

Fraude sexual: o patinho feio dos crimes sexuais?

Marcela Valente Costa

Doutoranda em Direito. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito,
Centro de Estudos e Investigação em Direito, Portugal.

E-mail institucional: s-mvfcosta@ucp.pt

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-1740-0454>

SUMÁRIO

1. Introdução
 2. Uma breve evolução histórica da fraude nos crimes sexuais e o bem jurídico protegido
 3. O crime de fraude sexual
 4. Pena
 5. Conclusões
- Bibliografia

1. Introdução

Os crimes sexuais contemplam uma panóplia de tipos legais de crime; entre eles encontramos a fraude sexual. Sendo um tipo de ilícito quase esquecido e ignorado – daí questionarmos se será o “patinho feio” dos crimes sexuais –, neste estudo iremos tentar perceber qual o fundamento para a sua existência.

Iniciaremos o nosso caminho por uma breve evolução histórica que nos irá permitir perceber os processos de transformação deste tipo legal de crime. Não podemos compreender os intentos do legislador sem olhar para o passado. Seguimos caminho atentando para o que nos diz a letra da lei no art.º 167.º; aproveitamos para questionar não só o enquadramento sistemático do tipo legal, mas também o seu verdadeiro papel e o seu potencial alcance se a visão do legislador fosse outra. Antes de terminarmos este caminho, na “conclusão”, iremos debruçar a nossa atenção na medida da pena e nas suas implicações no papel da “fraude sexual”. Como o leitor facilmente perceberá, este caminho não é longo, mas é intenso.

Dedicarmo-nos a um tipo legal de crime que está quase ausente do quotidiano dos nossos tribunais, traz-nos o peso de não conseguirmos usar decisões jurisprudenciais como referência e base de reflexão. Este custo, que advém de nos centrarmos em temas que não são comuns, é compensado pela pertinência dos problemas que convoca. Pois, acreditamos estar em causa uma forma de proteção da liberdade sexual que merece e carece da atenção de todos, e dos juristas em particular. Foi exatamente por vermos este potencial ser tão menosprezado que iniciámos este caminho, esperando poder suscitar um movimento de pensamento crítico sobre o que é e o que pode vir a ser a “fraude sexual”.

Desta forma, o objetivo deste trabalho prende-se com atentarmos no crime de fraude sexual com um olhar crítico, interpretando-o segundo a Convenção de Istambul e, assim, chegar ao seu verdadeiro potencial de aplicabilidade prática. A relevância deste estudo será, assim, a de compreender a liberdade sexual num sentido mais amplo, onde a fraude sexual poderá vir a ser uma resposta para não excluirmos do âmbito de proteção lesões com dignidade penal.

2. Uma breve evolução histórica da fraude nos crimes sexuais e o bem jurídico protegido

O crime de fraude sexual, previsto no art.º n.º 167.º do Código Penal¹, incorpora a Secção I – Crimes contra a liberdade sexual, do Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, do Título I – Dos crimes contra as pessoas.

No mundo dos crimes sexuais², a fraude surgiu pela primeira vez no CP de 1852³ enquanto «meio fraudulento de sedução» – presente nos artigos 393.º – «Estupro voluntário»⁴ – e 394.º – «Violação»⁵. Neste meio de execução estavam abrangidas as situações em que houvesse a utilização de falsidade ou de mentira, isto é⁶, engano. Como escreveu Beleza dos Santos acerca deste meio, «Por fraude deve entender-se qualquer meio que se empregue para induzir a mulher em êrro, e levá-la a não fazer uma oposição que faria, se o êrro não tivesse existido»⁷. Neste sentido, podemos afirmar que a atuação do agente ao causar erro na mulher, a única vítima nos crimes sexuais no CP em apreço, era suficiente para, por um lado, não se exigir à vítima o comportamento de oposição a que esta estava adstrita⁸, e, por outro, era bastante para haver necessidade de punição. *E.g.* quando o agente entra a meio da noite para a cama em que está

1 De agora em diante CP.

2 Na história dos crimes sexuais, não podemos colocar de parte que o meio “fraude” também se encontrava no crime de Lenocínio. Contudo, pelo facto de o crime de Lenocínio ser um tipo legal vasto e denso, com muitos detalhes e problemáticas, optámos por não o incluir neste pequeno estudo que agora apresentamos. Deixamos assim nota de que a fraude também fez parte deste ilícito típico, mas o seu estudo ficará de fora desta análise. Da mesma forma, quando nos referimos a crimes sexuais, estamos apenas a falar de situações em que a vítima é adulta. Pelo que, os crimes sexuais presentes na secção II, relativa à autodeterminação sexual, estão fora deste estudo.

3 Decreto de 10 de dezembro de 1852.

4 «Aquelle, que, por meios fraudulentos de seducção, estuprar mulher virgem, ou viuva honesta, maior de dezeseite annos, e menor de vinte e cinco annos, terá a pena de prisão correccional de um até tres annos.»

5 «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.

§unico. Se a pessoa violada fôr menor de doze annos, será sempre applicada a mesma pena, posto que não se prove que concorreu nenhuma das circunstancias declaradas neste artigo.»

6 De agora em diante i.e.

7 SANTOS (1925), p. 385.

8 Lembramos que no crime de Violação era exigido à mulher todo um procedimento de forma a provar que tinha havido uso da violência. Levi Maria Jordão enumera alguns elementos que fazem presumir a violência, a saber: «a existência de desigualdade evidente entre as forças da vítima e as do violador; o fato de ter gritado e invocado socorro; e os vestígios nela existentes que provem a força brutal de que foi vítima». JORDÃO (1861) – p. 158. Para um estudo mais aprofundado sobre esta temática, recomendamos: VENTURA, Isabel (2018) – *Medusa no Palácio da Justiça ou uma História de Violação Sexual*. Lisboa: Tinta da China.

a vítima, fazendo-se passar pelo marido desta, consumando a cópula⁹. Já na vigência do CP de 1886¹⁰, a fraude não era elemento típico do crime de «Estupro voluntário» (art.º 392.º), uma vez que o legislador optou pelo “meio de sedução”. Onde não há uma presunção de sedução, nem a exigência de fraude na sedução¹¹, apenas se exige como meio a “sedução” – note-se que a sedução com fraude é punível, apenas não é exigível. A título exemplificativo, constitui um meio de sedução a promessa de casamento¹². No crime de «Violação»¹³ (art.º 393.º), a fraude, desde que «não constitua sedução», é um dos meios de execução – aplicando-se aqui a interpretação dada no CP anterior.

