

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

Mestrado Forense



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**O CONCEITO DE CONSTRANGIMENTO NOS CRIMES DE COAÇÃO
SEXUAL E VIOLAÇÃO E A SUA CORRELAÇÃO COM O CONSENTIMENTO
LIVRE DA VÍTIMA**

Dissertação de Mestrado sob orientação do

Professor Doutor Germano Marques da Silva

Margarida Caçador Lucas

Junho 2023

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

Mestrado Forense

**O CONCEITO DE CONSTRANGIMENTO NOS CRIMES DE COAÇÃO
SEXUAL E VIOLAÇÃO E A SUA CORRELAÇÃO COM O CONSENTIMENTO
LIVRE DA VÍTIMA**

Dissertação de Mestrado sob orientação do

Professor Doutor Germano Marques da Silva

Margarida Caçador Lucas

Junho 2023

PALAVRAS-CHAVE: Coação Sexual; Violação; Constrangimento; Consentimento Livre; Crimes sexuais; Liberdade Sexual; Convenção de Istambul.

KEYWORDS: Sexual violence; Sexual Assault; Rape; Constraint; Freely Given Consent; Sexual Freedom; Istanbul Convention.

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva,
Orientador desta dissertação e parte integrante do Direito Penal
português, pela imensurável dedicação aos seus alunos.

Aos meus pais,
Por me trazerem até aqui e pela confiança inabalável no meu
sucesso – a qual serviu tantas vezes de combustível.

À minha irmã,
O meu primeiro *role model*, por me oferecer segurança (da
qual dependo) em todas as etapas até aqui percorridas.

Ao Diogo,
Pelas horas infindáveis de debate, pela paciência constante e
por viver as minhas vitórias como se das dele se tratassem.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS.....	6
INTRODUÇÃO.....	7
I. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS CRIMES DE COAÇÃO SEXUAL E DE VIOLAÇÃO E CONVENÇÃO DE ISTAMBUL.....	9
II. MODELO DO CONSTRANGIMENTO <i>VERSUS</i> MODELO DO CONSENTIMENTO.....	14
III. DO CONSTRANGIMENTO.....	18
i. <i>Qualquer meio empregue para a prática de ato sexual de relevo</i>	20
ii. <i>Contra a vontade cognoscível da vítima</i>	27
IV. DO NÃO CONSENTIMENTO.....	31
i. Consentimento livre.....	33
ii. Avaliado segundo as circunstâncias envolventes.....	37
iii. O modelo espanhol.....	38
V. CONCLUSÕES.....	41
VI. BIBLIOGRAFIA.....	44
VII. OUTRAS FONTES.....	47

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Art./s – Artigo/Artigos

Cap. – Capítulo

Cf. – Conferir

Convenção – Convenção de Istambul

CP – Código Penal

DL – Decreto-Lei

ed. – edição

GREVIO – *Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence*

Idem – o mesmo

nº – número

p./pp. – página/páginas

Proc. – Processo

ss – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

Assistimos, prosperamente, a uma evolução acerca da criminalização da sexualidade: antes vistos como um atentado à honra daquela mulher que se deixou ser violentada, os crimes sexuais conjeturam agora uns dos mais repugnantes entre nós. Visões inadequadas da mulher no casamento e na sociedade que vulgarizavam o uso de violência, que outrora foram parte do pensamento enraizado dos nossos antepassados, deram lugar à imposição da liberdade e autodeterminação sexual de cada um.

Dia após dia existe uma crescente tolerância – que não devemos dar como garantida – para entender as duas versões de cada história, evitando conclusões precipitadas e, conseqüentemente, que não seja feita a devida Justiça. Não obstante, no que diz respeito a casos de alegadas violações, não é estranho (ainda) o levantamento de questões, em tom suspicaz, tais como «Mas se não queria, porque foi lá?», «Mas se praticou o ato X, como não esperava o Y?», «Como se alguma vez esta pessoa precisasse de coagir outrem para ter relações sexuais...», «Quis sempre e, de repente, já não quer?», etc., descredibilizando, desde logo, a história de alguém que não fez para manter coerente a sua oposição concreta à prática de atos sexuais e banalizando, desta forma, o «não» de uma vítima – como se para o Direito Penal o único «não» relevante não fosse aquele ao momento da prática de cada ato.

Esta dissertação nasce de uma vontade, enquanto jurista, de operar uma mudança. Apesar do rumo positivo que levamos, no tocante em matéria de crimes sexuais, em Portugal, bastante influenciado pela restante Europa, ainda há muito a percorrer. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, «Poderia pensar-se, perante a liberdade de costumes sexuais e a hipersensibilização da vida social atuais, que o princípio da plena liberdade e autodeterminação sexual da pessoa se encontra hoje inquestionavelmente assegurado. Mas isso seria dar por adquirido aquilo que na realidade não o está»¹.

Acreditamos não vivermos mais numa era que ilustra a coação sexual e a violação unicamente como um ato grotesco, quase cinematográfico, que tem lugar numa ruela escura, em que de um lado assistimos ao uso de desmedida violência e, do outro, esperamos uma luta incansável para evitar aquele ato considerado, por todos, tão obsceno.

¹ DIAS, Jorge Figueiredo de (2012), p. 712.

Punimos hoje condutas sem o uso de violência e fazemo-lo porque ganhámos consciência dos efeitos nocivos de que certos atos, mesmo que desprovidos de força física, são capazes de originar. O mundo evoluiu e, também assim, a lei. Os crimes que ora analisamos, de coação sexual e de violação, como os conhecemos hoje, enfrentaram um aceso debate ao longo dos anos, em torno do bem jurídico por eles tutelado, concluindo pela liberdade sexual. Aquele que já era um tema deveras controverso viu-se novamente entre holofotes com a ratificação da Convenção de Istambul, que prima pelo consentimento livre enquanto pedra angular dos crimes sexuais.

A presente dissertação destina-se à interpretação do conceito de constrangimento que integra os crimes de coação sexual e de violação, previstos e punidos pelos artigos 163.º e 164.º do Código Penal. A questão que vimos colocar trata-se, no fundo, de aferir se engloba o constrangimento – agora definido no número 3 dos respetivos tipos de ilícito – todas as situações em que inexistiu consentimento.

Para o efeito, cabe-nos iniciar pela evolução legislativa dos crimes em causa, seguida de uma análise comparativa ao modelo do constrangimento – adotado por Portugal – e ao modelo do consentimento, uma vez que a questão legislativa tem vindo a ser tratada entre esta dicotomia. Partindo do modelo do constrangimento, escrutinaremos a definição oferecida pela lei penal do conceito de constrangimento, extraindo o concreto âmbito de aplicação das normas penais. Para tal, dedicamo-nos a uma cuidada análise casuística de modo a limitar as hipóteses que cabem na atual redação.

Posteriormente, descortinamos o modelo do não consentimento e delineamos os traços que consideramos adequados à melhor proteção do bem jurídico, tendo como guia imperativo o consentimento livre e esclarecido – uma adição ao modelo do consentimento que nos parece concretizá-lo da melhor forma e em conformidade o tratado internacional ao qual estamos vinculados. Nesta senda, e por considerarmos relevante, faremos ainda uma menção ao estipulado pela lei espanhola no mesmo âmbito.

Já muito foi escrito acerca da dicotomia constrangimento/consentimento, e provavelmente muito mais o será, mas aqui ficam registadas as reflexões de alguém que acredita no Direito enquanto veículo para uma sociedade (um pouco) melhor.

I. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

Encontramos nos primórdios do Direito Penal a criminalização de condutas de teor sexual, nos quais se observam sucessivas mutações, próprias do desenvolvimento da moralidade adjacente à visão da sexualidade enraizada em cada sociedade.

Já nas Ordenações assistimos à punição da prática de violação, no entanto sempre acompanhada de requisitos desajustados e inadequados para a validação da queixa da vítima. Posteriormente, tanto no Código de 1852 como no de 1886, os crimes sexuais eram tratados enquanto «crimes contra a honestidade». Tem interesse ler, com a mentalidade dos dias de hoje, o então artigo 394º, que estipulava que *«Aquelle, que tiver copula illicita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta, contra sua vontade, por meios de violencia, ou por meios fraudulentos, tendentes a suspender o uso dos sentidos, ou a tirar o conhecimento do crime, será degradado por toda a vida pelo crime de violação.»*².

O Código Penal de 1982 é responsável por uma alteração flagrante o paradigma até aí construído no que concerne aos crimes sexuais (e a todos os restantes, na verdade), porém, previa no número 3 do artigo 201.º como atenuação da pena a circunstância de *«(...) através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto(...)»*. O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março vem, finalmente, integrar os crimes sexuais na categoria de crimes contra a liberdade e autodeterminação, terminando assim a sua qualificação constante de crimes relacionados com a vida em sociedade, intrinsecamente conectados com «sentimentos gerais de moralidade sexual»³. Ademais, vem agora o artigo 164.º do Código Penal equiparar a cópula com mulher à prática de coito anal com outra pessoa, prevendo a mesma punibilidade para ambos os casos. Assistimos, portanto, a uma alteração relevante do ponto de vista do bem jurídico e à instauração de igualdade de género no tocante à vítima no crime de violação. «A saída dos crimes sexuais do capítulo destinado aos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social justificava-se desde o momento em que se assumiu, sem margem para dúvidas, que o bem jurídico tutelado em tais tipos legais não era a honra ou a formação moral da vítima mas sim o seu direito a dispor livremente da

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

³ DIAS, Jorge de Figueiredo (2012), p. 441.

sua sexualidade.»⁴ Já o artigo 163.º, correspondente ao crime de coação sexual⁵ – que passa a existir –, após a reforma de 1995, continha aquilo que FIGUEIREDO DIAS denomina como o crime de «coação sexual em sentido próprio».

A redação de 1998, dada pela Lei n.º 65/93, de 2 de setembro, vem estender o âmbito de aplicação dos tipos criminais de coação sexual e violação, acrescentando no n.º 2 que «*Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos*». Esta «figura criminal híbrida» será uma tentativa, para FIGUEIREDO DIAS, de ir ao encontro do crime de assédio sexual – acolhido pela lei penal de outras jurisdições.

A Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, alargou a área de tutela típica da coação sexual e da violação, equiparando à cópula, coito anal e coito oral, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, excluindo, todavia, a criminalização daquele que constranja outrem a praticar introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. Adiciona, ainda, ao elenco plasmado no n.º 2 o abuso de autoridade «resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela», bem como o «temor causado na vítima». Apesar das várias alterações às normas contidas nos artigos 163.º (coação sexual) e 164.º (violação), a lei penal não estaria ainda a proteger por inteiro o respetivo bem jurídico, a liberdade sexual. Os atos de execução da conduta criminosa restringiam-se a «*violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir*» e dos números 2 resultava uma dificuldade séria de aplicação destas normas devida à necessidade de prova da existência de uma das relações enumeradas ou de aproveitamento do temor da vítima.

É na vigência desta redação de 2007 que observamos – após a respetiva assinatura – a ratificação⁶, por Portugal, da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica⁷, comumente designada de Convenção de Istambul. Esta convenção resulta de uma vontade coletiva no sentido de «uma Europa livre de violência doméstica e violência contra as mulheres».

⁴ ALVES, Sénio Manuel dos Reis (1995).

⁵ BELEZA, Teresa (1996), p. 166: «uma das consequências e das concretizações do pensamento que sistematiza os crimes sexuais como atentados à liberdade é, aparentemente, a substituição do tipo básico da violação pelo da coação sexual.»

⁶ Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21/01

⁷ Consultar em <https://files.dre.pt/1s/2013/01/01400/0038500427.pdf>

Para o efeito, estabelece-se no número 1 do artigo 4.º que «As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para promover e proteger o direito de cada pessoa, em especial das mulheres, de viver sem violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.». No que concerne à criminalização da coação sexual e da violação, estipula a Convenção, no seu artigo 36.º:

1. *As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais: a) A penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto; b) Outros atos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa; c) Obrigar outra pessoa a praticar atos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa.*
2. *O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes;*
3. *As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que as tais disposições apliquem também a atos cometidos contra atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, em conformidade com o direito interno.*

Vem esclarecer o Relatório Explicativo da Convenção que as Partes deverão ter em conta, aquando da definição dos elementos constitutivos do crime de Violação, o caso M.C. versus Bulgária, decidido pelo TEDH, de cujo teor resulta que requerer, em todas as circunstâncias, a existência de prova de resistência física da vítima, pode dar azo a que certos casos de violação fiquem por punir e, assim sendo, que se comprometa a efetiva proteção da autonomia sexual das vítimas⁸. O Relatório é claro ao enaltecer a ausência de livre consentimento para a previsão do crime de violação⁹. Este consentimento, que «*deve ser prestado de forma voluntária e livre, avaliado de acordo com as circunstâncias envolventes em que é prestado e tendo presente que a violência sexual pode ocorrer quer durante, quer após o termo das relações*», obrigava inegavelmente à alteração dos artigos 163.º e 164.º aí em vigor do nosso Código Penal. O legislador português, que insiste ainda hoje em manter a palavra «constrangimento», veio operar uma alteração com o objetivo de compatibilizar a lei nacional com a Convenção em matéria de violência sexual, através da Lei nº 83/2015 de 5 de Agosto. A novidade prende-se com o nº 2, de ambos os tipos

⁸ Relatório Explicativo da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, Parágrafo 19.1

⁹ *Idem*, Parágrafos 193 e 194.

de ilícito, que amplia o âmbito de aplicação das normas em causa às situações em que se verifique constrangimento, mas já não através de uma execução vinculada, isto é, utilizando como meio a violência, a ameaça grave ou colocação em estado inconsciente ou de impossibilidade de resistir. Esta alteração legislativa tornou os crimes de coação sexual e de violação mais abrangentes, mas deixou muito a desejar quanto à definição do conceito de constrangimento. Além do mais, permaneceu a ideia de que os meios de prática do crime comuns continuam a prender-se com o uso de violência por parte do agente, tratando-se o nº 2 de um mero alargamento das condutas puníveis mas não do tipo fundamental. Pelo exposto, parte da doutrina manifestou-se no sentido de inverter a ordem dos números, evidenciando assim a utilização de qualquer meio de constrangimento enquanto tipo fundamental e a utilização dos meios tipificados como tipo qualificado.

A manutenção na tipificação do «constrangimento» levou o GREVIO (Grupo atualmente composto por dez peritos independentes, eleitos pelos Estados Partes, responsável pelo controlo da aplicação da Convenção de Istambul), no seu relatório¹⁰, a apontar as medidas legislativas adotadas por Portugal como insuficientes face às obrigações internacionais assumidas:

«Following the 2015 penal reform, the second paragraph of both these articles was remodelled to cover the conduct of sexual coercion and rape committed “by any other mean not foreseen in the previous number”, in other words without violence or threat, and without having suppressed the victim’s ability to resist. The aim of this amendment was to bring Portugal’s criminal legislation on sexual violence in line with Article 36 of the Istanbul Convention. GREVIO notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb “constrain”. GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim’s resistance in order to sentence the perpetrator.»

¹⁰ Cfr. GREVIO Baseline Evaluation Report., Portugal, 2019, p. 49

E ainda:

«A particular area of concern is the definition of rape which is not based only on the absence of freely given consent and requires the use of “constraint”. The very low rates of reporting and convictions for the offence of rape demonstrate the pressing need to place a firm focus on the absence of consent of the victim.»

Observa-se, finalmente, através da Lei n.º 101/2019, de 06/09, a (tão aclamada pela doutrina) reordenação dos números 1 e 2, bem como a adição do n.º 3 nos artigos 163.º e 164.º que define agora o constrangimento como *«qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima»*. O tipo fundamental de ambos os crimes consiste agora no constrangimento através de qualquer meio, sendo o uso de violência ou ameaça grave uma qualificativa do ilícito, o qual merece uma punição mais grave.

Resta a dúvida se está este novo preceito em conformidade com o exigido pela Convenção de Istambul. Para o efeito, serve a presente dissertação para desmistificar a correlação entre o constrangimento, eleito pelo legislador português enquanto elemento destes tipos ilícito-criminais, e a ausência de consentimento (livre).

II. MODELO DO CONSTRANGIMENTO *VERSUS* MODELO DO CONSENTIMENTO

Ultrapassadas as exigências relativas à utilização de qualquer forma de violência por parte do agente, observamos agora uma dicotomia no tratamento da criminalização da prática de violação (e, conseqüentemente, coação sexual no ordenamento português), consubstanciando-se entre o modelo do constrangimento e o modelo do consentimento. O modelo do constrangimento, adotado pelo legislador em Portugal, faz do constrangimento o cerne dos crimes sexuais, enquanto o modelo do consentimento se foca na falta de consentimento da vítima aquando da prática da conduta, para a consumação destes crimes. A Convenção de Istambul, como mencionado *supra*, demonstra uma clara e expressa preferência pelo modelo do consentimento, no entanto, o legislador português mantém a sua retinência em acolher este modelo na lei nacional. Ergue-se, desta forma, a questão, controversa na doutrina, acerca da necessidade de uma alteração legislativa com vista à conformidade com a Convenção ou se esta distinção entre modelos coaduna numa redundância, observando-se já com a redação atual os resultados pretendidos pela Convenção.

Mas antes, vale a pena uma rápida alusão ao modelo do dissentimento, adotado pela lei alemã. PEDRO CAEIRO, seguido por CONCEIÇÃO CUNHA, não encontra diferenças de relevo entre este modelo e o do constrangimento, vigente em Portugal¹¹. O dissentimento consiste na vontade contrária da vítima à prática daquele ato, o que acaba por representar a totalidade das situações em que verificamos o constrangimento, uma vez que se a vítima expressou a sua não concordância com aquele ato, esse mesmo ato – dissentido –, a acontecer a partir desse momento é necessariamente constrangido. CONCEIÇÃO CUNHA considera que «Na verdade, o modelo atualmente consagrado na nossa lei parece-nos ser o do constrangimento/dissentimento, completado por esta exigência de que a vontade da vítima seja “cognoscível”. Na verdade, como já disséramos, se alguém tem um relacionamento sexual não respeitando o dissentimento do outro, está a impor a sua vontade, constrangendo a vítima... Este é o modelo em que impera a ideia de que o “não é não”, devendo ser respeitado»

¹¹ No entanto, a lei alemã ressalva inúmeras circunstâncias, expressamente descritas no clausulado do tipo de ilícito, as quais a lei portuguesa poderá não abranger.

Questão diferente, e que a presente dissertação nos convida a refletir, prende-se com a inexistência de consentimento para a prática do ato – saber se todo o ato não consentido é um ato constrangido. Que para haver constrangimento tem de existir falta de consentimento da vítima parece-nos indubitável, mas já não será assim tão certo o seu contrário, isto é, que sempre que não existiu consentimento, se observou um constrangimento sobre a vítima. Vejamos, parece-nos pouco rigoroso definir constrangimento como falta de consentimento. Há que distinguir o constrangimento da vítima, onde o agente atua contra a vontade desta, da ausência de consentimento por parte da vítima aquando da prática de determinados atos pelo agente. Nas palavras certeiras da Exma. Juíza Desembargadora Maria Teresa Féria de Almeida «tais conceitos – o constrangimento e o não consentimento – têm uma diferente esfera de compreensão, porque implicam atos ou condutas de natureza distinta e como tal não se confundem nem são idênticos. Assim, enquanto o primeiro conceito implica um ato ou conduta de coagir ou obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa, o conceito de não consentimento traduz-se numa não manifestação de vontade a que alguém faça ou não faça alguma coisa.»¹². Esta divergência começa desde logo na execução típica do tipo incriminador. «É que quando dizemos “quem constranger” a execução do constrangimento não são os atos sexuais de relevo. Existe o constrangimento a praticar os atos sexuais, através de ameaça, violência ou de qualquer outro meio. A modalidade da ação típica consiste no emprego de um qualquer meio que leva a vítima a praticar atos sexuais.»¹³

O modelo do consentimento, denominado por muitos como o modelo do «só sim é sim» exige a exteriorização da vontade da vítima ao praticar o ato sexual de relevo, podendo este ser tácito. Ao contrário das muitas críticas tecidas nesta senda, os defensores deste modelo não procuram uma formalidade exagerada, como a redação de um contrato, antes de dar início àquele que é um momento tão espontâneo da natureza humana. O pretendido trata-se apenas da garantia da liberdade sexual daquela pessoa, aferindo sempre da sua vontade, que será expressada seja através de, pelo menos, linguagem corporal.

Qualificando o modelo do constrangimento como «não é não» e o modelo do consentimento como «sim é sim», poder-se-ia facilmente defender que a ausência de um

¹² Parecer do Conselho Superior da Magistratura (2019).

