



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Entre o “sim” e o “não”: o inimigo invisível do consentimento

Reflexões sobre o *Stealth*

Catarina Alexandra Brás Ramos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Entre o “sim” e o “não”: o inimigo invisível do consentimento

Reflexões sobre o *Stealth*

Catarina Alexandra Brás Ramos

Sob orientação da Professora Doutora Sandra Flávia Correia Batista
Tavares

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025

À minha família, pelo amor e compreensão ao longo de toda a jornada que me trouxe até aqui. Um obrigada nunca será suficiente.

Ao meu pai, por me proporcionar a realização deste Mestrado e pelo incentivo constante na minha trajetória académica. A tua confiança em mim foi sempre um pilar de força.

Ao Diogo, por nunca duvidar de mim e me fazer sentir capaz de alcançar o que parecia impossível.

À Rafaela, pelos quatro anos de licenciatura que passámos juntas. Sem o apoio dela, terminar o curso teria sido mais difícil.

À Renata, que foi mais do que uma colega de Mestrado. O incentivo mútuo tornou esta jornada muito mais leve e especial. A caminhada do CEJ não será diferente.

Às Professoras Conceição Cunha e Isabel Ventura, pelo acesso a diversos materiais fundamentais para a realização desta dissertação, e por me apresentaram ao ‘mundo’ dos crimes sexuais.

À minha orientadora, Professora Doutora Sandra Tavares, pela ajuda constante e apoio durante todo o desenvolvimento desta pesquisa. Não poderia ter escolhido melhor.

“Não há consentimento em branco”¹

¹ “Tirar o preservativo durante sexo sem o parceiro saber deve ser crime?”, Diário de Notícias (2018).

Resumo

A presente dissertação tem como proposta a discussão dos casos de *stealth*, sucintamente caracterizados pela remoção ou manipulação do preservativo, sem que a vítima tenha consentido. Dada a aparente falta de resposta legislativa, o principal objetivo passou pela análise das possíveis soluções apresentadas pela doutrina, e compreender, até que ponto são adequadas, ou se há necessidade de ajustar a lei à realidade dos tempos mais atuais.

Para alguns *stealth* é uma violação à luz da lei atual, para outros a norma portuguesa não é satisfatória, e por isso são propostas alternativas como: alteração da norma, criação de um tipo específico ou ainda, alargar a fraude sexual para que abranja estes casos.

Terminou por se concluir que a nossa legislação não é satisfatória da forma como está redigida, pois não responde sem hesitações e impedimentos a estes fenómenos. O mais acertado seria adequar o texto do crime de violação às exigências da Convenção de Istambul, considerando a ausência de consentimento como critério fundamental para a caracterização da violência sexual.

Palavras-chave: *Stealth*; Liberdade e Autodeterminação Sexual; Consentimento; Constrangimento; Dissentimento; Resposta legal; Violação; Fraude Sexual;

Abstract

The present dissertation is focused on the discussion of stealthing cases, briefly characterized by the removal or defrauding of the condom without the victim's consent, during sexual intercourse. Due to the apparent lack of legislative response, the main aim of this work was to analyse the possible solutions given by the doctrine and to understand to what extent they are accurate or whether there is a need to adjust the law to the reality of more current times.

For some, stealthing is rape according to the current law, while for others, the Portuguese law is unsatisfactory, which is why alternatives have been proposed, such as amending the law, creating a specific type of crime or even extending sexual fraud in a way that covers these cases.

It was concluded that our legislation is not satisfactory as it is currently written, as it does not give an answer to these cases without hesitation. The most appropriate course of action would be to align the text of the rape crime with the requirements of the Istanbul Convention, regarding the lack of consent as a criterion for the occurrence of sexual violence.

Keywords: *Stealthing; Freedom and Sexual Self-Determination; Consent; Coercion; Dissent; Legal Response; Violation/Rape; Sexual Fraud*

Índice

Advertências	9
Lista de siglas e abreviaturas:	10
Introdução	11
I. Bem jurídico nos crimes sexuais	14
1. Teoria do bem jurídico	14
2. Evolução dos crimes sexuais.....	15
3. Bens constitucionais	16
II. A problemática do consentimento	21
1. Convenção de Istambul	22
2. Alterações da lei portuguesa.....	23
3. Escolha da palavra “constranger” e da sua definição	26
III. <i>Stealth</i>	31
1. Relevância penal	32
IV. Direito Comparado	35
V. Ordenamento português	40
1. Crime de violação	40
2. Crime de fraude sexual.....	45
2.1 Proposta do PAN	46
Conclusão	49
Bibliografia	50
Legislação	56
Jurisprudência	57
Notícias	58
Literatura cinzenta	62

Advertências

As referências bibliográficas seguem as normas permitidas no Manual de Estilo da Faculdade, de forma coerente e adaptada. Assim, nas notas de rodapé, usou-se o sistema ‘autor (ano), página’ no que respeita às obras consultadas, com o objetivo de simplificar e otimizar o uso dos caracteres permitidos. Todas as referências podem ser consultadas integralmente na bibliografia final.

Com o mesmo intuito de abreviação, no caso das notícias consultadas, optou-se por referenciar apenas o “‘título”, jornal (ano)’. Caso a mesma notícia seja citada mais de uma vez, o título será encurtado. No final do trabalho, estarão disponíveis os respectivos sites/links para consulta.

Quando surge repetição da fonte usada, de forma imediata (ou seja, duas notas de rodapé consecutivas), utilizou-se o vocábulo *ibidem* para referenciar a citação anterior.

Lista de siglas e abreviaturas:

APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

Art. - Artigo

Cap. - Capítulo

CP - Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

CSM - Conselho Superior da Magistratura

DST - Doença Sexualmente Transmissível

OA - Ordem dos Advogados

OMS - Organização Mundial de Saúde

PSPT - Perturbação de Stress Pós-Traumático

TC - Tribunal Constitucional

Introdução

A relevância dos crimes sexuais na atualidade é inegável, especialmente por se tratar de um assunto sensível e ainda bastante oprimido². Os casos de *stealthing* não são exceção³. A vasta discussão e ausência de consenso quanto à resposta jurídica para essas situações, despertaram o interesse em querer aprofundar o estudo sobre este tema.

A problemática centra-se sobretudo no consentimento, uma vez que, nos casos de *stealthing*, a vítima consente na relação sexual com o agente, mas sob a condição do uso de preservativo. Assim, importa analisar se a violação dessa condição por parte do agente invalida o consentimento inicialmente dado. Embora o consentimento seja determinante para a existência ou não de um crime sexual, o ordenamento jurídico português ainda apresenta obstáculos à criminalização de determinadas condutas não consentidas. O objetivo final deste estudo é identificar as soluções que a lei portuguesa oferece para estes casos, considerando a inexistência de um tipo penal específico.

A dissertação está estruturada da seguinte forma:

No primeiro Cap., voltou-se atrás no estudo do direito penal porque, seguindo as palavras de PEDRO CAEIRO, “a relevância criminal da remoção unilateral do preservativo durante o ato sexual é como uma cebola: tem sucessivas camadas (...) que é preciso analisar separadamente. A primeira pergunta é: trata-se de um crime sexual”⁴. Para tal, há que compreender os fundamentos de um crime e os critérios que justificam uma restrição de direitos válida. O conceito de bem jurídico é aqui relevante, mas tratando-se de um crime no campo sexual, há que observar o bem jurídico em concreto - a liberdade e autodeterminação sexual. Foi necessário procurar a sua consagração constitucional, e entendeu-se estar suficientemente enquadrado e suportado na CRP, em mais do que uma norma.

No segundo Cap., analisa-se o problema do consentimento em Portugal. A Convenção de Istambul impõe que Estados-Membros adotem medidas para criminalizar a conduta

² Especialmente no que respeita às violações, são os crimes menos denunciados. “(...) *it is estimated that ‘230 out of every 1,000 sexual assaults are reported to the police. That means about 3 out of 4 go unreported’*”. Além de que nos casos denunciados, muitos nunca são condenados (números referentes aos EUA) - SHAPIRO, Mikaela (2021), p.1644.

³ “*However, even more underreported than rape is stealthing*” – *Ibidem*.

⁴ CAEIRO, Pedro, (2024), s/p.

daqueles que pratiquem atos sexuais não consentidos. Portugal implementou algumas alterações legislativas no âmbito dos crimes sexuais, sugerindo uma tentativa de aproximação ao texto da Convenção, embora sem uma adesão plena ao seu conteúdo. Esta falta de certeza gera as dúvidas nas quais assenta este trabalho. Portugal continua a seguir a ideia de que, violação é uma relação constrangida, contra a vontade cognoscível da vítima. E nunca houve uma alteração que redigisse um texto tão claro como o da Convenção neste campo. Isto tem implicações práticas, porque as duas redações originam soluções distintas, nomeadamente para os casos de *stealthing*. Por sua vez, a Convenção é mais protetora, não deixando margem de dúvidas. O mesmo não se pode concluir para a lei portuguesa.

No terceiro Cap., analisa-se concretamente o fenómeno de *stealthing*, assim como o surgimento da problemática. Importa determinar se essa conduta pode ser considerada uma forma de violência sexual e se merece a proteção do direito penal. Apesar haver quem entenda que nem sequer devia ser criminalizado⁵, neste trabalho concluiu-se o oposto. O consentimento assume, mais uma vez, um papel muito importante para esta conclusão, pois a vítima acorda na relação sexual dentro de determinados contornos (com o uso de preservativo). O desrespeito, não é apenas um engano, mas uma violação do consentimento. Violação essa que tem consequências significativas para a vítima pelos bens jurídicos que lesa.

No quarto Cap., procede-se à análise comparativa com outros ordenamentos jurídicos, que demonstram uma abordagem mais consolidada para os casos de *stealthing* e conferem maior relevância ao consentimento da vítima. O que apenas evidencia o ponto distante em que a lei portuguesa ainda se encontra.

No Cap. final, analisam-se os artigos do CP que poderiam abranger essa conduta, concluindo-se que a lei portuguesa, tal como está redigida, não responde da melhor forma, não sendo protetora o suficiente. A falta de clareza da letra, leva a que existam falhas, e casos que fiquem à deriva. Não é que seja impossível enquadrar o *stealthing*, até porque

⁵ “Não, não é crime. Moralmente muito condenável mas não criminoso. (...) Esta ideia de que tudo deve ser criminalizado roubando espaço aos campos da prevenção e educação é algo que combato na minha vida cívica. Criminalizar tudo não leva a solução nenhuma. Prevenir com educação e socialização, sim”. - Comentário de Bárbara Pinto in “O *stealthing* pode ser considerado crime pela legislação portuguesa?”, Expresso (2024). Deixa-se a nota de que é uma opinião minoritária nos dias de hoje, que não parece fazer grande sentido. E por isso não será desenvolvida no restante do trabalho.

existem várias opiniões afirmativas, mas todas requerem um esforço exagerado que não devia ser necessário.

I. Bem jurídico nos crimes sexuais

1. Teoria do bem jurídico

Embora o conceito de bem jurídico seja amplamente discutido e constitua um tema central no direito penal, não será o foco principal deste trabalho. Em termos gerais, os bens jurídicos são entendidos como a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção de um certo bem socialmente relevante, e por isso, juridicamente valioso. Por esse motivo, têm de ser salvaguardados pelo Direito Penal, através da punição de condutas que atentem contra os mesmos. Neste âmbito, destaca-se a análise do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, que estabelece que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” - configurando a teoria do bem jurídico seguida pelos penalistas⁶. De forma simplificada, a norma penal será válida se tutelar um bem jurídico.

Por sua vez, a Constituição positiva os direitos fundamentais que servem de critério, e realmente o CP seguiu a mesma linha da CRP. O que implica que no fundo, só haja restrições quando a Constituição autorizar. Acontece, porém, que esta coincidência material entre valores se basta por ser tendencial, não tendo de acontecer de forma perfeita. Segundo FIGUEIREDO DIAS, tem de se estabelecer uma “correspondência de sentido”⁷, e não uma total similitude literal. Isto traduz-se num primeiro princípio, denominado pelo princípio da dignidade penal. Segundo TAIPA DE CARVALHO, este critério constitui “o pressuposto mínimo irrenunciável, da qualificação do bem jurídico, como bem jurídico-penal”⁸. A razão lógica deste princípio, está no tipo de intervenção restritiva da liberdade e de *ultima ratio*, do Direito Penal. Assim sendo, àquele ramo do Direito - o que utiliza os meios mais restritivos para os direitos dos cidadãos - apenas será possível atuar sobre lesões a bens jurídicos delimitados na CRP. Esta ideia, por sua vez, vai ao encontro do segundo princípio essencial na atuação penal, o princípio da necessidade penal. Este baseia-se na inexistência ou insuficiência de outros meios sociais

⁶ Diferente é a opinião de alguns constitucionalistas, que entendem que bens/direitos com previsão constitucional não são os únicos fundamentos possíveis de uma restrição- NOVAIS, Jorge Reis (2021), p.569 ss.

⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, (2016), p. 252 e 255.

⁸ CARVALHO, Américo Taipa de (2016), p.61.

ou jurídicos para proteção dos bens jurídicos. Havendo ramos de direito menos gravosos para reagir a certas condutas, deve dar-se prioridade a essas normas.

“Um comportamento só pode ser considerado socialmente danoso quando se determinaram e ordenaram os bens e valores sociais básicos de uma comunidade. Tal determinação terá de fazer-se por via democrática e aparece-nos concretizada na CRP. (...) Fundamento de ilicitude material é assim a CRP”⁹.

Por isso, é importante procurar perceber qual o fundamento constitucional para os crimes sexuais.

2. Evolução dos crimes sexuais

No que se refere aos crimes sexuais, foi a revisão do CP de 1995 que veio alterar de forma significativa o enquadramento legal da criminalidade sexual. Estes delitos deixaram de ser vistos como atentados aos fundamentos ético-sociais da vida comunitária, tradicionalmente associados aos sentimentos gerais de moralidade sexual, para passarem a ser classificados como autênticos crimes contra as pessoas, e contra um valor individual - o da liberdade e autodeterminação sexual da vítima. Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE,

“os crimes contra a liberdade sexual são crimes cometidos contra adultos ou menores sem consentimento destes. O cerne do ilícito nestes crimes reside na violação da liberdade sexual da vítima, ou seja, do poder de disposição do corpo pela pessoa. Os crimes contra a autodeterminação sexual são crimes cometidos contra menores de modo consensual, com ‘consentimento’¹⁰ destes. O cerne do ilícito nestes reside na violação do livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual”¹¹.

