



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Tiago Braga Norte

**A NOVA CONSTRUÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS E DE
VIOLAÇÃO À LUZ DA LEI 101/2019, DE 6 DE
SETEMBRO E AS SUAS IMPLICAÇÕES**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Senhor Doutor Pedro Caeiro e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, 2020



Tiago Braga Norte

A nova construção dos crimes de coação sexual e de violação à luz da Lei 101/2019, de 6 de setembro, e as suas implicações

A new construction of crimes of sexual assault and rape according to the law 101/2019, 6th September and its implications

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais sob orientação do Senhor Doutor PEDRO CAEIRO

COIMBRA, 2020

Agradecimentos

Ao Prof. Doutor **Pedro Caeiro** deixo o meu apreço pela disponibilidade e orientação durante este último ano letivo, enriquecendo, ainda mais, o meu caminho com todos os conselhos sábios e precisos para que, de uma simples ideia e de um projeto, nascesse este trabalho.

Ao **meu pai e “mãedrastra”** agradeço todo o apoio e toda a paciência para me ouvirem falar e questionar vezes sem conta os mesmos assuntos e, não obstante, quererem participar e colaborar para várias discussões frutíferas, das quais retirei diversos contributos para poder redigir a presente dissertação.

À **Madalena** não posso deixar de gratular a forma como, embora não seja a sua área do direito de eleição, me orientou o pensamento dando o seu contributo, muitas vezes com ideias divergentes das minhas, mas nunca sem me estender a mão para me ajudar no que fosse necessário.

Aos meus amigos, **André e Carlos**, deixo o meu mais singelo agradecimento pelas várias horas de debate, consolidação de conceitos teóricos e ajuda na compreensão do tema neste trabalho.

Por último, a **Coimbra** e à **Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, deixo um especial agradecimento pelos meus 6 anos de vida passados nesta magnífica cidade que me viu crescer.

Resumo

A presente dissertação visa, numa fase inicial, enquadrar, temporalmente, os crimes de coação sexual e violação (previstos e punidos nos artigos 163º e 164º do atual Código Penal) na história do Direito Penal Sexual Português, culminando na Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro.

Seguidamente, e através de um breve estudo de outros ordenamentos jurídicos europeus, é um dos objetivos deste trabalho, tentar descortinar os modelos de incriminação escolhidos por estes países, por forma a entender as suas semelhanças e diferenças. Para tanto, é necessário, paralelamente, compreender e desenvolver os vários conceitos-base atinentes ao bem jurídico em crise, a *liberdade sexual* dos cidadãos.

Desta forma, será possível avançar para uma construção dos diversos modelos de incriminação, com o intuito de se perceber aquele que melhor se poderá adequar e aplicar à conjuntura sociojurídica portuguesa.

Palavras-chave: Vontade; Vontade Cognoscível; Falta de vontade; Vontade Contrária; Consentimento; Acordo; Dissentimento; Assentimento; Constrangimento; Coação Sexual; Violação; Crimes Sexuais.

Abstract

The present dissertation aims, in an initial phase, to frame, temporarily, the crimes of sexual coercion and rape foreseen and punished in articles 163° and 164° of the current Penal Code) in the history of Portuguese Sexual Criminal Law, culminating in the Law n.º 101/2019, September 6th.

Following, and through carrying out a brief study of other international legal systems, one of the objectives of this work is to try to describe the incrimination models chosen by those countries, in order to understand their similarities and differences. Therefore, in parallel, it is necessary, to understand and develop the various basic legal concepts in the protected legal interest in crisis, the *sexual freedom* of the citizens.

This way, it will be possible to move towards the construction of several incrimination models, in order to understand which is the best one that can be best adapted and applied to the Portuguese socio-legal conjuncture.

Key words: Will; Discernible will; Lack of will; Opposite will; Consent; Deal; Dissent; Assent; Constraint; Sexual Coercion; Rape; Sexual Crimes.

Lista de Siglas e Abreviaturas

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

APF – Associação para o planeamento da família

APMJ – Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

ASJP – Associação Sindical de Juízes Portugueses

BE – Bloco de Esquerda

CACDLG – Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

CDS-PP – Centro Democrático Social, Partido Popular

CSM – Conselho Superior da Magistratura

CSMP – Procuradoria-Geral da República

C.P. – Código Penal

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

MP – Ministério Público

N.º - Número

N.ºs – Números

PAN – Partido pelos Animais e pela Natureza

PCP – Partido Comunista Português

P. - Página

Pp. – Páginas

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

RASI – Relatório Anual de Segurança Interna

StGB – Código Penal Alemão

T.R.P. – Tribunal da Relação do Porto

Índice

Agradecimentos	2
Resumo	3
Abstract	4
Lista de Siglas e Abreviaturas	5
Índice	7
Introdução	9
Capítulo I – Evolução, no plano legislativo, dos Crimes de Coação Sexual e Violação.....	11
1. 1ª fase – Do Código Penal de 1852 até à Reforma de 1995	11
2. 2ª fase – Da reforma de 1995 até à Lei 83/2015	16
3. 3ª fase – Da Lei 83/2015 até à Lei 101/2019	23
4. 4ª fase – Da Lei 101/2019 até à atualidade	30
Capítulo II – O tratamento do problema em outros ordenamentos jurídicos.....	43
1. Inglaterra.....	43
2. Irlanda	48
3. Espanha.....	52
4. Alemanha	57
5. Suécia.....	63
6. Brasil.....	68
Capítulo III – Explicitação dos conceitos fundamentais para a compreensão da problemática	72
1. Vontade.....	72
1.1. Vontade contrária / Falta de vontade	73
1.2. Vontade cognoscível	74
2. Acordo / Consentimento	79

2.1. Consentimento/Assentimento como um “Estado Mental” ou uma “Expressão da Vontade”	84
3. Constrangimento	91
Capítulo IV – Análise dos modelos de incriminação	95
1. Exigência de violência ou ameaça grave	95
2. Constrangimento	101
3. Dissentimento expresso	107
4. Vontade cognoscível da vítima.....	111
5. Consentimento/Assentimento afirmativo	115
Capítulo V – Posição adotada	121
Conclusão.....	131
Bibliografia e Webgrafia	133
Legislação	145
Jurisprudência	146

Introdução

Para fruirmos da nossa vida precisamos de segurança comunitária e o Direito Penal é um fator essencial para garantir essa segurança ao sublinhar que bens jurídicos dotados de dignidade penal são merecedores de proteção penal por parte do Estado. É nesta linha condutora que surge o tema dos crimes sexuais.

A violação e a coação sexual assumiram, desde sempre, uma posição de topo na cadeia dos crimes mais hediondos e com maior reprovação social seja porque, desde o tempo da Época Medieval, serviam de demonstração de poder sob o inimigo¹, seja porque são considerados, nos tempos que correm, como um símbolo de uma sociedade paternalista e das desigualdades de género, onde a mulher assume um papel secundário.

No panorama internacional, estes crimes sofreram várias mudanças ao longo do último século, em especial no virar do milénio, com o surgimento e subsequente escalar de vários movimentos feministas, como o “Take Back the Night”. Movimentos estes que se traduziram numa chamada de atenção para determinados casos de violação e coação sexual que, até então, não eram considerados como tal, sendo que as suas vítimas eram menosprezadas e ostracizadas pela população em geral². Um dos grandes dogmas que foi derrubado por estes movimentos consubstanciou-se na constatação de que a tradicional violação – onde um desconhecido ataca, com recurso à violência ou à coação grave, uma outra pessoa para servir os seus intentos libidinosos – não era mais do que uma gota num oceano.

Em 2011, foi realizada a convenção em Istambul – a “Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica” –, que veio estatuir que o elemento central da descrição destes ilícitos típicos se deveria centrar no *dissentimento* da vítima, aconselhando os países signatários a assumir, então, um modelo de incriminação – novo para o sistema jurídico-penal português – assente neste *dissentimento* ou no “não consentimento”³.

¹ Note-se que, até há cerca de 20 anos, o recurso à violação como demonstração de poder ainda estava bastante latente na Europa, como podemos observar nos casos de violação levadas a cabo pelos militares sérvios sob o povo bósnio na antiga Jugoslávia. Para mais desenvolvimentos, *vide* OLIVEIRA, Bárbara de Abreu e JÚNIO, Jayme Benvenuto Lima Júnior, *O Estupro como Estratégia de Guerra em Conflitos Armados: a Experiência do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia nos Casos de Violência de Género*.

² A título de exemplo *vide* obra de CATHARINE A. MACKINNON, *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*.

³ Cf. artigo 36º, n.º 1, alínea a) da Convenção de Istambul.

É relativamente aos variados modelos de incriminação existentes nos ordenamentos jurídicos europeus que tentaremos construir e desenvolver a presente dissertação, realizando silogismos de comparação e diferenciação entre os mesmos a fim de se esculpir aquele que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico português.

Como sabemos, “a liberdade de um termina quando começa o direito do outro”, daí que se exija que o Estado apenas deve intervir como um garante da *liberdade sexual* na sua dimensão negativa, ou seja, quando a liberdade de uma das partes atinge o direito do outro que pratica ou sofre determinado ato sexual de relevo contra a sua *vontade*. Nesta ótica, muito se tem redigido e discutido sobre a intervenção do Estado neste que é um dos mais importantes momentos na vida de um ser humano. As opiniões não poderiam ser mais díspares, começando por uma perspetiva de que o Direito Penal e, conseqüentemente, o Estado devem limitar a sua intervenção no mínimo possível e permitir o livre desenvolvimento da sexualidade de cada cidadão e terminando numa conceção de que ao Direito Penal cabe uma intervenção que assente na premissa de que a lei deve ser um sinónimo das conceções sociais e da defesa dos cidadãos de forma igualitária, o que implica uma visão mais expansionista e intervencionista do Direito Penal neste género de relações.

Para tanto, o presente trabalho dividir-se-á em cinco capítulos, onde: são explanadas as raízes e a evolução histórica dos crimes em apreço em Portugal (Capítulo I); são estudadas as várias soluções legais para a construção dos crimes sexuais adotadas por determinados ordenamentos jurídicos europeus (Capítulo II); são compreendidas as noções de um conjunto de conceitos-chave intrínsecos à querela aqui tratada (Capítulo III); são entendidos os vários modelos de incriminação encontrados, assim como, as suas ramificações legais (Capítulo IV); e, por último, é desenvolvida a solução legal que consideramos ser mais apropriada para a conjuntura sociojurídica portuguesa (Capítulo V).

Capítulo I – Evolução, no plano legislativo, dos Crimes de Coação Sexual e Violação

1. 1ª fase – Do Código Penal de 1852 até à Reforma de 1995

Em 1852 surge o primeiro Código Penal Português⁴, que vem reunir num só documento um conjunto de crimes que se encontravam dispersos por vários documentos legais, como os crimes de “atentado ao pudor violento”, de “estupro voluntário” e de “violação” – que, até então, apenas estavam legalmente previstos nas Ordenações Afonsinas⁵ e em algumas outras leis avulsas de pendor religioso⁶ –, consagrando-os, respetivamente, nos seus artigos 391º, 393º e 394º⁷.

No tocante ao crime previsto no artigo 391º⁸, revela-se importante destacar que o mesmo, à data, exigia um atentado ao pudor contra outra pessoa através do recurso da violência e que tivesse como intuito satisfazer “paixões lascivas” ou “outro qualquer motivo”. Relativamente ao crime de estupro voluntário, o mesmo punia aquele que, através, apenas e só, de meios fraudulentos de sedução, *estuprassse* uma mulher virgem ou uma viúva honesta, com idades compreendidas entre os 17 e os 25 anos. Já o crime de violação punia aquele que copulasse com uma mulher contra a sua vontade, desde que não fosse nem menor, nem honesta, utilizando meios de violência, fraudulentos⁹ ou que inabilitassem a ofendida, tornando-a inconsciente ou tendo posto a mesma na impossibilidade de resistir.

⁴ Disponível em <https://www.fd.unl.pt/BibliotecaDigital.asp?Area=BibliotecaDigital&Intro=1>, consultado a 04 de janeiro de 2020.

⁵ “Nas nossas Ordenações era também previsto o crime do que dorme por força com qualquer mulher, sendo mesmo punido, ao contrário do que acontecia no direito romano, o que por força dormisse com mulher que por seu corpo ganhasse dinheiro.”, cf. BATISTA, Luís de Oliveira, “Anotação ao artigo 393º”, in *Notas ao Código Penal Português*, p. 240.

⁶ “Entre nós a primeira proteção genérica do pudor público apareceu com as leis de imprensa de 22 de dezembro de 1834 e 3 de agosto de 1850, a primeira das quais punia as ofensas à moral cristã e aos bons costumes, e a segunda os ultrajes à moral pública e religiosa e aos bons costumes”, cf. SANTOS, José Beleza: “O crime de ultraje público ao pudor”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 59º, Coimbra, 9 de outubro de 1926, n.º 2311, p. 177.

