

YEARBOOK

MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA
DO PORTO / UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

VOL.1

(2018)

DIGITAL

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO



PORTO



*YEARBOOK: MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO –
ESCOLA DO PORTO / UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA*
Vol 1 (2018)
RAQUEL CARVALHO E CATARINA SANTOS BOTELHO (COORDS.)

© Universidade Católica Editora . Porto
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Coleção · e-book
Coordenação gráfica da coleção · Olinda Martins
Capa · Olinda Martins
Revisão de texto · Maria Isabel Dias Ferreira

Data da edição · novembro de 2019
Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo
ISBN · 978-989-8835-77-2

**Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de
Adolescentes**

**Conjugação dos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 com os arts. 172º e
173º do Código Penal**

Luísa Renata Ramos Naia

Sob a orientação da Professora Doutora Maria da Conceição
Ferreira da Cunha

Agradecimentos

Antes de mais, o meu profundo agradecimento à Professora Doutora Conceição Cunha, por me ter inspirado na escolha do tema e pela honra que me deu ao aceitar orientar esta dissertação, mas também pela paciência, pela disponibilidade, pelos conselhos e por me apresentar outros pontos de vista para as minhas questões.

De seguida, agradecer à Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários pela disponibilidade e rapidez na digitalização e envio de artigos fundamentais para este trabalho.

À Dra. Áurea de Ataíde, especialista em Psiquiatria da Infância e Adolescência, e à Dra. Cláudia Cunha, psicóloga estagiária, por me terem esclarecido algumas questões, proporcionando assim alguma interdisciplinaridade na abordagem dos temas aqui desenvolvidos.

Ao Pedro, por toda a ajuda e apoio que sempre me deu.

À minha família, sobretudo à minha tia, à Zinha, à Silvia e ao meu avô, por acreditarem sempre em mim, e à minha Mis, a criança que me inspira a ser uma melhor pessoa e mais atenta às necessidades dos que me rodeiam.

Um agradecimento muito especial à minha mãe, uma verdadeira “pãe”, a quem tudo devo, por me ter dado a hipótese de tirar este mestrado e dedicar-me apenas a esta dissertação, e pelo apoio e amor incondicional.

Ao Tiago, por ter estado desde o primeiro momento comigo nesta caminhada, por nunca me ter deixado desistir, por me obrigar a trabalhar e a descansar nos momentos certos, por me ter ouvido e pelas palavras de ânimo.

Por fim, mas não menos importante, aos meus amigos aveirenses, às minhas aveirenses do Porto e aos meus amigos portuenses, por todos os conselhos, pelo incentivo, pela nossa viagem, pelos nossos cafés; sem vocês não seria a mesma coisa.

Resumo

Na sequência da ratificação da Convenção de Istambul por Portugal e, conseqüentemente, da sua entrada em vigor na nossa ordem jurídica em 2014, foi necessário proceder-se a alterações legislativas para dar cumprimento às obrigações impostas pela mesma. Assim, a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, alterou, nomeadamente, os números 2 dos artigos 163º e 164º do Código Penal, passando a abranger as situações em que o ato sexual não foi consentido ou o foi mediante pressões que não atinjam o patamar referido nos seus números 1. A questão que se coloca é a de saber se nesses casos de consentimento constrangido ou de dissentimento de menores adolescentes se aplica o artigo 172º ou 173º do Código Penal, conforme o caso, ou o número 2 dos artigos 163º ou 164º, agravado em razão da idade (artigo 177º, n.º 6 do Código Penal).

Palavras-chave: Convenção de Istambul; moldura penal; consentimento constrangido; dissentimento; adolescentes.

Abstract

Following the ratification of the Istanbul Convention by Portugal and, consequently, of its entry into force in our legal order in 2014, it was necessary to make some legislative changes to comply with the obligations imposed by it. Law no. 83/2015, of 5th of August, amended, in particular, both number twos of articles 163 and 164 of the Penal Code, covering the situations in which the sexual act was either not consented or consented under pressure, yet not reaching the level mentioned in their number ones. The question is to know whether, in those cases, either articles 172 or 173 of the Penal Code are to be applied, depending on the case, or number two of either article 163 or 164 instead, aggravated by the age factor (article 177, no. 6 of the Penal Code).

Keywords: Istanbul Convention; criminal frame; compelled consent; dissent; adolescents.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
APMJ	Associação Portuguesa de Mulheres Juristas
art./ arts.	Artigo/artigos
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CI	Convenção de Istambul
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
GNR	Guarda Nacional Republicana
MP	Ministério Público
n.º /n.ºs	número/números
p./pp.	Página/páginas
PJ	Polícia Judiciária
PSP	Polícia de Segurança Pública
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i>

ÍNDICE

Introdução	6
Capítulo I. Bem jurídico	7
1. Evolução do bem jurídico e instrumentos internacionais	7
2. Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	9
Capítulo II. Conceito de violência e de ameaça grave nos crimes de coação sexual e de violação	12
1. O n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP	12
2. Meios típicos de constrangimento	13
2.1 Conceito de violência	13
2.2 Conceito de ameaça grave	17
Capítulo III. O impulso da CI e as alterações aos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP	19
Capítulo IV. Reflexos das alterações em relação a menores de 14 anos e a menores entre os 14 e os 18 anos	24
1. Abuso sexual de crianças	24
2. Adolescentes	26
2.1 Abuso sexual de menores dependentes	27
2.2 Atos sexuais com adolescentes	31
3. Proposta de alteração legislativa	35
Conclusão	37
Apêndice I	40
Apêndice II	41
Apêndice III	42
Apêndice IV	43
Anexo I	44
Anexo II	46
Bibliografia	48

Introdução

O conceito de violência, como meio típico de constrangimento à prática de ato sexual, sempre foi muito discutido. Não havia um entendimento unânime sobre a possibilidade de nele se incluir o dissentimento, assim como era controverso se a violência psicológica se incluía neste conceito ou no de ameaça grave.

Com a entrada em vigor da CI na nossa ordem jurídica e, conseqüentemente, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, os n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP foram alterados, passando a abranger o dissentimento bem como o consentimento constrangido que não atinja o nível de gravidade dos meios de constrangimento tipificados no n.º 1, tutelando-se de forma mais abrangente a liberdade e a autodeterminação sexual. Contudo, continuou a aplicar-se aos n.ºs 2 as agravantes em razão da idade, previstas no art. 177º, n.º 6 e n.º 7 do CP.

Estas alterações não tiveram em conta as especificidades e as molduras penais a que se iria chegar quando o crime fosse cometido contra um menor e este não consentisse na prática de atos sexuais ou consentisse mediante pressões ou ameaças não graves.

É na conjugação deste novo n.º 2, com os arts. 172º e 173º do CP que incide o nosso tema. Este é um tema relativamente recente e que ainda não foi discutido e desenvolvido quando a vítima tenha entre 14 e 18 anos. Vamos centrar-nos nos crimes sexuais contra menores, concretamente contra adolescentes, deixando de parte os crimes de recurso à prostituição, lenocínio e pornografia de menores, bem como o de aliciamento de menores para fins sexuais.

Para tal, começaremos por abordar a evolução do bem jurídico, fazendo referência a alguns instrumentos internacionais, e a evolução dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual (Cap. I).

De seguida, analisaremos os conceitos de violência e de ameaça grave nos crimes de coação sexual e de violação, expondo as diversas teses adotadas e mencionando jurisprudência relevante, bem como as particularidades a ter em conta na sua interpretação quando as vítimas são crianças (Cap. II).

No Capítulo III apreciaremos o impulso da CI e as alterações aos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP, fazendo alusão ao Projeto de Lei do Bloco de Esquerda, ao parecer da APMJ e ao comentário de Inês Ferreira Leite.

Por fim, refletiremos sobre as repercussões destas alterações em relação a menores de 14 anos e a menores entre 14 e 18 anos, identificando os problemas que se passaram a levantar e qual o artigo que se deve aplicar, dando a nossa opinião e apresentando sugestões.

I. Bem jurídico

1. Evolução do bem jurídico e instrumentos internacionais

Verificou-se nos crimes sexuais uma significativa evolução, nomeadamente ao nível do bem jurídico. Através da análise da evolução do bem jurídico dos crimes sexuais conseguimos perceber quais as preocupações sentidas em cada época.

Nos Códigos Penais de 1852¹ e 1886², os crimes sexuais constavam do Cap. IV “Dos crimes contra a honestidade”. Tutelava-se a moral sexual enquanto bem jurídico supra individual.

No CP de 1982³, os crimes sexuais estavam regulados no Cap. I “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” do Título III “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”. Como refere André Lamas Leite, “estávamos perante interesses penalmente relevantes, de natureza supra-individual, e em que o Estado emprestava o seu *ius imperium* a uma dada ‘moral sexual’”.⁴

Com a revisão do CP em 1995⁵, verificou-se uma profunda alteração nos crimes sexuais: “os conceitos mudaram, os interesses a proteger são declaradamente outros, as penas foram alteradas e a maneira de dizer da lei filia-se num ideário diferente”.⁶ Deixou de se tutelar “sentimentos coletivos da moral sexual dominante”⁷ para se passar a tutelar o bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual, nas suas dimensões positiva e negativa.

A liberdade sexual na sua vertente negativa traduz-se “no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância”.⁸ Na sua vertente positiva traduz-se na “liberdade de interagir sexualmente sem restrições”.⁹ Compreende-se que a preocupação da lei penal seja a de proteger a primeira vertente. Contudo, o legislador não a pode tutelar de tal maneira que acabe por “impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva”.¹⁰

Nesta matéria, o paradigma passou a ser o de que a atividade sexual, em privado, entre adultos, com consentimento, não é crime.¹¹ “Crime, no âmbito da sexualidade humana, só

¹ Vd. CP de 1852, <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

² Vd. CP de 1886, <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1866.pdf>.

³ Vd. CP de 1982, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=2&so_miolo=

⁴ Leite, A. L., 2016, p. 62.

⁵ Vd. DL n.º 48/95, de 15 de março, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

⁶ Belezza, 1996, p. 159.

⁷ Garcia & Rio, 2015, p. 716.

⁸ Alfaiate, 2009, p. 86.

⁹ Dias, M. C., 2008, p. 221.

¹⁰ Andrade, 2004, p. 395.

¹¹ Vd. Dias, J. F., 1976, p. 88.

deverá existir quando a liberdade e autodeterminação sexuais (...) forem afectadas”. Caso contrário, assistir-se-ia a uma “intromissão intolerável na vida íntima de cada um”.¹²

Isto remete-nos necessariamente para a relação entre o Direito Penal e a Constituição. O direito penal só intervém para tutelar bens jurídicos com necessidade e dignidade penal (art. 18º, n.º 2 da CRP). Por isso,

numa sociedade democrática, pluralista, a intervenção penal no âmbito da sexualidade (...) não poderia fundamentar-se na imoralidade de uma conduta, mas sim na perturbação da liberdade e autodeterminação sexual, bens de nível constitucional, ínsitos no direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25º, n.º 1, e 26º, n.º 1, da CRP) e tendo como fundamento último o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP).¹³

Também no plano internacional se verificou uma progressiva preocupação com a temática dos crimes sexuais.

No Direito da União Europeia podemos destacar a Diretiva 2011/92/UE¹⁴ do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011, referente “à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil”, e a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012, “que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade”¹⁵.

Destaca-se também a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, adotada em Lanzarote a 25 de outubro de 2007¹⁶. Como está referido no seu art. 1, esta Convenção tem por objeto “a) prevenir e combater a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças”; “b) proteger os direitos das crianças vítimas de exploração sexual e de abusos sexuais” e “c) promover a cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças”.

Por fim, a 11 de maio de 2011 foi adotada em Istambul a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica.¹⁷ Trata-se de uma Convenção que reconhece “que os vários tipos de violência nela descritos atingem de forma desproporcionada as mulheres e concebe a violência contra as mulheres como violência de género”. Em suma, é “um documento virado para as mulheres e feito a pensar nelas, para garantir o seu direito a viver sem violência e sem medo”.¹⁸

¹² Cunha, 2002, p. 351.

¹³ Cunha, 2016, pp. 134-135.

¹⁴ *Vd.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32011L0093>.

¹⁵ *Vd.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>.

¹⁶ *Vd.* [file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/lanzaroteconvention_por%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/lanzaroteconvention_por%20(3).pdf).

¹⁷ *Vd.* http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

¹⁸ Sottomayor, 2015, p. 106.

Esta Convenção representa um momento importante na história dos crimes sexuais e tutela a liberdade sexual de forma mais abrangente, como veremos *infra*. A Convenção foi ratificada por Portugal, entrando em vigor na nossa ordem jurídica a 1 de agosto de 2014, tendo-se procedido a alterações legislativas para dar cumprimento às obrigações impostas pela mesma. Salientam-se as alterações introduzidas no CP pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto¹⁹, que procede à criação dos crimes de perseguição (art. 154ºA) e casamento forçado (art. 154ºB), à autonomização do crime de mutilação genital feminina (art. 144ºA) e à alteração dos crimes de importunação sexual (art. 170º), de violação (art. 164º) e de coação sexual (art. 163º).

2. Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Com a revisão do CP de 1995, os crimes sexuais passaram a ser crimes contra as pessoas, integrando o “Título I”, da “Parte Especial” do CP, cujo bem jurídico protegido é a liberdade e autodeterminação sexual (Cap. V - “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”).

O Cap. V do CP, por sua vez, subdivide os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em duas secções: crimes contra a liberdade sexual (secção I)²⁰ e crimes contra a autodeterminação sexual (secção II).²¹

A epígrafe das secções não pode ser interpretada literalmente, isto é, na secção I protege-se o bem jurídico liberdade sexual e na secção II a autodeterminação sexual. A razão desta divisão deve-se ao facto de se proteger na secção I “a liberdade (e/ou a autodeterminação sexual) de *todas* as pessoas, sem fazer acepção de idade”²², embora caso a vítima seja menor se apliquem as agravantes em razão da idade, ou o n.º 6²³ ou n.º 7²⁴ do art. 177 do CP, e²⁵ na secção II estarem

em causa condutas que, relativamente a adultos, ou não são consideradas crimes ou são-no, mas de menor gravidade; trata-se de condutas que, embora não integrem uma violência expressa, prejudicam gravemente o desenvolvimento da personalidade do menor.^{26 27}

¹⁹http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2381&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

²⁰ Estão inseridos nesta secção os seguintes crimes: coação sexual (art. 163º); violação (art. 164º); abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165º); abuso sexual de pessoa internada (art. 166º); fraude sexual (art. 167º); procriação artificial não consentida (art. 168º); lenocínio (art. 169º) e importunação sexual (art. 170º).

²¹ Estão inseridos nesta secção os seguintes crimes: abuso sexual de crianças (art. 171º); abuso sexual de menores dependentes (art. 172º); atos sexuais com adolescentes (art. 173º); recurso à prostituição de menores (art. 174º); lenocínio de menores (art. 175º); pornografia de menores (art. 176º) e aliciamento de menores para fins sexuais (art. 176ºA).

²² Dias, J. F., 2012, p. 711.

²³ Caso a vítima seja menor de 16 anos.

²⁴ Caso a vítima seja menor de 14 anos.

²⁵ Em consonância com o art. 46, d) da CI.

²⁶ Cunha, 2016, p. 142.

²⁷ A vítima pode ser menor de 14 anos (art. 171º CP); menor entre 14 e 18 anos (art. 172º e 174º CP); menor entre os 14 e os 16 anos (art. 173º CP); menor de 18 anos (art. 175º, 176º e 176ºA CP).

Assim, na secção II, o bem jurídico protegido é não só a liberdade e a autodeterminação sexual mas também o livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual.²⁸ A imaturidade e a vulnerabilidade dos menores justificam esta proteção acrescida da secção II.