Num sentido idêntico, INÊS FERREIRA LEITE argumenta que o conceito de autodeterminação transcende o de liberdade.

“(...) a liberdade será um estado, mas a autodeterminação é um caminho ao qual estão subjacentes, não só inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade”¹².

Mas ainda assim, continuamos a falar de liberdade. Apesar desta divisão a nível conceitual, ambos os direitos não devem ser vistos separadamente.

⁹ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz (1985), p.101-102.

¹⁰ O Autor faz questão de colocar entre aspas, pois não há uma verdadeira capacidade para consentir nestes casos.

¹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022), p.717.

¹² LEITE, Inês Ferreira (2010), p. 7.

“Sem autodeterminação não podemos falar na existência de verdadeira liberdade. (...). O usufruto de uma liberdade plena implica mais do que a possibilidade formal de se optar por um dos caminhos (...) traçados. Pressupõe assim que o indivíduo possa não só escolher, mas construir o caminho (...) por onde pretende progredir. A autodeterminação corresponde então ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade”¹³.

A reforma de 1995 dividiu o Cap. V do CP em duas secções: o artigo 163.º a 170.º¹⁴ e uma secção dirigida especificamente a menores (artigo 171.º a 176.º). Mas pode-se confirmar, que não há propriamente uma separação estanque entre proteção de adultos e menores no que respeita aos crimes sexuais, porque na primeira secção a vítima tanto pode ser adulto como menor. No caso de ser menor, haverá uma agravante do artigo 177.º do CP. Contudo, na secção dois¹⁵ a vítima tem de ser mesmo um menor, porque se aqueles atos, ali explícitos, fossem praticados entre adultos, não haveria crime. Nesta secção há crime, porque se entende que a pessoa não tem capacidade para se envolver livremente com um adulto. “Todo este Cap. V é assim dominado pelo bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual”¹⁶.

3. Bens constitucionais

Não existindo um preceito constitucional específico sobre a liberdade sexual, é necessário analisar os direitos fundamentais que incidem sobre a esfera sexual da pessoa, ou seja, aqueles que visam proteger a camada mais interna e íntima da pessoa.

No que respeita à eventual fundamentação no artigo 1.º da CRP, este retrata o princípio da dignidade da pessoa humana como um conceito complexo, que transcende o bem jurídico e o próprio valor constitucional. Segundo GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, o artigo 1.º é “inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética)”¹⁷. Além disso, a dignidade “articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projeto espiritual de

¹³ LEITE, Inês Ferreira (2010), p.8

¹⁴ Secção 1, onde implica violência ou ameaças graves. Por exemplo, mesmo que seja menor caberá aqui nesta secção um caso de violação com violência, e não vamos diretamente para o 171.º só porque se trata de menor. Até porque esse artigo nem está pensado para situações de violência.

¹⁵ Condutas que mesmo consentidas são crime, porque o consentimento é inválido por se tratar de um menor. Existe maior proteção.

¹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo (2012), p.712.

¹⁷ CANTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital (2007), p.198.

cada pessoa”¹⁸, e, neste seguimento, não seria descabido incluir neste princípio o direito à liberdade e autodeterminação sexual, como uma vertente desta liberdade de orientação da sua própria vida. Cada indivíduo é livre de escolher e determinar o seu caminho sexual, sem interferência coerciva de terceiros. Quando ocorre um ato que viola essa vontade íntima da pessoa, há uma instrumentalização da mesma; contrariando um dos princípios fundamentais da CRP, que estabelece que “a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio”¹⁹. Pessoalmente, tem-se algum estigma em admitir o artigo 1.º da CRP como fundamento para existência do bem jurídico, uma vez que, autorizando essa hipótese, deixaria de ser um princípio com superior hierarquia. Além de que se poderia incluir um largo número de direitos neste princípio. Nas palavras de CONCEIÇÃO CUNHA²⁰, este deve apenas servir como último fundamento. E, como se analisará sucessivamente, existem outras redações constitucionais suscetíveis de servir para a existência de um bem penal.

Continuando no âmbito constitucional, destaca-se o artigo 25.º da CRP, que consagra o direito à integridade pessoal, abrangendo o direito à integridade moral e o direito à integridade física. “Consiste, primeiro que tudo, num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais”²¹. Apesar de nem todos os crimes sexuais implicarem uma violência física, ou seja, a violência não ser elemento típico²² (166.º e seguintes), o segundo direito abrangido por este artigo parece ser sempre posto em causa. Contudo, a definição do conteúdo da integridade moral, pode ser de tarefa mais árdua. O TC²³ tem vindo a solidificar a sua jurisprudência neste tema. No caso que se terá em análise, um condutor embriagado é parado pelas autoridades policiais para efetuar uma coleta de sangue, mas devido ao seu estado, não recusa nem dá consentimento. A problemática centrava-se em saber se, a recolha das análises no sujeito impossibilitado de expressar a sua vontade, violaria a integridade pessoal do artigo 25.º da CRP. Ora o TC, no que respeita à integridade moral, relata que há uma interligação com a vontade da pessoa. No caso em específico, para além do destaque dado ao facto da

¹⁸ *Ibidem*, p.199.

¹⁹ *Ibidem*, p.198.

²⁰ CUNHA, Conceição (2017), p. 348.

²¹ CANTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital (2007), p. 454.

²² MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019), p.37.

²³ Acórdão do TC n.º 418/2013. Processo n.º 120/11.

intervenção ser reduzidamente intrusiva e ao facto de ter como fim a própria segurança, é dito que

“tal intervenção não envolve uma direta violação da vontade do examinado, mas uma impossibilidade de consideração da mesma- dada a circunstância de o examinado não estar em condições de prestar ou recusar consentimento- correspondendo, assim, a uma forma menos grave de interferência no direito”.

Desta ideia, parece que o Tribunal exige que tenha de haver sempre recusa do cidadão para ver o seu direito violado²⁴, até porque se diz haver apenas uma interferência no direito. Parece que naquele caso concreto, faria sentido que o direito só fosse violado caso tivesse havido uma recusa (nomeadamente pelas circunstâncias do caso e pela ponderação de outros valores constitucionais que deviam ser igualmente protegidos). Admitindo que se trata de um caso menos grave, do que qualquer caso de um crime sexual, coincide que, nas situações de maior gravidade, deve haver maior proteção. Crê-se que este caso da embriaguez, não pode ser comparável a uma violência sexual, seja qual for, até porque na maioria dos tipos legais o dissentimento da vítima não é exigido.

Em jeito de conclusão, no que respeita à violência sexual, a mesma pode configurar um atentado simultâneo a ambos os direitos protegidos pelo artigo 25.º da CRP, ocorrendo simultaneamente uma violação relacionada com o corpo e com o espírito/moral da vítima.

O artigo 26.º da CRP, cuja epígrafe é “Outros direitos pessoais”, agrupa no total nove direitos; “o que quer dizer: outros, além da vida e da integridade pessoal, mas integrantes da mesma categoria específica”²⁵. Crê-se que no meio de todos, é de destacar para o tema em análise, o direito ao desenvolvimento da personalidade, que garante aos cidadãos o “direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação”²⁶. Há quem admita²⁷ que, a liberdade e autodeterminação sexual esteja aqui inserida também por ser um conceito intimamente ligado à personalidade e integridade pessoal²⁸. Compreende-se tal entendimento, mas devem ponderar-se algumas reservas para os casos de *stealth*. Ora, à primeira vista, pensado no caso de abuso de menores, lenocínio ou até violação, por exemplo, seria de se admitir imediatamente o fundamento neste artigo. Quando se trata de menores, cujo desenvolvimento da personalidade ainda não terminou, um episódio de

²⁴ MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019), p.40.

²⁵ CANTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital (2007), p.461.

²⁶ *Ibidem*, p.463.

²⁷ CUNHA, Conceição (2016), p.135.

²⁸ FERNANDES, Ana Rita Faria Lamego (2022), p.19.

violência sexual pode ser extremamente traumatizante ao ponto de alterar todo o crescimento da vítima. O mesmo nos casos de lenocínio, onde tipicamente (apesar de já não ser exigido legalmente) há uma exploração de uma situação de vulnerabilidade, e, com esse controlo por parte do agente, as vítimas vêm a sua vida totalmente condicionada, assim como o rumo que lhe esperariam dar. O mesmo no caso das violações, por ser um episódio que envolve muita violência e que mexe com o mais íntimo do ser humano. No campo psicológico, não há como não ficar traumatizado ao ponto de se alterar certos aspetos da sua personalidade, que não se alterariam na ausência daquela horribilidade²⁹.

Para os casos de *stealth*, poderia haver um entrave maior em admitir o mesmo raciocínio. Considerando que se trata apenas da retirada do preservativo, não se vê grande trauma associado, ao ponto de alterar o desenvolvimento da vítima. Porém, basta pensar-se nas consequências que podem advir desse pequeno ato; como, por exemplo, uma gravidez indesejada (além de todas as condições psicológicas que se discutirá adiante). Uma mudança tão radical na vida da vítima, inevitavelmente conduz a um constrangimento no seu livre desenvolvimento da personalidade. Assim, não parece que haja reservas admissíveis para não abranger estes casos na violação do direito ao desenvolvimento da personalidade.

Considera-se ainda importante destacar a opinião de PEDRO CAEIRO³⁰, que expressa as suas dúvidas sobre a natureza sexual deste ato. Utiliza como exemplo um caso inverso ao que se avalia neste trabalho.

“(…) C impõe a D a não utilização do preservativo como condição essencial da prática sexual (por preferência pessoal, por razões religiosas, ou porque deseja uma gravidez), e se D, fingindo concordar com essa imposição, coloca sub-repticiamente um preservativo (masculino ou feminino) durante o acto, ninguém sustentará que a liberdade sexual de C foi lesada e que ocorreu um crime de violação (…).”

Para o Autor, o que fundamenta a possibilidade de criminalização da conduta de *stealth*, mas não da conduta de colocar o preservativo sem consentimento, são dois bem jurídicos importantes: a integridade física/saúde e a procriação responsável.

²⁹ SALGUEIRO, Beatriz Nunes (2021), p.1. Com referência a estudos da *American Psychiatric Association (APA)* e do *National Institute of Mental Health*.

³⁰ CAEIRO, Pedro, (2024), s/p.

Não desmerecendo este ponto de vista, acredita-se que a manipulação do preservativo constitui um desrespeito severo de uma condição que está diretamente ligada a o próprio ato sexual consentido. Obviamente que o não uso do preservativo difere da situação em que o agente viole a vontade da vítima que não o queria usar; exatamente pelas consequências (gravidez indesejada e possibilidade de transmissão de DST). Existindo uma maior gravidade na afronta, por ser um ato atentatório da liberdade sexual da mulher e não só. Não deixa de existir, em ambos os casos, desconsideração pela liberdade sexual da vítima, desvalorizando-se a decisão da vítima sobre o que fazer com o seu corpo e como o quer fazer. Contudo, apenas faz sentido, que só o não uso do preservativo constitua crime pela gravidade das possíveis consequências. Já o uso de preservativo sem consentimento não implica os mesmos cenários, não devendo o Direito penal ser chamado a intervir pela falta de necessidade.

II. A problemática do consentimento

Os casos de *stealthing* destacam-se, desde logo, por uma particularidade em relação aos crimes sexuais previstos no CP. Uma vez que existe um consentimento inicial para a relação sexual, esta começa por ser praticada de forma consentida. No âmbito do consentimento, “perante a vontade de autorrealização do titular do bem jurídico, o direito penal permite que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário de preservação do bem jurídico e acabe por lhe conferir prevalência”³¹. Se, por exemplo, um indivíduo tem uma propriedade, não é permitido que terceiros entrem no seu espaço. Mas se consente nessa entrada, não há violação do direito. De forma análoga, o direito a não ser tocado sexualmente pode ser renunciado mediante consentimento³².

O consentimento, tanto pode servir como forma de atipicidade³³ ou como causa de justificação³⁴. Relevante, para este trabalho, serão os casos de exclusão de tipicidade, onde há uma vinculação ao tipo. Deve esclarecer-se que, nesse caso, o mais correto é falar-se em acordo³⁵, com uma estrutura material-teleológica e psicológica diferenciada do consentimento³⁶; pelas regras específicas que engloba, uma vez que reflete uma defesa da autonomia da pessoa, na medida do seu direito de autodeterminação e liberdade. É “precisamente o acordo que mediatiza a realização autêntica daquela mesma liberdade, isto é, do bem jurídico”.³⁷ A própria “intencionalidade com que os eventos são assumidos e vivenciados pelo portador do bem jurídico”³⁸ também é diferente. No caso do acordo (consentimento que exclui o tipo), o portador entenderá que nenhum direito foi ferido.

Ora nos termos gerais do artigo 38.º n.º 2 do CP, o consentimento tem de traduzir “uma vontade, séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido”, implicando, por um lado, que possa existir algum tipo de explicação³⁹ e por outro, que

³¹ DIAS, Jorge Figueiredo (2019), p.554.

³² TILTON, Emily/ ICHIKAWA, Jonathan Jenkins (2021), p.3. Tradução própria.

³³ “Casos há na verdade em que, logo segundo o tipo de ilícito, o acordo do interessado faz com que a realização do comportamento, corra no mesmo sentido da tutela do bem jurídico e faça com que ação, antes que estar o bem jurídico, contribua para uma sua perfeita realização; (...) o caso do tipo de introdução alheia (art. 190.º-1): se A se põe de acordo com B no sentido de que este o visite em certo dia ou a certa hora, a introdução (...) não representa para qualquer lesão do bem jurídico intimidade da vida privada, mas, pelo contrario, é condição de realização plena daquele mesmo bem jurídico”- DIAS, Jorge Figueiredo (2019), p.556.

³⁴ Nos casos em que existe um conflito. “A consentir que B lhe dê uma pancada (...). Nestas hipóteses pode ser que a lei acabe por conceder prevalência à autorrealização de A; mas se o faz, fá-lo em detrimento da perda (ao nível do sistema social) de bens jurídicos que efetivamente lhe competia proteger”- *Ibidem* p.557.

