

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
ESCOLA DO PORTO DA FACULDADE DE DIREITO



A IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

POR

JOÃO CARVALHO SILVA

Junho 2015

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
ESCOLA DO PORTO DA FACULDADE DE DIREITO



A IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

POR

JOÃO CARVALHO SILVA

Dissertação de mestrado redigida sob orientação da

Prof. Doutora Elisabete Ferreira

Junho 2015

A toda a minha Família e Amigos,

Por sempre me apoiarem.

Índice

1. Introdução	5
2. O que é um “Ato Sexual de Relevância”?	6
3. O tipo legal de crime de importunação sexual	9
3.1. Exibicionismo	9
3.1.2. Análise jurisprudencial.....	12
3.2. Contactos de Natureza Sexual.....	16
3.2.2. Análise Jurisprudencial	18
4. Art.º 170º põe em causa o princípio da tipicidade penal?	21
5. Conclusões e tentativa de solução prática	28
6. Bibliografia	31
7. Jurisprudência	33
Tribunal Constitucional.....	33
Supremo Tribunal de Justiça	33
Tribunal da Relação do Porto.....	33
Tribunal da Relação de Coimbra.....	33
Tribunal da Relação de Évora	34

1. Introdução

Propomo-nos com este trabalho abordar o tipo legal de crime de importunação sexual, criado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e que, previsto e regulado no art. 170º do Código Penal¹, vem punir os atos exibicionistas e o constrangimento a contacto de natureza sexual que importunem a vítima.

Num primeiro momento iremos definir, ainda que sumariamente, o que se entende por ato sexual de relevo (modalidade de ação típica da coação sexual²), passando depois a abordar o tipo legal de crime de importunação sexual.

Aí dividiremos o tipo legal de crime nas suas duas modalidades de ação típicas, explicitando cada uma delas e tentando contrapor, criticamente, com as condenações existentes nas duas maiores Instâncias Superiores dos nossos tribunais, o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais da Relação existentes.

Depois de explicitado o tipo legal de crime que dá nome à nossa dissertação, e apresentados os principais e mais relevantes acórdãos a esse respeito, iremo-nos debruçar acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade deste tipo legal de crime, mormente na sua modalidade de ação típica de «constrangimento a contacto de natureza sexual», que, por muito vago e genérico, levanta dúvidas quanto ao respeito pelo princípio da legalidade penal, na vertente do princípio da tipicidade.

Concluiremos o nosso trabalho com um sumário dos principais pontos abordados, e com uma tentativa de criação prática de um tipo legal de crime que achamos concretiza satisfatoriamente o nosso pensamento quanto à criminalização da realidade jurídico-penal que se pretende salvaguardar com a criação deste tipo legal de crime de importunação sexual.

¹ “Quem importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exibicionista ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

² Cfr. Art. 163º do Código Penal.

2. O que é um “Ato Sexual de Relevância”?

Propomo-nos aqui, numa fase introdutória do nosso trabalho, analisar o conceito de ato sexual de relevância, conceito algo problemático, e cuja criteriosa interpretação é tanto mais delicada quando da mesma irá depender a delimitação típica entre o crime de coação sexual e o crime que no propomos abordar no presente trabalho, a importunação sexual.

Numa primeira delimitação de conceito, iremos tentar interpretar e delimitar o conceito geral de ato sexual que, como é sabido, é altamente controverso na determinação do seu conteúdo típico.

Em termos gerais existem três posições que têm sido defendidas na determinação do que é um ato sexual.

A interpretação objetivista (doutrina e jurisprudência alemãs dominantes³; entre nós, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁴), segundo a qual constitui ato sexual típico aquele que, atenta a sua manifestação externa, revela uma conexão com a sexualidade.

Por outro lado, a interpretação subjetivista, mais estrita, exige não só a conexão objetivista, como ainda o elemento subjetivo, que se traduz na satisfação, em si ou em outrem, de excitação sexual, denominada intenção libidinosa.⁵

Por fim, existe ainda uma conceção mista, menos exigente, que defende que o ato sexual deve ser integrado tanto pela sua aceção objetivista, como pela subjetivista.⁶

³ TRONDLE / FISCHER § 184F 3 s. e M / S / MAIWALD I § 17 30 s *Apud* Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (org. por Jorge de Figueiredo Dias), Parte Especial, TOMO I, Coimbra Editora, p. 718.

⁴ “O seu conteúdo é determinado de acordo com uma perspectiva normativa objectiva própria de uma sociedade democrática, pluralista e tolerante”; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, p. 501.

⁵ Entre nós, doutrina dominante a propósito do “atentado ao pudor” do direito anterior, e uma parte substancial, se bem que não maioritária, da nossa jurisprudência.

⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 718.

Após analisadas as diferentes concepções, consideramos que deve ser dada prevalência à concepção objetivista, atentando os motivos / intenção do agente irrelevantes.

Deste modo, segundo FIGUEIREDO DIAS⁷, ato sexual será assim todo o comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objetivo e segundo uma compreensão natural, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o pratica.

Não obstante, em casos excepcionais pode considerar-se concretamente a aplicação da concepção mista, pensamos nos casos cujas circunstâncias particulares lhes atribuam um significado ambivalente, tais como os exames corporais ou as fotografias. Importante é que seja assimilada a ideia de que um ato não tem carácter sexual, para efeitos típicos, exclusivamente devido à motivação sexual do agente, mas sim pela suscetibilidade de ser reconhecido por qualquer pessoa como possuindo conotação sexual⁸.

Definido o conceito de ato sexual para efeitos típicos, cumpre agora tentar compreender a exigência do legislador para que estes sejam considerados “de relevo”.

Defendia a doutrina alemã, até há algum tempo atrás dominante⁹, que essa exigência se destinava a excluir do tipo legal de crime os atos considerados insignificantes ou bagatelares.

Não nos parece, todavia, correto esse pensamento. Como é dito por FIGUEIREDO DIAS, ao exigir que o ato sexual seja de relevo a lei impõe ao intérprete que afaste da tipicidade não apenas os atos insignificantes ou bagatelares, mas que investigue do seu relevo na perspetiva do bem jurídico protegido¹⁰, nos termos propostos pela concepção objetivista supra mencionada.

Conclui-se, desta forma, que é o grau de perigosidade do ato para com o bem jurídico que releva na caracterização do ato sexual de relevo, em detrimento do mero

⁷ *Idem*. No mesmo sentido Leite, Inês Ferreira, *A Tutela Penal da Liberdade Sexual*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21 N°1, p. 70.

⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 719.

⁹ M / S / MAIWALD I § 17 32 s. *Apud* Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 719 e 720.

¹⁰ Dias, Jorge de Figueiredo, *ob. cit.*, p. 720.

contacto de natureza sexual, modalidade da ação típica do tipo legal de crime que nos propomos a abordar neste trabalho.

