

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

■ Coleção Formação Contínua ■

Crimes Sexuais

Jurisdição Penal e Processual Penal

janeiro 2021

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ



Crimes sexuais.

Sempre uma temática melindrosa, mas à qual não se pode fugir.

Em Fevereiro de 2020 o Centro de Estudos Judiciários organizou uma acção de formação em que procurou abordar várias vertentes da liberdade sexual, à Convenção de Istambul, ao assédio e abuso sexual no desporto, até à pornografia de crianças.

Este e-book junta agora as gravações vídeo, textos e apresentações respeitantes às intervenções ocorridas naquela acção.

Agora, toda a Comunidade Jurídica poderá beneficiar destes elementos de estudo que, por certo serão úteis a juízes/as, advogados/as, académicos e estudantes.

(ETL)

Ficha Técnica

Nome:

Crimes sexuais

Jurisdição Penal e Processual Penal:

Rui Cardoso – Procurador da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários e Coordenador de Jurisdição

Helena Susano – Juíza de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Alexandre Au-Yong Oliveira – Juiz de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

José Quaresma – Juiz de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Patrícia Naré Agostinho – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Susana Figueiredo – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Valter Batista – Procurador da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários*

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2019/2020:

Crimes sexuais – 17 de fevereiro de 2020 ([programa](#))

Intervenientes:

José Mouraz Lopes – Juiz Conselheiro no Tribunal de Contas

Maria da Conceição Ferreira Cunha – Professora na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa

Carlos Neto – Professor Catedrático da Faculdade de Motricidade Humana da Universidade de Lisboa

Tiago Caiado Milheiro – Juiz de Direito

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Até 31/08/2020.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].


Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
07/01/2021	



2. A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação - reflexão à luz da convenção de Istambul

Maria da Conceição da Cunha

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. A TUTELA DA LIBERDADE SEXUAL E O PROBLEMA DA CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE COAÇÃO SEXUAL E DE VIOLAÇÃO¹ – REFLEXÃO À LUZ DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL²

Maria da Conceição Ferreira da Cunha*

1. Introdução
 2. A violação como crime de execução vinculada
 3. A violação como o relacionamento sexual não consensual: o artigo 36.º da CI
 4. A violação como o relacionamento sexual constrangido: adequação da Lei n.º 83/2015 à tutela do bem jurídico?
 5. A violação *ainda* como relacionamento sexual constrangido – o modelo do dissentimento *versus* o modelo do consentimento e a Lei n.º 101/2019
 6. A “vontade cognoscível da vítima” como critério delimitador dos riscos na Lei n.º 101/2019
 7. Conclusões
- Vídeos

1. Introdução

Apesar de parecer existir, atualmente³, e tomando em consideração o espaço europeu, um significativo consenso quanto ao bem jurídico a proteger pelos crimes sexuais – *a liberdade e autodeterminação sexual* -, adensam-se as dúvidas quanto à sua configuração concreta, debatendo-se argumentos a favor e contra um maior ou menor alargamento do âmbito de criminalização. Nestes debates vão-se adivinhando alguns receios quanto a um eventual retorno à tutela da moralidade sexual, qual fantasma do passado a ensombrar a defesa da liberdade das pessoas. Estes receios devem ser enfrentados. Pensamos que a criminalização deverá manter-se, na feliz expressão de FIGUEIREDO DIAS, “fiel ao bem jurídico”⁴, sem se

¹ O texto que ora se publica resultou da conferência por nós proferida no CEJ, no dia 17/2/2020, a convite do Dr. RUI CARDOSO, a quem agradecemos esta oportunidade de partilha e debate de ideias. Reflete ainda algumas posteriores leituras, tendo como principal interlocutor o Colega e Amigo PEDRO CAEIRO, a partir do seu artigo «Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, GESTLEGAL, set-dez 2019, pp. 632 e seguintes.

² *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, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013 de 21 de Janeiro e que entrou em vigor em 1 de agosto de 2014.

* Professora Associada da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa/Centro de Estudos e Investigação em Direito.

³ Na verdade, em Portugal, o ano de 1995 deve ser assinalado como um marco importante na história dos crimes sexuais; com a revisão do CP, os crimes sexuais deixaram de estar inseridos nos crimes “atentatórios dos fundamentos ético-sociais da vida social”, ligados aos “sentimentos gerais de moralidade sexual”, para se inserirem nos “Crimes contra as Pessoas”, no Capítulo dos “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Sobre esta alteração de perspetiva, cf. por todos: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, «Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», in *Polis*, 2.ª ed. Verbo, 1997, p. 1394; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Nótula antes do artigo 163.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Vol. I, 2.ª ed., 2012, pp. 708 e seguintes; TERESA PIZARRO BELEZA, «A revisão da Parte Especial do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, individualismo», in FERNANDA PALMA / TERESA PIZARRO BELEZA (org.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, AAFDL, 1998, pp. 110 e seguintes; MARIA JOÃO ANTUNES, «Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e autodeterminação sexual», *BFDUC*, vol. LXXXI, 2005, pp. 57 e seguintes; JOSÉ MOURAZ LOPES/TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais*, Almedina, 2019, pp. 48 e seguintes.

⁴ A expressão corresponde ao título do artigo de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS: «“O Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145, n.º 3998, maio-junho de 2016, pp. 250 e seguintes – onde o Autor trata de alguns casos problemáticos, “testando” aquela fidelidade; cf., a este propósito, a relação de “analogia substancial” entre valores constitucionais e bens jurídico-penais, ancorada no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, já defendida há muito por este Autor, nomeadamente in «Os novos rumos da política criminal», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 43, 1983, p. 16 e ainda por MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A

esquecer, porém, que o bem jurídico “liberdade sexual” vem sendo compreendido de um modo mais profundo e abrangente, o que faz *jus* ao aprofundamento do próprio Estado de Direito Democrático na defesa da dignidade das pessoas⁵. Tal perspetiva está também em harmonia com diretrizes da própria comunidade europeia⁶. Pedindo de empréstimo as palavras a FERNANDA PALMA, dir-se-á que “a esta outra visão que não corresponde a um paternalismo, mas a uma expansão da democracia até ao quarto, à casa de família, ao canto escuro e à viela de bairro, a uma democracia intrinsecamente relacionada com a dignidade das pessoas, com o reconhecimento do valor para cada pessoa da decisão sobre a sua sexualidade, corresponde uma redefinição dos *standards* mínimos da coação sexual e, sobretudo, da violação”⁷.

Esta expansão “democrática” poderia ser ilustrada com vários exemplos, sendo o alargamento do tipo legal de crime de violação paradigmático⁸: este deixou de ser perspetivado como a relação de cópula, extra-conjugal, com mulher honesta, para, progressivamente, ir abrangendo

dignidade e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, 1992, pp. 173 e seguintes e por CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição e Crime – Uma perspetiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, UCP, 1995, pp. 195 e seguintes (entre outros Autores). Sobre o problema da crise do conceito de bem jurídico, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Direito Penal e Constituição – O que resta do bem jurídico-penal?», in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Vol. I, coord. José Lobo Moutinho *et. al.*, UCP, Lisboa, 2020, pp. 152 e seguintes e MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade*, Almedina, 2019, pp. 54 e seguintes

⁵ Isto não significa que o legislador português, neste afã criminalizador, não tenha caído nalgumas incoerências, redundâncias, exageros e “lacunas”, num processo de criminalização que, em nossa opinião, tem sido apressado, pouco ponderado. Concordamos, assim, com as certas observações de PEDRO CAEIRO: “Não se pode legislar por tentativa e erro... A vontade dos cidadãos ... é a de que o Parlamento leve tanto tempo quanto necessário para estudar adequadamente a necessidade de alterações legislativas e depois atue em conformidade, de uma forma que seja tendencialmente definitiva até que uma alteração da realidade ou dos deveres internacionais/europeus do Estado exige nova intervenção” («Observações ...», *cit.*, p. 636). Analisando um desses casos de “incoerência”, CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «Da criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”», in *Estudos em Homenagem ao Professor doutor Manuel da Costa Andrade* (Org. JOSÉ DE FARIA COSTA *et. al.*), Instituto Iuridico, Universidade de Coimbra, 2017, Vol. I, pp. 399-418. Considerando necessário “atualizar e problematizar o tema das relações entre direito penal e a Constituição a partir da tendência expansionista que tal intervenção vem assumindo, “testando” as vias doutrinárias e jurisprudenciais capazes de avaliar a sua legitimidade no âmbito de tais relações”, MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo da Constitucionalidade...*, *cit.*, p. 31, referindo, nas páginas seguintes, vários exemplos desta tendência expansionista, a justificar tal “teste” (um dos exemplos mais polémicos, ainda na área dos crimes sexuais, será, em nossa perspetiva, o do atual artigo 169.º, n.º 1 do CP).

⁶ A imposição de respeito, em cada Estado, pelos princípios democráticos e pelos direitos humanos, especialmente no âmbito europeu, imposição que deriva de convenções e diretivas e se concretiza nas decisões dos Tribunais Europeus (Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e Tribunal de Justiça da União Europeia) coloca a questão de saber se não estaremos agora perante bens jurídicos que já vão beber diretamente a um «Direito Constitucional Internacional», ou, pelo menos, a um «Direito Constitucional Europeu» (veja-se a importância da *Convenção de Istambul* na temática em análise) – sobre estas questões vide ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Direito Penal e Constituição – O que resta do bem jurídico-penal?», pp. 156 e seguintes Não cremos, porém (sem podermos, no presente contexto, aprofundar muito a questão), que a Constituição de cada Estado perca o seu poder legitimador, mas teremos também de ter em conta outros instrumentos legitimadores, supra-nacionais. Por outro lado, o controlo de constitucionalidade é, essencialmente, um controlo da fundamentação (já o disséramos in *Constituição e Crime...*, *cit.*, pp. 424 e seguintes). Este controlo da fundamentação torna-se cada vez mais evidente, tal como é salientado por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, acentuando ainda a necessidade da fundamentação se basear em provas empíricas e racionais; a Autora alerta ainda para a autonomia do bem jurídico face ao princípio da proporcionalidade e para a ligação entre bem jurídico e sua concreção através do princípio da legalidade-tipicidade, considerações que se nos afiguram muito pertinentes, «Direito Penal e Constituição – O que resta do bem jurídico-penal?», *cit.*, pp. 158 e seguintes

⁷ MARIA FERNANDA PALMA, «Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais – o Direito Penal da intimidade sexual e familiar», *Anatomia do Crime*, n.º 9, 2029, p. 15.