³⁵ Não invalidando que ao longo do trabalho se utilizem ambos os termos.

³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa (1991), p.508 e 668.

³⁷ *Ibidem*, p.646.

³⁸ *Ibidem*, p.508 e 668.

³⁹ Nos casos de intervenções médicas, art. 157.º do CP.

não haja nenhum vício da vontade⁴⁰. Diferente se coloca a situação, quando se olha para a parte especial do CP, sobretudo no que respeita ao crime de coação sexual e de violação do art. 163.º e 164.º, que usam a palavra “constrangimento”. Começando por se seguir uma interpretação social, uma violação seria entendida como a relação sexual que não foi consentida, sendo essencial o caráter indesejado da conduta. Porém, numa interpretação jurídica, a situação pode tornar-se mais controversa, pois o nosso legislador não impõe como elemento do tipo a ausência de vontade.

1. Convenção de Istambul

O artigo 36.º da Convenção de Istambul é particularmente relevante para esta análise, ao estabelecer que todas as relações sexuais sem consentimento devem ser criminalizadas. Este consentimento deve ser voluntário e apreciado em consideração das circunstâncias envolventes. Assim, na ausência de consentimento, configura-se uma situação de violência sexual. A Convenção é um instrumento jurídico do Conselho da Europa, que tem como objetivo combater a violência contra as mulheres e menores (artigo 3.º da Convenção). A razão de ser desta iniciativa, espelha-se nas estatísticas que demonstram que as mulheres são as vítimas preferenciais neste tipo de crimes sexuais. A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) apresentou uma estatística relativa ao ano de 2024⁴¹, na qual, o maior número de vítimas apoiadas pela associação era do sexo feminino, mais precisamente 77,1%; mantendo a tendência de aumento⁴². Visa-se, portanto, proteger aquelas que são as vítimas de “relações de poder historicamente desiguais (...) que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens”⁴³. Aprovada em 2011, a Convenção de Istambul, exige que os Estados-parte assegurem a devida punição daqueles que exercem qualquer tipo de violência contra as mulheres, e que haja, igualmente, uma prevenção e erradicação dessas situações⁴⁴. Na mesma linha, tem como objetivo, incentivar que os Estados concebam um quadro de medidas de proteção e assistência para todas as vítimas, mesmo que tenham de alterar a sua legislação. “O artigo 5.º da Convenção de Istambul impõe aos Estados deveres de abstenção de atos de violência contra as mulheres, mas também deveres de ação, de adoção das medidas legislativas, e de outra índole, necessárias a prevenir, investigar,

⁴⁰ Nos casos de erro ou quando a conduta integra dos crimes de ameaça ou coação, art. 153.º e 154.º do CP.

⁴¹ Disponível em: https://apav.pt/estatisticas/assets/files/Estatisticas%20APAV_Relatório%201ºsemestre%202024.pdf#page13 .

⁴² “Vítimas de violência doméstica apoiadas pela APAV aumentam 22,9% em três anos”, Público (2024).

⁴³ Parágrafo 9 e 11 do Preâmbulo da Convenção.

⁴⁴ Disponível em: <https://rm.coe.int/1680685fcb>.

punir e proporcionar reparação pelos atos de violência.”⁴⁵ Como forma de controlo e fiscalização, a Convenção constituiu um grupo de peritos independentes (GREVIO⁴⁶, artigo 66.º da Convenção), que analisa se realmente, os países que a ratificaram, estão a cumprir com as medidas. Portugal é Estado-parte, tendo sido aliás dos primeiros países da União Europeia a ratificar este instrumento. Assim sendo, foi exigida a modificação da nossa legislação para o modelo do consentimento como critério da ocorrência ou não de violência, tal como espelha o artigo 36.º anteriormente falado.

2. Alterações da lei portuguesa

Em Portugal, antes da entrada em vigor da Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, eram definidos dois meios de constrangimento da vítima nos crimes de violação e coação sexual: a “violência” e “ameaça grave”, conforme estabelecido nos artigos 163.º e 164.º do CP. No que respeita ao primeiro conceito, destacam-se três diferentes posições: aqueles que exigem o ‘ónus de resistência’ da vítima (quase uma luta entre agente e vítima para haver violência⁴⁷); os que exigem um “*plus* de força física”⁴⁸, ou seja a violência exige algo mais do que a relação sexual não consentida, mas não tem de ser uma luta grave; e por fim há quem defendesse que bastava o dissentimento da vítima para haver violência (relação sem consentimento da vítima implica sempre uma corporalidade violenta, só o ato em si, sem consentimento da pessoa, já é algo violento⁴⁹). Sobre a “ameaça grave”, FIGUEIREDO DIAS⁵⁰ sustenta que deverá ser mais intensa do que a “ameaça com mal importante” do artigo 154.º do CP (crime de coação). No sentido oposto, há autores que pensam que esta ameaça não deve ser sobrevalorizada, tendo apenas de se determinar a sua gravidade tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a adequação da mesma à lesão/limitação do bem jurídico.

Com a alteração de 2015, foi introduzido o n.º 2 nos artigos 163.º e 164.º do CP, ampliando a punição para quem praticasse a conduta criminosa por meios distintos dos previstos no n.º 1. Consagrou-se um delito de execução livre ao alargar-se o âmbito de aplicação do crime, e segundo CONCEIÇÃO CUNHA, foi criada “uma espécie de violação (e coação sexual) atenuada, em virtude de os meios de constrangimento não

⁴⁵ CUNHA, Conceição (2016), p.235.

⁴⁶ Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence.

⁴⁷ Acórdão do TRP 13/4/2011. Processo 476/09.OPBBGC.P1. “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). O arguido foi absolvido por esta falta de violência/ resistência da vítima.

⁴⁸ DIAS, Jorge Figueiredo (2012), p.726.

⁴⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara (2011), p. 273 e ss.

⁵⁰ DIAS, Jorge Figueiredo (2012), p.726.

serem tão gravosos quanto os do n.º 1”⁵¹. Pode dizer-se que o artigo passou a ter uma redação mais abrangente. Se antes havia receio de que a referência a estes meios levasse a uma desproteção das vítimas, essa preocupação foi anulada pela criação do n.º 2.

No entanto, o GREVIO, no relatório de 2019, indicou que esta mudança legislativa não adiantou muito, e havia receio de que se exigisse a resistência da vítima para haver crime (visto que ainda havia referência à palavra “constrangimento”).

*“A particular area of concern is the definition of rape which is not based only on the absence of freely given consent and requires the use of “constraint”. The very low rates of reporting and convictions for the offence of rape demonstrate the pressing need to place a firm focus on the absence of consent of the victim”*⁵².

Mas, aparentemente, tal requisito nunca fora exigido pela lei; o problema residia, sobretudo, na interpretação e aplicação legislativa feita pelos tribunais⁵³. Tornou-se habitual que os tribunais exigissem alguma prova de resistência por parte das vítimas, não permitindo que o conceito de “constrangimento” abrangesse todos os casos de relações não consensuais.

“A construção da imagem da vítima como alguém cuja credibilidade deve ser reconfirmada diversas vezes, que deve dar mostras públicas da sua dor e de quem se deve duvidar é antiga e irá permanecer até aos nossos dias”⁵⁴.

Distinta é a opinião de FIGUEIREDO DIAS, que revela que no respetivo Relatório, não foram apresentadas quaisquer decisões judiciais que comprovassem esta ideia e que, tem sido consensual na doutrina, que para haver estes crimes basta

“(…) uma oposição séria ao ato sexual, e já não a resistência da vítima. (...) A mesma conclusão flui de outros tipos legais que empregam o vocábulo “constrangimento” e que ninguém interpretaria como exigindo a resistência da vítima: vejam-se, paradigmaticamente, aqueles que se contêm no art. 154.º-B e no art. 170.º do CP, onde se incriminam, respectivamente, o Casamento forçado e a Importunação sexual (na modalidade de contacto). A segunda incriminação parece

⁵¹ CUNHA, Conceição (2021), p.22.

⁵² Disponível em: <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f#page65>.

⁵³ VENTURA, Isabel (2016), p.4-5.

⁵⁴ VENTURA, Isabel (2015), p.79.

até pensada para punir os casos em que não pode haver resistência, por força da surpresa do contacto (como sucede com o chamado apalpão)”.⁵⁵

Em resposta à pressão do GREVIO, surgiu uma nova alteração com a Lei n.º 101/2019, de 6 de Setembro, que no que concerne a este trabalho, além de inverter a ordem dos números 1 e 2 do artigo 164.º do CP - passando o “constrangimento” a ser meio típico e a “violência” e “ameaça grave” meios agravados⁵⁶- introduziu o n.º 3 ao artigo. Este número veio apenas definir o “constrangimento” como a contrariedade à “vontade cognoscível da vítima”.

“Consabido é que, a vontade cognoscível será aquela que, dado o circunstancialismo de que se reveste a situação concreta, seria possível dela conhecer”, sendo que “a tarefa de determinar aquilo que poderia ser ou não perceptível pelo agente, cabe ao juiz” – o que pode levar a “ambiguidades interpretativas”⁵⁷.

Novamente, Portugal não redirecionou o foco para o regime da ausência do consentimento⁵⁸, reiterado pela Convenção de Istambul⁵⁹. Atualmente, o cerne da ilicitude deste crime reside na oposição à vontade cognoscível da vítima.

Segundo PEDRO CAEIRO, recai sobre a vítima um ónus de manifestar a sua contrariedade aos atos sexuais, o que parece exigir que a vontade tem de ser perceptível. FIGUEIREDO DIAS entende que este esclarecimento por parte do legislador foi feito com a intenção de aproximar a lei portuguesa à redação da Convenção, porque

“(…) na verdade, existe uma diferença importante na circunstância de o dissentimento se referir a uma disposição interior (ainda que exteriorizada) da vítima e o constrangimento se referir a uma conduta do agente.(…) Incriminando-se o constrangimento, o facto punível reside nos actos de interferência sobre a vontade da vítima (violência, ameaça, pressão, chantagem, etc.) de que resultam os actos sexuais, ao passo que a incriminação construída sobre o puro dissentimento leva a que a acção proibida se reconduza aos actos sexuais propriamente ditos(…) que não são, em si mesmos, censuráveis, o desvalor do crime passa a repousar, exclusivamente, aqui, na contrariedade à vontade da vítima. Assim, é necessário caracterizar esse elemento típico

⁵⁵ DIAS, Jorge Figueiredo cit. por CAEIRO, Pedro (2019), p 645.

⁵⁶ Esta alteração veio responder a críticas feitas à redação anterior, nas quais, autores como TERESA PIZARRO BELEZA já defendiam que deveria existir esta troca do n.º 1 com o n.º 2, pois a ordenação antiga indicava que o tipo legal base necessitava sempre do uso dos meios de violência ou ameaça grave enquanto que o n.º 2 seria então como que uma atenuante; desvalorizando a importância destas condutas- BELEZA, Teresa Pizarro (2016), p.24.

⁵⁷ SIMÕES, Raquel Boucinha (2020), p. 5-6.

⁵⁸ “Peritos recomendam que a violação se defina pela ‘ausência do livre consentimento da vítima’”, Público (2019).

⁵⁹ Também em relatórios mais recentes, o GREVIO continua a recomendar uma alteração da lei portuguesa, em matéria de violência sexual. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/2024/03/recomendacoes-do-grevio-para-portugal-foram-publicitadas-pelo-conselho-da-europa/>.

de forma particularmente rigorosa, pois dele dependerá, em última análise, a responsabilidade criminal, pelo menos nos casos em que não se identifiquem actos de constrangimento por parte do agente”.⁶⁰

Tentou fazer-se o mesmo que na lei alemã, que refere a vontade “reconhecível” da vítima, contudo com a pequena diferença desta ter um elenco taxativo de casos que continuam a ser crime, mesmo não havendo uma oposição objetivamente perceptível: algumas situações de incerteza interior/silêncio e de consentimento viciado (chamadas ‘zonas cinzentas’ do dissentimento).

3. Escolha da palavra “constranger” e da sua definição

É curioso compreender as motivações que levaram à escolha desta expressão.

“(…) 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*”.⁶¹

A vontade cognoscível seria relevante no contexto de uma punição por negligência, aplicável a “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’”⁶². Contudo, no campo dos crimes sexuais, a negligência não está expressamente prevista (artigo 13.º do CP), não tendo a expressão grande sentido útil. Além do mais, noutros crimes, não houve hesitação em aderir à expressão “consentimento”: aborto, intervenções médicas, violação do domicílio⁶³, gravações e fotografias ilícitas e até no caso da procriação artificial do artigo 168.º do CP, “declinando uma postura de respeito e de não-intervenção face ao sentido e conteúdo da decisão da mulher”⁶⁴. Haverá sentido nesta diferenciação?

Acredita-se que, umas das razões se estabelecerá no mito social de se desacreditar na agressão e na palavra da mulher⁶⁵ (sendo acusadas de falsas alegações)⁶⁶. Uma recusa nunca é bem uma recusa, até porque considerando os papéis de género que até hoje

⁶⁰ DIAS, Jorge Figueiredo cit. por CAEIRO, Pedro (2019), p.650.

⁶¹ CUNHA, Conceição (2021), p.32.

⁶² *Ibidem*, p.33.

⁶³ Art. 190.º do CP que visa proteger a integridade do domicílio. Razão pela qual torna ainda mais incompreensível o facto de um crime de violação que visa proteger um bem eminentemente pessoal não se preencher apenas com a falta do consentimento/contra a vontade da vítima - BELEZA, Teresa Pizarro (2016), p.22.

⁶⁴ ANDRADE, Manuel da Costa cit. por RODRIGUES, Anabela Miranda/ FIDALGO, Sónia (2012), p.784.

⁶⁵ “Penalista alerta para a dificuldade de provar sexo em preservativo”, Jornal de Notícias (2024). Inês Ferreira Leite crítica a ideia de que os crimes sexuais são impossíveis de provar.

