



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ATOS SEXUAIS:

Distinções penalmente relevantes

Filipa Ribeiro Fonseca

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Maió 2018

Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto (Pólo da Foz)

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito Criminal

ATOS SEXUAIS:

Distinções penalmente relevantes

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal apresentada na Escola de Direito da
Universidade Católica do Porto sob a orientação da Senhora Professora Doutora
Maria da Conceição Ferreira da Cunha

Filipa Ribeiro Fonseca

Porto | maio de 2018

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana seja apenas outra alma humana.”

(Carl Gustav Jung)

AGRADECIMENTOS

À Senhora Professora Doutora Maria da Conceição da Cunha, os meus mais profundos agradecimentos pela amabilidade, generosidade, disponibilidade e por todo o conhecimento que me foi dedicando e transmitindo ao longo da realização deste trabalho, foi uma honra tê-la não só como minha orientadora, mas também como minha professora na minha breve passagem pela Universidade Católica Portuguesa.

Às minhas colegas de mestrado por me terem acompanhado neste meu percurso académico.

À minha amiga e colega de escritório Filipa pelo apoio.

À Ana Filipa e à Andreia por toda a paciência nesta fase.

À minha irmã e namorado por acreditarem sempre em mim.

E por último, mas mais importante aos meus pais, por todo o incentivo, amor, compreensão e por me terem proporcionado a concretização deste mestrado e nesta Universidade que tanto desejava.

Um estimável obrigada a todos!

RESUMO

Ao longo deste trabalho iremos abordar a evolução histórica do Código Penal Português, desde o código penal de 1852 ao código penal atual, relativamente aos crimes sexuais em simultâneo com a análise ao bem jurídico protegido neste tipo de crimes. Logo de seguida iremos distinguir os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual, fazendo um enquadramento geral. Seguidamente analisaremos os atos sexuais com relevância penal, distinguindo atos de carácter exibicionista, contacto de natureza sexual e, dentro do ato sexual de relevo, o ato sexual de relevo simples do ato sexual de especial relevo. Concretizaremos este tema dos atos sexuais de relevo nos crimes sexuais importunação sexual, coação sexual e violação. Por último, faremos uma análise geral aos meios de constrangimento, ao consentimento e dissentimento dos crimes referidos, abordando ainda os crimes sexuais praticados contra menores.

Palavras chave: Abusos sexuais, ato sexual de relevo, contacto de natureza sexual, violação, coação sexual, dissentimento, menores.

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS	1
INTRODUÇÃO.....	3
CAPÍTULO I.....	5
1.1 Evolução histórica do Código Penal Português (do CP de 1852 aos dias de hoje) – O bem jurídico tutelado nos crimes sexuais	5
1.2- Os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual – distinção e enquadramento geral	12
CAPÍTULO II	17
2.1 - Os Atos Sexuais com relevância penal.....	17
2.2- Atos de caráter exibicionista	18
2.3- Contacto de natureza sexual.....	19
2.3.1- Constrangimento a contacto de natureza sexual.....	19
2.3.2 - Fronteira com o ato sexual de relevo simples.....	20
2.4 - Ato sexual de relevo	21
2.4.1 - Coação sexual e Violação (ato sexual de relevo simples e ato sexual de especial relevo)	23
2.3 - Cópula e situações equiparadas – Alargamento do art.º 164.º do CP	24
2.5.1 - A introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.....	27
CAPÍTULO III.....	30
3.1 Os meios de constrangimento nos crimes de coação e violação	30
3.2 - A “Capacidade” dos menores.....	32
3.3 - Não consentimento?	35
3.4 - O dissentimento dos menores?	36
3.4.1- O problema da aplicação dos tipos legais de crime – Relevância do dissentimento	37
CONCLUSÃO.....	40
BIBLIOGRAFIA	43
WEB BIBLIOGRAFIA	47
LEGISLAÇÃO.....	47
JURISPRUDÊNCIA	48

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
Apud.	Em
Art.º/arts.	Artigo/ Artigos
Cap.	Capítulo
CC	Código civil
Cfr.	Conferir
CP	Código penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
Ibidem	A mesma obra da nota anterior
Idem	O mesmo autor da nota anterior
In	Usado quando se extrai de uma nota coletiva, de uma revista ou de um site da internet
N.º/n.ºs	Número/Números
P.	Página
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
T.	Tomo
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra

TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume
v.g	<i>Verbi gratia</i> : por exemplo
vd.	<i>Vide</i> : veja

INTRODUÇÃO

Os abusos sexuais não são um fenómeno novo, é sim algo que se tem manifestado sob variadíssimas formas, em todas as culturas.

O nosso interesse pela temática dos crimes sexuais deve-se à natureza sensível destas matérias, com uma repercussão ética muito elevada na sociedade. Para além disso, a interpretação da lei nem sempre é consensual, o que se traduz, por vezes, em decisões polémicas por parte dos tribunais.

Problemas como a definição do conceito de violência e de ameaça grave, o conceito de cópula e das situações análogas, de ato sexual de relevo (especial ou qualificado), o consentimento ou o problema do dissentimento, a capacidade dos menores, prenderam a nossa atenção.

Neste contexto, escolhemos como tema principal deste trabalho uma análise profunda dos atos sexuais com relevância penal, com um especial desenvolvimento sobre o crime de coação sexual e de violação da Secção I (em que as vítimas podem ser adultos ou menores), confrontando por vezes com os crimes tipificados na Secção II (em que as vítimas são sempre menores).

Os crimes sexuais, sem dúvida que sofreram muitas e importantes alterações, nem sempre o bem jurídico protegido neste tipo de crimes era a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, falava-se numa tutela da moral social sexual.

É nosso propósito analisar as alterações introduzidas pelas diferentes reformas ao longo dos tempos, assim como as orientações da Convenção de Istambul, que constituiu não só um marco histórico importantíssimo, como também um instrumento jurídico inovador contra a violência de género. Iniciamos o nosso trabalho com uma análise da evolução legislativa do nosso código penal até aos dias de hoje.

Dividimos assim este trabalho em três capítulos: Num primeiro capítulo abordaremos a evolução e alterações dos crimes sexuais em Portugal, assim como também analisaremos o bem jurídico protegido nos crimes sexuais e as diferenças entre os crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual. De seguida, debruçar-nos-emos sobre os atos sexuais com relevância penal, distinguindo-os,

não olvidando as posições doutrinárias e a jurisprudência (Cap. II). Finalmente, terminaremos a presente dissertação fazendo uma reflexão crítica sobre a problemática dos meios de constrangimento exigidos nos crimes sexuais e sobre o relevo do dissentimento ou não consentimento de menores, já que menores de 14 anos não têm capacidade para consentir (Cap. III).

CAPÍTULO I

1.1 Evolução histórica do Código Penal Português (do CP de 1852 aos dias de hoje) – O bem jurídico tutelado nos crimes sexuais

Os crimes sexuais têm sido alvo, ao longo dos tempos, de uma evolução positiva invocando a proteção penal da liberdade e da autodeterminação sexual de menores.

No Código Penal de 1852 os crimes sexuais estavam inseridos no capítulo epigrafado “Dos Crimes contra a Honestidade”. Falava-se aqui em crimes contra a moralidade e os bons costumes sendo que o bem jurídico protegido era a moral social, e não o indivíduo, enquanto pessoa, “estes figuram como incriminações contra a moralidade e os bons costumes e não como meios de tutela de um bem jurídico individual¹”.

Em 1886 surge uma nova compilação da legislação penal, pensada para eliminar as principais críticas do Código Penal e da Revisão anteriores; “porém a nova redação mantém os crimes sexuais como meio de tutela do pudor público, da honestidade ou da virgindade²”.

Houve uma clara preocupação por parte do legislador em manter a proteção da moralidade e pudor sexuais nos crimes sexuais como se concretiza com os crimes de natureza sexual, que tínhamos à época, tais como o crime de “ultraje público ao pudor (art.º 390.º), o atentado ao pudor (arts. 391.º e 398.º), a cópula (arts. 392.º, 393.º, 394.º e 398.º), o rapto com fins desonestos (arts. 395.º, 396.º, 397.º e 398.º)³”. Era ainda crime contra a honestidade o adultério.

Por crime de ultraje público ao pudor compreendiam-se as ações imorais (cópula, ação impúdica ou ação indecente) praticadas por meio de atos, gestos ou atitudes que, não acompanhadas de violência, ofendessem o pudor público, não sendo consensual a necessidade de uma pessoa certa e determinada se sentir ultrajada⁴. Diferia do crime de atentado ao pudor porque neste último a ação se

¹ ANA RITA ALFAITE, 2009, p.26.

² Idem, p.26.

³ Idem, p.26.

⁴ GAMA, LUÍS OSÓRIO E CASTRO OLIVEIRA BAPTISTA, 1917, p.712 e ss.

destinava concretamente a uma pessoa, protegendo-se, no tipo, a honestidade violada em concreto, por referência a uma vítima específica.

BELEZA DOS SANTOS dizia: “há efetivamente de comum entre estes crimes o facto de ofenderem as regras de conduta que devem disciplinar socialmente a vida sexual, que defendem a pureza e elevação dos costumes”⁵. Um outro autor escrevia “consideramos crimes sexuais, para alguns chamados crimes contra a honestidade, contra os bons costumes ou contra a boa ordem das famílias, o atentado ao pudor, o estupro, a violação e o adultério. São todos eles crimes cuja determinante é o instinto genésico, o instinto sexual, e se é certo que podem atacar a honestidade, os bons costumes, a boa ordem das famílias, não é pelos seus resultados ou pela natureza dos interesses violados, senão pela sua causa determinante que devem ser classificados formando uma espécie precisa e bem diferenciada⁶”, afastando-se assim deliberadamente da delimitação dos bens jurídicos tutelados pelos crimes sexuais, para a problemática dos motivos do facto que, na sua opinião, seriam determinantes para a autonomização destes crimes. Simplesmente, tal critério levaria a que um qualquer crime determinado por motivações sexuais⁷ fosse considerado sexual, o que poderia ter propósitos de ordem terapêutica, mas não refletiria de modo algum o fim de proteção das normas jurídico-penais e a tarefa do direito penal”⁸.

Posteriormente, apesar de o Projeto do Código de 1982 trazer inovações⁹ relativamente à velha compilação de 1886, os crimes sexuais continuaram a caber num capítulo intitulado “contra os fundamentos ético-sociais da vida social”,

Este crime diferia do de ultraje à moral pública, previsto no artigo 420.º do CP. “Apesar do interesse protegido pelo art.º 390.º do CP (ultraje público ao pudor) ser o mesmo do art.º 420.º (ultraje à moral pública), ou seja, defender o pudor público contra as ofensas que lhe são feitas, mas, por aquele normativo, pune-se a prática de atos, gestos ou atitudes impúdicas e o art.º 420.º pune o emprego de palavras, desenhos ou escritos, com publicidade, que ofendam ou possam ofender o pudor público. Porém, quanto ao pudor público, não há que atender ao grau de moralidade ou de pudor pessoal dos indivíduos que efetivamente presenciam os atos impúdicos, mas apenas ao conceito médio geral do pudor do país, à medida do sentimento das pessoas para ocultar aquilo que mais ou menos se refere a vida sexual; e quanto ao ultraje à moral pública, não deve considerar-se qualquer ofensa à decência pública, visto que, englobando a ideia de decência, diz respeito propriamente ao pudor sexual.” in, MAIA GONÇALVES, 1977, ponto 6, p. 614 e 615.

⁵ BELEZA DOS SANTOS, 1926-27, p.178.

⁶ ARY DOS SANTOS, 1932, p. 317.

⁷ Como por exemplo um homicídio passional ou furto de objetos por motivos feiticistas.

⁸ KARL NATSCHERADTZ, 1985, p.135.

⁹ Por exemplo o facto de qualquer pessoa poder ser sujeito ativo e passivo do crime de estupro e o facto de que já não se exige a prova de virgindade do sujeito passivo.

Em contrapartida no crime de violação estava ainda presente a ideia de que só as mulheres podiam ser vítimas deste tipo de crime e só podiam ser violadas através de cópula.

inserido no título “dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”¹⁰ e o bem jurídico protegido continuava a ser a moral social sexual, tendo sido introduzido o conceito de exibicionismo, previsto no art.º 212.º, ainda hoje presente no atual art.º 170.º do CP, punindo a prática, em lugar público e em condições de provocar escândalo, de atos que ofendam gravemente o sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual.