Compreende-se esta proteção dada aos menores pois é essencial que nesta fase da formação da personalidade se procure de sobremaneira um desenvolvimento adequado da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade do menor no futuro, para que decida, em liberdade, o seu comportamento sexual.²⁹

Como refere Costa Andrade, “até atingir um certo grau de desenvolvimento, indicado por determinados limiares etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o envolvimento prematuro em actividades sexuais”.³⁰

Clara Sottomayor entende que o bem jurídico tutelado na secção II não é só o “livre desenvolvimento do jovem mas também a *qualidade emocional da sua vida*, uma vez que os danos psíquicos causados se projectam no futuro, afectando também a vida adulta”.³¹

Os abusos sexuais podem causar³² diversas consequências para a criança³³, tais como: ansiedade, perturbação de stress pós-traumático, depressão, baixa autoestima, dificuldades escolares, sentimentos de culpa³⁴, perturbações psiquiátricas, suicídio, isolamento, angústia, raiva, agressividade, medo, comportamentos sexuais inadequados, comportamentos de sedução, vergonha de ser tocada, abuso de álcool ou drogas, comportamentos desviantes, comportamentos regressivos, e elevado número de parceiros sexuais.³⁵

Posto isto, “Os abusos sexuais de menores (...) são verdadeiros assassinatos da alma. (...) São barreiras físicas e, conseqüentemente, psicológicas, que foram quebradas de forma irreversível”.³⁶ Foi uma infância que lhes foi roubada, uma inocência que foi perdida. A maior parte dos abusos são cometidos por alguém próximo do menor, aumentando o impacto traumático sofrido por este e pondo em causa o sistema familiar.³⁷

Além disso, a secção II pressupõe a criminalização de comportamentos sexuais livres de coação³⁸, isto é, não se exige, como na secção I, por exemplo, violência, ameaça grave, colocação da vítima na impossibilidade de resistir, ou torná-la inconsciente.³⁹ Como explica

²⁸ Dias, J. F., 2012, p. 711.

²⁹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 140.

³⁰ Andrade, 2004, p. 396.

³¹ Sottomayor, 2003, p. 35.

³² Nem todas as crianças apresentam sinais de terem sido abusadas sexualmente. *Vd. Manita, 2003, p. 245.*

³³ Crianças no sentido dado pelo art. 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança – “criança é todo o ser humano menor de 18 anos”.

³⁴ Carmo, Alberto & Guerra, 2006, p. 41.

³⁵ *Vd. Manita, 2003, pp. 247-248.*

³⁶ Strecht, 2005, p. 118.

³⁷ A este propósito, *vd. Ribeiro & Manita, 2007, pp. 47-83.*

³⁸ Apesar de o adulto não usar de violência ou outro meio de constrangimento, a maioria das vezes trata-se de um comportamento imposto ao menor. Neste sentido, *Manita, 2003, p. 241 e Cunha, 2016, p. 146.*

³⁹ *Vd. arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1 do CP.*

Figueiredo Dias, tendo em conta a idade da vítima, estes comportamentos sexuais “podem, mesmo sem coacção, **prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual**”.⁴⁰

Estamos assim perante atos aparentemente “consentidos” pelo menor, uma vez que este não tem, em regra, capacidade para neles consentir validamente. Isto porque, quando a vítima tem menos de 14 anos (art. 171º do CP), ou tem entre 14 e 18 anos e se verifique uma relação de domínio (arts. 172º e 173º do CP), como veremos *infra*, não terá capacidade para formar a sua vontade de forma livre, sem pressões, nem terá plena consciência do significado dos seus comportamentos e respetivas consequências.⁴¹

Assim, por razões de segurança jurídica, o legislador vai reconhecendo de forma gradual capacidade para se consentir em comportamentos sexuais, apesar de o grau de maturidade variar consoante a criança.

Desta forma, em relação aos menores de 14 anos (arts. 171º e 177º, n.º 7 do CP) há uma presunção absoluta de incapacidade para consentirem livremente em atos sexuais.⁴² Esta “proteção absoluta”⁴³ não significa que lhes esteja vedado qualquer tipo de comportamento sexual. Como explica Ana Rita Alfaiate, “nem todos os actos sexuais praticados com menores de catorze anos provocam ofensa ao seu bem jurídico liberdade sexual ou sequer ao bem jurídico infância e juventude”.⁴⁴ Os atos sexuais entre menores com idades próximas, e não abusivos, fazem parte do desenvolvimento normal e da exploração sexual, razão pela qual o Direito Penal não deve intervir.

Entre os 14 e os 18 anos, o menor já terá alguma maturidade para formar a sua vontade de forma livre e, por isso, é-lhe concedida alguma autonomia a nível sexual, emergindo “o interesse da promoção da vertente positiva do bem jurídico, havendo necessariamente uma flexibilização no catálogo de condutas aptas a ofender a sua vertente negativa”.⁴⁵ É preciso acompanhar a evolução do menor e o seu amadurecimento.

Contudo, apesar de já terem alguma maturidade e mais consciência dos seus atos, os adolescentes não deixam de ser influenciáveis, vulneráveis e manipuláveis.⁴⁶ Muitas vezes, o menor “aceita” ter relações sexuais, com alguém mais velho, estabelecendo-se uma relação desigual, como forma de obter carinho e atenção.⁴⁷ É necessário proteger esta fase do

⁴⁰ Dias, J. F., 2012, p. 834.

⁴¹ Cunha, 2003, p. 195.

⁴² Inês Ferreira Leite entende que o facto de não se atribuir relevância à vontade do menor demonstra um total desrespeito para com este. Leite, I. F., 2011, p. 51.

⁴³ Cunha, 2016, p. 150.

⁴⁴ Alfaiate, 2009, p. 135.

⁴⁵ Alfaiate, 2009, p. 95.

⁴⁶ “São fáceis de manipular, dão-te aquilo que queres, ao contrário de mulheres maduras”. Palavras de um abusador de uma rapariga adolescente. Pacheco, 2016, p. 174.

⁴⁷ “Ele dizia para eu o tratar por pai. (...) A primeira vez que fui ver um jogo de futebol, foi com ele... Era uma espécie de sonho. Eu não conhecia o meu pai verdadeiro”. Relato de um jovem de 14 anos vítima de abuso sexual. Strecht, 2005, p. 122.

desenvolvimento marcada por desequilíbrios, por descobertas, e que corresponde a uma fase de transição para a vida adulta.

Assim, a proteção é relativa⁴⁸ nesta faixa etária, podendo o jovem consentir livremente em atos sexuais. Porém, quando os atos são praticados numa relação de dependência (o jovem tem entre 14 e 18 anos, art. 172º do CP) ou com abuso de inexperiência (o jovem tem entre 14 e 16 anos, art. 173 do CP), o consentimento já não é livre e o Direito Penal deve intervir.

II. Conceito de violência e de ameaça grave nos crimes de coação sexual e de violação

1. O n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP

Os crimes de coação sexual e de violação, previstos respetivamente nos arts. 163º e 164º do CP, “constituem o **núcleo** da protecção da liberdade sexual”.⁴⁹

Nestes crimes não se faz aceção de género, podendo ser praticados por ou contra qualquer pessoa, sendo assim crimes comuns. Contudo, as vítimas são maioritariamente do género feminino e o agressor, em regra, conhece a vítima. Se entre eles houver uma relação familiar, de coabitação⁵⁰, de tutela, de curatela, de hierarquia, económica ou profissional, aplica-se a agravante prevista no art. 177º, n.º 1 do CP.

O crime de violação é uma especialização do crime de coação, “crime-base”⁵¹, existindo entre ambos um concurso aparente, e distinguem-se pelo tipo de atos praticados. Enquanto no art. 163º o constrangimento é dirigido à prática de ato sexual de relevo⁵², no art. 164º é dirigido à prática de cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos. Sendo a violação “uma coação sexual especial (mais grave)”⁵³, a moldura penal também aumenta e, em vez de prever uma pena de prisão de 1 a 8 anos (art. 163º, n.º 1), prevê uma pena de prisão de 3 a 10 anos (n.º 1 do art. 164º).

Todavia, os meios de constrangimento, que devem visar intencionalmente⁵⁴ a prática do ato sexual, exigidos no n.º 1 de ambos os tipos legais de crime (crime de execução vinculada), são os mesmos – violência, ameaça grave, colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir.

⁴⁸ Cunha, 2016, p. 150.

⁴⁹ Dias, J. F., 2012, p. 716.

⁵⁰ Em harmonia com o art. 46º, a) da CI.

⁵¹ Cunha, 2003, p. 196.

⁵² Devido ao número de caracteres não nos é possível desenvolver o conceito de ato sexual de relevo. Contudo, *vd.* Dias, J. F., 2012, pp. 718-721.

⁵³ Cunha, 2003, p. 196.

⁵⁴ Tem de existir uma relação meio/fim entre o meio de constrangimento e o ato sexual. *Vd.* Dias, J. F., 2012, p. 724.

Pelo facto de ter gerado discussão e se prender mais com o nosso tema, só nos iremos centrar nos conceitos de violência e de ameaça grave, previstos nos crimes de coação sexual e de violação.⁵⁵

2. Meios típicos de constrangimento

2.1. Conceito de violência

Este meio típico de constrangimento é objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, levantando-se a questão de saber se o dissentimento ou o não consentimento se podem incluir no conceito de violência, assim como se a violência psíquica integra este conceito ou o de ameaça grave.

A este propósito, podem identificar-se 3 teses.⁵⁶

Para a primeira tese⁵⁷, o dissentimento ou o não consentimento⁵⁸ é suficiente para preencher o conceito de violência, “pois um relacionamento sexual contra a vontade da vítima é sempre violento”.⁵⁹ Assim, este conceito é abrangente, incluindo a violência física e psíquica.⁶⁰ ⁶¹ Não é necessário haver uma resistência física efetiva, a oposição ao ato sexual pode ser demonstrada mediante palavras ou gestos.⁶²

A segunda tese sustenta que não basta o dissentimento, é necessário “o uso da **força física** (como *vis absoluta* ou como *vis compulsiva*) destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada”.⁶³ Quanto à força empregue, basta ser “**idónea, segundo as circunstâncias do caso** (...), a vencer a resistência efectiva ou esperada da vítima”,⁶⁴ podendo ser suficiente restringir-lhe os movimentos.⁶⁵ Esta perspetiva exclui deste meio de constrangimento a violência psíquica ou moral, uma vez que isso poderia conduzir a uma “inadmissível confusão entre meios (típicos) de violência e meios (atípicos) de *sedução*”.⁶⁶

Por fim, a terceira tese exige um debate entre o autor e a vítima, recaindo sobre esta o ónus de resistência. “Caso não ocorra ‘resistência’ a passividade da vítima é susceptível de

⁵⁵ Neste Cap. só nos iremos centrar no n.º 1 destes arts., deixando para o Cap. III a análise dos n.ºs 2.

⁵⁶ Cunha, 2016, p. 136.

⁵⁷ Posição adotada, designadamente, por Sottomayor, 2011, pp. 273-318 e Cunha, 2011, pp. 469-479. Neste sentido, também Ac. do STJ, de 23-2-2011.

⁵⁸ Bem como o consentimento que não foi livre, por exemplo, por ter sido obtido mediante fraude ou por medo. Sottomayor, 2015, p. 110.

⁵⁹ Cunha, 2016, pp. 136-137.

⁶⁰ Neste sentido, Sénio Alves, 1995, pp. 31-33, para quem “o art. 164º, n.º 1 refere a violência sem lhe juntar o qualificativo física, de onde parece lógico concluir que tanto a violência física como a moral, se determinarem a cópula, são elementos constitutivos do tipo”.

⁶¹ O dissentimento estaria inserido na violência psíquica.

⁶² Albuquerque, 2015, p. 649.

⁶³ Dias, J. F., 2012, p. 726. Neste sentido, Garcia & Rio, 2015, pp. 726-727.

⁶⁴ Dias, J. F., 2012, p. 726.

⁶⁵ Conceição Cunha exemplifica com o transporte da vítima para algum lado, trancando-a num automóvel (Cunha, 2003, p. 199). Neste sentido, *vd.* Dias, J. F., 2012, p. 726; Leite, I. F., 2011, p. 62 e Albuquerque, 2015, p. 646.

⁶⁶ Dias, J. F., 2012, p. 726.

ser, erradamente, tomada pelo agressor como consentimento, o que excluiria o dolo⁶⁷, não sendo punível a violação e a coação sexual por negligência.⁶⁸

O acórdão do TRP, de 13-4-2011, adotando esta terceira perspetiva, absolveu o arguido – psiquiatra – do crime de violação (art. 164º, n.º 1 do CP) a que havia sido condenado pelo Tribunal de primeira instância. Isto porque se entendeu que o arguido, ao agarrar a cabeça da vítima para lhe inserir na boca o seu pénis ereto, e ao empurrá-la contra o sofá, virando-a de costas e baixando-lhe as calças, para lhe introduzir o pénis na vagina⁶⁹, não preenchia nenhum meio de constrangimento. Acresce o facto de a vítima se encontrar na fase final de gravidez e com uma depressão. O Tribunal sustenta a sua posição em autores como Simas Santos e Leal-Henriques⁷⁰ e Néelson Hungria⁷¹ e Rodriguez Devesa.

A ideia de que estes crimes são cometidos por estranhos em que a vítima reage, ficando com marcas no corpo, corresponde a um estereótipo. Esta exigência de vestígios de violência facilitaria a prova dos factos e evitar-se-ia a adesão ao mito de que as vítimas, na maioria mulheres, usam “o *poder* de denúncia de forma irresponsável, caprichosa e calculista”.⁷²

Surpreende-nos que em pleno século XXI se profiram decisões como a deste acórdão, que afirma que os crimes de coação sexual e de violação criminalizam

apenas as situações de atentados à liberdade sexual que atentam gravemente contra a liberdade da vontade do sujeito, através de coacção grave ou violência e não os casos de prática de actos sexuais de relevo apenas praticados sem o consentimento da vítima maior de idade.⁷³

Esta interpretação “representa uma concepção da sexualidade em que a mulher ocupa a posição de um objecto, porque a sua autonomia como pessoa e as suas palavras não merecem valor nem consideração”.⁷⁴

Através da análise da matéria de facto dada como provada, e mesmo adotando a segunda tese, o arguido constrangeu a vítima à prática de atos sexuais mediante o uso da força física, tendo sido usada a força necessária a tal constrangimento, visto que se encontrava numa situação de especial vulnerabilidade.⁷⁵

Outro argumento que não se compreende neste acórdão consistiu na afirmação de que fazia parte do tipo legal de crime de violação “a necessidade de o agente ter de se debater

⁶⁷ Ac. do TRP, de 13-4-2011.

⁶⁸ Clara Sottomayor defende que, tal como o homicídio negligente, também deveria ser possível punir por violação negligente. *Vd.* Sottomayor, 2011, p. 313.

⁶⁹ Parágrafos 6 e 7 dos factos dados como provados no Ac.

⁷⁰ Leal-Henriques & Santos, 2000, p. 370.

⁷¹ “O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. (...) É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consegue vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito” não há violação. Hungria, 1981, p. 107.

⁷² Ventura, 2015, p. 85.

⁷³ Ac. do TRP, de 13-4-2011.

⁷⁴ Sottomayor, 2011, p. 284.