⁸ Sobre este alargamento, *cf.*, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Comentário ao artigo 164.º do Código Penal», *Comentário Conimbricense ... cit.*, p. 743 e, analisando já as últimas alterações a estes crimes, JOSÉ MOURAZ LOPES/TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais, cit.*, pp. 48 e seguintes e 81 e seguintes

quer as relações intra quer extra-conjugais, quer as relações de cópula, quer outros atos de penetração, deixando também de fazer aceção de sexo (quer do autor, quer da vítima⁹) e abarcando quer as relações heterossexuais quer as homossexuais; por isso, deixou de se questionar se é equacionável o crime de violação no âmbito de uma relação conjugal ou no âmbito da relação entre cliente e prostituta ou entre homossexuais ou ainda nas situações em que o agente é uma mulher. Claro que o crime de violação pode ocorrer nestes contextos, devendo haver responsabilização do agente e proteção da vítima; esta é a única consequência legítima numa ordem jurídica que considera a igual dignidade de todas as pessoas e que quer efetivamente tutelar a liberdade sexual de todos. Por outro lado – e esta tem sido a mais recente evolução da sua reconfiguração – o crime de violação¹⁰ deixou de exigir meios típicos de constrangimento, nomeadamente, a violência, considerada como um “plus” de força física¹¹, para se centrar no constrangimento da vítima (na oposição à vontade da vítima?)¹², tendo em conta o importante impulso da *Convenção de Istambul*.

Esta é também uma consequência do aprofundamento do bem jurídico *liberdade sexual* e da consideração acerca da sua fundamentalidade – deixando de se aceitar uma tutela fragmentária de um valor tão essencial e tão intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, diremos, com TERESA BELEZA, que não faz sentido “a invocação de um paradigma de proteção minimalista da liberdade de autodeterminação sexual para justificar um entendimento muito estreito da previsão legal, como se o entendimento liberal contra o padrão dos bons costumes significasse uma efetiva desproteção dessa liberdade”¹³.

Nenhum destes desenvolvimentos/reconfiguração do crime de violação (e do crime de coação sexual) visa um retorno à tutela da uma moral sexual (ou da moral sexual dominante). Quero com isto dizer que o “credo”¹⁴ do Direito Penal sexual, “fiel ao bem jurídico”, mantém-se: “não deve constituir crime a atividade sexual levada a cabo, em privado, por adultos que nela consentem”¹⁵. Dir-se-á até que este “credo” não só se mantém como se clarifica e melhor se concretiza, porque o mais recente paradigma visa reforçar a importância da liberdade das pessoas, do seu consentimento livre, criminalizando a oposição/repressão de tal liberdade.

⁹ Muito embora se deva ter presente a enorme desproporção entre agentes do sexo masculino/feminino (prevalecendo os agentes do sexo masculino) e entre vítimas do sexo feminino/masculino (prevalecendo claramente as primeiras), pelo que não temos dúvidas de que estamos perante um tipo de criminalidade (tal como a violência doméstica) que espelha as desigualdades de género – cf. artigo 3.º da *Convenção de Istambul* e cf. *Estatísticas da APAV*: 92,5% das vítimas de crimes sexuais são do género feminino, enquanto 94% dos autores são do género masculino - http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Crimes_Sexuais_2013-2015.pdf 82% das vítimas (considerando vários crimes) são do sexo feminino; 80% dos autores são do sexo masculino *in* https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2018.pdf

¹⁰ E também a coação sexual (artigo 163.º), que difere da violação quanto aos atos criminalizados (atos sexuais de relevo *versus* atos de penetração) e não quanto aos meios – em relação a estes a evolução tem seguido os mesmos passos.

¹¹ Esta expressão é de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Comentário ao artigo 163.º», *in* *Comentário...cit.*, p. 726, §§ 23 e 24; esta consideração não era unânime, como veremos *infra*, mas defendida por parte significativa da doutrina e jurisprudência.

¹² Este conceito será melhor explicitado *infra*.

¹³ «A violência das coisas», <https://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf>.

¹⁴ A expressão é de TERESA PIZARRO BELEZA, *in* «Sem Sombra de Pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal», *Separata das Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, Vol. I, Lisboa, CEJ, 1996, pp. 155 e seguintes; na sugestiva expressão desta Autora, “o pecado ... cedeu o passo à preservação da liberdade individual”.

¹⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS «Nótula antes do artigo 163.º...», *Comentário... cit.*, p. 708, § 2 e já *in* «Os novos rumos...», *cit.*, pp. 88 e seguintes.

Creemos, assim, ser uma falsa questão a de saber se devemos restringir a criminalização em nome da liberdade sexual positiva ou alargá-la em nome da liberdade sexual negativa. Porque uma falsa questão? Porque a liberdade de todos deve estar garantida, quer na vertente positiva, quer negativa, mas o desrespeito pela liberdade do outro (pela sua liberdade sexual negativa) nunca pode ser considerado um exercício da liberdade sexual positiva, mas sim um abuso dessa liberdade (ou um extravasar dos limites iminentes da liberdade).

Outra questão, mais complexa, será a de saber qual a melhor forma de tipificar a ofensa à liberdade sexual, nos crimes de violação e de coação sexual, qual o modelo que melhor se adequa a esta tutela e qual o que encontrará melhor legitimidade – o do constrangimento, o do dissentimento, o da ausência de consentimento?

E outra questão ainda, intimamente relacionada com esta última, será a de saber se a opção por um modelo, em detrimento de outro, trará vantagens e/ou melhor legitimidade do ponto de vista da “prova” do crime ou da “repartição de riscos”¹⁶.

É essencialmente sobre estas questões que incidirá este nosso texto, tendo por base as últimas alterações a estes crimes (Lei n.º 101/2019) em confronto com o artigo 36.º da Convenção de Istambul.

Porém, antes de analisarmos esta última alteração, impor-se-á uma breve retrospectiva, revisitando a lei, e os problemas que suscitava, antes da revisão de 2015, assim como após as alterações introduzidas por esta revisão. Na verdade, parece imprescindível compreender a revisão de 2015 e o motivo pelo qual se considerou tal revisão insuficiente, antes de nos debruçarmos sobre a atual redação legal.

2. A violação como crime de execução vinculada¹⁷

Apesar das sucessivas alterações em matéria de crimes sexuais - mesmo após a revolucionária revisão de 1995¹⁸, que finalmente os inseriu no âmbito dos crimes contra as pessoas, no capítulo dos crimes contra a “liberdade e autodeterminação sexual” -, a lei penal anterior a 2015 (Lei n.º 83/2015) não tutelava ainda de modo claro e suficiente esta mesma liberdade sexual.

Na verdade, quer o artigo 163.º (coação sexual), quer o artigo 164.º (violação), crimes que constituem o “núcleo da proteção da liberdade sexual”¹⁹, definiam o modo de constrangimento da vítima a sofrer ou a praticar “ato sexual de relevo” (no caso do artigo 163.º) ou “ato sexual de especial relevo” (ato de penetração - no caso do artigo 164.º), sendo

¹⁶ Sobre estas questões, cf. PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, pp. 649 e seguintes e ainda MARIA FERNANDA PALMA, «Os temas...», *cit.*, pp. 15 e seguintes

¹⁷ O que se dirá relativamente ao crime de violação vale, *mutatis mutandis*, para o crime de coação sexual, uma vez que a diferença entre os dois tipos legais de crime reside nos atos criminalizados e não no modo de os concretizar.

¹⁸ Leis n.º 65/98; n.º 99/2001; n.º 59/2007.

¹⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Comentário ao artigo 163.º», *in* *Comentário... cit.*, vol. I, p. 716 (§ 5).

estes meios a “violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir”²⁰.

Face a esta redação surgiam diferentes entendimentos quanto aos conceitos em causa, em especial, relativamente ao conceito de “violência” e de “ameaça grave”²¹, verificando-se tais divergências quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Desde logo, pode questionar-se o que se deverá entender por “ameaça grave”, havendo quem defenda que tal ameaça deverá ser mais grave do que a “ameaça com mal importante”, prevista no tipo legal de coação (artigo 154.º)²², e quem sustente que não se deverá exigir maior gravidade, havendo, sim, que aferir da gravidade da ameaça tendo em consideração o contexto envolvente e a idoneidade de tal ameaça para limitar de modo significativo a liberdade sexual da vítima. Por exemplo, a ameaça de revelação de factos íntimos (v.g., revelação de fotografias ou conversas íntimas) será, em regra, adequada a limitar de modo significativo a liberdade da vítima. Porém, também se poderia sustentar que, uma vez que a consumação do crime implica que tenha havido o efetivo constrangimento da vítima, toda a ameaça devesse ser considerada relevante para efeito de preenchimento do tipo (já que foi, de facto, apta a constranger); todavia, o adjetivo “grave” não visa restringir a aplicação do tipo legal de crime a certo tipo de ameaças? Se seguirmos esta linha de raciocínio, para a ameaça ser “grave” não bastaria a sua aptidão a constranger, no caso concreto, mas, ainda, que tal ameaça revelasse um certo grau de gravidade “objetiva”; assim sendo, é evidente que poderiam ficar impunes condutas lesivas da liberdade sexual – porque efetivamente constrangeram – que não fossem consideradas suficientemente graves.

Os problemas, do lado do conceito de “violência”, não se apresentavam mais simples. Tentando sintetizar, cremos que se poderão agrupar as várias interpretações em três posições fundamentais:

- O conceito de violência implicaria a resistência da vítima, quase se exigindo uma luta entre agente e vítima;
- Não seria necessária a resistência efetiva da vítima, nem que a violência fosse “pesada” ou grave, requerendo-se, no entanto, um “plus” de força física, e devendo ter-se em consideração o contexto e a situação da vítima²³;
- A atuação contra a vontade da vítima já deveria ser considerada violenta²⁴.

²⁰ Na verdade, a revisão de 1998 introduzira ainda, nos artigos em análise, um n.º 2, criminalizando a designada “coação sexual-assédio” (no 163.º) e a “violação-assédio” (no 164.º), mas também este alargamento não cobria todas as situações de violação da liberdade sexual no âmbito dos “atos sexuais de relevo” e “atos de penetração”, porque tipificava apenas situações em que existisse uma relação de autoridade ou de dependência da vítima face ao agente (ou aproveitamento de temor criado), prevendo uma moldura muito suave para tais situações.