FIGUEIREDO DIAS vinha defendendo a necessidade de erradicar do direito penal todo o dogmatismo moral e, conseqüentemente, advogando a descriminalização de condutas meramente imorais que não ofendem bens jurídicos fundamentais da comunidade, apresentando como domínio privilegiado da aplicação desses princípios condutas como a prostituição, a homossexualidade, os crimes contra a natureza, a pornografia, o incesto e o estupro, devendo este, porém ser substituído pela punição de relações sexuais extramatrimoniais com menores de 16 anos¹¹. Ainda MANUEL COSTA ANDRADE sustentava “a ilegitimidade da incriminação de condutas por razões exclusivamente de ordem moral, não devendo ser punidas quaisquer práticas sexuais que não colidam com a liberdade e autenticidade da expressão sexual, isto é, as que ocorram livremente, em privado, entre adultos, pois que o bem central dos crimes sexuais é a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto entre sexos como entre as formas de orientação das práticas sexuais”¹².

Após as alterações introduzidas em 1995 e 1998, o legislador português aderiu a uma conceção positiva da sexualidade, e que se fez sentir a vários níveis, “sendo determinante a assumida defesa de que a intervenção penal apenas deve assegurar, nesta área, a função de tutela do bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual, o que se prende com a ideia de que toda a pessoa maior e capaz tem o direito de «exercer a atividade sexual em liberdade¹³»”. A partir da revisão do CP de 1995, aprovada pelo DL n.º 48/95, de 15/3, foi modificada a inserção sistemática dos crimes sexuais, sendo que surgiram as alterações

¹⁰ “O abandono da denominação de crimes contra os costumes, que se mantinha no Anteprojeto de Eduardo Correia, mas que caiu, não surtiu o efeito real do abandono do paradigma de criminalizar como crimes sexuais as condutas que atentassem contra a moral e os bons costumes” in ALFAITE, Ob. Cit., 2009, p.31.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, 1976, p.89.

¹² COSTA ANDRADE, 1983, p.203.

¹³ ORTS BERENQUER, ENRIQUE, 1995, p.24.

legislativas mais significativas, e foi na matéria dos crimes sexuais que tiveram mais impacto, nomeadamente ao nível dos crimes contra menores¹⁴.

Os crimes sexuais passaram então a integrar o “Capítulo V – Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, do “Título I – Crimes contra as pessoas¹⁵” e a redação típica daqueles sofreu profundas alterações – como a substituição do conceito de atentado ao pudor definido como “o comportamento (...) que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual” (art.º 205.º, n.º 3 do CP 1982), pelo ato sexual de relevo e o âmbito do seu conceito foi restringido, equiparando a penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo à cópula e, desta forma, subtraindo os atos de penetração com objetos ou partes do corpo ao regime da coação sexual e submetendo-os a um regime mais grave, como é o da violação.

O crime de violação (art.º 164.º do CP) aparece, quer na versão revista pelo DL 48/95, quer na versão da Lei n.º 65/98, como uma especialização do crime de coação sexual (art.º 163.º do CP), existindo um concurso aparente entre as duas normas.¹⁶ Em 1998, com a já referida Lei 65/98, houve uma ampliação da área de tutela destes crimes, através da alteração da sua configuração, prevendo novas formas ou meios de constrangimento da liberdade sexual, falamos aqui em assédio sexual, uma forma de coação sexual fundada no abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitamento de temor causado sobre a vítima, desse modo alargando o seu âmbito de aplicação.

O crime “Atos exibicionistas” dispunha na sua norma: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”. Em 2007, por obra da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que efetuou a vigésima terceira alteração ao Código Penal, desapareceu a epígrafe “Atos exibicionistas”, passando a prever-se na mesma secção o crime de “Importunação sexual”, definido e punido pelo artigo

¹⁴ “Foi introduzido um novo tipo legal de crime, o crime de abuso sexual de crianças, onde se inclui o coito oral e anal, no entanto apenas o coito anal foi equiparado ao coito vaginal” CLARA SOTTOMAYOR, 2012, p.20.

¹⁵ “Agora estamos perante a proteção da liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade” in ACTAS CP, FIGUEIREDO DIAS, 1993, p.246.

¹⁶ MARIA SILVA DIAS, 2008, p.223. Ambos os crimes (violação e coação sexual), supõem a lesão do bem jurídico da liberdade sexual mediante coação. Atente-se, ainda, na aproximação da redação dos mencionados artigos 163.º e 164.º após a alteração introduzida pela cit. Lei n.º 65/98.

170.º nos seguintes termos: “Quem importunar outra pessoa praticando perante ela atos de carácter exibicionista ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Alargou-se, assim, o seu âmbito ao constrangimento a contacto de natureza sexual ¹⁷ - “(...) ato de natureza sexual, praticado contra a vontade da vítima e na presença da mesma ou sobre esta (que seja constrangida a presenciar ou suportar) e, em tal medida, seja importunada¹⁸”. Configuram-se aqui dois ilícitos distintos: a importunação de outra pessoa através da prática, perante ela, de atos de carácter exibicionista, e a importunação de outra pessoa por meio de constrangimento a contacto de natureza sexual. Também em 2007 houve um alargamento do conceito de “violação” previsto no art.º 164.º, o tipo objetivo de ilícito foi ampliado quanto ao conteúdo da ação, com a previsão adicional do ato qualificado de “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”.

Finalmente, eliminou-se a diferença punitiva entre atos heterossexuais e homossexuais com adolescentes, que passaram a estar equiparados. – Atos sexuais com adolescentes previsto no art.º 173.º, exigindo-se sempre como requisito o abuso de inexperiência da vítima com mais de 14 anos e menos de 16.

Em 20105, com a Lei 83/2015, pela necessidade de clarificar¹⁹ na lei penal a criminalização, sem margem para dúvidas, de qualquer relacionamento sexual não consentido, independentemente dos meios usados para o constrangimento, mantendo-se uma moldura mais grave para os casos em que o constrangimento se verificasse através de meios mais gravosos, houve alterações aos tipos legais de violação e coação sexual, alterações que foram impulsionadas pela Convenção de Istambul. O n.º 1 dos arts 163.º e 164.º não foram alterados, mas prevê-se agora um n.º 2 que abrange o constrangimento “por meio não compreendido no número anterior”. Ou seja, abrange o relacionamento sexual (os atos sexuais são os mesmos

¹⁷ Visando punir atos que não tenham a gravidade e a dignidade própria de ato sexual de relevo.

¹⁸ Cf. Ac. do TRE de 15-05-2012.

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/7048E451287AF72480257DE10056F86D>

¹⁹ Neste sentido, Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e à violência Doméstica, p.11:” consideramos premente clarificar na lei penal que o não consentimento não depende da manifestação da resistência física por parte da vítima, para assim combater a desproteção na prática atualmente existente”.
http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf

previstos no n.º 1 de cada um dos artigos) “constrangido”, i.e., não livremente consentido, o que abarcará quer o dissentimento/não consentimento, quer o assentimento alcançado por qualquer tipo de pressão que não chegue ao patamar da “ameaça grave ou da violência ou da colocação da vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir (do n.º 1)”²⁰.

Também em 2015, e pela já citada Lei 83/2015, alargou-se o crime de importunação sexual (art.º 170.º do CP²¹) às propostas de teor sexual. Como CONCEIÇÃO DA CUNHA afirma “do que se trata aqui não é (não poderia ser por clara violação dos princípios dignidade e da necessidade penal) da criminalização de expressões ou convites de teor elogioso, mas, tal como refere o art.º 40.º da *Convenção de Istambul*, que esteve na origem desta criminalização, de «comportamentos indesejados de natureza sexual, *sob forma verbal*²², não verbal ou física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo».” Ou seja, para esta Autora, sendo que vamos de encontro com a sua opinião, “...só poderão estar em causa comentários ou propostas de teor sexual humilhantes, intimidantes, ofensivos, degradantes²³”.

Em síntese, o bem jurídico protegido deixou de ser a moral social sexual para passar a ser a liberdade e autodeterminação sexual. Os crimes sexuais passam assim a crimes contra as pessoas e, como destaca FIGUEIREDO DIAS, “a reforma de 1995 fez dos chamados crimes sexuais autênticos (e exclusivos) crimes contra as pessoas e contra um valor estritamente individual, o da liberdade de determinação sexual, deixando definitivamente de os considerar como crimes atentatórios dos «fundamentos ético-sociais da vida social», ligados aos «sentimentos gerais de moralidade sexual» e, portanto, iluminados por bens jurídicos supra individuais, da comunidade ou do Estado²⁴”.

²⁰ CONCEIÇÃO DA CUNHA, fevereiro de 2016, p. 140.

²¹ Art.º 170.º “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual, ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

²² CONCEIÇÃO DA CUNHA salienta a palavra “verbal”, pois no nosso art.º 170.º já se referia às outras formas de importunação sexual, tendo-se procedido, assim, à inserção do segmento: “propostas de teor sexual”. Por outro lado, o art.º 40.º da *Convenção de Istambul* não impõe a criminalização, mas o sancionamento (penal ou não penal) destes comportamentos. 2017, p. 358.

²³ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2017, p. 358.

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 441.

O paradigma da criminalidade sexual alterou-se. “Os conceitos mudaram, os interesses a proteger são declaradamente outros (...) e a maneira de dizer da lei filia-se num ideário diferente. O pecado (...) cedeu o passo à preservação da liberdade individual²⁵.” Com efeito, “a tutela da moralidade sexual deu lugar à tutela da liberdade sexual²⁶, quer na sua vertente positiva – liberdade para as pessoas se relacionarem sexualmente de acordo com a sua vontade livre – quer negativa – liberdade para recusar relacionamentos sexuais.”²⁷ Afirmando-se, conseqüentemente, a proposição político-criminal segundo a qual “em caso algum constitui crime a atividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem²⁸”.

Na Convenção de Istambul, no seu art.º 36.º está disposto que as partes deverão tomar “medidas legislativas ou outras necessárias para alcançar a criminalização” de condutas sexuais²⁹ intencionadas não consentidas (n.º 1), esclarecendo ainda que “o consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes” (n.º 2), e ainda que tal incriminação deverá abranger “atos cometidos contra atuais ou ex-cônjuges ou parceiros...” (n.º 3).

O bem jurídico a ser tutelado é a liberdade sexual, pois os comportamentos sexuais devem ser criminalizados quando limitarem a liberdade sexual das vítimas. Esta é a conceção que atualmente inspira o Código Penal Português e, como já foi referido, desde a Reforma de 1995 que o nosso CP assumiu os crimes sexuais como crimes contra as pessoas, mais concretamente, crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. E bem. “Numa sociedade democrática, pluralista, a intervenção penal no âmbito da sexualidade, atentos os princípios da dignidade e necessidade penal (art.º 18.º da CRP), não poderia fundamentar-se na imoralidade de uma conduta, mas sim na perturbação da liberdade e autodeterminação sexual, bens de nível constitucional, ínsitos no direito à integridade física pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da CRP) e tendo

²⁵ TERESA BELEZA, 1996, p.5.

²⁶ Direito constitucionalmente consagrado n.º 1 dos arts. 25.º, 26.º e 27.º da CRP

²⁷ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2017, p.347.

²⁸ MARIA JOÃO ANTUNES, 2010, p.154.

²⁹ O artigo especifica as condutas sexuais: penetração vaginal, anal ou oral, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto e outros atos de carácter sexual.

como fundamento último o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP).³⁰

1.2- Os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual – distinção e enquadramento geral

Os crimes sexuais estão inseridos no capítulo V do nosso Código Penal, com o título “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”.

O capítulo V é composto por duas Secções, a primeira denominada “Crimes contra a liberdade sexual” e segunda designada “Crimes contra a autodeterminação sexual”. Não significa isto que na primeira Secção o bem jurídico protegido seja a liberdade sexual e, na segunda, a autodeterminação sexual. Na verdade, “a Secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem fazer aceção de idade; enquanto a Secção II estende essa proteção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é (...) um menor de certa idade³¹”. Ou seja, o que diferencia a Secção I da Secção II, é o facto de na primeira (arts. 163.º a 170.º do CP) os crimes poderem ser cometidos tanto contra adultos como contra menores, havendo agravantes no caso de serem menores de 16 anos (art.º 177.º, n.º 6 CP) ou menores de 14 anos (art.º 177.º, n.º 7 do CP),³²tratando-se na Secção II (arts. 171.º a 176.º do CP) de crimes cometidos exclusivamente contra menores, “isto porque a criança não terá ainda capacidade para formar livremente a sua vontade e/ou compreender o significado do seu comportamento³³”. “Trata-se da tutela da especial vulnerabilidade das crianças e adolescentes, criminalizando-se comportamentos aparentemente consensuais, não podendo este “consenso” ser considerado livre, tendo em conta a falta de capacidade da vítima menor para o prestar. O nosso Código Penal estabelece ainda uma graduação da tutela consoante a idade do menor. A tutela de menores de 14 anos é absoluta, considerando-se que abaixo desta idade inexistente capacidade para consentir em relacionamentos sexuais, sendo estes

³⁰ CONCEIÇÃO DA CUNHA, fevereiro de 2016, p. 134 e 135.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, 2012, p.711.