⁷ Note-se que, quando aqui falamos destes crimes, estamos apenas a ter em conta as ofensas cometidas contra adultos. Caso contrário, teríamos de, igualmente, abarcar, na nossa análise, também o artigo 392º do Código Penal de 1852.

⁸ Este crime poderá ser equiparável ao crime de coação sexual, previsto e punido no artigo 163º do atual Código Penal.

⁹ Ou seja, que cause um engano no ofendido. O exemplo-escola utilizado pela doutrina na época para explicitar uma situação de fraude consistia nos casos em que o agressor prometia casar com a ofendida se a mesma tivesse relações sexuais com este. Sendo que, depois de copular com esta, o mesmo a abandonava.

Deve realçar-se que, já no ano de 1852, o crime de violação utilizava o termo *vontade*, para explicitar que, para haver violação, deveria existir, da parte da vítima, uma *vontade contrária* à realização do ato sexual em causa. Todavia, teria de existir uma relação meio/fim, o que implicava que a conduta típica se traduzisse num ato de, *v.g.*, violência, fraude ou inabilitação da vítima imediatamente dirigido à prática, ativa ou passiva, de um ato de cópula. E era aqui, na existência destes meios típicos, que o crime da violação circundava. Se nenhum destes meios estivesse presente, então, e mesmo que a vontade da vítima fosse contrária à prática do ato sexual, não existiria intervenção penal. Conforme sustenta TATJANA HÖRNLE¹⁰, uma das razões para este enfoque na violência (e, apesar da menor relevância mediática, também na fraude e na inabilitação da vítima), centrava-se no baixo e arcaico nível de sofisticação dos meios de prova passíveis de serem usados em tribunal, daí a necessidade, por parte das testemunhas, de gritos ou sinais de resistência.

Posteriormente, e depois de muitas revisões, em 1884-1886, o Código Penal de 1852 sofreu uma última transformação de carácter estrutural – realizada sob inspiração do Código Espanhol e do Código Italiano¹¹ – que culminou na sua revogação. Sucedeu-lhe, assim, o Código Penal de 1886¹², que trouxe novidades para o crime de violação, com a substituição, por completo, do texto da lei¹³, deixando este ilícito típico de estar presente no artigo 394º e passando a constar no artigo 393º.

Segundo LUÍS OLIVEIRA BATISTA¹⁴, esta reforma penal estendeu a incriminação. Por um lado, conservou todos os casos do Código, incluindo os casos em que a mulher se achasse privada do uso da razão ou dos sentidos, mesmo quando a privação não fosse obra do agressor, e, por outro, considerou, ao lado dos já supramencionados elementos objetivos do tipo legal de crime, a veemente intimidação¹⁵. Desta forma, e realçando esta última adenda

¹⁰ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, p. 125.

¹¹ Cf. RAMOS, Fernando João Ferreira, “Estupro e Violação – ontem e hoje”, in *Jornadas de Direito Criminal*, p. 185.

¹² Disponível em <https://www.fd.unl.pt/BibliotecaDigital.asp?Area=BibliotecaDigital&Intro=1>, consultado a 04 de janeiro de 2020.

¹³ Que ficou com a seguinte redação: “Aquele que tiver cópula ilícita com qualquer mulher, contra sua vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e terá a pena de prisão maior celular de dois a oito anos, ou em alternativa, a de prisão maior temporária”.

¹⁴ Cf. BATISTA, Luís de Oliveira, *ob. cit.*, p. 240.

¹⁵ Esta intimidação não se podia bastar pela intenção de causar um mal qualquer, era necessário que esse mal fosse de elevada gravidade e que se apresentasse com um certo carácter de iminência ou de inevitabilidade.

ao Código, no crime de violação passam, então, a constar, como elementos materiais do tipo legal de crime, a violência física, a intimidação violenta, a fraude e a privação do uso da razão ou dos sentidos.

Num outro plano, ALFREDO DOS SANTOS¹⁶ salienta que este artigo 393º “encara fundamentalmente duas hipóteses distintas: a de a cópula ter lugar contra a vontade e de estar a mulher privada do uso da razão e dos sentidos e, assim, não ter nem deixar de ter vontade”¹⁷. No entanto, a preponderância da *vontade contrária da vítima* continua com o escasso peso que tinha com o Código de 1852, porquanto, por exemplo, se mantém a necessidade de prova de uma constante resistência por parte da vítima, não bastando, simplesmente, uma oposição nos primeiros momentos. Só desta forma é que se poderia demonstrar que a violência ou a ameaça haviam sido condições necessárias e suficientes para que a mulher houvesse sido, real e verdadeiramente, forçada a praticar atos sexuais *contra a sua vontade*.

Este paradigma jurídico-penal estabilizou-se por largos anos, até que, já nas décadas finais do século XX, começam a surgir, na sociedade portuguesa, novos ventos de mudança, alicerçados, em parte, por movimentos de emancipação da mulher¹⁸, que conduzem ao início dos trabalhos para a elaboração de um novo código penal, através de um projeto que tem no seu cerne um Direito Penal focado na proteção de interesses socialmente relevantes, não pretendendo impor “qualquer conceção moral em sentido estrito”¹⁹.

¹⁶ Cf. SANTOS, Alfredo dos, “Dos Crimes Sexuais”, in *Boletim do Instituto de Criminologia*, p. 359.

¹⁷ Novamente, a questão da *vontade* é realçada pela doutrina, havendo quem utilizasse um outro conceito: o *consentimento*. Como é exemplo LUÍS DE OLIVEIRA BATISTA, *ob. cit.*, p. 242, que argumentava que para haver violação o *consentimento* não poderia co-existir, nem com um crime violento, nem com um crime fraudulento, nem tão pouco com as situações em que a mulher se encontrava privada do uso dos sentidos ou da razão. Acrescentando ainda que o *consentimento* só teria valor jurídico se fosse dado pela pessoa no seu estado de “dispor por si”. Em harmonia de pensamento, COIMBRA, Francisco, “Crimes contra a honestidade: estupro e violação”, in *separata O médico*, p. 16.

¹⁸ Vozes como OLIVEIRA E SÁ, “Dos “crimes contra a honestidade” aos “crimes contra os costumes””, estudo médico-legal, *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, descrevem-nos concreta e exatamente o pensamento da sociedade. “A emancipação da mulher, de que tanto se fala, é aspeto particular de toda uma cultura e civilização em movimento. A inferioridade política da mulher reflete-se e revela-se na circunstância de ela não participar na feitura das leis; este é um fenómeno praticamente geral (...) Verificou-se, então (e é um fenómeno que é importante não perder de vista), que os “crimes contra a honestidade”, cujas figuras mais representativas dizem respeito à “honestidade” da mulher, foram definidos penalmente sem o voto feminino, sem que as primeiras interessadas dissessem, afinal, o que se lhes oferecia sobre o assunto. Quer dizer que o problema foi considerado, e resolvido, pela perspectiva de interesses e pela ótica moral masculina.”, p. 112.

¹⁹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “A reforma do Direito Penal português – princípios e orientações fundamentais”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, p. 142. No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo,

Assim, com a reforma do Direito Penal português e a conseqüente entrada em vigor do atual Código Penal de 1982, vislumbra-se uma necessidade estrutural de afastar as concepções morais da lei penal²⁰. No tocante aos crimes sexuais – onde se incluem os ilícitos-típicos em estudo – a alteração foi tímida²¹, porquanto os referidos crimes passaram a estar inscritos no Título III (dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade), Capítulo I (dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida em sociedade), na Secção II (dos crimes sexuais), mais concretamente no artigo 205º (que designava o atual crime de coação sexual como *crime de atentado ao pudor com violência*) e no artigo 201º (o crime de violação). Manteve-se, assim, apesar de mais diminuta, a ligação entre a moral, a ética e o direito, constatando-se que o bem jurídico protegido neste Capítulo I ainda era o mesmo, a *moralidade sexual*.

Não obstante, esta manutenção das concepções moralistas dos crimes sexuais não foi consensual. KARL NATSCHERADETZ foi um dos pensadores que se dedicou ao estudo deste conjunto de tipos de ilícito, tendo sido um impulsionador – com a sua conceituada obra *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites* – para a realização da Reforma de 1995. Conforme nos explica o autor, deverá haver, por parte do legislador, um poder para “distinguir entre as práticas que provocam alterações à sociedade no sentido do seu progresso e evolução, e aquelas que provocam o seu declínio, ou colocam em risco a sua sobrevivência. Em todas as sociedades existe um número considerável de pessoas que têm interesse em conservar as práticas sociais e os tabus existentes”²². Sendo, a “tarefa do legislador (...) distinguir as opiniões racionais – ou seja, aquelas que são dadas com base em argumentos racionais – de quaisquer outras que, embora socialmente dominantes, se limitam a exprimir pontos de vista e emoções”²³. De acordo com este autor, o Direito Penal não funciona como limite à *liberdade pessoal (/sexual)*, mas sim como seu garante. O que indicia, desde logo, que as normas penais se devem limitar ao mínimo indispensável por forma a assegurar os

“Lei criminal e controlo da criminalidade, o processo legal-social de criminalização e de descriminalização”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, pp. 78 e 79.

²⁰ “Se é função do Direito Penal proteger os bens jurídicos fundamentais da comunidade e só deles, decorre daí o mandamento de banir do seu âmbito todas e quaisquer ‘excrescências moralistas’ e permitir que ele se concentre, tanto quanto possível, no seu núcleo essencial.”, cf. MOTA, J. Carmona da: “Dos Crimes Sexuais”, in *Revista do Ministério Público*, p. 14.

²¹ Apenas se observou a substituição da epígrafe da secção II, de “crimes contra os costumes” para “crimes sexuais”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*, p. 1396.

²² Cf. NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites*, p. 44.

²³ *Idem*, p. 45.

pressupostos essenciais que permitam a plena realização humana no seio da convivência social²⁴, possibilitando, desta forma, o livre desenvolvimento da sua personalidade e da sua auto-realização pessoal. Este autor dá-nos uma perspetiva diferente e moderna para a época – cujo objetivo do Direito Penal sexual se cingia à garantia da maior liberdade possível nos comportamentos sexuais²⁵ –, considerando que os crimes sexuais deveriam tutelar o bem jurídico da *liberdade individual*, “limitando-se assim o Direito Penal sexual à criminalização das condutas sexuais que mais gravemente atentem contra a *liberdade sexual* ou a *livre autodeterminação sexual* do ofendido, privando-o da disposição de um dos aspetos mais intimamente ligados à sua auto-realização pessoal como é a atividade sexual”²⁶.

Na década de 90 – resultado de pensamentos progressistas como os de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e de KARL NATSCHERADETZ e também da consciencialização da comunidade jurídica portuguesa das alterações sociais e legislativas que se iam observando nos restantes países europeus²⁷ – surgiu a necessidade de reestruturar novamente o Código Penal. Foi criada uma comissão revisora para modificar o corpo do texto da lei penal sexual. Texto esse que foi alterado, sucessivamente, em 1991, 1993 e 1994²⁸, cujo objetivo pretendia retirar o pendor moralista existente até à data e dar lugar a uma nova conceção dos crimes sexuais onde os bens jurídicos protegidos seriam a *liberdade*²⁹ e a *autodeterminação sexual*. Com estes projetos de revisão surge, também, pela primeira vez, expressamente previsto, o crime de coação sexual, passando a ser o tipo de ilícito básico, ao invés do crime de violação (que passa a ser visto como uma espécie de coação sexual qualificada³⁰).

²⁴ *Idem*, p. 120.

²⁵ Tendo o apoio do artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem”.

²⁶ Cf. NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, *ob. cit.*, p. 120.

²⁷ “Na Alemanha, por exemplo, foi operada uma reforma penal entre 25 de junho de 1969 e 23 de Novembro de 1973 que trouxe uma completa renovação na área dos crimes sexuais.”, cf. RAMOS, Fernando João Ferreira: “A propósito (...)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 560.

²⁸ Sobre as alterações pretendidas pelos vários projetos de revisão do Código Penal, vide RAMOS, Fernando João Ferreira, “Notas sobre os crimes (...)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, e, também, BELEZA, Teresa Pizarro, “O conceito legal de violação”, in *Revista do Ministério Público*.

²⁹ Note-se que este bem jurídico se encontra constitucionalmente protegido nos artigos 25º, n.º 1 e 26º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

³⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo e CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 1398.