¹³ CORREIA, Liliana Cristina Gomes (2020), p. 13.

não implica sempre um sim, enquanto que a ausência de um sim representa sempre um não e que, conforme esta lógica aristotélica, os dois modelos chegariam na totalidade dos casos às mesmas conclusões. Não consideramos, porém, ser verdade.

PEDRO CAEIRO traz para discussão o caso onde não se observou nem o «não» nem o «sim», o caso de indecisão ou hesitação, uma zona cinzenta onde os diferentes modelos conduzem a diferentes soluções. Para o efeito, apresenta-nos o seguinte cenário: «Suponhamos que *A* e *B* se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de *A*. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. *B*, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de atos sexuais. *A* percebe que *B* se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir *B*, embora esteja disposto a parar se *B* assim o desejar. Nesse momento, *B* decide que não quer manter práticas sexuais com *A*, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa.»¹⁴. O autor explica que «À luz da lei vigente (e do modelo do dissentimento), não existe tentativa de um crime, visto que *A* não praticou atos de execução do constrangimento: só haveria constrangimento com a prática de atos contrários à vontade da vítima, coisa que não sucedeu. Porém, à luz de um modelo de “consentimento”, a execução consiste na prática de atos sexuais em que a vítima não consente positivamente.»

Para PEDRO CAEIRO, «Para que exista uma lesão do bem jurídico “liberdade sexual” não basta, portanto, que não exista uma vontade positiva da outra pessoa, uma disposição favorável ao ato: é preciso que exista uma vontade negativa, uma “oposição íntima” à prática do ato.», seguindo a lógica de que «só os atos de cariz sexual praticados contra a vontade do titular do bem jurídico podem constituir uma “violência sexual”. CONCEIÇÃO CUNHA¹⁵ não atribui demasiada relevância ao caso em apreço, por acreditar que na maioria dos casos idênticos ao apresentado «o que se poderá concluir é que a indecisão ou conduz à aceitação, nem que seja uma aceitação pouco entusiasta, ou conduz à recusa, mesmo que não seja uma recusa ostensiva. E, em nossa perspectiva, a recusa não precisa de ser ostensiva para ser recusa, assim como a aceitação não precisa de ser entusiasta para ser aceitação». De olhos postos no consentimento livre, que será por nós abordado no Capítulo IV/i., explica a autora «E se algum “tertium genus” houver, não será propriamente o da indecisão, mas o do consentimento viciado, o do “sim”, que

¹⁴ CAEIRO, Pedro (2019) p 16.

¹⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2021), p. 28.

significa “não”, o do “sim” baseado no erro e ainda o do silêncio que não exprime aceitação, mas medo ou mesmo pânico». Porém, concorda com PEDRO CAEIRO no sentido de que «A, numa situação deste tipo, não deveria ser punido, partindo da ideia de que não houve lesão da liberdade sexual da vítima».

Ora, não podemos vir concordar com tal entendimento. A representou que não existia, por parte de *B*, uma vontade favorável, mas antes um estado de indecisão ou hesitação, e conformou-se, assumindo o risco de prosseguir com a conduta. Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera «inadmissível a leitura da Convenção de Istambul de PEDRO CAEIRO, segundo a qual não existe lesão da liberdade sexual “nos casos de indiferença ou de indecisão perante a prática sexual”, que é seguida por MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO. Inspirada no direito penal internacional, a Convenção de Istambul é clara ao exigir o *freely given consent of the parties involved* como condição de liberdade sexual. Ou a vítima deu o seu consentimento (*only yes means yes*) ou não. Não havendo consentimento, há constrangimento e portanto, dano do bem jurídico da liberdade sexual. Nos casos de indiferença ou indecisão da vítima, não há consentimento e, portanto, o agente não pode impor a sua vontade à vítima. A manifestação do consentimento da vítima depois do início da execução do ato sexual revoga a oposição anterior e afasta a ilicitude. Ao invés, a manifestação da oposição depois do assentimento inicial no ato sexual torna ilícito, a partir desse momento, o ato sexual. Desde que a mudança de atitude da vítima seja cognoscível, o agente incorre no crime de coação sexual.»¹⁶

¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022), Anotação n.º 24 ao artigo 163.º (Coação Sexual).

III. DO CONSTRANGIMENTO

A alteração protagonizada em 2019, dos artigos 163.º e 164.º, concretamente nos seus números 3, trouxe consigo a seguinte definição de constrangimento: «*qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática de ato sexual de relevo contra a vontade cognoscível da vítima*». Neste modelo, do constrangimento/dissentimento, o agente atua socorrendo-se de algum meio – qualquer que seja – para praticar atos sexuais de relevo contra a vontade que conhece ou deveria conhecer da vítima. Mas com esta definição, além de alguma clareza, vieram também novas questões a respeito do preenchimentos destes tipos de ilícito.

No presente capítulo analisaremos a interpretação que tem vindo a ser adotada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, quanto aos conceitos hoje plasmados na lei.

Para ANABELA RODRIGUES¹⁷, «ao constrangimento bastará apenas o dissentimento da vítima, a prática ou sofrimento de atos de cariz sexual contra vontade da vítima não exigindo violência do agressor (agarrar, bater, empurrar p. ex.), nem a resistência da vítima, exige sim a oposição íntima séria desta.». Pensamento este acompanhado por PEDRO CAEIRO, que acrescenta que «a consagração deste modelo – conhecido na literatura por “*no means no*” – evidencia a desnecessidade do uso de força ou ameaças para a realização típica, mas impõe às pessoas, em geral, o ónus de comunicar o dissentimento, por qualquer forma objetivamente adequada, de maneira a que o/a destinatário/a interrompa a referida sucessão de atos conducente à prática sexual, pois, a partir desse momento, o prosseguimento dos mesmos integrará já a área de tutela típica». Da redação atual do Código Penal, o autor considera caber aos cidadãos uma leitura dos sinais da outra parte e agir em conformidade – a cada momento – sob pena de vir a sua conduta entendida como constrangimento. «Por nossa parte, interpretamos a expressão “constranger a sofrer ou a praticar ato sexual” como contendo os seguintes elementos: (i) a prática de atos de natureza coerciva que (ii) conduzem a vítima a praticar ou a sofrer um ato sexual (iii) contra a sua vontade.»

Neste sentido, também alguma jurisprudência tem elaborado uma interpretação do conceito elegido pelo legislador de forma a compatibilizá-lo com a Convenção de

¹⁷ RODRIGUES, Anabela (2020), p. 288.

Istambul. Podemos ler, no recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto¹⁸, de 21.09.2022, «*A contrariedade da vontade englobará assim todas as situações em que o ato sexual de relevo não coincide com a vontade real da vítima, seja por ausência de vontade ou porque a vontade estava, de alguma forma, condicionada, ou seja, quando exista uma falta de conformidade entre a prática sexual e a vontade íntima, reveladora de uma clara limitação do bem jurídico (liberdade sexual).*»

Não partilham o mesmo entendimento JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, quando afirmam que «A concretização da conduta criminal sustenta-se em qualquer comportamento que seja apto a constranger a vítima à prática de atos sexuais de relevo. (...) O ato de constrangimento pressupõe sempre uma dimensão coativa – ainda que não violenta – que deve ocorrer e que, por isso deve ser manifestada. A existência de qualquer ato de coação, que concretize o constrangimento, do qual resulte a prática do ato sexual de relevo, é assim o elemento típico indispensável para que se concretize o crime.» Ao traçar a linha entre o consentimento e o constrangimento – «Não é, ainda, apenas no relevo do consentimento da vítima para a prática do ato sexual de relevo que se encontra a fronteira da tutela criminal da violação da liberdade sexual» – os autores exigem a manifestação daquela dimensão coativa que não é exigida por parte da doutrina, quando defendem caber nos termos legais atuais casos de ausência de consentimento que não se prendem necessariamente com um ato de coação por parte do agente.

Importa a este respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto *supra* mencionado, «*tem-se por assente que a incriminação não abrange apenas os casos de não consentimento claramente expresso da vítima, mas também as situações em que este inexistente, mas ainda assim estamos perante um constrangimento tipicamente relevante, porquanto determinável - não se deverá exigir um dissentimento ostensivo para haver preenchimento do tipo de crime, tal como não será exigível um consentimento ostensivo para se excluir a tipicidade - importando valorar todas as circunstâncias em que o comportamento se desenrola, tendo em conta, evidentemente, as regras da experiência (designadamente as relativas a relacionamentos interpessoais íntimos e não só); sem preconceitos infundados, sem estigmas ou mitos do passado, mas atendendo às características dos intervenientes e a todo o contexto envolvente nas elucidativas palavras da autora referida em último lugar única solução que se apresenta consentânea com as*

¹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (2022).

exigências impostas pela Convenção de Istambul nos termos expostos e transcritos, reiteramos nós»

Tratemos, nesta senda, de descortinar a definição de constrangimento empregue pelo legislador, no respeitante a «qualquer meio empregue para a prática de ato sexual de relevo» e «contra a vontade cognoscível da vítima», termos presentes nas atuais normas dos artigos 163.º e 164.º

i. Qualquer meio empregue para a prática de ato sexual de relevo

Estando assente que o constrangimento consubstanciará uma contrariedade da vontade da vítima, cabe-nos agora equacionar que possíveis meios, não enumerados no nº 1, são subsumíveis aos tipos legais incriminadores dos artigos 163.º e 164.º.

Porque o Direito se faz de casos, hipóteses abstratas, desde que com a mínima probabilidade de se tornarem realidade, consideramos essencial a ilustração destes «meios» através de hipóteses casuísticas, com o objetivo de delinear os contornos do conceito de constrangimento, conduzindo-nos à questão de caberem nele todas as situações em que se observa uma ausência de consentimento, desde que cognoscível, e, por isso, dotadas de dignidade penal.