³² Em sintonia com o art.º 46.º d) da Convenção de Istambul.

³³ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2003, p.195.

suscetíveis de prejudicar o livre desenvolvimento da personalidade da criança; já entre os 14 e os 18 anos a tutela reporta-se apenas a certo tipo de comportamentos mais graves ou abusivos, também suscetíveis de perturbar o desenvolvimento da personalidade do jovem, ainda em formação³⁴”.

Neste sentido, podemos afirmar que na Secção II “Crimes contra a autodeterminação sexual” tutela-se um bem jurídico complexo, para além da tutela da liberdade do indivíduo, “trata-se ainda (...), pode dizer-se, de proteger a autodeterminação sexual, mas sob uma forma muito particular: não face a condutas que representem a extorsão de contactos sexuais por forma coativa ou análoga, mas face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo, sem coação, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade. A lei presume que a prática de atos sexuais com menor, em menor ou por menor de certa idade prejudica o desenvolvimento global do próprio menor³⁵”.

Assim, falamos numa tutela do livre desenvolvimento da personalidade da criança e da/do adolescente, em particular na esfera sexual, “mas também a qualidade emocional da sua vida, uma vez que os danos psíquicos causados se projetam no futuro, afetando também a vida adulta³⁶”. CONCEIÇÃO DA CUNHA reconhece a importância desta proteção, afirmando que, a especial proteção penal das crianças e das/dos adolescentes justifica-se plenamente dada a sua particular vulnerabilidade³⁷” e, segundo COSTA ANDRADE, “até atingir um certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais³⁸”.

Este bem jurídico encontra-se consagrado no art.º 69.º n.º1³⁹ da Constituição da República Portuguesa, e como afirmam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “consagra-se neste artigo um direito das crianças à proteção, impondo-

³⁴ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2007, p.353.

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.541.

³⁶ CLARA SOTTOMAYOR, 2004, p.161.

³⁷ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2002, p.354.

³⁸ COSTA ANDRADE, 1991, p.396.

³⁹ Art.º 69.º n.º 1 da CRP “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral (...)”. Esta imposição constitucional mantém-se em relação à juventude – art.º 70.º da CRP.

se os correlativos deveres de prestação ou de atividade ao Estado e à Sociedade (...)
A noção constitucional de «desenvolvimento da personalidade» (art.º 26.º-2) assenta em dois pressupostos: por um lado, a garantia da dignidade da pessoa humana, elemento «estático», mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento; por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formação, elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades⁴⁰.”

Neste sentido, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, preconiza no seu preâmbulo que a criança “por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento.”

Sendo assim, é obrigação do Estado assegurar os direitos dos menores, particularmente, o direito à dignidade, ao desenvolvimento da personalidade, à segurança, à saúde, e à integridade física e psíquica.

Ora, os abusos sexuais conduzem a consequências trágicas ao nível do equilíbrio psíquico dos menores, – “(...) quando as crianças e jovens são deixados à mercê de atividades sexuais específicas de outras idades, ou nelas se envolvem, o desenvolvimento da sua personalidade fica, potencialmente, sujeito a riscos, traumas e choques psicológicos impostos por terceiros⁴¹”. Estes abusos podem causar às crianças e às/aos adolescentes infindas perturbações, a curto, médio e longo prazo. Como por exemplo, perturbações de Stress Pós-Traumático (PTSD), depressão, medo, vergonha⁴², tentativas de suicídio, automutilação, sentimentos de desconfiança relativamente aos adultos em geral, isolamento, agorafobia, disfunções sexuais, maior tendência para consumo de drogas e de álcool, insucesso escolar, fugas de casa, e mudanças de comportamento, não raras vezes passando um menor sossegado e responsável a ser agressivo e conflituoso.⁴³

⁴⁰ MOREIRA VITAL e JOSÉ GOMES CANOTILHO, 2007, p.869 e 870.

⁴¹ M. MIGUEZ GARCIA, 2011, p.278.

⁴² “Acho que as pessoas podem notar, pela maneira como ando, pela forma do meu corpo” – menor abusado sexualmente. Cf. PEDRO STRECHT, *Vontade de ser... Textos sobre a adolescência*, 2005, p.73.

⁴³ CELINA MANITA, 2003, p.238 a 24; CLARA SOTTOMAYOR, in http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/O-m%C3%A9todo-da-narrativa-e-a-voz-das-v%C3%ADtimas-de-crimes-sexuais_Clara-Sottomayor.pdf e RUI DO CARMO; ISABEL ALBERTO; PAULO GUERRA, 2006, p. 41 e ss.

Com efeito, estas perturbações dificultam, no futuro das crianças, o desenvolvimento de relações positivas, desenvolvem sentimentos de impotência e de culpa, de falta de poder e controlo sobre a sua vida e sobre o seu corpo, assim como sobre as suas emoções. Vejam-se as palavras escritas no diário de uma criança de 14 anos, abusada sexualmente: “Nunca mais vou poder esquecer. Esse dia marcou horas de silêncio, semanas de calmantes e meses sem dormir. Os meus pesadelos são tantos, e sempre rodam à volta da mesma pessoa. O tempo apagou as marcas físicas, mas as emocionais nunca mais consegui esquecer (...) neste momento sinto-me mal, dói cá dentro, sinto-me perdida e triste (...) sinto que assassinaram a minha alma e roubaram a minha infância⁴⁴”.

Por tudo isto, subscrevemos integralmente PEDRO STRECHT quando afirma que “os abusos sexuais de crianças e adolescentes (...) são verdadeiros assassinatos da alma (...) Falamos de tragédias de vivos, com partes importantes da sua vida psíquica que morreram nos atos em que foram abusados. (...) Morre a ingenuidade, desaparece a alegria, não volta a confiança, escoá-se a esperança.”

E mais poderemos dizer: os crimes sexuais contra crianças “não afetam, apenas, as vítimas, mas toda a sociedade. A família, as amigas da vítima e pessoas que a ela estão emocionalmente ligadas, são também vítima secundárias ou indiretas do crime⁴⁵”.

Concluimos, assim, que a Secção II existe tendo em consideração a maior necessidade de proteção das vítimas menores de idade.

Falamos aqui de crimes de perigo abstrato, dado que o “perigo concreto para o desenvolvimento (...) do menor pode vir a não ter lugar, sem que com isto a integração pela conduta do tipo objetivo de ilícito fique afastada⁴⁶.” O objetivo é “preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade do ponto de vista sexual⁴⁷”.

⁴⁴ CLARA SOTTOMAYOR, *ibidem*.

⁴⁵ CLARA SOTTOMAYOR, *ibidem*.

⁴⁶ Em representação da doutrina maioritária, FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao art.º 171.º, in CCCP, t. I, 2.ª ed., 2012, p.835.

⁴⁷ MOURAZ LOPES, *ob. Cit.*, p.116.

Em síntese, é notória e bastante positiva a evolução da nossa sociedade, particularmente a evolução das mentalidades, o que se refletiu no nosso Código Penal, ao longo das diferentes épocas jurídico-legislativas, em que os crimes sexuais tiveram várias designações – desde crimes contra a honestidade, crimes contra os costumes, até aos atuais crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, dando agora uma maior importância aos crimes sexuais. Neste sentido, VERA LÚCIA RAPOSO afirma que “Após um período de «trevas», temos hoje uma codificação centrada na liberdade sexual. Esta liberdade – a qual constitui uma das vertentes do bem jurídico geral «liberdade pessoal» - assume vital importância, na medida em que a sexualidade é um dos mais relevantes domínios da vida dos indivíduos e possibilita-lhes a realização plena como ser humano⁴⁸”.

Defendemos que a criminalidade sexual, no âmbito do Direito Penal, deve e tem de ser tratada de forma distinta da restante criminalidade, uma vez que pode trazer consequências particularmente prejudiciais e duradouras para a sua vítima, não lhe dando, enquanto sujeito passivo “a oportunidade de manifestar a sua vontade sobre o ato de natureza sexual em que se viu envolvida⁴⁹”.

⁴⁸ VERA RAPOSO, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, Ob. Cit., 933.

⁴⁹ MOURAZ LOPES e CAIADO MILHEIRO, Ob. Cit., 2015, p.122.

CAPÍTULO II

2.1 - Os Atos Sexuais com relevância penal

Considera-se apenas legítima, por corolário da Reforma de 1995, a incriminação de condutas de foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem jurídico pessoal, que corresponde à liberdade de expressão sexual.

Nos dias de hoje, continuamos a sustentar a ideia de que não é crime uma atividade sexual praticada por adultos, em privado e com consentimento mútuo (acordo), “só o caráter coagido, ou a publicidade com incómodo de terceiros, ou a imaturidade do parceiro poderão ser campos de atuação legítima da dissuasão penal em matéria de sexo”⁵⁰.

Torna-se pertinente enquadrar quando é que estamos perante um ato sexual. Um ato é sexual (em regra por ação, mais raramente por omissão, como o continuar nu à aproximação de alguém) quando tem por objeto direto o sexo humano e pelo menos envolve o próprio corpo ou o corpo de outrem; são desde logo todas as ações que, de acordo com a sua aparência externa, permitem reconhecer a sua relação com o sexo.⁵¹

Resultou da revisão de 2007 um quadro criminal que distingue diferentes categorias de atos sexuais com relevância penal. PINTO DE ALBUQUERQUE identifica a distinção entre atos sexuais de especial relevo (cópula, coito anal e oral e penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo), atos sexuais de relevo (atos sexuais com gravidade objetiva), atos de contacto sexual (atos sexuais sem gravidade objetiva) e atos de exibicionismo⁵². A Autora MARIA SILVA DIAS ordena-os em três principais categorias e por ordem crescente, da seguinte forma: “atos de caráter exibicionistas” e o “contacto de natureza sexual” (arts. 170.º, 171.º n.º 3, al. a) e 172.º, n.º 2 do CP) que se encontram em primeiro lugar e no mesmo patamar, considerando-os os menos graves; em segundo lugar situa-se o ato sexual de relevo, em que se destaca o crime de coação sexual (art.º 163.º do CP) e que é descrito como resultado de alguns crimes na forma simplificada (art.º 165.º, n.º 1,

⁵⁰ M. MIGUEZ GARCIA, 2011, p.279.

⁵¹ M. MIGUEZ GARCIA, 2011, p.283.

⁵² PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, 3ª ed., p.641.

167.º, n.º1, 172.º, n.º1, 173.º, n.º1 e 174.º, n.º1 do CP). Por último, e em terceiro lugar, considerando-se os atos sexuais mais graves, ou qualificados, encontra-se a cópula, coito anal, coito oral e introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos, que caracterizam o crime de violação (art.º 164.º do CP) e qualificam os crimes previstos nos artigos 165.º a 167.º e 171.º a 174.º do CP⁵³.

Subsiste, portanto, uma graduação valorativa e punitiva relativamente aos atos sexuais com relevância penal; cumpriremos o percurso desta pirâmide valorativa, começando por abordar o ato sexual com relevância penal que se intui menos gravoso até ao mais gravoso, dando especial atenção ao confronto de ato sexual de relevo *versus* o contacto de natureza sexual.

2.2- Atos de carácter exibicionista⁵⁴

O ato exibicionista consiste, como afirma PINTO DE ALBUQUERQUE, “numa ação com conotação sexual realizada diante da vítima, que suscite o receio fundado da prática subsequente de um ato sexual com a vítima”.⁵⁵ Ou, como sustenta ANABELA RODRIGUES, “a prática de atos de carácter exibicionista envolve a prática de atos – ou gestos – relacionados com o sexo. Esta interpretação é manifestamente seguida pela doutrina e é a única defensável, tendo em vista a inserção sistemática do crime que se prende com a prática de tais atos”.⁵⁶

Podem constituir atos exibicionistas, por exemplo, o desnudamento do agente diante a vítima⁵⁷, o desnudamento em lugar público ou mesmo de acesso restrito⁵⁸ ou a realização de ato sexual com terceiro diante da vítima⁵⁹.