⁶⁶ Tomando como dado concreto, que a grande maioria das vítimas destes crimes são mulheres.

vigoram na nossa sociedade, as mulheres sempre foram ensinadas a retraírem-se e terem vergonha da sua sexualidade, o que leva a interpretações erróneas de vontade, por se entender que não é bem aquilo que querem. E por isso, considerar o não consentimento da vítima como elemento do crime, implicaria acreditar firmemente na sua palavra, o que conduziria ao surgimento de dificuldades no âmbito da prova, pelo facto desta crença antiquada ainda estar enraizada na nossa sociedade. Dar voz e reforçar este tipo de ideias, potencia por um lado, a desconfiança legal nas mulheres vítimas, e também a ocultação do crime por parte das mesmas. CLARA SOTTOMAYOR, adverte que as declarações da vítima são um meio de prova crucial para este tipo de crimes, e

“(...) a prova de falta de consentimento (...) não é nova para os tribunais, tendo que se fazer também noutros tipos legais de crime” (já referenciados acima). “O ‘fantasma’ das falsas alegações é sempre levantado quando há uma queixa de violação ou de outro crime sexual, mas já não é esgrimido quanto a queixas de outros crimes”⁶⁷.

No mesmo sentido, para ISABEL VENTURA “o consentimento não fazer parte do tipo legal do crime tem como consequência a impunidade dos agressores, garantida pelos tribunais que adotam a perspectiva mais conservadora da doutrina”⁶⁸.

Outra razão, será a hipótese de, em termos práticos, os diferentes modelos conduzirem ao mesmo resultado. No entendimento de CONCEIÇÃO CUNHA, não há diferenças relevantes entre o modelo do constrangimento e do dissentimento, desde logo pelo possível significado literal da palavra: quem for constrangido, também não é livre na sua vontade. Sendo conceitos equiparáveis, “se alguém tem um relacionamento sexual não respeitando o dissentimento do outro, está a impor a sua vontade, constrangendo a vítima”⁶⁹. No artigo 40.º da Convenção de Istambul diz-se que:

“As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que qualquer conduta indesejada verbal, não-verbal ou física, de carácter sexual, tendo como objectivo violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando esta conduta cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo, seja objecto de sanções penais ou outras sanções legais”.

⁶⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara (2015), p. 111.

⁶⁸ VENTURA, Isabel (2016), págs. 357-58.

⁶⁹ CUNHA, Conceição (2021), p.27.

O Conselho da Europa dá ênfase à conduta sexual indesejada, “relewa toda e qualquer forma de constrangimento”⁷⁰, tornando irrelevante todo o consentimento não livre (não podendo ser admitido como válido). A oposição da vítima, não tem de se exprimir com resistência física, bastando palavras, gestos, ou qualquer outro modo perceptível ou cognoscível. No fundo, o modelo do constrangimento adotado por Portugal, vai ao encontro do modelo do dissentimento/recusa. Assim, toda a relação não consentida livremente seria uma relação constrangida - esta seria a “única interpretação conforme ao disposto na CRP e à Convenção de Istambul”⁷¹.

Para alguns autores esta ideia não é assim tão linear, especialmente no que diz respeito aos casos de indecisão. O exemplo paradigmático⁷², ocorre quando A (rapariga), vai com B (rapaz) para casa, e este lhe começa a fazer carícias e ela ainda está indecisa sobre se se irá envolver ou não. A certa altura, a rapariga diz que vai embora e o jovem, em nada a impede. Neste caso ela nunca disse um “sim” expresso; e foi deixando as carícias acontecerem, mas assim que se opôs, o rapaz parou. Deveria haver alguma tentativa de violação por não ter havido um “sim”? Ou um crime de coação sexual consumado, por já terem ocorrido certos atos? Parece que não, parece exagerado criminalizar, uma vez que mal ela disse “não”, foi respeitada. Segundo PEDRO CAEIRO⁷³ e FIGUEIREDO DIAS⁷⁴, pelo modelo do constrangimento, não haveria tentativa de crime, porque não foram praticados atos contrários à vontade de A. Por sua vez, pelo modelo do dissentimento, já haveria punição pela prática de atos que a vítima não consentiu. No entanto, os autores admitem que esta punição pode parecer exagerada por não haver nem perigo para o bem jurídico, nem desvalor da própria ação (B queria envolver-se com A, mas nunca contra a sua vontade). Porém, é esta interpretação, que evidencia as diferenças práticas entre cada modelo.

CONCEIÇÃO CUNHA⁷⁵, trata a situação de maneira diferente. Entende que não faria sentido haver punição, mas argumenta que o caso acima teria uma solução razoável mesmo perante o modelo da ausência de consentimento, porque apesar da falta de um consentimento expresso, parece haver um consentimento tácito. Entendendo que o

⁷⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022), p.728.

⁷¹ CUNHA, Conceição cit. por. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (2022), p. 135.

⁷² CAEIRO, Pedro (2019), p.648.

⁷³ DIAS, Jorge Figueiredo cit. por CAEIRO, Pedro (2019) p.648-649.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ CUNHA, Conceição (2021), p.29-32.

consentimento livre pode ser expresso ou tácito, a resolução para estes casos seria mais justa.

“Se figurarmos um caso em que um dos intervenientes, estando em condições de fazê-lo, não toma, todavia, posição sobre a prática dos actos sexuais (porque lhe é indiferente, ou porque não se decidiu), não é possível afirmar que o acto sexual praticado pelo/a outro/a interveniente constitui uma violência sexual, precisamente porque não está a actuar contra a vontade do/a primeiro/a”.⁷⁶

Contudo, há que ter em atenção o tipo de silêncio que estamos a analisar. Um caso é existir indecisão ou até uma aceitação não expressada; diferente são os casos de medo. Ou seja, se a expressão da vítima demonstrar algum tipo de medo (estar a tremer por exemplo). Aqui já seria um silêncio que não é equivalente a um “sim”, mas um “não” tácito, uma vez que há uma “vontade negativa, uma oposição íntima”⁷⁷; “a recusa não precisa de ser ostensiva para ser recusa, assim como a aceitação não precisa de ser entusiasta para ser aceitação”⁷⁸. No caso exposto, A não demonstrou receio ou pânico (porque nesse caso não haveria consentimento livre), mas decidiu ficar e deixar ser tocada. Esta ideia do consentimento não livre, é relevante para se compreender que há casos em que a vítima pode consentir livremente, mas noutros já não, como pode ter mudanças sobre a sua decisão (que devem ser respeitadas). A Convenção de Istambul, além de apoiar expressamente a ideia do consentimento, exige que este seja voluntário, dado por vontade livre da pessoa e avaliado segundo as circunstâncias do caso. E por sua vez, a “existência de constrangimento não é compatível com um consentimento eficaz (esclarecido e, em especial, livre). São, na verdade, noções mutuamente excludentes”⁷⁹. Ainda assim, a Autora continua a defender que é lamentável a ausência de uma maior reflexão antes de todas as alterações legais portuguesas, assim como a falta de adesão ao regime da Convenção⁸⁰.

Ora, aplaude-se à solução defendida, pois é das únicas que consegue “salvar”⁸¹ a norma em causa e dar-lhe aplicabilidade. Além do mais, com a solução plasmada pelo legislador em 2019, apesar de se manter a exigência do constrangimento, prescindiu-se da sua dimensão coativa⁸² e, não deixa de ser verdade que o “constrangimento” abarca

⁷⁶ DIAS, Jorge Figueiredo cit. por CAEIRO, Pedro (2019), p.647.

⁷⁷ DIAS, Jorge Figueiredo (2012), p.724.

⁷⁸ CUNHA, Conceição (2021), p.28.

⁷⁹ DIAS, Jorge Figueiredo cit. por CAEIRO, Pedro (2019), p.644.

⁸⁰ CUNHA, Conceição (2021), p.35.

⁸¹ MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019), p.57.

⁸² RIBEIRO, Gil Duarte Miranda (2019), p.33.

exatamente esta falta de vontade livre: “estado de quem não se sente à vontade; acanhamento; inibição; embaraço”⁸³. Mas a ideia inversa já não parece ser sempre pacífica. Desde logo, porque se pode ponderar a opção de existirem condutas não consentidas/viciadas, mas que não cabem dentro do conceito de constrangimento, ou seja, não existe um constrangimento aparente à prática do ato sexual, como se desenvolverá infra nos casos de *stealth*. Isto deve-se exatamente ao facto de o conceito de “ausência de consentimento” ser mais abrangente, uma vez que não “atende apenas à vontade da prática dos atos sexuais” mas também “às condicionantes impostas pelos intervenientes a estes atos sexuais”⁸⁴. E, apesar do nosso legislador ter introduzido o n.º 3, não deixou de parte o uso deste conceito, que continua a trazer problemas interpretativos num campo tão importante e sensível, como é o campo da liberdade sexual.

⁸³ Fonte usada apenas para corroborar o significado quotidiano e de senso comum da palavra. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/constrangimento>.

⁸⁴ RIBEIRO, Gil Duarte Miranda (2019), p.33.

III. *Stealth*

O *stealth*⁸⁵ consiste na manipulação fraudulenta de uma relação sexual⁸⁶, seja pela remoção furtiva do método contraceptivo durante o ato, sem consentimento do parceiro, ou pela falsa alegação de que o preservativo foi colocado, ou ainda pelo dano intencional deste⁸⁷. A própria denominação, tem origem na palavra *stealth*, que significa oculto, ou, algo feito pela calada.

Alexandra Brosky, foi pioneira na investigação do tema, tendo publicado, em 2017, um estudo intitulado de “*Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal*”. No seu trabalho, realizado nos Estados Unidos, conduziu diversas entrevistas e investigações sobre o impacto do fenómeno. Aponta que, em certos discursos masculinos, o *stealth* é justificado como um instinto natural ou um suposto direito de “espalhar a semente”⁸⁸. Uma das vítimas entrevistadas referiu que: “*It’s a man’s instinct to shoot his load into a woman’s *****. He should never be denied that right. As a woman, it’s my duty to spread my legs (...)*”⁸⁹. A Autora relata ainda que, em alguns fóruns online, onde esta prática começou a ser discutida, para além dos relatos confusos das vítimas, que nunca sabem se foram realmente abusadas ou não⁹⁰, os próprios agressores incentivam-se, e dão conselhos com descrições explícitas de como enganar as parceiras. É afirmativo que esta problemática é proponente da ideologia masculina de supremacia no campo sexual. Um estudo⁹¹ de 2023 analisou dados de diversos artigos publicados nos últimos cinco anos a nível global, abordando a experiência das vítimas de *stealth*, assim como a perceção das mesmas sobre a violência sofrida. As taxas de incidência de *stealth* variam entre de 8% e 43% entre mulheres e entre 5% e 19% nos homens que mantêm relações sexuais com outros homens⁹². A perceção das vítimas sobre o

⁸⁵ “*Until the 2015 Switzerland case, no one knew what to call the practice of nonconsensual and undisclosed condom removal because there has been no need to name or address this phenomenon, arguably not because it did not happen but possibly because the victims did not know how to process the event without a name*”- EBRAHIM, Summayya (2019), p.4.

⁸⁶ Considera-se importante a breve distinção destes casos das situações de *reproductive coercion and abuse (RCA)*, pelo simples facto de ambos serem bastante mencionados nos artigos estrangeiros. *RCA* são casos de qualquer tentativa de controlo ou interferência nas escolhas reprodutivas da mulher. Num caso há controlo e desrespeito pela vontade da vítima, enquanto no outro há um controlo premeditado e intencional. – TARZIA, Laura/ SRINIVASAN, Sonia/ MARINO, Jennifer/ HEGARTY, Kelsey (2020), p.1174. Tradução própria.

⁸⁷ Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/stealth/113>.

⁸⁸ BRODSKY, Alexandra (2017), p.189. Tradução própria.

⁸⁹ *Ibidem*, p.188.

⁹⁰ *Ibidem*, p.183.

⁹¹ “*A Scoping Review of Nonconsensual Condom Removal (Stealth) Research*”, *SageJournals* (2023).

⁹² Não obstante esta realidade, o foco do trabalho tenderá para as relações heterossexuais, entre homens e mulheres.

sucedido e a gravidade da conduta é bastante reduzida, situando-se entre 5% e 9,8% nos homens, enquanto entre as mulheres essa percepção é praticamente inexistente (0%).

1. Relevância penal

Dado o carácter da conduta, importa analisar se, em termos jurídicos, o *stealthing* pode ser classificado como violência sexual e, portanto, ser objeto de tutela do direito penal. A violência sexual é geralmente definida como qualquer ato de natureza sexual praticado contra a vontade de outrem. Considerando tanto a Convenção de Istambul como o artigo 38.º do CP, conclui-se que o consentimento é revogável até à execução do ato sexual concreto, e por isso, deve persistir no momento da prática do mesmo. Se a vítima alterar a sua vontade - o que é legítimo - revoga o consentimento previamente dado. Qualquer ato sexual posterior praticado pelo agente ocorrerá sem consentimento.

Um fator relevante é o “contexto das circunstâncias envolventes”, que deve ser analisado à luz do artigo 36.º n.º 2 da Convenção. Daqui se retira, que a conjuntura e condicionantes em que o consentimento foi prestado são fatores preponderantes para análise da validade do mesmo⁹³. Contudo, nem todas as circunstâncias serão relevantes, mesmo que sejam essenciais para uma das partes.

“Se, p. ex., um dos intervenientes consente no acto sexual convicto de que o outro cumprirá a sua promessa de contrair matrimónio, ou de não divulgar a relação íntima junto de terceiros, o incumprimento dessas promessas (...) não afecta a validade do consentimento (...). Não pode por isso afirmar-se que todo o incumprimento das condições acordadas, mesmo que sejam condições *sine quae non* para uma das partes, invalida o acordo”⁹⁴.

Nos casos de *stealthing*, essa questão assume particular importância, porque existe um consentimento condicionado à utilização do preservativo. É importante avaliar, se se trata de uma condição essencial do ato consensual⁹⁵.

Há que compreender que, na ausência dessa condição, a vítima não teria praticado a relação sexual. Se o agente, leva a acreditar a vítima de que, irá praticar um ato sexual seguro (como pretendido), mas de maneira camuflada remove a proteção, o ato sexual deixa de ser consentido⁹⁶, uma vez que a condição que levou a que a vítima expressasse

⁹³ RIBEIRO, Gil Duarte Miranda (2019), p.45.

⁹⁴ CAEIRO, Pedro, (2024), s/p.