2. 2ª fase – Da reforma de 1995 até à Lei 83/2015

É com o Decreto-Lei n.º 48/95 que se observa uma revolução no Direito Penal sexual, onde a tipologia de crimes de carácter sexual abandona as tradicionais conotações moralistas, vinculadas aos “sentimentos gerais de moralidade”^{31,32}, e passa a proteger bens jurídicos individuais como a Liberdade e a Autodeterminação Sexual³³. Todos os crimes sexuais deixam de estar previstos no Título III e são transportados para um novo Título, o Título I (dos crimes contra as pessoas) e, conseqüentemente, para um novo Capítulo, o V (dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual), que foi dividido em duas secções: I (Crimes contra a Liberdade Sexual) e II (Crimes contra a Autodeterminação Sexual)³⁴. Só a secção I terá relevância para a problemática aqui analisada e, dentro desta, apenas os artigos 163º (Coação Sexual) e 164º (Violação)³⁵.

De acordo com a epígrafe da Secção I, o bem jurídico tutelado é, então, a *liberdade sexual*³⁶ que, ao contrário do bem jurídico *autodeterminação sexual*, não depende da idade da pessoa ofendida. Segundo os ensinamentos de PEDRO CAEIRO e JOSÉ MIGUEL

³¹ Apelidando, VERA LÚCIA RAPOSO, de uma “verdadeira rutura epistemológica”. Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, p. 938.

³² PEREIRA, Rui Carlos, “Liberdade Sexual na reforma do Código”, in *Revista Sub Judice*, p. 42, utiliza uma metáfora algo curiosa para se compreender a necessidade de separação entre o direito e a moral: “mais adequado será figurar o relacionamento entre o direito penal e a moral através de uma imagem da astronomia: a moral é um buraco negro e o direito é um astro gravitando à sua volta. Os perigos desta gravitação são os seguintes: se o astro for atraído pelo buraco negro, o direito fundir-se-á na moral – seremos então confrontados com uma sociedade fundamentalista; se o astro se afastar do buraco negro, divagando no espaço o direito desvincular-se-á completamente da moral – podemos então deparar com um Estado totalitário laico. Importa, portanto, manter a gravitação.”

³³ De acordo com DIAS, Jorge de Figueiredo, em anotação ao artigo 163º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, estes bens jurídicos são “parte integrante importante do direito geral de personalidade, decorrente da eminente dignidade humana e estritamente ligado, de formas várias, à identidade intelectual, moral e social de cada pessoa.”, p. 712. Acrescenta ainda ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, que “a liberdade e autodeterminação de expressão sexual (...) tem como corolários: por um lado, a igualdade entre os sexos e, por outro lado, a neutralidade face às diversas modalidades de orientação sexual, não devendo estabelecer-se tratamentos diferenciados para as condutas homo e heterossexuais.”, p. 388.

³⁴ “A divisão do capítulo em análise em duas subdivisões – crimes contra a *liberdade sexual* e crimes contra a autodeterminação sexual – pressupõe uma distinção bem clara entre aquilo que se pretende tutelar e proteger com os diferentes tipos de crimes aí incluídos.”, cf. LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal (1998)* p. 11.

³⁵ Sobre as restantes alterações levadas a cabo por esta reforma, vide BELEZA, Teresa Pizarro, “Sem Sombra de Pecado, o Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, pp. 165 e 166.

³⁶ “O bem jurídico protegido aparece de uma forma particularmente límpida e impositiva, em todos os tipos da presente secção deve dizer-se que esse bem jurídico é o da autoconformação da vida e da prática sexuais da pessoa”, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal (1999)*, p. 445.

FIGUEIREDO, a *liberdade sexual* caracteriza-se por ser “a faculdade de escolher praticar ou não praticar, de forma livre, determinado ato sexual e de escolher o/a parceiro/a para tal fim”³⁷. Conclui-se, assim, que este bem jurídico é portador de uma vertente positiva (impondo a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais³⁸) e de uma dimensão negativa (punindo aquelas condutas que consistissem em atividades sexuais forçadas ou coagidas, e que causassem prejuízos reais e injustos a outra pessoa³⁹).

Apesar de tudo, estes crimes – que sofreram a já mencionada transformação concetual – comportavam certas aporias: a violação ainda correspondia ao velho paradigma da relação dita “normal”, não abrangendo todas as formas de penetração, assim como estabelecia grandes diferenças, em termos de molduras penais, entre os crimes praticados no âmbito de relações heterossexuais e aqueles praticados no seio de relações homossexuais. Com vista a um aperfeiçoamento do texto da lei, estes dois crimes sofreram novas alterações, todas com um substrato de expansionismo da intervenção penal, que passamos a expor.

O artigo 163º sofreu quatro modificações. A primeira aconteceu com a introdução – pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro – de um n.º 2⁴⁰ a este artigo, por forma a tutelar, também, as situações onde os agressores se aproveitam da “autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho” para satisfazer os seus intentos libidinosos. A segunda transformação surge com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, onde este mesmo n.º 2 é alterado e passa a prever a coação sexual manifestada nos casos de abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou onde o agressor se aproveite de temor causado à vítima⁴¹. A terceira alteração ocorre com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, e a quarta, com a Lei 101/2019, de 6 de setembro⁴².

³⁷ Cf. CAEIRO, Pedro e FIGUEIREDO, José Miguel, *Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e Macau*, p. 170.

³⁸ Cf. LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia, repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, p. 26.

³⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁰ “Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constringer outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos.”

⁴¹ Alarga-se, assim, o âmbito de aplicação da norma penal para todas as “situações de abuso de autoridade resultantes de uma relação familiar”, cf. LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro* (2008), p. 22.

⁴² Estas últimas duas alterações serão alvo de escrutínio no Ponto 3. e Ponto 4., respetivamente.

O artigo 164º sofreu igualmente quatro reconfigurações oriundas das mesmas leis. A primeira, motivada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, introduziu o n.º 2⁴³, que veio, por um lado, incluir outras formas de penetração na violação – terminando com a conceção de que a violação estava interligada à procriação e à família – e, por outro, tal como aconteceu no crime de coação sexual, tutelar, também, as situações onde os agressores se aproveitavam da “autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho”. A segunda, com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro⁴⁴, modifica o n.º 1, equiparando a introdução de objetos e partes do corpo à penetração vaginal ou anal, e alarga a intervenção penal no n.º 2. A terceira acontece com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto e a última com a Lei 101/2019, de 6 de setembro⁴⁵.

Todas estas alterações legais são consequência dos mais diversos fatores, tanto internos (oriundos de Portugal) – *i.e.*, pressão social, política e até doutrinal e jurisprudencial –, como externos – ou seja, instrumentos, regulamentações, decisões-quadro e diretivas da União Europeia, relatórios e pareceres de várias entidades internacionais e, também, uma elevada pressão social e política oriunda de toda a Europa e do Mundo. Reconhece FIGUEIREDO DIAS que “nos últimos tempos se verificou uma sensível e generalizada alteração das conceções comunitárias sobre a dignidade penal dos factos contra a liberdade e autodeterminação sexual, no sentido da sua maximização”⁴⁶. Termina o mesmo autor a introdução ao comentário ao artigo 163º com um pequeno desabafo: “fica-se (...) a um pequeno passo de

⁴³ “Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constringer outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos.”.

⁴⁴ Para um desenvolvimento mais aprofundado sobre estas alterações, *vide* LOPES, José Mouraz, *ob. cit.*, pp. 44 a 52.

⁴⁵ Que, tal como no caso do crime de coação sexual, serão melhor analisadas *infra*, Ponto 3. e 4., respetivamente.

⁴⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal” *in* *Comentário Conimbricense do Código Penal* (2012), p. 170. Acrescenta ainda o seguinte: “tal foi fruto, por uma parte da repercussão mundial que sobre a opinião pública tiveram casos de criminalidade sexual amplificados até ao paroxismo pelos meios de comunicação social (e de que são exemplos paradigmáticos, *v.g.*, o “affaire Dutroux” na Bélgica ou o caso “Casa Pia” entre nós); Por outra parte, das pressões exercidas sobre as instâncias internacionais e nacionais, por ONGs e outros lóbis, no sentido de uma absoluta proteção de grupos predominantemente vitimizados por atentados sexuais (crianças, mulheres, idosos...); Por outra parte ainda, do receio comunitário – comandado por uma “ideologia da segurança” às vezes pouco racional – da perda de controlo sobre estruturas da comunicação (máxime, a Internet) suscetíveis de serem utilizadas para a prática de crimes sexuais; Finalmente e em suma, da substituição na matéria de uma “cultura patriarcal” por uma – salutar – “cultura da igualdade” em matéria sexual.”, p. 710.

incorrer em exageros fundamentalistas, umas vezes a roçar a irracionalidade e outras a demagogia”⁴⁷.

De entre todas estas pressões, cumpre destacar apenas as mais relevantes. Começemos, então, por observar o panorama internacional.

Atualmente, ao nível do direito europeu (e não descurando, claro, que o mesmo ocorre em Portugal), observa-se uma cada vez maior sensibilização para a afirmação dos direitos das mulheres e uma tentativa de estabelecimento de paridade entre os dois géneros, tentativa essa necessária e estrutural para o funcionamento das sociedades atuais.

Um dos primeiros sinais manifesta-se em casos jurisprudenciais, como os julgamentos de Anto Furundžija⁴⁸ e o de Kunarac, Kovac e Vukovic⁴⁹, ambos julgados pelo Tribunal Penal Internacional. Na primeira situação, definiu-se que o sexo oral forçado constituía um crime de violação. No segundo julgamento, o órgão judicial estabeleceu que um dos elementos objetivos do crime de violação seria a penetração sexual sem *consentimento* da vítima substituindo, desta forma, a “coação, força ou ameaça de uso de força contra a vítima” pela *ausência de consentimento*⁵⁰.

No mesmo sentido, elaborou o Tribunal Penal Internacional – com base em (e para) situações como as duas anteriormente explanadas –, em 2002, um documento designado “The Elements of Crimes”, cujo o artigo 7 (1) (g)-1⁵¹ compila um conjunto de pressupostos necessários para a verificação de um crime de violação⁵², destacando-se a falta de *consentimento* sem a presença de qualquer outro elemento típico com incidência direta.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁸ Disponível em <https://www.icty.org/en/case/furundzija>, consultado a 06 de janeiro de 2020. De acordo com a acusação, por volta do dia 15 de maio de 1993, Anto Furundžija e um outro soldado, interrogaram uma pessoa, no seu quartel, tendo pegado numa faca e dirigido a essa pessoa (que passará a ser a pessoa A) dizendo que se a mesma não dissesse a verdade, iria introduzir a mesma faca no orifício vaginal desta última. De seguida, levou A e uma outra (B) para uma sala, tendo espancado B e realizou coito oral e vaginal com A. Durante todo o incidente, a A não reagiu ou sequer evitou que o mesmo a penetrasse.

⁴⁹ Disponível em <https://www.icty.org/en/case/kunarac>, consultado a 08 de outubro de 2019. Conforme a acusação, Kunarac, acompanhado por alguns dos seus soldados, removia mulheres que viviam em Partizan e levavam-nas para uma casa, onde as ofendidas sabiam exatamente o que iria acontecer, *i.e.*, que seriam vítimas dos mais variados abusos sexuais.

⁵⁰ FIDALGO, Sónia: “Os crimes sexuais no direito internacional penal”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, pp. 647 e 648.

⁵¹ Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/resourcelibrary/official-journal/elements-of-crimes.aspx>.

⁵² “1. The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting *in* penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.

Seguiu-se a Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-membros sobre proteção das mulheres contra a violência⁵³, que aconselha os Estados-membros a penalizar qualquer ato sexual que tenha sido cometido sem o *consentimento* da vítima, mesmo que esta não tenha demonstrado sinais de resistência.

Em sentido idêntico, surge, em 2010, o “Handbook for Legislation on Violence against Women”⁵⁴, elaborado pelas Nações Unidas, que vem recomendar um modelo-base legal que os ordenamentos jurídicos deveriam adotar. No tocante aos crimes sexuais aconselha, por um lado, que se retire do texto legal qualquer elemento objetivo que consista em associar este conjunto de ofensas à força ou à violência e sugere, por outro, que se crie um novo pressuposto legal que estabeleça a necessidade de uma aceitação inequívoca e voluntária de ambas as partes, acrescentando, ainda, que o suspeito/arguido tenha provas dos passos dados para ter a certeza de que a vítima havia dado o seu *consentimento*.

No ano seguinte, é realizada a convenção que merece maior destaque – por ser um avanço ideológico e conceitual na violência contra as mulheres –, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, realizada em Istambul, a 11 de maio de 2011, comumente designada como Convenção de Istambul⁵⁵. Os Estados-membros e outros signatários acordaram um conjunto de normas que por eles deveriam ser respeitadas, através da adoção de medidas legislativas que se harmonizassem com os objetivos da Convenção⁵⁶. No que aos crimes sexuais diz respeito, salta à vista o seu artigo 36º, que se refere aos crimes de violência sexual, onde se inclui a violação, definindo-a como uma conduta de natureza sexual não consentida. Deixou,

2. The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.”

3. The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.

4. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population.”, *ob. cit.*, p. 8.

⁵³ Disponível em <https://rm.coe.int/09000016804faaf1>.