A ameaça não grave, isto é, a ameaça não compreendida no tipo qualificado (nº 2) dos crimes de coação sexual e violação é, sem necessidade de grande aprofundamento, um dos meios suscetíveis de ser utilizados pelo agente para a prática destes crimes. Será este o caso, frequente, de ameaça de divulgação de conteúdo íntimo como contrapartida da prática de atos sexuais de relevo. Não podemos, no entanto, concordar com a visão seguida por JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO¹⁹, na qual «Se alguém utilizando o conhecimento que tem sobre um facto pessoal da vítima, que esta não quer ver divulgado (v.g. fotografias ou filmagens íntimas), a coage, com a divulgação dessa informação, a ter relações sexuais consigo pode estar-se no âmbito de um crime de violação, desde que essa informação – o meio coativo – tenha suficiente “peso” para, em

¹⁹ *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 2015.

termos de causalidade adequada, levar a vítima a “ter” que praticar o ato.». À luz da Convenção de Istambul, não consideramos imprescindível este «peso» exigível pelos autores. Isto porque, no que concerne a crimes sexuais e como já temos vindo a dizer, o foco deve recair no consentimento da vítima, o que obriga a que no presente caso olhemos à vontade coagida da vítima e nunca à intensidade do meio utilizado pelo agente. Mesmo que de ameaça menos séria se tratasse, que não atingisse tal «peso» na ótica dos autores, o que importa é o agente ter conhecimento de que a vontade da vítima não é favorável à prática dos atos sexuais de relevo que consigo concorda praticar, e que apenas o faz por estar sob ameaça, qualquer que esta seja. Contudo, não nos parece criticável a posição dos autores aos olhos do modelo de constrangimento que insistimos em manter na lei penal nacional.

Diríamos, sem grandes reservas, que o meio mais comum a observar na consumação deste tipo será o aproveitamento do temor provocado na vítima. O receito de ser violentado, a intimidação, o ambiente hostil consubstanciam vias úteis ao agente que, através delas, consuma as condutas criminosas com alguém que se encontra numa situação vulnerável. Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, acompanhado de JOSÉ MOURAZ LOPES²⁰, «O temor, isto é, a intimidação suscitada por forma explícita [...] ou implícita pelo agente na vítima (por exemplo, pela superioridade física ou numérica dos agentes), é uma forma penalmente relevante de constrangimento»²¹.

Consideremos a situação de alguém que sofre, frequentemente, violações por parte do seu cônjuge. De cada vez que a conduta se pratica, o agente já nada tem de fazer, uma vez que a vítima, por força do trauma e temor associado, não oferece qualquer tipo de resistência e colabora, até, com a prática da conduta. São os chamados «“climas de violência”, imputáveis ao agente (do crime sexual), que por isso não precisa de repetir a violência ou ameaça com mal importante de cada vez que pretende praticar os atos sexuais.»²² Não podemos admitir facilmente a qualificação da utilização de violência no passado enquanto meio empregue pelo agente para a prática de cada conduta. Em cada caso concreto, cada prática de atos sexuais de relevo é necessária aferir da existência deste constrangimento, o que dificilmente resulta deste caso. PEDRO CAEIRO acompanha este

²⁰ LOPES, José Mouraz (2008), p. 35.

²¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022), Anotação nº 23 ao artigo 163.º (Coação Sexual).

²² CAEIRO, Pedro (2019), p. 27.

pensamento, explicando que «Não é claro se estas ameaças implícitas (fundadas em violência ou ameaças passadas) são subsumíveis ao “constrangimento por qualquer meio” previsto no n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º da lei nacional. Naturalmente, a dificuldade de prova é, nestes casos, muito grande, porque estas situações ocorrem predominantemente dentro da célula familiar e será preciso mostrar que, naquele particular caso dos autos – ao contrário do que eventualmente pode ter ocorrido em outras situações –, a vítima praticou os atos contra a sua vontade». Seguir o modelo do constrangimento pode levar à não criminalização destas situações.

Pensemos no seguinte caso: *A* e *B* encontram-se numa divisão com a porta encerrada. *A* procede a comentários convidativos da prática de atos sexuais, sem nenhuma ameaça associada. *B*, considerando a possibilidade do uso de violência por parte de *B* – por se tratar de uma pessoa significativamente mais robusta –, mesmo que até então não tenha sido demonstrada qualquer violência, no caso de rejeição da sua parte, cede e acaba por praticar um ato sexual de relevo, fazendo-o com o intuito de evitar «um mal maior», isto é, a prática violenta e forçada de atos sexuais de relevo que considera mais degradantes. TERESA PIZARRO BELEZA discorre acerca dos «casos em que uma mulher (tipicamente) sucumbe aos avanços indesejados de um homem (*idem*) por receio do que poderá acontecer se não ceder. O medo é, com frequência, paralisador, sobretudo em pessoas que não foram tipicamente treinadas para a resistência à violência física ou ameaça da mesma.» A questão prende-se com o meio empregue por *B*, uma vez que não praticou conduta alguma além dos comentários que, em última instância, poderiam consumir apenas o crime de importunação sexual, previsto no artigo 170.º do Código Penal, e não o crime de coação sexual ou violação. Ora, os comentários, só por si apreciados, não cabem no conceito de constrangimento. Dificilmente aferimos qual o meio utilizado pelo agente no caso. Se concluirmos que o meio seria o ambiente intimidatório por força da porta fechada, da ausência e pessoas na mesma divisão e da fisionomia díspar entre ambos, podemos afirmar que o agente se empregou do mesmo? E se nem foi *A* quem fechou a porta ou, se o faz, não com o propósito de constranger *B*? Se o agente não representou a intimidação, e conseqüente coação da vítima, não poderá esta situação ser dotada de dignidade penal. Poderá, até, suceder o reverso e, de facto, *A* saber estar a criar um ambiente hostil, ao fechar a porta e saber que não existiam pessoas na sua proximidade mas *B* até praticar o ato sexual de relevo por livre vontade por se tratar de um desejo já há algum tempo contido. O que tentamos elucidar com a exposição deste

caso é a possibilidade da ocorrência de situações em que o agente não utiliza propositamente um meio de constrangimento; em que utiliza o meio mas este não coagiu a vítima ou, até, que emprega um meio sem o saber.

Sobre este último, imaginemos agora que *B* não receia o uso de violência por parte de *A* mas antes tem-no como certo por conhecer histórias anteriores, partilhadas por terceiros. *A* não ameaçou *B* nem iniciou qualquer violência, propôs apenas a prática de alguns atos. Aqui, o meio empregue por *B* é a intimidação resultante do seu histórico violento para a prática dos mesmos exatos atos. Mas e se *A* não sabia do conhecimento por *B* dos seus episódios passados? Dificilmente observamos a existência de dolo de *A*, se desconhecia o meio que ele próprio estava a empregar, mas o meio efetivamente observou-se – é esta a problemática ao conceito de constrangimento presente na lei penal atual.

Importa trazer também à colação o caso em que *A*, superior hierárquico de *B*, promete a este uma promoção na sua carreira em troca da prática de atos sexuais. Em Espanha, é criminalizada a conduta de solicitação de «favores sexuais» no âmbito de relações laborais e análogas, através do artigo 184.1 do Código Penal²³, não oferecendo espaço sequer para discussão acerca da sua subsunção aos crimes de *agresiones sexuales*. Se pensarmos no cenário em que *B* voluntariamente pratica atos sexuais de relevo com *A*, que não os solicitou, incluindo os descritos no artigo 164.º, com o objetivo de ascender profissionalmente, não nos parece integrar esta conduta um constrangimento por parte de *A*, nem tão-pouco a ausência de consentimento livre de *B* e, portanto, não seria punível por nenhum dos modelos. A liberdade sexual, bem jurídico protegido pelos crimes em análise, coaduna na liberdade de dispor livremente da sua sexualidade para o fim que entender. Não é papel do Direito Penal censuras de teor moral, nem defensável a visão na qual as relações sexuais devem partir de sentimentos ou emoções. No caso, *B* formou uma vontade livre e esclarecida de praticar a conduta, sendo inadmissível considerar o objetivo de qualquer promoção profissional como um vício de vontade. Mas a mesma poderá ter relevância penal quando este consentimento não é livre, quando a pessoa se demonstra

²³ Artículo 184.1 del Código Penal: *Acoso sexual: «El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.»*

relutante ou desconfortável na prática de tais atos quando solicitados, mesmo se considerarmos que o meio utilizado para constranger foi idêntico. Foi o caso do Acórdão da Relação do Porto²⁴, de 24.09.2014, acerca de um indivíduo que se apresentou como médico e acaba por fazer introdução vaginal à ofendida que se encontrava numa ação de formação com vista à obtenção do emprego e que «perante o desconforto dos sucessivos atos expressa a dúvida sobre “ se era mesmo necessário” foi cedendo à ação do arguido por se sentir pressionada face à resposta “quer ou não quer o emprego?”», podemos ler que «A conduta da ofendida demonstra a sua oposição a tais atos do arguido e o constrangimento à sua realização por parte do arguido, retirando a liberdade ao consentimento e à permissão para tais atos». A distinção entre as duas situações, embora nos mesmos moldes, ilustra a relevância de focar na ausência de consentimento livre ao invés do meio utilizado – o que aprofundemos no capítulo seguinte.

Coisa diferente seria a ameaça de *A* no sentido de despedir *B*, no caso de este não praticar atos sexuais de relevo consigo. Aqui existe uma ameaça, ainda que entendida por alguma doutrina como não grave e por isso não a tipificada no n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º, que consubstancia um meio evidente empregue pelo agente para a prática de atos sexuais de relevo contra a vontade cognoscível de *B*, consumando por isso o crime de coação sexual ou violação nos termos atuais. Mesmo fora do âmbito da ameaça, há que atentar às relações de dependência hierárquica, de tutela e de dependência económica. Quanto às primeiras, «Por exemplo, há hierarquia entre o docente (ou examinador ou membro de uma comunidade escolar) e o aluno, entre o sacerdote e o fiel do credo, entre o médico e o paciente, entre o agente de autoridade e o cidadão, entre o cidadão encarregado de serviço público e os demais cidadãos»²⁵. Não será necessário, por parte de alguém que se encontra na situação de superioridade hierárquica, recorrer a ameaças diretas como forma de constranger qualquer contraparte dessa relação, que se encontra já inerentemente em desvantagem. O sentimento de inferioridade próprio de um aluno, de um paciente, de um cidadão comum, de um trabalhador ou de um enteado face ao respetivo professor, médico, agente policial, empregador ou padrasto acarreta consigo uma submissão muito mais simples de atingir do que uma relação de igualdade, não sendo, assim, necessária qualquer ameaça direta para facilmente se obter a prática de atos sexuais de relevo. Isto é, o professor não tem de proferir a ameaça de chumbo àquela

²⁴ Acórdão da Relação do Porto (2014).

²⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022), Anotação n.º 16 ao artigo 163.º (Coação Sexual).

disciplina nem o empregador a ameaça de despedimento para estar este pensamento vigente no aluno e no trabalhador – está implícito. Destarte, o meio empregue pelo superior hierárquico para a prática de atos sexuais de relevo será a própria posição de autoridade e, assim, facilmente se preenche o conceito de constrangimento plasmado nos crimes de coação sexual e violação. Todavia, não nos deixa de inquietar a consideração dos casos em que o aluno, o paciente ou o trabalhador pretendem praticar atos sexuais de relevo com o seu superior hierárquico. Cenário em que dois adultos, com consentimento livre e esclarecido, pretendem envolver-se por razões alheias à relação de dependência hierárquica que partilham. Vejamos, poder-se-iam levantar dúvidas quanto à punibilidade de tal conduta que, a nosso ver, não coloca em causa o bem jurídico liberdade sexual de forma alguma. Mas verdade é que o exato meio – a posição de autoridade – está presente e, recorrendo à cognoscibilidade da vontade da vítima, deveria ocorrer ao agente (sendo por isso «cognoscível») aquando da prática dos atos, que a concordância do seu inferior hierárquico pode dever-se apenas àquele meio que, mesmo que não de forma propositada, existe e não deixará de existir. Acreditamos que o caso plasmado não seria criminalizado nos termos atuais mas, por questões de prova, estaríamos mais certos se a redação deixasse cair a utilização de um meio para a prática de atos sexuais de relevo – no caso, estando o meio presente, poder-se-ia acrescer a dificuldade de prova (que normalmente já se verifica nos processos relativos a crimes sexuais) da sua não utilização por parte do agente.

Reflitamos agora acerca do caso em que *A* e *B* se encontram num transporte público e *A*, aproveitando a aglomeração de passageiros no local, se posiciona atrás de *B*, provocando assim o toque dos seus órgãos genitais nas nádegas de *B*. Este cenário, tão frequente, será tão provável num transporte público como numa discoteca. Ora, é cognoscível a contrariedade da vontade de *B* àquele toque e, por isso, seria punível tal conduta nos termos atuais do crime de coação sexual. No entanto, não podemos deixar de indagar – de modo a preencher devidamente os elementos do tipo – qual o meio utilizado pelo agente. O meio nesta situação parece ser o próprio ato sexual de relevo. Acompanhamos PEDRO CAEIRO ao considerar que a surpresa pode ser qualificada como constrangimento nos termos em que se encontra definido na lei, uma vez que «o agente não dá à vítima a oportunidade de se pronunciar sobre eles, em circunstâncias que não permitem admitir que ela não os recusaria»²⁶ e, pelo exposto, será esta conduta

²⁶ CAEIRO, Pedro (2019), p. 26.

punível. Sobre isto, adianta PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que «o assalto físico “súbito e inesperado” da intimidade sexual da vítima praticado sem ou contra a vontade da vítima é um ato de violência física que não revela apenas a brutalidade do agente, mas mais do que isso, instrumentaliza a vítima como um objeto sem vontade ou cuja vontade é irrelevante». Contra esta perspectiva, FIGUEIREDO DIAS defende existir uma «coação não indesejada»²⁷ nos casos de atos sexuais súbitos e inesperados praticados sem ou contra a vontade da vítima – posição que não podemos aceitar – porque «a vítima não possui a necessária oposição íntima séria, antes considera o exercício da coação como parte integrante do próprio ato sexual”. Seguindo esta premissa, o autor demonstra a sua relutância para com a jurisprudência difundida «que considerava existir “sempre” violência quando o ato tivesse sido praticado contra ou sem a vontade da(o) ofendida(o) ou “sempre” que o consentimento não tivesse sido “livre”».²⁸

Quanto aos casos em que a atitude da potencial vítima perante a perspectiva da prática de atos sexuais é, nas palavras de PEDRO CAEIRO, «incerta ou ambígua, por força de uma severa limitação da capacidade de formar ou expressar a sua vontade, derivada do seu estado físico ou psíquico», mas que não são subsumíveis ao artigo 165.º (Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência), «não se provando a efetiva vontade contrária da potencial vítima, não parece possível concluir por um constrangimento e, portanto, a prática de atos sexuais nessas circunstâncias não será punível» à luz dos artigos 163.º e 164.º. Acresce esta circunstância à lista das que seriam punidas através do modelo do consentimento mas não do constrangimento. O que a lei alemã faz nestas situações é estabelecer uma presunção de dissentimento, atendendo à severa limitação de que a pessoa sofre, e que pode ser ilidida através da confirmação, pelo agente, de uma concordância expressa – uma evidente cedência ao modelo “*only yes means yes*”.

Por fim, importa o engano enquanto meio empregue para a prática de atos sexuais de relevo. Será este o caso de alguém que promete a cura ou procede ao diagnóstico de doença através da prática de atos sexuais de relevo. Podemos ler no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 21.09.2022: «*Se o agente convenceu a vítima de que ficaria curada de uma doença se aceitasse ter uma relação sexual consigo, no caso lhe introduzisse inopinadamente o dedo na vagina a pretexto e contexto do tratamento em curso, estará a usar um meio (engano) para constranger a vítima a ter relações sexuais*

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo (2012), Anotações nº 21, 22 e 30 ao artigo 163.º (Coação Sexual).

²⁸ *Idem*, nº 21.

contra a sua vontade. Como é inequívoco que, nesta hipótese, a vontade da vítima foi viciada pelo próprio agente, ciente que sem tal condição/indução em erro a vítima não aceitaria /consentiria nesse ato.». CONCEIÇÃO CUNHA alerta «O problema é que o relacionamento sexual não é propriamente constrangido, imposto, contrariando a vontade (dissentimento); é antes conseguido por meio de um engano ou não respeitando as condições do consentimento prestado. Assim, é duvidoso (mas não impossível – porquanto o engano pode ser entendido como um meio de constrangimento) que estes casos sejam abrangidos por esta formulação do tipo legal de crime»²⁹. Voltaremos a este e outros casos no seguinte Capítulo.

ii. Contra a vontade cognoscível da vítima

Cabe-nos agora a análise da cognoscibilidade da vontade enquanto critério delimitador para aferir da ilicitude da conduta praticada. Para observarmos um constrangimento e assim qualificarmos um ato como penalmente relevante, exige a lei que o ato sexual de relevo seja praticado contra a vontade cognoscível da vítima nos termos dos números 3 dos artigos 163.º e 164.º.

Tem sido notável o entendimento doutrinal e jurisprudencial até então tecido acerca da cognoscibilidade da vontade da vítima, ao qual aderimos – no entanto, não podemos deixar de mencionar a peculiaridade do uso de tal expressão no tipo legal a fim de definir «constrangimento». Ora, a cognoscibilidade é um conceito próprio da negligência como bem sabemos. A cognoscibilidade surge para acautelar um bem jurídico que foi lesado por alguém que, mesmo que não pretendesse tal lesão, tinha em si a destreza para evitá-la. No fundo vem-se exigir ao agente aquilo que o homem médio, colocado na sua posição, faria ou deveria ter feito. É esta a lógica nos crimes de coação sexual e violação – o homem médio, colocado naquela posição, deveria ter percebido a vontade desfavorável da vítima à prática dos atos sexuais de relevo. Existe, porém, um problema nesta conceção legislativa. Estes crimes não são puníveis a título de negligência, mas

²⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2021), p. 31.

apenas de dolo, nos termos do artigo 13.º do Código Penal. A vontade dolosa consta de dois momentos: a) a representação ou visão antecipada do facto que preenche um tipo de crime (elemento cognoscitivo); b) a resolução, seguida de um esforço do querer dirigido à realização do facto apresentado (elemento volitivo)³⁰. Mesmo na circunstância de uma tentativa de compatibilização do conceito de cognoscibilidade com o tipo de dolo eventual, não podemos considerar tal entendimento juridicamente rigoroso. Isto porque no dolo eventual o agente representa o facto que preenche o tipo – a vontade contrária da vítima em praticar aqueles atos – e conforma-se com esse resultado, embora não o pretenda. No dolo eventual, «o agente prevê o facto como consequência possível da sua conduta e mesmo assim age, assumindo o risco, conformando-se com a sua realização». Como ensina GERMANO MARQUES DA SILVA, «O dolo eventual está nos limites em que o dolo se confina com a negligência consciente; o dolo eventual é o ponto extremo do dolo na degradação volitiva e a negligência consciente a forma avançada da negligência na graduação da previsibilidade.»³¹ Esta representação, ou consciência, diferentemente do dolo direto e do dolo necessário, no dolo eventual o facto típico é representado como consequência possível da conduta do agente e não como facto certo. Já no tocante ao elemento volitivo, a lei, no n.º 3 do artigo 14.º, exige que o agente se conforme com a realização do facto típico que previu como consequência possível da sua conduta.

Destarte, se *A* – que pretende praticar atos sexuais consentidos com *B* – se apercebe da possibilidade de falta ou contrariedade da vontade de *B* e se conforma com a probabilidade, ainda que reduzida, da prática dos atos contrários à sua vontade, há dolo eventual. Se, pelo contrário, não obstante a representação do risco *A* se convence que não vai praticar atos sexuais de relevo contrários à vontade de *B* (e só por isso pratica os atos), há negligência consciente.

Ora, partindo da vontade cognoscível da vítima para aferir da relevância penal de determinada conduta estamos já inevitavelmente no plano da negligência – e nunca do dolo eventual – pois facilmente concebemos o caso em que, dadas as circunstâncias envolventes, pode o tribunal concluir ser cognoscível a contrariedade da vontade da vítima, mas objetivamente o agente não se ter conformado com ela. Estaremos aqui a punir uma conduta subsumível ao tipo, sem observarmos o seu elemento dolo. Bem

³⁰ SILVA, Germano Marques da (2015), p. 100.

³¹ *Idem*, p. 105.

sabemos que os crimes negligentes são apenas os que se encontram especialmente previstos na lei, nos termos do artigo 13.º do Código Penal. Daqui resulta que sempre que a lei nada diga, o elemento subjetivo do tipo de ilícito é o dolo. Parece-nos que o legislador optou por uma solução híbrida e modo a satisfazer diferentes vertentes do direito penal que, na verdade, resulta na punição de uma conduta a título de negligência consciente disfarçada de dolo eventual. Ou vem o legislador consagrar a coação sexual e a violação a título de negligência – com as inevitáveis consequências que daí advenham, as quais não podemos discorrer na presente dissertação por força da limitação de caracteres – de forma a proteger todas as situações em que se prova a cognoscibilidade da vontade da vítima, isto é, que o agente médio conhecia ou deveria conhecer a sua contrariedade à prática dos atos; ou altera a redação dos tipos de ilícito contidos nos artigos 163.º e 164.º, prescindindo da definição atual de constrangimento nos respetivos nº 3. Para a concretização da segunda hipótese – abandonando, até, o modelo de constrangimento – sugerimos o seguinte capítulo como fonte de inspiração.