⁹⁵ PEDRO CAEIRO afirma que este erro é “irrelevante porque não contende com o objeto do acordo- o ato sexual. Note-se, aliás, que a lei portuguesa sempre tratou a fraude sexual fora dos quadros da violação, precisamente porque se entende que a fraude e o erro não afectam o acordo para o acto.”- *Ibidem*.

⁹⁶ BRODSKY, Alexandra, (2017), p. 183-210.

a sua vontade positiva foi posta em causa. Além do mais, aparenta ser uma condição legítima a ser exigida pela vítima (contrapondo ao facto de não ser um simples capricho), uma vez que impede a ocorrência de consequências sérias para a sua vida. Quando utilizado corretamente, o preservativo (masculino e feminino) constitui um método contraceptivo de elevada eficácia. Num conjunto de cem mulheres a usar o preservativo corretamente ao fim de um ano de utilização, verifica-se que duas engravidaram. A mesma eficácia é cientificamente comprovada no que respeita à transmissão de DST's.⁹⁷

*“Apart from the fear of specific bad outcomes like pregnancy and STDs, all of the survivors experienced the condom removal as a disempowering, demeaning violation of a sexual agreement”*⁹⁸. As vítimas de *stealthing* sofrem outras consequências psicológicas oriundas deste abuso. Ficam presas numa luta interior, pelo facto de se sentirem abusadas. E, na maioria dos casos, há um envolvimento emocional com o parceiro, o que conduz a um conflito com elas próprias, por sentirem que os próprios limites foram transcendidos, e pela confiança erroneamente depositada no companheiro.

*“The bottom line is your boyfriend prioritized his temporary sexual pleasure over your health and safety. He knew exactly what he was doing. He knew it was wrong. He knew it could ruin your life. He just doesn't care. He's OK with ruining your life to orgasm”*⁹⁹.

A ansiedade é um sentimento igualmente comum, para além de todo o stress que pode ser gerado pela situação. *“My first time involved a guy sneaking off his condom. It resulted in fear, anger, anxiety and of course, 3 hours in the emergency birth control and STD clinic”*¹⁰⁰. Estas vivências corroboram a existência de violência e o merecimento e necessidade da proteção penal nestes casos. Há uma lesão significativa do bem em causa e colocação da vítima num perigo que a mesma não concordou¹⁰¹. *“In the context of stealthing, the woman says yes to sex but no to condom-less sex”*¹⁰². Por isso haverá afetação do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual¹⁰³.

⁹⁷ Dados estatístico retirados do site da SNS24, atualizados a 15/01/2024.

⁹⁸ BRODSKY, Alexandra (2017), p.186.

⁹⁹ EBRAHIM, Summayya (2019), p.8

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.7.

¹⁰¹ Existem casos decididos em tribunal (EUA) no mesmo sentido; onde a não revelação de uma doença transmissível do parceiro vicia o consentimento, porque a vítima consentiu no sexo, não na exposição a um risco para a saúde- BRODSKY, Alexandra (2017), p.192.

¹⁰² EBRAHIM, Summayya (2019), p.4.

¹⁰³ A vítima vê-se privada de atuar livremente no exercício da sua sexualidade.

Errado, contudo, parece, a ideia de que se trata de uma relação não consentida *ab initio*. No que respeita à relação, a vítima teve efetivamente vontade de se envolver com o agente. Não é constrangida¹⁰⁴ a prática nenhuma; apenas posteriormente, a sua vontade positiva vê-se ‘viciada’/invalidada pela alteração dos contornos iniciais estipulados.

¹⁰⁴ Ressalva dos casos em que a vítima se apercebe da situação e o agente mesmo assim decide continuar.

IV. Direito Comparado

Antes de questionar a resposta do ordenamento jurídico português para estas situações, imposta analisar como outros países têm lidado com a questão.

A Suíça foi o primeiro país a condenar judicialmente a prática de *stealthing*, em 2017¹⁰⁵. O processo¹⁰⁶ tratou da denuncia de uma mulher que conheceu um homem pelo *Tinder*, com o qual marcou um encontro. Depois de conversarem sobre a hipótese de se envolverem de forma íntima, com referência ao facto de que seria indispensável o uso de preservativo, iniciariam uma relação. Durante o ato, o homem queria ejacular na boca da mulher, ao que esta recusou. Perante o “não”, o agente rolou para cima da vítima, retirou o preservativo e continuou a penetração. A vítima só se apercebeu que o mesmo já não tinha a proteção posta, quando ejaculou dentro dela. O tribunal não condenou o arguido pela prática de *stealthing* especificamente, uma vez que o crime não estava expressamente previsto na lei. Mas considerou-o culpado à luz do artigo 191 do CP Suíço, que determina que, incorre em crime quem se “aproveitar da incapacidade de discernimento ou de resistência de uma pessoa para a levar a praticar um ato sexual, ato análogo ou outro ato de natureza sexual”. Dito isto, o Tribunal considerou, ou extrapolou, que ela era incapaz por não se conseguir aperceber da retirada, pelo menos até ao fim da relação. E o agente aproveitou-se dessa posição de vantagem, tendo sido condenado a um ano de prisão com pena suspensa e ao pagamento de uma indemnização à vítima. A 1 de Julho de 2024¹⁰⁷, este tipo de situação passou a ser expressamente prevista na lei. A Suíça passou a prever uma definição de violação com base no critério de recusa, tornando qualquer penetração não consentida livremente, violação.

No Reino Unido, “*The Sexual Offences Act 2003*” representou uma transformação no conceito de consentimento nos crimes sexuais. Na respetiva *Section 74*, a lei exige que pessoa concorde por sua escolha, e tenha liberdade e capacidade para o fazer, e só nesses casos será válido o consentimento¹⁰⁸. Neste sentido, é duvidoso que casos de mentira ou engano por parte do agente, permitam esta liberdade de escolha e um verdadeiro consentimento. Um caso mediático ocorreu quando um homem britânico foi condenando

¹⁰⁵ “*Man convicted of Rape after removing condom during sex without consent*”, *Broadly* (2019).

¹⁰⁶ FERNANDES, Ana Rita Faria Lamego (2022), p.32-33

¹⁰⁷ “‘Não significa não’. Suíça alarga punição de crimes de violação e coação sexual”, RTP Notícias (2024).

¹⁰⁸ “*Conditional Consent and Purposeful Deception*”, *The Journal of Criminal Law- SageJournals* (2018).

por violação após remover furtivamente o preservativo durante a relação com uma trabalhadora sexual¹⁰⁹. Apesar do *stealthing* não ser especificamente regulado, tem reconhecimento legal como violação, dentro dos termos do consentimento condicional (consentimento dado dentro de determinadas condições): um ato não consensual por ser contra as condições em que o consentimento foi dado¹¹⁰.

Nos Países Baixos, no ano de 2023, ocorreu a primeira condenação por *stealthing*, referente a um caso ocorrido em 2021. Apesar de o agente ter sido absolvido das acusações de violação (por impossibilidade da letra da lei), o tribunal admitiu que este restringiu a liberdade da vítima e abusou da confiança da mesma¹¹¹, colocando-a em risco.

Na Alemanha, também em 2018, surgiu o primeiro condenado pela prática¹¹². O arguido reclamou ter tirado o preservativo pois o mesmo tinha-se estragado, e por isso ejaculou fora da vagina da vítima. Apesar de ter sido acusado de violação, terminou condenado por “*sexual assault, because the court determined the victim had consented to sex with the defendant*”¹¹³; mas apenas consentiu no sexo protegido. Esta condenação apenas foi possível, graças à alteração legislativa alemã feita em 2016, no que respeita aos crimes sexuais. Anteriormente, era exigido que a vítima demonstrasse que resistiu fisicamente. Atualmente, a lei centra-se no consentimento da vítima, dando ênfase a qualquer assentimento físico ou verbal¹¹⁴.

Nos EUA, o *stealthing* foi considerado ilegal no estado da Califórnia¹¹⁵ em 2021, com a aprovação de legislação que o sanciona no âmbito civil. Não se trata de criminalizar como agressão ou violação, apesar da legislação penal de alguns estados permitir interpretações nesse sentido. A intenção não é castigar os agressores, mas antes ressarcir as vítimas - é um possível primeiro passo do caminho. Cristina Garcia, deputada impulsionadora desta lei, confessou-se esperançosa sobre esta mudança poder vir a gerar uma maior prevenção destes abusos e também, abrir mais portas para discussão do tema

¹⁰⁹ SHAPIRO, Mikaela (2021), p.1656. Tradução própria.

¹¹⁰ “*Stealthing and Conditional Consent*”, REEDS.

¹¹¹ “Jovem holandês tirou preservativo sem consentimento e foi condenado por *stealthing*”, Público (2023).

¹¹² “*Police Officer Found Guilty of Condom ‘Stealthing’ in Landmark Trial*”, CNN (2018).

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ “*California makes ‘stealthing’, or removing condom without consent, illegal*”. *The New York Times* (2021); “*Editorial: NJ Assembly must pass anti-stealthing bill A2748*”. *The Daily Targum* (2021).

do consentimento. Mas ainda há a necessidade de mais estados adotarem esta visão de que *stealth* não é apenas imoral, mas ilegal.

Em Espanha, há consenso quanto ao facto de o *stealth* constituir um crime contra a liberdade sexual¹¹⁶, mas ainda não há unanimidade sobre se deve ser qualificado como violação ou agressão sexual. O tema já vinha a ser debatido no campo doutrinário, mas em Janeiro de 2024, o Supremo Tribunal¹¹⁷ foi defrontado com o primeiro caso concreto. Remota a Julho de 2017, situação em que o arguido, foi transmissor de uma DST ao ter relações sexuais com a queixosa, que consentiu no ato, se usassem proteção. Ora, o arguido nunca colocou o preservativo, e como consequência, transmitiu a doença à parceira, que ficou sujeita à toma de antibióticos e anti-inflamatórios. Além disso, a sentença refere que a vítima já tinha sido anteriormente diagnosticada com traços de personalidade anómalos e crises de ansiedade, patologia que foi agravada temporariamente em consequência dos factos sofridos.

O tribunal que julgou o caso em primeira instância, condenou o arguido como autor do crime de abuso sexual, do artigo 181.º CP espanhol, atualmente revogado. Quando foi interposto recurso, após 2022, já havia sido aprovada a lei do consentimento espanhola, abolindo o silêncio e a passividade como possíveis interpretações de assentimento. Por sua vez, veio revogar o crime preenchido, e estas condutas passaram a ser abrangidas pela figura de agressão sexual (artigos 178.º e 179.º CP espanhol). “Só se entenderá que há consentimento quando tiver sido manifestado livremente por ações que, de acordo com as circunstâncias do caso, expressem claramente a vontade da pessoa”¹¹⁸. Tornou-se o consentimento, o centro das relações sexuais. Basta a sua ausência para haver violação, assimilando-se ao texto da Convenção de Istambul. Porém, o objetivo do Supremo manteve-se em decidir se a conduta se baseava num abuso do anterior preceito legal e numa agressão do artigo que integrava agora esta conduta ou se, pelo contrário, seria uma violação; e para isso havia que analisar duas questões: 1) determinar se o engano pode ser um meio possível de cometer agressões sexuais; 2) saber se nesse caso, se pode falar verdadeiramente de consentimento relativo ao ato sexual; No que respeita à primeira dúvida, o Supremo Tribunal respondeu de forma negativa, no sentido de que o engano não vicia o consentimento. Ou seja, consentir é simplesmente

¹¹⁶ “Tribunal espanhol declara crime remoção do preservativo sem consentimento”, Mundo ao Minuto (2024).

¹¹⁷ VALLÈS, Ramon Ragués i (2024), p.455

¹¹⁸ “Espanha aprova lei de consentimento ‘só sim é sim’”, Público (2022).

aceitar expressamente. Não é aceitar livremente e com conhecimento de todos os fatores e circunstâncias envolvidos¹¹⁹. Na segunda questão, o Supremo dá uma volta de sentido e pune a situação. Após negar a relevância do engano, os juízes esclarecem que há casos em que o erro desencadeia uma ausência de consentimento por completo. O caso que serve de exemplo, ocorre quando o médico realiza apalpações fora da avaliação diagnóstica ou terapêutica. O consentimento foi dado, tendo em conta considerações exclusivamente ligadas à saúde, logo práticas sexuais não são abrangidas. O mesmo sucede quando apenas a penetração vaginal é consentida, extravasando o consentimento no caso de penetração anal. Todos estes casos seriam abrangidos no âmbito das agressões sexuais, pois não houve consentimento para os atos desviantes. “*Cuando la acción sexual desplegada desborda o se aparta de lo consentido hay agresión sexual*”¹²⁰. Concluindo que o engano não é relevante a nível penal para determinação destes casos, decisivo é, determinar se o consentimento abrangeu os factos praticados. Mas não basta uma mera divergência em como a situação se desenrola ou sobre condições não essenciais. Nas palavras do Acórdão: “*Es necesario que haya un qué distinto; um aliud*”¹²¹. Ora, transpondo para o caso concreto, o Tribunal conclui haver uma diferença essencial, alheia ao consentimento prestado. “*Hay un contacto corporal distinto (por exceso o, en su caso, por defecto) del consentido*”.¹²² O Supremo determina, por fim, a não aplicação da forma agravada do crime, pois esclarece que o artigo 179.º (violação) está pensado para casos nos quais a penetração não é consentida/desejada. No caso em apreço, a ausência de consentimento apenas é imputada à forma como a penetração é realizada. Por haver vontade no envolvimento íntimo, decidiu-se pela aplicação do crime de abuso sexual sem penetração. Finalmente, o *stealth* foi criminalizado.

Ainda assim, há que deixar claro que esta decisão não foi pacífica, havendo juízes que na minoria, dispunham de opinião divergente no que respeita ao crime aplicável. Defendem que nem todos os erros são irrelevantes, ao contrário dos votos da maioria - irrelevância total. Há que distinguir entre o engano motivacional - os motivos que levam a pessoa a consentir na relação - assentes na autorresponsabilização e por isso não são relevantes; e erro sobre a relação de facto¹²³. No caso concreto, fundamentam que o erro seria relevante pois afeta a forma de interferência na relação em si, havendo uma

¹¹⁹ VALLÈS, Ramon Ragués i (2024), p.457.

¹²⁰ *Ibidem*, p.458.