⁷⁵ Neste sentido, *vd.* voto de vencido de José Manuel Baião Papão.

contra a resistência da vítima”. A lei apenas exige o uso de violência, e não um ónus de resistência da vítima em que esta tenha de lutar com o agressor.⁷⁶

Conceição Cunha e Clara Sottomayor fazem comparações muito interessantes a este propósito. A primeira autora demonstra as falácias em que o TRP incorre ao fazer uma interpretação restritiva do conceito de violência, pois o ato de empurrar contra o sofá uma mulher grávida é qualificado como “violento preenchendo o crime de ofensa à integridade física (art. 143º [do CP])”⁷⁷, mas já não o é se for feito com “intenção libidinoso”.⁷⁸ A segunda autora, partindo também do ato de empurrar a mulher grávida, não compreende como é que a prática desses atos com o intuito de “lhe subtrair um objecto ou para a ofender psíquica ou fisicamente”⁷⁹ constituiria “respectivamente, um crime de roubo, de ofensa à integridade física ou de maus tratos psíquicos”⁸⁰, mas se for com intenção de obter relações sexuais já não é penalizado.

O conceito de violência nos crimes de violação e de coação sexual é mais exigente do que noutros crimes. Clara Sottomayor exemplifica com o crime de roubo (art. 210º do CP), onde não se exige às vítimas o ónus de resistência.⁸¹ O crime de violação de domicílio (art. 190º do CP) é apontado por Teresa Beleza como um crime onde não se exige violência, nem ameaça, mas sim o não consentimento.⁸²

A primeira tese foi adotada, nomeadamente, no acórdão do TRP de 10-9-2014, em que, curiosamente, a juíza relatora é a mesma do acórdão anterior e, numa situação semelhante, decidiu de forma antagónica, condenando o arguido, portador de um “atraso mental, ligeiro a moderado”, pelo crime de violação (art. 164º, n.º 1, a) do CP) de uma ciclista numa ciclovia, tendo-lhe para tal puxado os cabelos, atirando-a para o chão e imobilizando-a.⁸³ Entendeu-se que o conceito de violência integra a violência física e psicológica e não é necessário haver marcas físicas na vítima, nem resistência por parte desta. Muitas vezes, a vítima fica paralisada pelo medo e isso não pode ser confundido com consentimento⁸⁴, caso contrário desproteger-se-ia o bem jurídico liberdade sexual.

Não podemos continuar a permitir que situações como a do acórdão do TRP de 7-11-2007⁸⁵, em que a vítima implora para o arguido parar, tentando a todo o custo evitar a penetração, não sejam consideradas violentas. Sobretudo quando argumenta que a vítima não se encontrava em sofrimento psicológico, porque apontou a matrícula do automóvel do

⁷⁶ Cunha, 2011, p. 475.

⁷⁷ Cunha, 2011, p. 474.

⁷⁸ Cunha, 2011, p. 474.

⁷⁹ Sottomayor, 2011, p. 305.

⁸⁰ Sottomayor, 2011, p. 305.

⁸¹ Sottomayor, 2011, pp. 310-311.

⁸² Beleza, 2016, p. 22.

⁸³ Parágrafos 5 e 6 dos factos dados como provados no Ac.

⁸⁴ Neste sentido, Ac. do TRP, de 10-9-2014.

⁸⁵ A este propósito *vd.* Pereira, A. G., 2018.

arguido após o sucedido,⁸⁶ nem em sofrimento físico, pois este, apercebendo-se da dor que lhe estava a causar pela prática de coito anal, parou e retomou a cópula, e “essas dores, mesmo que tenham sido intensas, (...), foram pouco mais que instantâneas e não queridas pelo arguido”.⁸⁷

Quando a vítima é menor e o agente recorre a meios de violência para a constranger à prática de atos sexuais, como vimos, nesse caso aplicar-se-á ou o art. 163º ou o art. 164º do CP⁸⁸, conforme os atos sexuais praticados, agravado⁸⁹ em razão da idade.⁹⁰

Isto é, se a vítima for menor de 14 anos aplica-se a moldura penal dos arts. 163º, n.º 1⁹¹, ou 164º, n.º 1⁹², agravada de metade nos seus limites mínimo e máximo (art. 177º, n.º 7 do CP). Se a vítima for menor de 16 anos, os limites da moldura penal dos arts. 163º, n.º 1⁹³, ou 164º, n.º 1⁹⁴, serão agravados de um terço (art. 177º, n.º 6 do CP).

Desta forma, sendo a vítima menor, o conceito de violência, a nosso ver, terá de ser analisado com outro cuidado e numa perspectiva diferente. A mesma situação pode não ser vista como violenta para um adulto mas sê-lo para uma criança.⁹⁵ Temos de ter consciência de que se trata de seres humanos vulneráveis, que não têm maturidade suficiente para lidar com algumas questões da mesma maneira que um adulto, são influenciáveis e mais facilmente os conseguimos enganar ou assustar.

A este propósito, destacamos o caso⁹⁶ de uma adolescente de 16 anos que foi forçada a praticar atos sexuais de relevo com um adulto. Ficou provado que o agente agiu contra a vontade da vítima, que lhe pediu para parar, ao que este não acedeu e, “em virtude da sua supremacia física” lhe tirou os calções e as cuecas, consumando a cópula. A jovem só conseguiu fugir quando o agente “afrouxou a força que fazia”.⁹⁷

Estes factos foram enquadrados, e mal, a nosso ver, pelo Tribunal de primeira instância, no art. 173º do CP, que pressupõe o consentimento da vítima, tendo sido deduzida acusação pelo MP no mesmo sentido. Concordamos com o TRP ao subsumi-los no crime de violação (art. 164º), pois em causa está claramente o uso de força física.

⁸⁶ *Vd.* Conselhos dados pela PJ em caso de violação ou abuso sexual, em que um deles é tentar fixar a matrícula do veículo do agressor. <https://www.policiajudiciaria.pt/violacao-abuso-sexual/>.

⁸⁷ Ac. em análise.

⁸⁸ O facto de a vítima ser uma criança não significa que se tenha de aplicar os arts. da secção II, pois como já se disse, a secção I também criminaliza atos sexuais em vítimas menores, caso contrário não faria sentido prever-se agravações em razão da idade no art. 177º do CP.

⁸⁹ Note-se que, apesar de o art. 177º do CP prever várias circunstâncias agravantes, o n.º 8 estabelece a proibição da dupla valoração.

⁹⁰ *Vd.* Tabela das molduras penais do n.º 1 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade no apêndice I.

⁹¹ A moldura do art. 163º, n.º 1 é de 1 a 8 anos; com a agravação de metade, passa a ser de 18 meses a 12 anos.

⁹² A moldura do art. 164º, n.º 1 é de 3 a 10 anos; com a agravação de metade, passa a ser de 4 anos e 6 meses a 15 anos.

⁹³ A moldura do art. 163º, n.º 1, com a agravação de um terço, passa a ser de 16 meses a 10 anos e 8 meses.

⁹⁴ A moldura do art. 164º, n.º 1, com a agravação de um terço, passa a ser de 4 anos a 13 anos e 4 meses.

⁹⁵ Neste sentido, Cunha, 2016, pp. 142-143.

⁹⁶ Ac. do TRP, de 4-6-2014.

⁹⁷ Parágrafos 8, 9 e 10 dos factos dados como provados no Ac.

Posto isto, deparamo-nos com uma necessidade de uniformizar o entendimento sobre o conceito de violência para que não se absolvam novamente situações graves, e que tantas consequências acarretam para as vítimas, e para que se evite a adoção de teses diferentes, e consequentemente decisões judiciais distintas, em casos semelhantes, de acordo com a opinião individual de cada um, como no caso dos acórdãos já analisados em que a mesma relatora adotou teses diferentes em casos idênticos.

2.2. Conceito de ameaça grave

O art. 153º do CP consagra o crime autónomo de ameaça, que apresenta como características principais ser um mal, futuro e dependente da vontade do agente.⁹⁸

O conceito de ameaça grave, como meio típico de constrangimento dos crimes de coação sexual e de violação, levanta algumas questões, impondo-nos por isso tecer algumas considerações a este respeito.

Segundo Figueiredo Dias, deve entender-se por ameaça grave “a manifestação do propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não consentir no acto sexual”, incluindo neste conceito a violência psíquica⁹⁹ e considerando esta ameaça “tipicamente **mais exigente** do que a que ocorre no art. 154º [crime de coação]”. Isto significa que a ameaça tem de ser grave “segundo o seu **conteúdo**, mas também segundo a sua **medida** e a sua **intensidade** (a ameaça de uma bofetada não constitui, seguramente, uma ameaça tipicamente relevante para efeito de coacção sexual)”.¹⁰⁰

Conceição Cunha não concorda que se deva interpretar o conceito de ameaça grave dos arts. 163º e 164º do CP de forma mais exigente do que o conceito de “ameaça com mal importante” do crime de coação (art. 154 do CP).¹⁰¹ Acrescenta ainda que se deve incluir neste conceito, além das ameaças para a vida e para a integridade física, as ameaças para a honra e dignidade da vítima, exemplificando com a “ameaça de denúncia ou de calúnia relativa a facto atentatório da dignidade da vítima”.¹⁰²

A ameaça pode visar a vítima ou, caso represente para esta uma ameaça grave¹⁰³, um terceiro, por exemplo a ameaça de matar um amigo ou um familiar próximo da vítima.¹⁰⁴

Para Maria do Carmo, “ameaçar’ é anunciar o propósito de fazer mal a alguém, sendo certo que a ameaça grave cria no espírito da vítima um fundado receio de grave e iminente

⁹⁸ Carvalho, 2012, p. 553.

⁹⁹ Neste sentido, incluindo a violência psíquica no conceito de ameaça, desde que se possa considerar grave, Garcia e Rio, 2015, p. 727. Entendendo que “A ‘**ameaça grave**’ representa a forma mais grave de violência psíquica, que coincide com a prevista no artigo 155º, n.º 1, al. a) [do CP]”, Albuquerque, 2015, p. 647. Contra, defendendo que a violência moral se integra no conceito de violência e não no de ameaça grave, Sénio Alves, 1995, pp. 32-33.

¹⁰⁰ Dias, J. F., 2012, pp. 727-728.

¹⁰¹ Cunha, 2017, p. 351.

¹⁰² Cunha, 2003, p. 200.

¹⁰³ Neste sentido, Dias, J. F., 2012, p. 728.

¹⁰⁴ Pereira, R. C., 1996, p. 47.

mal”, e a gravidade “radica na sua idoneidade para provocar na vítima um estado de temor tal que seja induzida a escolher, como saída menos gravosa, a realização” dos atos queridos pelo agente.¹⁰⁵

O facto de a lei exigir a gravidade da ameaça suscita problemas ao permitir conceções subjetivas por parte do aplicador e conduzir eventualmente a absolvições injustas de agentes.

A ameaça de divulgar fotografias íntimas e sexuais da vítima¹⁰⁶ foi considerada, e bem, pelo TRC¹⁰⁷, como ameaça grave, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, compreendendo o “medo” e o “pânico” que a mesma possa ter sentido,

desde logo porque numa sociedade profundamente preconceituosa e moralista, quer a vítima quer o agente sabem que a censura é, em regra, dirigida à pessoa ameaçada e não ao agente. E quando a vítima é mulher e o agente homem então todos estes preconceitos se elevam a níveis superlativos.¹⁰⁸

O TRP considerou estar preenchido este meio de constrangimento quando, após a vítima ter recusado manter relações sexuais com o arguido, este a ameaçou “que ou ela mantinha relações sexuais com ele ou desferia-lhe dois socos”¹⁰⁹, uma vez que aquela sabia que o arguido era violento, tendo-lhe batido anteriormente.

Também neste meio de coação valem as considerações feitas a propósito do conceito de violência quando a vítima é menor.

Neste sentido, o TRC referiu, e bem, que “É pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade”.¹¹⁰ Por isso, a mesma ameaça pode não ser grave para um adulto, mas poderá ser para uma criança. Considerou grave a ameaça feita pelo arguido à vítima, mesmo após esta ter completado 14 anos, de que, caso não tivesse relações sexuais com ele, a família é que sofria as consequências e seria retirada à mãe, visto ter sido perspectivada pela criança como possível de concretizar.

Deparamo-nos com a urgência de se proceder a uma alteração legal para clarificar que o não consentimento num ato sexual também é criminalizado, para assim se uniformizarem as decisões judiciais e se proteger o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual.

¹⁰⁵ Dias, M. C., 2000, p. 28.

¹⁰⁶ Sustentando que a ameaça de divulgar fotografias da vítima nua não consubstancia uma ameaça grave, Albuquerque, 2015, p. 647. Discordamos deste pensamento. Trata-se da intimidade da vítima e, por isso, é perfeitamente compreensível que esta ceda à ameaça do agente, sobretudo na era digital em que vivemos.

¹⁰⁷ Ac. do TRC, de 3-2-2016.

¹⁰⁸ Ac. do TRC, de 3-2-2016.

¹⁰⁹ Ac. do TRP, de 15-6-2011.

¹¹⁰ Ac. do TRC, de 25-6-2014.

III. O impulso da CI e as alterações aos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP

Os n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, introduzidos pela revisão do CP de 1998 e alargados em 2007, consagravam o crime de assédio sexual, prevendo a criminalização de atos sexuais constrangidos mediante “abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho” ou mediante aproveitamento de temor causado pelo agente.¹¹¹

Mesmo assim, muitas situações ficavam desprotegidas, uma vez que, numa situação de dissentimento¹¹² ou de consentimento constrangido que não chegasse ao nível dos meios de constrangimento do n.º 1 dos arts. 163º e 164º, só pelo n.º 2 destes mesmos artigos é que podiam estar protegidas, e apenas se se provasse que em causa estava ou uma daquelas relações ou o aproveitamento de temor, o que não era fácil e previa uma pena de prisão muito leve.

Assim, como referimos no Cap. I, a CI surgiu pela desigualdade histórica entre homens e mulheres, levando a que estas fossem alvo de discriminação, e por as vítimas de violência serem na sua maioria¹¹³ do género feminino,¹¹⁴ seja de violência doméstica, seja de violação, assédio sexual, casamento forçado, crimes de honra ou até de mutilação genital feminina, pretendendo-se com este instrumento “criar uma Europa livre de violência”.¹¹⁵

Pela ligação com o nosso tema destacamos o art. 36º da CI, cuja epígrafe é “Violência sexual, incluindo violação”, e que dispõe no seu n.º 1 que as partes “deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização” de atos sexuais intencionais não consentidos, como “a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa”, bem como a prática de outros atos de natureza sexual.

O n.º 3 do art. 36 prevê que o disposto no n.º 1 vale igualmente para os “atos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros”.

Além disso, a CI, no seu art. 25º, ressalva a importância de serem disponibilizados às vítimas “os meios necessários à recolha da prova, num momento o mais próximo possível

¹¹¹ A pertinência do n.º 2 destes arts. foi questionada por Dias, J. F., 2012, pp. 734-736 e 754-755.

¹¹² Caso se adote a perspetiva segundo a qual o dissentimento por si é insuficiente para preencher um dos meios típicos de constrangimento.

¹¹³ *Vd.* Conselhos dados pela PSP para proteção de mulheres. <http://www.psp.pt/Pages/apspaconselha/mulheres.aspx?menu=2>.

¹¹⁴ Mas não se alimente a ideia de que as vítimas são apenas do género feminino. Muitos homens são vítimas de violência, como a sexual, inclusivamente perpetrada por uma mulher. Para fazer face a este problema surgiu em 2016 a associação “Quebrar o silêncio”, que apoia sobreviventes deste tipo de violência. A este propósito *vd.* Agulhas, 2018.

¹¹⁵ Preâmbulo da CI.

dos factos, devendo, para o efeito, criar centros de ajuda de emergência apropriados para vítimas de violação ou violência sexual”.¹¹⁶

Isto traduz-se num marco importante em matéria de crimes sexuais, pois tutela de forma abrangente o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, impondo a criminalização de comportamentos sexuais praticados sem o consentimento da vítima, independentemente de esta ter resistido ou de se ter recorrido a violência física.

