi manifestamente insuficiente para a demonstração dos factos constantes do libelo acusatório a este respeito, dos quais grande parte nem sequer têm eco nas declarações para memória futura da ofendida V (ex: menção de que ele lhe dizia que era “gostosa, fofa e linda”, de que “estava excitado sexualmente e que por isso precisava de fotografias” e de que a convidou, via webcam, a masturbar-se).

§10.2. Por seu turno, a referência da ofendida V ao pedido de fotos suas “nua”, via facebook, efetuado pelo arguido, não se mostra inteiramente espontânea, surge no seguimento das antecedentes perguntas e resposta: P: “Mas foto tipo passe, foto de corpo?”; R: “Foi de tudo, corpo inteiro”; P: “Corpo inteiro mas nua...” (fls. 174v.). Do mesmo modo, quanto à pretensa fotografia do arguido despido, remetida pelo mesmo pela mesma via, aquela contextualiza: R: “Começou-me a enviar fotos”, sendo de seguida questionada: P: “Também de corpo inteiro e nu. E tu reagiste a isso?” (fls. 176).

§10.3. Por outro lado, e com um peso preponderante, por razões que desconhecemos, o titular do inquérito não cuidou de “resgatar”, com observância das regras legais aplicáveis, a suposta conversa e envio de ficheiros através do facebook, ainda que com reporte à conta que terá sido anulada pela ofendida V, o que não nos parece inusitado.

§10.4. Ademais, tendo aquela ofendida V referido que mostrou o teor da conversa ao seu progenitor [“eu dei o telemóvel ao meu pai” (fls. 174v.); “mostrei as mensagens ao meu pai” (fls. 175v.)], o titular do inquérito não cuidou de inquiri-lo e/ ou arrolá-lo como testemunha. O Ministério Público apenas arrolou como testemunha a mãe da menor que, em audiência, somente se reportou ao que a filha lhe transmitiu. e exclusivamente quanto a um pedido que lhe terá sido feito de fotografia em bikini.

§10.5. Consideramos, pois, que o acervo probatório produzido a este respeito não permite concluir, para além da dúvida razoável, pela verificação dos factos imputados ao arguido neste domínio (para além do que singelamente resulta do teor do assento de nascimento a fls. 135-135v., da relação entre as ofendidas e das circunstâncias em que a ofendida V conheceu o arguido).

§11. Por último, no que concerne às condições pessoais e situação económica do arguido, bem como as condutas anteriores e posteriores aos factos (ponto II.), atendemos ao teor do relatório social a fls. 260-262 e do certificado do registo criminal a fls. 241. Não obstante, não considerámos assente a mudança de profissão desde há cerca de um ano refletida no relatório social, pois não se mostra cabalmente sustentada, antes pelo contrário, da remanescente prova produzida, sobretudo do depoimento da cit. testemunha FA (que não “afastou” o arguido das atuais funções de Management).

Do mesmo modo, relativamente aos elementos considerados como prova proibida, o titular do inquérito não cuidou de obter informação acerca da titularidade da conta do facebook, assim como da titularidade do número de telefone em questão.

Como é sabido o âmbito de um recurso define-se pelo teor das Conclusões apresentadas pelo/a recorrente.

Não obstante, nestas o recorrente ter ignorado olímpicamente as regras de precedência lógica quanto à invocação das questões que constituem objecto do recurso, consigna-se que primeiramente se analisarão as que obstem ao conhecimento do mérito da decisão.

E, seguidamente as atinentes à matéria de facto, e, dentro destas, pela impugnação alargada, se tiver sido suscitada e depois dos vícios previstos no artigo 410º nº 2 do Código do Processo Penal.

Em último lugar, as questões relativas à matéria de Direito.

Assim, são as seguintes as questões suscitadas que importa apreciar:

- a) *Nulidade por omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade;*
- b) *Nulidade por falta de fundamentação;*
- c) *Irregularidade adveniente da deficiência das gravações;*
- d) *Violação do disposto no artigo 125º e 355º do CPP;*
- e) *Impugnação da matéria de facto;*
- f) *Violação do artigo 127º e preterição do princípio “in dúbio pro reo”;*
- g) *Vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada;*
- h) *Vício de erro notório na apreciação da prova;*
- i) *Enquadramento jurídico-penal dos factos*
- j) *Medida da pena*

a)

O recorrente alega que o Tribunal “a quo” terá omitido a realização de diligências de prova que, em seu entender, seriam essenciais para a descoberta da verdade dos factos.

Argumentando que tal consubstanciaria a nulidade prevista na parte final da al. d) do nº2 do artigo 120º do CPP.

Todavia, tal alegação carece em absoluto de fundamento de facto e de direito.

Na verdade, a prescindibilidade das diligências não realizadas e que o recorrente, ora considera essenciais para a descoberta da verdade – a prestação de esclarecimentos pelo perito sobre o teor do Relatório Médico Legal e a acareação entre as testemunhas MJB e PM – ou a invocada omissão de produção de prova, pela não realização de uma perícia à personalidade do Arguido, resulta evidente, não apenas por não ter sido requerida por nenhum dos intervenientes processuais, designadamente o recorrente, como sobretudo pelo facto de o Tribunal “a quo” não ter entendido que tal seria necessário, pois se assim se tal tivesse ocorrido teria determinado, oficiosamente, a sua realização nos termos do disposto no artigo 340º do CPP.

Mas, mesmo na eventualidade de o recorrente ter requerido a produção de tais diligências de prova e estas ter sido indeferida a sua realização, sempre teria de ser suscitada atempadamente a omissão dessa diligência, nos termos do disposto no artigo 120º nº3 al. a) do CPP.

Para que, designadamente, pudesse existir um Despacho Judicial que este Tribunal da Relação pudesse apreciar.

Contudo nenhuma destas situações ocorre nos Autos.

Não só as diligências supra mencionadas não se mostraram essenciais à descoberta da verdade dos factos, não tendo sido sequer requeridas ou ponderada pelo Tribunal “a quo” a sua realização, e como tal o ora invocado não se enquadra na previsão do artigo 120º nº2 al. d) do CPP, como também a

mesmas não foram sequer atempadamente arguidas pelo recorrente. Pelo que improcede o alegado.

b)

O recorrente considera que a Sentença recorrida está inquinada de nulidade, por entender que o Tribunal “a quo” não procedeu a um exame crítico da prova, levando a que alguns dos factos dados como provados não assentem em qualquer elemento de prova ou impedindo a que se apure “o processo lógico e racional seguido pelo julgador na formação dessa sua convicção”.