¹²¹ *Ibidem*, p.459.

¹²² *Ibidem*, p.459.

¹²³ *Ibidem*, p.461.

penetração não consentida pelos modos acordados, seria punido pelo crime na forma agravada - violação. Esta conclusão tão divergente, deve-se ao facto da maioria ter assumido que pode existir consentimento válido para a penetração, e ao mesmo tempo ausência do mesmo no que respeita ao contacto físico sem proteção. Como os juízes da minoria esclarecem e bem, esta dissociação não faz sentido, e *“solo sería posible si se parte de que la utilización de condón es una suerte de condición accesoria del acto de contenido sexual consentido cuya vulneración es menos significativa y, por tanto, lesiona menos el bien jurídico protegido”*¹²⁴. O facto de a penetração ter sido consentida, não dá permissão à realização de qualquer tipo de penetração; a falta de preservativo por si, parece já constituir uma ofensa ao bem jurídico¹²⁵.

Observa-se que, entre os países europeus mencionados, apenas no Reino Unido o *stealthing* foi enquadrado como violação. Nos demais casos, a condenação ocorreu sob outros tipos legais de menor gravidade. Isso deve-se, em primeiro lugar, ao facto de aparentemente se compreender que violação e *stealthing* são atos diferentes¹²⁶. Além disso, em alguns casos¹²⁷, as próprias vítimas relatam que a prática, embora traumática, não justificaria uma punição tão severa quanto a prevista para a violação¹²⁸.

*“I never considered it rape or sexual assault because I had given consent to have sex, I just assumed I made a poor choice in sleeping with someone who was untrustworthy . . . I still don't know if I would consider it rape or sexual assault but it sure as hell should be illegal”*¹²⁹

Parece não ser o melhor critério, visto que houve o sofrimento de uma situação traumática, e, muitas vezes, o agente é alguém com quem a vítima mantém algum tipo de relação, o que não lhe permite ser imparcial. É difícil que uma sobrevivente, considere que foi vítima de violência sexual de forma imediata. É um processo que requer muita aprendizagem pessoal e reflexão sobre o que foi vivido.

¹²⁴ *Ibidem*, p.462.

¹²⁵ *Ibidem*, p.484.

¹²⁶ Será mais bem desenvolvido no próximo capítulo.

¹²⁷ Há muitos outros relatos onde afirmam exatamente o oposto. Vai depender da violência envolvida na experiência. *“(…) his removing the condom and putting my health at risk for STD's or possibly ruining my life with a pregnancy is sexual assault to me” - “Victim of Stealthing Open Up About Why It's So Damaging.”, HUFFPOST, (2017).*

¹²⁸ BRODSKY, Alexandra (2017), p.187-188

¹²⁹ *“Victim of Stealthing (...)”, HUFFPOST, (2017).*

V. Ordenamento português

Em Portugal, a legislação prevê a punição da penetração contra a vontade cognoscível da vítima, configurando o crime de violação. No entanto, a remoção não consentida do preservativo (*stealthing*) não é expressamente tipificada como crime. Assim, este trabalho não poderia deixar de analisar a resposta penal que a legislação portuguesa, na sua formulação atual, oferece para esses casos.

No âmbito especial do Direito Penal, deverá colocar-se em ponderação o artigo 164.º e 167.º do CP. O artigo 163.º do CP, que reflete o crime de coação sexual, é *ab initio* excluído, pelo facto de se partir do princípio de que, os casos em análise, refletem sempre atos sexuais de natureza qualificada, e não meros atos de relevo; trata-se de atos sexuais de especial relevo, que são sempre atos que envolvem penetração (coito oral, anal ou cópula vaginal).

1. Crime de violação

No que se refere ao artigo 164.º n.º 1 do CP, ANA MARGARIDA MONTEIRO¹³⁰ defende, na sua dissertação, a possibilidade de enquadrar estes casos no crime de violação. Interpretando este número à luz da Convenção de Istambul, a Autora crê que a mudança do legislador ao aderir a uma norma que é atípica nos meios, só faz sentido se a mesma se reportar aos casos de dissentimento, mas ainda exigindo um meio, que pode ser qualquer um (uma vez que não se estabeleceram critérios - deixando alguma margem de inclusão). Argumenta que a manutenção do conceito de constrangimento em detrimento da ausência de consentimento representa uma alteração meramente terminológica, sem impacto significativo na aplicação legislativa. Propõe, ainda, uma interpretação curiosa do termo “constranger”, considerando tanto a sua dimensão física quanto psicológica. É exatamente na conotação psicológica que se apoia, ao admitir que o engano possa ser um meio de constrangimento atípico.

“Assim sendo, encara-se assim o constrangimento como atuante, não só sobre o corpo da vítima, compelindo-a a ter que continuar aquela relação sexual, mas também sobre a mente da pessoa constrangida. É possível, portanto afirmar que a relação sexual se transforma, na realidade, numa situação de violência, embora não tendo existido uma força física sobre a vítima o que, em bom rigor nunca seria

¹³⁰ MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019), p.58-80.

possível, atendendo a que a mesma adere à relação sexual pois desconhece a realidade do que irá suceder ou já sucedeu”¹³¹.

Defende que o engano é adequado para constranger a vítima à prática do ato sexual, pois “é precisamente o expediente usado pelo agente que faz deslocar a vítima para uma relação não consentida”¹³². Pode dizer-se que esta interpretação feita pela Autora, é de certa forma mais atualista do que a interpretação retrógrada e inadequada de que o constrangimento se reporta apenas à violência física. Além de que tem sido intenção do legislador desvincular-se cada vez mais dessa ideia.

Opinião semelhante é a de FREDERICO MARQUES, jurista da APAV, que, numa entrevista para o Jornal Expresso em Novembro de 2024, sobre o *stealth* poder ser considerado crime à luz da atual lei portuguesa, se manifestou positivamente. Segundo o Autor, a questão é simples, “a remoção do preservativo transforma um ato sexual consentido em não consentido”¹³³, o que, conforme já analisado, justifica a sua relevância penal. Partilhando da visão de que o meio de constrangimento pode assumir uma dimensão física ou mental, admite que o engano pode ser um meio adequado para obter uma relação não consentida do preservativo. Através deste,

“a vítima é transportada de um ato sexual que aceitaria para outro que recusaria caso conhecesse uma circunstância essencial: a ausência de preservativo”, e por isso, “participa num ato sexual em que nunca quis estar e ao qual só adere porque ignora um elemento decisivo para recusar”¹³⁴.

É de salientar que, mesmo admitindo esta hipótese, o Autor expressa a importância de, brevemente, o legislador deixar de lado o uso do “constrangimento” e optar pelo “não consentimento”.

Também ISABEL VENTURA defende, sem dúvidas, que existe “um ato sexual consentido que pela remoção do preservativo se transforma num ato não consentido: a pessoa não consentiu em sexo sem preservativo”¹³⁵.

ELISABETE FERREIRA reconhece que, nesses casos, há um vício no consentimento.

¹³¹ *Ibidem*, p.80.

¹³² MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019), p.80.

¹³³ “O *stealth* pode ser considerado crime pela legislação portuguesa?”, Expresso (2024).

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ “Tirar preservativo durante sexo sem o parceiro saber deve ser crime?”, Diário de Notícias (2018).

“Quem tira o preservativo está a actuar, sem dúvida nenhuma, contra a vontade cognoscível da vítima, a partir do momento em que a vítima fez questão de que se usasse o preservativo. Desta forma, parece-me que a lei, tal como está, já permitiria uma condenação nestes termos”¹³⁶.

No entanto, ressalva que, apesar da possibilidade de enquadramento legal, muitas vezes a prática judiciária pode não corresponder, pelo desalinhamento de interpretações à lei¹³⁷. Pelo que concorda que seria útil essa clarificação.

Em concordância, INÊS FERREIRA LEITE defende que o *stealth* já é abrangido pelo art. 164.º do CP. Argumenta que é necessário consentimento para cada momento do ato sexual, ou seja, o facto de se consentir para a relação sexual não implica que consinta em tudo o que daí advier. Muitas vezes, os atos vão sendo consentidos implicitamente ao longo da relação sexual. No entanto, no que respeita ao uso do preservativo, especialmente em relações casuais, existe, regra geral, um mínimo de diálogo prévio sobre o assunto. Essa conversa conduz a um acordo que deve ser respeitado; caso contrário, haverá crime de violação. Contudo, a Autora reforça a necessidade de acrescentar estes casos ao artigo 164.º do CP, uma vez que a atual redação não é totalmente satisfatória, por duas razões. Primeiramente, as conceções culturais distorcem a compreensão da realidade¹³⁸, especialmente no que toca aos crimes sexuais, um tema culturalmente contaminado. Segundamente, persiste um tabu e pudor em discutir essas questões. E quanto menos se fala, também menos se sabe e menos se compreende o que é certo ou errado. Dado que essa pedagogia social não está suficientemente desenvolvida, considera-se fundamental que a lei assuma esse papel. Assim, a Autora sugere a inclusão de uma formulação específica no artigo 164.º, algo como “constranger outra pessoa a sofrer penetração vaginal, anal ou oral sem preservativo”¹³⁹.

Uma opinião divergente, e possivelmente mais alinhada com o enquadramento jurídico atual, é a de CONCEIÇÃO CUNHA. Na perspetiva da Autora, tal incriminação, não tem fundamento legal ou seria muito difícil e ardiloso fazê-lo.

“O problema é que o relacionamento sexual não é propriamente constrangido, imposto, contrariando a vontade (dissentimento); é antes conseguido por meio de um engano ou não respeitando as condições do consentimento prestado. Assim, é

¹³⁶ “O que é o *stealth*? A lei condena quem o faz? Como provar?”, Público (2024).

¹³⁷ Um juiz mais tradicionalista será mais cético em integrar o *stealth* no crime de violação.

¹³⁸ No que respeita ao entendimento social do que implica uma violação.

¹³⁹ “Tirar preservativo (...)”, Diário de Notícias (2018).

duvidoso (mas não impossível – porquanto o engano pode ser entendido como um meio de constrangimento) que estes casos sejam abrangidos por esta formulação do tipo legal de crime”¹⁴⁰.

Se a vítima não tem conhecimento da remoção do preservativo, não se pode afirmar que houve constrangimento, pois ela está na ilusão de que o ato decorre dentro dos parâmetros inicialmente acordados. Mesmo com o esclarecimento de que o constrangimento implica a contrariedade à vontade cognoscível da vítima, este preceito não é abrangente o suficiente, como foi analisado supra: “continuam a ficar fora da criminalização (...) as situações de consentimento não 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”¹⁴¹.

MARIANA VILAS BOAS argumenta que a exigência de contrariedade à vontade cognoscível da vítima não é satisfatória, porque pressupõe “uma avaliação objetiva da vontade da vítima, redundando num aparente ónus de ‘mostrar’, perceptivelmente, o não consentimento”¹⁴², o que pode ser excessivamente oneroso para a vítima.

“(...) isso significa que se eu tivesse denunciado (...) eu teria, de alguma forma, de provar que não tinha dado consentimento a sexo sem proteção e que não me tinha apercebido que ele tinha retirado o preservativo. Não só isto seria praticamente impossível como seria humilhante e, possivelmente, uma vez mais traumatizante”¹⁴³.

A Autora não tem dúvidas que este fenómeno viola as condições do consentimento prestado e que configura uma forma de violência sexual, mas não é inequívoco que seja uma violação à luz da lei portuguesa. Essa interpretação incerta, pode gerar problemas de tipicidade e legalidade, pela falta de clareza da lei. Parece-lhe que, mais importante do que criar um tipo legal específico, seria alinhar a nossa lei com a Convenção de Istambul, e tornar crime sexual qualquer ato não consentido.

Abranger este delito no crime de violação, na sua redação atual, não parece correto. Quem admite que sim, passa sempre por um grande esforço interpretativo que não devia ser necessário. Apesar dos sentimentos das vítimas em ambos os cenários serem

¹⁴⁰ CUNHA, Conceição (2021), p.31.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.36-37.

¹⁴² “O *stealthing* pode ser (...)?”, Expresso (2024).

¹⁴³ “Testemunho. ‘É chocante reconhecer que a retirada de preservativo sem consentimento é violação’”, Atual-Máxima (2017).

semelhantes¹⁴⁴, os atos físicos são distintos¹⁴⁵, o que ressalta a diferença dos fenómenos. Na violação, os atos sexuais são tendencialmente¹⁴⁶ forçados da vítima, já no *stealthing* “os atos são voluntários até à remoção não consentida”¹⁴⁷. “*Stealthing begins with consent, which is lost when the condom is removed, but rape starts without consent*”¹⁴⁸.

Sobre o artigo 164.º n.º 2 do CP, à partida seria clara a sua exclusão como hipótese de previsão, uma vez que este refere meios típicos de constrangimento que têm de ser preenchidos; meios que aparentemente não se coadunam com a conduta de *stealthing*.

Contudo, ANA MARGARIDA MONTEIRO defende essa hipótese como viável. O artigo em questão, enuncia que: “Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa” à prática das condutas especificadas, será punido.

A questão prende-se com a colocação da vítima na impossibilidade de resistir. Nestes casos pretende tutelar-se o “aproveitamento de uma situação na qual a vítima é exposta desprotegida à atuação do autor”¹⁴⁹, sendo colocada nesse estado pelo mesmo, já com intenção à prática do ato. Só esta interpretação fará sentido, porque se não o artigo seguinte do CP, 165.º, deixaria de ser necessário (é relevante o momento do dolo). Ora, a Autora refere que esta impossibilidade de resistir tanto pode ser física como mental, que seriam os casos de *stealthing*. Seria como que uma nova interpretação, atualizada, do preceito em causa. Estando a nossa sociedade cada vez mais perante novos casos, há que alcançar novos remédios. E “posto que, através do desconhecimento da verdadeira intenção do agente, a vítima acredita que tudo se vai desenrolar conforme planeado inicialmente”¹⁵⁰, a mesma não poderia resistir sobre algo que de acordo com o seu pensamento corre dentro do combinado. Até pelo facto de haver um depósito de confiança no parceiro com quem se relaciona. Acrescenta ainda que, fisicamente, também há impossibilidade de resistência, tendo em consideração a própria disposição dos corpos

¹⁴⁴ Como a culpa, negação, vergonha desconfiança. - “*The Effects of Sexual Assault*”, WCSAP (2021).