Por fim, e em jeito de sumário, veja-se esta excelente definição da nossa jurisprudência: *O «ato sexual de relevo» será, pois, aquele que, tendo uma relação objetiva com o sexo, se reveste de certa gravidade, constituindo «uma ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito passivo», invadindo de uma maneira objetivamente significativa aquilo que «constitui a reserva pessoal, o património íntimo que, no domínio da sexualidade, é apanágio de todo o ser humano»¹¹.*

Note-se que, tal como iremos abordar na caracterização das modalidades de ação típicas do crime de importunação sexual, é nossa opinião que se deve ter uma interpretação mais estrita do conceito de ato sexual de relevo quando em face de vítimas menores de 14 anos, e por isso perante criminalização por abuso sexual de menor, previsto no art. 171º n.º 1.¹² Tal conceção aplica-se, não só aos atos sexuais de relevo, mas também, como iremos mencionar durante o nosso trabalho, em qualquer das modalidades típicas do tipo legal de crime de importunação sexual, quando criminalizadas pelo art. 171º n.º 3, alínea a), isto é, quando em face de vítima menor de 14 anos.

¹¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Outubro de 1996, publicado na Colectânea de Jurisprudência, STJ, iii, p. 174, e de 21 de Novembro de 2002, disponível em www.dgsi.pt.

¹² Situação que me parece já acontecer na nossa jurisprudência, *vide* decisão do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra proc. N.º 23/04.0 TAVNO-C2 de 22-04-2009 que considera que o acto de agarrar na vítima, menor de 14 anos, pela cintura, apalpar o rabo e tentar tirar as calças constitui um acto sexual de relevo, ou o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra proc. N.º 347/08.8JACBR.C1 de 02-04-2014 que refere que praticou acto sexual de relevo o arguido que de forma repetida e continuada acariciou as costas, pescoço e cabeça, dando beijos no pescoço do menor enquanto punha a mão deste no interior da sua camisa, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

3. O tipo legal de crime de importunação sexual

Previsto e punido pelo art. 170º do Código Penal, este tipo legal de crime, relativamente recente¹³, prevê duas condutas diferentes – o exibicionismo e os contactos de natureza sexual -, mas com o mesmo resultado na vítima, isto é, a importunação da mesma.

Propomo-nos, nesta fase, a abordar em particular cada uma das modalidades típicas de ação do tipo legal, fazendo também uma análise jurisprudencial da sua aplicação.

3.1. Exibicionismo

A prática de “atos de carácter exibicionista” envolve a prática de atos – ou gestos – relacionados com o sexo¹⁴, atos esses que não se podem traduzir em meras palavras, que atemorizem ou levem a recear que se lhes siga a prática de qualquer ato sexual contra a sua vontade. Esta interpretação restrita é seguida pela doutrina¹⁵ e é a única defensável, tendo em conta a inserção sistemática do crime que se prende com a prática desses atos - capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual - e a justificação da sua própria incriminação.

A evolução histórica demonstra-nos que o legislador, em 1995, deixou de considerar os crimes sexuais como crimes ligados aos “sentimentos gerais de pudor e de moralidade sexual”, descriminalizando o crime de “ultraje público ao pudor”, apenas incriminando, no art. 171º, os atos exibicionistas, que naturalmente agora, com a Lei n.º

¹³ Criado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

¹⁴ Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *Comentário Conimbricense do Código Penal* org. por Jorge de Figueiredo Dias, Parte Especial, TOMO I, Coimbra Editora, p. 718.

¹⁵ Reis Alves, *Crimes Sexuais*; Leal-Henriques / Simas Santos, *Código Penal Anotado II 2000*; Mouraz Lopes, *Crimes Sexuais 2008*; no estrangeiro, Muñoz Conde, *Derecho Penal – Parte Especial 2007* *Apud* Anabela Miranda Rodrigues e Sónia Fidalgo in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, p. 816 e 817.

59/2007, de 4 de Setembro, perde autonomia, transferindo-se para a designação típica do crime que serve como base da nossa dissertação.

Embora defendendo a descriminalização dos comportamentos exibicionistas¹⁶, ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO consideram, todavia, que pode dizer-se que há uma certa realidade que deve ser criminalizada, mas apenas e só na exata medida em que o ato dito exibicionista representa, para a pessoa perante o qual é praticado, um perigo de que se lhe siga a prática de um ato sexual que ofenda a sua liberdade de autodeterminação sexual por forma a constituir crime¹⁷. Deste modo, não seria o ato em si que é punido, mas sim o perigo de que se lhe siga uma violação da liberdade sexual da pessoa perante a qual é praticado. E note-se que não se trataria aqui de uma incriminação da tentativa de um crime sexual, já que o legislador fez com que resultasse do tipo legal de crime a exigência de uma importunação por parte do agente, consagrando assim um crime de perigo concreto.¹⁸ No entanto, é nossa opinião que tal raciocínio seria tutelar um interesse demasiado incerto, correndo o risco de criminalizar atos que mais não passam do que situações efetivamente desagradáveis, mas que não cumpre ao Direito Penal tutelar.

Segundo MARIA DO CARMO SILVA DIAS, ficar importunado por ter que presenciar «atos de carácter exibicionista» significa que a vítima ficou chocada com o que observou, o que se prende com a sua liberdade de ação, com a sua esfera pessoal íntima, mas não ofende diretamente a sua liberdade sexual, quando se trata de um adulto¹⁹.

Para além disso, é de salientar que o facto da criminalização do comportamento se basear na prática de atos exibicionistas perante a vítima leva a considerarmos que estamos neste caso perante uma violação do bem jurídico de liberdade pessoal de ação/omissão, e não perante uma verdadeira violação da liberdade sexual.

¹⁶ No mesmo sentido, Dias, Maria do Carmo Silva, *Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual*, Revista do CEJ, 2008, p. 252 a 272.

¹⁷ Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.* p. 818.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 253.

Tal como refere o autor espanhol MUÑOZ CONDE²⁰ «a exibição de órgãos genitais não tem que ser mais desaprovada do que a de outras partes do corpo, salvo quando se realizem em contexto sexual suscetível de afetar algum bem jurídico de carácter individual, como a “indemnidade sexual”²¹ de menores ou incapazes.»²²

Acresce a isto o facto do exibicionismo, tal como é sabido, constituir uma parafilia medicamente caracterizada por “envolver a exposição dos genitais do próprio a um estranho. Por vezes o sujeito masturba-se enquanto se expõe (ou enquanto fantasia expor-se.) (...) Nalguns casos o sujeito está ciente de um desejo de surpreender ou chocar o observador. Noutros casos o sujeito tem a fantasia sexualmente excitante de que o observador ficará sexualmente excitado.”²³ E, se por um lado se pode dizer que a sociedade não tem que suportar estes comportamentos, por outro também é idóneo considerar que não se pode proteger deles, muito menos usando para isso o Direito Penal.²⁴

Cremos, pelo exposto, que não existem razões de política criminal para a justificar a criminalização de condutas que, para adultos capazes, não representam mais do que presenciar, de surpresa, situações desagradáveis.

Não obstante considerarmos que não há razões para a incriminação de atos exibicionistas (quando em face de pessoa adulta²⁵); sendo essa a vontade do legislador²⁶, nada há a apontar ao tipo legal de crime, no sentido em que, ao exigir a importunação,

²⁰ Muñoz Conde, *ob. cit.*, p. 237. Note-se, que em Espanha, o delito de exibicionismo e provocação sexual, previsto no art.º 185º do CP, tem em vista a protecção de menores e incapazes e já não de adultos *Apud* Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 253.

²¹ “Indemnidade sexual” é o mesmo que intangibilidade sexual ou falta de determinação sexual, quando associados a vítimas menores ou incapazes.

²² Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.* p. 253 No mesmo sentido, ainda que defendendo a criminalização dos actos exibicionistas, Leite, Inês Ferreira, *ob. cit.*, p. 73. Aparentemente contra, entendendo que “o homem da gabardine” constituirá o exemplo paradigmático desta incriminação, Lopes, Mouraz, *ob. cit.*, p. 106.

²³ AA. VV., *Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, American Psychiatric Association, 4ª Ed. (D.S.M. IV - TR) p. 569.

²⁴ Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, p. 819.

²⁵ O mesmo não se aplica quando acto exibicionista for praticado perante menor de 14 anos. Embora não nos debrucemos sobre essa temática neste trabalho, consideramos igualmente que deve haver uma criminalização mais estrita quando em face de menores de 14 anos, já que afecta e prejudica gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual, violando a preservação do adequado desenvolvimento sexual.

²⁶ Veja-se a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, que refere que o tipo legal de crime de importunação sexual é criado para “garantir a defesa plena da liberdade sexual” e “que abrange, para além do exibicionismo, contactos de natureza sexual que não constituam actos sexuais de relevo”.

torna absolutamente claro que o agente será punido pelo perigo que provoca na vítima, e não pela imoralidade do seu ato.

Todavia, consideramos que deve o legislador, para efeitos de correta sistematização penal, transferir o tipo legal de crime para um outro capítulo do Código Penal (pensamos talvez para o Capítulo IV, dos crimes contra a liberdade pessoal), e, acima de tudo, considerar a substituição da pena de prisão para pena de multa, por manifestamente desproporcionada em relação ao desvalor da conduta²⁷, quando em causa estiverem vítimas maiores de idade.²⁸ Deve ainda ponderar-se, em virtude destes atos constituírem uma parafilia sexual, tal como referido supra, encaminhamento destes agentes para tratamento médico, medida que se afigura mais efetiva e idónea do que propriamente a pena de prisão.

3.1.2. Análise jurisprudencial

Após análise jurisprudencial, denotamos que a grande maioria das condenações por atos exibicionistas surge como consequência da aplicação do crime de abuso sexual de menores, na sua vertente de importunação sexual de menores²⁹, considerando, grosso modo, que situações como a exibição do pénis e/ou o seu manuseamento, ereto ou não, perante vítima menor de 14 anos, a quem se causa deste modo receio, intimidação e perturbação realiza o tipo legal de crime de abuso sexual de menores, por via da importunação por atos de carácter exibicionista, pois atinge a liberdade da vítima na vertente da sua autodeterminação sexual e é conduta perturbadora do desenvolvimento livre da sexualidade da menor atingida.³⁰

Embora não nos debrucemos sobre a aplicação do conceito e das ações típicas do art. 170º, quando cometidas contra menores de 14 anos (e por isso puníveis pelo art. 171º n.º 3, alínea a)), concordamos em absoluto com a decisão do acórdão supra

²⁷ Note-se, ainda, que segundo o *Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, American Psychiatric Association, 4ª Ed. (D.S.M. IV - TR) p. 569, “Se o agente age sob estes impulsos (foco parafílico no Exibicionismo) não há habitualmente qualquer tentativa para continuar a actividade sexual com o estranho”.

²⁸ Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 254.

²⁹ Cfr. Art. 171º n.º 3, alínea a).

³⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 59/11.5GDPTG.E1 de 07-01-2014, disponível em www.dsgi.pt.

mencionado, já que, tal como já temos vindo a salientar supra, consideramos que deve haver um tratamento diferente quando estão em causa vítimas menores de 14 anos.

Não obstante, existem outras decisões da nossa jurisprudência que não podemos deixar passar em claro, por considerarmos manifestamente desproporcionais e desprovidas de qualquer relevância penal.

Um desses casos surge no acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. N.º 329/09.2PBVRL.P1 de 09-03-2011 onde o relator Joaquim Correia Gomes vem refutar a exigência de que o ato exibicionista só se poderia considerar como tal se suscitasse fundado receio da prática subsequente do ato sexual.

Apresenta, desse modo, vários argumentos, que passam por considerar que “o ato exibicionista de cariz sexual é, só por si, um ato de manifestação de sexualidade, que pode ou não ser consentido pela pessoa que o presencia”, dizendo que no primeiro caso é penalmente atípico, mas no segundo já não o é e que o consenso nos atos sexuais e a escolha do parceiro é uma das facetas mais importantes da liberdade sexual, faceta essa que inclui a visualização consentida de corpos despidos, sendo, por isso, o ato exibicionista, quando não consentido, uma violação dessa liberdade. Para além disso, refere ainda que, tal como já foi aqui supra referido, o ato exibicionista de cariz sexual não precede, em regra, qualquer outro ato sexual adicional, pelo que essa exigência faria com que, por norma, o simples ato exibicionista ficasse sem punição, ideia que defendemos nesta dissertação, mas não aceite pelo relator do acórdão em causa.

Um outro caso é o exposto no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. N.º 17/11.0GBAGD.C1 de 26-02-2014, onde a relatora Isabel Valongo considera importunação sexual a situação em que o agente, sentado nas cadeiras de uma esplanada, retira o seu pénis do resguardo das calças que tinha vestidas, exibindo-o, enquanto se masturbava e sorria na direção da vítima. Considera preenchidos os elementos típicos – objetivos e subjetivos - do tipo legal de crime, considerando que a importunação se justifica pelo facto de a vítima ter, de imediato, desviado o olhar e alertado o irmão. “Com efeito, o arguido chamou a atenção da E (...) a quem impôs a visão da masturbação visando importuná-la, o que conseguiu. A actividade em questão –

masturbação na esplanada de um quiosque – não é socialmente adequada, não foi consentida pela E (...) e perturbou-a conseguindo importuná-la.”³¹.

É de salientar, no entanto, que este acórdão refere algo que temos vindo a defender como solução idónea e necessária para situações como as referidas, e que se manifesta na ponderação da hipótese de tratamento clínico, reconhecendo estes atos como resultantes de uma parafilia que urge ser tratada/controlada. É nossa opinião que deve o Juiz ou o Ministério Público procurar o consentimento do agente para a possibilidade de tratamento médico, por aplicação do art.º 52º n.º 3 do Código Penal, inserido no regime das regras de conduta enquanto período de suspensão da execução da pena de prisão.

Ainda assim, não concordamos, obviamente, com nenhuma das posições tomadas nos acórdãos supra mencionados, por manifestamente protectora de sentimentos de moralidade, e não de liberdade sexual. Não concebemos como é possível aceitar a punição (com pena de prisão nos casos concretos) de agentes que, em virtude de uma parafilia já aqui exposta, exibem o seu órgão genital a outra, não ficando demonstrado qualquer fundado receio da prática subsequente de ato sexual. Nem podemos aceitar como correto o facto da importunação exigida pelo tipo legal de crime se poder manifestar unicamente por um desvio de olhar e alerta ao irmão acerca da situação que sucede. Não existe aqui uma situação de perigo ou receio por parte da vítima, mas sim uma situação em que esta fica chocada/surpreendida pelo ato exibicionista. Tal como já referimos anteriormente, se é verdade que não devemos suportar este tipo de comportamentos, também é verdade que não nos podemos servir do Direito Penal para os punir, por manifesta falta necessidade de tutela penal.