²¹ Estamos em crer que a colocação da vítima na impossibilidade de resistir nunca suscitou tantas dúvidas – embriagar, drogar, hipnotizar... sempre foram vistos como exemplos incontroversos de concretização deste meio.

²² Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Comentário ao artigo 163.º», in *Comentário... cit.*, vol. I, p. 728, §27.

²³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS «Comentário ao artigo 163.º», in *Comentário... cit.*, p. 726, §§ 23 e 24.

²⁴ Neste sentido, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista», *Revista do Ministério Público*, 128, Out-Dez. de 2011, pp. 273 e seguintes e os Ac. da Relação do Porto de 6/3/91, p. 70; CJ 2-1991, p. 287; Ac. da Relação de Coimbra de 17/2/93, CJ 1-1993; também nesta linha de pensamento, ANA PINA, *O conceito de violência no crime de violação e o problema do dissentimento*, tese de Mestrado em Direito Criminal, Escola de Direito do Porto da UCP, 2015, *Veritati - Repositório Institucional* da Universidade Católica Portuguesa.

A primeira posição parece-nos inaceitável, não encontrando qualquer apoio na letra (nem na teleologia) da lei; porém, era perfilhada por alguns autores e várias decisões jurisprudenciais, onde se destaca o célebre (pelas piores razões) Acórdão do TRP de 2011²⁵.

A segunda posição, sendo porventura a predominante, encontrava (e encontra), na verdade, apoio na letra da lei – ou numa certa leitura da letra da lei – e no facto de a ameaça grave contemplar a violência psicológica, podendo sustentar-se que, se o legislador quisesse englobar toda a violência - física e psicológica – no conceito de violência, não distinguiria da violência a ameaça grave; também a interpretação do conceito “violência” noutros tipos legais de crime – p. ex., no crime de roubo – poderia conduzir a esta conclusão. Esta perspectiva não é, porém, isenta de dúvidas, pois a própria atuação do agente, a interferência física no corpo de outrem, apesar da vontade contrária dessa pessoa, implicará sempre algum grau de violência física (pelo menos nos casos de penetração, que integram o artigo 164.º).

Assim, a última perspectiva teria também algum apoio, quer tendo em conta o bem jurídico a tutelar, quer tendo em conta a referida interferência (indesejada) no corpo da vítima.

Porém, esta última visão das coisas não se apresentava também incólume a dúvidas e críticas, o que é grave face à necessidade de segurança jurídica, espelhada no respeito pelo princípio da tipicidade.

Tudo ponderado, a situação apresentava-se duvidosa, confusa, conduzindo a diferentes respostas jurisprudências, pondo assim em causa a certeza jurídica, tão cara ao Direito Penal.

Assim, a Convenção de Istambul, no seu artigo 36.º, veio dar o impulso necessário para uma alteração legislativa que já se adivinhava imprescindível no panorama nacional.

3. A violação como o relacionamento sexual não consensual: o artigo 36.º da CI

A Convenção de Istambul, no seu artigo 36.º, vem impor a criminalização da violência sexual, incluindo a violação, nos seguintes termos:

► As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais:

²⁵ Texto do Acórdão de 04/13/2011 – Processo 476/09.OPBBGC.P1 – Relatora Eduarda Lobo; descritor: ‘Violação’; em <http://www.trp.pt/jurisprudenciaitij.html>: O agente só comete o crime se, na concretização do ato sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar de “violência” (sumário, ponto II). Para uma apreciação crítica deste acórdão, cf. TEREZA PIZARRO BELEZA, «A violência das coisas», <https://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf>; MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “O conceito legal de violação...”, *cit.*, pp. 273 e seguintes; CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Conceito de violência no crime de violação Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/04/2011”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 2, Julho-Setembro de 2011, Coimbra Editora, 2011, pp. 452 e seguintes. Lembre-se, a este propósito, que também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos rejeitou esta perspectiva das coisas – exigência de resistência da vítima - no caso *M.C. v. Bulgária* (julgamento a 4 de dezembro de 2003).

- a) A penetração vaginal, anal ou oral *não consentida*, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objecto;
- b) Outros atos de carácter sexual *não consentidos* com uma pessoa;
- c) Obrigar outra pessoa a praticar atos de carácter sexual *não consentidos* com uma terceira pessoa.

► 2. *O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes;*²⁶

► 3. As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que as disposições do parágrafo 1 se apliquem também a atos cometidos contra atuais ou ex-cônjuges ou parceiros, em conformidade com o direito interno.

O texto da Convenção parece-nos bastante claro, centrando-se na ideia de *não consensualidade* dos atos ou, dito de outro modo, na *ausência de consentimento livre*, tendo em consideração o contexto (“avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”).

Sendo assim, impunha-se uma alteração aos artigos 163.º e 164.º do CP português, estendendo a criminalização a atos sexuais não consentidos livremente.

Na verdade, faria sentido, em nossa perspetiva, que o relacionamento sexual não consentido livremente constituísse o tipo fundamental (ou os tipos fundamentais – no artigo 163.º e no artigo 164.º) e que o relacionamento sexual através dos meios típicos de constrangimento (“a violência, a ameaça grave e a colocação da vítima na impossibilidade de resistir) constituísse os tipos legais agravados²⁷.

Com uma alteração deste tipo, pensamos que ficaria clara a tutela da liberdade sexual, interpretando-se então os meios típicos de constrangimento como violência física (o referido “plus de força física” seria, segundo cremos, a melhor interpretação, já que o não consentimento/dissentimento seria abrangido pelo tipo fundamental) e ameaça objetivamente grave (já que ameaças/pressões menos graves seriam abrangidas no conceito de consentimento não livre/condicionado).

Queremos com isto dizer que a concretização das imposições de criminalização da *Convenção de Istambul* não se nos afigurava muito complexa ou equívoca, podendo simplesmente prever-se a criminalização dos atos sexuais (de relevo no artigo 163.º; de especial relevo, no artigo 164.º) “não consentidos livremente”, tendo em consideração todas as circunstâncias do contexto envolvente.

Seria uma transposição excessivamente “colada” ao texto da Convenção? Geraria algum tipo de dificuldades de interpretação/aplicação?

²⁶ Itálicos nossos.

²⁷ Como veremos, esta inversão veio a verificar-se com a revisão de 2019; concordando com tal inversão, PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, pp. 643/644.

À partida parece-nos que não, cremos que seria uma previsão clara, direta, inequívoca. No entanto, teremos de ponderar outras opções, e analisar o modo como o nosso legislador alterou a lei, para podermos chegar a uma conclusão mais fundamentada.

4. A violação como o relacionamento sexual constrangido: adequação da Lei n.º 83/2015 à tutela do bem jurídico?

A opção do legislador português, em 2015, visando dar cumprimento às injunções da *Convenção de Istambul*, não foi no sentido que acabámos de sugerir. O legislador não quis abdicar da ideia de “constrangimento”; limitou-se então a introduzir um n.º 2 (substituindo o então n.º 2, que correspondia à violação-assédio/coação sexual-assédio e que passou a agravante, no artigo 177.º), criminalizando o “constrangimento por outros meios” (ou seja, o constrangimento por qualquer meio que não fosse o da “violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir”). Criou, assim, uma espécie de violação (e de coação sexual) atenuada, em virtude de os meios de constrangimento não serem tão gravosos quanto os do n.º 1.

Que dizer desta alteração legislativa? Que dizer deste novo n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º CP?

Cremos que esta formulação não terá sido a mais feliz, mas, se bem interpretada (à luz da *Convenção da Istambul* e da CRP), seria ainda apta a abranger todos os casos de dissentimento e de consentimento condicionado por pressões/ameaças (que não alcançassem o patamar de gravidade requerido pela “ameaça grave” do então n.º 1²⁸). Isto, porque atuar apesar do dissentimento da vítima parece-nos integrar o conceito “constranger”, na medida em que a vontade do agente se está a impor à vontade da vítima; por outro lado, ameaçar, pressionar, também preenche o conceito “constranger”. Ainda as situações de “surpresa” se deverão enquadrar no conceito de constrangimento.²⁹ Porém, o conceito de constrangimento/coação/imposição poderá não ser apto a abarcar a totalidade das situações de relacionamento não consensual, ademais, se tomarmos em consideração que o consenso deveria ser livre para ser verdadeiro consenso e, assim, excluir a tipicidade do comportamento, concretizando o próprio bem jurídico³⁰.

O problema não consistia, segundo cremos (e neste aspeto estamos em sintonia com PEDRO CAEIRO³¹), no perigo de se continuar a exigir a resistência da vítima para preenchimento do

²⁸ Já neste sentido, o nosso «Do dissentimento à capacidade para consentir», *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Porto, UCP, 2016, p. 140 – embora atualmente tenhamos mais dúvidas (como se verá *infra*) sobre a abrangência da formulação escolhida pela nossa lei.

²⁹ Assim, também, PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, p. 646, fazendo a comparação com o artigo 170.º, que fala de constrangimento e onde sempre se integram situações “surpresa”, que não dão à vítima hipótese de escolha.

³⁰ Falamos em exclusão da tipicidade da tipicidade, uma vez que o consenso no relacionamento sexual é um acordo que exclui a própria tipicidade, correndo no sentido da concretização da liberdade sexual, não da sua violação (acolhemos, assim, a distinção entre acordo como causa de exclusão da tipicidade e consentimento como causa de exclusão da ilicitude, no sentido defendido por MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra editora, 1991, pp. 362 e seguintes). Ora, cremos que só o consentimento livre concretiza a liberdade sexual.

³¹ «Observações...», *cit.*, pp. 642 e seguintes.

crime, diversamente do que foi sustentado pelo GREVIO³²; na verdade, como já dissemos, se nem a versão anterior a 2015, quando bem interpretada, deveria conduzir a tal exigência, muito menos esta ulterior versão, que alargou a criminalização³³.

Estamos, porém, a pensar em situações de indução em erro, aproveitamento de erro, no uso de chantagens ou promessas, em que se possa suscitar dúvidas quanto à sua integração no conceito de “constrangimento”, e ainda no aproveitamento intencional de constrangimento alheio ou no consentimento de pessoas com especiais vulnerabilidades (em razão de deficiências na formação da vontade e/ou na expressão da mesma).