¹⁴⁵ “*The physical acts are different, yet how the victims are subsequently left to feel are much the same*”. - BRODSKY, Alexandra (2017), p.183-187.

¹⁴⁶ Esta ideia surge um pouco da concepção cultural e social do que implica uma violação. O uso da palavra está muito associado à violência. Talvez a escolha de outra palavra não conduzisse a estas conclusões precipitadas.

¹⁴⁷ “Advogados e juizes rejeitam criminalizar *stealthing* como fraude sexual”, Público (2025).

¹⁴⁸ SHAPIRO, Mikaela (2021), p.1653.

¹⁴⁹ DIAS, Jorge Figueiredo (2012), p.728-729.

¹⁵⁰ MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019), p.77.

durante a relação de intimidade, seria impossível para a vítima ver a retirada ou dano do preservativo.

Concorda-se que a impossibilidade de resistência não se restringe apenas ao campo físico, desde logo tomando por base a anotação ao artigo 165.º do CP que utiliza expressão semelhante (mas para situações distintas onde a colocação naquele estado é prévia): “são típicas tanto a situação de a vítima se encontrar incapaz de formar a sua vontade, como a de se encontrar incapaz de exprimir a sua vontade; sendo indiferente que a incapacidade fique a dever-se a motivos psíquicos ou antes a motivos físicos”¹⁵¹.

Contudo, acredita-se que, assim como FIGUEIREDO DIAS¹⁵², esta incapacidade psíquica, é próxima do conceito do artigo 20.º n.º 1 do CP, que constitui os casos de inimputabilidade, incluindo casos de perturbação da consciência. Totalmente distintos destes casos, são as situações em que a vítima é enganada. Acordar-se-ia no máximo, que a pessoa em erro/enganada sobre as circunstâncias, seria incapaz de consentir¹⁵³, mas não de resistir.

2. Crime de fraude sexual

De forma alternativa, CONCEIÇÃO CUNHA propõe a possibilidade do *stealthing* ser enquadrado no artigo 167.º do CP, desde que este sofresse uma alteração na sua redação. “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”¹⁵⁴. É exigido pelo conteúdo do ilícito, que o agente se aproveite do erro da vítima sobre a identidade do agente (intenção fraudulenta que prejudica a liberdade sexual da pessoa enganada) e, exista uma relação meio-fim. Ou seja, requer “que este erro torne possível ou significativamente facilite a prática com a vítima”¹⁵⁵ do ato sexual de relevo. Ora, *a priori*, seguindo esta tese, também nos casos de *stealthing* o agente se aproveita de um engano, mas sob condições essenciais para a prossecução da relação sexual.

¹⁵¹ DIAS, Jorge Figueiredo (2012), p.756.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Assim como são as crianças no âmbito dos crimes sexuais, exatamente por se entender que a sua vontade não está plenamente formada, não terão em conta todas as implicações daquele ato- CUNHA, Conceição (2017), p. 353-354.

¹⁵⁴ CONCEIÇÃO, Cunha (2021), p.25.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda/ FIDALGO, Sónia (2012), p.773.

Na análise da Tese de Mestrado de GIL DUARTE MIRANDA RIBEIRO, onde também analisa esta possibilidade, o Autor discorda que a seja melhor, pelo facto de o artigo apenas exigir como elemento subjetivo do tipo de ilícito o aproveitamento fraudulento do erro. Citando o Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE no Comentário do Código Penal, versão de 2015, “no caso do *stealth*, mais do que um mero aproveitamento (...), o agente coloca a vítima em erro sobre as condicionantes em que o ato sexual ocorre”¹⁵⁶, revestindo uma conduta mais gravosa e desrespeitosa da liberdade e autodeterminação sexual da pessoa. Contudo, crê-se ter havido um pequeno erro interpretativo da obra consultada. É verdade que o ilícito da fraude reside no aproveitamento fraudulento do erro, mas não exclui a opção de erro provocado pelo agente. “É indiferente que o erro sobre a identidade pessoal do agente resulte do acaso ou tenha sido provocado pelo agente, por terceiros ou pela própria vítima¹⁵⁷”. Certa é a exigência de que o erro se funde na identidade do agente, sendo necessário para abrangência dos casos de *stealth*, uma reformulação que inclua outro tipo de erros. Um exemplo é artigo 215º do CP Brasileiro, que prevê o crime de violação sexual mediante fraude¹⁵⁸, cuja pena é de dois a seis anos de prisão, e existe agravante caso haja gravidez ou transmissão de uma infeção. “A fraude tem apenas que ser apta a limitar a livre manifestação da vontade da vítima, não estando restrita a qualquer tipo de erro”¹⁵⁹.

2.1 Proposta do PAN

Durante a realização deste trabalho, mais concretamente a 19 de Novembro de 2024, foi entregue no Parlamento um Projeto-lei do PAN, no sentido da alteração do CP, especificamente no que ocupa o artigo 167.º. A intenção é a criminalização do *stealth*, mas adicionalmente, requerer-se que seja refeita uma definição mais clara do consentimento, bem como adoção de protocolos mais eficientes para recolha de prova, juntamente com campanhas de sensibilização e educação para importância do consentimento, de forma a evitar a desvalorização do mesmo. “A criminalização do *stealth* em Portugal representaria, por isso, um passo crucial para assegurar que o direito ao consentimento sexual seja sempre respeitado, independentemente da forma

¹⁵⁶ RIBEIRO, Gil Duarte Miranda (2019), p.44.

¹⁵⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda/ FIDALGO, Sónia (2012), p.773.

¹⁵⁸ “Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”.

¹⁵⁹ MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019), p.84.

como o ato sexual se desenrola”¹⁶⁰. No que é importante, ao artigo 167.º do CP, seria acrescentado um terceiro número que preveria o seguinte: “Quem praticar ato sexual mediante falsificação, fraude ou ocultação de informações relevantes que condicionem o consentimento, é punido com pena de prisão até três anos”.

Esta proposta surgiu impulsionada por uma petição pública¹⁶¹ que foi lançada, exatamente para punir esta conduta. “Os peticionários pedem uma alteração da lei portuguesa de modo que o *stealthing* seja entendido como uma violação do consentimento sexual e que as vítimas tenham um processo claro para oficializar a denúncia e buscar justiça”¹⁶². Esta discussão ganhou força pública, com mais de 10 mil assinaturas, após uma denúncia real no meio da música, o que levou a que outras vítimas sentissem força e conforto para partilhar as suas histórias.

É relevante destacar que, a 11 de Março de 2025, após a rejeição de uma moção de confiança¹⁶³, o governo foi dissolvido, o que tem implicações diretas nesta proposta. Com término do mandato parlamentar¹⁶⁴, assume funções a Comissão Permanente, embora com poderes limitados, restringindo-se essencialmente à gestão de assuntos urgentes e inadiáveis. Assim, o processo legislativo é interrompido, levando à suspensão de quaisquer iniciativas até à legislatura seguinte, sendo que algumas poderão mesmo ficar sem efeito. Além disso, a instabilidade política resultante pode atrasar ainda mais a discussão e aprovação de qualquer medida legislativa, dependendo da composição do novo Parlamento e das prioridades do próximo Governo.

Admitindo, ainda assim, esta opção como possível, não se compreende ser a melhor, nem a mais protetora do bem em questão. Para além da proposta tornar o texto demasiado amplo, o que pode relevar problemas na sua aplicação, criar-se-ia uma incoerência legal porque casos iguais seriam tratados de forma distinta. Nos casos em que a vítima se apercebe da retirada ou do não uso do preservativo durante a relação sexual, e reafirme a sua vontade, e o agente desrespeitando, continua, haverá já constrangimento. E por isso, já seriam abrangidos estes casos no artigo 164.º do CP. Um caso igual, mas em que o conhecimento deste engano por parte da vítima, ocorresse após a relação ser finalizada,

¹⁶⁰ Projeto de Lei n.º 350/XVI/1ª.

¹⁶¹ “Criminalização do *Stealthing* em Portugal: Uma Luta pelo Consentimento Sexual”: Petição Pública.

¹⁶² “PAN propõe projeto-lei para que *stealthing* seja crime sexual”, Sábado (2024).

¹⁶³ Moção de Confiança n.º 1-A/2025.

¹⁶⁴ Decreto do Presidente da República n.º 31-A/2025 de 19 de março.

já não seria abrangido. O simples facto da vítima se aperceber ou não, modifica radicalmente o enquadramento legal. Ora isto não faz sentido algum. Porque da mesma forma que no primeiro caso, a vítima ordena que o agente pare, no segundo exemplo, se tivesse a possibilidade de saber, a vítima também pediria o mesmo. Além disso, não podemos desconsiderar o facto de, também no segundo caso, poder haver um constrangimento, só que em momento póstumo. Inevitavelmente, com o fim da relação, e após perceber que a sua vontade foi desconsiderada, a vítima vai sentir-se constrangida e humilhada: “Chamei um Uber e no carro para casa sentia-me muito estranha. Não tinha sido agredida, mas sentia-me suja, diminuída”¹⁶⁵.

O artigo da fraude sexual nem sempre foi pacificamente aceite. Por se tratar exatamente de um crime que pune práticas sexuais impostas perante um erro. Algo atípico no nosso sistema, uma vez que são casos que geralmente não teriam relevância penal. ANABELA MIRANDA RODRIGUES esclarece que, aliando esta ideia ao facto da “raridade das situações, em que, na prática, se verifica este crime, em questão poderá ficar a própria necessidade da incriminação e, conseqüentemente, o seu carácter simbólico”¹⁶⁶. Mas o legislador optou por manter esta proteção contra as “agressões mais intoleráveis mediatizadas por erro”¹⁶⁷. A formulação de uma norma como esta, mas com um alcance restrito apenas a um tipo de erro, deve ser entendida como propositada.

Ademais, seguindo o parecer do Conselho Geral da OA à proposta, está-se perante dois fenómenos distintos: a fraude é um mero engano sobre a identidade da pessoa e o *stealth* é “a prática de ato sexual em circunstâncias não consentidas, em violação do consentimento”¹⁶⁸. Viola-se o acordo sobre uma condição essencial para prossecução daquela relação. Assim, parece que haverá preferência em aproximar o *stealth* à violação. Dois reparos que merecem mérito, são o facto da OA pedir uma previsão de agravamento em caso de “remoção camuflada ou se a pessoa que cometer o crime tiver, por exemplo, uma DST”, e ainda uma distinção entre o *stealth* como ato premeditado ou resultante de uma decisão durante o calor da relação. Admite-se também ser importante a previsão de uma agravamento no caso da vítima ficar grávida, tal como deixou anotado o CSM no seu parecer à proposta.

¹⁶⁵ “Tirar preservativo (...)”, Diário de Notícias (2018), relato da vítima Helena.

¹⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda/ FIDALGO, Sónia (2012), p.770.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p.771.

¹⁶⁸ “Advogados e juizes rejeitam (...)”, Público (2025).

Conclusão

Em suma, é de senso comum que o *stealththing* é uma prática errada, sendo consensual na doutrina que deve ser condenada e enquadrada juridicamente. No entanto, como se verificou, a principal divergência prende-se com o enquadramento legal. Portugal aparenta não oferecer uma solução legislativa específica e clara, o que demonstra alguma indiferença face ao tema. Compreende-se que a análise realizada anteriormente se baseou apenas em construções teóricas, que não refletem uma realidade possível.

Efetivamente, a solução mais adequada seria aproximar o texto português ao texto da Convenção de Istambul, dado que essa vinculação é juridicamente obrigatória. Ao basear a tipificação na ausência de um consentimento livre, esses casos seriam devidamente protegidos pelo tipo, e ‘bastaria’¹⁶⁹ analisar a validade do acordo.

Se no início da realização deste trabalho, se tinha uma opinião no sentido de que criminalizar estes casos como violação era exagerado, porque houve consentimento para a relação em si com aquela pessoa - e a inclusão no crime de fraude seria suficiente. Hoje, especialmente após a consulta dos relatos das vítimas tende-se a pensar que o *stealththing* não seria um simples engano/erro.

Existe uma violação do acordo explícito realizado entre as partes, o que transgride o consentimento prestado. No entanto, ao contrário dos casos de violação, o consentimento é violado num momento posterior. Ainda assim, não se considera que essa diferença temporal justifique a criação de um tipo penal autónomo. Até porque, tratando-se do mesmo bem jurídico, a multiplicação de tipos legais nessas matérias pode resultar numa dispersão desnecessária. Bastaria, assim, uma reformulação do crime de violação, de forma a abranger essas situações, adotando o critério da ausência de consentimento como elemento central do crime. Desta forma, haveria uma maior garantia de proteção das vítimas, eliminando as incertezas jurídicas de aplicação.

¹⁶⁹ Também não seria um processo simples. Por haver exigência do dolo, ou seja, intenção da defraudação ou retirada do preservativo, existiriam muitas dificuldades de prova. Facilmente o agente se defende com o ato negligenciado (dizer que o preservativo saiu ou rompeu). Ainda assim, não é argumento para impedir a criminalização.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2022), *Comentário do Código Penal*, 5ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa (1991), *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora.

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

BRODSKY, Alexandra (2017), “*Rape-adjacent: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal*” in *Columbian Journal of Gender & Law*, 32.

CAEIRO, Pedro (2024), “A relevância Criminal do Stealthing: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa”, Páginas pessoais da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/pcaeiro/pt/notas>.

CAEIRO, Pedro (2019), “Observações Sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Direção de Jorge Figueiredo Dias, Ano 29 N°3, Coimbra: Gestleagl, p. 631-679. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2019_Observações_crimes_sexuais_RPCC.

CANTILHO, José Joaquim Gomes/ MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Américo Taipa de (2016), *Direito Penal Parte Geral: Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, 2ª edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

CLOUGH, Amanda (2018), “*Conditional Consent and Purposeful Deception*” in *The Journal of Criminal Law* 1–13, Sage.

CUNHA, Conceição (2017), “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n. 03.

CUNHA, Conceição (2016), “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir” in *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Coordenação Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto: Universidade Católica Editora, p. 131-166.

CUNHA, Conceição (2021), “A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação: reflexão à luz da convenção de Istambul” in *Crimes Sexuais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <https://www.cnpdpcj.gov.pt/documents/10182/14804/Ebook+-+Crimes+Sexuais+-+CEJ/af2554e7-1400-43c2-b6e9-de7cb9cb9f8b>.