Em 1983¹⁴, quando entrou em vigor o novo CP de 1982, iniciou-se um processo de *descriminalização*¹⁵ com o propósito de salvaguardar apenas os bens e interesses com real dignidade e necessidade jurídico-penal. Figueiredo Dias afirma que «um outro domínio – porventura o domínio por excelência – de actuação do processo de descriminalização é o da *conduta sexual*»¹⁶. Desde logo, na alteração da denominação da sua secção, em que o legislador decidiu seguir os passos do ordenamento jurídico alemão, abandonando os «crimes contra a honestidade» e adotando a designação «crimes sexuais»¹⁷. Das muitas alterações realizadas, não sendo possível neste estudo fazer referência a todas, salientamos os três tipos legais de crime que assumiam um papel importante

9 Este é o exemplo mais comum na literatura jurídica. Num acórdão de 31.05.1961, o Supremo Tribunal de Justiça, proc. nº 30630, declarou que «aquele que, introduzindo-se na cama de mulher casada e, fazendo-se passar pelo marido, e aproveitando a sonolência, consegue com ela manter cópula, por não se aperceber do logro, comete o crime de violação por meio de fraude».

10 Decreto de 16 de setembro de 1886.

11 Contra, atribuindo o sentido da lei anterior onde a fraude ou o engano tem de estar presente para se considerar que houve sedução, acórdão do Tribunal da Relação de Luanda 2 de outubro de 1909, *Gazeta da Relação de Lisboa*, 24, 254.

12 A promessa de casamento, que na legislação anterior tinha de ser fraudulenta para caber no meio de execução, tem de determinar que a estuproada consinta. Assim, *Gazeta da Relação de Lisboa*, 24, 254.

13 «Aquele que tiver cópula ilícita com qualquer mulher, contra a sua vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e terá a pena de prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a de prisão maior temporária.»

14 DL n.º 400/82, de 23 de setembro.

15 Para um estudo aprofundado sobre esta temática, recomendamos: ANDRADE/DIAS (2013).

16 DIAS (1976), p. 23. Sublinhado do autor.

17 Costa Andrade, relativamente a esta modificação e ao processo de descriminalização, «analisa em dois objectivos fundamentais: privilegiar a liberdade e autenticidade de expressão sexual (...) e eliminar todas as formas de discriminação tanto entre sexos como entre as formas de orientação sexual». ANDRADE (1982), p. 228, nota de rodapé n.º 37.

nesta secção, a saber: «Violação»¹⁸, «Violação de mulher inconsciente»¹⁹ e «Cópula mediante fraude»²⁰. A opção do legislador em dividir condutas que antes estavam previstas no crime de Violação (art.º 201.º), criando assim mais dois tipos legais de crime («Violação de mulher inconsciente», art.º 202.º, e «Cópula mediante fraude», art.º 203.º), originou uma gradação desses comportamentos atribuindo-lhes gravidades diferentes, i.e., sanções distintas. No que à cópula mediante fraude diz respeito, se até então os meios de execução através da fraude contemplavam um número elevado de formas de induzir em erro, não estamos mais perante essa realidade. No ilícito penal sobre o qual agora nos debruçamos, o legislador limitou o uso da fraude para a consumação da cópula às situações em que «a mulher se engana sobre a identidade pessoal do agente ou sobre a legitimidade da conjugação carnal a que se presta»²¹. Ou seja, a fraude está limitada à identidade pessoal ou à legitimidade da cópula – que se assume legítima quando os sujeitos estejam unidos pelo casamento.

Na Revisão de 1995²², deixámos de ter a epígrafe «Cópula mediante fraude» e passamos a ter um ilícito penal denominado de «Fraude Sexual». Foi precisamente nesta Revisão do CP que as vozes críticas da tipificação da fraude nos crimes sexuais se evidenciaram. Já durante a Comissão de Revisão houve alguma discussão sobre este tópico, mas após a sua entrada em vigor as críticas não se afiguraram menores – sobretudo por se considerar que «a manutenção deste crime **frustrou a geral intenção de descriminalização**»²³. Esta consideração, ou melhor, esta desconsideração da Fraude sexual enquanto comportamento suficientemente lesivo da liberdade sexual para assumir dignidade penal, parece ter tornado este ilícito típico no “patinho feio” dos crimes sexuais. A necessidade penal também poderá colocar em causa a tipificação

18 «1 – Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constringer a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos.

2 – Na mesma pena incorre quem, independentemente dos meios empregados, tiver cópula ou acto análogo com menor de 12 anos ou favorecer estes actos com terceiro.

3 – No caso do n.º 1 deste artigo, se a vítima, através do seu comportamento ou da sua especial ligação com o agente, tiver contribuído de forma sensível para o facto, será a pena especialmente atenuada.»

19 «1 – Quem tiver cópula com mulher inconsciente, incapaz de resistir fisicamente ou portadora de anomalia psíquica que lhe tire a capacidade para avaliar o sentido moral da cópula ou se determinar de harmonia com essa avaliação, ou com mulher menor de 14 anos, será punido com prisão de 2 a 5 anos.

2 – Na mesma pena incorre quem, nas circunstâncias descritas no número anterior, constringer a mulher à cópula ou favorecer esta com terceiro.»

20 «Quem tiver cópula com mulher, fazendo-lhe supor a existência de casamento, ou provocando ou aproveitando um erro de forma que a vítima considere a cópula conjugal, será punido com prisão de 6 meses a 3 anos.»

21 SANTOS/LEAL-HENRIQUES (1986), p. 71.

22 Decreto-Lei 48/95 de 15 de março.

23 RODRIGUES/FIDALGO (2012), p. 770, §1. Sublinhado do autor.

destes comportamentos, pois as maiores ou menores necessidades de prevenção também se relacionam com a frequência ou excepcionalidade das situações – não há praticamente nenhum caso de Fraude sexual na jurisprudência. Contudo, a redução da Fraude sexual à identidade pessoal do agente pode ser um fator que explica esse fenómeno de quase inexistência da Fraude sexual nos tribunais. Ademais, também nos parece perfeitamente possível que o uso das redes sociais, onde é frequente o recurso a fraudes para se tentar estabelecer relacionamentos sociais (onde o erro em relação à idade é muito frequente), nos consciencialize quanto à necessidade de alargamento do tipo legal, o que conduziria, certamente, a um aumento do número de situações levadas a tribunal. Ao lado das vozes que criticam, também há vozes que se levantam a favor da permanência deste ilícito penal. A título de exemplo, Margarida Pereira defende que «abre as portas à aplicação em casos verdadeiramente pertinentes: provocação de erro sobre a identidade do parceiro sexual, o que é sempre um modo de restringir a liberdade de determinação»²⁴.