⁵⁴ Elaborado pelo Department of Economic and Social Affairs, Division for the Advancement of Women, das Nações Unidas, New York, 2010.

⁵⁵ Nas palavras de SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, in *Ex aequo: revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as mulheres*, a “Convenção reconhece a vida perigosa que as mulheres e as meninas têm de enfrentar no seu dia-a-dia – na família, na rua, na escola e no trabalho – bem como as práticas discriminatórias de que são alvo pelo único facto da pertença a um género, o feminino. É por isso, um documento virado para as mulheres e feito a pensar nelas, para garantir o seu direito a viver sem violência e sem medo”, p. 106.

⁵⁶ Cf. n.º 2 do artigo 4º da Convenção de Istambul.

portanto, de ser necessária a presença de quaisquer outros elementos (v.g. coação física ou psicológica, ato de violência ou que a vítima se encontre impossibilitada de resistir). Considera a Convenção, assim, que a violação se deve apenas fundamentar no *não consentimento*, que não seja livre e espontâneo, por parte do ofendido/vítima.

Segundo o Relatório Explicativo⁵⁷ desta Convenção, para se averiguar a ofensa, será necessário proceder a uma avaliação contextual e sensível das provas por forma a concluir, caso a caso, se a vítima deu ou não livremente o seu *consentimento* para o ato sexual praticado. Estas avaliações não poderão, no entanto, ser baseadas em assunções típicas de comportamento, antes devendo ser baseadas na vítima em concreto, respeitando-se, deste modo, o n.º 2 do artigo 36º, que dispõe que “o *consentimento* tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”⁵⁸.

Por último, foram elaboradas pelo Tribunal Penal Internacional as designadas *Rules of Procedure and Evidence*⁵⁹, cuja regra número 70 estatui um conjunto de regras de prova que o referido Tribunal considera essenciais e que os restantes tribunais deveriam seguir em matéria de violência sexual⁶⁰. Contudo, deve-se enfatizar que não se pode confundir estas regras de prova com o direito substantivo, mais concretamente com os elementos objetivos do tipo legal de crime.

Num plano nacional, surge, gradualmente, um maior número de posições feministas, fruto de um avanço sociológico e político da mentalidade portuguesa, assente na igualdade de género em todas as vertentes da vida em sociedade, pretendendo eliminar quaisquer formas de sobrevalorização do sexo masculino em detrimento do sexo feminino. Em 2011,

⁵⁷ Vide Relatório Explicativo, parágrafo 192.

⁵⁸ Cf. Artigo 36º, n.º 2 da Convenção de Istambul.

⁵⁹ Disponível em <https://www.icty.org/en/documents/rules-procedure-evidence>, consultado a 6 de janeiro de 2020.

⁶⁰ São elas:

“(a) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where force, threat of force, coercion or taking advantage of a coercive environment undermined the victim’s ability to give voluntary and genuine consent;

(b) Consent cannot be inferred by reason of any words or conduct of a victim where the victim is incapable of giving genuine consent;

(c) Consent cannot be inferred by reason of the silence of, or lack of resistance by, a victim to the alleged sexual violence;

(d) Credibility, character or predisposition to sexual availability of a victim or witness cannot be inferred by reason of the sexual nature of the prior or subsequent conduct of a victim or witness.”

observa-se um autêntico *boom* alarmista na comunicação social e nos artigos científicos elaborados por penalistas⁶¹, na sequência do surgimento de um acórdão que acaba por ser manchete nos jornais e telejornais. O acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 13 de abril de 2011⁶², que retrata um caso de violação realizada por um médico psiquiatra à sua paciente, levantou o problema da construção do texto da lei da altura, pois a conduta do agente só poderia ser subsumida no crime de violação se fosse praticada mediante violência, ameaça grave, ato que colocasse a vítima inconsciente ou que a impossibilitasse de resistir, abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, abuso de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se do temor que havia provocado. Não abrangendo condutas como a do acórdão em apreço.

Meses depois da mediatização do referido acórdão, o nível de contestação amainou. No entanto, para os verdadeiros críticos, não deixou de ser uma decisão jurisprudencial caracterizadora de uma sociedade puramente machista, onde o papel da vítima é relegado para segundo plano e é valorizada a palavra do suspeito/arguido em detrimento da palavra do ofendido. O acórdão é ainda recorrentemente citado, apesar de o mesmo se cingir, não nos melhores termos, ao estabelecido pela lei penal da época, *i.e.*, a obrigação da presença de um dos elementos típicos, que, no caso em apreço, seria a possibilidade de o médico psiquiatra ter recorrido, ou não, à violência⁶³ capaz de criar na vítima uma situação de *constrangimento* que tornasse possível o enquadramento desta conduta no crime de violação. Note-se que, desde a data do referido acórdão, esta mesma lei já foi, por duas vezes, atualizada e, por isso, este acórdão pode considerar-se obsoleto e não descritivo de uma sociedade, que, em 9 anos, se modificou tanto a respeito dos crimes de coação sexual e violação⁶⁴, como perceberemos *infra*.

⁶¹ São exemplos de evidente contestação SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O conceito legal de violação um contributo para a doutrina penalista, A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011”, in *Revista do Ministério Público*; CUNHA, Maria da Conceição, “Conceito de violência no crime de violação”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*; e VENTURA, Isabel: “A violação na jurisprudência e na doutrina”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, p. 60.

⁶² Processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, relator Eduarda Lobo, disponível em www.dgsi.pt.

⁶³ A questão em apreço referia-se ao facto de saber se agarrar a cabeça da ofendida seria ou não um ato de violência.

⁶⁴ Em grande parte, devido à intensa intervenção mediática de movimentos feministas que vieram evidenciar problemas estruturais na sociedade portuguesa, no respeitante à igualdade de género que, ainda hoje, não foi devidamente atingida, mas que esperamos que se alcance o mais rapidamente possível.

3. 3ª fase – Da Lei 83/2015 até à Lei 101/2019

Em 2014, “à boleia” do Projeto de Lei n.º 522/XII/3^a⁶⁵ do BE, de 25 de fevereiro de 2014, a problemática adjacente ao *consentimento/constrangimento/vontade* e ao papel secundário das vítimas nos crimes sexuais toma, novamente, relevância para o legislador, que leva, uma vez mais, a questão para a Assembleia da República.

Este Projeto de Lei, na sua exposição de motivos, começa por salientar que a violação é um atentado aos direitos humanos das mulheres, à sua integridade física e emocional, à sua liberdade e autodeterminação sexual⁶⁶, acrescentando ainda que muitos dos problemas se encontram nos sistemas de prevenção e no pensamento enraizado na sociedade de que existe um “sexo forte” (o sexo masculino) e um “sexo fraco” (o sexo feminino)⁶⁷. Por forma a reforçar os seus argumentos, este Projeto de Lei ampara-se no artigo 36º da Convenção de Istambul.

Tendo estas ideias como a sua base argumentativa⁶⁸, o Projeto de Lei vem inovar o pensamento legislativo chamando a atenção para a importância de que é “no não *consentimento* que radica a violência do ato e a natureza do crime”⁶⁹ de violação. Sendo assim, não poderiam os elementos tradicionais (violência, ameaça grave e tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir) servir como meios típicos do ilícito criminal, mas sim como circunstâncias agravantes da pena.

Por outro lado, considera imperativa a remoção do n.º 2 do artigo 164º do Código Penal, invocando os equívocos e ambiguidades interpretativas que considera que existirem⁷⁰, eliminando, por sua vez, a “gradação” existente, resultado das diferenças das molduras penais entre os n.º 1 (pena de prisão de 3 a 10 anos) e 2 (pena de prisão até 3 anos).

⁶⁵

Disponível

em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38267>.

⁶⁶ Projeto de Lei 522/XII/3ª, p. 1.

⁶⁷ *Idem, ibidem*.

⁶⁸ Como salientam JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, “Comentário ao artigo 163º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2015), “estava subjacente a necessidade de salvaguardar de uma forma mais incisiva a tutela das vítimas, no seguimento do que tem sido alguma evolução da dogmática e de políticas públicas adotadas no âmbito de decisões europeias nesse sentido”, p. 34.

⁶⁹ Projeto de Lei 522/XII/3ª, p. 2.

⁷⁰ *Idem, ibidem*.

Este Projeto de Lei acaba por não ser feliz na sua execução – por exemplo, a utilização dos conceitos, *sem consentimento* e *constranger*⁷¹ são uma clara redundância concetual^{72,73} –, o que levou ao seu fracasso. Não obstante, o mesmo assumiu um papel preponderante para a criação da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto⁷⁴.

Para a elaboração da referida Lei, foi criado um grupo de trabalho a 26 de março de 2014, com o intuito de analisar e debater a Convenção de Istambul, assim como todas as reconfigurações legislativas que dela pudessem decorrer⁷⁵.

No debate parlamentar de 17 de junho de 2015, as Sr.^{as} Deputadas CARLA RODRIGUES (PSD) e TERESA ANJINHO (CDS-PP) consideraram razoáveis as propostas de substituição⁷⁶ relativamente ao definido pelo Projeto de Lei do BE e que foram apresentadas e aprovadas em Assembleia da República⁷⁷, lembrando que retiravam da Lei os preceitos relativos ao abuso de autoridade que já não relevariam para o preenchimento do tipo e sublinhando que os n.ºs 2 dos artigos 163º e 164º do Código Penal abrangiam na sua previsão todas as formas de violência, incluindo os atos prévios de violência, incluindo a psicológica⁷⁸. Num polo oposto, a Sr.^a Deputada CECÍLIA HONÓRIO (BE) manifestou dúvidas e preocupações acerca das propostas de alteração às iniciativas de que era proponente em face da jurisprudência conhecida, salientando mesmo que a Convenção de Istambul teria permitido ao Parlamento ir mais longe no tratamento penal dos crimes sexuais⁷⁹.

⁷¹ “Quem, sem consentimento, constranger outra pessoa a penetração vaginal, anal ou oral, através de partes do corpo ou de objetos, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”.

⁷² Como mais tarde se explicará com a desconstrução destes conceitos.

⁷³ Como veremos *infra* Ponto 4. do presente Capítulo.

⁷⁴ Disponível em <https://data.dre.pt/eli/lei/83/2015/08/05/p/dre/pt/html>, consultado a 07 de janeiro de 2020.

⁷⁵ “O Grupo de Trabalho reuniu nos dias 30 de abril, 30 de maio, 3 e 6 de junho, 8 e 9 de julho de 2014 e 12 de março e 5 de junho de 2015”, *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 150, XII Legislatura, 4ª Sessão Legislativa, de 17-06-2015, p.5, <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/150/2015-06-17>, consultado a 08 de janeiro de 2020.

⁷⁶ Relativamente ao artigo 163º, modificar o n.º 2 para a seguinte redação: “2 – Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.” E relativamente ao artigo 164.º, alterar, também, o número 2 para a seguinte redação: “2 – Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”.

é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

⁷⁷ Aprovadas com votos a favor do PSD, CDS-PP e PCP e contra do PS e do BE.

⁷⁸ *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 150, XII Legislatura, 4ª Sessão Legislativa, de 17-06-2015, pp. 8 e 9.

⁷⁹ *Idem*, p. 8.

A 5 de agosto é aprovada a trigésima oitava alteração ao Código Penal. Fruto desta Lei n.º 83/2015, onde os crimes de coação sexual e de violação sofreram, de novo, significativas modificações, pois, tal como era de esperar, a iniciativa que estava no epicentro – o Projeto de Lei do BE – exigia uma quase “revolução normativa”.

A primeira e grande modificação que salta logo à vista acontece no n.º 2 de ambos os artigos, com o desaparecimento do preceito: “abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou”. Até então, só se subsumia a conduta ilícita no tipo legal de crime se estivessem observados um destes pressupostos legais. Com a eliminação destes meios típicos e, conseqüentemente, acrescentando-se a expressão “por meio não compreendido no número anterior”, observa-se uma notória expansão da intervenção penal⁸⁰, pois qualquer meio que provocasse um *constrangimento* na vítima poderia ser facilmente subsumido no n.º 2 dos artigos 163º e 164º⁸¹. Neste sentido, refere o acórdão do Tribunal Superior de Justiça que “enquanto no n.º 1 estão tipificados os meios de atuação através dos quais o sujeito ativo do crime de violação atinge o resultado visado, no n.º 2 apenas se exige que a conduta do agente produza na vítima um determinado efeito intimidatório, de natureza psicológica e subjetiva”⁸².

A segunda mudança verifica-se com a eliminação dos suprarreferidos pressupostos, o tipo-de-ilícito previsto no n.º 2 do artigo 163º, passa a ser de execução livre⁸³ – sendo esta

⁸⁰ Nesta linha de pensamento, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “A Convenção de Istambul (...)”, menciona que “o alargamento do conceito de violação na lei penal corresponde a um imperativo ético de criminalização imposto pelo quadro axiológico da Constituição, que, nos arts. 25º n.º 1 e 26º n.º 1, consagra o direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade, abrangendo a tutela da liberdade e autodeterminação sexual”, p. 110.