Estas duas últimas situações são referidas por PEDRO CAEIRO³⁴, fazendo referência detalhada à legislação alemã, que se baseia no modelo do dissentimento, mas prevê regras específicas para certos casos, tais como o das pessoas limitadas na sua capacidade de formar ou de expressar a sua vontade, considerando que o agente se deverá certificar de que a pessoa concorda com a prática do ato. Porém, mesmo este cuidado da lei alemã suscita-nos alguns problemas, pois esta concordância expressa e clara também não poderá ser válida se, de facto, a pessoa não tiver capacidade suficiente para formar a sua vontade/avaliar o ato para o qual dá o seu acordo... Percebemos, no entanto, que não se possa recusar liminarmente a liberdade sexual positiva (a negativa, parece-nos mais óbvia que não se negará³⁵) de pessoas com limitações cognitivas/emocionais se relacionarem sexualmente; este tema, por si só, daria para um estudo autónomo, pelo que não poderemos, no presente contexto, aprofundá-lo. Lembraremos, todavia, que o nosso artigo 165.º poderá dar resposta a estas situações (pelo menos, às situações mais graves): nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, este crime abarcará não só as situações em que a vítima está “incapaz de formar a sua vontade”, como aquelas em que está “incapaz de expressar a sua vontade”³⁶, abrangendo, para além das situações de incapacidade transitória (por ingestão de drogas ou álcool³⁷, por exemplo), as situações de pessoas com anomalias psíquicas que provoquem esta incapacidade, e cujo aproveitamento integra o crime em análise³⁸. No entanto, se a lei penal se centrasse na “ausência de consentimento livre”, tendo em conta as circunstâncias envolventes, deveria ponderar-se sempre o grau de capacidade/liberdade, tendo em consideração o contexto, para se concluir pelo preenchimento ou não do crime. Já com a exigência de constrangimento, o aproveitamento destas debilidades na formação da vontade ou expressão da vontade parece que só constituirá crime se tais casos se puderem integrar no artigo 165.º (ou seja, só se tais

³² Cf. Group of Experts on Action against Women and Domestic Violence, GREVIO's (Baseline) *Evaluation Report*, GREVIO/Inf(2018)16, Council of Europe, 21 January 2019 (<https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>), p. 49.

³³ É claro que sempre haverá o perigo de o julgador não interpretar bem a lei, mas, nesse caso, o problema é de quem julga, não da formulação legal...

³⁴ Note-se que a lei penal alemã abrange esta situação na “exploração de situação em que a vítima está sujeita a mal importante”, pois este mal tanto pode ter sido ameaçado pelo agente da relação sexual, como por terceiro; cf. PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, pp. 556, 557.

³⁵ Haverá aqui alguma semelhança face à liberdade sexual negativa das crianças (sobre o problema cf. o nosso «Do Dissentimento...», *cit.*, pp. 152 e seguintes).

³⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Comentário ao artigo 165.º», *in* *Comentário*, *cit.*, § 2, p. 756.

³⁷ Cf. a este propósito o acórdão do TRP de 27/6/2018 – para uma análise crítica deste acórdão, cf. CLÁUDIA BOUCINHA, “Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2018 proferido no âmbito do processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1 (O “Acórdão da sedução mútua)””, *Julgar Online*, Janeiro 2020: <http://julgar.pt/comentario-ao-acordao-do-tribunal-da-relacao-do-porto-de-27-de-junho-de-2018-proferido-no-ambito-do-processo-n-o-389716-9japrt-p1/>.

³⁸ *Idem*, § 5, p. 757.

debilidades implicarem uma verdadeira incapacidade, não quando implicarem uma diminuição de capacidade).

Quanto ao aproveitamento intencional de constrangimento levado a cabo por outra pessoa (a vítima foi ameaçada por B, constrangendo-a, através dessa ameaça, a ter relações sexuais com A, e este, sabendo disso, consumou a relação sexual), à luz da nossa lei penal, apenas quem constrange (B) preencheria o crime de violação. Porém, se a formulação da lei fosse diversa – centrando-se, não no constrangimento da vítima, mas sim, na ausência de consentimento livre, o comportamento de A também preencheria o crime.

A indução em erro convoca o caso do *stealthing*, que já deu origem a uma condenação por violação na ordem jurídica suíça³⁹.

Se A e B concordam em ter um relacionamento sexual, com o uso do preservativo, e se, no decorrer do relacionamento, A retira o preservativo, sem o conhecimento/consentimento de B, poderemos dizer que estamos perante uma violação? Sendo elemento típico do crime de violação o “constrangimento” a praticar o ato sexual, cremos que não se poderá integrar esta situação no crime em análise. Porém, se o crime se centrasse na ideia de não consensualidade ou ausência de consentimento livre, tendo em consideração as circunstâncias envolventes, a conclusão já seria diversa. Na verdade, pode dizer-se que houve consentimento livre para uma relação sexual, mas o consentimento surgiu condicionado pelo uso de preservativo, logo, considerando as circunstâncias envolventes e o conteúdo global do consentimento, não se poderia dizer que A tivesse respeitado o acordo/consentimento dado... Admitimos que esta conclusão ainda pudesse suscitar algumas dúvidas perante o binómio consentimento para o ato – que foi livre – conteúdo do consentimento (que implicou certas condições), mas cremos que o apelo à liberdade do consentimento, considerando as circunstâncias envolventes, permitira chegar a tal conclusão. E houve, na verdade, um desrespeito pela vontade, não houve um acordo para que o relacionamento decorresse naquelas circunstâncias. Poderemos fazer aqui o paralelo com o consentimento para ato médico, onde se considera crucial que as condições da intervenção sejam respeitadas para que haja um acordo válido⁴⁰. É claro que, por esta via, poder-se-ia perguntar se o caso inverso também deveria integrar o crime de violação – se A apenas quiser ter uma relação sexual com o objetivo de engravidar e se B, concordando com tal condição, resolver colocar o preservativo, haveria uma violação? Imaginemos ainda um outro caso: A convence B de que tem especiais poderes e que, se aceitar ter consigo relações sexuais, ficará curada de uma doença grave⁴¹... E os exemplos poderia multiplicar-se,

39 Sobre este caso, vide Gil Duarte Ribeiro, «Deficiências do artigo 164.º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul - Consentimento versus Constrangimento», *Dissertação de Mestrado em Direito Criminal*, Porto, Universidade Católica, 2012, in *Veritati* - Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa.

⁴⁰ Também aqui se trata de um acordo que exclui a tipicidade da intervenção (do artigo 156.º).

⁴¹ Não se tratará de situação tão irrealista quanto possa parecer – nos relatos do Acórdão do TRP de 2011 refere-se que em consultas anteriores o psiquiatra masturbara a doente, convencendo-a de que se tratava de método apto a curar a sua depressão... No célebre caso Sirius, o agente convencera a vítima a suicidar-se para viverem juntos na estrela Sirius (cf. sobre este caso, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Comentário ao artigo 135.º», in *Comentário...*, cit., § 40, b), p. 154). Trata-se de casos verídicos, que ultrapassam a nossa imaginação...O que se poderá questionar é se tais situações não se cruzam com os casos de debilidades na capacidade de formação/expressão da vontade. Mas não temos a certeza de que seja sempre assim, pois pode haver pessoas sem qualquer debilidade cognitiva, mas que, face ao poder de persuasão do outro, e à sua situação de vulnerabilidade emocional, se deixem induzir em erro. Este um outro tópico a explorar, mas não no presente contexto.

no âmbito da indução em erro ou do aproveitamento de erro do parceiro sexual... Talvez estas situações nos pareçam cada vez mais longínquas do “paradigma” que temos em mente quando pensamos numa violação... Porém, se pensarmos no bem jurídico liberdade sexual, enquanto liberdade da vontade, não sujeita a erros, vícios e pressões, liberdade para a pessoa se relacionar apenas com quem quer, nas circunstâncias que eleger, e sem ter sido induzida em erro (pelo menos em erro grave), cremos que fará sentido este alargamento⁴². Outra via pensável seria a de integrar estes casos num tipo legal próprio, de fraude sexual⁴³. A mais adequada inserção será discutível; porém, que algum tipo legal de crime (sexual) deveria abranger estas situações, parece-nos mais claro. E reiteramos a ideia de que, se o tipo legal de crime se construísse tendo por base a ausência de consentimento livre, teria aptidão para abranger.

Por fim, os casos de chantagem/assédio/promessas são preocupantes e frequentes e poderão suscitar dúvidas face à letra da lei. É que, se A ameaça despedir B, caso esta não queira manter consigo relações sexuais, será pacífico que tal caso é abrangido pelo artigo 164.º (poderá mesmo considerar-se que se trata de uma ameaça grave, mas mesmo que assim não se entendesse, certamente que dúvidas não restariam quanto à existência de um constrangimento à prática de atos sexuais). Porém, se A diz a B que só a empregará ou só a promoverá no trabalho se aceitar ser sua amante, já se poderão levantar dúvidas. Todavia, não faz sentido não abarcar tal situação, que já estava, desde 1998, contemplada nestes tipos legais de crime (no então n.º 2) e passou a agravante, em 2015 (no artigo 177.º, n.º 1, al. b)). Assim, parece-nos evidente que o legislador de 2015 não quis descriminalizar tais hipóteses, mas abrangê-las no conceito de “constranger por outros meios”; todavia, reiteramos a ideia de que o apelo ao “consentimento livre”, tendo em consideração as circunstâncias envolventes, seria uma redação muito mais clara, permitindo abarcar, sem sombra para dúvidas, este tipo de situações.

A partir da análise destes casos, parece-nos que poderemos concluir que o alargamento dos tipos legais de crime de coação sexual e de violação, em 2015, mantendo o modelo do “constrangimento” (embora por qualquer meio), apesar de cobrir a maior parte das situações de violação da liberdade sexual, deixa algumas de fora, e suscita várias dúvidas, essencialmente porque não apela à liberdade do consentimento no contexto das circunstâncias envolventes.

Veremos, de seguida, se as alterações de 2019 deram adequada resposta a estes problemas.

⁴² Poderá considerar-se mais grave a primeira situação, pelo perigo de gravidez e/ou de contração de doenças sexualmente transmissíveis; assim, poderia entender-se que os bens jurídicos liberdade para a maternidade e saúde também estariam em causa... e de facto estão; mas cremos que não deixa de estar, em certo sentido, a própria liberdade sexual. Por outro lado, uma eventual gravidez ou doença sempre seria considerada agravante do crime, desde que houvesse um tipo legal de crime onde integrar o comportamento...