Previsto no art.º 167.^{º25}, ele não é *ipsis verbis* o que estava protegido na «Cópula mediante fraude», antes utiliza o mesmo processo – fraude – para a obtenção de um resultado que, aos olhos do legislador, lesa um bem jurídico-penal. Neste ilícito típico, à semelhança do que aconteceu em outros tipos legais de crimes sexuais, os atos extravasam a cópula; a esta acrescentou-se o coito anal e o ato sexual de relevo – o que nos permite concluir que, para além de um aumento dos atos típicos, houve também a abertura do sujeito passivo ao homem, o que não sucedia até o então. O âmago deste tipo legal de crime restringe-se ao «aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal». Ora, o legislador restringiu o ilícito ao aproveitamento, não fazendo menção à criação por parte do agente do erro – surgindo a interrogação sobre se terão ficado fora do seu âmbito de aplicação as situações em que o agente, querendo a consumação de um dos atos típicos, cria na vítima um erro sobre a sua identidade pessoal, tal como era mencionado na Cópula mediante fraude. Desta forma, é na Revisão de 95 que se questiona o afastamento da punibilidade da criação de um erro por parte do agressor na vítima, sobre a identidade pessoal daquele. I.e., poderia considerar-se que não cabe mais à «Fraude sexual» punir o erro criado pelo agente, de outro modo, pune apenas aquele que é criado pela vítima ou por terceiro e que o agente «aproveita fraudulentamente».

Em 1998²⁶, à semelhança do que aconteceu em outros tipos legais de crime sexuais, o legislador tipificou o coito oral, equiparando-o à cópula e ao coito

24 PEREIRA (1996), 7.

25 «Quem, aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou acto sexual de relevo é punido com pena de prisão até 2 anos.»

26 Com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro.

anal e dividiu o tipo legal em dois números²⁷. Assim, no n.º 1 do art.º 167.º passou a prever-se apenas o «aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal» para a prática de ato sexual de relevo, sendo a medida da pena até um ano de prisão, e no n.º 2 o mesmo aproveitamento para praticar cópula, coito anal e coito oral é punido com prisão até dois anos.

Mais tarde, já em 2007²⁸, o legislador considerou relevante acrescentar outro ato típico: a «introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos». Esta foi adicionada ao n.º 2, igualando-a aos atos já tipificados no mesmo número²⁹. Os «objetos» não assumem necessariamente um carácter sexual, i.e., cabem nos objetos que são introduzidos na vagina ou no ânus todos os que «tenham aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal»³⁰ – e não apenas os objetos de cariz sexual. Quanto às «partes do corpo» «abrange inequivocamente os braços, pernas, pés, mãos, punhos, dedos, língua»³¹, entre outros.

De 2007 até ao momento atual, o crime de Fraude Sexual não sofreu nenhuma alteração. Mantém-se o seu conteúdo e as críticas acerca da pertinência e até da constitucionalidade da tipificação desta conduta.

Da breve e resumida evolução histórica desta forma de provocar ou aproveitar um erro para, com isso, levar à prática de um dos atos típicos, compreende-se que distintos foram os bens jurídicos que se pretenderam tutelar. Antes de mais, cumpre definir-se o que se entende por bem jurídico. Por força da questão central deste estudo e dos limites que não queremos desrespeitar, não nos é permitida uma extensa explicação das diversas interpretações deste conceito, pelo que, remetemos para um próximo estudo o desenvolvimento (merecido) desta temática. Resta-nos, por agora, fazer nossas as palavras de Taipa de Carvalho sobre o conceito de bem jurídico, sendo «bens, interesses ou valores apreendidos pela consciência ético-social como fundamentais à convivência comunitária, na qual se realiza a pessoa humana», i.e., «valores considerados, pelo ethos social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade»³². Aliado ao bem jurídico não podemos deixar de referir o «direito penal do bem jurídico». O carácter subsidiário e fragmentário do Direito Penal torna imperativo balizar os

27 «1 – Quem, aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar com outra pessoa acto sexual de relevo é punido com pena de prisão até 1 ano.

2 – Quem, nos termos previstos no número anterior, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão até 2 anos.»

28 Lei n.º 59/2007, 4 de setembro.

29 Aos atos mencionados no n.º 2 designamos por atos sexuais de especial relevo.

30 DIAS (2008), p. 240.

31 LOPES/MILHEIRO (2021), p. 95.

32 CARVALHO (2022), p. 48. Sublinhado do autor.

limites que o legislador deve respeitar³³. Limites esses que nos são dados pela Constituição³⁴, segundo a nossa doutrina³⁵, que adota a concepção de Figueiredo Dias do «direito penal do bem jurídico»³⁶. Este autor é o nome incontornável na defesa da relação estreita entre a CRP e o Direito Penal³⁷, à semelhança de Franco Bricola em Itália³⁸. O «direito penal do bem jurídico», considerado um princípio jurídico-constitucional não escrito³⁹, entrega nas mãos da Constituição a fonte de legitimação material do Direito Penal. Associado a este princípio estão os critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade/carência da intervenção penal (artigo 18.º, n.º 2 da CRP, com o intuito de reforçar a estrita vinculação do direito penal à ordenação axiológico-constitucional dos bens jurídicos). É através deste crivo que podemos afirmar e justificar, à luz desta teoria, a existência de tipos legais de crime cujo objetivo passará, necessariamente, por proteger bens jurídicos dignos de tutela penal.

Nesta senda, nos primeiros Códigos Penais, o bem jurídico que se pretendia acautelar quando se tipificavam os comportamentos que hoje designamos por crimes sexuais, era a honestidade. Esta estava intrinsecamente ligada à castidade – abstinência dos comportamentos sexuais não permitidos. Como ensina Levi Maria Jordão, «a *castidade* ou *honestidade* substitue a idéa materializada da virgindade, uma idéa moral elevada, e satisfaz plenamente o fim do legislador»⁴⁰. Ao contrário do que acontecia em outros tipos legais de crime, e.g. ultraje público ao pudor, em que a honestidade de quem presenciava também era tutelada, i.e., o bem jurídico vai para além da vítima, quando nos voltamos para os crimes que tinham como meios de execução a fraude, a honestidade que se visava proteger era apenas a das vítimas – honestidade sexual individual. Em suma, o engano/erro provocado ou aproveitado pelo homem para

33 Nas palavras de Figueiredo Dias «o legislador não é, com efeito, completamente livre nas suas decisões de criminalização e de descriminalização». Dias, (1976), p. 73.