Tal acontece, considera o recorrente, no tocante à existência de dois dos elementos típicos do crime, a saber, o uso de violência por parte do Arguido, o seu conhecimento da idade da vítima e todos os factos dados como não provados. Alega também o recorrente que se “deverá considerar-se inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 374.º do Código de Processo Penal na interpretação segundo a qual a fundamentação das decisões em matéria de facto se basta com a simples enumeração dos meios de prova utilizados em 1.ª Instância, não exigindo a explicitação do processo de formação da convicção do Tribunal, quer quanto aos factos provados, quer quanto aos não provados”, por considerar ter sido este o procedimento adotado no Acórdão recorrido.

Pelo que considera que a decisão recorrida se encontra ferida de nulidade por carecer da necessária análise crítica da prova.

Fundamentando essa sua alegação em excertos, que cita, de diferentes elementos de prova, considerando-os insuficientes para servirem de alicerce à formação da convicção do Tribunal “a quo”.

Procedendo-se à análise da motivação de facto da decisão recorrida, consta-se de forma flagrante e óbvia que, de forma alguma, se pode retirar a conclusão o recorrente sustenta.

Na verdade, aquela motivação é exemplar, em todos os seus parâmetros, seja pela forma minuciosa e muito cuidadosa com que examina todos os elementos de prova em que assenta - as declarações para memória futura prestada pela ofendida, as declarações do Arguido, o depoimento das diferentes testemunhas e o Relatório Médico-Legal - seja também pelo modo como, a partir desse exame, pondera os diferentes relatos sobre os factos em causa e explicita clara, meticulosa e escrupulosamente as divergências encontradas, apontando de modo circunstanciado e rigoroso os motivos pelos quais valoriza e credibiliza uma versão em detrimento de outra, quer em função da razão de ciência, quer em função da sua articulação com os restantes elementos de prova.

A decisão recorrida socorre-se, ainda, judiciousa e ponderadamente das regras de experiência comum relativas às agressões sexuais sofridas por raparigas adolescentes para aferir e valorar a prova produzida.

Assim, e abordando os pontos de facto constantes da decisão recorrida que o recorrente considera não se mostrarem devidamente fundamentados, impõe-se referir que a sua fundamentação se encontra explícita na Motivação da decisão de facto.

No tocante ao conhecimento que, à data dos factos, o Arguido tinha da idade da ofendida, tal resulta de uma regra de experiência comum de acordo com a qual o decurso do tempo implica necessariamente o aumento da idade das pessoas, designadamente da vítima. Pelo que tendo-a conhecido o Arguido quando esta teria entre 9 e 11 anos, as ditas regras de experiência comum determinam que alguns anos depois a vítima não tivesse já ultrapassado os 16 anos de idade. Do mesmo passo, o medo e receio da aproximação do Arguido manifestado pela ofendida, descrito na parte final do ponto 6 e parte final do ponto 7 da matéria

provada encontra-se devidamente alicerçado no conjunto das declarações prestadas pela ofendida.

As restantes situações elencadas pelo recorrente encontram igualmente o seu fundamento primordialmente naquelas declarações que se mostram corroboradas pelos restantes elementos de prova, tal como resulta da leitura e análise da Motivação de facto, assentando a discordância do recorrente não na ausência de fundamentação, inicialmente alegada, mas sim na sua análise da prova produzida. Questão essa, que será analisada na sua sede própria.

Assim, considera-se ser muito clara, explícita e rigorosa a forma como o Acórdão recorrido procede à demonstração do modo como foram valorados e apreciados todos os elementos de prova utilizadas pelo Tribunal “a quo” para firmar a sua convicção quanto à realidade dos factos que vieram a ser dados como provados e não provados.

Demonstração esta que consubstancia mais do que cabalmente a análise crítica da prova e elucida perfeitamente o processo lógico-discursivo subjacente à decisão, deste modo dando cumprimento à imposição constitucional constante do artigo 205º da CRP que radica num imperativo de respeito pelas garantias constitucionais de liberdade e segurança e, conseqüentemente, dá cumprimento ao disposto no artigo 374º nº2 do CPP.

Nesta conformidade, se conclui que o Acórdão recorrido se não mostra ferido da nulidade invocada e conseqüentemente inexistente base factual para a alegação de inconstitucionalidade a que o recorrente procedeu.

c)

O recorrente defende que as declarações para memória futura prestada pela ofendida “mostram-se, no essencial, imperceptíveis, devido por um lado à pronúncia acentuada da Ofendida J, típica da ..., mas também devido ao facto de a qualidade da gravação ser deficiente.”

Alegando que tal facto constituindo uma “irregularidade susceptível de afectar o valor do acto, reconduzível ao nº2, do artº 123º, do CPP,” considera-a “argúvel em sede de recurso e independentemente da sua prévia arguição perante a 1º instância.”

Carece, contudo, tal alegação da necessária sustentação legal.

Na verdade, justamente por a eventual deficiência de uma gravação constituir uma irregularidade processual, esta encontra-se sujeita às regras constantes do artigo 123º do CPP.

Tal implica, pois, que a eventual deficiência da gravação das declarações prestadas pela ofendida devesse ter sido arguida nos termos e nos prazos aí indicados.

O que manifestamente não foi feito pelo recorrente.

Arguição esta, aliás, que teria permitido a este Tribunal da Relação reapreciar o Despacho Judicial que sobre a mesma tivesse incidido.

Nesta conformidade, se conclui pela improcedência do alegado.

d)

O recorrente com«sidera também terem sido violados os princípios consigandos nos artigos 125º e 355º do CPP em virtude de não terem sido lidas em Audiência de Julgamento as declarações para memória futura prestadas pela ofendida.

Porém, não lhe assiste razão na medida em que as declarações para memória tomadas à ofendida, nos termos do disposto no artigo 271º do CPP, foram oportunamente transcritas, constando de fls.154 e seguintes dos Autos, assim

permitindo ao Arguido, ora recorrente, consultá-las, examiná-las e contraditá-las. Nestes casos a Jurisprudência considera inexistir qualquer violação dos princípios processuais invocados pelo recorrente.