A CI segue assim o entendimento da jurisprudência do TEDH, que considera que o não consentimento, e não o uso de violência ou da sua ameaça, é elemento do crime de violação, podendo ser expresso por palavras ou gestos, e não necessariamente através de resistência física (M.C. *versus* Bulgária).¹¹⁷ Em Portugal, esta interpretação, como vimos *supra*, também é seguida por parte da doutrina e da jurisprudência.

Conclui-se “que o bem jurídico a ser tutelado é a *liberdade sexual*, (...) o que se criminaliza é o relacionamento sexual (...) que não seja praticado de acordo com a *vontade livre* das pessoas envolvidas”.¹¹⁸

Em virtude da ratificação da CI, Portugal procedeu a alterações legislativas para dar cumprimento às obrigações que daí lhe advieram, através da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, alterando-se¹¹⁹, nomeadamente, o n.º 2 dos arts. 163º e 164º do CP, que passam agora a prever o constrangimento a ato sexual “por meio não compreendido no número anterior”, ou seja, tipificam um crime de execução livre. Para além disso, também se procedeu a um agravamento da punição, e, em vez de pena de prisão até 2 anos, o art. 163º, n.º 2 passa a prever uma pena de prisão até 5 anos e, em vez de uma pena até 3 anos, o art. 164º, n.º 2 passa a prever uma moldura de 1 a 6 anos de pena de prisão. As circunstâncias do anterior n.º 2 destes arts. deixaram de estar aqui previstas e, juntamente com a relação de coabitação (*vd.* art. 46º, a) da CI), constituem agora agravantes, nos termos do art. 177º, n.º 1, b) do CP.¹²⁰

Apesar da redação do n.º 2 destes artigos não ser a melhor, por não ser clara a criminalização dos atos sexuais não consentidos voluntária e livremente pela vítima, tal como Conceição Cunha, entendemos que o novo n.º 2 passa a abranger quer o dissentimento, ou o não consentimento¹²¹, quer o consentimento constrangido¹²² – não livre – que não chegue ao patamar de violência, de ameaça grave ou de colocação da vítima em

¹¹⁶ Sottomayor, 2015, p. 112.

¹¹⁷ Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI, 2014, p. 11.

¹¹⁸ Cunha, 2016, p. 133.

¹¹⁹ O n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP não foi alterado.

¹²⁰ O nosso ordenamento jurídico não prevê o assédio sexual como crime autónomo, como acontece na CI no art. 40º, suscitando discordância por parte de alguma doutrina, nomeadamente Sottomayor, 2016, pp. 69-90.

¹²¹ “quer o exteriorize expressamente, quer esteja implícito no seu comportamento”. Lopes & Milheiro, 2015, p. 48.

¹²² Por vezes, de forma a simplificar, referir-nos-emos a estes casos como consentimento constrangido ou, utilizando a expressão de Conceição Cunha, como “pressões ou ameaças não graves”, *vd.* Cunha, 2017, p. 354.

estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir. A vítima pode ser constrangida a praticar atos sexuais, não manifestando livremente o seu consentimento, em virtude de simples ameaças, do número de agressores, do local, da idade ou do contexto, mesmo que não haja violência ou ameaça grave.¹²³ Esta é a interpretação que melhor cumprimento dá às exigências da CI e que vai ao encontro das nossas exigências constitucionais, nomeadamente dos arts. 25º, n.º 1 e 26º, n.º 1.

Assim, o n.º 1 abrange aqueles casos em que se usou de força física ou a ameaça seja considerada grave, conceitos interpretados nos termos defendidos por Figueiredo Dias e *supra* analisados.^{124 125}

O art. 36º, n.º 2 da CI estipula ainda que o consentimento terá “de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”. O consentimento “pressupõe, em regra, atos positivos e de colaboração, ou uma conduta ativa”¹²⁶, e tem de ser dado para cada ato, podendo ser revogado em qualquer momento, pois nesta matéria “quem consente no menos não consente no mais. E quem consentiu ontem pode não consentir hoje”.¹²⁷ O silêncio da vítima não pode ser encarado como consentimento porque, muitas vezes, esse silêncio resulta de esta se sentir com medo e “impotente para resistir fisicamente, crendo ser em vão fazê-lo, perante o desequilíbrio de forças e por poder ser, potencialmente, mais perigoso”.¹²⁸

Um argumento que é invocado contra esta extensão da tutela penal, nomeadamente pelas deputadas Teresa Anjinho e Carla Rodrigues¹²⁹, diz respeito às dificuldades de prova do não consentimento ou do consentimento constrangido, sobretudo nestes crimes em que a declaração da vítima é essencial e, frequentemente, a única, uma vez que os atos sexuais são praticados sem a presença de terceiros. É certo que a prova nestes casos não será fácil, mas isso não pode ser motivo para não estar prevista a criminalização de comportamentos sexuais obtidos sem consentimento ou mediante consentimento constrangido da vítima. “Há muitos crimes na nossa lei penal em que as dificuldades de prova são notórias (...) mas isso não impede o CP de os manter ou até alargar no seu catálogo de factos incriminados, em alguns casos com penas de acentuada severidade.”¹³⁰ Por isso, questionamo-nos do porquê de se levantarem tantos obstáculos nesta matéria.¹³¹

¹²³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 48.

¹²⁴ Cunha, 2016, pp. 140-141.

¹²⁵ O que foi referido no Cap. II, a propósito da especificidade no preenchimento dos meios típicos de constrangimento, quando as vítimas são crianças, deverá manter-se nos casos incluídos no novo n.º 2.

¹²⁶ Sottomayor, 2015, p. 110.

¹²⁷ Albuquerque, 2015, p. 652.

¹²⁸ Comentário da APAV, 2014, p. 1.

¹²⁹ *Vd.* Intervenção parlamentar das deputadas Teresa Anjinho e Carla Rodrigues a propósito do projeto de lei n.º 522/XII (3ª), do Bloco de Esquerda – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal.

¹³⁰ Beza, 2016, p. 25.

¹³¹ Clara Sottomayor considera que o âmago da questão não é a dificuldade de prova, mas sim o receio de falsas denúncias por parte das mulheres, estereótipo que tende a perdurar. Sottomayor, 2015, p. 111.

De qualquer maneira, com estas alterações, o legislador dá cumprimento às obrigações decorrentes da ratificação da CI e acompanha a jurisprudência do TEDH, ao mesmo tempo que resolve problemas levantados pelos conceitos de violência e de ameaça grave, passando a abranger o dissentimento da vítima e o seu consentimento constrangido. Mesmo que se suscitem dúvidas na interpretação dos conceitos do n.º 1, com este novo n.º 2 é possível assegurar a proteção de uma maior panóplia de casos¹³², “alargando-se o âmbito incriminatório, ampliando, por essa via, a tutela da vítima”¹³³, funcionando como uma “válvula de segurança”, cuja diferença residirá ao nível da moldura penal, que difere no n.º 1 e no n.º 2.

Contudo, a redação dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP devia ter sido outra, fazendo referência expressa à falta de consentimento livre (o que abarcaria o não consentimento, bem como o “consentimento” obtido através de pressões, ameaças não graves e indução em erro), evitando que se mantivessem dúvidas a este propósito, aproximando-se do consagrado na CI no art. 36º e clarificando-se de vez “que o não consentimento não depende da manifestação de resistência física por parte da vítima, para assim combater a desproteção na prática atualmente existente”.¹³⁴

Este foi o entendimento seguido no Projeto de Lei do Bloco de Esquerda¹³⁵, que não foi aprovado, e que estabelecia que era na falta de consentimento da vítima¹³⁶ que residia a violação do bem jurídico, não constituindo meios típicos de constrangimento a violência e a ameaça grave.¹³⁷

A violência, física ou psíquica, a ameaça grave, a colocação da vítima na impossibilidade de resistir ou em estado inconsciente (art. 163º, n.º 3, e) e art. 164º, n.º 3, e) do Projeto de Lei), a vítima ter menos de 14 anos, ou ser menor de 16 anos (a) e c) do n.º 3, dos arts. 163º e 164º do Projeto) passavam a constituir agravantes.

Nesta proposta também ficou previsto que “Quando o ato for cometido contra menor de 16 anos, é dispensado o requisito da ausência de consentimento para a conduta ser punível nos termos do presente artigo” (arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do Projeto).

Isto significa que

¹³² É sempre necessário haver culpa dolosa do agente para que este possa ser responsabilizado penalmente.

¹³³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 67.

¹³⁴ Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI, 2014, p. 11.

¹³⁵ Projeto de Lei n.º 664/XII/4a – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal.

¹³⁶ “Artigo 163.º (...) 1 - Quem, *sem consentimento*, expresso por qualquer meio, constranger outra pessoa à prática de atos sexuais não previstos no artigo 164.º, que atentem contra a liberdade e autonomia sexual, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.” “Artigo 164.º (...) 1 - Quem, *sem consentimento*, expresso por qualquer meio, constranger alguém: a) A praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos”. Itálico nosso.

¹³⁷ Projeto de Lei n.º 664/XII/4a, p. 2.

este Projeto equiparava expressamente consentimento e dissentimento de menor de 16 anos, assumindo assim que apenas aos 16 anos se atinge a capacidade para consentir em relacionamentos sexuais e conferindo uma proteção absoluta até esta idade.^{138 139}

O Projeto devia ter previsto a abolição ou a alteração dos arts. 171º, 172º e 173º do CP, uma vez que o primeiro deixaria de fazer sentido, pelo menos os seus n.ºs 1 e 2, ao prever esta proteção apenas aos menores de 14 anos; os outros dois artigos tinham de ser reformulados, passando a tutelar a faixa etária entre os 16 e os 18 anos.¹⁴⁰

Por sua vez, Inês Ferreira Leite¹⁴¹ defende que os meios típicos de constrangimento devem ser eliminados, não se transformando em agravantes¹⁴², uma vez que aqueles “são formas socialmente comuns para a execução do crime de violação, e não circunstâncias excepcionais que despoletem fatores agravantes”, garantindo-se com isto “que também há violação quando são usadas formas de violência subtil”.¹⁴³ Os arts. 163º e 164º limitar-se-iam a exigir o dissentimento expresso da vítima.¹⁴⁴ “O que se pretende é reforçar que há violação sempre que sejam praticados atos sexuais de relevo contra a vontade da vítima – sem o seu consentimento – e não criar vários níveis de violação”.¹⁴⁵ Esta não nos parece ser a melhor solução visto que, quando se tenha usado de violência ou de ameaça grave, os atos serão necessariamente mais graves e isso deve refletir-se na moldura penal.

A APMJ emitiu um parecer¹⁴⁶ no qual também prevê que os crimes dos arts. 163º e 164º se verificam com a ausência de consentimento livre e expresso¹⁴⁷ e, em caso de “violência de considerável gravidade”, ou de “circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente” ou de terem “resultado danos físicos ou psíquicos graves, para a vítima”, bem como a morte ou suicídio desta, a moldura penal será

¹³⁸ Cunha, 2016, p. 157.

¹³⁹ Inês Leite, no Comentário sobre a Liberdade sexual, critica esta solução, pois entende que isso implicaria “a supressão total e absoluta de qualquer liberdade sexual dos menores de 16 anos. Passaria a ser crime a troca de carícias ou certos beijos mais profundos (...) inclusivamente quando praticados entre menores”. *Vd.* <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a7939445430764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a6335596a63335a6a41794c5751315a446b744e44457a5a6931684d7a55794c5751334e54466c593255345a5455794d5335775a47593d&fich=79b77f02-d5d9-413f-a352-d751ece8e521.pdf&Inline=true>.

¹⁴⁰ Cunha, 2016, pp. 157-158.

¹⁴¹ Leite, I. F., 2011.

¹⁴² Isto porque a Autora entende que “quando a violência é excessiva, já está garantida a agravação no n.º 4 do art. 177º do CP”. A este propósito, *vd.* Cunha, 2016, p. 159.

¹⁴³ Leite, I. F., 2011.

¹⁴⁴ A Autora propõe que os crimes de coação sexual e de violação passem a estar tipificados num único art.: “1. Quem, contra o dissentimento expresso por qualquer forma de outra pessoa, a constranger a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2. Quem, nos termos do número anterior, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos”.

¹⁴⁵ Leite, I. F., 2011.

¹⁴⁶ Parecer da APMJ, 2015.

¹⁴⁷ “Artigo A (Violação) 1 - Quem sem o consentimento livre e expresso de outra pessoa: a) Praticar com ela, ou levá-la a praticar com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) Proceder à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 5 a 12 anos”. “Artigo B (Coação Sexual) 1 - Quem sem o consentimento livre e expresso de outra pessoa praticar com ela, ou levá-la a praticar com outrem, um ato de natureza sexual é punido com uma pena de prisão de 3 a 8 anos”.

superior. Além disso, prevê várias circunstâncias agravantes da moldura penal do crime de coação sexual e de violação, por exemplo, a agravação de um terço em caso de atos sexuais praticados contra menor de 16 anos ou na presença de uma criança (art. C, n.º 1, g), h) do Parecer).¹⁴⁸

Outro aspeto a salientar neste parecer foi o aumento das molduras penais destes crimes, tendo como referência “a medida da pena prevista para o crime de homicídio simples, que se aplicou ao tipo qualificado do crime de violação e, em função dessa moldura, estruturaram-se as restantes medidas das penas”.¹⁴⁹

IV. Reflexos das alterações em relação a menores de 14 anos e a menores entre os 14 e os 18 anos

1. Abuso sexual de crianças

Como vimos, os menores de 14 anos¹⁵⁰ não têm capacidade para consentir livremente na prática de atos sexuais, constituindo crime os atos sexuais de relevo (art. 171º, n.º 1 e n.º 2 do CP) “consentidos”, praticados com menor¹⁵¹ de 14 anos¹⁵², bem como a importunação sexual, a atuação “por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos” e o aliciamento¹⁵³ de menor “a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais” (art. 171º, n.º 3).

O art. 171º exige dolo, é um crime público e prevê uma moldura penal¹⁵⁴ distinta consoante os atos praticados. Os atos sexuais de relevo praticados com uma criança são punidos com pena de prisão de 1 a 8 anos (art. 171º, n.º 1); se os atos forem os previstos no n.º 2 deste art., a moldura será de 3 a 10 anos.

Caso se verifique algum meio típico de constrangimento, aplica-se, conforme os atos praticados, a moldura penal do n.º 1 do art. 163º ou a do n.º 1 do art. 164º do CP, agravada em razão da idade (art. 177º, n.º 7 do CP).

Contudo, com a alteração dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º, que passaram a incluir o dissentimento e o consentimento constrangido, e ao manter-se a aplicação da agravação do art. 177º, n.º 7 a estes artigos, levanta-se o problema de saber como articular este novo n.º 2 com o art. 171.¹⁵⁵ ¹⁵⁶ Se um adulto praticar atos sexuais com um menor de 14 anos “que

¹⁴⁸ *Vd.* Cunha, 2016, p. 158.

¹⁴⁹ Parecer da APMJ, 2015.

¹⁵⁰ Sobre a elevação deste limite etário, *vd.* Cunha, 2017, pp. 371-372.

¹⁵¹ Vítima e agente podem ser de qualquer género.

¹⁵² Só nos iremos centrar no art. 171º, n.º 1 e n.º 2.

¹⁵³ O aliciamento de menor de 14 anos (al. c), do n.º 3 do art. 171º e a punibilidade da tentativa foram introduzidos com a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

¹⁵⁴ Pode ser agravada por uma circunstância do art. 177º do CP, exceto em razão da idade (art. 177º, n.º 6 e n.º 7).

¹⁵⁵ Não iremos aprofundar esta questão por o nosso tema se centrar nos adolescentes.