Peculiaridade dos atos de carácter exibicionista é “que ele ocorra perante a vítima, isto é, independentemente de o corpo da vítima ser tocado⁶⁰”, aqui se jogará, portanto, com a fronteira entre ato exibicionista e contacto de natureza sexual. A disposição legal do artigo 170.º do CP, epigrafado “Importunação Sexual”, prevê,

⁵³ MARIA SILVA DIAS, dezembro 2013, p.75.

⁵⁴ Art.º 170.º do CP “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual...”.

⁵⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, 3.ªed, p.531.

⁵⁶ ANABELA RODRIGUES, “Anotação 1.ª ao art.º 171.º”, in CCCP, t. I, 2.ª ed., 1999, p.533.

⁵⁷ Ac. do STJ, de 6.1.1993.

⁵⁸ Ac. do TRL, de 17.10.1989.

⁵⁹ ANABELA RODRIGUES, “Anotação 2.ª ao art.º 171.º”, in CCCP, t. I, 2.ª ed., 1999.

⁶⁰ RODRIGUES, ANABELA e SÓNIA FIDALGO, 2.ªed., 2012, p.817.

como refere PINTO DE ALBUQUERQUE, “dois crimes distintos: o crime de ato de caráter exibicionista e o crime de contacto de natureza sexual”, sendo que ambos visam a tutela da liberdade sexual de outra pessoa, ainda que este bem jurídico seja “protegido de modo diverso por cada uma das incriminações⁶¹”.

2.3- Contacto de natureza sexual⁶²

Nesta modalidade típica estamos perante a prática, no corpo do sujeito passivo, de um ato de natureza sexual, ação esta com conotação sexual que não tem a gravidade do ato sexual de relevo. Logo, não estariam incluídos atos que não implicassem um contacto físico⁶³ e todas as palavras ou gestos grosseiros de natureza sexual dirigidos a terceira pessoa.

2.3.1- Constrangimento a contacto de natureza sexual

Aqui, para além do contacto físico, também é necessário que haja um constrangimento sobre a vítima, ou seja, que esse contacto físico lhe seja imposto, imposição esta, por se tratar de constrangimento, que terá que assentar na supressão do sentido da vontade da vítima. Sendo que este constrangimento não tem de ser obtido por meio de violência ou ameaça grave⁶⁴, “pode, contudo, tratar-se de um ato imposto pela surpresa, quando o agente conte com a impossibilidade de reação atempada da vítima para a constranger ao contacto sexual⁶⁵”.

Encontramos diferentes entendimentos em relação às condutas que poderão enquadrar-se nesta previsão legal; ainda que diferentes na sua formulação, acabam por convergir no essencial.

⁶¹PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, 3ª ed., p.675. No mesmo sentido, ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO afirmam que “o legislador configurou no mesmo artigo (...) dois comportamentos cuja ilicitude típica é diferente” – especificamente, “a importunação de outra pessoa através da prática, perante ela, de atos de caráter exibicionista, e a importunação de outra pessoa por meio de constrangimento a contato de natureza sexual” in “Importunação sexual” in CCCP, t. I, 2.ªed., 2012, p.816.

⁶² Art.º 170.º do CP “...ou constrangendo-a a contato de natureza sexual (...)”.

⁶³ Concordamos, neste ponto, com a doutrina maioritária, isto é, o agente tem de tocar no corpo da vítima. No mesmo sentido, VERA RAPOSO, 2003, p.951 e FRANCESCO MACRÍ, 2010, p.81. Em sentido contrário destacamos INÊS LEITE, 2011, p.60, quando afirma que “restam dúvidas quanto à exigência de que o contato de natureza sexual tenha natureza física ou se também abrangerá contatos não corporais, tais como conversações intimidadoras e sexualmente explícitas”.

⁶⁴ Por se tratar, então, de crime de coação (art.º 154.º do CP), o qual tem uma moldura penal mais gravosa, pelo que, por via da subsidiariedade expressa, consome a importunação.

⁶⁵ INÊS LEITE, 2011, p. 73.

MOURAZ LOPES⁶⁶ afirma que não basta a existência de contacto de natureza sexual, o mesmo “tem que decorrer através de alguma forma de pressão, aperto, compressão ou coação que configure um ato que de uma forma inequívoca cerceia a liberdade sexual da vítima.”

PINTO DE ALBUQUERQUE⁶⁷ defende que o contacto de natureza sexual pode incluir, “o toque (com objetos ou partes do corpo) da nuca, do pescoço, dos ombros, dos braços, das mãos, do ventre, das costas, das pernas e dos pés da vítima. Também constitui contacto de natureza sexual a aproximação física do corpo do agente ao da vítima de modo que quase se toquem, incluindo a aproximação frente a frente do agente às costas da vítima, mas excluindo a aproximação das costas do agente às costas da vítima”.

MIGUEZ GARCIA define como atos preparatórios ou de simples execução “constranger”, mediante um mínimo coativo, simples pressão, aperto, compressão, mas sempre diferente do art.º 163.º. O que releva é a noção de constrangimento como ato agressivo ou de imposição da vontade. Mas a conduta, além de ter havido contacto corporal, exige sempre a importunação da vítima.⁶⁸

Entendemos que a conduta punida por lei deverá implicar um contacto sexual com a vítima, que assume algum relevo, que atinja o limiar mínimo da danosidade social e que, por isso, justifique a intervenção do direito penal em área tão sensível como é a liberdade de autodeterminação sexual. Para se tratar de contacto de natureza⁶⁹ sexual relevante o mesmo terá de representar um ataque à liberdade sexual da vítima que assuma certa gravidade, sem traduzir a prática de ato sexual de relevo. Por outro lado, somos da opinião que o constrangimento exigido aqui poderá acontecer por qualquer meio, como por qualquer forma de pressão física ou psicológica⁷⁰.

2.3.2 - Fronteira com o ato sexual de relevo simples

⁶⁶ MOURAZ LOPES, 2008, p.108 e 109.

⁶⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, 2ª ed., p. 531 e 532.

⁶⁸ “O A se chega à pessoa da frente por supor que ali está a sua mulher (que, entretanto, se desviou para o lado) e se produz o contato com essa outra pessoa, não será de constrangimento que se trata. Ademais, o crime é de natureza sexual. Pode ser até um contacto socialmente tolerado, como acontece com “encontrões” entre pessoas que não estão em condições, por exemplo num autocarro lotado e em movimento, de os evitar.” M.MIGUEZ GARCIA, 2011, p.305.

⁶⁹ Neste sentido Cf. Ac. do TRE de 5.15.2012.

⁷⁰ Entendimento também assumido por PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, p. 532.

O contacto de natureza sexual do art.º 170.º fica aquém do relevo exigido para que seja praticado o crime de coação sexual, ato sexual de relevo simples. Não assumem tal relevo pois não integram um “comportamento objetivamente identificável como sexual⁷¹”. Concordamos que, por exemplo os toques em transportes públicos ou outros toques aparentemente cobertos pela adequação social não podem ser considerados como atos sexuais de relevo, mas sim simples contactos de natureza sexual. FIGUEIREDO DIAS afirma, a propósito dos vulgos toques (aparentemente cobertos pela adequação social), que “é de excluir do conceito de ‘ato sexual de relevo’ não apenas os atos ‘insignificantes ou bagatelares’, mas também aqueles que não representem ‘entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima’, como por exemplo, os atos que, embora ‘pesados’ ou ‘significantes’, por impróprios, desonestos, de mau gosto ou despidorados, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalidade ou instantaneidade, não entrem de forma importante a livre determinação sexual da vítima⁷²”. Sendo que, estes atos não se enquadram no ato sexual de relevo, mas sim (alguns) no art.º 170.º.

2.4 - Ato sexual de relevo

Posto isto, urge elucidar o que entendemos por ato sexual de relevo, mesmo que, em termos doutrinários, não seja exequível estabelecer uma definição precisa de um tal conceito, existindo pelo menos três posições: a objetivista, a subjetivista e a mista.

Ato sexual de relevo será “todo aquele (comportamento ativo) que, de um ponto de vista predominantemente objetivo, assume uma natureza, um conteúdo, ou um significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica”, o ato sexual de relevo, resulta, nesta perspetiva, como “a ação de conotação sexual de uma certa

⁷¹ INÊS LEITE, 2011, p.71.

⁷² FIGUEIREDO DIAS, 2012, p.720.

gravidade objetiva realizada na vítima.”⁷³Daqui se compreende um duplo requisito: a feição sexual da ação e a gravidade considerada merecedora de tutela penal.

Numa conotação subjetiva⁷⁴dá-se relevância à intenção libidinosa, isto é, intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual. Todavia, não consideramos relevante o motivo da atuação do agente, se tal conduta foi acompanhada ou não da intenção de satisfazer os instintos sexuais⁷⁵.

Como refere FIGUEIREDO DIAS “ao exigir que o ato sexual seja de relevo a lei impõe ao intérprete que afaste da tipicidade não apenas os atos insignificantes ou bagatelares – função negativa – mas que investigue do seu relevo na perspectiva do bem jurídico protegido – função positiva⁷⁶ .

Doutrinária e jurisprudencialmente considera-se ato sexual de relevo “toda a conduta que ofenda bens jurídicos fundamentais ou valores essenciais das pessoas quanto à sua livre expressão do sexo. A conduta, para ser de relevo, terá de ser intensa, objetivamente grave e traduzir intuítos e desígnios sexuais que frontalmente sejam atentatórios da autodeterminação sexual da vítima”.⁷⁷

Deste modo, incluímos nos atos sexuais de relevo a cópula (quer vulvar, quer vestibular), o coito anal⁷⁸, o coito oral ⁷⁹e a introdução vaginal ou anal com objetos e partes do corpo (ainda que só toquem a vagina ou o ânus, sem introdução total ou parcial⁸⁰).

Como referimos inicialmente neste capítulo, dentro dos atos sexuais de relevo fazemos uma distinção entre os atos sexuais de especial relevo (ou qualificados) dos atos sexuais de relevo (simples), sendo que para um aprofundamento destes

⁷³ FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.447. Esta conceção objetiva de ato sexual de relevo também tem vindo a ser defendida por autores estrangeiros, tais como Tröndle e Maiwald.

⁷⁴ Entre nós, Eduardo Correia e Maia Gonçalves.

⁷⁵ Ac. STJ, de 24.10.1996. “O ato sexual de relevo será, pois, aquele que, tendo uma relação objetiva com o sexo, se reveste de certa gravidade, constituindo «uma ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito passivo» invadindo de uma maneira objetivamente significativa aquilo que «constitui a reserva pessoal, o património íntimo que, no domínio da sexualidade, é apanágio de todo o ser humano»”.

⁷⁶FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.449.

⁷⁷ Ac. do STJ de 15.6.2000.

⁷⁸ Consiste na introdução, total ou parcial, do pénis de um homem no ânus de outra pessoa, com ou sem *emissio seminis*.

⁷⁹ Consiste na introdução total ou parcial, do pénis de um homem na boca de outra pessoa, com ou sem ereção, com ou sem *emissio seminis*. Ac. do STJ, de 23.09.2004.

⁸⁰ Ac. do TRC de 05.06.2013 e 02.04.2014 e o Ac. do TRP de 07.10.2009.

conceitos será importante analisarmos o art.º 163.º (coação sexual) e o art.º 164.º (violação).

2.4.1 - Coação sexual e Violação (ato sexual de relevo simples e ato sexual de especial relevo)

O crime de coação sexual apenas diverge do crime de violação no que diz respeito aos atos sexuais em si, sendo que o crime de coação sexual se basta com os atos sexuais de relevo (simples), enquanto no crime de violação são exigidos atos sexuais de especial relevo (qualificados); por este motivo muitos autores consideram o crime de violação como uma forma agravada de coação sexual.