A jurisprudência tem vindo a percorrer um caminho de densificação desta cognoscibilidade enquanto *«manifestação através de factos ou circunstâncias que demonstrem ou possam demonstrar conhecimento por parte do agente de que a vítima tem a sua vontade limitada ou não está em condições de transmitir a sua vontade real. E independentemente das críticas que se apontem ao texto legislativo [...], a vontade contrária cognoscível terá de ser aferida por apelo ao agente enquanto homem médio, razoável, consciente e cuidadoso, colocado naquela posição.»*

Ainda que não sendo este o verdadeiro sentido do conceito de cognoscibilidade, esclarece o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 21.09.2022, que *«Ao requisito da cognoscibilidade basta neste caso que o agente deva representar que aquela vontade possa estar limitada ou condicionada ou que a vítima pudesse não se encontrar em condições de manifestar a sua real vontade, conformando-se aquele com essa possibilidade (dolo eventual)»³².*

Podemos ler no mesmo Acórdão: *“Nas situações em que a vítima dá expressamente o seu assentimento ou nada diz, mas quando avaliadas as circunstâncias concretas, conhecidas do agente, se pode concluir que aquela anuência, silêncio ou passividade não é livre e esclarecida, não poderá aquele, pelo menos não deverá o*

³² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (2022).

homem médio, colocado na mesma posição, concluir com razoabilidade que tal comportamento corresponde à vontade real da vítima. Em suma, verificar-se-á a cognoscibilidade da vontade contrária da vítima quando o agente sabe que a vítima, apesar da sua atitude passiva, não se encontra em condições de expressar conscientemente a sua vontade.» E ainda «*Nesta situação, a “cognoscibilidade prende-se com a existência de factos e/ou circunstâncias que demonstrem – possam demonstrar – conhecimento por parte do agente de que a vítima tem a sua vontade limitada ou que nem sequer tem condições de transmitir a sua vontade real. Não significa que o agente tem de conhecer, significa apenas que tem de poder conhecer”*».

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o agente deve representar a oposição da vontade da vítima. «Para tal, é suficiente que ele não esteja seguro do consentimento da vítima. Dito de forma positiva, atenta a natureza do bem jurídico em causa, que toca o mais íntimo de cada ser humano, o agente só pode agir na certeza do consentimento da vítima. A oposição da vítima não tem de se exprimir por uma resistência física, podendo sê-lo também por palavras, gestos ou qualquer outro modo perceptível ou “cognoscível”, como decorre do conceito de “constrangimento” previsto no nº 3 que está consolidado há muitos anos no direito europeu dos direitos humanos e no direito internacional criminal (*Rules of Procedure and Evidence* do Tribunal Penal Internacional, nos termos da qual «*Consent cannot be inferred by reason of the silence of, or lack of resistance by, a victim to the alleged sexual violence*” e na doutrina». Desta forma, não podemos aceitar o entendimento de FIGUREIREDO DIAS no qual «se o agente atua convencido de que a objeção da vítima – máxime, porque ela se exprime, durante todo o processo, apenas por palavras, mas não por qualquer resistência corporal – não é séria, o dolo não deve ser afirmado sem mais, independentemente de efetiva comprovação. Isso poderá acontecer na prática com frequência quando os participantes se encontram em estado alcoólico ou entorpecido»³³. É a própria Convenção de Istambul que rejeita tal visão no seu artigo 36.º.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo (2012), Anotação nº 30 ao artigo 163.º (Coação Sexual)..

IV. DO NÃO CONSENTIMENTO

Enquanto no modelo do constrangimento a atenção recai naquela que foi a conduta utilizada pelo agente com vista à prática do crime; no modelo do consentimento importa o consentimento prestado pela potencial vítima aquando da prática das condutas, de forma a determinar a punibilidade das mesmas.

A substituição do modelo de constrangimento pelo do consentimento não é um tema desconhecido para o legislador. Foram já apresentados vários projetos de lei neste sentido, por diferentes partidos políticos. Não nos alongamos acerca dos mesmos, mas vale a pena a alusão àquilo que de melhor resulta de cada projeto: os pareceres, oriundos de diferentes fontes credíveis acerca dos mesmos.

Vejamos, no Parecer do Conselho Superior da Magistratura, de 18 de maio de 2014, acerca do Projeto de Lei n.º 664/XII/4 temos que «A “reconfiguração” legal dos tipos de crime projetada, assente na clausula geral do “não consentimento” (...), se bem que possa gerar dificuldades interpretativas e de aplicação que não se devem menosprezar, tem o mérito de “recolocar” no seu devido lugar, os termos em que se giza a proteção do bem jurídico – liberdade sexual – que subjaz à previsão legal assumindo, claramente, como se refere na Exposição de Motivos, que “é no consentimento que radica a violência do ato e a natureza do crime”. Esta reconfiguração legal, baseada na prática de um ato sexual “não consentido” constitui, na sua globalidade, um quadro globalmente positivo para a superação dos problemas assinalados permitindo, decisivamente, contribuir para uma melhor tutela dos bens jurídicos pretendidos proteger pela previsão da lei e, bem assim, para uma melhor aplicação prática dos comandos normativos. Trata-se de uma alteração que se encontra em linha com o preconizado nas convenções internacionais firmadas por Portugal, em particular, com a Convenção de Istambul».

E reforça o Conselho Superior da Magistratura, no Parecer de 16 de maio de 2019 sobre Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a que este Conselho «já em parecer anteriormente proferido manifestou a sua concordância pela reconfiguração dos tipos legais em causa assente na clausula geral do não consentimento», acrescentando que «As dificuldades interpretativas que poderão resultar da previsão do tipo com base no “não consentimento”

não são superiores àquelas que são hoje sentidas com o que seja hoje violência ou ameaça grave.»

Também a Ordem dos Advogados se manifestou, no Parecer relativo ao projeto de lei Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a:

«18. Para além da manutenção destes dois conceitos poder suscitar dúvidas no momento da interpretação e aplicação da norma, a alusão ao constrangimento não deixa de ter subjacente o exercício alguma violência ou força sobre a vítima, o que nos parece contrário à intenção da Convenção de Istambul.

19. Assim, e em alternativa sugere-se a seguinte redação, a qual se afigura mais conforme com o espírito da Convenção de Istambul: 1 – Quem, sem o seu consentimento, praticar com outra pessoa ou levá-la a praticar com outrem ato sexual de relevo, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.»

Sobre os termos atuais da lei penal, é a própria jurisprudência que afirma revelar-se *“essencial à dilucidação do caso concreto a resenha legislativa, jurisprudencial e doutrinal descrita, uma vez que a atual redação “poderá causar equívocos nos casos de ausência de consentimento livre, de consentimento viciado por indução em erro, aproveitamento de erro, uso de chantagens ou promessas, entre outros”³⁴.*

Sendo imprescindível uma aprimorada interpretação para a correta aplicação dos atuais artigos 163.º e 164.º, devemos indagar o porquê de não ter havido ainda uma alteração legislativa consonante com a interpretação que tem vindo a ser feita, de forma a facilitar por um lado o trabalho dos ilustres juízes do país; mas também a garantir uma aplicação conforme o direito internacional que vincula Portugal e, consequentemente, os direitos do Homem. Esta extrema densificação desenvolvida por parte da doutrina, e que a jurisprudência tem vindo prontamente a seguir, poderia tornar-se a única interpretação legítima dos crimes de coação sexual e violação através da sua adoção pelo Código Penal.

Pelo exposto, analisamos de seguida e a viabilidade da adoção do modelo do consentimento, compatibilizando assim a lei nacional penal com o estabelecido pela Convenção de Istambul. Relembramos o Relatório Explicativo da Convenção, o qual, nos parágrafos 193 e 194, ressalva a necessidade das Partes preverem o crime de violação com base na ausência de livre consentimento, que deve ser prestado de forma voluntária

³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (2022).

e livre, avaliado de acordo com as circunstâncias envolvidas em que é prestado e tendo presente que a violência sexual pode ocorrer quer durante, quer após o termo das relações.

Assim, com uma redação que prima por um consentimento livre sempre avaliado segundo as circunstâncias envolvidas – conceitos que aprofundaremos de seguida –, tornar-se-ia possível cessar a procura exaustiva pelo meio coativo para efeitos de subsunção ao tipo de ilícito.

i. Consentimento livre

Para CONCEIÇÃO CUNHA o problema relativamente ao modelo do constrangimento reside nas «situações de indução em erro, aproveitamento de erro, no uso de chantagens ou promessas, em que se possa suscitar dúvidas quanto à sua integração no conceito de “constrangimento”, e ainda no aproveitamento intencional de constrangimento alheio ou no consentimento de pessoas com especiais vulnerabilidades (em razão de deficiências na formação da vontade e/ou na expressão da mesma)»³⁵. Não será admissível, à luz do princípio da tipicidade, a interpretação dos artigos 163.º e 164.º no sentido de embarcar o aproveitamento de constrangimento praticado por um terceiro para a prática de atos sexuais de relevo, uma vez que apenas quem constrange («Quem, sozinho ou acompanhado por outrem») preenche o tipo de ilícito. O mesmo não sucederia se o modelo do consentimento estivesse em vigor, focando-se na ausência de consentimento livre da vítima ao invés do seu constrangimento. Da mesma forma ficarão por punir as situações não subsumíveis ao crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, previsto e punido pelo artigo 165.º, mas nas quais se observa uma especial vulnerabilidade «em razão de deficiências na formação da vontade e/ou na expressão da mesma».

Remetendo para os casos presentes no capítulo III/i., entendemos que a melhor proteção do bem jurídico tutelado nos crimes de coação sexual e violação é conferida através do modelo do consentimento livre. Quanto à ameaça não grave, que alguns autores

³⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2021), p. 23.

exigem que para a sua subsunção «o meio coativo – tenha suficiente “peso” para, em termos de causalidade adequada, levar a vítima a “ter” que praticar o ato», não restariam dúvidas uma vez que irá ser aferido do consentimento da vítima e não do meio coativo. Isto significa que o cerne da questão passaria a ser o agente que pratica atos sexuais de relevo com alguém que notoriamente não está a fazê-lo com consentimento livre e não o peso do meio de coação por ele utilizado.