34 De agora em diante CRP.

35 ANDRADE (1992), p. 184 e 185; PALMA (2014), p. 18 e 19; BELEZA (1998), pp.39 e 40; CUNHA (1995) – e, ainda, PALMA (2017), pp. 78 e 79.

36 DIAS (2009), p. 31 e ss. Este princípio, segundo explica o autor, tem origem no «pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII – no racionalismo cartesiano, no individualismo liberal, na mundividência antropocêntrica e humanista – e, pelo que directamente respeita à doutrina jurídico-penal, no movimento do Iluminismo penal; e que foi afinando na sua projecção prático-normativa durante mais de um século, até ganhar expressão definitiva (...) em finais dos anos sessenta do século passado».

37 «Entre as duas ordens se verificará pois uma relação, (...) de analogia substancial, fundada numa especial correspondência de sentido; (...) a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado». DIAS (1983), p. 15. Com uma visão crítica, COSTA (2013), p. 162.

38 Com a “Teoria generale del reato”. Para um estudo mais aprofundado, CUNHA (1995).

39 Entre outros, ANTUNES (2019), p. 25.

40 Jordão (1861), p. 142. Sublinhado do autor.

consumar o ato da cópula lesava a honestidade da mulher – que se encontrava na posição de ser humano moralmente imaculado sem ter o poder de “tomar as rédeas” da sua vida sexual.

Por força da evolução dos tempos e das mudanças em outros ordenamentos jurídicos⁴¹, o nosso legislador penal colocou a liberdade sexual como bem jurídico, eliminando a honestidade pela sua forte ligação à moralidade quer individual, quer coletiva. Desta forma, a liberdade sexual assumiu o papel de bem digno de tutela penal, ramificando-a em diversos tipos legais que compreendem comportamentos considerados lesivos. O caminho que o legislador penal atravessou para abandonar a moralidade e os bons costumes ainda não terminou, aliás será no âmbito dos crimes sexuais que a moralidade está mais enraizada. Como escreve Inês Ferreira Leite o «peso histórico das concepções moralistas associadas à tutela penal da sexualidade (...) [em] alguma jurisprudência – não tão remota quanto se desejava – acaba por ter um efeito de assombração sobre qualquer estudo relativo à tutela penal da sexualidade, sendo extremamente difícil fugir à contaminação do Direito pela Moral»⁴².

A liberdade sexual, sendo um ramo da liberdade, tem fundamento na dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CPR) – princípio que engloba e alicerça todos os direitos fundamentais. Se tomamos como certo que a liberdade confere a cada indivíduo o poder de proceder de acordo com a sua vontade, dentro dos limites legais, e em diferentes esferas da sua vida, a liberdade sexual não poderia ser diferente. Cada indivíduo deve ter ao seu alcance a possibilidade de viver a sua vida sexual em harmonia com os seus desejos, vontade e interesses. Nas palavras de Pedro Vaz Patto «a liberdade é, pois, o único valor a proteger penalmente no âmbito da sexualidade. E é assim porque a liberdade individual é um pressuposto imprescindível da convivência social, que abarca diversos domínios, entre os quais o da esfera sexual assume particular relevância»⁴³. Apesar de não encontrarmos no texto da CRP um direito à liberdade sexual (escrito), e a dignidade da pessoa humana ser um princípio que abarca múltiplos direitos, se atentarmos na teoria do “direito penal do bem jurídico”, como mencionamos *supra*, vemos que para além de não podermos pôr em causa a fundamentalidade e constitucionalidade da liberdade sexual, podemos ainda atribuir-lhe um outro fundamento constitucional. Referimo-nos ao direito à integridade moral, previsto no art.º 25.º da CRP. Assim, a liberdade sexual tem fundamento constitucional

41 O ordenamento jurídico português acompanhou uma onda de mudança que se deu em alguns países, nomeadamente no ordenamento jurídico espanhol – onde, por força do princípio da igualdade da Constituição de 1978, o legislador penal substituiu a honestidade pela liberdade sexual numa reforma de 1989.

42 LEITE (2011), p. 30.

43 PATTO (2001), p. 126.

na dignidade da pessoa humana e no direito à integridade moral – de notar que não nos referimos à integridade física por considerarmos que os crimes sexuais não exigem uma ofensa física. A integridade moral com vínculo à autodeterminação e livre manifestação de vontade de cada pessoa, respeitando, no âmbito dos crimes sexuais, o consentimento e todos os seus requisitos para ser considerado válido, é alicerce constitucional para a liberdade sexual.

Se a “Fraude sexual” tem a sua génese no erro/engano sobre determinado aspeto – a identidade pessoal –, o “consentimento”⁴⁴ baseado nesse erro/engano pode ser considerado válido? Parece-nos que não. Da mesma forma, não podemos afastar da tutela da liberdade sexual a tutela do consentimento válido. Pois, o agente, ao aproveitar-se de um erro em que a pessoa se encontra, com o fim de praticar o ato sexual de relevo ou de especial relevo, está a ferir o bem que se pretende acautelar – a liberdade de viver a esfera sexual de acordo com a sua vontade implica o conhecimento pleno das circunstâncias e não uma realidade distorcida. Sem conhecer a verdade dos factos, o “consentimento” prestado não poderá ser considerado válido por não se fundamentar em elementos verdadeiros. Por esta razão, não compreendemos a pouca importância que, muitas vezes, é atribuída (ou reconhecida) à “Fraude sexual”, colocando-a num posicionamento de inferioridade relativamente à ofensa ao bem jurídico liberdade sexual. Será que a “Fraude sexual” não é suficientemente grave para ser punível? O engano não é munido de gravidade tal que assuma dignidade e necessidade penal para ser tipificado?

3. O crime de fraude sexual

O crime de Fraude sexual, previsto no art.º 167.º do CP, tipifica comportamentos de aproveitamento fraudulento de um erro sobre a identidade pessoal. Isto significa que a vítima tem de estar em erro sobre a identidade pessoal de quem com ela realiza o ato sexual de relevo (n.º 1) ou de especial relevo (n.º 2), erro esse que não precisa, necessariamente, de ser provocado pelo agente⁴⁵. Ao agente apenas se exige um aproveitamento fraudulento desse erro em que a vítima se encontra. É essencial que o agente saiba do erro em que a vítima está (ou, pelo menos, se conforme com a possibilidade de esta estar em erro), e que este erro seja sobre a identidade pessoal – pensa que o agente é uma pessoa que não é, *e. g.*, a vítima pensa que a pessoa com quem está a ter cópula é uma e, na verdade, é o seu irmão gémeo. A visão distorcida da realidade que a vítima

44 Colocamos entre aspas por não se tratar de um consentimento no seu verdadeiro sentido e alcance.

45 Neste sentido, RODRIGUES/FIDALGO (2012), p. 773, §8.

tem leva à prática de atos sexuais de relevo (ou especial relevo). Desta forma, podemos afirmar que há uma relação de dependência entre aquilo em que a vítima acredita (que não é real) e a prática dos atos sexuais. I.e., se não fosse o erro, a vítima não acedia à prática de atos sexuais. Se o erro não se afigura relevante para a prática do ato sexual, não há fraude sexual. Pois, o erro tem de ser determinante para a vontade da vítima.