Para efeitos de verificação legal da coação sexual (art.º 163.º), o ato sexual de relevo deve resultar de constrangimento da vítima, mediante violência, ameaça grave, ou de ação destinada a colocar a vítima inconsciente ou na impossibilidade de reagir, ou ainda, por qualquer outro meio não compreendido no número 1 do mesmo artigo (n.º 2). Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS⁸¹ a conduta típica traduz-se “em ato de coação imediatamente dirigido à prática, ativa (obrigação de praticar) ou passiva (obrigação de sofrer), de um ato sexual de relevo”. Contudo, tal não implica a mutualidade do contacto corporal como ressalta o Autor “o aludido toque no corpo da vítima não tem de ser levado a cabo pelo corpo do agente ou de terceiro: não é indispensável o mútuo contacto corporal”, resultando assim que “toques com objetos ou mesmo ações como as de ejacular sobre a vítima” integram o conceito de ato sexual de relevo para efeitos do art.º 163.º.

O ato sexual de relevo (simples) abrange a cópula vulvar e o toque, com objetos ou partes do corpo, nos órgãos genitais, seios, nádegas, coxas e boca. A distinção dos atos sexuais que estão presentes em cada artigo não é muito clara, sendo que no crime de violação existe sempre uma penetração/introdução que não acontece no crime de coação sexual, o que acaba por ser um fator importante para ajudar na sua distinção.

Vejamos, agora o crime tipificado no artigo 164.º do CP (Violação).

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.450 e 451.

Como já referimos, o art.º 164.⁸² descreve a violação como um caso especial de coação sexual (coação qualificada), sendo que os atos sexuais de especial relevo abrangem precisamente os atos sexuais mais graves: a cópula, as cópulas impróprias que serão o coito anal, o coito oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, deixou-se, portanto, de exigir sempre a penetração de órgão sexual masculino.

Podemos concluir que no crime de coação sexual as condutas sexuais consideram-se “menos grave” pelo facto de o ato sexual de relevo comportar no resultado menos intensidade de ataque do que o que está incorporado no ato sexual de especial relevo, indicado no crime de violação. Como afirma MIGUEZ GARCIA⁸³ “a melhor forma de distinguir “simples” coação sexual (art.º 163.º n.º 1 e 2) da coação sexual “qualificada” que é a violação (art.º 164.º, n.º 1 e 2), consiste em ser esta concebida como crime de penetração (através de cópula, coito anal ou oral, etc.)”, sendo que, “a norma do art.º 163.º, n.º 1, refere “apenas” a prática de ato sexual de relevo (o que excluirá a cópula, o coito anal, o coito oral e os atos equivalentes), daí que o intérprete deva procurar determinar, primeiro, o que é um ato sexual, depois, o que é um ato sexual de relevo.” Damos como exemplo de ato sexual de relevo, para efeitos da coação sexual, o toque com as mãos na vagina, contanto que tenha um conteúdo sexual; excluído fica qualquer forma de penetração.

2.3- Cópula e situações equiparadas – Alargamento do art.º 164.º do CP

O coito anal, o coito oral e a introdução vaginal ou anal de parte do corpo ou objetos nem sempre integraram o conceito de violação. Inicialmente, equiparou-se o coito anal à cópula (1995), para efeitos de moldura penal, posteriormente em 1998 estendeu-se o conceito de violação incluindo-se o coito oral⁸⁴. Só com a reforma de

⁸² É punido quem constringer, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, ter tornado a vítima inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, seja adulta ou menor, a sofrer ou a praticar consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.

⁸³ M.MIGUEZ GARCIA, 2011, P.285.

⁸⁴ Este alargamento seguiu, afirma MAIA GONÇALVES, “a orientação consagrada no Código Penal Francês de 1994, e por se entender que estas formas de penetração sexual constituem, de acordo com os estudos da psicologia e da psiquiatria, violações da liberdade sexual da vítima identicamente intensas e estigmatizantes”, MAIA GONÇALVES, 2007, p.621.

2007 se deu uma das mais importantes inovações: a equiparação da penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo à cópula e aos coitos anal e oral, atos sexuais de relevo qualificados por excelência.

Para um melhor entendimento dos atos sexuais de especial relevo é indispensável analisarmos com mais pormenor o conceito de cópula, sendo que a sua determinação jurídica encontra larga convergência na doutrina, traduzindo-se, assim, na penetração vaginal pelo pénis. PINTO DE ALBUQUERQUE⁸⁵ define-a como “ato pelo qual o pénis de um homem é introduzido na vagina de uma mulher, haja ou não *emissio seminis*.” MOURAZ LOPES⁸⁶ elucida como o “resultado de uma relação heterossexual de conjunção carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos”, sendo que, “a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina se apresenta como requisito inultrapassável.”

O conceito de cópula dispensa a *emissio seminis* para a sua verificação, conforme fixação jurisprudencial do STJ⁸⁷ “pese embora alguma hesitação da jurisprudência, temos como mais fundamentada a teoria de que no conceito de cópula se não exige a dita *emissio seminis*.” O STJ justifica tal dispensa: “exigir-se na violação consumada o orgasmo ou ejaculação, como por vezes se lê, é um puro preciosismo, atendendo à essência do bem jurídico protegido”, pelo que “a norma incriminadora contenta-se com a introdução do pénis na vagina, total ou parcial.”

Por conseguinte, nos atos sexuais de especial relevo “não se encontra abrangida (contra, porventura, a – todavia não evidenciada – intenção do legislador), para efeitos de preenchimento do tipo objetivo do crime de violação, a cópula vestibular ou vulvar (uma vez que a vagina é distinta da vulva”⁸⁸). Cópula vulvar consubstancia-se no contacto externo dos órgãos sexuais masculinos e femininos consumada pela *emissio seminis*, sem que se tenha verificado penetração do pénis na vagina. Como acrescenta o autor MOURAZ LOPES⁸⁹, o mesmo é válido “quando as partes do corpo (por ex. dedos, língua) ou objetos (v.g. vibradores, paus) apenas contactam com a vagina ou ânus, mas inexistente introdução total ou parcial”; defende que “estamos perante um ato sexual de relevo que, no

⁸⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, p.511.

⁸⁶ MOURAZ LOPES, 2016, p.60 e 61.

⁸⁷ Ac. n.º 5/2003 do STJ

⁸⁸ FIGUEIREDO DIAS, 2012, p.750.

⁸⁹ Idem, ibidem, p.41.

entanto, não integra o crime de violação, por não se subsumir no elemento típico “introdução””. Em concordância, afirma FIGUEIREDO DIAS⁹⁰: “deve considerar-se cópula a penetração da vagina pelo pênis: a chamada “cópula vulvar” não é ainda cópula para efeitos do art.º 164.º”, acrescenta ainda que “isto significaria estender o âmbito de proteção próprio da violação a casos que não são em geral adequados a lesar a especificidade do bem jurídico, uma tal interpretação não é compatível com o sentido comum do teor literal do preceito “cópula” e, portanto, com o princípio *nullun crimen sine lege*”. MAIA GONÇALVES⁹¹, assumindo uma posição no sentido do conceito ético-social de cópula, afirma que “há bons argumentos no sentido de que a definição de cópula deve ser agora aferida pelo conceito médico-fisiológico de penetração do membro viril na vagina da mulher, embora só parcialmente.”

Alguma jurisprudência, quando não exista ejaculação enquadra os atos de cópula vulvar para a tutela do art.º 163.º, caso contrário, alguns enquadram-nos no art.º 164.º. PINTO DE ALBUQUERQUE engloba-os nos atos sexuais de relevo do art.º 163.º.

Não podemos deixar de concordar com FIGUEIREDO DIAS ao assumir que não foram explicitamente previstas as situações de cópula vulvar nos atos sexuais de especial relevo. Sendo que não entendemos nem concordamos com esta opção legislativa, depois de vários progressos legislativos com o objetivo de equiparar estas situações à cópula. Na nossa opinião, trata-se de uma conduta tão grave como a penetração, que deveria assumir gravidade equivalente aos ditos atos sexuais de especial relevo. Mais, é de particular importância, o tratamento do coito vulvar, nos crimes sexuais cometidos contra menores, mais propriamente no abuso sexual de crianças, por estarem em causa vítimas menores de 14 anos “que até podem ainda não estar fisicamente desenvolvidas” e “muitas vezes existe desproporção entre os órgãos sexuais do agente e os da vítima, impedindo uma penetração relevante.” Também em casos, por exemplo, “quando o agente é um uma mulher de 16 anos ou mais que fricciona os seus órgãos genitais exteriores nos da vítima menos de 14 anos, também do sexo feminino.”⁹² Porém, o coito vulvar é tratado como simples

⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.472.

⁹¹ 2007, p. 630.

⁹² MARIA SILVA DIAS, 2011, p.225.

ato sexual de relevo, o que discordamos totalmente, porque o legislador continua a dar prevalência à teoria da penetração.

2.5.1 - A introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos

A expressão “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” pode suscitar algumas dúvidas e divergências. Por conseguinte, é necessário distinguir as situações. É “que com a introdução dolosa de um objeto”⁹³ numa parte do corpo de outra pessoa, necessariamente a vagina ou o ânus, tanto se pode ofender a liberdade sexual (porque se estabeleceu a perfeita “equiparação” à cópula ou ao coito anal) como praticar um crime de ofensa à integridade física”.⁹⁴

Como afirma PINTO DE ALBUQUERQUE⁹⁵ “só estamos perante o crime de violação quando a vítima tem posição passiva, isto é, quando “sofre” a introdução que foi realizada pelo agente. Ao contrário, ou seja, quando é a vítima (constrangida) a penetrar o agente ou outrem na vagina ou ânus com partes do corpo ou objetos já estamos perante o crime de coação sexual. Isto porque, o referido constrangimento do sujeito passivo, só é tratado como crime de violação se consistir em *sofrer, com o agente*, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos – (a norma incriminadora – art.º 28.º, n.º 1 do CP – leva à conclusão que só é típica a modalidade “sofrer”). Concordamos com o Autor citado, e poder-se-á dizer que a liberdade sexual da vítima, nestes casos, não é afetada tão gravemente, “dir-se-á que quando a vítima é constrangida, v.g. pelo uso de violência, a praticar no agente “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” a ofensividade do bem jurídico protegido não é assim tão grave como quando o próprio sujeito passivo tem de suportar, no seu próprio corpo essa introdução “de partes do corpo ou objetos”⁹⁶. Por outro lado, quando essa introdução é feita com partes do seu próprio corpo na vagina ou no ânus do agente, somos da opinião que a liberdade sexual da vítima é de igual modo afetada, “na perspetiva da defesa da liberdade sexual da vítima, é mais grave e mais ofensivo para a sua liberdade quando essa introdução (praticada

⁹³ Objeto e não “coisa” tal como decorre do art.º 202.º do CC.

⁹⁴ M.MIGUEZ GARCIA, 2011, p.294. O art.º 430.º do anterior CP espanhol agravava a introdução de objetos ou o uso de meios, modos ou instrumentos brutais, degradantes ou vexatórios. A penetração vaginal ou anal nessas condições pode ser ato sexual de relevo no sentido antes exposto. No outro extremo, será unicamente crime contra a integridade física se lhe faltarem os pressupostos de ato contra a liberdade sexual. Essas atuações podem estar relacionadas com práticas sexuais sadomasoquistas ou outras do chamado “sexual underground”.

⁹⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, p.512.

⁹⁶ MARIA SILVA DIAS, 2008, p.233.

pelo sujeito passivo que a tal é constrangido) é feita com partes do seu próprio corpo, do que quando é feita com objetos.”⁹⁷

Contudo, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos foi equiparado à cópula, coito oral e anal, fazendo parte dos atos sexuais mais graves, pois existe uma equivalência entre cada um dos atos e um denominador comum: a penetração.

O legislador não define o que entende por “partes do corpo” e por “objetos”, sendo que estes têm significados diferentes e não se podem confundir. Será que estes objetos têm de ser idênticos ao órgão genital masculino ou que terem a função de o substituir? E como definir as “partes do corpo” equiparadas a “objetos”? Poderá ser um cadáver? E terá de ser parte do corpo, que não esteja separado deste, ou seja, que não tenha sido amputado?