¹⁵⁶ Identificando este problema e centrando a sua análise em menores de 14 anos, *vd.* Cunha, 2016, pp. 129-166 e Cunha, 2017, pp. 345-376.

dissentiu e/ou sofreu pressões ou ameaças (não graves)¹⁵⁷, aplica-se” o art. 171º (n.º 1 ou n.º 2) ou o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º? Apesar de não ter capacidade para consentir, pode atribuir-se relevância ao seu dissentimento?^{158 159}

Desde logo, entendemos, tal como Conceição Cunha, que consentimento e dissentimento não são equiparáveis e não se atingem ao mesmo tempo¹⁶⁰, sendo mais facilmente compreensível e aceite que o menor “possa não querer determinado acontecimento na sua vida do que ter capacidade para, por si, incluir factos e condutas novas na sua experiência”.¹⁶¹

Tendo em conta o que nos foi explicado pela pedopsiquiatra Áurea de Ataíde¹⁶² e pela psicóloga estagiária Cláudia Cunha¹⁶³, entendemos que uma criança, pelo menos a partir dos 11 anos, em princípio, já consegue compreender o que não quer e até ter convicção disso. Em contrapartida, em determinadas circunstâncias, facilmente consegue ser induzida a “consentir” no que verdadeiramente não quer, porquanto para consentir livre e conscientemente são necessárias outras funções intelectuais e de controlo emocional, como a autodeterminação, a capacidade de julgamento, de análise de situações e de antever as consequências dos seus atos, bem como outro tipo de vivências que ainda não teve e que, na relação com um adulto, estarão sempre em desvantagem, fazendo sentido não se reconhecer esta capacidade até aos 14 anos.

Assim, a solução que faria mais sentido seria a de aplicar o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º do CP, agravado em razão da idade (art. 177º, n.º 7), em caso de dissentimento da vítima ou de pressões ou ameaças não graves, ficando o art. 171º restrito aos casos em que o menor “consente” no relacionamento sexual.

Com a agravação de metade nos limites mínimo e máximo prevista no art. 177º, n.º 7, a moldura penal do art. 163º, n.º 2 (1 mês a 5 anos) passa a ser de 45 dias a 7 anos e 6 meses de pena de prisão (enquanto a do art. 171º, n.º 1 é de 1 a 8 anos), e a do art. 164º, n.º 2 (1 a 6 anos) passa a ser de 18 meses a 9 anos de pena de prisão (enquanto a do art. 171º, n.º 2 é de 3 a 10 anos).¹⁶⁴

Ou seja, esta solução conduziria a uma moldura penal inferior, nos casos de dissentimento do menor ou de ameaças não graves, comparativamente com a moldura penal do art. 171º, em que o menor “consente”.

¹⁵⁷ Exemplo de uma ameaça não grave pode ser a chantagem feita pelo agente de que se a menor não aceitar ter relações sexuais com ele, contará aos seus pais que tem namorado, ou que lhe dá um telemóvel, caso esta aceite praticar atos sexuais com ele.

¹⁵⁸ Cunha, 2017, p. 354.

¹⁵⁹ Esta questão já havia sido levantada no Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI, 2014, p. 12.

¹⁶⁰ Sobre esta questão *vd.* Cunha, 2016, pp. 152-161.

¹⁶¹ Alfaiate, 2009, p. 91.

¹⁶² *Vd.* Entrevista no anexo I.

¹⁶³ *Vd.* Entrevista no anexo II.

¹⁶⁴ *Vd.* Tabela das molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade, comparadas com as do art. 171º no apêndice II.

Ora, isto não faz qualquer sentido. Se compararmos a moldura do art. 163º, n.º 1 (1 a 8 anos) e a do art. 164º, n.º 1 (3 a 10 anos) com a do art. 171º, n.º 1 (1 a 8 anos) e n.º 2 (3 a 10 anos), respetivamente, verificamos que, mesmo que consinta, “a pouca idade da vítima é equiparada (em termos de gravidade, de grau de ilicitude) ao uso de meios graves de constrangimento”,¹⁶⁵ o que se justifica pelo bem jurídico que se visa proteger.

Então, caso não consinta ou consinta mediante pressões ou ameaças não graves, a pouca idade da vítima deixa de ter relevância? Estes casos demonstram uma gravidade e grau de ilicitude menores?

Deve dar-se relevância ao dissentimento do menor para agravar a responsabilidade do agente, e não para a atenuar, devendo, por isso, considerar-se que há aqui o preenchimento dos dois tipos legais de crime (163º, n.º 2, ou 164º, n.º 2, agravado pelo 177º, n.º 7, e pelo 171º, n.º s 1 ou 2), mas que, por uma relação de concurso aparente (subsidiariedade implícita) se aplicará o art. 171º (que tem uma moldura mais gravosa).¹⁶⁶

Na determinação da medida concreta da pena deve ter-se em conta o dissentimento da vítima.

Esta é a solução que faz mais sentido, continuando a moldura penal (agravada, art. 177º, n.º 7) do n.º 1 dos arts. 163º e 164º¹⁶⁷ a manter-se superior à do art. 171º, n.º 1 e n.º 2.

2. Adolescentes

Os atos sexuais praticados com adolescentes, e que nos interessam analisar no âmbito deste trabalho, estão regulados nos arts. 172º e 173º do CP. Estes tipos legais de crime exigem dolo, sendo o primeiro um crime público e o segundo semipúblico, exceto “se dele resultar suicídio ou morte da vítima” (art. 178º, n.º 3 do CP).

Antes de mais, importa salientar que, apesar de estas vítimas já serem adolescentes, não deixam de ser crianças que precisam de uma especial proteção, tanto é que as relações sexuais por eles praticadas estão inseridas na secção II e, de acordo com o art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, é-se criança até aos 18 anos. Mesmo já tendo alguma maturidade, como nos explicou Áurea de Ataíde¹⁶⁸, o que se tem vindo a observar é que os jovens, não obstante terem acesso a mais informação e até iniciarem a sua vida sexual mais cedo, têm revelado uma “grande imaturidade no estabelecimento de relações afetivas”, incluindo a sua vida sexual, e nem sempre conseguem recusar a prática de atos sexuais com

¹⁶⁵ Cunha, 2003, p. 204.

¹⁶⁶ Cunha, 2016, p. 156.

¹⁶⁷ *Vd.* Apêndice I.

¹⁶⁸ *Vd.* Entrevista no anexo I.

adultos. Não se pode esperar que um adolescente seja capaz de dizer “não” em todas e quaisquer situações.

Acrescentou ainda que, comparativamente com o abuso sexual de crianças, que é “muito mais repudiado social e familiarmente”, nestes crimes cometidos contra adolescentes existe uma grande passividade por parte da família, que, na dúvida¹⁶⁹, acaba por não os denunciar. Entende também que estas situações se tornam mais graves e complexas,

não só porque os jovens sentem que a família não acredita neles, ou que não tem capacidade para os proteger, como também porque o facto de não se “fazer justiça” deixa um rasto maior de mágoa e revolta, que culmina por vezes, mais tarde, em quadros psiquiátricos graves.

O consentimento prestado no âmbito de uma relação de dependência ou de abuso de inexperiência não é livre. “O consentimento não pode, na verdade, resumir-se à ideia de que basta dizer ‘sim’ a uma relação sexual para que se encontrem preenchidos os seus pressupostos.”¹⁷⁰ Por esse motivo, entendemos que não só do dissentimento ou do consentimento constrangido advêm consequências psicológicas, como também, muito provavelmente, podem resultar do consentimento não livre.¹⁷¹

Como vimos *supra*, apesar de a Lei n.º 83/2015 ter alterado os n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, passando a abranger o dissentimento e o consentimento constrangido, continuou a aplicar-se, a estes novos casos, a agravação de um terço da moldura penal, quando a vítima tiver menos de 16 anos (art. 177º, n.º 6).

Desta forma, como conjugar este novo n.º 2, dos arts. 163º e 164º do CP, com os arts. 172º e 173º do CP?¹⁷² Que reflexos terão estas alterações em relação a vítimas adolescentes?

2.1. Abuso sexual de menores dependentes

Apesar de os jovens terem capacidade para consentir em atos sexuais a partir dos 14 anos, se entre agente e vítima¹⁷³, menor entre os 14 e os 18 anos, houver uma “relação de confiança para educação ou assistência”¹⁷⁴, crime específico, os atos sexuais por eles praticados (previstos no art. 171º, n.º 1 e n.º 2, por remissão expressa do art. 172º)¹⁷⁵ são

¹⁶⁹ Quando a vítima for criança, deve partir-se do princípio que esta está a dizer a verdade. Este é um dos conselhos dados pela PJ, <https://www.policiajudiciaria.pt/violacao-abuso-sexual/>, e pela GNR http://www.gnr.pt/Cons_AbusoSexuais.aspx.

¹⁷⁰ Araújo, 2005, p. 380.

¹⁷¹ *Vd.* Resposta à pergunta 6 da entrevista no anexo I.

¹⁷² Problema levantado por Conceição Cunha, embora não desenvolvido, *vd.* Cunha, 2016, pp. 161-163 e Cunha, 2017, pp. 356-358.

¹⁷³ Agente e vítima podem ser de qualquer género.

¹⁷⁴ Lopes & Milheiro, 2015, p. 166.

¹⁷⁵ Sobre a ação típica poder consistir na prática destes atos com terceiro, *vd.* Albuquerque, 2015, pp. 689-690; contra, Antunes, 2012, p. 848.

criminalizados no art. 172º do CP.¹⁷⁶ Se a vítima tiver menos de 14 anos, aplica-se o art. 171º, cuja moldura pode ser agravada por uma circunstância do art. 177º do CP.

Existindo esta relação, presume-se que houve abuso, não necessitando de ser provado, e que interfere “sempre na (livre e harmoniosa) autodeterminação do menor”,¹⁷⁷ considerando-se, por isso, que o consentimento prestado pelo jovem nestes casos não é livre.¹⁷⁸

Entende-se que a existência desta relação leva à necessidade de se protegerem estes jovens, desde logo, por poder impedir a denúncia dos factos.¹⁷⁹ Na verdade, dificilmente um adolescente consegue recusar ter atos sexuais com alguém de quem é dependente, tornando-se mais vulnerável nestes casos em que o agente é conhecido ou com quem tenha uma relação afetiva prévia.¹⁸⁰ Se não houvesse esta relação, os atos sexuais não seriam criminalizados, exceto quando se verificasse o previsto no art. 173º do CP.¹⁸¹

O menor encontra-se nesta relação de dependência¹⁸², nomeadamente, com os progenitores no exercício das responsabilidades parentais (arts. 1878º, 1901º e 1911º do CC), com um dos progenitores ou com terceira pessoa ou com adotante, por decisão judicial (arts. 1903º, 1907º, 1915º e 1986º do CC), e com a pessoa a quem tenha sido confiado de facto para educação ou assistência.¹⁸³

Embora só nos centremos no n.º 1 do art. 172º do CP, na prática de atos sexuais de relevo, o abuso sexual de menores dependentes também pode consistir na prática de outros atos, como na importunação sexual de menor, na atuação sobre menor, “por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos” ou em aliciá-lo “a assistir a abusos ou atividades sexuais” (art. 171º, n.º 3 do CP, por remissão expressa do art. 172º, n.º 2).

No n.º 1 do art. 172º, “não há distinção sancionatória quando estão em causa actos sexuais de relevo qualificados e actos sexuais de relevo simples”¹⁸⁴, sendo puníveis pela mesma moldura penal, pena de prisão de 1 a 8 anos,¹⁸⁵ inferior à prevista no art. 171º, n.º 2 do CP.

¹⁷⁶ A Lei n.º 103/2015 veio alterar o art. 172º, n.º 3, agravando a moldura penal da pena de prisão e eliminando a pena de multa, e acrescentou um n.º 4 que passa a punir a tentativa.

¹⁷⁷ Cunha, 2003, p. 207.

¹⁷⁸ Neste sentido, Cunha, 2016, p. 161.

¹⁷⁹ Antunes, 2012, p. 846.

¹⁸⁰ *Vd.* Resposta à pergunta 3 da entrevista no anexo I.

¹⁸¹ Cunha, 2003, p. 207.

¹⁸² Não é unívoco quais as situações abrangidas por esta relação de dependência. A este propósito, *vd.* Cunha, 2003, p. 208; Antunes, 2012, pp. 848-849, e Albuquerque, 2015, p. 690.

¹⁸³ Antunes, 2012, pp. 848-849.

¹⁸⁴ Dias, M. C., 2011, p. 237.

¹⁸⁵ Esta moldura pode ser agravada por uma circunstância agravante prevista no art. 177 do CP, exceto em razão da idade (art. 177º, n.º 6 e n.º 7). Sobre a agravação prevista no n.º 1 do art. 177º, *vd.* Antunes, 2012, p. 850 e Cunha, 2003, pp. 209-210.

Assim, se houver esta relação de dependência, e a vítima (entre 14 e 18 anos) tiver consentido, ainda que não livremente, na prática de atos sexuais, não se verificando nenhum meio de constrangimento, aplica-se o art. 172º do CP.

Havendo violência ou ameaça grave, continuam a aplicar-se os arts. 163º, n.º 1 ou o 164º, n.º 1 do CP, agravado caso a vítima seja menor de 16 anos (art. 177º, n.º 6 do CP).

Se não existir esta relação de dependência entre agente e vítima, mas esta dissentir ou consentir devido a pressões ou ameaças não graves, aplica-se, consoante os atos praticados, o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2 do CP¹⁸⁶, agravado em razão da idade (art. 177º, n.º 6).

O problema coloca-se quando os pressupostos do art. 172º também se verificam. Levanta-se novamente a questão de saber se, em caso de dissentimento ou de “consentimento” não livre, se aplica o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2 do CP, agravado em razão da idade se for menor de 16 anos (art. 177º, n.º 6 do CP), ou o art. 172º do CP.

Se, além da relação de dependência, houver pressões ou ameaças não graves, ou o dissentimento do jovem, faria mais sentido aplicar-se os arts. 163º, n.º 2 ou o 164º, n.º 2, agravados de um terço se a vítima for menor de 16 anos (art. 177º, n.º 6). A moldura penal, prevista no primeiro artigo, de 1 mês a 5 anos de prisão, passaria com a agravação a ser de 40 dias a 6 anos e 8 meses de prisão. A moldura penal do art. 164º, n.º 2 (1 a 6 anos de prisão), passaria com a agravação a ser de 16 meses a 8 anos de prisão.¹⁸⁷

Contudo, tal como foi referido *supra*, a moldura penal não deve ser mais leve em caso de dissentimento ou de “consentimento” não livre do adolescente, comparativamente com os casos em que este “consente”. O impacto psicológico provavelmente será superior naqueles casos, deixando marcas profundas, sobretudo nestas idades em que o jovem já tem alguma maturidade, consciência das consequências dos seus atos e do que o rodeia, e vai adquirindo, paulatinamente, mais autonomia. De qualquer forma, a conduta do agente manifesta um maior desvalor em caso de dissentimento ou de “consentimento” não livre, “agravando a ilicitude e a culpa”.¹⁸⁸

No entanto, comparando as molduras penais dos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 com a do art. 172º, n.º 1 concluímos que, mesmo com a agravação do art. 177º, n.º 6, a moldura do art. 163º, n.º 2 (40 dias a 6 anos e 8 meses) é inferior à prevista no art. 172º, n.º 1 (pena de prisão de 1 a 8 anos¹⁸⁹). E a do art. 164º, n.º 2, com a agravação em razão da idade (art. 177º, n.º 6), é ligeiramente superior no limite mínimo e igual no limite máximo.¹⁹⁰ Ou seja, se aplicássemos a solução que (em abstrato, sem considerar as molduras penais) faria mais sentido, quando estivesse em causa a prática de atos sexuais de relevo (art. 163º), o

¹⁸⁶ A moldura penal do art. 163º, n.º 2 agravada de um terço (art. 177º, n.º 6), passará a ser de 40 dias a 6 anos e 8 meses. A moldura penal do art. 164º, n.º 2 agravada (art. 177º, n.º 6), passará a ser de 16 meses a 8 anos.