Por todos veja-se o Acórdão do TRCoimbra, proferido no âmbito do processo nº1176/16.OPBCBR.C1 ([2]):“ I- A norma do art. 355.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, não exige que todas as provas sejam produzidas e/ou reproduzidas em audiência, pois os documentos que estejam nos autos consideram-se examinados e produzidos em audiência, independentemente de aí terem sido lidos, porque estando eles no processo todos os intervenientes têm acesso aos mesmos e têm, portanto, oportunidade de os analisar, por um lado, e contraditar, nomeadamente em julgamento. II- O que a norma determina é que não valem para a formação da convicção do tribunal as provas que não tenham sido apresentadas e feitas juntar ao processo com respeito pelo princípio do contraditório.”

Nesta conformidade considera-se que se não mostram violados os preceitos do CPP invocados pelo recorrente, e igualmente se não mostram ofendidas ou de alguma forma coartadas as suas garantias de defesa ínsitas no artigo 32º da Lei Fundamental.

Nesta conformidade, se conclui pela improcedência do alegado.

e)

O recorrente considera incorretamente julgados os factos 6 a 12 da matéria fáctica dada como provada, alegando que a prova produzida em Audiência de Julgamento os não permite sustentar.

Todavia, e com exceção do que adiante se indica, tal pretensão é elaborada sem qualquer arrimo no disposto no artigo 412º nº3 do CPP.

Na verdade, e tendo sempre como referência os pontos de facto acima indicados, nas suas alegações o recorrente apenas tece considerações várias sobre o teor dos diferentes elementos da prova produzida em Audiência de Julgamento.

E, sem prejuízo de se atentar se se mostra respeitado o disposto no artigo 127º do CPP, cumpre ter em atenção o que prescreve o artigo 412º do CPP no tocante à impugnação da matéria de facto.

E este, no seu nº3 estatui que para proceder à impugnação da matéria de facto o/a recorrente deve especificar os pontos de facto que considera incorretamente julgados, as provas que impõem decisão diversa da recorrida e as provas que devam ser renovadas.

Indicando o seu nº 4 que, quando as provas tenham sido gravadas, as especificações previstas nas als. b) e c) do referido nº3 se fazem por referência ao consignado em Ata, devendo a/o recorrente indicar concretamente as passagens em que funda a impugnação a que alega pretender proceder.

Só o adequado cumprimento deste ónus, habilita o Tribunal “ad quem” a reexaminar a matéria fáctica e a verificar da correção ou incorreção do julgamento realizado em 1ª instância quanto aos pontos concretamente indicados.

Tal imposição legal decorre não apenas da prevalência da princípio da imediação no que respeita à apreciação da prova, mas também de o instituto do recurso se não configurar como uma ocasião de uma nova e outra oportunidade de apreciar e decidir os factos e o Direito mas tão somente como um remédio jurídico para corrigir algum erro de julgamento ou de procedimento que tenham sido oportuna e devidamente arguidos por quem tenha legitimidade para tal.

Assim, o regime processual penal vigente obriga a/o recorrente não só a indicar com exatidão quais são os factos que entende estarem incorretamente julgados, obrigação esta que o ora recorrente cumpriu adequadamente, mas também as provas que, em seu entender, determinam a formulação de um diferente juízo

conclusivo do elaborado pelo Tribunal “a quo”, ou seja aquilo a que a letra da lei indica serem “as provas que impõem uma decisão diversa da recorrida”.

O que se consubstancia como um verdadeiro encargo que recai sobre a/o recorrente, impondo-lhe que proceda à demonstração de que os elementos de prova por si indicados determinam necessariamente, e não apenas permitem ou admitem, uma decisão diferente da constante da decisão recorrida.

Essa demonstração mais não é do que explicitação de como os pontos de facto por si impugnados foram erradamente dados como assentes pelo Tribunal “a quo” em função das provas que indica e cuja renovação pretende, de molde a que seja emendado o erro que fere a decisão recorrida.

Por esta razão, a lei determina que a/o recorrente indique especificamente as passagens das gravações da prova produzida em que faz assentar o seu juízo conclusivo da incorreção do julgamento – art. 412º nº4 do CPP – e explicita as provas que devem ser renovadas. Tudo com o fim de habilitar o Tribunal “ad quem” a corrigir o erro de julgamento invocado.

“In casu”, e não obstante o recorrente indicar pretender impugnar 6 dos pontos de facto dados como assentes, e, repete-se, com exceção do adiante indicado, não dá cumprimento ao disposto no artigo 412º nº3 do CPP.

Na verdade, tal não se realiza pela mera reprodução de excertos de depoimentos de algumas das testemunhas, sem qualquer referência ao concreto ponto de facto que aquele elemento de prova pretende impugnar, impondo ao Tribunal “ad quem” que escolha do conjunto dos excertos reproduzidos aquilo que poderá corresponder ao intuito impugnativo do recorrente.

Nem mesmo, como é óbvio, com a reprodução de excertos das declarações da ofendida ou depoimentos de testemunhas sobre pontos que não constam da matéria de facto, como acontece quando se refere aos cortes que esta se terá autoinfligido e ao seu estado de espírito, reações ou comportamento social após a prática dos factos,

Do mesmo modo, o tecer de considerações sobre excertos da Motivação de facto da decisão recorrida não é compaginável com o disposto na lei processual penal relativamente à impugnação da matéria de facto.

Tal prática contaria expressamente a letra da Lei processual e como tal não é admissível.

Importa referir ser “in casu” ilegal por inútil, qualquer convite para o aperfeiçoamento das Conclusões apresentadas, já que as manifestas deficiências que estas apresentam não advêm da sua formulação, mas antes radicam nas Motivações do recurso.

Ora, sendo estas inalteráveis e estando vedado às Conclusões exceder o limite traçado por aquelas, por força do disposto no artigo 417º nº4 do CPP, qualquer eventual convite para a sua correção consubstanciaria um ato inútil, proibido por lei.

Pelo que, com exceção das ocasiões adiante indicadas, em que o recorrente cuidou de indicar expressamente os pontos da gravação em que sustenta a sua discordância da matéria fáctica provada, se não tomará em conta a pretendida impugnação da matéria de facto.

Assim, no artigo 146º das Motivações, o recorrente indica o elemento de prova, com referência à gravação, que em seu entender é apto para contraditar a existência de sangramento aquando da penetração anal levada a cabo pelo Arguido.