O aproveitamento fraudulento dá-se após o erro e, como já referimos, não é necessariamente o agente quem o provoca. Assim, o erro causado pelo agente ou não, poderá até ter sido causado para outros fins, fulcral é que após se aperceber do erro em que a vítima se encontra o autor do crime use tal erro para a prática de ato sexual de relevo (ou de especial relevo).

«O erro tem de ser sério, no sentido de que atendendo às circunstâncias concretas ambientais e da própria personalidade da vítima, o motivo invocado para o erro seja apto a distorcer a realidade, bem como que essa distorção seja a causa dos contactos sexuais.»⁴⁶ O erro sobre as qualidades do agente não é relevante para o ilícito, assim como o «caráter conjugal da cópula»⁴⁷, só a identidade do agente releva. O elemento diferenciador do ilícito, tal como menciona Paulo Pinto de Albuquerque, é o «aproveitamento do erro da vítima (*rectius*, a instrumentalização do erro com vista à facilitação do ato sexual) (...). Nesta instrumentalização consiste precisamente a fraude»⁴⁸.

O aproveitamento do erro com a finalidade da prática de um ato sexual, como tivemos oportunidade de ver *supra*, lesa o bem jurídico protegido, a liberdade sexual. Ora, a liberdade sexual assume duas vertentes, estando a cargo do legislador ponderar os comportamentos que carecem de punição e o custo que esta punição terá para o gozo da liberdade sexual de cada um. A vertente positiva da liberdade sexual é, nas palavras de Karl Prehaz Natscharadetz, «a liberdade de opção e de actuação de cada um no domínio da sexualidade, de acordo com os seus desejos, quer no que diz respeito à forma de manifestação da sexualidade, quer quanto ao destinatário da mesma»⁴⁹. Já a sua vertente negativa assegura que «a liberdade sexual reside pois no direito de cada um de não suportar de outrem a realização de actos de natureza sexual, contra a sua vontade»⁵⁰. Dito de outra forma, a vertente positiva da liberdade sexual garante que cada um tem a possibilidade de dispor do seu corpo para fins sexuais de acordo com a sua vontade. No que respeita à vertente negativa ela propicia, ao

46 LOPES/MILHEIRO (2021), p. 134.

47 Assim, ALBUQUERQUE, (2022), p. 746, §8.

48 ALBUQUERQUE, (2022), p. 746, §10.

49 NATSCHERADETZ (1985), p. 141.

50 NATSCHERADETZ (1985), p. 142.

criminalizar comportamentos que não são queridos pelo ofendido, o direito a não suportar atos sexuais que não sejam segundo a sua vontade.

A vítima, ao estar em erro sobre a identidade pessoal do agente, não conhece a real e verdadeira situação em que se encontra. Pelo que, esperar que de uma visão distorcida da realidade se possa dar um consentimento válido é, no mínimo, incoerente. Pois, não podemos afirmar que seja «uma vontade séria, livre e esclarecida» como exige o art.º 38.º, n.º 2 do CP. Uma decisão tomada com base numa mentira, ou numa versão dos factos que não é totalmente correta, não pode ser considerada, em caso algum, como esclarecida. Este “consentimento” que é dado pela vítima é prestado para a prática de um ato sexual com uma pessoa que não é aquela com quem está a praticar o ato. Assim, a vontade da vítima em praticar o ato sexual é séria, na medida em que efetivamente ela quer praticar o ato sexual com determinada pessoa. No entanto, o ato sexual não se dá com a pessoa a que a vítima estaria disposta a consentir, antes se trata de outra pessoa que, sabendo não ser a pessoa que esta pensa, aproveita este erro para a consumação do ato sexual. O que nos impede de concluir pela validade do “consentimento” prestado.

A lesão da liberdade sexual situa-se precisamente na falta de validade do “consentimento”. Daí não se compreender as vozes que se levantam contra a criminalização deste comportamento, tornando-o num “patinho feio dos crimes sexuais”. Pese embora limitar o erro à identidade pessoal do agente se mostre significativamente insuficiente para evitar uma panóplia de situações que poderiam caber neste tipo de ilícito, o erro quanto à identidade pessoal não se mostra irrelevante quanto ao grau de lesão que poderá causar. Esta admissibilidade do erro apenas quanto à identidade pessoal do agente é limitadora, porém necessária. Nos casos em que a pessoa se encontra em erro (independentemente de quem o provoca), se não fosse o erro a pessoa não teria “consentido” e o agente sabia do erro e dele se aproveita para praticar com a vítima atos sexuais, parece-nos estar em causa um erro relevante.

Apenas poderíamos compreender o desaparecimento do tipo legal de crime «Fraude sexual» se, não havendo descriminalização daquela conduta, integrasse outro ilícito típico. Como por exemplo, se fosse tipificada no crime de «Violação». Ademais, parece-nos completamente plausível interpretar o elemento «contra a vontade cognoscível da vítima» no sentido de contemplar situações de erro. Lembramos o caso do *Stealth*⁵¹, em que havendo consentimento para o ato sexual com uso de preservativo, o agente remove o preservativo sem

51 Trata-se da remoção do preservativo sem que o parceiro sexual tenha consentido nesta remoção. Fenómeno que ficou bastante conhecido juridicamente depois de um caso suíço em que o tribunal considerou este comportamento como conduta punível ao abrigo do crime de Violação. Para mais sobre esta temática recomendamos: RIBEIRO (2019).