¹⁸⁷ *Vd.* Cunha, 2016, pp. 161-162.

¹⁸⁸ Cunha, 2016, p. 153.

¹⁸⁹ Não tendo em conta eventuais agravações do art. 177º.

¹⁹⁰ *Vd.* Cunha, 2016, pp. 161-162.

dissentimento ou o “consentimento” constrangido do jovem conduziria à aplicação de uma moldura penal mais leve, comparativamente com a aplicada quando o jovem “consentisse”, ainda que não livremente.¹⁹¹

Por isso, visto que se continua a aplicar a agravação do art. 177º, n.º 6 ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º, e não se alterou o art. 172º, n.º 1, quando além da relação de dependência houver dissentimento ou pressões ou ameaças não graves, a solução deste problema¹⁹² passará por considerar que se preenchem os arts. 163º, n.º 2 ou 164º, n.º 2 do CP e o art. 172º, n.º 1 do CP, mas, por concurso aparente (subsidiariedade implícita), aplica-se o crime que tiver a moldura penal mais grave, isto é, o art. 164º, n.º 2¹⁹³ ou, quando tiverem sido praticados atos sexuais de relevo, o art. 172º, n.º 1¹⁹⁴ 195. Neste caso, dentro da moldura penal do art. 172º, n.º 1, o dissentimento ou o consentimento não livre serão valorados na determinação da medida da pena, agravando-a.

Caso o jovem tenha mais de 16 anos, não se pode aplicar o art. 177º, n.º 6, o que levaria a que a moldura do art. 164º, n.º 2 fosse inferior à do art. 172º. No entanto, poderá aplicar-se a agravação de um terço do art. 177º, n.º 1, mantendo-se a aplicação do art. 164º, n.º 2 por ter a moldura penal mais elevada.

Esta solução também é a mais correta, uma vez que, caso se use meios típicos de constrangimento, a moldura penal dos arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1, agravada em razão da idade (art. 177º, n.º 6),¹⁹⁶ 197 continua a ser mais elevada do que a do art. 164º, n.º 2, agravada (art. 177º, n.º 6), e que a do art. 172º, n.º 1 (no caso de atos sexuais de relevo).

Eventualmente, poderíamos questionar como é que, existindo a dita relação e dissentimento do jovem, se pode aplicar o art. 172º, por ter a moldura penal mais elevada, naqueles casos em que se tenham praticado atos sexuais de relevo (art. 163º), quando aquele artigo se aplica, em regra, a casos em que tenha havido consentimento.

Apesar de se aplicar a casos de consentimento, o art. 172º apenas exige a relação de dependência e não o consentimento. Além disso, nem faria sentido que, nos casos em que há relação de dependência e dissentimento, a moldura penal fosse menor comparativamente com aqueles em que há relação de dependência e consentimento. Por isso, não nos parece que se tenha de excluir o dissentimento deste artigo, podendo coincidir dissentimento e relação de dependência.

¹⁹¹ *Vd.* Tabela das molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade, comparadas com as do art. 172º no apêndice III.

¹⁹² Embora a nosso ver devam ser feitas alterações, tal como sugerimos na conclusão.

¹⁹³ Exceto se se verificar uma circunstância do art. 177º, caso em que a moldura do art. 172º é agravada, sendo superior à do art. 164º, n.º 2.

¹⁹⁴ Neste sentido, Cunha, 2016, pp. 162-163.

¹⁹⁵ Em sentido contrário, entendendo que os arts. 163º, n.º 2 e 172º estão numa relação de concurso aparente (consunção), aplicando-se o primeiro, *vd.* Albuquerque, 2015, p. 691.

¹⁹⁶ Mesmo que tenha mais de 16 anos, não preenche o art. 177º, n.º 6, mas pode aplicar-se a agravação do art. 177º, n.º 1 do CP, continuando as molduras dos arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1 a ser mais elevadas.

¹⁹⁷ A moldura penal do art. 163º, n.º 1, com a agravação, passará a ser de 16 meses a 10 anos e 8 meses. A moldura do art. 164º, n.º 1, agravada, passará a ser de 4 anos a 13 anos e 4 meses. *Vd.* Apêndice I.

Ainda assim, levantamos outro problema: numa relação de dependência, não se verificarão sempre pressões ou ameaças não graves?

Embora possa haver casos em que se verifiquem ambas as situações (relação de dependência e constrangimento), o art. 172º, ao não exigir prova do abuso, mas apenas da relação de dependência, será aplicado mesmo não se provando o abuso ou o uso de meios de constrangimento.

Tal como o consentimento viciado, o dissentimento ou o consentimento constrangido (não livre) devem ser valorados. Com isto não queremos dizer que, quando haja uma relação de dependência, a moldura penal, que se aplica em caso de dissentimento ou de consentimento constrangido da vítima, tenha de ser necessariamente superior à moldura a aplicar caso a vítima consinta, ainda que não livremente. Entendemos é que não pode ser inferior, como aconteceria se aplicássemos o art. 163º, n.º 2.

Acreditamos que, aquando da alteração ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º, o legislador não ponderou estas questões, nem tão pouco se deve ter apercebido das molduras penais a que se iria chegar. Isto também se deve ao facto de a secção I se aplicar a menores, o que, a nosso ver, deveria ser alterado.¹⁹⁸ Além disso, tal como vamos sugerir, caso se consigam provar as pressões ou ameaças não graves, estas deveriam ser consideradas nas relações de dependência e valoradas na medida concreta da pena, agravando-a.

2.2. Atos sexuais com adolescentes

Outra disposição relativa a adolescentes é o art. 173º do CP¹⁹⁹ ²⁰⁰, que criminaliza a prática²⁰¹ de atos sexuais de relevo (heterossexuais ou homossexuais) com vítima na faixa etária dos 14 aos 16 anos, tendo o agente²⁰², maior de idade, abusado da sua inexperiência. Este tipo legal de crime prevê uma pena de prisão até 2 anos pela prática de atos sexuais de relevo (art. 173º, n.º 1), e até 3 anos quando estes atos sejam os mencionados no n.º 2 do art. 173º.

Não se pretende, com esta incriminação, punir “os abraços, os beijos, as carícias entre dois namorados, um com 18 anos feitos, outro com quase 16”.²⁰³ Este tipo legal de crime destina-se, e bem, a nosso ver, a punir apenas os atos sexuais praticados com jovem naquela faixa etária, por terem sido obtidos mediante aproveitamento da sua vulnerabilidade. Tanto é que se exige a maioridade do agente para “evitar a punição de comportamentos em que as

¹⁹⁸ O Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI propunha que os meios típicos de constrangimento constassem “nos crimes de abuso sexual de crianças e de adolescentes”, distanciando-se “dos crimes contra a liberdade sexual e da sua tónica no consentimento”. Parecer, 2014, p. 13.

¹⁹⁹ A Lei n.º 103/2015 eliminou a possibilidade de punir com pena de multa e acrescentou a punição da tentativa.
²⁰⁰ Sobre a dignidade e necessidade penal deste art., *vd.* Pacheco, 2012, pp. 46-53; e Dias, J. F. & Antunes, 2012, p. 861.

²⁰¹ Os atos podem ser praticados com o agente ou este pode levar a que sejam praticados com terceiro.

²⁰² Agente e vítima podem ser do género feminino ou masculino.

²⁰³ Dias, J. F., & Antunes, 2012, p. 861.

idades de autor e ‘vítima’ sejam aproximadas”, por não se verificar, em princípio, um abuso de inexperiência nestes casos.²⁰⁴

Se compararmos com o preceito anterior, esta é a situação em que se protege menos²⁰⁵ o jovem, ao exigir-se o abuso de inexperiência, que tem de ser provado, pelo limite etário dos 16 anos²⁰⁶ e pela moldura penal ser demasiado leve,²⁰⁷ ainda que possa ser agravada por uma das circunstâncias previstas no art. 177º do CP (exceto em razão da idade, art. 177º, n.º 6 e n.º 7). Por isso, se houver uma relação de dependência entre o agente e a vítima, aplica-se o art. 172º do CP.

O art. 173º do CP aplica-se quando o jovem tenha consentido na prática de atos sexuais, embora não livremente, por ter sido obtido mediante abuso da sua inexperiência, interferindo negativamente “sobre o domínio da vontade e da livre decisão do adolescente”.²⁰⁸ O consentimento é fruto da

sedução exercida pelo adulto que explora e aproveita as fragilidades de alguém que, face à jovem idade, ainda não desenvolveu totalmente a sua personalidade e, por consequência, não domina inteiramente os meandros da sexualidade.²⁰⁹

Contrariamente ao que sucedia no preceito anterior, o dissentimento²¹⁰, bem como o uso de meios típicos de constrangimento (violência, ameaça grave...), não se coadunam com a factualidade típica do art. 173º. Assim, tais hipóteses não são compatíveis “com o abuso de inexperiência, pois este parece pressupor a cedência da vítima [um certo acordo] O abuso de inexperiência consiste, exatamente, em usar a vulnerabilidade/inexperiência da vítima para conseguir a sua adesão ao propósito do agente”.²¹¹

É necessário compreender que, apesar de serem adolescentes, continuam a ser crianças, devendo ser protegidas. A desconfiança que se tem para com estas vítimas é notória, ainda se duvidando como é que um jovem entre os 14 e os 16 anos, com acesso a informação e a receber escolarização normal, possa “cair em ‘artifícios’”.²¹²

Assim, os atos sexuais de relevo “consentidos”, praticados pelo jovem com abuso de inexperiência, sem o uso de meios de constrangimento, estão abrangidos no art. 173º.²¹³

As relações sexuais praticadas com o adolescente, sem abuso de inexperiência, mas obtidas mediante pressões, engenhos ou ameaças não graves, estão inseridas no art. 163º,

²⁰⁴ Cunha, 2003, p. 211.

²⁰⁵ Araújo, 2005, pp. 189-190.

²⁰⁶ Sobre a elevação deste limite etário, com a qual concordamos, *vd.* Pacheco, 2012, pp. 28-30.

²⁰⁷ Criticando a moldura penal, *vd.* Pacheco, 2016, p. 180.

²⁰⁸ Dias, M. C., 2006, p. 223.

²⁰⁹ Ac. do TRP, de 4-6-2014.

²¹⁰ Neste sentido, Ac. do TRP, de 4-6-2014.

²¹¹ Cunha, 2017, pp. 357-358.

²¹² Dias, M. C., 2006, p. 233.

²¹³ *Vd.* Cunha, 2016, p. 162.

n.º 2 ou no art. 164º, n.º 2 do CP, consoante os atos praticados, aplicando-se a agravante do art. 177º, n.º 6 do CP.²¹⁴

Caso se verifique o uso de violência ou de ameaça grave, ou de outro meio típico de constrangimento, aplica-se, consoante os atos praticados, o art. 163º, n.º 1 ou o art. 164º, n.º 1 do CP, agravados em razão da idade (art. 177º, n.º 6).

As alterações introduzidas ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º do CP também se vieram a refletir no art. 173º do CP. Mais uma vez, interrogamo-nos qual o art. a aplicar em caso de dissentimento ou de pressões ou ameaças não graves: o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º do CP (com a agravação do art. 177º, n.º 6 do CP) ou o art. 173º do CP?

Como vimos, em caso de dissentimento, não se aplica o art. 173º, mas sim o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º, agravado de um terço (art. 177º, n.º 6). A moldura penal do art. 163º, n.º 2, agravada, passaria a ser de 40 dias a 6 anos e 8 meses, sendo superior à do art. 173º, n.º 1 (pena de prisão de 1 mês a 2 anos), e a do art. 164º, n.º 2, com a agravação, passaria a ser de 16 meses a 8 anos, novamente superior à do n.º 2 do art. 173º (pena de prisão de 1 mês a 3 anos),²¹⁵ não se levantando a este propósito problemas.

As dificuldades surgem quando conjugamos abuso de inexperiência com consentimento constrangido.

Desta forma, o relacionamento sexual com adolescente, obtido mediante pressões ou ameaças não graves e com abuso de inexperiência, preenche os arts. 163º, n.º 2 ou 164º, n.º 2, agravados em razão da idade (art. 177º, n.º 6), e o art. 173º. Uma vez que estes artigos estão numa relação de concurso aparente (subsidiariedade implícita), aplica-se o crime com a moldura mais grave, ou seja, o art. 163º, n.º 2²¹⁶ ou o art. 164º, n.º 2 do CP, agravados consoante os atos praticados.

Esta solução não levanta problemas ao nível das molduras penais, parecendo-nos a mais correta, indo ao encontro do que temos vindo a defender: aos casos de dissentimento ou de consentimento constrangido não se deve aplicar uma moldura penal mais leve comparativamente com a dos atos sexuais consentidos, embora não livremente, por se ter abusado da inexperiência da vítima.²¹⁷

Além disso, esta solução também é a mais correta pois conduz novamente a que, nas situações em que usem os meios típicos de constrangimento, a moldura penal dos arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1 do CP, agravada em razão da idade (art. 177º, n.º 6 do CP)²¹⁸, seja superior

²¹⁴ Neste sentido, Cunha, 2016, p. 162.

²¹⁵ *Vd.* Tabela das molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade, comparadas com as do art. 173º no apêndice IV.

²¹⁶ Entendendo que o art. 163º, n.º 2 (agravado em razão da idade) e o art. 173º estão numa relação de concurso aparente (consunção), aplicando-se o primeiro, *vd.* Albuquerque, 2015, p. 694.

²¹⁷ Cunha, 2016, p. 162.

²¹⁸ A moldura penal do art. 163º, n.º 1, agravada em razão da idade, passa a ser de 16 meses a 10 anos e 8 meses, e a do art. 164º, n.º 1 passa a ser de 4 anos a 13 anos e 4 meses. *Vd.* Apêndice I.

à moldura aplicada aos casos de dissentimento ou de “consentimento” não livre, isto é, à dos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP, também agravada.

Contudo, como questiona, e bem, Conceição Cunha, como é que na prática se consegue distinguir pressões ou ameaças não graves de abuso de inexperiência, por forma a saber se apenas um ou ambos os fatores se encontram preenchidos?²¹⁹ Isso será decisivo na escolha do art. a aplicar e, conseqüentemente, da moldura penal a aplicar.

Definir abuso de inexperiência revelou-se uma tarefa difícil, gerando discussão na doutrina e na jurisprudência.²²⁰ Havia quem identificasse esta inexperiência com falta de experiência sexual, o que levaria a considerar-se a virgindade como o bem jurídico tutelado e não a autodeterminação sexual.²²¹

Seguindo a opinião defendida por Beatriz Pacheco, a inexperiência,²²² em sentido global, prende-se com a vulnerabilidade, a fragilidade e a incapacidade de reação da vítima, devendo para tal atender-se às circunstâncias do caso e a fatores como o tipo de relação, a diferença de idade²²³, de força física e psíquica, o local da prática do facto e a situação familiar, económica e sociocultural da vítima.²²⁴

Todavia, se virmos bem, abuso de inexperiência e constrangimento relacionam-se, uma vez que, por regra, o jovem cede às pressões e ameaças não graves do agente precisamente por ser vulnerável. Assim, e se atendermos aos fatores a ter em conta para aferir da vulnerabilidade do jovem, “o abuso de inexperiência não pressuporá sempre algum grau de constrangimento/pressão?”²²⁵

Maria Dias entende “que o abuso de inexperiência não tem subjacente qualquer ideia de constrangimento ou de pressão, antes significando o aproveitamento de um estado em que se encontra a vítima”.²²⁶ Neste sentido, o abuso de inexperiência distinguir-se-ia do consentimento constrangido por, no primeiro caso, o agente apenas colaborar no processo de decisão, facilitando a formação da vontade da vítima, ao passo que, no segundo, a vontade do jovem é determinada pelo agente, privando-o da possibilidade de decidir autonomamente.²²⁷

Concordamos com a Autora. De facto, teoricamente, abuso de inexperiência não pressupõe constrangimento e, dessa forma, este ponto de vista auxilia na distinção das duas situações. No entanto, além de se poderem manter dúvidas na sua distinção, entendemos

²¹⁹ Cunha, 2017, p. 357.