⁴³ O atual tipo legal de fraude sexual (artigo 167.º) contempla outras situações, mas poderia passar a prever a indução em erro, assim como o aproveitamento de erro sobre as circunstâncias do relacionamento sexual.

5. A violação *ainda* como relacionamento sexual constrangido – o modelo do dissentimento *versus* o modelo do consentimento e a Lei n.º 101/2019

As alterações introduzidas pela Lei n.º 101/2019 visaram dar resposta às críticas do GREVIO, que considerou insuficientes as alterações de 2015. Já nos pronunciámos sobre a nossa discordância quanto ao problema central que foi apontado – o perigo de os tribunais exigirem a resistência da vítima para preenchimento do crime; ou melhor, compreendemos esta preocupação, mas tal problema, em nossa perspetiva, será da responsabilidade de alguma jurisprudência⁴⁴ e não, propriamente, da lei penal. Porém, como também já referimos, a redação de 2015 não está isenta de críticas, não sendo apta a abarcar todas as situações de violação da liberdade sexual.

Na sequência daquelas críticas, vários foram os projetos apresentados que se baseavam na falta de consentimento (*cf.* o projeto do PS e o do PAN⁴⁵); todavia, após a discussão dos mesmos⁴⁶, tais projetos foram substituídos e deram origem à Lei n.º 101/2019.

Um aspeto inovador (e importante) desta lei foi a inversão dos números dos artigos 163.º e 164.º, considerando os atos sexuais obtidos por “constrangimento” como o crime fundamental (quer na coação sexual, quer na violação) e o constrangimento por meios especialmente gravosos (violência, ameaça grave, colocação da vítima na impossibilidade de resistir) como o crime agravado, solução que aplaudimos.

Já uma modificação para a qual não encontramos fundamento consistiu no facto de os artigos 163.º e 164.º deixarem de se referir a “sofrer ou praticar” (ato sexual) para se referirem apenas a “quem praticar” – e “sofrer” ato sexual não deveria continuar a integrar o crime? A única hipótese de interpretação que conduzirá a um resultado coerente será a que considera “praticar” num sentido amplo (integrante do “sofrer”), embora tivesse sido preferível, em nossa opinião, manter expressamente a alternativa (sofrer/praticar) para que não houvesse quaisquer dúvidas face ao princípio da tipicidade.

Centremo-nos na questão fundamental: a lei não abdicou da expressão “constranger”, explicitando agora o que se deverá entender como constrangimento: “qualquer meio, não previsto no número anterior (ou seja, não integrante da violência, ameaça grave ou colocação da vítima na impossibilidade de resistir)”, empregue para a prática dos atos referidos ... contra a vontade cognoscível da vítima” (formulação semelhante à da lei alemã, que, porém, não se

⁴⁴ Vide estudos de ISABEL VENTURA, nomeadamente in «They never talk about a victim’s feelings: according to criminal law, feelings are not facts» - *Portuguese Judicial narratives about sex crimes*, Palgrave Communications |2:16101|DOI: 10.1057/palcomms.2016.101.

⁴⁵ Os projetos legislativos podem ser consultados in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=43523>; vide ainda *Parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas sobre os Projetos de Lei n.ºs 661/XII, 664/XII e 665/XII*, n.º Ref. 04/15 – C. Istambul, Lisboa, 26/3/2015, in <http://www.apmj.pt/pareceres>, defendendo também o modelo do consentimento (já antes da alteração de 2015).

⁴⁶ E a audição de PEDRO CAEIRO, assim como a ponderação de documento escrito, da sua autoria (*cf.* uma versão ligeiramente adaptada de tal documento, in «Observações» *cit.*, pp. 631 e seguintes; versão que tem servido de base/diálogo para esta nossa reflexão).

refere ao constrangimento, mas ao dissentimento – atuação contra a vontade de outra pessoa⁴⁷).

Trará esta formulação uma evolução importante? Dissipará as dúvidas quanto aos casos de deficiências na formação da vontade ou na sua expressão, indução em erro, aproveitamento de erro, aproveitamento de constrangimento levado a cabo por outrem? Modificará substancialmente o que já estava previsto?

A este conjunto de perguntas agregaremos ainda outras: Porque se preferiu continuar a exigir o “constrangimento” ao invés de exigir a ausência de consentimento livre (à semelhança do artigo 36.º da CI)? Porque se preferiu, como explicitação do conceito de constrangimento, referir a “contrariedade à vontade cognoscível da vítima” ao invés de se fazer uma leitura da vontade, apelando “ao contexto das circunstâncias envolventes” (formulação semelhante à do artigo 36.º da CI)?

Creemos que este conjunto de questões nos conduzirão ao cerne do problema, convocando a distinção entre modelos e suas eventuais diferentes consequências práticas: o modelo do constrangimento, o do dissentimento e o do consentimento.

E é por este ponto que iremos começar.

Pensamos não haver diferenças relevantes entre o modelo do constrangimento e o do dissentimento⁴⁸. Na verdade, o modelo atualmente consagrado na nossa lei parece-nos ser o do constrangimento/dissentimento, completado por esta exigência de que a vontade da vítima seja “cognoscível”. Na verdade, como já disséramos⁴⁹, se alguém tem um relacionamento sexual não respeitando o dissentimento do outro, está a impor a sua vontade, constrangendo a vítima... Este é o modelo em que impera a ideia de que o “não é não”, devendo ser respeitado – modelo a que aderiram também as leis penais alemã e austríaca. Porém, poderá haver (e há) algumas diferenças de regime, com algum relevo prático. Na Alemanha não se refere o constrangimento, mas o dissentimento, completando-o também com a ideia de cognoscibilidade de tal dissentimento. Todavia, tal como já referimos, preveem-se algumas regras para certos casos específicos⁵⁰, o que não sucede em Portugal.

Já os modelos do consentimento, consagrados em Inglaterra e na Irlanda, consideram que apenas o “sim, é sim”; ou seja, haverá crime se não houver consentimento.

Haverá alguma diferença prática relevante entre estes modelos?

⁴⁷ Cf. PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, p. 650. A redação também não nos parece muito rigorosa, pois o constrangimento é já o resultado de constranger... assim, talvez fosse mais correto dizer-se: «entende-se por constranger o uso de qualquer meio».

⁴⁸ Também neste sentido, Pedro CAEIRO, «Observações...», *cit.*, p. 644 e seguintes Saliente-se, no entanto, que a ideia de que, para haver constrangimento, a pessoa terá de se sentir constrangida (crime de resultado) ainda limitará mais as hipóteses abrangidas pelo tipo legal. Pois, há situações (todas as de erro provocado ou aproveitado pelo agente) em que a vítima não se apercebe da real situação em que se encontra.

⁴⁹ Cf. o nosso «Do Dissentimento...», *cit.*, p. 140.

⁵⁰ Cf. *supra* a referência às debilidades na formação da vontade e às situações de aproveitamento de constrangimento alheio.

Segundo parece, na esmagadora maioria dos casos, ambos os modelos conduzem às mesmas conclusões. Se há um “não”, não há um “sim”, se há um “sim”, não há um “não”; com esta simplicidade, chegaríamos a uma relação de exclusão e à identidade de ambas as soluções.

Porém, alguma doutrina (onde se inclui PEDRO CAEIRO) vem fazer-nos refletir sobre uma eventual terceira hipótese, uma zona cinzenta, de indecisão ou hesitação e, seria aqui, nesta zona de penumbra, que os modelos em confronto nos levariam a diferentes soluções: enquanto no modelo do dissentimento a atuação perante a indecisão do outro não seria criminalizada, no modelo do consentimento já o seria, pois apenas a atuação perante um assentimento seria verdadeiro acordo, excludente da tipicidade. Nesta senda, diz-nos o Autor que se deverá seguir o modelo do dissentimento, pois só a atuação apesar do dissentimento lesará a liberdade sexual, só neste caso é que o agente está a impor a sua vontade à vontade da vítima (só neste caso haverá verdadeiramente uma vítima).

Para ilustrar o problema, PEDRO CAEIRO refere o seguinte exemplo: “Suponhamos que A e B se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de A. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. B, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de atos sexuais. A percebe que B se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir B, embora esteja disposto a parar se B assim o desejar. Nesse momento, B decide que não quer manter práticas sexuais com A, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa”⁵¹.

Segundo o Autor, à luz da nossa lei penal, que segue o modelo do dissentimento, não haveria crime ou tentativa de crime (de violação), pois A não praticou atos de constrangimento; este implicaria a prática de atos contrários à vontade da vítima, o que não ocorreu. Porém, se o modelo seguido fosse o do consentimento, já haveria tentativa de violação⁵², pois A representou que não havia da parte de B “uma disposição favorável positiva, mas sim um estado de indecisão”⁵³. Todavia, considera que punir este caso seria “inadequado e desproporcional, porque não existe desvalor de ação nem perigo para o bem jurídico: A pretende ter relações sexuais com B, mas nunca contra a sua vontade, ou seja, de forma “não consensual”, concluindo que a danosidade social da conduta reside na contrariedade à vontade da vítima (dissentimento) e não na inexistência de uma decisão positiva pela prática sexual (consentimento/acordo)”⁵⁴.

É sempre muito útil (diríamos até imprescindível) ilustrar o pensamento com casos, mais ainda quando tais casos se apresentam como hipóteses verosímeis ou quando são mesmo casos verídicos. O caso apresentado é realista, embora nos pareça pouco frequente. E pensar a partir dos casos permite-nos testar teorias, comprovando ou infirmoando a sua adequação à realidade. Por isso nos socorremos do caso apresentado por PEDRO CAEIRO e das conclusões que dele retira.

⁵¹ «Observações...», *cit.*, p. 648.

⁵² O autor refere a tentativa de coação sexual/violação (*Idem*, p. 649), mas cremos que seria tentativa de violação (atendendo à resolução do agente de ter uma relação sexual, de penetração) – pois a coação sexual já estaria preenchida com os atos de despir a vítima...

⁵³ «Observações...», *cit.*, p. 649.

⁵⁴ *Idem*, p. 649.