que a vítima nisso tenha consentido ou sequer se aperceba de tal remoção. Neste caso, o agente coloca a vítima em erro sobre as condições em que o ato sexual se pratica. Tomando como base o art.º 36.º da Convenção de Istambul⁵², o *stealthing* é uma forma de violência sexual e, assentando numa alteração de uma condição importante para a afirmação do consentimento, enquadra-se, a nosso ver, num «meio, não previsto no número anterior, empregue (...) contra a vontade cognoscível da vítima» e, sendo, portanto, passível de punição pelo crime de Violação (art.º 164.º, n.º 1 e 3)⁵³. Assim, podemos aplicar esta linha de pensamento à integração de outros erros como forma de constrangimento – os casos previstos na «Fraude Sexual» e não só – no crime de «Violação». O erro é um meio que é passível de se enquadrar na expressão “qualquer meio” do n.º 3. Se a pessoa se encontra em erro (p. ex., sobre a identidade pessoal do agente) e “consentiu” no ato sexual de relevo (ou especial relevo), o agente que conhece tal erro está a agir contra a vontade cognoscível da vítima. Pois, se não fosse o erro em que esta se encontrava o “consentimento” não teria sido prestado e o agente sabe disso (ou pelo menos conforma-se com a possibilidade de esta não consentir se estivesse ciente da verdade dos factos). Somente perante uma interpretação neste sentido – a possível integração da fraude no crime de Violação – teria fundamento a eliminação do tipo legal de crime Fraude sexual. Não estamos a reportar-nos a qualquer tipo de erro, independentemente da sua relevância. Para se poder afirmar a dignidade penal temos de considerar o erro relevante do ponto de vista jurídico. I.e., tem de ser claro que, ao serem avaliadas as circunstâncias concretas do caso, o erro foi apto a tornar o

52 «Artigo 36.º

Violência sexual, incluindo violação

1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última;
b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa;
c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro.

2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.»

53 Não somos alheia a críticas como, por exemplo, o constrangimento (elemento essencial para afirmação do crime de Violação) ser relativamente ao ato sexual e não às suas condicionantes. Porém, não podemos compactuar com esta interpretação que vai contra o sentido da Lei e o defendido pela Convenção de Istambul. Para não haver dúvidas (e tendo em conta a importância do princípio da tipicidade), podemos tomar um de dois caminhos: alterar o crime de Violação para uma redação mais próxima da do art.º 36º da Convenção de Istambul – e assim integrar mais facilmente todos os casos de atos sem o consentimento da vítima (não nos parece impossível integrar os casos de erro na atual versão da lei, porém não podemos deixar de mencionar que o n.º 3, do art.º 164.º é passível de críticas e que uma total adequação da lei penal à Convenção de Istambul seria a integração da expressão «sem consentimento da vítima» e não aquela que está em vigor no n.º 3) ou imporia o tipo legal da Fraude sexual (contemplando outros casos de erros/enganos).

consentimento prestado pela vítima numa manifestação de vontade que não foi formada corretamente.

A solução não deverá passar por tratar de formas diferentes os diversos tipos de erro. Admitir que o crime de «Violação» abarca todas as situações de erro, salvo se este for sobre a identidade pessoal do agente, uma vez que este está na «Fraude sexual», parece-nos injusto. Remeter qualquer tipo de erro para o crime de «Violação», mas se o erro for sobre a identidade do agente já não caberá o integrar no crime de violação, mas sim no de Fraude sexual, onde as molduras penais são completamente distintas, acaba por resultar em tratamentos diferentes para situações semelhantes. Não nos parece razoável tratar de forma mais branda o erro que se refere à identidade pessoal do agente, e de forma mais severa o erro de qualquer outro tipo (desde que relevante!). Desta forma, e considerando que o erro deve ter o mesmo tratamento independentemente do aspeto a que se refere – identidade pessoal, qualidades pessoais, atributos, ou outros^{54 55}–, deverá haver uma consideração por parte do legislador no sentido de alinhar esta situação: ou se elimina a «Fraude sexual» e se remete as situações de erro para o crime de Violação⁵⁶; ou se alarga o âmbito de aplicação do crime de Fraude sexual a outros erros para além da identidade pessoal (desde que assumam relevância jurídico-penal, i.e., erros/enganos com dignidade penal).

54 Não nos parece relevante sobre qual aspeto recai o erro, importante será que aquele engano levou a vítima a distorcer a realidade, tornando-se este erro crucial para o “consentimento” da vítima no ato sexual.

55 Nos tribunais ingleses, como nos dá conta Jonathan Herring, tem-se analisado o que torna um erro relevante para se integrar a conduta num crime sexual. Na exposição que faz, o autor elenca alguns casos que chegaram a Tribunal, e é considerado que se o erro for sobre «a natureza física do ato» será relevante, já se for «sobre os riscos e consequências» que deste advêm não será considerado como suficiente para a declaração de crime sexual. Para este autor, a solução seria: «se no momento do ato sexual, a pessoa estiver: (i) equivocada quanto a um facto; e (ii) se soubesse a verdade sobre esse facto não teria consentido, então a pessoa não consentiu». HERRING (2023), 28 e ss.

56 Paula Ribeiro de Faria, num texto sobre a burla romântica, reflete sobre estas questões do erro e do crime de Violação. «Resta a hipótese de qualificar alguns destes comportamentos como violação, mas ao transpor esta porta sabemos que estamos a ameaçar o significado do bem jurídico da liberdade sexual pressuposto pelo legislador em relação a este tipo legal de crime, e a correr o risco de alargar de forma excessiva e constitucionalmente intolerável os limites de intervenção do direito penal». Concluindo mais tarde, «(...) mas admitimos que possa falar-se em constrangimento e em relação sexual contra a vontade da vítima, quando o erro que foi dolosamente provocado pela outra pessoa como forma de alcançar relação sexual, versa sobre factos cujo correto conhecimento possa ser considerado social e jurídico penalmente relevante para o consentimento numa relação sexual». FARIA (2022), pp. 168 e ss.

4. Pena

A moldura penal demonstra a gravidade do ilícito típico, i.e., é a partir da moldura penal que podemos fazer uma gradação da gravidade dos crimes. Desta feita, é através da pena que o legislador reconhece o desvalor ao tipo legal de crime. Atendendo à moldura penal da Fraude sexual concluímos pela sua quase insignificância.

Começemos pelas molduras que foram atribuídas ao longo do tempo pelo legislador à fraude nos crimes relacionados com a sexualidade.

Como já tivemos oportunidade de ver, a fraude nos crimes sexuais surgiu enquanto meio de alguns tipos legais de crime. No CP de 1852 ela integrou-se nos «meios fraudulentos de sedução», quer no crime de Estupro do art.º 393.º, quer no crime de Violação do art.º 394.º. Por se tratar do mesmo meio, mas a conduta de cada tipo legal se afigurar distinta, pelas características dos sujeitos ou pelo resultado, a pena é diferente. Nesta senda, no primeiro crime a pena era de 1 a 3 anos de prisão correccional, já no segundo era de degredo para toda a vida.