²²⁰ Devido ao limite de caracteres não podemos aprofundar esta questão. Sobre este conceito *vd.* Pacheco, 2012, pp. 34-46.

²²¹ Ventura, 2018, p. 250.

²²² *Vd.* Ac. do TRP, de 22-11-2017.

²²³ Entende-se que será abusivo se, por exemplo, houver uma diferença de idades superior a 5 ou 6 anos. *Vd.* Alfiate, 2009, p. 137, e Araújo, 2005, p. 405.

²²⁴ Pacheco, 2016, pp. 177-178.

²²⁵ Cunha, 2017, p. 357.

²²⁶ Dias, M. C., 2006, p. 257.

²²⁷ Dias, M. C., 2006, p. 257.

que na prática serão esporádicos (embora possam existir) os casos em que apenas se verifique abuso de inexperiência ou constrangimento.

Se seguirmos esta linha de pensamento e entendermos que existem sempre pressões ou ameaças não graves quando se abuse da inexperiência da vítima, então aplicar-se-ia, nesses casos, como já foi referido, o crime com a moldura penal superior, isto é, ou o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2 do CP, agravados. Por isso, questionamos: deixará o art. 173º do CP de ter aplicabilidade?

Esta questão pode ser parcialmente ultrapassada se tivermos presente que, apesar de em regra no abuso de inexperiência se verificarem pressões ou ameaças não graves, se interpretarmos aquele conceito num sentido global, de vulnerabilidade, atendendo aos fatores já referidos, haverá certas situações em que se conseguirá provar o abuso e será difícil provar o constrangimento²²⁸, continuando o art. 173º do CP a ter aplicabilidade.

Não obstante estas alterações ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º, que passaram a incluir o consentimento constrangido, terem levantado problemas na sua conjugação com o art. em análise, entendemos que poderão ser uma mais-valia na proteção dos adolescentes, ao permitirem contornar o discutido limite etário máximo dos 16 anos. Isto porque, se, em regra, abuso de inexperiência e consentimento constrangido coincidem, então os atos sexuais praticados com o jovem maior de 16 anos²²⁹, desde que se consiga provar o constrangimento, já poderão ser criminalmente puníveis, situação que de outra maneira ficaria impune.

A sugestão que fizemos para o art. 172º, e que apresentaremos no ponto seguinte, também vale para o art. 173º do CP. Ou seja, apesar de abuso de inexperiência e consentimento constrangido poderem coincidir, podem não se conseguir provar as pressões ou ameaças não graves; no entanto, entendemos que caso se consigam provar, devem ser valoradas na medida concreta da pena, agravando-a.

3. Proposta de alteração legislativa

Alguns destes problemas seriam evitados se fossem feitas alterações legislativas. Desde logo, no sentido de separar a secção I da secção II, aplicando-se a primeira apenas a vítimas maiores de idade, e a segunda a menores de 18 anos.

Quando o agente recorre a violência ou a ameaças graves para constranger a vítima a praticar atos sexuais consigo ou com outrem, parece-nos defensável que se mantenha a consideração autónoma desta situação de gravidade superior, correspondendo a uma moldura penal também superior.

²²⁸ Por exemplo, quando as pressões ou ameaças não graves são tácitas, poderão levantar-se problemas de prova.

²²⁹ Ou mesmo que tenha entre 14 e 16 anos e se entenda que não há abuso de inexperiência.

Neste sentido, propomos que se acrescente aos arts. 171º e 172º um n.º que preveja uma moldura penal mais grave quando se tenha usado meios típicos de constrangimento (violência, ameaça grave...), e se passe a valorar o dissentimento e a ausência de consentimento livre na determinação da medida concreta da pena, agravando-a.

Em relação ao art. 173º, se se verificar o abuso de inexperiência, e caso se consiga provar o uso de “pressões ou ameaças não graves”, sugerimos que seja valorado na determinação da medida concreta da pena.

A ausência de consentimento livre deve ser valorada na determinação da medida da pena, ao invés de integrar um novo n.º, pois apesar de ser difícil distinguir esta circunstância da existência de abuso de inexperiência e da *ratio* do art. 172º, parece-nos possível a sua coexistência. Assim, se se conseguir provar que esta circunstância acresce à relação de dependência ou ao abuso de inexperiência, então faz todo o sentido que seja valorada, agravando a pena.

Além disso, ao proceder-se a esta separação, como os arts. 163º e 164º deixariam de se poder aplicar a menores, seria necessário criar-se um novo tipo legal de crime para os jovens entre os 14 e os 18 anos que criminalizasse os casos em que se tivesse usado de violência, ameaça grave ou se colocado a vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir, bem como aqueles em que o jovem tivesse dissentido ou “consentido” mediante pressões, ameaças não graves ou indução em erro. Isto porque os arts. 163º e 164º do CP, como integram a secção I, deixariam de se poder aplicar a menores, sendo necessária uma disposição legal que previsse as situações em que se usassem meios típicos de constrangimento e os casos em que o adolescente dissentisse ou consentisse mediante engenhos ou constrangimentos. O que se compreende, dado que nem sempre os meios típicos de constrangimento, ou o dissentimento ou o consentimento constrangido, coincidem com a existência de relações de dependência. Mas também porque pode verificar-se abuso de inexperiência e não se verificar o consentimento constrangido, quando muito por falta de prova, e porque dissentimento e o uso de meios típicos de constrangimento não se conjugam com abuso de inexperiência.

Assim, seria possível contornar as dificuldades de distinção entre abuso de inexperiência (ou relação de dependência) e consentimento constrangido, ultrapassando-se os problemas que foram levantados e garantindo-se uma maior proteção às crianças e jovens vítimas destes crimes.

Conclusão

Depois de desenvolvermos o tema, de expormos os problemas e de os tentarmos solucionar, apresentaremos as principais conclusões a que chegámos.

Desde a reforma do CP de 1995, os crimes sexuais passaram a ser crimes contra as pessoas, cujo bem jurídico a tutelar é a liberdade e a autodeterminação sexual, constando do Capítulo V do CP, que se subdivide na secção I – crimes contra a liberdade sexual, e na secção II – crimes contra a autodeterminação sexual.

Enquanto a primeira secção se aplica a todas as pessoas, na secção II a vítima é uma criança ou um adolescente, estando o bem jurídico ligado a um outro, o do livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual.

Até aos 14 anos, presume-se, *iuris et de iure*, que o menor não tem capacidade para consentir na prática de atos sexuais (art. 171º do CP). Os adolescentes já poderão consentir livremente, exceto quando os atos sexuais forem praticados no âmbito de uma relação de dependência, tendo a vítima entre 14 e 18 anos (art. 172º do CP), ou com abuso de inexperiência, tendo o jovem entre 14 e 16 anos (art. 173º do CP).

Os conceitos de violência e de ameaça grave dos crimes de coação sexual (art. 163º, n.º 1 do CP) e de violação (art. 164º, n.º 1 do CP) geraram inúmeras discussões, questionando-se, nomeadamente, se o dissentimento integrava, ou não, o primeiro conceito. Surgiram perspetivas diferentes e, conseqüentemente, decisões judiciais díspares.

Com a ratificação da CI, foi necessário proceder-se a alterações legislativas, tendo-se alterado os arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP, que passaram a incluir, ainda que não expressamente, o dissentimento e o consentimento constrangido, isto é, aquelas situações em que a vítima não consente livremente, por ter sido impelida a praticar atos sexuais mediante meios que não atinjam o patamar de violência ou de ameaça grave. Os arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 continuam a aplicar-se quando as vítimas são menores, mantendo-se a agravação em razão da idade prevista no art. 177º, n.º 6 e n.º 7 do CP.

Entendemos que a redação dada aos então alterados n.ºs 2 deveria ter sido outra, por forma a não restarem dúvidas, referindo, expressamente, à semelhança do que sucede no art. 36º da CI, que os mesmos abrangem a ausência de consentimento livre. De qualquer forma, parece-nos que isso não será impeditivo de abranger essas situações nos novos n.ºs 2, de acordo com uma interpretação que cabe na letra da lei e está em sintonia com a nossa Constituição e com a CI.

Se, por um lado, a CI e as alterações legislativas que se introduziram nos arts. 163º e 164º constituíram um marco importante e necessário nos crimes sexuais, por outro, não se teve em conta as dificuldades que daí adviriam quando as vítimas fossem crianças e adolescentes.

Estas alterações trouxeram problemas quando a vítima é uma criança com menos de 14 anos, pois, concordando que se deve atribuir relevância ao seu dissentimento, nestes casos, bem como naqueles em que a criança “consente” mediante pressões ou ameaças não graves, deverá aplicar-se o art. 171º do CP (ao invés do n.º 2 dos arts. 163º ou 164º, agravado em razão da idade), por ter a moldura penal mais elevada, valorando-se o dissentimento na medida concreta da pena.

As alterações também levantaram problemas no caso de vítimas adolescentes, nomeadamente a questão de saber que norma aplicar aos casos de dissentimento ou de consentimento constrangido do jovem: o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º do CP, ou o art. 172º ou 173º do CP?

Quando abuso de inexperiência (art. 173º, cujo limite etário deveria elevar-se para os 18 anos) e consentimento constrangido coincidirem, aplica-se o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2, agravado em razão da idade (art. 177º, n.º 6), por ter a moldura penal mais elevada.

O mesmo acontece quando esteja em causa o crime de abuso sexual de menores dependentes (art. 172º do CP), em que além da relação de dependência, a vítima dissentiu ou consentiu devido a pressões ou ameaças não graves, aplicando-se o art. 164º, n.º 2, agravado quando a vítima tenha menos de 16 anos (art. 177º, n.º 6). Quando estejam em causa atos sexuais de relevo, como a moldura penal do art. 163º, n.º 2 agravada (art. 177º, n.º 6) é inferior à do art. 172º, por uma relação de concurso aparente (subsidiariedade implícita), aplica-se este último.

Entendemos que dissentimento e consentimento constrangido devem ser valorados para agravar a responsabilidade do agente. As consequências que advêm, para o adolescente, de comportamentos sexuais que não foram por ele “consentidos”, ou que foram mediante constrangimentos, são devastadoras e é necessário que isso se reflita nas molduras penais para se poder punir de forma eficaz, acabando com esta tragédia que compromete o desenvolvimento destes jovens.

Todavia, apesar de, na prática, poder ser difícil distinguir abuso de inexperiência, ou relação de dependência, de consentimento constrangido, faz todo o sentido manter a criminalização dos relacionamentos sexuais praticados naquelas situações, pois, não se conseguindo provar o constrangimento, sempre se poderá punir em razão da relação ou do abuso, situações mais fáceis de provar.

O que nos leva a concluir que estes problemas poderiam ter sido evitados se tivessem sido feitas alterações legislativas no sentido de separar a secção I da secção II, aplicando-se a primeira apenas a vítimas maiores de idade, e a segunda a menores de 18 anos.

Relativamente aos arts. 171º e 172º, o dissentimento e o consentimento constrangido da criança seriam valorados na determinação da medida concreta da pena e acrescentar-se-

ia a estes arts. um n.º que previsse uma moldura penal mais grave para os casos em que se usasse violência ou ameaça grave.

Quando estiver em causa o art. 173º, e se se conseguir provar o uso de “pressões ou ameaças não graves”, somos da opinião que esta situação seja valorada na determinação da medida da pena.

A par disso, teria de existir um novo tipo legal de crime para os jovens entre os 14 e os 18 anos que se destinasse a punir aqueles casos envolvendo meios típicos de constrangimento, bem como aqueles em que o jovem não consentiu livremente, sem estar em causa uma relação de dependência ou abuso de inexperiência. Caso contrário, estas situações ficariam sem previsão legal.

Terminamos esta dissertação com a esperança que estes problemas, que inevitavelmente se irão levantar, sejam discutidos e resolvidos, desejando que não o sejam à custa da proteção dos jovens.

Apêndice I

As molduras penais do n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP agravadas em razão da idade

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada
163º, n.º 1	Pena de prisão: 1 a 8 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos. Art. 177º, n.º 7: agravação de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 16 meses a 10 anos e 8 meses. Pena de prisão: 18 meses a 12 anos.
164º, n.º 1	Pena de prisão: 3 a 10 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos. Art. 177º, n.º 7: agravação de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 4 anos a 13 anos e 4 meses. Pena de prisão: 4 anos e 6 meses a 15 anos.

Apêndice II

As molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, agravadas em razão da idade, comparadas com a do art. 171º do CP

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada	Comparação
163º, n.º 2	Pena de prisão: 1 mês a 5 anos	Art. 177º, n.º 7: agravação de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 45 dias a 7 anos e 6 meses.	Art. 171º, n.º 1: 1 a 8 anos de pena de prisão. ↓ Moldura penal superior
164º, n.º 2	Pena de prisão: 1 a 6 anos	Art. 177º, n.º 7: agravação de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 18 meses a 9 anos.	Art. 171º, n.º 2: 3 a 10 anos de pena de prisão. ↓ Moldura penal superior

Apêndice III

As molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, agravadas em razão da idade, comparadas com a do art. 172º do CP

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada	Comparação
163º, n.º 2	Pena de prisão: 1 mês a 5 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 40 dias a 6 anos e 8 meses.	Art. 172º, n.º 1: 1 a 8 anos de pena de prisão. ↓ Moldura penal superior
164º, n.º 2	Pena de prisão: 1 a 6 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 16 meses a 8 anos.	Art. 172º, n.º 1: 1 a 8 anos de pena de prisão. → Art. 164º, n.º 2 agravado: limite mínimo superior; limite máximo igual.

Apêndice IV

As molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, agravadas em razão da idade, comparadas com a do art. 173º do CP

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada	Comparação
163º, n.º 2	Pena de prisão: 1 mês a 5 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 40 dias a 6 anos e 8 meses.	Art. 173º, n.º 1: 1 mês a 2 anos de pena de prisão. → Art. 163º, n.º 2 agravado: moldura penal superior
164º, n.º 2	Pena de prisão: 1 a 6 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 16 meses a 8 anos.	Art. 173º, n.º 2: 1 mês a 3 anos de pena de prisão. → Art. 164º, n.º 2 agravado: moldura penal superior

Anexo I

Entrevista feita à Dra. Áurea de Ataíde, especialista em Psiquiatria da Infância e Adolescência, a 15 de abril de 2018

Pergunta 1: Do ponto de vista legal, os menores de 14 anos não têm capacidade para consentir validamente na prática de atos sexuais com adultos. No entanto, não se deverá atribuir capacidade à criança para dizer que não quer ter relações sexuais? Uma criança não adquirirá primeiro a capacidade de compreender o que não quer do que o que quer?

Resposta: A capacidade para consentir ou não na prática de atos sexuais com adultos é uma dimensão distinta da capacidade de compreender o que se quer ou não quer aos 14 anos. Em primeiro lugar, numa temos a palavra “consentir” e na outra usamos o termo “compreender”, isto é, a criança com essa idade, pode já compreender o que não quer e ter até convicção disso, mas, em determinadas circunstâncias, perderá muito facilmente a capacidade para “consentir”, pois para esta necessita de outras funções intelectuais e de outro tipo de vivências que ainda não teve. Por exemplo, a autoconfiança, a autodeterminação, a capacidade de julgamento e análise das situações e a capacidade de antever e prever as consequências das suas ações. Dito de outro modo, a criança muito facilmente pode ser induzida a consentir o que verdadeiramente não quer.