Por fim, cumpre referir agora um acórdão que, em nossa opinião, aplica de forma correta o tipo legal de crime³². Falamos do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 59/1105GDPTG.E1, de 07-01-2014, que considera que, em “casos de vítima «maior», em que já não está em causa a tutela de um desenvolvimento livre da personalidade sexual (mas apenas a liberdade sexual), o tipo sempre exigiria a prova de factos complementares, dos quais tivesse resultado que o ato exibicionista teria

³¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. N.º 17/11.0GBAGD.C1 de 26-02-2014, disponível em www.dsgj.pt.

³² Embora, como já referimos, sejamos a favor da descriminalização das condutas exibicionista face pessoa adulta capaz, consideramos que, a ser criminalizada, deve, no mínimo, ser bem aplicado o tipo legal de crime.

representado, no caso e em concreto, para a pessoal visada, um perigo de que se lhe seguisse a prática de ato sexual que ofendesse a sua liberdade sexual. Só assim se poderia considerar ter sido atingido o bem jurídico protegido por este tipo legal de crime, o da liberdade sexual, tipo que já não protege o desenvolvimento livre da personalidade sexual de menor de 14 anos”³³; não considerando, deste modo, tipicamente relevante a mera exibição do órgão sexual a vítima maior de 14 anos.

³³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 59/1105GDPTG.E1, de 07-01-2014, disponível em www.dsgi.pt.

3.2. Contactos de Natureza Sexual

O contacto de natureza sexual traduz-se na prática, no corpo da vítima, de um ato de natureza sexual, estando, à partida, excluídos deste tipo legal de crime todos os atos que não impliquem um contacto físico³⁴. De modo a adquirir dignidade penal, isto é, para ser tipicamente relevante, o contacto de natureza sexual deverá consistir numa conduta lesiva que assuma algum relevo, que tenha algum significado, que atinga aquele “limiar mínimo de danosidade social”.³⁵

Para além deste contacto físico, é ainda necessário que a vítima seja constrangida, isto é, é necessário que o contacto tenha lugar contra a vontade da vítima, que lhe seja imposto. Constranger traduz-se, assim, em um ato de coação imediatamente dirigido à prática de contacto de natureza sexual.³⁶

Ao contrário do que sucede com outros tipos legais de crime onde também se exige o constrangimento, tais como o crime de coação, coação sexual e de violação, no crime de importunação sexual não se indicam os meios de execução que levam ao constrangimento. Ora, não tendo o legislador indicado especificamente os meios de execução pelo qual ocorre o constrangimento, podemos concluir que este pode ter lugar por qualquer meio³⁷, tornando-se difícil de estabelecer a fronteira entre um contacto de natureza sexual com ou sem relevância penal.

Deste modo, acaba por, tal como referem ANABELA MIRANDA RODRIGUES/ SÓNIA FIDALGO³⁸ e MARIA DO CARMO SILVA DIAS³⁹, não ser a modalidade típica do constrangimento ao contacto que vai decidir da punição, mas sim

³⁴ Seguimos a opinião da doutrina maioritária neste ponto. Em sentido contrário Leite, Inês Ferreira, *ob. cit.*, p. 71, que considera que os gestos poderão estar incluídos nos contactos sexuais, quando se trate de gestos praticados sobre a vítima (p.e., simulação de acto sexual sobre a vítima).

³⁵ Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 266.

³⁶ Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, p. 828.

³⁷ Seguimos a opinião de Albuquerque, Paulo Pinto de, *ob. cit.*, p. 532; Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, p. 828 e Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 261. Não obstante de, caso o constrangimento ocorrer por meio de violência ou ameaça com mal importante, o agente ser punido pelo crime de coação, por via da subsidiariedade expressa. Assim também Leite, Inês Ferreira, *ob. cit.*, p. 73 e Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 260.

³⁸ Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, p. 827.

³⁹ Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 260.

o facto de a vítima se sentir importunada. O que, para além de criar as maiores dificuldades ao julgador no estabelecimento da fronteira entre o comportamento punível e o não punível, abre a porta a uma valoração da conduta do agente do ponto de vista da moral sexual. Para além disso, a não especificação dos meios para obter o constrangimento pode ainda levantar questões acerca do respeito pelo princípio da tipicidade, pela sua configuração demasiado vaga e genérica. Sobre isto pronunciar-nos-emos mais adiante no nosso trabalho.

Cumpra ainda referir que, à semelhança do que referimos supra para aos atos exibicionistas, também, pode haver contactos de natureza sexual que advenham de um foco parafílico. Referimo-nos ao ato de roçar os genitais ou acariciar com as mãos o corpo de outra pessoa, que, tal como refere o DSM-IV - TR⁴⁰, constitui o foco parafílico do Frotteurismo. No entanto, consideramos estar aqui perante uma realidade diferente, com outro nível de gravidade e danosidade penal. Note-se que, por norma, até o próprio autor do contacto “reconhece que para evitar um procedimento criminal tem de evitar ser detetado depois de tocar a sua vítima”⁴¹.

A natureza súbita, inesperada ou instantânea do contacto sexual praticado contra a vontade da vítima releva em termos de tipicidade da conduta, já que assenta numa supressão do sentido da vontade da vítima, quando o agente conte com a sua impossibilidade de reação atempada para, deste modo, a constranger ao contacto sexual.⁴²

Não integram o conceito de constrangimento, para este efeito, as situações de erro, engano, manobras ardilosas ou fraudulentas ou abuso de inexperiência. Apesar de

⁴⁰ AA. VV., *Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais*, American Psychiatric Association, 4ª Ed. (D.S.M. IV - TR) p. 570 “O foco parafílico do Frotteurismo implica tocar e roçar-se num sujeito que o não consente. O comportamento ocorre habitualmente em lugares com muitas pessoas das quais pode fugir mais facilmente à detenção. (...) O sujeito roça os seus genitais nas coxas e nádegas da vítima ou acaricia com as mãos os genitais ou seios da mulher. Enquanto faz isto fantasia habitualmente uma relação possível exclusiva e carinhosa com a vítima”.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Neste sentido, Leite, Inês Ferreira, *ob. cit.*, p. 73; Em sentido contrário, Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 267, entendendo que “a instantaneidade e a surpresa do contacto de natureza sexual afastam por um lado a relevância desse contacto e, por outro, afasta a própria noção de constrangimento”; Numa posição mais mitigada, Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, p. 828 que considera que “o facto de o contacto sexual ser súbito, inesperado ou instantâneo não lhe confere imediatamente o carácter de coactivo, mas também não lhe retira necessariamente esse carácter”.

se tratar de meios que viciam a vontade da vítima, não poderá dizer-se, neste casos, que o contacto sexual é imposto à vítima⁴³.

Não são abrangidos, também, os casos em que o contacto de natureza sexual é praticado com abuso de pessoa indefesa maior de idade, designadamente, de pessoa incapaz de resistência ou de pessoa internada. Tal como referem ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO⁴⁴, nestes casos não há um constrangimento a contacto de natureza sexual, já que o agente não quebra a resistência da vítima, mas aproveita-se de uma incapacidade de resistência já existente ou de uma limitação da liberdade sexual da pessoa internada para praticar o contacto.