Com a entrada em vigor do CP de 1886, a fraude, nos agora considerados crimes sexuais, continua a surgir enquanto meio. Previsto no art.º 393º como «qualquer fraude, que não constitua sedução». A Violação apresenta-se com pena de prisão maior celular de 2 a 8 anos ou, em alternativa, a prisão maior temporária.

Até aqui a fraude apresentou-se apenas como um meio, cujas penas se previam em relação a um comportamento como um todo, e não apenas a este meio em particular. Com a entrada em vigor do CP de 1982, esta realidade sofreu uma alteração. Pois, o legislador colocou na epígrafe de um tipo legal de crime a fraude, ao prever: «Cópula mediante fraude». Através do meio «provocando ou aproveitando um erro», fazendo a ligação entre a fraude e o erro, a moldura penal deste ilícito típico vai de 6 meses a 3 anos de pena de prisão.

Na Reforma de 95, já com a epígrafe «Fraude sexual», o art.º 167.º, com o meio «aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal», definia a sua moldura penal até 2 anos de pena de prisão. Em 1998, com a divisão do art.º em dois n.ºs, onde no primeiro se previa a prática de ato sexual de relevo e no segundo a prática de atos sexuais de especial relevo (à data, cópula, coito anal ou coito oral), a moldura fixava-se em prisão até 1 ano e até 2 anos, respetivamente.

Na última alteração à «Fraude sexual», em 2007, onde o legislador acrescentou «ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos», as molduras penais mantiveram-se, continuando em vigor até aos dias de hoje.

Em suma, podemos fazer uma distinção da forma como a fraude se apresenta nos crimes sexuais antes de 1982 e depois de 1982. Se até então a

fraude era listada como um dos meios dos ilícitos típicos que hoje consideráramos parte do «núcleo da protecção da liberdade sexual»⁵⁷, a partir de 1982 já não é essa a realidade. Desta forma, a importância que a fraude assumia enquanto meio desses tipos legais de crime não se pode comparar à fraude que encontramos na epígrafe de 1982 até aos dias de hoje. É como se o engano até 1982 fosse um meio tão relevante quanto a violência para conseguir o objetivo pretendido, e.g. cópula, e a partir dessa data, o engano passasse a não ser uma forma pervertida de obter o mesmo resultado. Parece que a partir de 1982 o legislador retirou desvalor ao aproveitamento do engano em que a vítima se encontra, tratando-o como um meio quase sem importância. Nos casos em que o engano é provocado pelo agente, e até mesmo naqueles em que se aproveita do erro, é como se tal não fosse suficiente para a verificação do resultado pretendido pelo agente. O que é falso.

A moldura penal que o legislador tem vindo a atribuir à «Fraude sexual» não é compatível nem com a conduta do agente, nem com o bem jurídico protegido.

Se compararmos com os outros tipos legais de crimes sexuais, a «Fraude sexual», no seu n.º 1, está ao nível do crime de «Importunação sexual», sendo que só no caso de se preencher «constrangendo-a a contacto de natureza sexual» é que há contacto físico, não estando em causa atos sexuais de relevo. A «Fraude sexual» só assume maior relevância penal quando estão em causa atos sexuais de especial relevo, pela pena de prisão ser até 2 anos, pois até aí a «Fraude sexual» assume o mesmo patamar que o crime de Importunação. O que não se compreende por se tratar de condutas distintas, com relevância também distinta.

Da mesma forma, se atentarmos nos ilícitos fora do âmbito dos crimes sexuais, a moldura penal do n.º 1 da «Fraude sexual» pode comparar-se com a do art.º 253.º «Impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre»⁵⁸. Em ambos os tipos legais a moldura penal é até 1 ano de pena de prisão. Poderíamos elencar outros tipos legais de crime, mas parece-nos que este demonstra de forma clara como há um desequilíbrio relativamente às molduras penais quando o bem jurídico protegido assume uma relevância tão díspar. Por mais respeito e seriedade que uma cerimónia fúnebre exija, mesmo o uso de violência ou de ameaça de mal importante para a perturbar não pode estar no mesmo nível de gravidade dos atos que são praticados no n.º 1 do crime de «Fraude sexual». Estamos a falar de atos sexuais de relevo, quando a pessoa está em erro, o que não é nem pode ser comparável à perturbação do cortejo ou cerimónia

57 DIAS (1999), p. 445, §4. Sublinhado nosso.

58 «Artigo 253.º Impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre
Quem, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, impedir ou perturbar a realização de cortejo ou de cerimónia fúnebre, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.»

fúnebre. A lesão da liberdade sexual que aquele comportamento provoca não é semelhante à lesão que este comportamento causa no respeito devido aos mortos. Assim, parece-nos evidente que a balança usada para definir as molduras penais não está nivelada.

No que respeita à moldura penal do n.º 2, do art.º 167.º, de pena de prisão até 2 anos, podemos comparar com a moldura do art.º 305.º «Ameaça com prática de crime»⁵⁹. Assumindo a mesma moldura penal, eles apresentam diversas diferenças, sobressaindo a gravidade das condutas criminalizadas. De acordo com o n.º 2 do art.º 167.º, se o ato sexual praticado entre o agente e a pessoa que se encontra em erro sobre a identidade pessoal deste for de especial relevo, a punição é a pena de prisão até 2 anos. Punição igual tem quem ameace com a prática de crime ou simulando esta prática, sendo certo que terá de causar alarme ou inquietação na população.

Mais uma vez, esta comparação entre molduras penais demonstra-nos como a moldura da «Fraude sexual» está desfasada das condutas que condena. Como é que podemos atribuir a mesma gravidade a uma ameaça ou simulação de um crime e ao desrespeito total pela liberdade sexual de uma pessoa que está em erro? Um crime que lesa a paz pública de forma não muito grave, não pode ter a mesma relevância de um crime que lesa a liberdade sexual. A ameaça ou simulação de um crime não está no mesmo patamar que uma lesão à liberdade sexual, tendo em consideração que estão em causa atos sexuais de especial relevo – atos que assumem o mais alto grau de intromissão na intimidade da pessoa.

Estas duas comparações que apresentamos mostram como a “Fraude sexual” é desvalorizada, assumindo-a como “o patinho feio” dos crimes sexuais. A moldura penal da Fraude sexual reduz o tipo legal a um patamar de insignificância. Voltamos a repetir que o “consentimento” prestado pela vítima não é válido, pelo que a prática dos atos elencados no art.º ofendem a sua liberdade sexual. Desta forma, a moldura penal apresentada pelo legislador não salvaguarda o bem jurídico em causa de forma digna. O aumento da moldura penal (se não houver integração das condutas com base no erro da vítima no crime de Violação) é urgente e necessária.