⁸¹ “Deixou de se tipificar, apenas, a verificação de determinados meios de constrangimento. Nesse sentido, alargou-se o âmbito incriminatório e simultaneamente agravou-se a punição, ampliando a tutela da vítima.”, cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2015) p. 47. Acrescenta, LEITE, André Lamas, “as alterações de 2015 ao Código Penal (...)” in *Revista Julgar*, “insere-se (...) na tendência que se vem verificando desde a redação originária destes delitos na versão de 1982, no sentido do endurecimento punitivo. (...) Não nos convence o argumento de que o legislador nacional estava obrigado a este aumento da severidade sancionatória porquanto as normativas comunitárias não estabelecem (...) um dado marco de moldura penal abstrata, mas que sanções sejam “adequadas e suficientes””, p. 63

⁸² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de julho de 2019, processo n.º 461/17.9GABRR.L1.S1, juiz relator Mário Belo Morgado, disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado a 09 de janeiro de 2020.

⁸³ Para compreendermos melhor a distinção, deveremos socorrer-nos dos ensinamentos de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, in *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime* (2012), que nos ensina que, nos crimes de execução vinculada, “o *iter criminis* e por conseguinte o modo de execução vem descrito no tipo”, enquanto que nos crimes de execução livre, “tal não assume qualquer relevância”, p. 308.

uma alteração indireta. Neste sentido, e nas palavras de ANDRÉ LAMAS LEITE, “todas as circunstâncias exógenas que coartem a liberdade de escolha do potencial ofendido dispor ou não da sua liberdade de sexual encontram legitimação material no texto constitucional, sendo por isso legítimas”⁸⁴.

A terceira modificação legal consistiu num aumento das molduras penais abstratas dos n.ºs 2 de ambos os artigos. Por um lado, nos casos de coação sexual observa-se um aumento da moldura penal que era de “até dois anos” para “até 5 anos”, ou seja, o limite máximo aumenta substancialmente. Por outro lado, nos casos de violação, houve um aumento da moldura penal abstrata que tinha apenas como limite máximo “até três anos” para “de 1 a 6 anos”. Consta-se, assim, facilmente, uma elevação da severidade punitiva em ambos os tipos de ilícito.

E, por último, as situações que estavam anteriormente tipificadas no n.º 2⁸⁵ – quer do artigo 163º, quer do artigo 164º – deixam de assumir qualquer autonomia típica. No entanto, podem configurar um crime desde que comportem um *constrangimento* da vítima a um ato sexual⁸⁶. Neste sentido, estas situações passaram a estar tipificadas na alínea b) do n.º 1 do artigo 177º, como circunstâncias agravantes.

À semelhança do que aconteceu nos momentos posteriores à entrada em vigor das Leis que vieram reconfigurar o Código Penal em matéria de crimes sexuais, a discussão cessou. No entanto, como se diz na gíria portuguesa, este encerramento foi “solo de pouca dura”, porquanto se iniciou, em finais de 2018, um ciclo de contínuos acontecimentos que provocaram na sociedade portuguesa e, conseqüentemente, nas vozes da mesma – *i.e.*, nos partidos políticos – um sentimento de impunidade e desigualdade de género fruto das conceções e ideais retrógrados.

Tudo começa a 7 de novembro de 2018, com a redação de um relatório por parte da Amnistia Internacional, intitulado “Right to be free from rape”⁸⁷, que veio promover o debate destas questões ligadas umbilicalmente à *liberdade e autodeterminação sexual*.

⁸⁴ Cf. LEITE, André Lamas, *ob. cit.*, p. 64.

⁸⁵ *I.e.*, abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitamento de temor.

⁸⁶ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *últ. ob. cit.*, p. 36.

⁸⁷ Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/9452/2018/en/>, consultado a 12 de janeiro de 2020.

De acordo com este relatório, e tendo por base a Convenção de Istambul, a lei não poderá fazer a assunção de que a vítima deu o seu *consentimento* somente porque a mesma não resistiu fisicamente a uma conduta sexual não desejada, mesmo que o agressor não tenha ameaçado que poderia recorrer à força⁸⁸. Neste entendimento, e recorrendo-se à definição – de uma forma algo que descontextualizada⁸⁹ – do Tribunal Penal Internacional, considera que ocorre violação quando há uma invasão não consentida no corpo de uma pessoa por uma conduta resultante em penetração, mesmo que ligeira, de uma parte do corpo da vítima ou do órgão sexual do agressor ou a abertura anal ou genital da vítima utilizando objetos ou outras partes do corpo.⁹⁰

Segundo a Amnistia Internacional, e no seguimento do explanado pelo Relatório Explicativo da Convenção de Istambul, o *consentimento* terá de ser obrigatoriamente voluntário e avaliado consoante o contexto das circunstâncias envolventes, tendo ambas as partes, necessariamente, de estar em plena capacidade (*i.e.*, sem se encontrarem, por exemplo, sob influência de estupefacientes ou álcool) para consentir. O fundamento destas exigências centra-se num caso que chegou ao Tribunal Europeu para os Direitos do Homem designado M.C. vs Bulgária, de 2002⁹¹ e, também, na supramencionada Rule 70 – Rules of Procedure and Evidence, do Tribunal Penal Internacional.

Contudo, deste Relatório consta um erro que poderá conduzir a más interpretações em relação à legislação portuguesa em matéria de coação sexual e violação. O mesmo considera

⁸⁸ *Ob. cit.* p. 6.

⁸⁹ Pois, como já foi *supra* referido no Ponto 2. do presente Capítulo, este documento criado pelo Tribunal Penal Internacional foi elaborado tendo por base crimes hediondos, sendo que foi para estes que foram criados os respetivos elementos de onde se inclui a mencionada “definição”.

⁹⁰ *Últ. ob. cit.* p. 6.

⁹¹ Esta decisão versa sobre o caso em que uma criança de 14 anos foi alegadamente violada por dois homens de 20 e 21 anos. A mesma alegou ter sido forçada a realizar práticas sexuais com um primeiro indivíduo e, já no final da noite, foi novamente forçada, mas pelo segundo indivíduo. A investigação realizada pelos órgãos competentes para tal na Bulgária concluiu não existirem provas suficientes de que a jovem havia sido compelida a praticar o ato sexual. A mesma, insatisfeita com a decisão, submeteu a causa para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH), cuja decisão foi no sentido de que a mesma havia sido violada, pois não havia dado o seu *consentimento*, encontrando-se no denominado “*frozen fright*” (que se caracteriza pelo facto de a vítima ou se submeter passivamente ao ato ou se dissociar fisicamente da própria violação). O presente acórdão está disponível em https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp, consultado em 06 de janeiro de 2020. Ou seja, entendeu o TEDH “que o uso ou ameaça de violência demonstram a ausência de *consentimento*, mas não são de *per se* elementos constitutivos do crime de violação e que o não *consentimento* não tem de se expresso por resistência física, bastando palavras ou gestos.”, (cf. *Parecer* da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul, 6 de junho de 2014, enviado à subcomissão de igualdade, integrada na Comissão de assuntos constitucionais de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias).

que Portugal pertencia a um dos 23 países da Europa que à data (7 de novembro de 2018) baseava a definição de violação na violência, ameaça de violência ou coerção, *i.e.*, que para a conduta ser subsumida num crime de violação, era necessária a presença de um dos elementos típicos que não a *falta de consentimento*⁹². Porém, ao analisar os n.ºs 2 dos artigos 163º e 164º observar-se-á que os mesmos dispõem não ser necessária a utilização da força para o tipo legal de crime estar preenchido, bastando a existência de um meio que seja idóneo a causar o *constrangimento* da vítima. Neste seguimento, suscita-se uma questão: porque é que a informação dada por este Relatório é errada? E a resposta é muito simples: tem que ver com uma questão temporal. O Relatório baseia-se num outro, designado de “Barometer on Rape”⁹³ de 2013, e, como foi anteriormente analisado⁹⁴, estes preceitos foram alterados com a Lei n.º 83/2015.

Em adição, o ano de 2019 começou com a apresentação do Relatório do GREVIO, porquanto a Convenção de Istambul, no seu artigo 66º, obriga à criação de um grupo independente de peritos para proceder à monitorização da implementação da Convenção, denominado de “Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence”, mais conhecido como GREVIO. De acordo com este relatório, as alterações efetuadas pela Lei n.º 83/2015 não estão totalmente em conformidade com o estabelecido na Convenção de Istambul, pois não refere categoricamente a expressão *sem consentimento*, mas o vocábulo *constranger*. Este grupo de peritos considera que a utilização do vocábulo *constranger* “não foi suficiente para quebrar definitivamente com a tradicional prática dos tribunais portugueses de requerer prova, por parte das vítimas, de resistência para acusar o agressor”⁹⁵.

Por fim, também em janeiro de 2019, surge na comunicação social portuguesa um acórdão bastante polémico, onde apenas um dos juízes que proferiram a decisão ficou conhecido pelos piores motivos, o Juiz Relator Neto de Moura. Apesar de se tratar de um caso de violência doméstica, o facto de, no cerne da questão, se encontrar o problema da desigualdade de tratamento de género – onde a mulher é subvalorizada e punida pelas condutas indignas de uma mulher tradicional – faz surgir um crescendo de crítica social e

⁹² Cf. relatório da Amnistia Internacional, p. 12.

⁹³ Disponível em <https://www.womenlobby.org/2013-EWL-Barometer-on-Rape-Report?lang=en>.

⁹⁴ *Vide supra* Ponto 2. do presente Capítulo.

⁹⁵ Cf. Relatório do GREVIO, parágrafo 173.

política em volta das leis correlacionadas com a violência contra a mulher, de que os casos de coação sexual e violação são um evidente exemplo, pois segundo os relatórios do RASI de 2018⁹⁶, as vítimas são maioritariamente do sexo feminino (88,8 % dos crimes de violação tiveram como vítimas as mulheres).

No mesmo sentido, é ainda importante sublinhar que o ano de 2019 se destacou pela negativa no tocante a homicídios realizados por companheiro(a)s ou ex-companheiro(a)s das vítimas, onde até ao dia 22 de novembro de 2019 haviam morrido 33 pessoas⁹⁷. Valor esse altamente alarmante e digno de ser devidamente estudado e compreendido.

Todos estes episódios que apareceram em catadupa nos finais de 2018 e inícios de 2019, criaram, novamente, na *vox populi*, o referido sentimento de impunidade e a ideia de que a lei e os aplicadores da mesma estão altamente desatualizados e não acompanham, a um ritmo igual, o crescimento e o desenvolvimento da mentalidade da população portuguesa, que necessita de sentir que os direitos das mulheres são defendidos pelo Estado da mesma forma que são defendidos os direitos dos homens.

⁹⁶ Disponível em <https://www.portugal.gov.pt > download-ficheiros > ficheiro>.

⁹⁷ Este assunto foi um dos grandes destaques negativos do ano de 2019. De acordo com os dados do Governo, das 33 vítimas, 25 eram do sexo feminino, 1 era criança e 7 eram homens, o que evidencia uma clara violência de género latente em Portugal e que, apesar de nos encontrarmos em pleno século XXI, ainda se mantém. Notícia retirada do Jornal O Público, disponível em, <https://www.publico.pt/2019/11/22/sociedade/noticia/ja-morreram-33-pessoas-violencia-domestica-2019-1894719>.

4. 4ª fase – Da Lei 101/2019 até à atualidade

Acompanhando este crescendo de crítica social, expressado tanto pela comunicação social como pelas redes sociais, surge no seio dos partidos políticos uma inevitabilidade de reestruturação de determinadas normas penais⁹⁸, com o intuito de expandir a intervenção do Direito Penal (ampliando os tipos legais de crime) e endurecer os regimes dos crimes conexos com a violência contra as mulheres (aumentando as molduras penais, reduzindo ou vedando os mecanismos alternativos às penas de prisão efetiva ou, até, removendo certos direitos das vítimas⁹⁹)¹⁰⁰.