MARIA SILVA DIAS⁹⁸ define introdução vaginal ou anal com objetos como “a penetração com utilização de algo, “coisas” materiais, autónomas, naturalmente inanimadas”. Na opinião de PINTO DE ALBUQUERQUE ⁹⁹os objetos utilizados podem estar em estado sólido, por exemplo, vibradores, pénis artificiais, próteses, paus, garrafas ou cabos de vassouras, ou líquido, por exemplo, o sémen ou a urina”. Em relação às “partes do corpo” utilizadas, para este autor podem ser “a mão, o dedo da mão, o pé, o dedo do pé, a língua e o nariz”. ¹⁰⁰

MARIA SILVA DIAS ¹⁰¹conclui que as “partes do corpo” não poderão ser o pénis do agente (porque se a introdução vaginal ou anal ocorrer com o pénis já há cópula ou o coito anal respetivamente). Porém, “terá de ser uma parte do corpo do agente (pessoa viva) e não, de um cadáver (ainda que seja o pénis)”¹⁰², concretizando a sua ideia ao afirmar que “um cadáver representa um corpo humano morto antes da completa destruição da matéria orgânica, daí que não se integre no segmento”. OLIVEIRA ASCENSÃO diz até “que um cadáver nem é pessoa, nem é coisa porque indissociável da personalidade de que foi suporte.”. Em sentido

⁹⁷ MARIA SILVA DIAS, 2011, p.233.

⁹⁸ Idem, ibidem, p.236.

⁹⁹ PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, p.512.

¹⁰⁰ Cfr. Ac. do STJ de 15.06.2000.

¹⁰¹ MARIA SILVA DIAS, 2011, p.236.

¹⁰² Salvo tratando-se por exemplo de uma múmia pertencente a um museu, como exemplifica COSTA ANDRADE, in CCCP, tomo II, 1999, p.214.

contrário, PINTO DE ALBUQUERQUE¹⁰³ engloba no conceito “objetos” partes de um cadáver ou de um animal.

Parece-nos que as partes do corpo amputadas não podem ser tratadas como objetos, pois, são sempre partes de um corpo, sendo certo, como MARIA SILVA DIAS¹⁰⁴ afirma, “contudo, não têm vida autónoma, e por isso, equivale a uma parte de um corpo morto”. Já relativamente a uma prótese, por exemplo, de um braço, que possa ser desarticulada (separada do corpo), na opinião da citada Autora depende “da forma como é utilizada, ou seja, tanto pode ser tratada como parte do corpo do agente ou como objeto”, se a prótese for desarticulada “é utilizada como objeto e nesse caso é indiferente a quem pertence”. Para a Autora a utilização de um corpo de um animal também fica afastada do conceito que o legislador pensou para partes do corpo do agente.

Com esta breve referência a algumas das questões que podem surgir neste âmbito concluímos que falamos aqui em atos sexuais que detêm uma gravidade equivalente à cópula e à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, como o exemplo do corpo de um animal, ou o órgão sexual masculino de uma pessoa falecida, porém, são tratados de forma diferente, o que se torna incoerente. Não quer isto dizer que estes atos não sejam puníveis, poderão encaixar nos atos sexuais de relevo (simples), ou seja, constituírem crime de coação sexual, porém, na nossa opinião são atos sexuais muito graves e que preenchem o pressuposto dos atos sexuais de especial relevo, a penetração.

Por outro lado, entendemos que se a interpretação do ato sexual de especial relevo que consiste na introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos for “demasiado maximalista iremos correr o risco de esvaziar o conteúdo do simples ato sexual de relevo¹⁰⁵”.

¹⁰³ PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, p.512.

¹⁰⁴ MARIA SILVA DIAS, 2011, p.218.

¹⁰⁵ Idem, p.240.

CAPÍTULO III -

3.1 Os meios de constrangimento nos crimes de coação e violação

Neste terceiro e último capítulo iremos fazer uma pequena reflexão crítica sobre algumas problemáticas dos crimes sexuais tanto contra adultos como, e particularmente, contra menores.

Como já referimos supra¹⁰⁶, os crimes sexuais estão divididos em duas Secções: crimes contra a liberdade sexual e crimes contra a autodeterminação sexual (as práticas sexuais com menores) - nestes últimos não são empregues quaisquer meios de constrangimento, sendo que a idade da vítima é equiparada, em termos de gravidade, ao uso de meios de constrangimento.

Logo, nos tipos legais de crime coação sexual e de violação, verifica-se a exigência de meios típicos de constrangimento (art.º 163.º, n.º 1, e art.º 164.º, n.º 1): “a violência, a ameaça grave, a colocação da vítima em estado de inconsciência e na impossibilidade de resistir...”, sendo que, esta exigência suscita ou pode suscitar dúvidas de interpretação, nomeadamente em relação à efetiva proteção da liberdade sexual. Os meios de constrangimento estão tipificados, porém não há um consenso quanto à sua interpretação, o conceito de violência ou ameaça grave não é claro, podendo haver diferentes aceções, como acontecia/acontece.

Há quem defenda, posição que subscrevemos, que “o relacionamento sexual contrariando o dissentimento da vítima já deveria ser considerado violento¹⁰⁷”; por seu turno Autores como Simas Santos e Leal Henriques, que contrariam esta conceção, são da opinião que só haveria violência no caso de a vítima opor clara resistência (exigindo-se uma luta entre agente e vítima). Consideramos uma perspetiva inaceitável, já que impõe à vítima um ónus “desproporcional, irrazoável, violador da sua dignidade¹⁰⁸”. Há ainda quem defenda uma interpretação “intermédia”, em que “não se deveria exigir esta luta, mas sim um “*plus*” de força

¹⁰⁶ Capítulo I, ponto 2.

¹⁰⁷ Neste sentido, CLARA SOTTOMAYOR, 2011, p.273 e seg. e os Ac. da RP de 6.3.1991 e Ac. da RC de 17.2.1993.

¹⁰⁸ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2012, p.475.

física do agente não bastando a sua atuação apesar do dissentimento da vítima¹⁰⁹”. A estas diferentes interpretações corresponde, de igual forma, uma disparidade jurisprudencial com algumas decisões polémicas, como por exemplo “a do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011, que absolveu o agente (psiquiatra da vítima), por não se ter provado a “resistência da vítima”, a luta entre agente e vítima, apesar de estar grávida e deprimida e ter havido aquele “plus” de força física¹¹⁰.” Em relação ao conceito de “ameaça grave” também não era, nem é, nos dias de hoje, propriamente pacífico, “havendo interpretações mais ou menos exigentes, quer no sentido de abranger ameaças menos graves do que as suscetíveis de integrar o crime de coação (art.º 154.º), quer em sentido inverso¹¹¹”.

Foi por esta razão que em 2015 a lei n.º 83/2015 trouxe as desejáveis alterações aos n.ºs 2¹¹² dos arts 163.º e 164.º. Ou seja, os números dois destes referidos artigos abrangem “o relacionamento sexual (os atos sexuais são os mesmos previstos no n.º 1 de cada um dos artigos) “constrangido””, ou seja, o relacionamento “não livremente consentido, o que abarcará quer o dissentimento/não consentimento, quer o assentimento alcançado por qualquer tipo de pressão que não chegue ao patamar de “ameaça grave ou da violência ou da colocação da vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir (do n.º 1¹¹³)”.

Na opinião da Autora CONCEIÇÃO DA CUNHA¹¹⁴, as dúvidas que possam existir relativamente ao tipo de violência do n.º 1 dos arts supra citados, “não conduzirão nunca à desproteção da liberdade sexual”, podendo apenas conduzir “a uma diferença no grau de responsabilidade penal (ao inserir a conduta no n.º 1 ou no n.º 2)”, mais, a Autora acrescenta, com o qual concordamos na íntegra, que “o dissentimento sem violência acrescida ao facto de o relacionamento não ser consentido caberá claramente no n.º 2, bastando o uso de um “plus” de força física ou a ameaça considerada grave para se preencher o n.º 1”.

¹⁰⁹ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.453.

¹¹⁰ “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”.” Neste sentido, também o Ac. do STJ de 11.1.1996, considerando que uma bofetada não é meio idóneo para constranger a vítima a um relacionamento sexual (e mesmo apesar de a vítima ter apenas 14 anos de idade). In CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2017, p.350.

¹¹¹ FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.454 e 455.

¹¹² “Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa...”.

¹¹³ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2016, p.140.

¹¹⁴ Idem, ibidem.

Em relação aos crimes sexuais de coação sexual e de violação (art.º 163.º, n.º 1 e art.º 164.º, n.º 1) praticados contra menores de idade, a sua aplicação segue o mesmo critério (com agravantes em razão da idade previstas no art.º 177.º, n.º 6 e n.º 7). Contudo, não se deverá esquecer que estamos perante crianças em que “um pequeno uso da força deverá considerar-se violência, assim como poderá haver ameaças que, tratando-se de uma pessoa adulta, não se poderiam qualificar de “graves”, sendo tal gravidade de afirmar estando em causa crianças¹¹⁵”. Todavia, mesmo sendo aplicáveis estes tipos legais de crimes a crianças, subsiste uma tendência da jurisprudência para inserir estes casos na Secção II (art.º 171.º), sem se verificar se no caso concreto existe algum meio típico de constrangimento¹¹⁶.

O que terá de ficar claro é que “a violência/ameaça (expressa/grave) sexual, quer relativamente a adultos, quer relativamente a crianças, fere a liberdade sexual das suas vítimas, a integridade física (no caso de violência), a própria integridade pessoal e a dignidade humana”. E mesmo que se considere que uma criança não tem capacidade para consentir livremente, tal “não impede que uma conduta violenta, de cariz sexual, fira a sua liberdade sexual, a sua integridade física e pessoal e a sua dignidade”. E ainda que se entenda que a criança, “assim como não tem capacidade para consentir, também não tem capacidade para recusar”, CONCEIÇÃO CUNHA¹¹⁷ reforça a ideia que tal não pode ser razão para que a criança “fique à mercê dos desejos dos adultos”.

Concluimos, assim, que havendo algum tipo de violência ou ameaça grave, deve aplicar-se o art.º 163.º, n.º 1 ou o art.º 164.º, n.º 1, agravado em razão da idade, ao invés da aplicação da Secção II.

3.2 - A “Capacidade” dos menores

A natureza pessoal do bem jurídico tutelado pelos crimes sexuais tem como resultado o facto de ele ser livremente disponível pelo seu titular. Contudo, tal é difícil de aplicar aos crimes da Secção II (crimes contra a autodeterminação sexual), que assentam “na recusa de validade e eficácia à manifestação de vontade do

¹¹⁵ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2016, p.142.

¹¹⁶ Em sentido contrário, Ac. da RP de 3.12.2014, situação que foi integrada no art.º 164.º, n.º 1, com a agravação do art.º 177.º, n.º 6 (hoje n.º 7).

¹¹⁷ CONCEIÇÃO CUNHA, 2016, p.145.

portador individual do bem jurídico¹¹⁸”. Que sentido, então, atribuir ao consentimento do menor?

Quando falamos em crianças ou menores o problema do bem jurídico protegido e das condutas a criminalizar assume uma certa especificidade, nomeadamente quanto à capacidade para consentir livremente relacionamentos sexuais. Nestas situações não se poderá ou deverá valorizar o assentimento do menor, não estamos perante um consentimento esclarecido e livre.

O nosso código penal estabelece uma graduação na tutela conforme a idade do menor. O sistema jurídico-criminal assenta numa presunção inelidível de que “qualquer conduta sexual que envolva menores de 14 anos irá lesar o desenvolvimento da sua personalidade, fundamentando-se na ideia de que abaixo desta idade o menor não terá, em princípio, capacidade para decidir de forma livre, consciente e esclarecida, em termos de relacionamento sexual¹¹⁹”. Por conseguinte, “a vontade do menor de 14 anos será sempre irrelevante, desde que não tenha havido o exercício de violência ou coação grave, caso em que se irão aplicar os tipos legais da Secção I.”¹²⁰ Temos uma tutela absoluta a menores de 14 anos (art.º 170.º), relativamente ao seu desenvolvimento e crescimento sexuais, já que lei os protege, inclusivamente deles próprios, considerando irrelevante o eventual consentimento que prestem para a prática de atos sexuais¹²¹. Como tal, aqui, o acordo que possa existir por parte do menor de 14 anos, nunca excluirá a tipicidade da conduta, nem a ilicitude por via do consentimento.

Já entre os 14 e os 18 anos temos uma incapacidade relativa e, consequentemente, uma tutela relativa. Assim, entre os 14 e os 18 anos o jovem pode consentir num relacionamento sexual, a menos que existam relações de domínio “a que corresponderá a ausência de vontade livre, é o caso das relações de dependência previstas no art.º 172.º e do abuso de inexperiência do art.º 173.º”; em regra, considera-se um consentimento livre. Nas palavras de J. J. BEGUÉ LEZAÚN¹²² os jovens nestas idades encontram-se “numa zona de maturidade

¹¹⁸ COSTA ANDRADE, 1991, p.395.

¹¹⁹ MARIA SILVA DIAS, 2006, p.216.