Concluimos este capítulo do nosso trabalho admitindo como válida a posição de ANABELA MIRANDA RODRIGUES / SÓNIA FIDALGO e de MARIA DO CARMO SILVA DIAS quando referem que a ausência da tipificação dos meios pelos quais tem lugar o constrangimento cria as maiores dificuldades ao juiz no momento de aferir a punibilidade da conduta, levando a que, em último termo, seja esta aferida pelo facto de a vítima se ter sentido importunada com o contacto, o que não é aceitável por abrir portas a uma valoração da conduta de um ponto de vista da moral sexual.

No entanto, estamos em crer que existe espaço para a punibilidade destes contactos, que embora sejam menos gravosos que os atos sexuais de relevo, afetam ainda de modo suficientemente importante a liberdade sexual de qualquer pessoa, tal como iremos ver de seguida na análise jurisprudencial desta modalidade de ação típica.

3.2.2. Análise Jurisprudencial

Após uma análise jurisprudencial da aplicação do tipo legal de crime de importunação sexual por via de contacto de natureza sexual a primeira conclusão a que chegamos foi a de que a sua aplicação é muito residual. Não obstante ser um crime recente, parece-nos que a sua escassa utilização resulta sobretudo da falta de indicação específica dos meios de execução pelos quais se obtém o constrangimento, que, tal

⁴³ Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, p. 829 No mesmo sentido, Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 268.

⁴⁴ Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *ob. cit.*, p. 829.

como já referimos supra, torna muito difícil para o juiz aplicar este tipo legal de crime perante uma situação concreta.

Do reduzido número de decisões dos nossos Tribunais da Relação é de salientar que a maioria se observa quando em causa estão vítimas menores de 14 anos, e por isso sob a aplicação legal do art. 171º n.º 3, alínea a). Tal como no caso dos atos exibicionistas, defendemos que a aplicação desta modalidade de ação típica deve ser mais estrita quando em causa estiverem vítimas menores de 14 anos, em virtude do bem jurídico a salvaguardar não ser a liberdade sexual mas sim a autodeterminação sexual do menor.

Assim sendo, situações como o roçar no corpo de uma menor de 13 anos ou o pedido para que a menor feche os olhos, seguido da colocação do dedo dele nos lábios da menor, forçando-o a entrar na boca dela foram, e na nossa opinião, corretamente considerados contactos de natureza sexual⁴⁵, nestes casos punidos pelo art.º 171º n.º 3 alínea a).⁴⁶

Por sua vez, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 37/11.4GDARLE.E1, de 15-05-2012 apresenta uma decisão única ao punir o agente pelo crime de importunação, por contactos de natureza sexual em vítima maior e capaz, aplicando art. 170º.

O relator Carlos Berguete Coelho, dando como provado o facto da vítima se encontrar “debruçada sobre a máquina de lavar loiça (tendo o arguido passado) por trás da mesma, roçando, propositadamente, com as pernas e a mão esquerda nas nádegas da

⁴⁵ Respectivamente: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. 1044/07.7GGMTS.P1 de 27-01-2010; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 59/11.5GDPTG.E1 de 07-01-2014 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. N.º 93/08.2JAPRT.P1 de 28-11-2012, todos disponíveis em www.dsgi.pt.

⁴⁶ Note-se que no caso de toques na zona genital de menores nem sempre a jurisprudência considera contacto de natureza sexual. Veja-se o exemplo do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto proc. N.º 530/03.2TAPVZ.P1 de 07-10-2009 que considera acto sexual de relevo o acto de apalpar os seios e pressionar a zona púbica (vagina), ainda que por cima das cuecas, de menor de 14 anos e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra proc. N.º 204/10.8TASEI.C1 de 05-06-2013 (todos disponíveis em www.dsgi.pt) que considera como acto sexual de relevo as carícias/apalpões das nádegas e parte interior das coxas em vítimas menores de 14 anos. Embora, como já foi referido supra, não nos debrucemos neste trabalho sobre os pressupostos da aplicação do crime de importunação sexual em vítimas menores de 14 anos, não nos chocam estas decisões jurisprudenciais, sendo que, inclusive, concordamos com as mesmas. Isto porque é nossa opinião que estes comportamentos, embora não representem um acto sexual de relevo quando em face de vítima maior e capaz, já são suficientemente gravosas para se constituírem como tal quando em face de vítima menor de 14 anos, já que, como é sabido, nestes casos, a lei procura defender a autodeterminação sexual do menor, e já não só a sua liberdade sexual.

ofendida, satisfazendo assim os seus instintos libidinosos”⁴⁷, criminaliza esta conduta com o tipo legal de crime de importunação, seguindo, desse modo, a posição por nós aqui defendida de que o constrangimento a contacto de natureza sexual pode ser tipificado pela surpresa ou instantaneidade do próprio contacto.

Apesar de bastante controverso e discutido, estamos em crer, como referimos supra, que haverá espaço para a criminalização dos chamados contactos de natureza sexual, já que, embora não sejam tão graves quanto os atos sexuais de relevo, afetam ainda de maneira suficientemente gravosa a liberdade sexual de qualquer pessoa.

Somos por isso a favor de uma alteração/reformulação do tipo legal de crime da importunação sexual, mantendo a punição dos «contactos de natureza sexual», importante para prevenir algumas situações que não cabem no âmbito dos atos sexuais de relevo, mas que não devem, todavia, deixar de ser criminalizados. Deve, no entanto, o legislador fazer um esforço para especificar os meios através dos quais se obtém o constrangimento, sob pena de se poder abrir caminho para decisões baseadas numa “moral sexual” inaceitável, ou até de se poder questionar se esta modalidade de ação, por demasiadamente vaga e genérica, não afrontará o princípio da tipicidade. É sobre isto que nos iremos debruçar de seguida no nosso trabalho.

⁴⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 37/11.4GDARLE1, de 15-05-2012, disponível em www.dsgi.pt.

4. Art.º 170º põe em causa o princípio da tipicidade penal?

Conforme exposto supra, uma das críticas mais recorrentes que se colocam a este novo tipo legal de crime, mormente à sua modalidade de ação típica dos contactos de natureza sexual, é a de que a sua configuração muito vaga e genérica chega a colocar em causa o seu respeito pelo princípio da tipicidade penal.

Essa questão, sublinhada por MARIA DO CARMO SILVA DIAS⁴⁸, foi já debatida pelo nosso Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 105/2013, de 20 de Fevereiro de 2013, o qual, perante a questão de o tipo legal de crime, na sua modalidade de ação de contracto de natureza, estar em conformidade com o princípio da legalidade (na vertente da tipicidade) e necessidade penal, se pronunciou a favor da constitucionalidade da norma em questão. Passaremos, de seguida, a comentar esta decisão.

Em primeiro lugar cumpre definir e caracterizar o chamado princípio da tipicidade penal.

Num Estado de direito democrático a prevenção do crime deve ser levada a cabo com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, estando fortemente sujeita a uma aplicação rigorosa do princípio da legalidade, que, no essencial, se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita e certa. É neste sentido que resulta o art.º 29º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa ao referir que “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”, consagrando, deste modo, um dos princípios constitucionais básicos em matéria de punição criminal.

Conforme refere FIGUEIREDO DIAS⁴⁹ este princípio da legalidade determina que a descrição da conduta proibida e de todos os requisitos de que dependa em

⁴⁸ Dias, Maria do Carmo Silva, *ob. cit.*, p. 261 e nota 91.