O primeiro passo foi dado pelo Partido das Pessoas, Animais e Natureza (PAN), a 7 de dezembro de 2018, com a elaboração do Projeto de Lei n.º 1047/XII/4ª do PAN^{101;102}. No mesmo sentido do Projeto de Lei n.º 522/XII/3ª do Bloco de Esquerda, o Partido PAN salientava que a base dos crimes contra a *liberdade sexual* deveria ser a *ausência do consentimento*. Com efeito, o uso de violência passaria a ser uma forma agravada do cometimento do crime (artigo 163, n.º 3, al. a) e 164º, n.º 3, al. a) do referido Projeto de Lei), tomando-se em consideração o resultado da conduta para a vítima, o meio empregue e as circunstâncias respeitantes à perversidade ou censurabilidade da atuação. Por outro lado, o Projeto propunha, igualmente, eliminar, em ambos os preceitos legais, a distinção entre graus de *constrangimento* físico constantes nos n.ºs 1 e 2, unindo-as num só n.º 1. Pretendia adicionar um n.º 2 que consagrasse o catálogo de um conjunto de possíveis infratores que se aproveitassem das suas funções e do seu lugar que exerciam ou detivessem. A penúltima modificação traduzia-se na substituição da expressão “constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar”, prevista no n.º 1 do artigo 163º da altura, pela expressão “praticar com ela ou

⁹⁸ “Na verdade, há uma dupla vertente de alterações que são exigidas na legislação nacional para que esta possa ser mais eficaz. Por um lado, é exigida uma maior proteção da vítima, por outro, será necessário um maior *follow-up* relativamente ao agressor tendo em vista evitar a reincidência por parte do mesmo e, conseqüentemente, novas vítimas.”, cf. LEAL, Celso, “A (necessária) reforma do sistema penal português respeitante aos crimes sexuais segundo a Convenção de Istambul”, in *Revista do Ministério Público*, p. 148.

⁹⁹ CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica”, p. 30.

¹⁰⁰ PEDRO CAEIRO desenvolve esta questão da exacerbação punitiva, desmistificando o sentimento de impunidade existente no seio da sociedade onde as pessoas consideram que “em Portugal ‘prende-se pouco’” (*ob. cit.*, p.30). *Vide ob. cit.*, pp. 30 a 36.

¹⁰¹

Disponível

em,

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43200>.

¹⁰² Foram emitidos vários *Pareceres*, cinco favoráveis à substituição do elemento típico para “sem consentimento” (realizados pela Amnistia Internacional Portugal, pela APMJ, pela APAV, pela APF e pelo CSM) e um parecer desfavorável por parte da ASJP, todos disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIntervencao.aspx?BID=232693>.

levá-la a praticar com outrem”. Por último, propunham um notório aumento das molduras penais abstratas.

A base estrutural deste Projeto de Lei era a Convenção de Istambul e o Relatório da Amnistia Internacional, “Right to be free from rape”. Consideraram os autores deste projeto, na linha do Relatório, que Portugal pertencia aos 23 Estados-membros que não baseavam a violação no *consentimento*¹⁰³ mas sim na violência física, ameaça ou coação, “contrariando desta forma o que se encontra vertido na Convenção de Istambul”^{104,105}.

Por sua vez, o Bloco de Esquerda, a 21 de dezembro de 2018, elabora o Projeto de Lei n.º 1058/XIII/4^a^{106,107}. Este Projeto propôs que o elemento típico dos artigos 163º e 164º passasse, unicamente, a ser “constranger outra pessoa”, eliminando o n.º 2 previsto no Código Penal. Por conseguinte, o uso de violência acrescida tornar-se-ia uma forma agravada de cometimento do crime (artigo 177º, n.º 1, alínea a)). Este Projeto de Lei mantém o emprego do vocábulo *constranger*, apesar de, na sua exposição de motivos referir que “é no *não consentimento* que radica a violência do ato e a natureza do crime”^{108,109}. Por outro lado, pretenderam os autores deste Projeto de Lei criar um novo n.º 2, tornando possível a punibilidade da tentativa nos crimes de coação sexual e violação. Revelou-se, no entanto, completamente desnecessária esta modificação, visto que a regra geral da punibilidade da tentativa (artigo 23º do Código Penal) já se aplica a estes crimes.

O referido Projeto de Lei fundamenta a sua opinião no RASI de 2018, na Convenção de Istambul, em acórdãos como o da “sedução mútua”¹¹⁰ e no facto de que a “esmagadora

¹⁰³ “Portugal faz parte do lote de países em que a definição do crime de violação assenta na violência, ameaça e coerção e não na falta de *consentimento*”, cf. Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4ª, do PAN, p. 7.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁵ No entanto, tal como já se verificou, o referido Relatório tem fontes que não correspondem à realidade e ao estabelecido no Código Penal atual, estando essas mesmas desatualizadas.

¹⁰⁶ Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=43243>.

¹⁰⁷ Foram também aqui emitidos dois *Pareceres* favoráveis relativamente à eliminação dos quase todos os elementos típicos restando o “*constrangimento*”, [realizados pelo CSM (apesar de ter manifestado preferência pelo projeto de lei do PAN) e pela CSMP], disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=43243>.

¹⁰⁸ Cf. Projeto de Lei n.º 1058/XIII/4ª, p. 4.

¹⁰⁹ Como veremos no Capítulo III, nos Pontos 2., 2.1. e 3., os conceitos *consentimento/sem consentimento* e *constrangimento* não são sinónimos.

¹¹⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de junho de 2018, processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1, juiz relatora Maria Dolores da Silva e Sousa, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

maioria dos agressores (se) enquadra em relações de proximidade familiar ou de conhecimento”¹¹¹.

Por último, o Partido Socialista, a 8 de março de 2019, elaborou também um Projeto de Lei, designado Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4^{112,113}, com vista à alteração das disposições legais relativas ao Capítulo V. Este Projeto de Lei pretendeu alterar o elemento essencial do tipo objetivo dos ilícitos criminais de coação sexual e de violação para uma cláusula que juntava o *não consentimento* e o *constrangimento*¹¹⁴. O Projeto propôs, igualmente, eliminar, em ambas as normas, a distinção entre graus de *constrangimento* físicos constantes nos n.ºs 1 e 2, unindo-as num só n.º 1. Propondo, ainda, a criação dos n.ºs 2¹¹⁵ dos artigos 163º e 164º, sugerindo que o uso de violência passasse a ser uma forma agravada do cometimento do crime. Com esta última proposta, observa-se, a nosso ver, uma correta inversão dos números dos artigos¹¹⁶.

Para além desta alteração aos preceitos legais mencionados, o Projeto de Lei pretendia reformular também o artigo 165º, acrescentando a expressão “manifestar o seu dissentimento” removendo a expressão “de opor resistência”. Desta forma, pretendiam criar mais um conceito: o *dissentimento*.

Foi no Relatório do GREVIO que o PS se fundou para a necessidade de reformulação dos artigos 163º e 164º, pois o mesmo documento indicava que a “alteração legislativa

¹¹¹ Cf. Projeto de Lei n.º 1058/XIII/4ª do Bloco de Esquerda, p. 2.

¹¹²

Disponível

em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43523>.

¹¹³ Este projeto de Lei obteve dois *Pareceres* favoráveis da Procuradoria-Geral da República (CSMP) e da Comissão de Assuntos Constitucionais e Direitos Liberdades e Garantias. Ambos disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43523>.

¹¹⁴ O que não faria qualquer sentido, pois seria exigir, cumulativamente, dois conceitos cuja existência conjunta se revela redundante, visto que uma pessoa que se encontre constrangida, não dá, à partida, o seu *consentimento*. Se, por um lado, tal exigência revelou imprecisão nos conceitos empregues e conseqüente desconhecimento do vocabulário técnico-jurídico, por outro, limitou-se a satisfazer, de forma dissimulada, engenhosa e, até, astuciosa a Convenção de Istambul, o GREVIO e todas as outras entidades internacionais e nacionais ao consagrar expressamente na norma o conceito *sem consentimento* apesar de se encontrar vazio de aplicabilidade prática devido à existência do outro requisito.

¹¹⁵ O “n.º 2 do artigo 163º tem na sua origem uma visão mais abrangente da tutela jurídico-penal da *liberdade sexual* e numa política criminal sustentada, na matéria dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, numa dimensão cada vez mais maximalista.”, cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2015), p. 47.

¹¹⁶ Apesar desta alteração, que não passa de uma mera formalidade, é de notar que o emprego da violência ou ameaça grave já era, na redação dos artigos 163º e 164º do Código Penal da Lei n.º 83/2015, uma condição de agravamento dos limites mínimo e máximo da pena. No entanto, e apenas de um ponto de vista meramente formal, esta mudança é de saudar, pois torna mais transparente a ideia de que a violência e a ameaça grave são condições agravantes.

operada em 2015 não se terá revelado suficiente para cortar definitivamente com a prática de longa data dos tribunais portugueses de exigirem prova de resistência da vítima para a condenação do perpetrador do crime”¹¹⁷.

A 24 de abril de 2019, a Comissão – que havia sido criada para analisar, estruturar, compreender e desenvolver um conjunto de 18 Projetos de Lei, num prazo manifestamente curto de, mais ou menos, 4 meses – deliberou constituir um Grupo de Trabalho para promover a nova apreciação das várias iniciativas legislativas e realizar audições nesse âmbito. Depois de algumas¹¹⁸ reuniões e não tendo sido possível aprovar um texto de substituição de cada uma das 18 iniciativas, as quais foram indiciariamente rejeitadas a 16 de julho de 2019, foi redigido um texto de substituição de todos os Projetos de Lei. A redação deste texto ficou encarregue à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias¹¹⁹.

A 19 de julho de 2019, em reunião plenária, os partidos autores dos diplomas retiraram as suas iniciativas a favor do texto de substituição, sendo, de seguida, votada e aprovada por unanimidade a redação elaborada pelo CACDLG.

Seguiram-se os trâmites habituais até à publicação, em Diário da República, da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro.

Esta Lei veio reformar e reestruturar, por completo, os artigos 163º e 164º do Código Penal, tornando-se necessário, senão imperativo, ficar a compreender esta nova redação¹²⁰.

Principiemos, por isso, pelo crime de coação sexual. Este ilícito típico sofreu, em primeiro lugar, alterações relativamente à organização numérica, uma vez que houve uma inversão dos números: o n.º 1 passou a constar no n.º 2 e o n.º 2 para n.º 1. Com esta alteração, e tal como já foi afirmado anteriormente, fica mais perceptível o facto de que os meios típicos presentes no n.º 2 são condições agravantes do n.º 1, que passa a ser o tipo-base. Em segundo lugar, o n.º 1 (anterior n.º 2) sofre uma transformação radical, com a eliminação das expressões “por meio não compreendido no número anterior”, “sofrer” e “consigo ou com outrem”, e com a inclusão da expressão “sozinho ou acompanhado por outrem”. Em terceiro

¹¹⁷ Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4ª, p. 2.

¹¹⁸ Do nosso ponto de vista, escassas.

¹¹⁹

Disponível

em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43200>.

¹²⁰ Não obstante ser uma questão ligeiramente lateral à problemática que delineámos para o presente trabalho.

lugar, é criado um n.º 3 que vem tentar explicar em que consiste o *constrangimento*, inserindo um outro conceito indeterminado e novo, tanto para os pensadores do direito como para os seus aplicadores, que é a *vontade cognoscível da vítima*. Quanto ao n.º 2 (anterior n.º 1) o mesmo não sofreu alterações.

Dediquemos, agora, algumas linhas ao crime de violação. Tal como no crime anterior, houve uma inversão dos números: também o n.º 1 passou a estar no lugar do n.º 2 e o n.º 2 no lugar do n.º 1. Por sua vez, o n.º 1, na esteira do que também aconteceu *supra*, sofreu algumas modificações: a eliminação da expressão “por meio não compreendido no número anterior” e da palavra “sofrer”, tanto na alínea a) como na b), e a inclusão de novas formas de penetração, coito oral e introdução oral de objetos (juntamente com a cópula, coito anal e introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos). Por último, é criado um n.º 3 com o mesmo significado e com a mesma nuance de só ser aplicável para o *constrangimento* previsto no n.º 1. Quanto ao n.º 2 (anterior n.º 1), tal como aconteceu no caso da coação sexual, o mesmo também não sofreu qualquer alteração.

Acontece que esta nova construção dos crimes de coação sexual e violação, a nosso ver, contém um conjunto de imprecisões técnico-jurídicas da “nascente até à foz”, que se devem, por um lado, às fontes utilizadas para fundamentar as modificações legais, *i.e.*, a Convenção de Istambul – que já havia sido transposta em 2015 para o Ordenamento Jurídico Português – e pareceres e relatórios internacionais¹²¹ – que não correspondem, na íntegra, à realidade jurídica portuguesa¹²², e, por outro lado, à corrida contrarrelógio para elaborar a referida Lei, resultado da análise e debate de 18 projetos de lei – alguns dos quais baseados em situações e casos jurisprudenciais concretos que acabaram por ser amplamente divulgados nos *media* – num prazo de 4/5 meses.

Note-se que, se fizermos um pequeno exercício de comparação – relativamente ao tempo dedicado para a elaboração do texto legal de substituição das normas então vigentes – entre esta Reforma e a Reforma de 1995 ou a Reforma da lei alemã de 2016¹²³, verificamos

¹²¹ Como é o caso do Relatório do GREVIO.