Ora, muito embora o recorrente se tenha olvidado de indicar o ponto de facto que alega pretender impugnar, considera-se ser perceptível que queira contraditar o facto constante do ponto 10 da matéria provada relativo à referida penetração anal.

O recorrente estriba essa impugnação na circunstância de tal facto apenas ser relatado pela ofendida nas suas declarações, mas não ser comprovado pelo Relatório Médico-Legal.

Ora, a simples circunstância de o exame médico-legal, a uma jovem de 14 anos de idade, ter ocorrido cerca de um mês depois da prática dos factos implica necessariamente que tenha já ocorrido a regeneração de qualquer lesão de que o sangramento tenha sido consequência, e como tal não seja perceptível a sua existência.

Deste modo se entende que, “in casu”, a constatação da ausência de uma lesão não comprova de forma alguma que ela não tenha existido e que, consequentemente, a não verificação de vestígios da ocorrência do sangramento não implica que este não tenha acontecido.

Igualmente, nos artigos 177º e 178º o recorrente retoma esta questão desta vez para pôr em crise o facto de se ter dado como assente ter sido anal a penetração em causa, estribando a sua argumentação na circunstância de a ofendida não ter procedido a essa indicação de uma forma clara.

Também aqui o recorrente não procede à indicação do ponto de facto que alega pretender impugnar. Porém, do mesmo modo se considera ser perceptível que queira contraditar o facto constante do ponto 10 da matéria provada relativo à já mencionada penetração anal.

O elemento de prova que indica, como, em seu entender, poder sustentar um entendimento diverso do constante da decisão recorrida é uma vez mais o Relatório Pericial que, considera não ser conclusivo sobre este ponto.

Todavia, sobre ambas estas matérias a Motivação do Acórdão recorrido é absolutamente exemplar, não deixando qualquer margem a dúvidas.

Pois que, assentando na perícia médico-legal, não contraditada nos termos legais pelo Arguido, indica o fundamento da prova do primeiro ponto impugnado facto da seguinte forma: “ (...) a circunstância de não ter sido detetada nenhuma lesão e/ ou sequela na região anal da ofendida J quando da realização da perícia no dia 14.10.2016 (*decorrido pouco menos de um mês sobre a data do sucedido*), “não significa que o abuso sexual não possa ter ocorrido, uma vez que num grande número destas situações não resultam vestígios”, tal como o Senhor Perito exarou nas suas conclusões (*cfr. fls. 11-11v.*)”

E, quanto ao segundo ponto, explicita resultar a sua prova não apenas das declarações da Ofendida, mas também das do Arguido que: (...) num telefonema efetuado e relatado em audiência por Maria de Jesus Barreira, quando questionado acerca do que tinha feito com a sua filha, de que ela (*ofendida J*) era “psicopata”, “não prestava”, que se “*não* estivesse virgem não era [*obra*] *dele*”, e a “pode ter a certeza que ela está virgem”.

O recorrente impugna também os pontos de facto 8 a 10 e a primeira parte do ponto 12, fundamentando tal contestação nas circunstâncias ora invocadas, mas não provadas, de ser esquerdino e deficiente, bem como nas regras da experiência comum que contrariariam a ocorrência daquelas factos.

Cumprе esclarecer que contrariamente ao pretendido pelo recorrente, não é legalmente possível em sede de recurso a junção de qualquer documento, como o estabelece a parte final do nº3 do artigo 165º do CPP, e consequentemente o aditamento de um facto novo, nunca antes objeto de apreciação judicial. Pelo que se não tomará em consideração o argumento relativo à eventual deficiência do Arguido, por não ter o dedo anelar da mão esquerda e ser esquerdino.

O recorrente alega, também que os factos indicados nos pontos da matéria provada, acima referidos, não teriam tido possibilidade física de terem ocorrido se a Ofendida tivesse reagido contra os mesmos.

Invoca o recorrente que a Ofendida, querendo, teria podido abanar a cabeça para obstar a que o Arguido introduzisse o pênis na sua boca, impedir pela força dos seus maxilares que a sua boca fosse aberta ou se mantivesse aberta, morder o seu pênis ou ainda realizar algum “movimento repentino e brusco de forma a desvencilhar-se do arguido”.

Uma tal alegação só pode radicar no total desconhecimento dos ensinamentos da Psicologia Forense que indicam que a inexistência de qualquer reação ou resistência de uma vítima de violência sexual radica no facto de esta a sentir a agressão como uma ofensa à sua integridade física, ou mesmo à sua vida, pelo que adota um comportamento orientado para a sua preservação, podendo optar por diferentes estratégias de sobrevivência.

Assim, vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica, outras em que se opera uma dissociação da realidade, como se a agressão de que estão a ser vítimas não se passasse com elas e apenas estivessem a observá-la e outro grupo de vítimas decide não resistir para evitar ferimentos ou morte.

Pelo que tendo em atenção o exposto é imperioso concluir não existir qualquer erro de julgamento quanto a estes concretos pontos de facto da matéria provada.

Refira-se, porém que, quanto ao segmento relativo aos movimentos de anca realizados pelo Arguido e descritos no ponto 9 da matéria de facto, inexistente qualquer elemento de prova que possa sustentar tal realidade, uma vez que a Ofendida nunca a tal se refere nas suas declarações, pelo que tal afirmação deverá constar da matéria de facto não provada.

Assim, o ponto 9 da matéria de facto provada passará a ter a seguinte redação: “De seguida, o arguido colocou o seu pênis na boca da ofendida J, contra a sua vontade, fazendo com que a mesma ficasse engasgada e com vômitos.”

Do mesmo passo, será aditado à matéria de facto não provada, um segundo parágrafo à parte intitulada “Da acusação - quanto ao referido em A.:", com a seguinte redação:” O Arguido fez movimentos com as ancas para trás e para a frente quando colocou o seu pênis na boca da ofendida J, contra a sua vontade.” É curial referir que nos artigos 150º a 152º das Motivações, o recorrente reproduz, identificando as passagens da gravação, excertos dos depoimentos de duas das testemunhas relativos ao facto de o Arguido, após a prática dos factos, se ter ou não despedido da Ofendida na presença da mãe desta, e, ainda, o comportamento social da Ofendida nessa mesma ocasião.

Ora tais factos não constam nem da matéria provada nem da matéria não provada, por não serem de todo relevantes para a decisão.