Devemos dizer que estamos de acordo com as considerações do Autor no sentido de que A, numa situação deste tipo, não deveria ser punido, partindo da ideia de que não houve lesão da liberdade sexual da vítima e tendo em consideração os princípios da dignidade e necessidade penal, aliados aos princípios da proporcionalidade e adequação (artigo 18.º, n.º 2, da CRP). Isto, desde que a disposição da vítima fosse de indecisão/aceitação⁵⁵, a que se seguiu a recusa, que foi respeitada por A. Já defenderíamos outra posição caso o silêncio/passividade de A se devesse a medo, pânico, reconhecível tendo em conta a sua expressão facial, rigidez corporal, e outros sinais equivalentes ou ao próprio ambiente intimidatório⁵⁶ em que decorressem os factos descritos (por exemplo, se anteriormente A já tivesse ameaçado B ou sido violento com B, ou se o tivesse feito a outras pessoas conhecidas de B).

O que queremos dizer, no fundo, é o seguinte: a passividade da outra parte, o seu silêncio, tanto pode ser consequência de indecisão, aceitação passiva, tolerância, como de medo ou mesmo pânico. E há que ter cuidado com estas diferentes disposições interiores, espelhadas nalguns sinais exteriores⁵⁷.

Nesta senda, duvidamos da existência de um verdadeiro “*tertium genus*” entre a aceitação/consentimento e a recusa/dissentimento, centrado na indecisão. Claro que reconhecemos que pode haver situações de indecisão; porém, cremos que o que se poderá concluir é que a indecisão ou conduz à aceitação, nem que seja uma aceitação pouco entusiasta, ou conduz à recusa, mesmo que não seja uma recusa ostensiva. E, em nossa perspetiva, a recusa não precisa de ser ostensiva para ser recusa, assim como a aceitação não precisa de ser entusiasta para ser aceitação. Sendo assim, ou teríamos consentimento, que não precisa de ser expresso verbalmente com um “sim”, mas pode ser tácito, e que não precisa de corresponder a um entusiasmo, mas pode exprimir uma tolerância/aceitação, ou teríamos recusa, que também não precisa de ser expressa verbalmente com um “não”, mas que pode ser comunicada pela expressão facial/corporal, pela atitude. E se algum “*tertium genus*” houver, não será propriamente o da indecisão, mas o do *consentimento viciado*, o do “sim”, que significa “não”, o do “sim” baseado no erro e ainda o do silêncio que não exprime aceitação, mas medo ou mesmo pânico (embora este caso, na verdade, corresponda a uma recusa).

Tendo em consideração o que vimos de dizer, o problema que temos com o modelo do constrangimento/dissentimento situa-se no âmbito do *consentimento não livre*. Poderíamos até dizer que concordamos com a ideia de que o comportamento que viola a liberdade sexual é o de imposição da vontade do agente à da vítima, pelo que se deveriam criminalizar os atos “não consensuais”; porém, quando a *Convenção de Istambul* se refere a “atos não consensuais”⁵⁸ está a aderir ao modelo do dissentimento ou ao do consentimento? Atos “não consensuais” são atos em que há um dissentimento ou atos em que não há um consentimento? Como já dissemos, talvez as situações, na prática, se devam identificar: se há dissentimento os atos não são consensuais, mas se não há consentimento, também não são

⁵⁵ Explicaremos melhor este binómio *infra*.

⁵⁶ Ou se, ao invés de irem para a casa de A, este tivesse levado B para um lugar ermo e escuro...

⁵⁷ Cf. *infra* ponto 6.

⁵⁸ Na verdade, a versão inglesa refere-se a “non-consensual” acts (*Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 12 april 2011 (CETS 210)), mas a versão portuguesa refere-se a atos “não consentidos” (cf. *supra* ponto 3.).

consensuais, sendo difícil descortinar situações em que, não havendo dissentimento, não haja um consentimento (tácito). Mas a *Convenção de Istambul* não se fica por aqui – refere expressamente que o consentimento deverá ser livre, considerando o contexto das circunstâncias envolvidas. E é precisamente neste aspeto que nos parece que o modelo baseado no *consentimento livre*, liberdade esta a ser avaliada de acordo com as circunstâncias envolventes, confere melhor e mais adequada tutela à liberdade sexual.

Voltando ao caso da “indecisão” – num caso como este, salvo se a passividade da vítima denotasse medo/pânico, não haveria crime, pois cremos que, até certo ponto, B foi aceitando/consentindo no comportamento de A e, a partir do momento em que o recusou, A respeitou a sua recusa. Este caso também é importante para se perceber que uma pessoa pode consentir em certos atos e não noutros ou pode consentir até determinado momento e depois mudar de ideias – e esta mudança deve ser respeitada.

Se fizermos um paralelo destas situações com as de “violação de domicílio” (artigo 190.º), paralelo que TERESA PIZARRO BELEZA⁵⁹ tem vindo a fazer, de modo muito impressionante, chegaremos à conclusão de que não faz sentido ter receio da consagração de um modelo de consentimento no âmbito da tutela da liberdade sexual e já o aceitarmos pacificamente no domínio da reserva da vida privada. Tendo em conta a mais íntima ligação entre a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana, a mais gravosa afronta aos direitos pessoais com a interferência na intimidade sexual por confronto com a interferência no domicílio pessoal, deveria até ser mais pacífico este modelo no âmbito da tutela da liberdade sexual.

Segundo o artigo 190.º do CP, haverá preenchimento do crime se a/o dona/o da casa não consentir na entrada de outra pessoa na sua casa. Porém, se a/o dona/o da casa (A) abre a porta e, embora sem um convite entusiasta, deixar a pessoa (B) entrar, como se interpreta tal situação? Cremos que será como aceitação/consentimento, a menos que tal passividade (deixar entrar) denote medo, pânico (tendo em conta todo o contexto, tal como a compleição física de B e o seu ar ameaçador, p. ex. exemplo). Por outro lado, a/o dona/a da casa pode apenas deixar entrar B para a sala e não para o quarto ou a cozinha e pode mudar de ideias e dizer para o visitante sair e este deve obedecer. Pensamos que as coisas se deverão passar de modo semelhante no âmbito dos crimes sexuais – se B deixa que o outro a dispa, estará a consentir⁶⁰, a menos que tal passividade denote o referido medo (a ser lido de acordo com o ambiente, eventualmente intimidatório), mas se, de repente, faz menção de se afastar, ou pede para o outro parar, este deve respeitar a mudança de ideias, a recusa (que foi o que sucedeu no caso em análise). Também se A permite certos atos, mas não outros, o parceiro/a deverá respeitar (assim como o dono da casa pode deixar entrar para a sala, mas não para o quarto). Aceitar beijos ou carícias íntimas não implica necessariamente aceitar ter uma relação sexual; e aceitar ter uma relação de cópula não implica que se aceite sexo oral (por exemplo).

Por outro lado, será que a introdução da explicitação de que se considera “constrangimento qualquer meio...” empregue para a prática dos atos sexuais “contra a vontade cognoscível da

⁵⁹ Outro paralelo que a autora tem efeito é com o convite para se beber chá: «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*, (coord. Conceição Ferreira da Cunha), Porto, UCP, 2016, em especial, pp. 23 e seguintes.

⁶⁰ Ressalvando as situações já enunciadas de o silêncio ser expressão de pânico.

vítima” resolve o problema do consentimento viciado – baseado em erros, deficiências da vontade ou aproveitamento de constrangimento praticado por terceiro? Será que a lei, ao referir-se à atuação contra a *vontade* da vítima quis abranger estas situações? Que a intenção do legislador não terá sido essa, parece-nos claro⁶¹. Todavia, será que a letra da lei conjugada com a sua *ratio* – tutela da liberdade sexual - permite este entendimento⁶²? Duvidamos de tal possibilidade, tendo em conta o princípio da tipicidade. Claramente não caberão aqui os casos de aproveitamento de um constrangimento praticado por terceiro, nem nos parece que possam caber os aproveitamentos de deficiências/debilidades da vítima na formação da vontade⁶³, mas poderão caber os casos de indução em erro?

Exemplificando: se o agente convenceu a vítima de que ficaria curada de uma doença grave se aceitasse ter uma relação sexual consigo, estará a usar um meio (engano) para constranger a vítima a ter relações sexuais contra a sua vontade⁶⁴? E se combinou usar preservativo e o retira sem o conhecimento da outra pessoa? Estará a usar um meio (engano) para constranger ao relacionamento contra a vontade da vítima? O problema é que o relacionamento sexual não é propriamente constrangido⁶⁵, imposto, contrariando a vontade (dissentimento)⁶⁶; é antes conseguido por meio de um engano ou não respeitando as condições do consentimento prestado. Assim, é duvidoso (mas não impossível – porquanto o engano pode ser entendido como um meio de constrangimento) que estes casos sejam abrangidos por esta formulação do tipo legal de crime⁶⁷.

Em síntese, relativamente à questão dos modelos, diremos que a nossa preferência por um modelo do consentimento – ou um modelo baseado na criminalização de comportamentos “não consensuais”, mas dando expresso relevo à liberdade do consentimento - tem por fundamento a tutela da liberdade sexual contra consentimentos (ou ausências de dissentimento) viciados, não livres, não visando, por outro lado, criminalizar todo o comportamento sexual que não se funde num entusiástico “sim” da outra parte. Isto porque nos parece que criminalizar um comportamento sexual com base na inexistência de uma aceitação/participação entusiasta ultrapassaria os limites de uma legítima intervenção penal, podendo também não se mostrar adequado à realidade das relações interpessoais. Se é verdade que está totalmente ultrapassada a ideia de que um “não” da mulher deve ser lido como um “sim”, correspondendo esta ideia a um estereótipo ou um mito do passado, também nos parece que nem sempre o “sim” tem de ser verbal e expresso com entusiasmo, podendo ser tácito ou pouco expansivo. Ora, não cremos que se deva responsabilizar penalmente (o tipo de responsabilidade mais severa da ordem jurídica) quem atue perante a mera aceitação ou tolerância do outro. Porém, com isto não se pretende dizer, sublinhe-se, que toda a

⁶¹ Tal como melhor se explicitará *infra*.

⁶² Ou seja, mesmo que o elemento histórico não conduzisse a tal interpretação, a *ratio* do preceito como um todo (tutela da liberdade sexual) poderia conduzir a tal interpretação desde que o elemento literal o permitisse.

⁶³ Também neste sentido, PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, p. 658-659; todavia, como vimos, alguns destes casos ainda se poderão integrar no artigo 165.º.

⁶⁴ À cognoscibilidade dedicaremos o ponto seguinte; neste caso, a vontade foi viciada pelo próprio agente, ele saberia que sem tal condição/indução em erro a vítima não aceitaria /consentiria.

⁶⁵ Salientando que o constrangimento se reporta a atos de interferência sobre a vontade da vítima (onde, todavia, inclui a chantagem), enquanto o puro dissentimento se refere aos atos sexuais propriamente ditos, PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, p. 655.