¹²⁰ INÊS LEITE, 2011, p.51.

¹²¹ SÉNIO ALVES 1995, p.84.

¹²² Apud Maria do Carmo Silva Dias (SILVA DIAS, 2011, p.213).

tutelada”, pois o legislador atribui-lhes progressivamente autonomia para decidirem da sua vida sexual, ainda que proíba certas condutas.

Contudo, parece-nos que encontramos aqui um problema para se fixar quando é que uma criança/jovem alcança a capacidade para consentir em relacionamentos sexuais. Tal implica tentar perceber quando é que a criança/jovem “atinge a maturidade que lhe permita ter consciência do significado global e das implicações do comportamento sexual, assim como estar seguro do que quer e do que não quer, não sendo permeável a pressões e influências”, isto é, “quando é que o jovem consegue ser verdadeiramente livre neste âmbito¹²³”. Esta aquisição de maturidade, como refere CONCEIÇÃO DA CUNHA¹²⁴, implica crescimento a vários níveis, “não só intelectual/cognitivo, mas também valorativo e emocional”. Nos dias de hoje, temos muito presente a ideia de que os jovens são mais precoces que antigamente, têm mais conhecimento, particularmente na área da sexualidade, principalmente por terem as novas tecnologias que facilitam esse conhecimento. Porém, na opinião da Autora citada “se entendermos precocidade como sinónimo de maturidade, tal opinião, não nos parece mesmo correta”; não podíamos estar mais de acordo com esta frase, adquirir conhecimento (neste caso na realidade sexual) não pode ser nunca sinónimo de maturidade, não significa que os jovens tenham mais equilíbrio, capacidade para decidir, para entender as suas vontades, não significa que tenham estabilidade emocional. Até pelo contrário, “hoje, a adolescência prolonga-se por mais tempo, pois a instabilidade emocional e a dependência afetiva e económica retardam o amadurecimento dos jovens”.¹²⁵ Para além destes fatores sociológicos, existem estudos em psicologia onde abordam as diferenças de ritmos de maturação do sistema emocional e cognitivo:

Na adolescência, há uma forte ativação do sistema emocional, e, por outro lado, uma imaturidade do controlo cognitivo, o que explica que, embora os adolescentes consigam compreender conceitos e apresentem coerência lógica, sejam imaturos na tomada de decisões, muitas vezes precipitados, porque o sistema límbico domina o controlo cognitivo: assim, são menos capazes de controlar os seus impulsos, prever as consequências dos seus atos, avaliar os riscos das suas escolhas, tendo uma visão de curto prazo, sendo movidos, pelo prazer momentâneo; são também mais influenciados pela pressão dos grupos. Há estudos que indicam que a maturidade psicossocial se desenvolve até aos primeiros anos da idade adulta, sendo estas conclusões corroborados pela neurociência, quando

¹²³ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2016, p.148.

¹²⁴ Idem, ibidem.

¹²⁵ Idem, ibidem.

*esclarece que, de facto, certas funções cerebrais só se completam por volta dos 21 anos, que explicará a menor reflexão/menor impulsividade e instabilidade dos jovens.*¹²⁶

3.3 - Não consentimento?

O não consentimento é claro na Seção I dos crimes sexuais, nomeadamente nos crimes de coação sexual (art.º 163.º) e no crime de violação (art.º 164.º), ambos do CP. Os meios de constrangimento destes tipos legais supõem o não consentimento da vítima. Neste sentido, o art.º 36.º, n.º 1, al. b)¹²⁷ da Convenção de Istambul¹²⁸ adota “uma noção de consentimento da vítima avaliado de acordo com o contexto em que as circunstâncias ocorreram, seguindo o sentido da jurisprudência do TEDH (M.C. vs Bulgária, entendendo que o uso de ameaça ou do uso de violência demonstram inequivocamente a ausência do consentimento (...) e que o não consentimento não tem de ser expresso por resistência física, bastando palavras ou gestos¹²⁹”, dando realce ao problema do dissentimento (adotada uma noção restrita de violência). Neste sentido, a APAV¹³⁰ defendia a alteração das normas legais do crime de coação sexual e do de violação “no sentido de tornar claro que o não consentimento basta para a verificação do crime, passando o exercício de violência, ameaça grave ou utilização de meios para conduzir a estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir a constituir formas de agravamento da pena.¹³¹”

Nos crimes sexuais onde as vítimas são menores já não é claro o “não consentimento”, pois existe um vazio legal nas normas da Secção II dos crimes sexuais, não podemos relevar o consentimento ou o não consentimento do menor. Porém, realçamos que “nem todos os atos praticados com menores de 14 anos provocam ofensa ao seu bem jurídico infância e juventude”, seria inaceitável “a proibição dos atos sexuais entre menores, motivados pela procura da experiência sexual, sem que seja detetável qualquer abuso e que se traduzem em atividades

¹²⁶ Idem, ibidem.

¹²⁷ “Quem praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com outra pessoa”.

¹²⁸ Entrou em vigor em Portugal a 1 de agosto de 2014.

¹²⁹ Ac. do STJ de 12.11.2014.

¹³⁰ Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, p.12.

¹³¹ Desde 2015 que foi inserido um n.º 2 nos arts. 163.º e 164.º para abranger estas situações.

próprias do crescimento”.¹³² Concluimos que o princípio que fundamenta a menoridade sexual “não é qualquer suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas, sim, que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual”.¹³³

3.4 - O dissentimento¹³⁴ dos menores?

Uma criança com menos de 14 anos não tem capacidade para consentir, mas será que uma criança de 12 anos terá capacidade para dissentir? CONCEIÇÃO DA CUNHA¹³⁵ enumera uma serie de questões que nos despertam para o envolvimento neste assunto “Será que se atinge ao mesmo tempo a capacidade para o “sim” e a capacidade para o “não” ou poderá esta anteceder aquela? Não se poderá sustentar que mais cedo se sabe o que não se quer do que se compreende o que se quer? Que é mais fácil perceber o que se rejeita do que aquilo que se deseja? Ou, mesmo que se entenda que assim não é, mesmo que a oposição não demonstre compreensão, não demonstrará, sem dúvida, desgosto, repulsa, o que implicará maior sofrimento por ter de suportar o comportamento do agente? Por outro lado, a rejeição de uma criança de 12 anos não terá diferente significado face à rejeição de uma criança de 3 ou 4 anos?”

Na nossa opinião, que vai de encontro à opinião da Autora citada, o assentimento ou dissentimento deverá ser tido em consideração nas diferentes idades de formas distintas, sendo mais ou menos grave dependendo da idade da vítima menor, “o dissentimento, principalmente à medida que nos aproximamos da adolescência, deve ser valorado negativamente”, diríamos que quando estamos perante adolescentes, por exemplo de 12 ou 13 anos, “apesar de o seu consentimento não ser válido, o seu dissentimento deveria agravar a responsabilidade do agente¹³⁶”. Apoiamos esta posição, pois nestas idades, “embora

¹³² ANA RITA ALFAIATE, 2009, p. 135.

¹³³ Ac. do STJ de 12.11.2014.

¹³⁴ Esta questão foi levantada pela Professora Doutora Conceição da Cunha, na comunicação que proferiu na Conferência sobre a Convenção de Istambul e a Violência de Género, organizada pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas e pela Escola de Direito do Porto da UCP, e que se realizou nos dias 29 e 30 de maio de 2015, na UCP Porto.

¹³⁵ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2016, p.153.

¹³⁶ Idem, ibidem.

não havendo capacidade para um “sim” consciente e livre, já haverá alguma percepção da situação”, implicando que o relacionamento imposto seja considerado mais grave, mesmo sem preencher os meios típicos dos arts. 163.º, n.º 1, ou 164.º, n.º 1. Em relação a crianças mais novas já existem mais dúvidas sobre esta diferença de gravidade, porém somos da opinião que o dissentimento também poderá ser considerado.

3.4.1- O problema da aplicação dos tipos legais de crime – Relevância do dissentimento

Se um adulto tiver um relacionamento sexual (relação de cópula, por exemplo) com uma menina de 12 anos de idade, que dissentiu e/ou sofreu pressões ou ameaças (não graves), aplica-se o art.º 171.º, n.º 2 ou o art.º 164.º, n.º 2 agravado em razão da idade (art.º 177.º, n.º 7)?

Deve-se dar importância ao dissentimento da menina apesar de não ter capacidade para consentir? Capacidade para consentir e capacidade para dissentir são totalmente sobreponíveis? ¹³⁷ Como admite CONCEIÇÃO DA CUNHA¹³⁸, “estas capacidades não são totalmente equiparáveis” e como já referimos o dissentimento da vítima deveria conduzir “a um mais severo juízo de desvalor da conduta do agente.”

Voltando ao caso concreto, esta conduta preenche o art.º 164.º, n.º 2, agravado pelo art.º 177.º, n.º 7, em razão da idade. Contudo, também preenche o art.º 171.º, n.º 2 (abuso sexual de crianças). Perante esta relação de concurso aparente deveria aplicar-se o art.º 164.º, n.º 2 agravado em razão da idade, uma vez que se verifica o requisito do constrangimento da vítima (pois esta dissentiu ou sofreu pressões). Nesta perspectiva o art.º 171.º seria quando estivéssemos perante casos em que o menor tivesse consentido no relacionamento sexual, ou seja, deve-se dar relevo ao dissentimento por menores de 14 anos.

¹³⁷ CONCEIÇÃO DA CUNHA, 2017, p. 354.

¹³⁸ Idem, 2017, 355.

Porém, ao agravamos a moldura do art.º 164.º, n.º 2 (de metade), chegamos a uma moldura inferior à do art.º 171.º, n.º 1¹³⁹. O mesmo acontece para a relação entre o art.º 163.º, n.º 2, agravado pelo art.º 177.º, n.º 7 e o art.º 171.º, n.º 1.

Esta solução não foi convenientemente refletida pelo legislador: “se tivesse querido contemplar os casos de dissentimento de menor de 14 anos, não seria certamente no sentido de atenuação da pena, mas no da sua agravação¹⁴⁰”. CONCEIÇÃO DA CUNHA¹⁴¹ sugere: “melhor seria ter previsto a agravante em razão da idade (art.º 177.º, n.º 7) apenas para o n.º 1 destes artigos (art.º 163.º e 164.º¹⁴²), deixando que o fator dissentimento funcionasse como agravante no âmbito da determinação da pena concreta do art.º 171.º, evitando (ou atenuando), assim, a dúvida equacionada.”

Encontramos também situação problemática nos casos de:

Um jovem, entre os 14 e os 18 anos, que dissente ou consente devido a pressões/ameaças (não graves) de um adulto de quem depende, por exemplo, por ser o próprio pai ou tutor?

No art.º 172.º¹⁴³ estamos perante uma relação de dependência, o que por si só, já contamina a vontade ou liberdade da vítima, falámos aqui de um consentimento viciado. Portanto, os casos de dissentimento seriam resolvidos pelos arts 163.º, n.º 2 ou 164.º, n.º 2, agravados em razão da idade (menor de 16 anos, art.º 177.º, n.º 6).

Neste caso, temos uma moldura do art.º 164.º, n.º 2, agravada em razão da idade, se a vítima for menos de 16 anos (art.º 177.º, n.º 6), mais severa do que a do art.º 172.º, n.º 1. Contudo se estivermos perante atos sexuais de relevo do art.º 163.º, a moldura do art.º 172.º, n.º 1 já é superior à do art.º 163.º, n.º 2, agravado em razão da idade (art.º 177.º, n.º 6). Aqui, mais uma vez, não podemos deixar de concordar

¹³⁹ A moldura do art.º 164.º, n.º 2, é de 1 a 6 anos de pena de prisão, com a agravação de metade fica de 18 meses a 9 anos de pena de prisão e a moldura do art.º 171.º, n.º 2, é de 3 a 10 anos de pena de prisão.

¹⁴⁰ CONCEIÇÃO CUNHA, 2017, p.355.

¹⁴¹ Idem, ibidem.

¹⁴² Neste caso, havendo violência ou ameaça grave, a punição pelo art.º 163.º, n.º 1 ou 164.º, n.º 1 (consoante os atos praticados), agravado em razão da idade (art.º 177.º, n.º 7), conduz a uma punição superior à do art.º 171.º, n.º 1 ou n.º 2.