⁴⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 186.

concreto uma punição tem de ser efetuada de modo a que se tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objetivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos. Daí que, impreterivelmente ligado ao princípio da legalidade temos o chamado princípio da tipicidade penal, o qual obriga a que a lei especifique suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime (ou que constituam os pressupostos da medida de segurança), bem como tipifique as suas penas (ou medida de segurança). A tipicidade exclui, assim, tanto as fórmulas vagas na descrição dos tipos legais, bem como as penas indefinidas ou de moldura tao ampla que em tal redunde⁵⁰.

Tem que ver, assim, com a exigência da determinabilidade do conteúdo da lei criminal. Conforme escreve Taipa de Carvalho⁵¹ “dada a necessidade de prevenir as condutas lesivas dos bens jurídico-penais e igualmente de garantir o cidadão contra a arbitrariedade ou mesmo contra a discricionariedade judicial, exige-se que a lei criminal descreva o mais pormenorizadamente possível a conduta que qualifica como crime. Só assim o cidadão poderá saber que ações e omissões deve evitar, sob pena de lhe vir a ser aplicada uma pena ou medida de segurança. Daqui resulta a proibição de o legislador utilizar cláusulas gerais na definição dos crimes, a necessidade de reduzir ao mínimo possível o recurso a conceitos indeterminados, e o imperativo de não recorrer às chamadas «normas penais em branco», salvo quando tal recurso se apresente como manifestamente indispensável e a norma para que é feita a remissão seja clara na descrição da conduta punível. Esta exigência, decorrente da razão de garantia do princípio da legalidade penal, é denominada por princípio da tipicidade, traduzido pela conhecida fórmula *latina nullum crimen sine lege certa*”⁵².

Relativamente ao princípio da necessidade penal, podemos caracterizá-lo como sendo um princípio constitucional implícito vinculante para aferir da legitimação da intervenção penal quanto à sua extensão e limites, de acordo com o art. 18º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, quando dispõe que, em matéria de válida restrição de direitos, liberdades e garantias, deve esta restrição subordinar-se à exigência

⁵⁰ Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, p. 495.

⁵¹ Carvalho, Taipa de, *Constituição Portuguesa Anotada*, org. por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2ª Edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, 2010, p. 672.

⁵² Cfr. Acórdão n.º 105/2013 do Tribunal Constitucional, de 20 de Fevereiro de 2013.

de «limitar-se ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».

Conferindo o art. 165º n.º 1, alínea c) da Constituição da República Portuguesa o direito do legislador ordinário criar crimes, o princípio da necessidade penal implica, assim, uma ponderação do legislador ordinário aquando da qualificação de determinado comportamento como crime, no sentido de, em respeito ao art. 18º n.º 2, não tipificar condutas que não tenham subjacente a tutela de bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Ora, depois de definidos sucintamente os princípios da legalidade/ tipicidade e da necessidade penal, cumpre agora analisar a decisão do Tribunal Constitucional ao não considerar inconstitucional o tipo legal de crime de importunação sexual, na sua modalidade de ação típica de contacto de natureza sexual.

Analisando, em primeiro lugar, o princípio da legalidade, na vertente da tipicidade penal, o Tribunal Constitucional⁵³, enquadra, à luz da evolução legislativa que sofreram os crimes sexuais, o crime de importunação sexual, como um crime contra a liberdade sexual, analisa “o tipo de ilícito previsto no art. 170º”, salientando, por um lado, que “introduziu o conceito de «contacto de natureza sexual», visando punir o constrangimento a atos de natureza sexual que não tenham dignidade de atos sexuais de relevo”; e, por outro lado, que “com esta nova incriminação a lei penal passou a distinguir, atenta a gravidade que representam em relação ao bem jurídico protegido, três categorias de atos (...)”, que se baseiam, numa hierarquia de gravidade, nos atos exibicionista e nos contactos de natureza sexual; nos atos sexuais de relevo e, por fim, nos atos de cópula, coito oral e anal e penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo.

A partir daqui, o Tribunal, servindo-se, para isso, dos entendimentos doutrinários de MOURAZ LOPES, INES FERREIRA LEITE E PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE acerca da modalidade de ação típica de contacto natureza sexual, conclui afirmando que se encontra “descrita de forma suficientemente precisa e inteligível (...), permitindo, com suficiente precisão, que os destinatários da norma orientem o seu comportamento”; e, de seguida, que a “previsão do tipo legal em causa (...) exige sempre a existência de um contacto do agente na pessoa da vítima (...) (que)

⁵³ Cfr. Acórdão, *cit.*, ponto 2.

terá de ser de natureza sexual (terá de ser um ato que afete de forma relevante a liberdade sexual da vítima, sem que assuma, contudo, a gravidade de um ato sexual de relevo) ”, que esse contacto “terá de ser efetuado por meio de constrangimento da vítima a suportar tal ação (sem que tenha sido usada violência) ” e que “tal conduta terá de importunar a vítima”, sendo que, deste modo, “este conjunto de elementos define um quadro de comportamentos suficientemente definido, para que os cidadãos tenham a percepção de quais as condutas que aí se sancionam como crimes”⁵⁴.

Defende que “ critério para aferir da violação do princípio da tipicidade (...) terá de ser o de saber se decorre da norma incriminatória qual o tipo de comportamento sancionado, sendo o mesmo objetivamente determinável (...) “, e, embora admitindo, no caso concreto, “ um certo grau de indeterminação no que respeita aos meios pelos quais pode ser exercido o constrangimento e incómodo na vítima” conclui que “a descrição dos comportamentos tipificados encontra-se formulada de maneira, tanto quanto é possível, precisa e clara, de modo a não existirem dúvidas quanto à definição dos elementos da infração (sendo) possível extrair, quanto mais não seja, do conjunto da regulamentação típica da matéria dos crimes sexuais, a delimitação da área de proteção e dos comportamentos típicos abrangidos pela norma”⁵⁵, rematando, obviamente, no sentido de que a incriminação em causa não viola o princípio da legalidade criminal.

Quanto ao respeito pelo princípio da necessidade penal, o Acórdão refere que importa apreciar se a norma em causa tem por fim assegurar a proteção de bens jurídicos e, na afirmativa, se para esse efeito se mantém ou não dentro dos limites impostos pelo princípio da necessidade. E considera que o legislador entendeu que o constrangimento a contacto de natureza sexual se traduzia numa ofensa ao bem jurídico da liberdade sexual, cujo relevo era merecedor de tutela penal, levando, deste modo, a que estejamos perante “uma opção de política criminal, por parte do legislador, que entendeu que os referidos comportamentos ainda eram dotados de dignidade punitiva, sendo que a criminalização da conduta em causa não teve na sua base razões ligadas ao domínio da moral social ou da moralidade sexual, mas sim apenas a proteção da liberdade pessoal, num dos domínios em que essa liberdade se projeta”⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. Acórdão, *cit.*, ponto 2.1.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Cfr. Acórdão, *cit.*, ponto 2.2.

Admite ainda que, não obstante de as condutas que se criminalizam com o tipo legal em causa possam estar próximas “do limiar mínimo no que respeita à carência de tutela penal, não se pode esquecer que essa «menor» dignidade penal ou menor danosidade de tais condutas encontra-se refletida na sanção prevista (pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias) «⁵⁷.