⁶⁶ De resto, a vítima não se sente constrangida...

⁶⁷ Porém, JOSÉ DE MOURAZ LOPES/TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais*, *cit.*, consideram que a atual formulação da lei já inclui todos os casos de ausência de vontade e de vontade não livre ou esclarecida (p. 69).

passividade deva ser equiparada a aceitação (“quem cala consente”), pois muitas vezes a atitude de passividade é condicionada (consentimento não livre) ou é determinada pelo medo/pânico (temos, de novo, um consentimento não livre, ou um dissentimento através da atitude de pânico). cremos ainda, e este ponto é importante, que serão frequentes estas situações de passividade que exprimem repulsa ou pânico, crença esta comprovada por estudos do âmbito da psicologia⁶⁸.

Por outro lado, poderá ainda entender-se que a opção por um modelo de dissentimento *versus* um modelo de consentimento terá algum relevo quanto ao problema da distribuição dos riscos e do ónus da prova. Esta questão relaciona-se ainda com a expressão “contra a vontade cognoscível da vítima”, inserida na nossa lei com o fito de delimitar a criminalização do dissentimento. A estes aspetos, tendo em conta a sua relativa autonomia face à questão substancial que acabámos de tratar, daremos atenção no capítulo seguinte.

6. A “vontade cognoscível da vítima” como critério delimitador dos riscos na Lei n.º 101/2019

Ao que tudo indica, a expressão “contra a vontade cognoscível da vítima” teve por intuito, à semelhança da lei alemã (que refere a vontade “reconhecível” da vítima⁶⁹), delimitar o comportamento criminoso, circunscrevendo-o à atuação do agente quando seja perceptível a vontade contrária da vítima. Digamos que, nesta visão das coisas, deveria recair sobre a vítima o ónus de manifestar, de tornar perceptível, a sua oposição aos atos sexuais⁷⁰.

Na verdade, acompanhamos alguns autores alemães quando apelidam de “mistério”⁷¹ o motivo que levou o legislador a fazer depender a punibilidade do comportamento da vontade “reconhecível” (entre nós, “cognoscível”) da vítima, tendo em consideração que estamos perante um crime doloso (quer na Alemanha, quer em Portugal). O que queremos dizer é que, estando em causa um crime doloso, o agente sempre teria, no mínimo, de representar a hipótese de a vítima não querer praticar os atos sexuais e conformar-se com tal hipótese (dolo eventual – artigo 14.º), tendo de se provar tal representação e conformação e, no caso de dúvida, funcionando o princípio *in dubio pro reo*.

Quer isto dizer que a distribuição do risco, já pelo facto de se tratar de crime doloso, que geralmente ocorre em ambientes privados, e ainda tendo em conta o princípio *in dubio pro reo*, corre contra a vítima, sendo difícil provar o seu dissentimento. Assim, a inserção desta explicitação do “constrangimento” ou do “dissentimento” com o objetivo de onerar a vítima, exigindo um dissentimento “ostensivo”⁷² (se esta fosse a interpretação deste segmento da lei) não nos parece fazer sentido.

⁶⁸ Cf., por todos, SUSAN BROWNMILLER, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Fawcett Columbine, New York, 1975.

⁶⁹ Cf. PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, p. 651. No entanto, esta decisão do legislador alemão também sofreu críticas por parte de alguns autores.

⁷⁰ Neste sentido, PEDRO CAEIRO, *Idem*, p. 650.

⁷¹ Referência a estas críticas *in* PEDRO CAEIRO, *Idem*, p. 651.

⁷² PEDRO CAEIRO, «Observações...», *cit.*, p. 653, considerando que se deve exigir um «dissentimento ostensivo», afirmação da qual discordamos.

Poderia até pensar-se, numa primeira leitura, que o objetivo do legislador teria sido o oposto, ou seja, ao inserir a referência à contrariedade à “vontade cognoscível da vítima” estaria a criminalizar comportamentos negligentes – aquelas situações em que o agente alega que não se apercebeu de que a vítima não queria praticar/sofrer os atos sexuais, face a uma situação em que tal vontade contrária seria perceptível para a pessoa “consciente e cuidadosa”⁷³. E esta hipótese seria até plausível e defensável, pelo menos no âmbito da negligência grosseira – quando o dissentimento fosse claro, mas o agente não se tivesse apercebido de tal oposição, não se conseguindo provar, de facto, o seu dolo. Esta consideração das coisas é que seria inovadora e, embora discutível, não nos parece que fosse destituída de sentido, nem ilegítima, para mais se se exigisse este grau severo de negligência⁷⁴.

Porém, não foi esta a intenção do legislador, nem poderá ser esta a interpretação do preceito, porquanto os crimes negligentes são excepcionais e têm de estar expressamente previstos na lei (artigo 13.º CP).

Então, qual o sentido útil deste segmento da lei?

Se o crime é doloso, reiteramos a conclusão de que o agente terá de representar e querer (ou ao menos conformar-se com) atuar contra a vontade da vítima... *Quid juris* se o agente não representou tal oposição, mas se conclui que a oposição era objetivamente perceptível? Não poderá haver responsabilização penal, porque não há dolo. E *quid juris* se a oposição da vítima não era objetivamente perceptível, mas o agente a conhecia (porque ele sabia como a vítima reagia, porque a conhecia especialmente bem)? Neste caso há dolo; então, não poderá haver responsabilização considerando que só subjetivamente a oposição era reconhecível? Cremos que, neste caso, deveria continuar a haver responsabilização, se se provasse o dolo do agente (aqui, cognoscível teria de ser interpretado do ponto de vista subjetivo). Assim sendo, não vislumbramos o sentido útil desta previsão legal...

No entanto, segundo PEDRO CAEIRO, a vantagem da consagração desta exigência seria dupla: por um lado, evitar a promoção de processos quando não haja indícios mínimos de oposição aos atos sexuais e, por outro, provando-se a “cognoscibilidade objetiva do dissentimento, a alegação de erro sobre a factualidade típica teria bastante menos possibilidades de êxito”⁷⁵.

Compreendemos esta asserção e parece-nos pertinente – na verdade, mesmo a prova do dolo terá de partir do contexto e dos indícios e será menos plausível um agente não ter representado a oposição da vítima se esta era objetivamente perceptível, assim como, inversamente, se não era objetivamente perceptível, raramente o seria para o agente – embora tal não seja impossível. Porém, não nos parecia imprescindível a consagração desta

⁷³ Ou para o “homem médio”, mas preferimos, na senda de TAIPA DE CARVALHO (*Direito Penal, Parte Geral*, UCP, Porto, 2016), aquela expressão.

⁷⁴ Nem nos parece que ferisse os princípios da dignidade e necessidade penal, nem os da danosidade social e proporcionalidade ou (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), tendo em consideração a importância do bem jurídico e o grau de negligência exigido. Note-se que a negligência só é criminalizada nos casos mais graves, como os crimes de homicídio e ofensas à integridade física; mas também neste caso estamos no âmbito de crimes contra as pessoas que não poderão ser considerados menos graves que os crimes de ofensas à integridade física.

⁷⁵ «Observações...», *cit.*, p. 652.

explicitação (que também pode originar alguma confusão face aos elementos da negligência), pois tudo isto já estaria implícito aquando da verificação do dolo do agente.

Por outro lado, permitimo-nos questionar, mais uma vez, se a consagração da ausência de consentimento livre, *avaliado no contexto das circunstâncias envolventes*, tal como está previsto na *Convenção de Istambul*, não seria uma formulação mais feliz e mais consentânea com a tutela da liberdade sexual. Quando se apela às circunstâncias envolventes para se avaliar se houve consentimento (ou dissentimento) e se o consentimento foi livre, todos os indícios devem ser ponderados e tal relevará, evidentemente, para a afirmação ou não do dolo do agente...

Porém, em nossa perspetiva, não se deverá exigir um dissentimento ostensivo para haver preenchimento do tipo de crime (mesmo com a atual formulação), tal como não será exigível um consentimento ostensivo para se excluir a tipicidade (e mesmo que a nossa lei tivesse seguido o modelo do consentimento não nos parecia de exigir tal evidência⁷⁶). Assim, serão de valorar todas as circunstâncias em que o comportamento se desenrola, tendo em conta, evidentemente, as regras da experiência relativas a relacionamentos interpessoais íntimos; sem preconceitos infundados, sem estigmas ou mitos do passado, mas atendendo às características dos intervenientes e a todo o contexto envolvente. Se há um não, deve ser entendido como tal; já o sim, será um sim, a menos que seja um sim viciado – o que, infelizmente, à luz da nossa lei atual, nem sempre relevará (ou, pelo menos, nem sempre será pacífica a sua relevância)...

Já o silêncio e a passividade, como vimos, têm de ser compreendidos com cautela, pois podem exprimir medo/pânico. O medo é “uma circunstância comum na violação – casos em que uma mulher (tipicamente) sucumbe aos avanços indesejados de um homem (*idem*) por receio do que poderá acontecer se não ceder. O medo é, com frequência, paralisador”⁷⁷. Nestes casos, mesmo com a atual formulação da lei, deveremos considerar que o agente constrangeu a vítima, atuando contra a sua vontade cognoscível, sempre que este medo seja reconhecível (e geralmente será) através da expressão facial, rigidez muscular, passividade, ambiente intimidatório, ou sempre que o agente efetivamente dele se aperceba (tendo de se provar o dolo do agente, o que será mais fácil se tais sinais forem claros). Nas palavras de SUSAN BROWNMILLER, “vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica, outras em que se opera uma dissociação da realidade, como se a agressão de que estão a ser vítimas não se passasse com elas e apenas estivessem a observá-la e outro grupo de vítimas decide não resistir para evitar ferimentos ou a morte”⁷⁸; esta realidade não pode ser ignorada. Não haver “demonstração de qualquer reação” não significa que o pânico não seja de todo perceptível, significa que não haverá recusa expressa, nem

⁷⁶ Cf. *supra* ponto 4.

⁷⁷ TERESA PIZARRO BELEZA, “Consent...”, *cit.*, p. 23. Referindo-se também à paralisção pelo medo, a casos em que se verifica o “choque de imobilização”, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género», *cit.*, 2.1. Também a APAV se refere ao “congelamento” como uma das mais comuns reações da vítima, por medo ou sentimento de impotência face ao desequilíbrio de forças (APAV, *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/3.ª*, www.apav.pt/apav.../comentario_APAV_violacao_coacao_sexual_BE_3).