¹²² Relativamente a este ponto socorremo-nos das palavras de MARIA JOÃO ANTUNES – utilizadas relativamente aos crimes sexuais com menores, mas que se poderão aplicar perfeitamente neste contexto também –, “tais instrumentos acabam mesmo por ser “úteis” ao legislador nacional e por servir propósitos neo-criminalizadores nacionais, indo além da vinculação mínima do Estado ou indo mesmo além da vinculação máxima”, cf. “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in *Revista Julgar*, p. 157.

¹²³ Que mais tarde se desenvolverá no Ponto 6. do Capítulo II.

que estas modificações legais foram realizadas demasiado rápido, o que revela um estudo menos rigoroso, detalhado e claro, tal como é exigível ao legislador¹²⁴. Aliás, com toda esta “pressa” em chegar a um resultado por parte do legislador, observa-se um notório contrassenso com o próprio Código Penal, pois o mesmo faz questão de realçar, na sua introdução, o “rigor (...) com que cada tipo legal de crime foi definido. Para cada uma das prescrições incriminadoras houve o metucioso cuidado de sempre se traçarem os elementos do tipo da forma mais clara e imediatamente compreensível, porque só assim, repete-se e nunca será demais dizê-lo, se honra em toda a linha o princípio da tipicidade, um dos baluartes das garantias constitucionais do cidadão”¹²⁵.

Compreende-se, então, que existam determinadas falhas nas novas redações legais – tanto no crime de coação sexual, como no crime de violação – que merecem ser devidamente assinaladas.

1 – A primeira observa-se no emprego da expressão “sozinho ou acompanhado por outrem” no n.º 1 do artigo 163º. Apesar de se compreender a intenção do legislador com este acrescento¹²⁶, o mesmo acaba por não ter a utilidade prática desejada, visto que o seu resultado acaba por ser inexistente¹²⁷. Para tanto, vejamos o seguinte exemplo prático: A está

¹²⁴ Relativamente a esta questão da rapidez legislativa, PEDRO CAEIRO refere que “esta matéria dos crimes sexuais é uma matéria muito sensível e não se pode, na minha opinião, não se deve legislar por tentativa/erro. Quer dizer, aprovámos uma lei em 2015 e em 2019 vamos aprovar uma lei para o mesmo efeito, não me parece o método mais acertado” (audição realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Transcrição do seguinte trecho temporal: 03:40 a 03:56, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheAudicao.aspx?BID=112563>). Em sentido oposto, EURICO DOS REIS, considera que “se calhar é preferível nós irmos pela experimentação/erro (...), porque às vezes essa é a única forma de acertar. (...) do que estarmos a construir grandes projetos teóricos e grandes planos teóricos e, entretanto, as vítimas estavam a sofrer”. (audição realizada no mesmo âmbito da anterior. Transcrição do seguinte trecho temporal: 40:07- 40:24).

Não concordamos com o Juiz Desembargador, porquanto a presente lei tem mais de erro do que de tentativa. E se tivermos sempre esse pensamento, deixará de existir qualquer segurança jurídica, pois hoje a lei será uma, mas amanhã já será outra. E mais, os próprios aplicadores do direito (juízes, advogados e ministério público), se não tiverem estabilidade legislativa, não vão conseguir acompanhar para, eficazmente, compreender e saber empregar as leis, criando um autêntico caos nos tribunais e, conseqüentemente, na justiça.

¹²⁵ Cf. ponto 27 da Introdução do Código Penal.

¹²⁶ Neste sentido, referem, LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2019), que “Alude ainda o n.º 1 que o agente do crime pode praticá-lo sozinho ou acompanhado. Significa que pode ser perpetrado isoladamente (em autoria singular), conjuntamente com outras pessoas (em coautoria) ou na presença de outras pessoas, mesmo que não exista coautoria (podendo verificar-se situações de cumplicidade, mas não necessariamente). Note-se que, a presença de várias pessoas pode ser, por si, dependendo das circunstâncias, um fator de condicionamento da vontade da vítimas”, p. 62.

¹²⁷ No mesmo sentido, LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “essa mudança não constava de nenhum dos projetos de leis e, cremos, apresenta-se inócua. Se o intuito era salientar que não se trata de um crime de mão própria, tal já emergia da anterior redação que, inclusivamente, consagra a prática conjunta com outras

com o seu amigo C, num autocarro cheio de pessoas e, quando vê B, aproxima-se desta e sem que nada o fizesse prever, apalpa-lhe os seios e toca-lhe no órgão genital (ação essa que constitui a prática de dois atos sexuais de relevo). É facilmente perceptível que esta conduta do A é subsumível no n.º 1 do artigo 163º do Código Penal. E se o A estiver sozinho, haverá diferença? Não, A pratica os mesmos atos de execução que são subsumíveis na norma legal, tanto se estiver sozinho, como se estiver acompanhado por outrem, mesmo que esse outrem se limite a ser, simplesmente, um mero espectador (poderá haver, nesta situação, uma participação por omissão, pois o desvalor da omissão poderá corresponder no essencial ao desvalor da ação¹²⁸) ou não sabe o que está a acontecer.

Imaginemos esta outra situação: A e C veem B, conversam entre si, e decidem, os dois, praticar atos sexuais em B. Neste caso, são ambos coautores, não porque está lá a expressão “acompanhado por outrem”, mas sim porque praticaram ambos atos de execução suscetíveis de ser subsumidos no tipo legal de crime previsto e punido no artigo 163º e são coautores, porque preenchem o requisito previsto no artigo 26º do Código Penal, *i.e.*, “tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro”. Neste sentido, reduz-se a zero a utilidade ou a pertinência desta expressão na norma legal, uma vez que a coautoria não tem de estar tipificada em todos os crimes que a admitem.

2 – Conexo com este erro, encontra-se aquela que consideramos ser uma frustrada tentativa de colmatar uma lacuna já existente na redação anterior e que é suscitada na intervenção de PEDRO CAEIRO¹²⁹. De acordo com o mesmo, “não se incrimina, pelo menos, como autor, aquele que explora a situação de constrangimento da vítima que foi constrangida por terceiro. Quando existem três pessoas, uma constrange a vítima a ter certos atos sexuais, o outro tem os atos sexuais com a vítima e a pressuposição da lei é que o *constrangimento* é imputável aos dois agentes. Pode haver casos em que é só um que constrange e o outro que pratica os atos sexuais. Caso típico do proxeneta que obriga a prostituta a ter relações com determinada pessoa e a outra pessoa até pode saber que houve *constrangimento*”¹³⁰.

peças como circunstância agravante (...). Em relação a autoria paralela também a anterior redação em nenhuma parte negava essa possibilidade”. *idem*, p. 54.

¹²⁸ Vide Dias, Jorge de Figueiredo, in *Direito Penal* (...), (2012), p. 920.

¹²⁹ Cf. A audição realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019.

Disponível

em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=112563>.

¹³⁰ Retirado da suprarreferida audição. Transcrição do seguinte trecho temporal: 22:30 a 23:09.

Acrescenta ainda que, o agente que explorar a situação de constrangido só poderá ser punido “nos reduzidos requisitos da participação, na coautoria é preciso que haja decisão conjunta”¹³¹, *i.e.*, e recorrendo ao exemplo, seria necessário que houvesse um acordo prévio entre o proxeneta e o agente que praticou o ato sexual, no entanto, tal acordo poderia perfeitamente nem existir. Neste sentido, e apesar desta nova construção legal, consideramos que a lacuna se mantém presente na lei.

3 – Ainda relativamente ao n.º 1 do artigo 163º, existe uma outra questão que pode ser discutida. A expressão “sozinho ou acompanhado por outrem” apenas está presente no n.º 1. No n.º 2 do mesmo artigo e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 164º esta expressão não existe. O que está previsto nestes é a expressão “consigo ou com outrem”¹³². Pergunta-se, então, porque é que o legislador utiliza uma expressão diferente no n.º 1 do artigo 163º? E, sendo duas expressões diferentes, serão equiparáveis? Qual é o significado de “consigo ou com outrem”? Quanto à primeira questão, a mesma foi respondida no parágrafo anterior. No que diz respeito à segunda pergunta (e indiretamente também à terceira), a resposta só pode ser negativa: as expressões não são, nem podem ser, equiparáveis. Passemos a explicar.

A expressão “sozinho ou acompanhado por outrem” foi já oportunamente desconstruída. Relativamente à expressão “consigo ou com outrem”, esta refere-se aos seguintes casos: por um lado, do agressor (“comum”) que constrange a vítima a praticar ou a sofrer atos sexuais de relevo (daí a utilização do vocábulo “consigo”) e, por outro, do agressor que constrange a vítima para que a mesma pratique ou sofra ato sexual de relevo por parte de um terceiro (por isso se emprega o termo “com outrem”).

Respondidas estas perguntas, surge um conjunto de novas indagações cujas soluções não encontramos. Porque é que não está empregue no n.º 1 a expressão “consigo ou com outrem”? Será que o legislador quis retirar, propositadamente, esta expressão? Será que a expressão “consigo ou com outrem” é relevante e precisa de estar tipificada? Ou será que se pode remover esta última dos números onde está presente, fazendo-se, assim, uma interpretação extensiva da norma aplicando-se a todos os casos (do “agressor comum” e também do “proxeneta”)? Por último (e se calhar é esta aquela que causará maiores problemas de interpretação para os aplicadores do direito), será que, por não estar presente

¹³¹ Retirado da suprarreferida audição. Transcrição do seguinte trecho temporal: 23:45 a 23:51.

¹³² Poder-se-á fazer algum juízo de comparação entre estas duas expressões? Pensamos que não.

no número, apenas se aplica aos casos do “agressor comum” e não aos casos do “proxeneta”, visto que o legislador fez questão de retirar a expressão “consigo ou com outrem” neste número e manter nos restantes?

4 – Existe ainda uma outra *lacuna de punibilidade* no atual n.º 1 do artigo 163º, assim como nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 164º. Até à Reforma de 2019, no n.º 2 do artigo 163º e na alínea a) do n.º 2 do artigo 164º constava a redação “quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar...” e, na alínea b) do n.º 2 do artigo 164º, “quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer introdução vaginal...”. Com a entrada da nova redação e consequente inversão dos números, no texto da lei passou a constar o seguinte: no n.º 1 do artigo 163º, “quem, (...), constranger outra pessoa a praticar ato sexual de relevo...”; na alínea a) do n.º 1 do artigo 164º, “quem constranger outra pessoa a: praticar consigo...”; e na alínea b) do n.º 1 do artigo 164º, “quem constranger outra pessoa a praticar atos de introdução vaginal”¹³³. No entanto, porque os n.ºs 2 (anteriores n.ºs 1) mantiveram a redação anterior e porque a expressão “sofrer ou praticar” permaneceu no texto legal, surge uma questão de incongruência por parte do legislador. Vejamos.

Como nos ensina FIGUEIREDO DIAS¹³⁴, “a distinção entre sofrer e praticar quer significar apenas a distinção entre um comportamento, do ponto de vista sexual, puramente passivo ou antes ativo da vítima”. Percebe-se, então, a necessidade da inclusão da expressão “a sofrer ou a praticar”¹³⁵. Imaginemos dois casos idênticos e com os mesmos dois intervenientes (A,

¹³³ Relativamente a esta alínea, as nossas dúvidas e questões adensam-se. Isto porque, consideramos, tal como o legislador entende na alínea b) do número 2 do artigo 164º, que as conduta ilícitas só poderão ser subsumidas no crime de violação quando os atos são sofridos pelas vítimas e não, também ou apenas, os atos praticados pelas mesmas. Neste sentido, a nova construção legal contraria em absoluto este nosso entendimento.

¹³⁴ Continua o autor: “o que conduz logo a uma primeira e importante conclusão: a de que não é punido como coação sexual o constrangimento a ato sexual de relevo praticado pelo agente ou por terceiro(s) perante a vítima, (...) mas apenas o constrangimento a ato praticado na vítima.”, cf. DIAS, Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º”, in *Comentário Conimbricense...* (1999), pp. 450 e 451.