DIAS, Jorge Figueiredo (2016), “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Gestlegal.

DIAS, Jorge Figueiredo (2012), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, tomo I, 2º edição. Coordenação Jorge Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, p.708-769. Comentário aos artigos 163.º a 165.º do CP.

RODRIGUES, Anabela Miranda/ FIDALGO, Sónia (2012), Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, tomo I, 2º edição. Coordenação Jorge Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, p.770-831. Comentário aos artigos 167.º e 168.º do CP.

DIAS, Jorge Figueiredo (2019), Direito Penal, Parte Geral-Tomo I, Questões fundamentais da doutrina geral do crime, 3º edição, Coimbra: Gestlegal.

EBRAHIM, Summayya (2019), “*I’m Not Sure This Is Rape, But: An Exposition of the Stealthing Trend, Reproductive Health in Sub-Saharan Africa, Original Research, Sage Open*.” Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2158244019842201#bibr8-2158244019842201>.

FERNANDES, Ana Rita Faria Lamego (2022), “Constrangimento e falta de consentimento livre serão conceitos equivalentes? O caso de *stealthing*”, Porto: Universidade Católica Portuguesa. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/39844>.

LEITE, Inês Ferreira (2010), “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, publicação que reflete a opinião da Autora no âmbito do I Curso Pós-graduação de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, na Faculdade de Direito de Lisboa. Disponível em: https://carlospintodeabreu.com/public/files/A_tutela_da_liberdade_sexual_Ines_Ferreira_Leite.pdf.

LEVINE, Judith (2017), “*Is Stealthing a Sex Crime?*”, *Boston Review*.

MARTINHO, Gabriela Maria Figueira (2011), “Crimes sexuais contra mulheres adultas: Da avaliação forense à decisão judicial”, Universidade do Minho, Escola de Psicologia. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/18642/1/Gabriela%20Maria%20Figueira%20Martinho.pdf>.

MONTEIRO, Ana Margarida Vicente (2019) – “Da relevância penal do *Stealth* no ordenamento jurídico Português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual”. Lisboa: Faculdade de Direito. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/44580>.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz (1985), O direito penal sexual: conteúdo e limites, 1.^a edição, Coimbra: Almedina.

NOVAIS, Jorge Reis (2021), As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra: Coimbra Editora.

NUNES, Danilo Henriques/ LEHFELD, Lucas Souza (2018), “*Stealth*: Aspectos acerca da violência de género e afronta aos direitos fundamentais”, in Revista Libertas, Direito UFOP, Ouro Preto, v. 3, n. 2, pp. 93-108. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/download/996/1064>.

RIBEIRO, Gil Duarte Miranda (2019), “Deficiências do artigo 164.º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul”. Porto: Universidade Católica Portuguesa. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/30203/1/Dissertação.pdf>.

SALGUEIRO, Beatriz Nunes (2021), “Revisão sistematizada de intervenções em perturbação de stress pós-traumático a pós agressão sexual em adultos”. Lisboa: Faculdade de Psicologia. Dissertação de Mestrado. Com referência a estudos da *American Psychiatric Association* (APA) e do *National Institute of Mental Health*. Disponível em: https://repositorio.ulisboa.pt/bitstream/10451/56433/1/ulfpie057757_tm.pdf.

SHAPIRO, Mikaela (2021), “Yes, ‘Stealthing’ is Sexual Assault...And We Need to Address it” in *Touro Law Review*, Vol.37, n.º 3, artigo 16.

SIMÕES, Raquel Boucinha (2020), “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)””, in *Julgar Online*. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/01/20200125-ARTIGO-JULGAR-Comentário-Acórdão-TRP-27-06-2018-Raquel-Boucinha-Simões-1.pdf>.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2011), “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista - A propósito do acórdão do tribunal da relação do Porto, 13 de Abril de 2011”, in *Revista do Ministério Público*.

SOTTOMAYOR, Maria Clara (2015), “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa, in *Ex aequo*, Porto.

TARZIA, Laura/ SRINIVASAN, Sonia/ MARINO, Jennifer/ HEGARTY, Kelsey (2020), “Exploring the gray areas between ‘stealthing’ and reproductive coercion and abuse”, *Women & Health*.

TILTON, Emily/ ICHIKAWA, Jonathan Jenkins (2021), “Not What I Agreed To: Content and Consent”, *Forthcoming in Ethics, Penultimate draft*. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/TILNWI-2>

VALLÈS, Ramon Ragués i (2024), “Número monográfico: *El tratamiento jurídico del Stealthing. Comentario a la STS 603/2024, de junio de 2024*” in *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, Sección coordinada*, InDret.

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

VENTURA, Isabel (2016) “*They never talk about a victim’s feelings: according to criminal law, feelings are not facts*” in *Portuguese Judicial narratives about sex crimes*, *Palgrave Communications* 2, artigo n.º 16101.

VENTURA, Isabel (2015), “Um corpo que seja seu- podem as mulheres (não) consentir?” in *Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres*, n.º 31, Lisboa, Associação Portuguesa de Estudos sobre Mulheres. Disponível em: https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100007&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt.

Legislação

Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica. Disponível em: <https://rm.coe.int/168046253d>.

CP brasileiro, art. 215. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10611747/artigo-215-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>.

Projeto de Lei n.º 350/XVI/1ª. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=mY6%252bAm060RliGT7EGEYPT1y2qIuhIoJyNQDqxKtbZkTpoJStL3c1e8rovSPbfe3eqnu4EguVn%252foeqxl0twKZYm2YwYEdQMVu3Y2BDdb1JDq%252bTCwsPIVQ8KxAqPyo2taVhDLeXjVshv%252bguwJJ0b3j9V0kU268CG%252fS%252fm%252f5H0zLrsSXXGgfcW9sjcNHsapk98fFc51WIr8kz1GM%252bKhv6ZShduakz65nzWSaAEY6Y74ZqvNj9ZDLveNcjVkmc7hpnghgDw35BVc%252bswBoW%252fmb57sGn6l0D3baiGgk%252bL30Sjj4xuWksikj2CBp3kOWIa9eZkOVj%252ftA2yH9%252ftFaFNYkok48xVw%253d%253d&fich=d5f56b65-3464-4dfd-b015-2022bbb9cb53.docx&Inline=true>.

“*The Sexual Offences Act*”. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/76>.

Jurisprudência

Acórdão do TC n.º 418/2013. Processo n.º 120/11, 3.ª Secção. Relator: Conselheira Catarina Sarmento e Castro. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130418.html>.

Acórdão do TC n.º 178/2018. Processo n.º 1173/17, 2.ª Secção. Relatora: Conselheira Maria Clara Sottomayor. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180178.html>.

Acórdão do TRP 13/4/2011. Processo 476/09.OPBBGC.P1. Relatora Eduarda Lobo. Disponível em: <http://www.trp.pt/jurisprudenciaitij.html>.

Notícias

“*Victim of Stealthing Open Up About Why It’s So Damaging*,” *HUFFPOST*, (10 de Maio de 2017). Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/victims-of-stealthing-open-up-about-why-its-so-damaging_n_59134ad1e4b0a58297e1ad88.

“Testemunho. ‘É chocante reconhecer que a retirada de preservativo sem consentimento é violação’”, *Atual-Máxima* (21 de Julho de 2017). Disponível em: <https://www.maxima.pt/atual/detalhe/testemunho-e-chocante-reconhecer-que-a-retirada-de-preservativo-sem-consentimento-e-violacao>.

“Tirar o preservativo durante sexo sem o parceiro saber deve ser crime?”, *Diário de Notícias* (27 de Maio de 2018). Disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>.

“*Police Officer Found Guilty of Condom ‘Stealthing’ in Landmark Trial*”, *CNN* (20 de Dezembro de 2018). Disponível em: <https://edition.cnn.com/2018/12/20/health/stealthing-germany-sexual-assault-scli-intl/index.html>.

Peritos recomendam que a violação se defina pela ‘ausência do livre consentimento da vítima’”, *Público* (21 de Janeiro de 2019). Disponível em: <https://www.publico.pt/2019/01/21/sociedade/noticia/peritos-europeus-recomendam-violacao-defina-ausencia-livre-consentimento-vitima-1858654>.

“*Man convicted of Rape after removing condom during sex without consent*”, *Broadly* (14 de Junho de 2019).

“*The Effects of Sexual Assault*”, WCSAP (2021). Disponível em: <https://www.wcsap.org/help/about-sexual-assault/effects-sexual-assault>.

“*California makes ‘stealthing’, or removing condom without consent, illegal*”, *The New York Times* (8 de Outubro de 2021). Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/10/08/us/stealthing-illegal-california.html#>.

“*Editorial: NJ Assembly must pass anti-stealthing bill A2748*”, *The Daily Targum* (15 de Outubro de 2021). Disponível em: <https://dailytargum.com/article/2021/10/editorial-nj-assembly-must-pass-anti-stealthing-bill-a2748>.

“*Espanha aprova lei de consentimento ‘só sim é sim’*”, *Público* (25 de Agosto de 2022). Disponível em: <https://www.publico.pt/2022/08/25/mundo/noticia/espanha-aprova-lei-consentimento-so-sim-sim-2018347>.

“*A Scoping Review of Nonconsensual Condom Removal (Stealthing) Research*”, SageJournals (1 de Fevereiro de 2023, Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/36722370/>.

“*Jovem holandês tirou preservativo sem consentimento e foi condenado por stealthing*”, *Público* (15 de Março de 2023). Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/03/15/p3/noticia/jovem-holandes-tirou-preservativo-consentimento-condenado-stealthing-2042514>.

“Vítimas de violência doméstica apoiadas pela APAV aumentam 22,9% em três anos”, Público (8 de Março de 2024). Disponível em: <https://www.publico.pt/2024/03/08/sociedade/noticia/vitimas-violencia-domestica-apoiadas-apav-aumentam-229-tres-anos-2083008>.

“Tribunal espanhol declara crime remoção do preservativo sem consentimento”, Mundo ao Minuto (29 de Maio de 2024). Disponível em: <https://www.noticiasominuto.com/mundo/2571102/tribunal-espanhol-declara-crime-remocao-do-preservativo-sem-consentimento>.

“‘Não significa não’. Suíça alarga punição de crimes de violação e coação sexual”, RTP Notícias (1 de Julho de 2024). Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/nao-significa-nao-suica-alarga-punicao-de-crimes-de-violacao-e-coacao-sexual_n1583026.

“PAN propõe projeto-lei para que *stealthing* seja crime sexual”, Sábado (20 de novembro de 2024). Disponível em: <https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/20241120-1134-pan-propoe-projeto-lei-para-que-stealthing-seja-crime-sexual>.

“Penalista alerta para a dificuldade de provar sexo em preservativo”, Jornal de Notícias (22 de Novembro de 2024). Disponível em: <https://www.jn.pt/2788354213/penalista-alerta-para-dificuldade-de-provar-sexo-sem-preservativo/>.

“O que é o *stealthing*? A lei condena quem o faz? Como provar?”, Público (22 de Novembro de 2024). Disponível em: <https://www.publico.pt/2024/11/22/p3/perguntaserespostas/stealthing-lei-condena-faz-provar-2112830>.

“O *stealth*ing pode ser considerado crime pela legislação portuguesa?”, Expresso (28 de Novembro de 2024). Disponível em: <https://expresso.pt/semanario/primeiro/a-abrir/duelo/2024-11-28-o-stealth-ing-pode-ser-considerado-crime-pela-legislacao-portuguesa--55670e91>.

“Advogados e juizes rejeitam criminalizar *stealth*ing como fraude sexual”, Público (19 de Janeiro de 2025). Disponível em: <https://www.publico.pt/2025/01/19/politica/noticia/advogados-juizes-rejeitam-criminalizar-stealth-ing-fraude-sexual-2119007?reloaded&rnd=0.3983390303491816>.

“Um ‘sprint’ de diplomas: nem uma provável queda impede o Governo de aprovar medidas para o futuro”, Sic Notícias (7 de Março de 2025). Disponível em: <https://sicnoticias.pt/especiais/crise-politica/2025-03-07-video-um-sprint-de-diplomas-nem-uma-provavel-queda-impede-o-governo-de-aprovar-medidas-para-o-futuro-42797b5e>.

“Da lei dos solos à empresa de Montenegro: como se chegou à queda do Governo e às eleições antecipadas?”, Diário de Notícias (12 de Março de 2025). Disponível em: <https://www.dn.pt/politica/da-lei-dos-solos-a-empresa-de-montenegro-como-se-chegou-a-queda-do-governo-e-as-eleicoes-antecipadas>.

Literatura cinzenta

Decreto do Presidente da República n.º 31-A/2025 de 19 de março. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-presidente-republica/31-a-2025-911678593>.

Moção de Confiança n.º 1-A/2025. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/mocao-confianca/1-a-2025-910517172>.

Relatório semestral de Janeiro-Junho de 2024, APAV. Disponível em: https://apav.pt/estatisticas/assets/files/Estatisticas%20APAV_Relatorio%201ºsemestre%202024.pdf#page13.

Relatório do GRÉVIO de 2019. Disponível em: <https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f#page65>.

Recomendações do GREVIO de 2023. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/2024/03/recomendacoes-do-grevio-para-portugal-foram-publicadas-pelo-conselho-da-europa/>.

Criminalização do *Stealth* em Portugal: Uma Luta pelo Consentimento Sexual: Petição Pública. Disponível em: <https://peticaopublica.com/?pi=PT123146>.

Dados estatístico retirados do site da SNS24, atualizados a 15/01/2024. Disponível em: <https://www.sns24.gov.pt/tema/saude-sexual-e-reprodutiva/preservativo-masculino/#qual-e-a-eficacia-do-preservativo-masculino>.

E em: <https://www.sns24.gov.pt/tema/doencas-infecciosas/vih/prevencao-da-infecao-po>.

Panfleto sobre a Convenção de Istambul. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680685fcb>.

“*Stealthing and Conditional Consent*”, REEDS. Disponível em: <https://www.reeds.co.uk/insight/stealthing-and-conditional-consent/>.

Definição de constrangimento. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/constrangimento>.

Definição de *stealthing*. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/stealthing/113>.