¹⁴³ Aqui criminaliza-se relacionamentos sexuais entre menores entre os 14 e 18 anos e pessoa que o tenha sido confiado para educação ou assistência.

com a Autora COINCEIÇÃO CUNHA¹⁴⁴, quando afirma que o legislador não ponderou esta situação. “Um relacionamento sexual em que, para além da relação de dependência da vítima, há dissentimento da vítima ou pressões do agente, revela um maior desvalor, devendo conduzir a uma agravação da pena”; faria todo o sentido ter-se em consideração estas particularidades como agravantes “na determinação concreta da pena, ou, até, prever estas hipóteses como agravantes da moldura legal, no âmbito do próprio art.º 172.º, ao invés do recurso a este jogo de tipos legais de crime, para nuns casos se concluir pela aplicação da moldura do art.º 172.º, n.º1 e, noutros, pela moldura do art.º 164.º, n.º2.”.

Concluimos este capítulo afirmando que seria de repensar uma mais vinculada separação entre a Secção I e a Secção II, para evitar esta dificuldade de ponderação na aplicação da lei em situações que se devem inserir nos tipos legais da Secção I, agravando a pena em razão da idade, e as situações em que se deve aplicar diretamente os tipos legais da Secção II. Como já referimos no início deste capítulo, existe uma tendência por parte dos tribunais a recorrerem diretamente para a Secção II, quando estão em causa de crimes praticados contra menores sem ponderar cuidadosamente da existência de violência ou ameaça grave. A separação que sustentámos seria uma forma de se evitar as remissões¹⁴⁵ de uma Secção para a outra, assim como complexas relações de concurso aparente, sem se pôr em causa a especial tutela dos menores, em razão da sua vulnerabilidade.

¹⁴⁴ COINCEIÇÃO DA CUNHA, 2017, p.357.

¹⁴⁵ Exemplo disso é o crime de importunação sexual em que se exige que a vítima se sinta importunada e constrangida, em relação ao adulto faz sentido, porém perde o sentido face a vítimas menores de 14 anos, já que o menor não tem capacidade para consentir.

CONCLUSÃO

Terminado este trabalho e depois de todas as considerações jurídico-penais expostas, importa concluir:

- 1- Houve uma importante evolução, em matéria de crimes sexuais, deixando definitivamente de os considerar como crimes atentatórios dos fundamentos ético-sociais da vida social. Passou a tutelar-se a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa, enquanto bem jurídico integrante dos seus direitos e liberdades fundamentais, em vez da tutela da moralidade, da honestidade ou dos bons costumes;
- 2- Os crimes sexuais passaram a ser considerados como crimes contra as pessoas previstos e punidos no Capítulo V do Título I, dividindo-se em duas Secções: a primeira designada “Crimes contra a liberdade sexual”, e a segunda denominada “Crimes contra a autodeterminação sexual”;
- 3- A Secção I protege a liberdade e/ou autodeterminação sexual de todas as pessoas, sem fazer aceção da idade, enquanto a Secção II estende essa proteção a casos em que as vítimas são menores;
- 4- Na Secção II encontramos a tutela a um bem jurídico complexo, o desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual (autodeterminação sexual); reconhecemos a importância desta proteção, tendo em consideração a particular vulnerabilidade dos menores, devendo ser preservados dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro de atividades sexuais. Todos os acontecimentos na infância/adolescência de uma criança afetam o seu integral desenvolvimento;
- 5- A defesa da liberdade na esfera sexual deverá continuar a ser merecedora de dignidade penal, em sintonia com o seu valor constitucional;
- 6- A Convenção de Istambul foi um instrumento jurídico inovador, impulsionando as alterações aos crimes sexuais, assim como a criação de novos crimes;

- 7- A igualdade (nomeadamente a igualdade de género) deverá ser uma realidade efetiva, sendo de louvar que a nossa legislação criminal tenha vindo a ser cada vez menos discriminatória, tratando de igual forma homens e mulheres, assim como as diferentes orientações sexuais, enquanto vítimas de agressão contra a sua liberdade sexual (por exemplo, a eliminação da diferença punitiva entre atos heterossexuais e homossexuais com adolescentes, que passaram a estar equiparados);
- 8- O alargamento do âmbito dos crimes de “Violação” e de “Atos sexuais de especial relevo” concretizou-se numa das mais importantes inovações introduzidas pela Lei n. °59/2007, nessa medida, podemos afirmar que foi intensificada a tutela da liberdade e autodeterminação sexual;
- 9- Existe uma hierarquização dos atos criminalmente previstos e com relevância penal: Atos exibicionistas, contactos de natureza sexual; atos sexuais de relevo e atos sexuais de especial relevo.
- 10- Ordenamos estes atos sexuais em três principais categorias e por ordem crescente (da sua gravidade): atos de carácter exibicionistas e contactos de natureza sexual; ato sexual de relevo; e, por último, considerando-se os atos sexuais mais graves, ou qualificados, encontra-se a cópula, coito anal, coito oral e introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos;
- 11- Sugerimos uma alteração ou clarificação quanto ao conceito de cópula, para que se possa abranger a cópula vestibular ou vulvar nos atos sexuais de especial relevo.
- 12- A doutrina não é unânime relativamente à definição de ato sexual de relevo, existindo três posições: a objetivista, a subjetivista e a mista. Contudo, somos contra a posição subjetivista por não considerarmos relevante o motivo da atuação do agente;
- 13- Não compreendemos a manutenção da epígrafe “violação”; justificava-se a mudança para “coação qualificada”, pois o crime de coação sexual apenas diverge do crime de violação no que diz respeito aos atos sexuais em si, sendo que o crime de coação sexual se basta com os atos sexuais de relevo (simples) e no crime de violação são exigidos atos sexuais de especial relevo (qualificados);
- 14- O assentimento ou dissentimento deverá ser tido em consideração nas diferentes idades de forma distinta;

15- Subscrevemos a sugestão feita por CONCEIÇÃO DA CUNHA, no sentido de uma separação total da Secção I da Secção II, para tornar a lei mais clara, evitando remissões de uma Secção para a outra e evitando também relações de concurso aparente entre crimes de ambas as Secções. A primeira corresponderia a uma tutela apenas de vítimas maiores de 18 anos, a segunda, a uma tutela de vítimas menores de 18 anos (mesmo com graduações e pressupostos diferentes em função da idade do menor – menores de 14 anos/menores de 16 anos/menores de 18 anos), com agravações no caso do uso de violência e de ameaça grave, podendo também prever-se uma outra agravação (menor) para os casos de dissentimento ou de pressões menos graves.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.ª Edição atualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2015
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de -Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2.ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010
- ALFAITE, Ana Rita – A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores, Coimbra: Coimbra Editora, agosto 2009
- ALVES, Sénio Manuel dos Reis – Crimes sexuais – Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Coimbra: Almedina, 1995
- ANDRADE, Manuel da Costa – O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia, in Jornadas de Direito Criminal – O Novo Código Penal Português e Legislação complementar, fase I, Lisboa, CEJ, 1983
- ANDRADE, Manuel da Costa - Consentimento e acordo em Direito Penal (*Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*), Coimbra: Coimbra Editora, 1991
- ANTUNES, Maria João – “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 12 (especial), 2010
- BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira – “Notas ao Código Penal Português”, 1.º Volume, Coimbra: França & Arménio Editores, 1917
- BELEZA, Teresa Pizarro – “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in Jornadas de Direito Criminal, Centro de Estudos Judiciário, Lisboa, 1996
- BERENGUER, Enrique Orts, “Delitos contra la libertad sexual”, Valencia: Tirant lo blach, 1995

- CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel – Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau, 2016
- CARMO, Rui; ALBERTO, Isabel; GUERRA, Alberto - O Abuso Sexual de Menores. Uma conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia, 2.ª ed., 2006
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - Breve Reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n. 03, 2002
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Crimes sexuais contra jovens e crianças”, *in Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos Juízes Sociais, Actas do Encontro*, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – Crimes sexuais contra crianças e adolescentes, *in RJLB*, n.º 3, 2007
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – Anotação ao Conceito de violência no crime de violação - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-04-2011, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n. 03 julho-setembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – Combate à violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, Universidade Católica Editora, Porto, fevereiro, 2016
- DIAS, Jorge de Figueiredo – Lei Criminal e Controlo da Criminalidade – O Processo Legal-Social de Criminalização e de Descriminalização, *in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, janeiro-dezembro 1976
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Nótula antes do art.º 172.º”, *in Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Anotação do art.º 163.º”, *in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Crimes Sexuais com adolescentes, Particularidades dos artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português, Coimbra: Almedina, 2006
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Jornadas sobre a revisão do Código Penal, *in Revista Centro de Estudos Judiciário*, 1º semestre 2008, número 8 (especial)
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade, *in Revista Centro de Estudos Judiciário*, 1.º semestre, n.º 15, 2011
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, *in revista do Ministério Público*, n.º 136, 1.º outubro-dezembro 2013
- GARCIA, M. Miguez - O Direito Penal Passo a Passo - Elementos da Parte Especial com os crimes contra as pessoas, Volume I, Almedina, 2011
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – “Anotação do art.º 163.º”, in Código Penal Português Anotado e Comentado, Legislação Complementar, 18.ª edição, Coimbra: Almedina, 2007
- LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, ano 21, n.º 1, janeiro-março 2011
- LOPES, José Mouraz – Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, 4.º edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- LOPES, José Mouraz; e MILHEIRO, Tiago Caiado – Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual, Coimbra: Coimbra Editora, 2016
- MACRÍ, Francesco - *Verso um nuovo diritto penale sessuale – Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze University Press, 2010
- MOREIRA, Vital Martins; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Constituição da República Portuguesa – Anotada Volume I – Artigos 1.º a 107.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

- NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz – O Direito Penal sexual: conteúdo e limites, Coimbra: Almedina, 1985
- RAPOSO, Vera Lúcia - Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual, *in Liber discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- RODRIGUES, Anabela, “Anotação 1.^a ao art.º 171.º”, in *Comentário Conimbricense* do Código Penal, Tomo I, 2.^a edição, 1999
- RODRIGUES, Anabela; e FIDALGO, Sónia, “Importunação sexual” in *Comentário Conimbricense* do Código Penal, Tomo. I, 2.^a edição, 2012
- SANTOS, José Beleza dos – O crime de ultraje público ao pudor, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 59.º, (1926-27)
- SANTOS, José Carlos Ary dos – Dos crimes sexuais, in *Boletim do Instituto de Criminologia*, Vol. XVII, 2.º Semestre de 1932
- STRECHT, Pedro – Vontade de ser – Textos sobre a adolescência, Edição: Assírio & Alvim, 2005
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – “Direito das crianças e vítimas de crimes violentos”, in *intervenção psicológica e social com as vítimas*, Volume I – Crianças, Coordenação Sofia Neves, Almedina, 2012
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I – Direito da Família e das Sucessões, 2004
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – O conceito legal de violação: um contributo para a Doutrina Penalista, *in Revista do Ministério Público*, 128, outubro-dezembro de 2011
- SANTOS, Celina Paula Manita - Quando as portas do medo se abrem.... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças e vítimas de abuso sexual, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens*, A função dos Juízes Sociais, 2003

WEB BIBLIOGRAFIA

- APAV, Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, disponível em:

http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf

- SOTTOMAYOR, Maria Clara – O método da narrativa e a voz das vítimas de crimes sexuais, in Revista Eletrónica de Direito Constitucional & Filosofia Jurídica, Volume I, 2007, disponível para consulta em:

http://www.eas.pt/wp-content/uploads/2014/01/O-m%C3%A9todo-da-narrativa-e-a-voz-das-v%C3%ADtimas-de-crimes-sexuais_Clara-Sottomayor.pdf

- M.C. v. BULGÁRIA (Application no. 39272/98) Judgment Strasbourg 4 December 2003 final 04-03-2014, in

https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp

LEGISLAÇÃO

- Código Penal

- Código Penal Português, GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, na doutrina e na Jurisprudência, 3.º Edição, Coimbra: Almedina, 1977

- Constituição da República Portuguesa

- Convenção sobre os Direitos da Criança

- Convenção do Conselho da Europa a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – (Convenção de Istambul)

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-01-1993, in CJ, XVIII
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24-10-1996
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-06-2000
- Acórdão n. º5/2003 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. N.º 342/97, de 24-09-2003
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23-09-2004
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-11-2014

Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17-10-1989
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06-03-1991
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07-10-2009
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-12-2014

Tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17-02-1993
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-06-2013
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-04-2014

Tribunal da Relação de Évora

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo N.º 37/11.4GDARLE1, de 15-05-2012

Consultados em www.dgsi.pt.