Pelo que, não são impugnáveis da forma pretendida pelo recorrente. Quanto muito, a argumentação que aduz poderia ser relevante para, juntamente com a análise de outros factos, ser aferida a credibilidade das declarações da Ofendida. *Ora, a credibilidade e verosimilhança das suas declarações foram aferidas pelo Tribunal “a quo” em função, em primeiro lugar, da sua “razão de ciência”, ou seja as circunstâncias de conhecimento dos factos, que são diretas, uma vez que estes foram vividos por ela, e também, em função da sua corroboração pela prova testemunhal produzida em Audiência.*

Credibilidade esta que constitui um dos alicerces da formação da convicção do Tribunal, a qual, por ter beneficiado da imediação da recolha da prova e por se encontrar devidamente escorada nas regras da experiência comum de uma jovem vítima de uma agressão sexual não merece qualquer censura ou reparo, mas sim a total concordância.

Refira-se, ainda que o recorrente alegou também que, com base nas declarações da Ofendida, deveria ter sido dado como provado que o Arguido a viu a "curtir" com um rapaz e não a beijar um rapaz, como consta do ponto 3 da matéria de

facto provada.

Porém, o recorrente excluiu expressa e explicitamente tal ponto de facto da matéria que invocou pretender impugnar, pelo que não poderá ser tomada em consideração esta sua alegação, uma vez que contraria ostensivamente o disposto no artigo 412º nº 3 do CPP.

A todo o exposto acresce que para efeitos do disposto no artigo 412º nº3 al. b) do CPP deve entender-se que a expressão “impor decisão diferente da recorrida” tem um significado mais exigente do que simplesmente permitir ou admitir uma diferente decisão daquela que se pretende impugnar.

Assim, é necessário que analisadas as provas indicadas pelo recorrente seja patente, óbvio e evidente a necessidade de modificação da decisão recorrida.

O que não é manifestamente o caso dos Autos.

In casu, a motivação expressa pelo Tribunal “a quo” é suficiente para habilitar os sujeitos processuais, bem como o Tribunal de recurso, a concluir que as provas a que o Tribunal «a quo» atendeu são todas permitidas por lei de acordo com o preceituado no artigo 355º do CPP, e que a julgadora seguiu um processo lógico e racional na formação da sua convicção, desta não resultando uma decisão ilógica, arbitrária, contraditória ou claramente violadora das regras experiência comum na apreciação da prova.

Destarte, correlacionando e conjugando todos os elementos de prova na sua globalidade, e não apenas os indicados pelo recorrente, de acordo com as regras da experiência comum, é manifesto, óbvio e evidente que a decisão recorrida indica com precisão, o porquê e a relevância a que deu à prova produzida, seguindo um raciocínio lógico e coerente, de tal forma que não se pode concluir que pudesse ter sido outra a decisão sobre a matéria de facto.

Do supra exposto resulta que não há nos autos, analisada a prova produzida em audiência, elementos que permitam a este Tribunal concluir que os factos que o recorrente impugna se mostrem incorretamente julgado, ou que o Tribunal “a quo” atendeu a prova proibida por lei de forma a que a matéria de facto fixada pelo Tribunal “a quo” deva ser alterada.

Pelo que se conclui pela improcedência do alegado.

f)

Da análise do teor das Conclusões apresentadas pelo recorrente o que ressalta é apenas e tão-somente a sua discordância quanto ao modo como o Tribunal “a quo” procedeu à apreciação da prova.

Ora, de acordo com a regra da livre apreciação da prova ínsita no artigo 127º do CPP, “...a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”, que não se confunde de modo algum com apreciação arbitrária da prova, nem com a mera impressão gerada no espírito de quem julga pelos diversos meios de prova, mas tem como pressupostos valorativos a obediência a critérios da experiência comum e da lógica da pessoa comum suposta pela ordem jurídica.

De forma assaz inovadora, mas carecida da devida sustentação legal e doutrinária, o recorrente alega que o artigo 127º não estabelece limites para a “livre convicção”, naturalmente de quem julga, e também a sua inconstitucionalidade material por “violar o consignado nos n.ºs. 1 e 5 do artº 32º da C.R.P. e por permitir subsidiariamente a aplicação do preceituado no artº 336 do Cód. Civil.”

O recorrente alicerça a sua tese na relativismo e subjetividade da interpretação do conceito “regras de experiência comum”, assim manifestando desconhecer a Doutrina e a Jurisprudência firmadas sobre esta matéria.

Como é sabido, o artigo 127º do CPP ao determinar que a prova seja apreciada segundo “as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”,

visa essencialmente firmar critérios objetivos com o propósito de estabelecer e publicitar os fundamentos da motivação dos factos provados e não provados e como tal impedir que na apreciação da prova a referida “livre convicção” assente na discricionariedade e arbitrariedade.

A Doutrina é pacífica e unânime a considerar que essa “livre convicção” é uma «convicção objetivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros» ([3]). Analisando a motivação da decisão sobre a matéria fáctica dada como assente pelo Acórdão recorrido, à luz do supra exposto, resulta claro que esta procedeu à análise crítica de toda a prova produzida, com uma fundamentação lógica, clara e convincente, conformemente aliás ao já explanado, não tendo considerado qualquer meio de prova proibido por lei – artigo 125º do CPP -. *A discordância do recorrente sobre o modo e a forma como a decisão recorrida estrutura e dá como assente a matéria fáctica prende-se não com qualquer inobservância das regras ínsitas no artigo 127º do CPP, mas sim com a diferente interpretação e valoração que faz da prova produzida em Audiência de Julgamento.*

Porém, o recorrente não restringe às questões acima explanadas a sua contestação ao artigo 127º do CPP, pois que, como se referiu, argui a sua inconstitucionalidade material por “violar o consignado nos n.ºs. 1 e 5 do art.º 32º da C.R.P. e por permitir subsidiariamente a aplicação do preceituado no art.º 336 do Cód. Civil.”

Lamenta-se não ter o recorrente aduzido os argumentos em que sustenta esta sua tese, não cabendo, porém, a este Tribunal de recurso imaginar ou adivinhar de que modo aquela norma contraria ou obstaculiza as garantias e os direitos de defesa do Arguido, pelo que não poderá concluir de outra forma que não seja pela sua rejeição.