Pensemos agora nas relações de dependência hierárquica: quando um aluno aceita envolver-se sexualmente com um professor, fá-lo com receio do chumbo à sua disciplina como consequência da recusa ou porque, enquanto adulto, se sente atraído por aquela pessoa? Nesta distinção muitíssimo relevante, é a liberdade do consentimento que nos vale. Este aluno terá formado livremente a sua vontade, sendo esta totalmente desprovida das consequências académicas que dali advenham? Uma vez mais, alertamos em como deveria ser este o raciocínio ao invés de uma busca infundável pelo constrangimento por parte do agente que, reiteramos, se trata de um meio (posição de autoridade) que está patente de qualquer das formas, mesmo na prática de atos consentidos.

Sobre os toques espontâneos em partes íntimas que consubstanciam atos sexuais de relevo, que concluímos acompanhar PEDRO CAEIRO e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ao qualificar o meio empregue pelo agente como a surpresa – apesar da discordância de FIGUEIREDO DIAS – não seria uma questão na vigência do modelo do consentimento, uma vez que alguém num transporte público não pode nunca ter demonstrado o seu consentimento para tal ato, pois só vai conhecer da prática dos atos no momento em que os mesmos se iniciam.

TERESA PIZARRO BELEZA tem vindo a alertar, de forma notável, para a incoerência do legislador ao permitir a consagração de um modelo de consentimento no crime de domicílio, previsto e punido no artigo 190.º, do Código Penal («1 - *Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias*»), mas já não nos crimes contra a liberdade sexual, realçando que, neste crime «a violência, a existir, constitui uma circunstância agravante do crime. Porque não será assim no que respeita à entrada em corpo alheio?». Acompanha este entendimento CONCEIÇÃO CUNHA, fundamentando que «Tendo em conta a mais íntima ligação entre a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana, a mais gravosa afronta aos

direitos pessoais com a interferência na intimidade sexual por confronto com a interferência no domicílio pessoal, deveria até ser mais pacífico este modelo no âmbito da tutela da liberdade sexual.» e exemplifica «se a/o dona/o da casa (A) abre a porta e, embora sem um convite entusiasta, deixar a pessoa (B) entrar, como se interpreta tal situação? Cremos que será como aceitação/consentimento, a menos que tal passividade (deixar entrar) denote medo, pânico (tendo em conta o contexto, tal como a compleição física de B e o seu ar ameaçador, p.e.). Por outro lado, a/o dona/o da casa pode apenas deixar B entrar para a sala e não para o quarto ou a cozinha e pode mudar de ideias e dizer para o visitante sair e este deve obedecer. Pensamos que as coisas se deverão passar de modo semelhante nos crimes sexuais – se B deixa que o outro a dispa, estará a consentir, a menos que tal passividade denote o referido medo (a ser lido de acordo com o ambiente, eventualmente intimidatório), mas se, de repente, faz menção de se afastar, ou pede para o outro parar, este deve respeitar a mudança de ideias, a recusa.»³⁶. Serve este paralelismo para alertar não só à devida adoção do modelo do consentimento nos crimes sexuais, tal como sucede no crime de violação de domicílio, mas também para a possibilidade de alguém que permita certos atos, não permita outros (à semelhança da entrada na sala mas não no quarto ou cozinha). «Aceitar beijos ou carícias íntimas não implica necessariamente aceitar ter uma relação sexual; e aceitar ter uma relação de cópula não implica que se aceite sexo oral».

Resulta da própria jurisprudência uma interpretação dos atuais artigos 163.º e 164.º, no sentido de olhar a este consentimento livre. No Acórdão de 21.09.2022, o Tribunal da Relação do Porto esclarece que «*O consentimento relevante pressupõe sempre uma vontade séria, livre e esclarecida por parte da vítima, considerando o contexto das circunstâncias envolvidas, conforme imposto pela Convenção de Istambul, o que não será o caso quando a vítima é induzida em erro e o agente dele se aproveita para praticar o ato sexual, só assim se conferindo melhor e mais adequada tutela à liberdade sexual.*» Ideia exposta também por JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO: «Trata-se no fundo de impedir a valoração do consentimento da vítima quando este não é totalmente livre (sendo que o artigo 38.º, nº 2 do CP indicia que a relevância do consentimento sempre dependerá de existir uma vontade séria, livre e esclarecida)»³⁷.

³⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2021), p. 30.

³⁷ *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 2015.

No Acórdão mencionado *supra* lemos «*A tutela da liberdade sexual, “enquanto liberdade da vontade, não sujeita a erros, vícios e pressões, liberdade para a pessoa se relacionar apenas com quem quer, nas circunstâncias que elege, e sem ter sido induzida em erro (pelo menos em erro grave)”*», leva-nos a englobar no modelo de constrangimento/dissentimento, completado pela exigência de que a vontade da vítima seja “cognoscível”, acolhido pelo art.164º, n.º1 e 3. Em suma, no respeito pelo princípio da legalidade/tipicidade, o dissentimento abrange o consentimento viciado, baseado em erro da vítima, nas condições *supra* referidas». E ainda «*O dissenso ou ausência de vontade pressupõe que a vítima expresse a sua vontade, seja por palavras ou por comportamentos que indiquem que seria compreensível para o agente perceber que a vítima não queria a prática daqueles atos. Mas, tal pressupõe que a vítima reúna condições para se expressar*».

Daí que «*caso a vítima se remeta ao silêncio aquando da prática dos atos, tal não significa necessariamente que não se preenche o tipo legal de violação, uma vez que não existiu uma oposição expressa ou tácita ao ato. Na verdade, equivalem ao dissentimento da vítima as situações equiparáveis de ausência de vontade livre e esclarecida, na formação da decisão e/ou na execução do ato, em que o “consentimento se mostra constrangido”, como é o caso do consentimento viciado por fraude ou medo, bem assim consentimento viciado por indução em erro ou aproveitamento de erro. O silêncio ou passividade da vítima, nestas hipóteses, em tudo semelhantes ao caso aqui tratado, nunca poderá ser entendido(a) como forma colaborar ou consentir a relação sexual.*»

Ainda antes da redação atual – quando o tipo de ilícito exigia um dos meios típicos trespassados agora para o n.º 2 para a consumação do crime –, o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 13 de abril de 2011³⁸, acerca da alegada violação de uma paciente por parte de um médico psiquiatra, analisou o consentimento, e deu como provada a sua inexistência, de mulher grávida em fim de tempo e emocionalmente frágil, porque padecia de depressão. Contudo, absolveu o arguido por entender não estar preenchido o requisito de «violência» para o efeito do artigo 164.º, n.º1, fundamentando-se na falta de resistência da vítima.

³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (2011).

ii. Avaliado segundo as circunstâncias envolventes

Deve existir, para efeitos de consumação dos crimes de coação sexual e violação, um critério objetivo de forma a respeitar os princípios do direito penal, nomeadamente, o princípio da culpa.

À questão «Porque se preferiu continuar a exigir o “constrangimento” ao invés de exigir a ausência de consentimento livre?», que tem vindo a ser erguida por parte da doutrina, acrescenta CONCEIÇÃO CUNHA «Porque se preferiu, como explicitação do conceito de constrangimento, referir a “contrariedade à vontade cognoscível da vítima” ao invés de se fazer uma leitura da vontade, apelando “ao contexto das circunstâncias envolventes” (formulação semelhante à do artigo 36.º da CI)?»³⁹

Do Relatório Explicativo da Convenção de Istambul resulta ainda que, independentemente da redação específica acolhida pelo legislador, as previsões legais com vista a incriminar, em todas as circunstâncias, a prática de atos sexuais não consensuais, e alcançada com recurso a interpretação de termos tais como «*coerção, violência, coação, ameaça, ardil, surpresa*», entre outros, deve ter em conta o contexto das situações específicas. O parágrafo 192 é claro ao estabelecer que durante a investigação criminal se deve analisar o contexto envolvente em que, cada um dos casos, é levado a cabo, de forma ser possível apurar se a prática de atos sexuais foi ou não livremente consentida em cada um deles, tendo sempre em consideração que as vítimas podem responder a violência sexual e à violação das mais variadas formas e não só através da resistência física.

Também o Tribunal de Relação do Porto, no recente acórdão de 21.09.2022, evidencia a «*a necessidade de avaliar sempre as circunstâncias envolventes do caso, como por exemplo, a vulnerabilidade da vítima, o contexto social ou outras circunstâncias que possam diminuir a sua capacidade de expressar uma vontade consciente, de acordo com a Convenção de Istambul, no seu artigo 36.º, n.º2, bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (acórdão MC vs. Bulgária, de 4 de dezembro de 2003)*».

³⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2021), p. 27.

Partindo da liberdade sexual enquanto bem jurídico, a adoção desta expressão pela lei penal acautelaria a verdadeira vontade da vítima, ao averiguar se, segundo as circunstâncias envolventes, existiu alguma forma de expressão que nos leve a concluir que a vítima quis ou não quis a prática de atos sexuais de relevo. Ademais, ao optar por este critério objetivo poderíamos abandonar a expressão «vontade cognoscível», típica do elemento subjetivo negligência.

iii. O modelo espanhol

De forma a concretizar o entendimento espelhado durante a dissertação, apresentamos o caso do nosso país vizinho, que consideramos cumprir a Convenção de Istambul e saudamos a escolha de palavras. O tratamento dado aos crimes em causa protege efetivamente a liberdade sexual cumprindo, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como oferece clareza no momento de subsunção aos tipos legais, o que evita a tarefa de decifrar, através de escrutínio doutrinal e jurisprudencial, os conceitos eleitos pelo legislador português.

O Título VIII do Código Penal espanhol, denominado de «*Delitos contra la libertad sexual*» contém no seu primeiro capítulo as condutas que a esta dissertação importam: «*las agresiones sexuales*», donde se compreende a punição dos crimes, denominados no Código português como coação sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e abuso sexual de pessoa internada.

A lei penal espanhola protagonizou uma reviravolta na criminalização de condutas contra a liberdade sexual com a entrada em vigor da *Ley Orgánica* 10/2022⁴⁰, de 6 de setembro, denominada de *Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual* e comumente conhecida como a lei «Solo sí es sí», que torna o consentimento na pedra angular destes crimes. A alteração legislativa rapidamente se tornou polémica, mas essencialmente pela alteração da moldura penal em consequência da eliminação da distinção entre abuso

⁴⁰ Cf, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630#df-4>.

sexual e agressão sexual e respetivas consequências em alguns casos mediáticos à luz do princípio da não retroatividade da lei penal.