Conclui referindo que não é evidente que a diminuta gravidade dessas condutas seja de tal grau que se possa considerar excessiva, e sendo certo que, nesta matéria, o Tribunal Constitucional só deve censurar as soluções legislativas manifestamente excessivas, considera que não há qualquer violação do princípio da necessidade penal, não violando qualquer preceito constitucional.

Não concordamos com esta decisão do Tribunal Constitucional, como passaremos a explicar. Embora consideremos, tal como foi referido supra, que há espaço para a punição dos chamados contactos de natureza sexual, ou, caso seja preferível, de atos que afetem a liberdade sexual da vítima, ainda que sejam menos gravosos do que os próprios atos sexuais de relevo em si, não julgamos correta a forma como o legislador expôs a modalidade de ação no tipo legal de crime, por demasiado vaga e genérica, nem concordamos com os argumentos referidos no Acórdão em causa quanto ao respeito pelo princípio da legalidade e necessidade penal.

Relativamente à análise do princípio da legalidade há que criticar, desde logo, a opção feita pelo Acórdão⁵⁸ de contrabalançar um “certo grau de indeterminação” que resulta dos “meios pelo qual pode ser exercido o constrangimento” através do “conjunto da regulamentação típica da matéria dos crimes sexuais, a delimitação da área de proteção e dos comportamentos típicos abrangidos pela norma, concluindo assim que se torna “claro o juízo de censura penal para os cidadãos que, deste modo, podem orientar a sua conduta de acordo com esse juízo normativo”. Não é a partir do “conjunto da regulamentação típica da matéria dos crimes sexuais” que se satisfaz a exigência da tipicidade, mas sim a partir do “conjunto de elementos (da norma que) define um

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Cfr. Acórdão, *cit.*, ponto 2.1 *Apud* Comentário de Anabela Miranda Rodrigues ao Acórdão n.º 105/2013 do Tribunal Constitucional, de 20 de Fevereiro de 2013 *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 143º, N.º 3987 Julho-Agosto 2014, p. 435.

quadro de comportamentos suficientemente definidos”, como também é referido no Acórdão⁵⁹, algo em contradição com o que foi anteriormente dito.

Para além disso, concordamos com a visão de ANABELA MIRANDA RODRIGUES⁶⁰ quando refere que “a questão da descrição dos meios típicos de ação não releva apenas ao nível da tipicidade, mas deve também ser convocada para aferir da legitimidade constitucional da incriminação, agora do ponto de vista da «necessidade de tutela penal»”.

Na verdade, o Acórdão analisa a questão da necessidade de tutela penal da incriminação à luz do parâmetro do bem jurídico e da sua dignidade penal, invocando, em sede teórica, várias doutrinas e trechos jurisprudenciais. No entanto, quando confrontado com a questão de saber se a incriminação protege de facto o bem jurídico da liberdade sexual, “limita-se a averiguar se a norma em causa tem por fim assegurar a proteção de bens jurídicos. E, nesse sentido, para responder afirmativamente à questão, basta-se (...) com fazer apelo ao seu enquadramento sistemático no Código Penal como um crime contra a liberdade sexual (...) e à luz da legitimidade que considera existir – e bem- por parte do legislador ordinário, para fazer «opções de política criminal»”⁶¹.

Não pode o Tribunal Constitucional conformar-se, sem discutir, com o facto de o legislador, no uso da sua faculdade de incriminação de comportamentos que ofendem bem jurídicos merecedores de tutela penal, ter entendido que o contactos de natureza sexual eram dotados de dignidade punitiva, por afetarem a liberdade sexual, não tendo, por isso, a norma sido criada com base em “razões ligadas ao domínio da moral social ou da moralidade sexual”⁶², nem muito menos com a afirmação de que a incriminação em causa se insere na parte do Código Penal onde se protege aquele bem jurídico (liberdade sexual).

Embora, voltamos a referir, considerarmos existir espaço e dignidade punitiva para atos sexuais menos relevantes do que os «atos sexuais de relevo», por afetarem de forma ainda suficientemente relevante a liberdade sexual da pessoa, partimos da opinião

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Comentário de Anabela Miranda Rodrigues ao Acórdão n.º 105/2013 do Tribunal Constitucional, *ob. cit.*, p. 435.

⁶¹ Comentário de Anabela Miranda Rodrigues ao Acórdão n.º 105/2013 do Tribunal Constitucional, *ob. cit.*, p. 436 e 437.

⁶² Cfr. Acórdão, *cit.*, ponto 2.2.

de ANABELA MIRANDA RODRIGUES⁶³ de que o Tribunal Constitucional deveria ter necessariamente averiguado se os comportamentos incriminados atingem, de algum modo, quer violando quer colocando em perigo, esse mesmo bem jurídico, o que não sucedeu.

Perdeu-se, deste modo, uma oportunidade para a alteração do tipo legal de crime, por intervenção do Tribunal Constitucional, de modo a punir-se mais efetivamente a realidade que deve ser, em nossa opinião, efetivamente punida. Para além disso, é de ressaltar que, de futuro, esta decisão do Tribunal Constitucional poderá mesmo considerar-se emblemática pela ilimitada tolerância da jurisprudência constitucional em relação ao critério da justa medida do legislador penal português.

⁶³Comentário de Anabela Miranda Rodrigues ao Acórdão n.º 105/2013 do Tribunal Constitucional, *ob. cit.*, p. 442. Não concordamos com a autora, no entanto, quando considera só existir espaço para a punição dos actos sexuais de relevo, por serem os únicos “graves, minuciosa e suficientemente descritos para afectarem a liberdade sexual”.

5. Conclusões e tentativa de solução prática

Foi nossa intenção, neste trabalho, abordar o tipo legal de crime de importunação sexual, tipo legal de crime relativamente recente, cuja interpretação teórica e aplicação prática são altamente controversas.

Em primeiro lugar cumpre referir que este tipo legal de crime, autonomizado no art. 170º, tem ainda aplicação no art. 171º n.º 3, alínea a), que prevê e pune o abuso sexual de crianças, cuja vítima seja menor de 14 anos. Embora as modalidades de ação sejam exatamente as mesmas, cremos que a sua aplicação pode e deve ser diferenciada, isto porque, no crime de abuso sexual de crianças, estamos perante a defesa do bem jurídico de autodeterminação sexual e livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual, e já não perante a simples liberdade sexual.

Não obstante termos referido supra que consideramos que a modalidade de ação de «constrangimento a contacto de natureza sexual» nos parece excessivamente vaga e genérica no âmbito do art. 170º, não somos da mesma opinião quando em face da sua aplicação pelo art. 171º n.º 3 alínea a). Deste modo, cremos que os atos exibicionistas devem ser punidos quando em face da aplicação do crime de abuso sexual de crianças, bem como qualquer «contacto de natureza sexual» que seja praticada contra o menor, não se pondo aqui em causa qualquer violação de princípios constitucionais, em virtude do bem jurídico que se visa proteger ser manifestamente distinto.

No entanto, este nosso trabalho não se debruça sobre a aplicação do tipo legal de crime de importunação sexual quando em face de vítima menor de 14 anos, mas sim quando em face de vítima maior de 14 anos, e por isso pela aplicação do art. 170º, que protege, como é sabido, o bem jurídico da liberdade sexual.