Do mesmo modo não se alcança como pode aquele mesmo normativo permitir ou de algum modo facilitar qualquer recurso ao instituto da ação direta previsto no artigo 336º do Código Civil, como alegado pelo recorrente.

Pelo que se repete não ser possível outra conclusão que não seja a da rejeição do alegado.

Finalmente, o recorrente alega não ter sido observado o princípio “in dubio pro reo” por, considerar que “a prova produzida em audiência não permite, de forma alguma, produzir um juízo de culpabilidade minimamente seguro que justifique a condenação do arguido pelos factos constantes do acervo acusatório.”

Todavia, tal alegação carece da necessária fundamentação factual e legal.

Pois que, como ensina G.Bettioli, o princípio “in dubio pro reo et contra civitatem” (...) não diz respeito ao problema da livre convicção do juiz que se manifesta no pressuposto de que se tenha constatado um facto; mas liga-se fundamentalmente ao problema do ónus da prova e encontra o seu campo e oportunidade de aplicação perante um facto incerto. Desde que haja incerteza quanto ao facto, nunca poderá ter lugar uma sentença de condenação: o juiz absolverá com fórmula dubitativa (sentença de absolvição por insuficiência da prova), em que se traduz e manifesta uma das exigências de liberdade do processo penal moderno.” ([4]).

Ora, não houve nos presentes Autos qualquer ocorrência de incerteza quanto à ocorrência dos factos imputados ao Arguido, na medida em que todos os factos dados como assentes se mostram alicerçados na prova produzida em Audiência de Julgamento e que, como foi também já devidamente explicitado, não sofreu qualquer abalo face à discordância suscitada pelo recorrente.

Pelo que se conclui pela improcedência de todo o alegado.

g)

O recorrente alega que o Acórdão recorrido estaria inquinado, também, de um vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, do artigo 410º n.º 2 al. a) do CPP, argumentando inexistir qualquer facto suscetível de “consubstanciar uma putativa resistência da ofendida” e inexistir prova do seu conhecimento da idade desta.

Como refere a Professora Maria João Antunes ([5]) O artigo 410º do CPP consagra o doutrinariamente designado recurso de revista ampliada, no qual “o Tribunal “ad quem” pode alargar os seus poderes de cognição a “vícios documentados no texto da decisão proferida pelo Tribunal “a quo” que contendam com a apreciação do facto.”

Este concretiza-se na possibilidade de conhecer da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, quando a decisão de direito não encontre na matéria de facto provada uma base tal que suporte um raciocínio “lógico-substantivo”; de verificar uma contradição insanável da fundamentação sempre que através de um raciocínio lógico conclua que da fundamentação resulta precisamente a decisão contrária ou que a decisão não fica suficientemente esclarecida dada a contradição entre os fundamentos aduzidos; de concluir por um erro notório na apreciação da prova, sempre que, para a generalidade das pessoas, seja evidente uma conclusão contrária à exposta pelo tribunal, nisso se concretizando a limitação ao princípio da livre apreciação da prova estipulada no artigo 127º do CPP, quando afirma que «a prova é apreciada segundo as regras da experiência»

Como estes vícios têm de resultar do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum - n.º 2 do art. 410º CPP - a verificação da sua existência realiza-se sem recurso a quaisquer elementos que sejam externos à decisão, designadamente, a quaisquer peças processuais existentes nos Autos.

Face ao alegado pelo recorrente, parece ser curial frisar que estes vícios afetam a decisão sobre a matéria de facto, não sendo, pois, vícios de julgamento. E, nessa medida não podem ser tomados como resultantes de quaisquer eventuais divergências com a convicção firmada sobre os factos dados como assentes firmada pelo Tribunal “a quo”, nos termos do disposto no artigo 127º do CPP. Analisando o Acórdão recorrido à luz do supra-exposto, fácil será concluir carecer de fundamento o alegado pelo recorrente.

Assim, este argumenta que a decisão proferida pelo Tribunal “a quo” deu como assente os factos constantes do ponto 12 da matéria provada, sem que tivesse sido provado: “qualquer facto, ocorrência, acontecimento, evento ou circunstância, que consubstancie violência, seja física, seja psicológica, seja verbal” ou que o recorrente soubesse a idade da ofendida, para invocar a existência de um vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

Ora, este apenas se verifica quando os factos provados forem insuficientes ou bastantes para sustentar a decisão sobre a matéria de direito.

Tal ocorre quando o Tribunal não apurou toda a matéria de facto relevante para a decisão, assim determinando que a decisão de direito carecesse de uma suficiente base factual, ou seja desde que inexistam factos provados nos quais se possa alicerçar a conclusão jurídica constante da decisão sobre a matéria de direito.

Distinguindo-se, assim, da insuficiência da prova para os factos dados como provados, pois que nesta hipótese o que está em causa é uma errónea valoração da prova, por terem sido dados como assentes determinados factos sem que existisse prova em que pudessem assentar.

Hipótese esta que, a verificar-se, só poderá ser apreciada em sede de impugnação da matéria de facto, nos termos do disposto no art. 412.º n.º 3 do Código de

Processo Penal.

Deste modo se conclui pela improcedência do alegado.

h)

O recorrente invoca também estar a Sentença recorrida ferida de um vício de erro notório na apreciação da prova, alegando que os factos constantes do ponto 9 da matéria provada contrariam as regras da experiência comum por, em seu entender:” nenhum homem contra a vontade da outra pessoa, lhe abre a boca e à força, colocando os dedos contra a sua vontade na boca lhe introduza o pénis, bastando o medo de ser mordido para afastar este tipo de actuação, não se expondo o violador a situações que facilmente o poderão magoar, tal qual uma boa dentada, e sabendo que não vai haver colaboração da vítima para lhe provocar o prazer almejado.”

Como é sabido, o vício de erro notório na apreciação da prova existe quando são violadas as regras sobre prova vinculada ou das legis artis ou são dados como provados factos que face às regras da experiência comum, não podem ocorrer ou quando assentem em raciocínios ilógicos, arbitrários ou contraditórios, claramente violadores das regras da experiência comum.

Ora, as regras de experiência comum relativas aos comportamentos das vítimas de agressões sexuais, assentes na doutrina especializada na matéria relativa aos crimes sexuais([6]) indicam outrossim, que a prática de um crime de violação não está relacionada com o desejo sexual nem resulta de qualquer impulso sexual irresistível, mas antes constitui apenas e tão só uma afirmação de poder do agressor sobre a sua vítima.