A redação em vigor do Código Penal espanhol é a dada pela recentíssima Ley Orgánica 4/2023⁴¹, de 27 de abril, que trouxe apenas ligeiras modificações aos tipos de ilícito em causa, sendo:

Artículo 178

- 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona **sin su consentimiento**.. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya **manifestado libremente** mediante actos que, **en atención a las circunstancias** del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*
- 2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.*
- 3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.*
- 4. (...)*

Artículo 179.

- 1. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años.*
- 2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.*

Já no *Artículo 180*, encontramos circunstâncias agravantes do crime, aumentando consequentemente as penas anteriormente descritas.

⁴¹ Cf. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-10213#au>.

Não aprofundemos nesta senda a generalização de todos os atos contra a liberdade sexual enquanto agressões sexuais, mas congratulamos a adoção do modelo do consentimento pelo legislador espanhol, em conformidade com a ratificada Convenção de Istambul, e a cuidadosa escolha dos termos. Importa enaltecer a inexistência de consentimento enquanto elemento do crime e a respetiva explicitação do mesmo, atendendo a uma manifestação (livre!) de atos que, avaliados segundo as circunstâncias envolventes, expressem evidentemente a vontade da pessoa.

V. CONCLUSÕES

A presente dissertação procurou analisar a correlação entre o constrangimento presente nos crimes de coação sexual e violação e o consentimento livre, resultando as seguintes considerações finais:

1. Em 2013 observamos a ratificação da Convenção de Istambul por Portugal que, complementada pelo seu Relatório Explicativo, prima pela ausência de consentimento enquanto elemento dos crimes de «violência sexual» e que o mesmo seja avaliado de acordo com as circunstâncias envolventes em que é prestado.
2. A redação vigente dos crimes de coação sexual e violação, previstos e punidos nos artigos 163.º e 164.º do CP, surge em 2019 e resulta das críticas tecidas pelo GREVIO relativas à redação de 2015, pois não considerou a lei penal portuguesa conforme com a convenção de Istambul. O tipo fundamental de ambos os crimes consiste agora no constrangimento através de qualquer meio, sendo o uso de violência ou ameaça grave uma qualificativa do ilícito.
3. O modelo do constrangimento, adotado pelo legislador em Portugal, faz do constrangimento o cerne dos crimes sexuais, enquanto o modelo do consentimento exige a exteriorização da vontade favorável da vítima ao praticar o ato sexual de relevo, podendo esta ser tácita.
4. Não é certo que sempre que inexista consentimento, se observe um constrangimento sobre a vítima.
5. Nos casos de indiferença, indecisão ou hesitação da vítima verifica-se lesão do bem jurídico liberdade sexual, nos termos da Convenção de Istambul.
6. Quanto à redação atual da lei penal, parte da doutrina impõe o ónus de comunicar o dissentimento, por qualquer forma objetivamente adequada, de maneira a que o/a destinatário/a interrompa a referida sucessão de atos conducente à prática sexual.

7. A mais recente interpretação jurisprudencial tem sido conforme à Convenção de Istambul, no sentido de englobar nos tipos legais todos as situações em que o ato sexual de relevo não coincide com a vontade real da vítima. Não obstante, a mesma façção da jurisprudência que elabora esta interpretação *lata* alerta para a problemática presentes na redação atual, que pode não englobar as situações mencionadas.
8. Consubstanciam «meios empregues para a prática de ato sexual da vítima» a ameaça não grave; o temor provocado na vítima; a relação de dependência hierárquica; a surpresa e o engano.
9. Não é certo que as ameaças implícitas, como sejam as fundadas em violência ou ameaças passadas, como observamos nos chamados «climas de violência», integrem um «meio» para efeitos de preenchimento do tipo penal.
10. São muitos os casos em que uma pessoa sucumbe aos avanços indesejados de outra por receio do que poderá acontecer se não ceder.
11. A par das situações que possam sair impunes com o modelo do constrangimento, a nossa preocupação prende-se com aquelas em que o agente utiliza um meio sem conhecer do mesmo; em que não o utiliza propositadamente ou quando o utiliza com a intenção de cometer um dos crimes mas este não coage a vítima.
12. A cognoscibilidade da vontade é um conceito próprio da negligência. Parece-nos que o legislador optou por uma solução híbrida e modo a satisfazer diferentes vertentes do direito penal que, na verdade, resulta na punição de uma conduta a título de negligência consciente disfarçada de dolo eventual.
13. Foram já apresentados projetos de lei no sentido de substituir o modelo do constrangimento pelo do consentimento, que colheram pareceres positivos – no tocante ao uso do não consentimento enquanto base dos crimes – do Conselho Superior da Magistratura e da Ordem dos Advogados.
14. O consentimento, além de livre, deve ser avaliado segundo as circunstâncias envolventes, como exigido pela própria Convenção de Istambul.

15. O Código Penal espanhol concretiza o nosso entendimento e encontra-se em conformidade com a Convenção de Istambul.

16. Embora a interpretação do conceito de constrangimento presente nos crimes de coação sexual e de violação tenha sido alvo, nos últimos anos, de uma interpretação abrangente por parte da doutrina que, admiravelmente, integra neste conceito grande parte das situações que colocam em perigo o bem jurídico liberdade sexual, consideramos não ser esta redação atual a ideal, além de não uniforme com a Convenção de Istambul.

17. Constatando-se a imprescindibilidade de uma cuidadosa interpretação para a correta aplicação dos artigos 163.º e 164.º, atualmente, nos termos da doutrina e jurisprudência que ora analisámos, questionamos a razão de não ter havido ainda uma alteração legislativa consonante com a interpretação que tem vindo a ser feita, de forma a facilitar por um lado o trabalho dos ilustres juízes do país; mas também a garantir uma aplicação conforme a Convenção de Istambul.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2022, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5ª ed., Universidade Católica Editora.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995, *Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Almedina.

BELEZA, Teresa Pizarro, 1996, “Sem Sombra de Pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal*, Vol. I., pp. 157 a 183.

BELEZA, Teresa Pizarro, 2016, “Consent – It’s as Simple as Tea»: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*”, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (coord.), Universidade Católica Editora, pp. 15 a 26.

CAEIRO, Pedro, 2019, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, nº 23, pp. 631-679.

CORREIA, Liliana Cristina Gomes, 2020, “As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coação Sexual e Violação”, in *Revista Julgar*. (Disponível em <https://julgar.pt/as-alteracoes-de-2019-ao-codigo-penal-em-materia-de-crimes-sexuais-os-crimes-de-coacao-sexual-e-violacao/>).

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2011, “Conceito de violência no crime de violação, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 3, pp. 441 a 479.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2016, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (coord.), Universidade Católica Editora, pp. 129 a 166.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2021, “A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da convenção de Istambul”, in *Crimes Sexuais – 2ª edição*, Centro de Estudos Judiciários, pp 13 a 38.

DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*”, direção de Jorge de Figueiredo Dias, 2ª ed., Coimbra Editora, pp. 714 a 755.

LEITE, Inês Ferreira, 2011, “A tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, ano 21, n.º 1, pp. 29 a 94.

LOPES, José Mouraz, 2008, *Os crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal após a revisão de 1995*, 4ª ed., Coimbra Editora.

LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2015, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela, 2020, “A reforma permanente dos crimes sexuais no ordenamento jurídico-penal português”, in *Reformas Penales en la Peninsula Ibérica, A Jangada de Pedra*, Agencia Estatal.

SILVA, Germano Marques da, 2015, *Direito Penal Português: Teoria do crime*, 2ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2011, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 128, pp. 273 a 318.

VENTURA, Isabel, 2016, “A violação na jurisprudência e na doutrina”, in *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (coord.), Universidade Católica Editora, pp. 39 a 68.

VII. OUTRAS FONTES

Jurisprudência

Acórdão MC vs. Bulgária, de 4.12..2003 (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos), in https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.04.2011 (Eduarda Lobo), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.09.2014 (Lígia Figueiredo), in www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21.09.2022 (João Pedro Pereira Cardoso), in www.dgsi.pt.

Legislação

DL n.º 48/95, de 15 de Março – Código Penal.

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, del Código Penal.

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de setembro.

Pareceres

GREVIO's Evaluation Report, on Legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), Portugal, Council of Europe, de 21 de Janeiro de 2019 (Disponível em <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>)

Parecer da Ordem dos Advogados, de 8 de julho de 2019, sobre o projeto de lei Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a (Disponível em

[https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453387851304644524578484c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764e7a6c6a4e474e6d596a63744d4441775a4330304e324d784c546779596a4d744d44686c4d5445334e6a426c4d5751324c6e426b5a673d3d&fich=79c4cfb7-000d-47c1-82b3-08e11760e1d6.pdf&Inline=true\).](https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453387851304644524578484c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764e7a6c6a4e474e6d596a63744d4441775a4330304e324d784c546779596a4d744d44686c4d5445334e6a426c4d5751324c6e426b5a673d3d&fich=79c4cfb7-000d-47c1-82b3-08e11760e1d6.pdf&Inline=true).)

Parecer do Conselho Superior da Magistratura, de 18 de maio de 2014, sobre o Projeto de Lei n.º 664/XII/4.^a. (Disponível em

[https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938795a5467334d6a67314e6930794e4463344c54526a4f574d744f44686a4d6930354d574d324d6a67775954466b4d4451756347526d&fich=2e872856-2478-4c9c-88c2-91c6280a1d04.pdf&Inline=true\).](https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938795a5467334d6a67314e6930794e4463344c54526a4f574d744f44686a4d6930354d574d324d6a67775954466b4d4451756347526d&fich=2e872856-2478-4c9c-88c2-91c6280a1d04.pdf&Inline=true).)

Parecer do Conselho Superior de Magistratura, de 16 de maio de 2019, sobre Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.^a. (Disponível em

[https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453387851304644524578484c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764d7a637a4e4459775a6d4d745a6a5a6d4e5330304e7a49774c5749775a6a51744f4449355a6d5135597a686a4f546b304c6e426b5a673d3d&fich=373460fc-f6f5-4720-b0f4-829fd9c8c994.pdf&Inline=true\).](https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453387851304644524578484c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a685132397461584e7a595738764d7a637a4e4459775a6d4d745a6a5a6d4e5330304e7a49774c5749775a6a51744f4449355a6d5135597a686a4f546b304c6e426b5a673d3d&fich=373460fc-f6f5-4720-b0f4-829fd9c8c994.pdf&Inline=true).)