Assim, cumpre agora resumir as duas modalidades de ação típicas, e sumarizar a nossa opinião acerca de cada uma delas.

Em primeiro lugar o tipo legal de crime em causa vem criminalizar a prática de atos exibicionistas que importunem a vítima. Tal como referimos no nosso trabalho, não

somos a favor da criminalização da prática de atos exibicionistas quando em face de vítima maior e capaz, por várias razões que tentamos explicitar, e que passaremos agora a sumarizar.

Uma delas prende-se com o facto do ato exibicionista em si não provocar na vítima nada mais do que um sentimento de surpresa, choque ou desagrado, mas nunca uma verdadeira violação da sua liberdade sexual. Poder-se-á, quanto muito, dizer que tal ato exibicionista pode provocar na vítima um sentimento de que se siga a prática de um ato sexual por forma a constituir crime, importunando-a. No entanto, é nossa opinião que tal raciocínio seria tutelar um interesse demasiado incerto, correndo o risco de criminalizar atos que mais não passam do que situações efetivamente desagradáveis, mas que não cumpre ao Direito Penal tutelar.

Para além disso, e tal como já expusemos supra, estes atos exibicionistas são normalmente resultado de uma parafilia sexual do agente, caracterizada pelo desejo e fantasia de se expor perante outrem, sendo também clinicamente comprovado que, regra geral, após a exposição não há qualquer tentativa de continuar a actividade sexual com o estranho. Assim sendo, somos a favor da aplicação de uma pena de multa ou até de encaminhamento para apoio e tratamento médico, medidas que nos parecem muito mais efetivas e idóneas a nível de prevenção geral e prevenção especial do que propriamente a aplicação de uma pena de prisão.

Relativamente aos «contactos de natureza sexual», a nossa opinião é de que representam uma realidade jurídico-penal que pode e deve ser criminalizada, mas nunca através da modalidade de ação típica referida no tipo legal de crime. Queremos com isto dizer que não concordamos com a formulação do tipo legal de crime acerca do constrangimento a contacto de natureza sexual que importune a vítima. Tal como tentamos vir a demonstrar durante este nosso trabalho, a nossa discordância tem como fatores fulcrais a conceção vaga e genérica que o tipo legal de crime legal de crime apresenta, abrindo portas a uma punição de um qualquer ato que pura e simplesmente importune a vítima, caindo num inadmissível direito penal sexual bagatelar ou, pior ainda, num direito penal moralista.

Defendemos, deste modo, que o legislador deveria ter elaborado o tipo legal de crime de forma diferente, expondo a modalidade de ação para que a sua aplicação prática fosse menos dúbia. Criticamos também a posição do nosso Tribunal

Constitucional, que, quando em face da apreciação da constitucionalidade da modalidade de ação em causa, se absteve de pronunciar sobre a questão fulcral, e que se baseava exatamente no facto de os comportamentos tipicamente incriminados neste tipo legal de crime atingirem ou não o bem jurídico da liberdade sexual, que se pretende salvaguardar. Era esta a questão que se pretendia ver discutida e apreciada pelo nosso Tribunal Constitucional, já que a mesma vem dividindo, tal como referimos supra, a doutrina Portuguesa.

Ainda assim, somos a favor da criminalização dos «contactos de natureza sexual», embora com várias ressalvas quanto à sua tipificação legal. Cremos que uma alteração do tipo legal de crime seria muito benéfica, não só para tornar mais claro aquilo que se pretende efetivamente punir, facilitando o trabalho do juiz, mas também para cumprir com as formalidades constitucionais, mormente princípio da legalidade, na vertente do princípio da tipicidade, que nos parecem não estarem respeitadas na atual redação do tipo legal de crime.

Deste modo, é nossa opinião que o tipo legal de crime p.p. no art. 170º do Código Penal deveria deixar de se criminalizar os atos exibicionistas, punindo unicamente aquilo a que chamaríamos de «ato de carácter sexual», ato esse que a vítima seria obrigada a suportar por aproveitamento de uma situação de impossibilidade de reação. Deste modo, propomos que o tipo legal de crime do art.º 163 crie uma nova punição, que se traduzirá em algo como: “Quem, aproveitando uma situação de impossibilidade de reação, fizer suportar outrem de um ato de carácter sexual é punido com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias”. Aqui, mais do que “constranger”, no sentido de “forçar alguém a alguma coisa”, deslocava o *animus* do tipo legal de crime para o campo da atuação do agente, e sua intenção, independentemente da reação da vítima, que já estaria salvaguardada na natureza semi-pública do crime⁶⁴ (se a vítima se sentisse importunada ou afetada na sua liberdade sexual, apresentaria queixa contra o ato lesivo que sofreu).

É claro que, atendendo à natureza deste trabalho, a proposta desta alteração ao tipo legal não pretende ser definitiva, mas apenas dar um pequeno e modesto contributo para um tema que não tem merecido uma grande atenção por parte da doutrina, e, assim, contribuir para uma salutar discussão sobre o assunto.

⁶⁴ Cfr. Art. 178º n.º 1 do Código Penal.

6. Bibliografia

Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.

Carvalho, Américo Taipa de, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, revista, actualizada e ampliada, Coimbra Editora, 2010, organizado por Jorge Miranda e Rui Medeiros.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, TOMO I, Coimbra Editora, 2012, organizado por Jorge de Figueiredo Dias.

Dias, Maria do Carmo Silva, *Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual*, Revista do CEJ, 2008, págs. 213-279.

Leite, Inês Ferreira, *A Tutela Penal da Liberdade Sexual*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Nº1, Janeiro-Março 2011, págs. 29-94.

Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais, American Psychiatric Association, 4ª Ed. (D.S.M. IV - TR), 2002.

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2010.

Rodrigues, Anabela Miranda Rodrigues, Anotação ao Acórdão n.º 105/2013 do Tribunal Constitucional, de 20 de Fevereiro de 2013, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 143º, N.º 3987 Julho-Agosto 2014, págs. 413-443.

Rodrigues, Anabela Miranda / Fidalgo, Sónia, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, TOMO I, Coimbra Editora, 2012, organizado por Jorge de Figueiredo Dias.

7. Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 105/2013 do Tribunal Constitucional, de 20 de Fevereiro de 2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Outubro de 1996, publicado na Colectânea de Jurisprudência, STJ, iii, p. 174, e de 21 de Novembro de 2002, disponível em www.dgsi.pt.

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. N.º 329/09.2PBVRL.P1 de 09-03-2011, disponível em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. 1044/07.7GGMTS.P1 de 27-01-2010, disponível em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proc. N.º 93/08.2JAPRT.P1 de 28-11-2012, disponível em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto proc. N.º 530/03.2TAPVZ.P1 de 07-10-2009, disponível em www.dsgi.pt.

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra proc. N.º 23/04.0 TAVNO-C2 de 22-04-2009, disponível em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra proc. N.º 347/08.8JACBR.C1 de 02-04-2014, disponível em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, proc. N.º 17/11.0GBAGD.C1 de 26-02-2014, disponível em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra proc. N.º 204/10.8TASEI.C1 de 05-06-2013, disponível em www.dsgi.pt.

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 59/11.5GDPTG.E1 de 07-01-2014, disponível em www.dsgi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, proc. N.º 37/11.4GDARL.E1, de 15-05-2012, disponível em www.dsgi.pt.