Analisando a matéria de facto provada, bem como a motivação da decisão de facto, á luz do acima exposto, resulta ser patente que o Acórdão recorrido não enferma do vício de erro notório na apreciação da prova, que o recorrente lhe assaca.

Nesta conformidade se conclui pela improcedência do alegado.

i)

O recorrente alega também que os factos dados como provados não preenchem os elementos típicos do crime de violação porquanto, em seu entender, “não integram violência física adequada para vencer a auto-determinação sexual da ofendida”. Argumentando que: “ (...) não há relato nos factos provados de a Ofendida ter manifestado, por gestos ou palavras, qualquer recusa, inexistindo factualidade capaz de permitir a conclusão de o Arguido ter logrado concretizar o coito - seja oral, seja anal - por recurso à violência, em termos de atingir o objectivo de superar a resistência da vítima e para a tornar indefesa, inexistindo aliás relato de resistência (...)” para concluir que: “Tendo a ofendida, à data dos factos, 14 anos de idade, a prática dos referidos actos sexuais de relevo, imputada ao arguido, preencheria - quanto muito - o tipo de actos sexuais com adolescentes, previsto no artº 173º, do Código Penal.”

Sobre o enquadramento jurídico-penal dos factos dados como assentes a decisão recorrida é límpida e cristalina quando estabelece que aqueles factos integram os elementos típicos do crime de violação, agravado em função da idade da vítima. Na verdade, não tendo vingado as teses defendidas pelo recorrente relativamente à modificação da matéria de facto, é indubitável que se mostra provado que, voluntária, livre e conscientemente, o recorrente introduziu o seu pénis na boca da ofendida e subsequentemente no seu ânus, e que assim procedeu por a ter colocado na impossibilidade de resistir à sua conduta.

Na verdade, e como muito bem assinala o Acórdão recorrido, o recorrente ao introduzir os seus dedos na boca da ofendida, fazendo com que ficasse engasgada e com vômitos e posteriormente, ao a agarrar, colocando-a junto de uma mesa e baixando-lhe os calções que vestia, utiliza a violência adequada a impedir a resistência desta, assim lhe impondo a sua vontade para a sujeitar e obrigar a sofrer um coito oral e um coito anal.

Esta conduta de imposição a que a Ofendida sofra a prática de uma ato não querido nem consentido consubstancia o elemento típico violência do crime de violação.

Deste modo se mostram preenchidos os elementos típicos do crime de violação, previsto no artigo 164º nº1 do Código Penal, e não o crime previsto no artigo 173º do mesmo diploma, como considera o recorrente, na medida em que os factos dados como assentes não se integram na figura legal de ato sexual de relevo. Sem embargo do recorrente não ter explicitamente suscitado a questão do consentimento da vítima, como causa de justificação da sua conduta, é notório que este argumento está subjacente à sua discordância com a condenação sofrida nestes Autos.

Nesta medida, se considera curial abordar esta matéria, tendo em atenção que no crime em causa, a centralidade da ilicitude da conduta típica reside no ato de forçar a vontade de outrem, e não no concreto ato de coação sexual, que se é contrangida/o a sofrer, pois que, face à atual lei penal portuguesa, o crime de violação é concebido como uma coação sexual qualificada pela natureza do ato. Sendo que a consciência da ilicitude, de acordo com o Direito vigente, não respeita à definição dos elementos – objetivos ou subjetivos do tipo – mas tão só à medida da culpa.

Acresce que, como já foi referido, está hoje já estabelecido pela Psicologia que a ausência de resistência física por parte da vítima não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência.

Assim, tal como num vulgar crime de roubo, a não manifestação pela vítima de qualquer reação de oposição à agressão não é nunca entendida como consentimento, também deste modo deve ser considerada a conduta não reativa da vítima de um crime de violação.

Assim se conclui pela improcedência do alegado.

j)

O recorrente insurge-se contra a pena de 6 anos e 6 meses de prisão que lhe foi aplicada, por considerar que esta não assenta em pressupostos concretos, esquivando-se em considerações genéricas e fórmulas tabelares acerca da necessidade de prevenção geral, o que a inquinaria de nulidade, nos termos do disposto nos artigos 374º nº2 e 379º, al. a) do CPP e violaria ainda o disposto nos artigos 32º e 205º da C.R.P.

Alega, ainda o recorrente, que na determinação da medida da pena não há qualquer indicação das consequências sofridas pela vítima provocadas pela sua conduta.

O crime praticado pelo recorrente é punido com uma pena de prisão de 4 anos a 13 anos e 4 meses, nos termos do disposto nos artigos 164º nº1 e 177º nº6 do Código Penal, uma vez que a vítima, como era do conhecimento do recorrente, não havia ainda completado 16 anos.

É sabido que, de acordo com o estipulado no artigo 71º do Código Penal, a medida concreta da pena a aplicar a um/a Arguido/a deve ser fixada em função da culpa

do agente e das exigências de prevenção, bem como todas as circunstâncias que não fazendo parte do tipo do crime, deponham a favor ou contra o agente. Sendo que entre estas relevam o grau da ilicitude do facto, o seu modo de execução, a gravidade das suas consequências, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, o grau de intensidade do dolo ou da negligência, os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram, as condições pessoais e situação económica do agente, as suas condutas anteriores e posteriores aos factos em apreço, e a falta de preparação para manter uma conduta lícita.

A Jurisprudência tem vindo a entender que “o modelo de prevenção acolhido pelo CP - porque de protecção de bens jurídicos - determina que a pena deva ser encontrada numa moldura de prevenção geral positiva e que seja definida e concretamente estabelecida também em função das exigências de prevenção especial ou de socialização, não podendo, porém, na feição utilitarista preventiva, ultrapassar em caso algum a medida da culpa.

Dentro desta medida de prevenção (protecção óptima e protecção mínima - limite superior e limite inferior da moldura penal), o juiz, face à ponderação do caso concreto e em função das necessidades que se lhe apresentem, fixará o quantum concretamente adequado de protecção, conjugando-o a partir daí com as exigências de prevenção especial em relação ao agente (prevenção da reincidência), sem poder ultrapassar a medida da culpa.