59 «Artigo 305.º Ameaça com prática de crime

Quem, mediante ameaça com a prática de crime, ou fazendo crer simuladamente que um crime vai ser cometido, causar alarme ou inquietação entre a população é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.»

5. Conclusões

O crime de Fraude sexual, como fomos analisando ao longo deste artigo, carece de um olhar atento do legislador. Não só pelo potencial que apresenta, como pela sua tímida presença no CP em vigor. Olhar esse que deve ser dirigido a este tipo legal de crime, como também a toda a panóplia de crimes sexuais para que, de uma só vez e em conjunto, se consiga manter o equilíbrio entre as diversas condutas criminalizadas, as suas molduras penais e as respostas que a evolução dos tempos exige. Enquanto isso não acontece, elencamos algumas conclusões deste pequeno estudo:

- i. A fraude começou por ser um meio de execução, entre outros, de tipos legais fundamentais nos crimes contra a honestidade (bem jurídico protegido nos primeiros CP);
- ii. O CP de 1982 trouxe uma mudança para a fraude: deixou de ser um meio de execução de outros ilícitos típicos para se integrar num tipo legal de crime autónomo – Cópula mediante fraude;
- iii. Esta mudança trouxe consigo a previsão de molduras penais baixas para a fraude, o que não acontecia até então;
- iv. O bem jurídico mudou, deixou de se salvaguardar a honestidade para se proteger a liberdade sexual;
- v. A liberdade sexual permite que cada um exerça a sua vida sexual de acordo com a sua vontade, desejos e interesses;
- vi. As duas vertentes da liberdade sexual – positiva e negativa – proporcionam que cada indivíduo tenha a possibilidade de viver de forma plena a sua vida sexual;
- vii. A liberdade sexual tem base constitucional;
- viii. Com este CP (1982) iniciou-se um processo de descriminalização que teve o seu auge na Revisão de 95;
- ix. As vozes que se levantaram contra a tipificação da fraude no CP de 1982 intensificaram-se com a Revisão de 95;
- x. Foi nessa Revisão que a fraude se consolidou enquanto crime de «Fraude sexual»;
- xi. Outras alterações foram feitas, e cingiram a Fraude ao erro/enganho quanto à identidade pessoal do agente, não cabendo outros tipos de erro. O que implica terem ficado fora do âmbito de aplicação deste tipo legal diversos erros/enganos;
- xii. O «aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal» é o único meio de execução do ilícito;
- xiii. A moldura penal que cabe ao crime de «Fraude sexual» não se coaduna com a gravidade da lesão provocada no bem jurídico;

- xiv. Esta lesão está relacionada com o “consentimento” prestado, baseado numa visão distorcida da realidade, pelo que a vítima pratica atos sexuais de relevo ou de especial relevo com pessoa diferente daquela que representa e para a qual deu o seu consentimento;
- xv. A este consentimento inválido não se pode atribuir um desvalor tão reduzido;
- xvi. A solução passaria por uma de duas possíveis alternativas, a saber:
 - a. Alargamento da Fraude sexual para qualquer tipo de erro que assuma dignidade penal, com a devida alteração da moldura penal; ou
 - b. Eliminação do tipo legal de crime Fraude sexual, e integração de todo e qualquer tipo de erro/engano com dignidade penal no crime de Violação – solução possível na atual versão da lei por considerarmos que o agente atua «contra a vontade cognoscível da vítima», uma vez que este sabe que ela acedeu à prática dos atos por pensar, neste tipo específico de erro, tratar-se de outra pessoa. (Esta solução não ignora que a expressão «sem consentimento livre da vítima», utilizada na Convenção de Istambul, art.º 36.º, para além de não levantar tantas questões de interpretação quanto a expressão em vigor, conseguiria uma melhor integração de vários tipos de erro.)

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022) – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 5.ª ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ANDRADE, Manuel da Costa (1982) – “O novo Código Penal e a moderna criminologia”, *Jornadas de Direito Criminal: Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciário.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, n.º 1, abril-junho, 1992.
- ANTUNES, Maria João (2019) – *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina.
- BELEZA, Teresa Pizarro (1998) – *Direito Penal*, VI, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL.
- CARVALHO, Américo Taipa de (2022) – *Direito Penal, Parte Geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*. 4.ª ed., Porto: Universidade Católica Editora.
- COSTA, José de Faria – “Sobre o objeto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3978 (2013).

- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995) – «*Constituição e Crime*» *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Tese de Mestrado em Direito. Porto, Universidade Católica Portuguesa.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Lei Criminal e o controlo da criminalidade”, *Revista da Ordem dos Advogados* (separata), 36 (1976).
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Lei Criminal e Controlo da Criminalidade: O Processo Legal-Social de Criminalização e de Descriminalização”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 36 (1976).
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro.” *Revista da Ordem dos Advogados*, 43 (1983).
- DIAS, Jorge de Figueiredo (1999), “Comentário ao artigo 163.º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2009) – «O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual»”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 8 (especial) (2008).
- FARIA, Paula Ribeiro de (2022) – “A burla romântica praticada pela internet – a síndrome da fada Oriana” in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Universidade Católica Editora.
- HERRING, Jonathan, “Rethinking Sexual Crimes: from Women’s Consent To Men’s Responsibility”, *Anatomia do Crime* 17 (2023).
- JORDÃO, Levy Maria (1861) – *Relatório da Comissão, Tomo I do Código Penal Português*. Lisboa: Imprensa Nacional.
- LEITE, Inês Ferreira – “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21 (2011).
- LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO (2021) – *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*. Coimbra: Coimbra Editora.
- NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz (1985) – *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Almedina.
- PALMA, Maria Fernanda, “Conceito Material de Crime e Reforma Penal”, *Anatomia do Crime*, 0 (2014).
- PALMA, Maria Fernanda (2017) – *Conceito Material de Crime, princípios e fundamentos*. 1.ª reimp. Lisboa: AAFDL Editora.
- PATTO, Pedro Vaz – “Direito penal e ética sexual”, *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, Tomo II, 2001, vol. XV.
- PEREIRA, Margarida Silva, «Relatório e parecer da Comissão de Assuntos Cons-

titucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de lei n.º 92/VI», *Sub Judice*, 11 (1996).

RODRIGUES, Anabela Miranda e Sónia FIDALGO (2012) “Comentário ao artigo 167.º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.

SANTOS, José Beleza – “O crime de violação”, *Revista Legislação e Jurisprudência*, 2268 – 2274 (1925).

SANTOS, Manuel Simas e Manuel, LEAL-HENRIQUES (1986) – *Código Penal de 1982*. Vol. 3, s.l.: Rei dos Livros.