⁷⁸ *Against our Will...*, *cit.*; citando também esta passagem, cf. Acórdão do TRL de 12/6/2019 (relatora TERESA FÉRIA) – para uma apreciação deste acórdão, cf. CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, «Não resistir não é consentir» - *Justiça A – revista online* - <https://www.justicacoma.com/edicoes.php> (n.º 36, fevereiro de 2020).

resistência, mas não haverá também participação no ato, colaboração, haverá passividade, imobilidade, rigidez, e tudo isto serão “não reações” que devem ser lidas pelo agente. Saliente-se, ainda, que não só a atitude da vítima deve ser apreciada com cuidado, como também o comportamento do agente e o contexto em que o relacionamento se desenvolve – a sua compleição física e as suas características psicológicas (em especial se forem do conhecimento da vítima ou se forem perceptíveis), as relações de poder, o ambiente intimidatório⁷⁹ (considerando também o local, a hora, os antecedentes – por exemplo, um passado de ameaças pode intimidar⁸⁰, mesmo que, no momento, não tenha havido ameaça expressa). É verdade, no entanto, que estes casos são difíceis de provar. Mas o Tribunal deve estar atento a todos os indícios e ao testemunho da vítima e sua credibilidade, considerada neste tipo de casos a “prova rainha”. Muitas vezes esta dificuldade de prova relaciona-se com alguns preconceitos/estereótipos que teimam em descredibilizar a vítima e em eleger como única vítima «plausível» a mulher casta e tímida, que chora em tribunal. Estes é que serão os verdadeiros fantasmas do passado, a pôr em causa o respeito pela liberdade sexual de todas as pessoas e a desconhecer diferentes formas de lidar com os traumas do desrespeito pela liberdade (o que até pode implicar uma negação inicial dos factos)⁸¹. Daí a necessidade de os juristas terem uma mais robusta formação no âmbito da psicologia.

De todo o modo, estas dificuldades de prova, para mais tendo em conta a exigência do dolo do agente e o princípio *in dubio pro reo*, poderão deixar muitas vítimas por proteger... Não estamos a pôr em causa o princípio *in dubio pro reo*, mas já será questionável a negligência grosseira não ser punida.

Por outro lado, se o crime de violação (e o de coação sexual) se baseasse no modelo do consentimento (e do consentimento livre) talvez se chegasse a um melhor equilíbrio quanto ao “ónus” da prova e à “distribuição dos riscos”⁸².

Em nossa perspetiva, é de lamentar que não tenha havido, já em 2015, uma maior reflexão antes das alterações legais, para se dar cabal cumprimento à *Convenção de Istambul* e se evitarem sucessivas alterações da lei – estando neste ponto totalmente de acordo com PEDRO CAEIRO quando afirma que não se pode legislar, ou ir legislando, “por tentativa e erro”.

7. Conclusões:

1. Em Portugal, desde 1995 que os crimes sexuais são considerados crimes contra as pessoas, mais especificamente, crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (ao invés de crimes contra a moral sexual ou os bons costumes).

2. Esta inserção sistemática e correspondente identificação do bem jurídico a tutelar está em sintonia com a conceção constitucional do Estado português e os limites da criminalização:

⁷⁹ Salientando também a importância do “envolvimento ambiental” e as “caraterísticas da vítima ou do agressor”, JOSÉ MOURAZ LOPES/TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais*, cit., p. 69.

⁸⁰ Também neste sentido, PEDRO CAEIRO, «Observações...», cit., p. 659.

⁸¹ Sobre estes problemas, JOSÉ MOURAZ LOPES/TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Crimes Sexuais*, cit., pp. 39 e seguintes.

⁸² Discordando neste ponto de PEDRO CAEIRO, «Observações...», cit., pp. 649 e seguintes e aproximando-nos de FERNANDA PALMA, «Os temas...», cit., p. 16.

Um Estado de Direito Democrático, pluralista, baseado na dignidade da pessoa humana, vigorando, no âmbito da criminalização, o princípio da dignidade e necessidade penal, que impõe a “analogia” entre bens jurídico-penais e valores constitucionais (artigos 1.º e 18.º, n.º 2, da CRP).

3. Tal perspectiva está também em sintonia com a *Convenção de Istambul*, que, no domínio dos crimes sexuais, visa a tutela da liberdade sexual.

4. Porém, a redação dos crimes de coação sexual e de violação (artigos 163.º e 164.º), anterior à revisão de 2015, ao configurar estes tipos legais como crimes de execução vinculada – exigindo como meios típicos a “violência, a ameaça grave ou a colocação da vítima na impossibilidade de resistir” - não tutelava adequadamente a liberdade sexual das vítimas.

5. Eram muitas as dúvidas e divergências, quer na doutrina, quer na jurisprudência, quanto à interpretação a dar ao conceito de ameaça grave (deixando de parte, de qualquer modo, as outras ameaças ou pressões) e de violência – havendo quem exigisse a resistência efetiva da vítima (interpretação sem suporte na letra da lei), quem exigisse um “plus” de força física e quem se bastasse com o dissentimento da vítima. Estas divergências contribuíam para uma indesejável incerteza jurídica.

6. A *Convenção de Istambul*, ao exigir, no seu artigo 36.º, a criminalização de comportamentos sexuais não livremente consentidos, obrigou a uma alteração legal.

7. A Lei n.º 83/2015, visando dar cumprimento a esta Convenção, substituiu o então n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º (correspondente à coação-assédio e à violação-assédio, que passaram para agravantes, no artigo 177.º) por crimes de “execução livre” - constrangimento da vítima “por outros meios”.

8. Com esta alteração abrangem-se os casos de constrangimento por meio de ameaças ou pressões e ainda os casos de dissentimento. Porém, não se abrange (ou, pelo menos, não se abrange de modo inequívoco) a totalidade dos casos de ausência de consentimento livre – nomeadamente os casos de consentimento viciado por indução em erro, aproveitamento de erro, assim como as situações de vítimas com debilidades na formação e/ou expressão da vontade e ainda a exploração de constrangimento praticado por terceiro.

9. Se a lei penal se referisse à ausência de consentimento livre (à semelhança do artigo 36.º da *Convenção de Istambul*) tutelaria de modo mais claro e abrangente a liberdade sexual das vítimas.

10. Tal redação, correspondente ao modelo do consentimento (ao invés do modelo do constrangimento/dissentimento) não alargaria desproporcionadamente a criminalização, pois não seria necessário exigir um sim expresso e entusiasta para se excluir a tipicidade; também o acordo tácito seria considerado, tendo em conta as circunstâncias envolventes.

11. Partindo da recomendação do GREVIO, procedeu-se a nova alteração, com a Lei n.º 101/2019. Esta lei inverteu os números dos artigos 163.º e 164.º, considerando o

constrangimento a atos sexuais pelos meios típicos como um crime agravado, o que é de aplaudir.

12. Porém, ao manter a exigência de constrangimento, explicitando que tal significará o emprego de qualquer meio para a prática de atos sexuais contra a “vontade cognoscível da vítima”, não introduziu, em nossa perspectiva, uma alteração significativa.

13. Continuou a aderir a um modelo de constrangimento/dissentimento e, assim, continuam a ficar fora da criminalização ou, pelo menos, a suscitar dúvidas, as situações de consentimento não livre a que nos referimos *supra* (ponto 8).

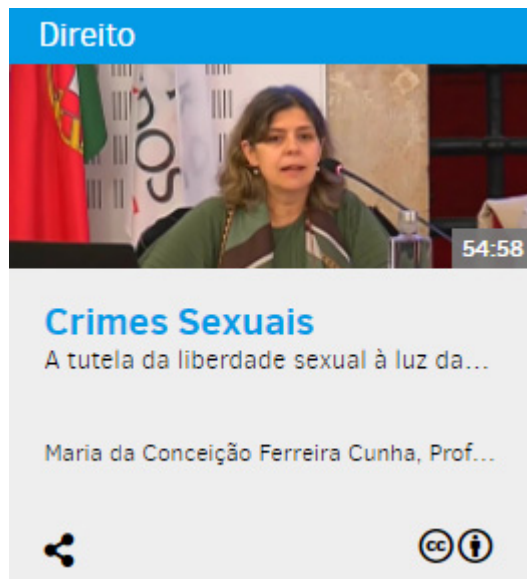
14. Por outro lado, a expressão “vontade cognoscível da vítima”, na prática, não acrescentará nada de substancial. Uma vez que estes crimes são dolosos, sempre teria (e terá) de se provar a representação e vontade do agente de atuar contra a vontade da vítima. Esta expressão (“vontade cognoscível da vítima”) só acrescentaria algo de relevante se se tivesse criminalizado a coação sexual e a violação com negligência grosseira (a partir da ideia de atuação contra a vontade claramente cognoscível da vítima). Mas não foi esta a opção do legislador, visando, ao invés, delimitar a criminalização.

15. Apesar de nos parecer preferível, em nome da liberdade sexual, ter optado pelo modelo do consentimento, criminalizando a atuação sem o consentimento livre da vítima, avaliado de acordo com as circunstâncias envolventes, a presente lei ainda cobrirá a esmagadora maioria dos casos de violação da liberdade sexual, se for interpretada à luz do bem jurídico, tendo em conta a CRP e a CI.

16. Assim, alguns aspetos devem ser tidos em consideração: a vontade da vítima deve ser avaliada tendo em conta todo o contexto e face a cada ato, podendo a vítima consentir em certos atos e não noutros ou começar por consentir e, a certa altura, dissentir; a resistência da vítima nunca foi um elemento típico; por outro lado, a passividade e o silêncio, muitas vezes não exprimem um consentimento tácito, mas, ao invés, um dissentimento tácito; é preciso compreender o comportamento dos intervenientes, tendo em consideração a frequência de climas de intimidação, que geram o medo; compreendendo também que este medo, pânico ou sentimento de repulsa pode exprimir-se pela imobilidade/passividade da vítima.

17. Será também necessário credibilizar o testemunho das vítimas, afastando mitos e estereótipos do passado, nomeadamente a ideia de que só mulheres tímidas e sem experiência sexual podem ser vítimas de violação ou de que só a vítima que chora em Tribunal fala verdade.

Vídeos da apresentação e do debate



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm3z94/streaming.html?locale=pt>



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm3ze0/streaming.html?locale=pt>