As circunstâncias e critérios do art. 71.º do CP devem contribuir tanto para co-determinar a medida adequada à finalidade de prevenção geral (a natureza e o grau de ilicitude do facto impõe maior ou menor conteúdo de prevenção geral, conforme tenham provocado maior ou menor sentimento comunitário de afectação dos valores), como para definir o nível e a premência das exigências de prevenção especial (as circunstâncias pessoais do agente, a idade, a confissão, o arrependimento), ao mesmo tempo que também transmitem indicações externas e objectivas para apreciar e avaliar a culpa do agente.

As imposições de prevenção geral devem, pois, ser determinantes na fixação da medida das penas, em função de reafirmação da validade das normas e dos valores que protegem, para fortalecer as bases da coesão comunitária e para aquietação dos sentimentos afectados na perturbação difusa dos pressupostos em que assenta a normalidade da vivência do quotidiano.

Porém tais valores determinantes têm de ser coordenados, em concordância prática, com outras exigências, quer de prevenção especial de reincidência, quer para confrontar alguma responsabilidade comunitária no reencaminhamento para o direito do agente do facto, reintroduzindo o sentimento de pertença na vivência social e no respeito pela essencialidade dos valores afectados.

Para avaliar da medida da pena há que indagar, no caso concreto, factores que se prendam com o facto praticado e com a personalidade do agente que o cometeu. Como factores atinentes ao facto e por forma a efectuar-se uma graduação da ilicitude do facto, podem referir-se o modo de execução deste, o grau de ilicitude e a gravidade das suas consequências, a intensidade do dolo, o grau de perigo criado e o seu modo de execução.

Para a medida da pena e da culpa, o legislador considera como relevantes os sentimentos manifestados na preparação do crime, os fins ou motivos que o determinaram, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, as circunstâncias de motivação interna e os estímulos externos.

No que tange ao agente, o legislador manda atender às condições pessoais do mesmo, à sua condição económica, à gravidade da falta de preparação para manter uma conduta ilícita e a consideração do comportamento anterior ao crime.”([7]).

Na determinação da medida concreta da pena aplicada ao recorrente o Tribunal “a quo” teve em especial consideração o elevadíssimo grau das razões de prevenção geral, atenta a natureza do bem jurídico ofendido que “ aliado à notória frequência do respetivo cometimento nesta comunidade, reclama um forte sentido coletivo de Justiça”, bem como a considerável ilicitude dos factos em função da “forte intromissão no corpo da ofendida e, concretamente no espectro da agravação do n° 6 do art. 177° do CP (vítima com idade compreendida entre 14 e 16 anos), a idade da menor de 14 anos à data dos factos.”.

E ainda, o grau de culpa do recorrente superior à média, atento “(i) o aliciamento da ofendida para a zona reservada onde a levou, tendo praticado os factos em total domínio do espaço, do tempo e da vítima, (ii) a diferença de idades entre ambos, (iii) o aproveitamento da humilde condição social da ofendida, (iv) e os concretos atos sexuais praticados, tudo envolto num intenso dolo direto”.

E também, a sua extrema gravidade no tocante ao livre desenvolvimento da personalidade da ofendida cuja “esfera sexual terá sido irreversível e irremediavelmente comprometida”.

A este propósito refira-se, aliás, ser hoje do conhecimento comum das pessoas e consensualmente aceite que uma mulher vítima de um crime sexual experimenta, como norma, os mesmos estádios emocionais que aparecem em outras crises profundas. O medo, a vergonha e a humilhação são os sentimentos mais comuns que se manifestam em estados de extrema ansiedade, que perduram ao longo da sua vida.

Pelo que se considera poderem tais consequências ser integradas na previsão do artigo 412° n°1 do CPC, que estatui não carecerem de prova, nem de alegação, os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral.

Deste modo, se considera que não carecer da produção de qualquer elemento de prova a indicação das consequências nefastas de uma violação para o desenvolvimento da personalidade de uma jovem.

A favor do arguido foi tida em conta a ausência de antecedentes criminais e a sua inserção familiar, social e profissional.

A pena fixada ao ora recorrente – 6 anos e 6 meses de prisão – obedece, assim, aos parâmetros acima indicados, uma vez que tomou em devida consideração todas as circunstâncias atinentes aos factos e à personalidade do recorrente, neles vertida.

Pena concreta esta, que não é sequer admissível de poder ver suspensa a sua execução, atento o disposto no artigo 50° n°1 do Código Penal, pelo que se não atentará ao alegado pelo recorrente, quanto a esta matéria.

Assim, considera-se que a pena fixada se mostra justa, adequada e corretamente fixada, tendo em atenção os fins de prevenção geral e especial que lhe são estabelecidos.

Pelo que se conclui pela improcedência do alegado.

VI

Termos em que se acorda em, concedendo parcial provimento ao recurso, determinando-se que o ponto 9 da matéria de facto provada tenha a seguinte redação: “De seguida, o arguido colocou o seu pénis na boca da ofendida J, contra a sua vontade, fazendo com que a mesma ficasse engasgada e com vômitos.”

E que seja aditado à matéria de facto não provada, um segundo parágrafo à parte intitulada “Da acusação - quanto ao referido em A.”, com a seguinte redação:” O Arguido fez movimentos com as ancas para trás e para a frente quando colocou o seu pénis na boca da ofendida J, contra a sua vontade.”

No mais, confirma-se o Acórdão recorrido.

Custas pelo recorrente, fixando a taxa de justiça em 5 UCs.

Feito em Lisboa, neste Tribunal da Relação aos 12 de junho de 2019

(Maria Teresa Féria de Almeida)
Relatora

(Vasco Pinhão Freitas)
Adjunto

¶ Parte não transcrita a fls. 193 mas por nós perceptível na audição das declarações para memória futura.

[2] Ac. TRC de 27.11.2017, Proc. 1176/16.0PBCBR.C1, Rel. Desembargadora Olga Maurício, in www.dgsi.pt.

[3] Jorge de Figueiredo Dias, in *Direito Processual Penal*, I, pág. 205.

[4] in *“Instituições de Direito e Processo Penal*, Coimbra Ed., 1ª ed. Port., pag.300

[5] RPCC – Ano4 Fasc.1 – pag. 120

[6] Por todos veja-se *“Against Our Will”* de Susan Brownmiller – Penguin Books

[7] Ac. STJ 30.11.2016 – Proc. nº444/15.3JAPRT.G1S1 – Rel. Pires da Graça