Pergunta 2: Pela sua experiência profissional, acha que o abuso sexual de uma criança é visto da mesma maneira que o abuso sexual de um adolescente (jovem entre os 14 e os 18 anos)? Haverá uma maior desconfiança ou uma maior despreocupação nestes casos quando a vítima é um adolescente comparativamente com os casos em que a vítima é uma criança?

Resposta: De uma maneira geral podemos dizer que o abuso sexual de uma criança mais jovem é sempre muito mais repudiado social e familiarmente. Se a vítima é um adolescente não creio que exista despreocupação, mas existem sempre mais dúvidas e, frequentemente, existe uma enorme inércia por parte da família, que acaba por não denunciar a situação. Estas situações agravam-se não só porque os jovens sentem que a família não acredita neles, ou que não tem capacidade para os proteger, como também porque o facto de não se “fazer justiça” deixa um rasto maior de mágoa e revolta, que culmina, por vezes, mais tarde, em quadros psiquiátricos graves.

Pergunta 3: Acha que um adolescente tem maturidade para recusar a prática de atos sexuais com alguém, sempre que não queira, nomeadamente quando praticadas com um familiar?

Resposta: Essa “maturidade” depende muito da idade, do estrato socioeconómico, do estado psicológico, do contexto familiar do jovem... Poderá haver adolescentes mais maduros, com alguma capacidade para recusar, mas de um modo geral eu diria que essa capacidade está muito reduzida ou é inexistente pela condição do adolescente, que se torna vulnerável perante a coação de um adulto, principalmente se conhecido ou com quem tenha uma relação afetiva prévia.

Pergunta 4: Apesar de os jovens hoje em dia terem acesso a qualquer tipo de informação implica que sejam mais maduros, nomeadamente a nível sexual?

Resposta: Não é isso que se verifica na prática clínica. Muito frequentemente se observam jovens que revelam grande imaturidade no estabelecimento de relações afetivas e que são igualmente imaturos no âmbito da sua vida sexual, mesmo que possam iniciar atividade sexual relativamente cedo.

Pergunta 5: Mesmo que não haja violência no ato sexual, se um adolescente ou uma criança, apesar de não quererem, aceitarem ter relações sexuais com um adulto, acha que daí podem advir consequências psicológicas para estas vítimas?

Resposta: Advêm sempre consequências psicológicas para estas vítimas! Frequentemente graves e indeléveis, requerem abordagens pedopsiquiátricas e psicológicas de longa duração.

Pergunta 6: O impacto psicológico que advém para a criança ou para o adolescente de um relacionamento sexual praticado com um adulto será o mesmo quer estas consintam, quer estas não consintam na sua prática? As consequências psicológicas não serão maiores quando estas vítimas não consentem na prática de atos sexuais do que quando consentem?

Resposta: Não creio que se possa estabelecer esse tipo de relação. O não consentimento pode ser vivido com maior revolta e zanga, mas quando a vítima consente ou tem uma atitude mais passiva, fica um rasto de culpabilidade que pode ser mais deletério e ter consequências mais nefastas do ponto de vista da sua saúde mental.

Anexo II

Entrevista feita à Dra. Cláudia Cunha, Psicóloga estagiária, a 10 de abril de 2018

Pergunta 1: Do ponto de vista legal, os menores de 14 anos não têm capacidade para consentir validamente na prática de atos sexuais com adultos. No entanto, não se deverá atribuir capacidade à criança para dizer que não quer ter relações sexuais? Uma criança não adquirirá primeiro a capacidade de compreender o que não quer do que o que quer?

Resposta: O ritmo da passagem pela puberdade apresenta variações sexuais: as raparigas, em média, começam a evidenciar mudanças pubertárias entre os 8 e os 10 anos e os rapazes por volta dos 12 anos. Começam a surgir as primeiras experiências sexuais, as fantasias, as atrações, o desejo de afirmar o seu “eu” e um desejo de ser igual aos outros. Acompanhando essas mudanças, essas experiências, também existe a capacidade para a criança expressar os seus desejos e para os compreender, nomeadamente a capacidade de dizer que não quer ter relações sexuais, porque é o que sente e entende. A partir dos 11/12 anos, a criança consegue libertar-se do concreto para criar hipóteses e raciocinar sobre o que é abstrato para ela sem ter necessidade de se apoiar em manipulações, como acontecia no estágio precedente (até aos 10 anos), obtendo aí, primeiramente, a capacidade para avaliar e expressar o que quer ou não quer.

Pergunta 2: Acha que um adolescente tem maturidade para recusar a prática de atos sexuais com alguém, sempre que não queira, nomeadamente quando praticadas com um familiar?

Resposta: A família, primeiramente, seguida das relações com os pares, tendo sido ou não as figuras de vinculação (pessoas que sempre acompanharam o crescimento da criança/adolescente), será sempre o porto de abrigo do adolescente. Mesmo quando se voltam para os pares, para obter companheirismo e intimidade, voltam-se para essa(s) figura(s) à procura de uma “base segura” a partir da qual podem tentar a sua libertação. É nesse seio familiar que por vezes existem “distúrbios”, por parte dessas figuras, capazes de abusar da confiança e sentimentos dos adolescentes.

Pergunta 3: O impacto psicológico que advém para a criança ou para o adolescente de um relacionamento sexual praticado com um adulto será o mesmo quer estas consentam, quer estas não consentam na sua prática? As consequências psicológicas não serão maiores quando estas vítimas não consentem na prática de atos sexuais do que quando consentem?

Resposta: Tendo em conta as ligações da sexualidade às outras dimensões da identidade pessoal e das relações interpessoais e a sua mediatização social, a educação sexual integra um vasto conjunto de outras áreas de aprendizagem, tais como os valores e os afetos, as questões de género, a estrutura de personalidade, ou as competências dos indivíduos para lidarem com a intimidade. Porém, uma criança ou um adolescente não tem “bagagem emocional” suficiente para lidar com um relacionamento sexual praticado com um adulto, pois este já tem as suas experiências, vivências e controlo emocional. Nesse seguimento, os efeitos psicológicos podem ser nefastos, tanto a nível de desenvolvimento emocional, como de comportamento. Efeitos esses que se agravam quando o indivíduo tem um relacionamento sexual não consentido. As crianças ou os adolescentes podem desenvolver uma síndrome ou padrão comportamentais ou psicológicos clinicamente significativos associados a esse acontecimento particular.

Bibliografia

AGULHAS, R. (2018). Fui abusado sexualmente...por uma mulher. *Observador*. Retirado de <https://observador.pt/opiniaio/fui-abusado-sexualmente-por-uma-mulher/>.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Anotação ao art. 163º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 643-653. 3.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Anotação ao art. 172º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 689-691. 3.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Anotação ao art. 173º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 691-695. 3.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALFAIATE, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.

ALVES, S. M. R. (1995). *Crimes sexuais. Notas e comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, M. C. (2004). *Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 172º, pp. 846-851. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Editora.

ARAÚJO, A. (2005). *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

BELEZA, T. P. (1996). Sem sombra de pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal. *Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal*, pp. 157-183.

BELEZA, T. P. (2016). Consent – It's as simple as tea: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação. In *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 15-26. Porto: Universidade Católica Editora.

CARMO, R., Alberto, I., & Guerra, P. (2006). *O Abuso sexual de menores: Uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, A. T. (2012). Comentário ao art. 153º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 550-567. Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, M. C. F. (2002). Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 3, pp. 343-370.

CUNHA, M. C. F. (2003). Crimes sexuais contra crianças e jovens. In *Cuidar da justiça de crianças e jovens – A função dos juízes sociais. Actas do Encontro*, pp. 189-227. Coimbra: Almedina.

CUNHA, M. C. F. (2011). Conceito de violência no crime de violação. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21, pp. 441-479.

CUNHA, M. C. F. (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 129-166. Porto: Universidade Católica Editora.

CUNHA, M. C. F. (2017). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n.º 3, pp. 345-376.

DIAS, J. F. (1976). Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização. *Revista da Ordem dos Advogados*, 36, pp. 69-98.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 163º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 714-742. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 164º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 743-755. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 171º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 832-845. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2012). Nótula antes do art. 163º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 708-713. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F., & ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 173º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 852-864. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, M. C. S. M. S. (2000). A propósito do crime de violação: Ainda faz sentido a sua autonomização? *Revista do Ministério Público*, n.º 81. Retirado de <http://rmp.smmp.pt/ermp/81/index.html#p=24>.

DIAS, M. C. S. M. S. (2006). *Crimes sexuais com adolescentes: Particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português*. Coimbra: Almedina.

DIAS, M. C. S. M. S. (2008). Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos “Crimes contra a liberdade sexual”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º VIII, pp. 213-279.

DIAS, M. C. S. M. S. (2011). Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º XV, pp. 209-259.

GARCIA, M. M., & RIO, J. M. C. (2015). Comentário ao art. 163º. In *Código Penal. Parte geral e especial: Com notas e comentários*, pp. 722-732. Coimbra: Almedina.

GARCIA, M. M., & RIO, J. M. C. (2015). Considerações de ordem geral. In *Código Penal. Parte geral e especial: Com notas e comentários*, pp. 714-722. Coimbra: Almedina.

HUNGRIA, N., LACERDA, R. C., & FRAGOSO, H. C. (1981). *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense.

LEAL-HENRIQUES, M. O., & SANTOS, M. J. C. S. (2000). Anotação ao art. 163º. In *Código Penal Anotado*, pp. 367-378. Lisboa: Editora Rei dos Livros.

LEITE, A. L. (2016). As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas. *Julgar*, n.º 28, pp. 61-74.

LEITE, I. F. (2011, jan./mar.). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, pp. 29-94.

LOPES, J. M., & MILHEIRO, T. C. (2015). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.

MANITA, C. (2003). Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual. In *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A função dos juízes sociais. Actas do Encontro*, pp. 229-253. Coimbra: Almedina.

PACHECO, M. B. C. T. M. (2012). *O crime de atos sexuais com adolescentes: Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da in experiência da vítima*. Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Direito Criminal. Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto.

PACHECO, M. B. (2016). A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes. In *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 167-183. Porto: Universidade Católica Editora.

PEREIRA, A. G. (2018). Justiça? Ler para crer!... *Notícias online*. Retirado de <http://www.noticiasonline.eu/justica-ler-crer/>.

PEREIRA, R. C. (1996, jan./jun.). Liberdade sexual: A sua tutela na reforma do Código Penal. *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 11, pp. 41-48.

RIBEIRO, C., & MANITA, C. (2007). Crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar: Significados do envolvimento no processo judicial e do papel dos magistrados. *Revista do Ministério Público*, ano 28, n.º 110, pp. 47-83.

SOTTOMAYOR, M. C. (2003). O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança. In *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A função dos juizes sociais. Actas do Encontro*, pp. 9-63. Coimbra: Almedina.

SOTTOMAYOR, M. C. (2011). O conceito legal de violação: Um contributo para a doutrina penalista: A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011. *Revista do Ministério Público*, ano 32, n.º 128, pp. 273-318.

SOTTOMAYOR, M. C. (2015). A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género. *Revista Ex Aequo*, n.º 31, pp. 105-121.

SOTTOMAYOR, M. C. (2016). Assédio sexual nas ruas e no trabalho: Uma questão de direitos humanos. In *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 69-90. Porto: Universidade Católica Editora.

STRECHT, P. (2005). Olha por mim – Abusos sexuais. In *Vontade de ser. Textos sobre adolescência*, pp. 117-125. Lisboa: Assírio & Alvim.

VENTURA, I. (2015). Um corpo que seja seu – Podem as mulheres [não] consentir? *Revista Ex Aequo*, n.º 31, pp. 75-89.

VENTURA, I. (2018). *Medusa no Palácio da Justiça ou uma história da violação sexual*. Lisboa: Tinta-da-China.

Outros documentos

PSP. *P.S.P. aconselha protecção de mulheres*. Retirado de <http://www.psp.pt/Pages/apspaconselha/mulheres.aspx?menu=2>.

PJ. *Violação/Abuso Sexual. Conselhos dados pela Polícia Judiciária*. Retirado de <https://www.policiajudiciaria.pt/violacao-abuso-sexual/>.

Leite, I. F. Comentário sobre a liberdade sexual. Apresentado ao *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul, pelo Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais*. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e316257>

56756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a6335596a63335a6a41794c5751315a446b744e44457a5a6931684d7a55794c5751334e54466c593255345a5455794d5335775a47593d&fich=79b77f02-d5d9-413f-a352-d751ece8e521.pdf&Inline=true.

GNR. Violação e abusos sexuais. *Conselhos dados pela GNR*. Retirado de http://www.gnr.pt/Cons_AbusoSexuais.aspx.

APAV. (2014). *Comentário/Debate público sobre os crimes de violação e coação sexual promovido pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda no âmbito do Projeto de Lei n.º 522/XII/3a*. Retirado de http://apav.pt/apav_v3/images/pdf/comentario_APAV_violacao_coacao_sexual_BE_30_jun_21_04.pdf.

APAV. (2014). *Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*. Retirado de http://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf.

APMJ. (2015, mar.). *Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 661/XII, 664/XII e 665/XII, n.º Ref. 04/15 – C. Istambul*. Retirado de https://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Violacao_%20Coacao_e_Assedio.pdf.

Anjinho, T. & Rodrigues, C. Intervenção parlamentar das deputadas a propósito do Projeto de Lei n.º 522/XII (3ª) – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal, do Grupo Parlamentar Bloco de Esquerda. Retirado de <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/12/03/058/2014-03-07?sft=true&pPeriodo=r3&pPublicacao=dar&pSerie=01&pLegis=12&deputado=2038#p19>.

Legislação

Código Penal de 1852, aprovado pelo Decreto de 10 de dezembro de 1852. Retirado de <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

Código Penal de 1886, aprovado pelo Decreto de 16 de setembro de 1886. Retirado de <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1866.pdf>.

Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro.

Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976.

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, que aprova o Código Penal.

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, que altera o Código Penal.

Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que altera o Código Penal.

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que altera o Código Penal.

Projeto de Lei n.º 664/XII/4a – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal, do Grupo Parlamentar Bloco de Esquerda. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734e6a59304c56684a5353356b62324d3d&fich=pjl664-XII.doc&Inline=true>.

Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que procede à trigésima oitava alteração ao Código Penal.

Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que procede à trigésima nona alteração ao Código Penal.

Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990. Retirado de https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em 25 de outubro de 2007, em Lanzarote (Convenção de Lanzarote). Retirado de file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/lanzaroteconvention_por%20(5).pdf.

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011 (Convenção de Istambul). Retirado de

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho. Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32011L0093>.

Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7-11-2007, Processo n.º 0714613. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23-2-2011, Processo n.º 70/10.3PPLSB. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0697f548d34088a680257861004a5f5d?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-4-2011, Processo n.º 476/09.0PBBGC.P1. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-6-2011, Processo n.º 887/09.1SLPRT.P1. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/09510a179531613a802578c400303290?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4-6-2014, Processo n.º 1298/09.4JAPRT.P1. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a6f74f25797992f980257cfc002e45cc?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25-6-2014, Processo n.º 238/13.0JACBR.C1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab383cd3bdb9906880257d070048d2ec?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-9-2014, Processo n.º 1054/13.5JAPRT.P1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b19245b4dea6oedc80257d5c00556e25?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3-2-2016, Processo n.º 9/14.7GCTND.C1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/419f9b32a2bdb21680257f55005955dd?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-11-2017, Processo n.º 13/14.5GAVLC.P1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/955637aafb839de18025820b004e6c33?OpenDocument>.

M.C. v. Bulgária, Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 4-12-2003, Queixa n.º 39272/98. Retirado de file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/003-883968-908286%20(1).pd