¹³⁵ Num sentido totalmente oposto – que discordamos, por entendermos correta a interpretação de FIGUEIREDO DIAS –, INÊS FERREIRA LEITE sustenta a diferença entre os vocábulos “sofrer” e praticar” no seguinte: “Os atos sexuais não têm, ainda, de ser praticados entre o agente e a vítima, podendo este “constranger” a vítima a praticá-los “consigo ou com outrem”. Assim, o uso dos meios previstos nos arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1, pode dirigir-se à prática de atos sexuais “sobre” ou “com” a vítima conduzidos por um terceiro, o que corresponde a um claro afastamento da doutrina dos chamados “crimes de mão própria”. Assim, quando a vítima é constrangida a “sofrer” a prática de atos sexuais, a norma incriminadora limita-se a descrever a conduta típica de autoria material singular, deixando às normas gerais da comparticipação o papel de ampliar o âmbito da incriminação para as situações de coautoria ou autoria mediata. Já quando a vítima for constrangida a “praticar” o ato sexual, a norma incriminadora procede a uma equiparação típica entre a autoria material e a coautoria ou autoria mediata, inserido na própria descrição típica – qualificando-se assim, tais condutas como de autoria

homem de estatura baixa e franzino, e B, uma das maiores líderes de tráfico de droga e de armas das redondezas, detentora de reputação de *serial killer*), mas com diferentes atos sexuais praticados; A encontra-se a circular na rua ao final da noite e é surpreendido por B, que se dirige a este e, sem grandes falas, lhe diz para irem para uma viela que conhecia. A, reconhecendo imediatamente a pessoa B e sabendo de todo o seu historial, com medo de possíveis represálias, acompanha B para a referida viela. É a partir daqui que os casos divergem. No primeiro caso, quando chegam ao local, B diz-lhe que irão praticar coito vaginal, que acaba por se consumir, apesar de A não ter expressado o seu acordo. No segundo caso, quando chegam ao local, B diz-lhe que esta iria realizar introdução anal nele, utilizando determinados objetos, o que acaba por se consumir, também sem A ter expressado o seu acordo. Se observarmos o estatuído pelo n.º 1 do artigo 164º, chega-se ao absurdo de apenas ser punido o primeiro caso e não o segundo, porquanto a primeira conduta se subsume na alínea a) e a segunda conduta não se subsume na alínea b), pois apenas são punidos os atos “praticados” pela vítima que foi constrangida. No segundo caso, A apenas sofre uma introdução anal de objetos, ele não pratica, não tem um comportamento ativo, apenas e só meramente passivo. Assim, podemos retirar a conclusão de que houve uma descriminalização da conduta (descriminalização em sentido técnico¹³⁶), visto que o termo “sofrer” foi completamente apagado do catálogo das infrações criminais, deixando de se considerar a prática deste facto como um crime. Esta descriminalização da conduta acarreta uma outra consequência que se consubstancia na imposição do *Princípio da Aplicação da Lei Mais Favorável*¹³⁷, i.e., “a proibição da retroatividade só vale contra o agente e não a favor dele”¹³⁸. Como sabemos, este princípio tem tal força que nem a figura de caso julgado constitui um obstáculo. Desta forma, poder-se-á observar uma reabertura de processos judiciais que estavam encerrados por condenação dos arguidos uma vez que o comportamento, outrora penalmente desvalioso, foi descriminalizado (“se o Estado deixa de

material – o ato de constranger a vítima a praticar o ato sexual com outrem.”, cf. LEITE, Inês Ferreira, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 68.

¹³⁶ Cf. DIAS, Figueiredo, *últ. ob. cit.*, p. 199.

¹³⁷ Este princípio decorre dos artigos 2º, n.º 4, do Código Penal (“4 - Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior”) e 29º, n.º 4, 2ª parte, da CRP (“aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido”).

¹³⁸ Cf. DIAS, Figueiredo, *últ. ob. cit.*, p. 198.

ter a pretensão da punição criminal relativamente àquele facto, não faz qualquer sentido que um agente continue a responder por ele”¹³⁹).

Poder-se-ia alegar que na palavra “praticar” tanto cabem as atitudes passivas como as ativas da vítima. Porém, estaríamos a recorrer à *analogia legis, i.e.*, aplica-se “uma regra jurídica a um caso concreto não regulado pela lei através de um argumento de semelhança substancial com os casos regulados”¹⁴⁰, no sentido em que se iria comparar a palavra praticar à expressão prevista no n.º 2 do artigo 163º e da alínea a) do n.º 2 do 164º, “sofrer ou praticar”, em prejuízo dos possíveis agressores/arguidos. Como sabemos, tanto o Código Penal, no seu n.º 3 do artigo 1º¹⁴¹, como a Constituição da República Portuguesa, no seu n.º 1 do artigo 29º¹⁴², estabelecem que não é permitido o recurso à analogia “para qualificar um facto como crime”¹⁴³ – *princípio de proibição de irretroatividade in malam partem*¹⁴⁴. E, por estar presente nos n.ºs 2 dos artigos 163º e 164º a palavra “sofrer”, inviabiliza-se a possibilidade de os aplicadores do direito poderem alegar que a palavra “praticar” abarca tanto as atitudes passivas como ativas da vítima.

5 – Uma quinta questão suscitada, desta vez, na alínea b) do n.º 2 do artigo 164º, cinge-se a uma incongruência entre esta alínea e a alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo. Como já foi referido, um dos objetivos da Comissão Revisora foi dar pleno cumprimento ao disposto na Convenção de Istambul. E, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 36º da Convenção¹⁴⁵,

¹³⁹ Cf. COSTA, Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, p. 78. Continua Figueiredo Dias, “o que tudo se compreende considerando que, se a conceção do legislador se alterou até ao ponto de deixar de reputar jurídico-penalmente relevante um comportamento, não tem qualquer sentido político-criminal manter os efeitos de uma conceção ultrapassada”, *últ. ob. cit.*, p. 199.

¹⁴⁰ Cf. DIAS, Figueiredo, *últ. ob. cit.*, p. 187.

¹⁴¹ “3. Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde”.

¹⁴² “1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”.

¹⁴³ Em sentido aparentemente contrário, LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *últ. ob. cit.*, “A vítima pode ser constrangida a) a praticar o ato sexual de relevo com o agressor(a) ou um terceiro; b) a sofrer o ato sexual de relevo praticado pelo agressor ou terceiro; c) a praticar em si mesmo o ato sexual de relevo.”, p. 62. Continuam os autores por dizer: “tendo sido intenção da Lei n.º 101/2019 a ampliação da tutela da vítima não se poderá interpretar a mudança de redação da alínea a) com um qualquer intuito de restringir a incriminação de comportamentos à luz da redação anterior. Assim, na alínea a) (do n.º 1 do artigo 164º) a alusão a “praticar” abrange a participação nos atos sexuais de relevo, mantendo-se a esfera de proteção”, p. 84.

¹⁴⁴ A irretroatividade das leis constitui uma das consequências do *Princípio da Legalidade*, “cujo conteúdo essencial se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*)”. Para mais desenvolvimentos sobre o tópico *Princípio da Legalidade*, vide DIAS, Figueiredo, *últ. ob. cit.*, pp. 177 e ss.

¹⁴⁵ “Article 36 – Sexual violence, including rape

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalized:

os Estados-Membros devem tomar medidas legislativas por forma a punir todas as condutas onde haja penetração *vaginal, anal* ou *oral*, através de qualquer parte do corpo ou objetos, *sem consentimento* de uma das partes¹⁴⁶. Acontece que, e tal como já foi referido, apenas foram alterados os n.ºs 1 dos artigos 163º e 164º, não tendo sido realizada qualquer modificação ao disposto no n.º 2 do artigo 164º. Consequentemente, os casos de *introdução oral* de partes do corpo ou de objetos, onde também tenha ocorrido, pelo menos, uma das elencadas circunstâncias agravantes, não são punidos pela alínea a) do n.º 2 do artigo 164º. Como tal, o agressor verá a sua pena ser especialmente atenuada, pois só poderá ser punido, relativamente à agressão do bem jurídico *liberdade sexual*, com base na alínea a) do n.º 1 do artigo 164º¹⁴⁷, observando-se uma nova *lacuna de punibilidade*.

6 – Em sexto lugar, consideramos que seria de repensar a epígrafe do tipo legal disposto no artigo 163º. Com a nova construção teórica das normas – onde o elemento típico central do ilícito se encontra na *vontade cognoscível da vítima* –, o termo coação sexual – que pressupõe, desde logo, tal como o próprio nome indica, um meio coativo para constranger a vítima e não a simples vontade contrária da mesma à prática de ato sexual – não será, juridicamente, o mais correto, visto que o tipo legal de crime tutela agora um conjunto de casos mais abrangente do que os casos de *constrangimento* provocados pela coação sexual. Por conseguinte, a referida epígrafe poderia passar a denominar-se “Abuso Sexual”, tal como acontece em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do Alemão¹⁴⁸ ou do Sueco¹⁴⁹.

7 – Por último, salienta-se que, a nosso ver, a construção frásica do n.º 3 dos artigos 163º e 164º não será, igualmente, a mais acertada. O objetivo deste artigo consiste em definir o conceito de *constrangimento*, associando-o a qualquer meio empregue para a prática de um ato que seja contra a *vontade cognoscível da vítima*. Acontece que este número poderá

a. engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object.”. Convenção de Istambul, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

¹⁴⁶ Realce-se que estamos sintonia com a imperatividade e necessidade do cumprimento desta exigência da Convenção de Istambul, porquanto acaba por ser artificial a tentativa de distinguir a penetração vaginal ou anal da penetração bucal, visto que a questão central se encontra no ataque ao bem jurídico da *liberdade sexual* e, consequentemente, da *dignidade da pessoa humana*; qualquer uma das situações provoca na vítima um similar sentimento de repúdio e constrangimento, assim como, possíveis danos psicológicos. Por este motivo, qualquer conduta que configure numa penetração, de cariz sexual, do corpo da vítima, de qualquer parte do corpo, constrangendo-a, deverá ser punido pelo crime de violação.

¹⁴⁷ A sua conduta poderá ser também subsumida, em concurso, igualmente, num crime de ofensas à integridade física simples (artigo 143º do Código Penal).

¹⁴⁸ Cf. Artigo 177º do StGB.

¹⁴⁹ Cf. Section 2, Chapter 6 do Código Penal Sueco.

induzir em erro os próprios intérpretes e aplicadores do direito, devido ao recurso das expressões “para efeitos do disposto no n.º 1” e “não previsto no número anterior”, dando a entender que o termo *constrangimento* terá dois significados distintos, um para o n.º 1 e outro para o n.º 2. No entanto, a noção de *constrangimento* não deixa de ser a mesma, pois a ideia basilar consiste na prática de um ou de vários atos atentatórios do bem jurídico que é a *liberdade sexual* do ofendido, dado que a vontade da vítima é contrária à prática desses referidos atos, quer se recorra à violência, quer se recorra, por exemplo, a um ataque-surpresa. Não obstante, compreendemos que o conceito de *vontade cognoscível* possa ter especial relevância nos casos de “zona cinzenta” e que estes serão tutelados, principalmente, pelos n.ºs 1 dos artigos 163º e 164º, daí a dizermos que a construção frásica não é mais acertada ou a mais clara e não que a mesma se encontra manifestamente errada¹⁵⁰.

É através deste último ponto que tentaremos compreender – designadamente analisando o Direito Penal Sexual de outros ordenamentos jurídicos europeus – qual o modelo de incriminação que melhor se poderá adaptar e aplicar à conjuntura sociojurídica portuguesa e, também, tentar dissipar, o máximo possível, as dúvidas em torno de conceitos como o *constrangimento*, a *vontade cognoscível da vítima* e o *consentimento*.

¹⁵⁰ JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO consideram que o conceito de *cognoscibilidade* da *vontade* tem especial relevância nos casos de fronteira e acrescentam que “aquando da utilização dos meios mais gravosos do n.º 2, nem sequer existe necessidade de convocar o conceito (o que resulta do n.º 3 apenas remeter para a coação simples do n.º 1)”, *últ. ob. cit.*, p. 72.

Capítulo II – O tratamento do problema em outros ordenamentos jurídicos

1. Inglaterra

O Direito Penal Sexual Inglês tem uma evolução histórica muito similar ao caso português. No entanto, numa perspectiva temporal, os acontecimentos são consideravelmente mais precoces.

A primeira manifestação de mudança de mentalidade surge em 1845, com o caso *R. v Camplin*¹⁵¹, onde, *per summa capita*, o agressor seduziu uma criança de 13 anos de idade, do sexo feminino, tendo-a colocado em tal estado de embriaguez, que a mesma ficou incapaz de tomar decisões. Logo após, o agressor teve relações sexuais com a vítima, não utilizando nem violência, nem qualquer ameaça. A condenação deste arguido marcou uma rutura de pensamentos porquanto, até então, a posição dos tribunais relativamente aos crimes sexuais exigia, por parte das vítimas (mulheres), uma expressão ativa e constante de resistência física¹⁵².

Cerca de 100 anos após esta decisão, é elaborado um diploma legal designado *Sexual Offences Act 1956*. Neste documento não existia qualquer definição de *consentimento* (deixando-se a mesma ao critério dos magistrados judiciais); no entanto, salientava que a falta do mesmo deveria ser demonstrada por uma de três formas: prova de utilização de força ou ameaças por parte do agressor; provas de que o ofendido não compreendia o que teria acontecido, motivado pelo facto de estar sob o efeito de álcool ou substâncias psicotrópicas, por estar a dormir, por não ter idade ou, ainda, por ter alguma deficiência mental; e, por último, prova de que o ofendido havia sido enganado quanto à identidade da pessoa com quem o mesmo tivera relações sexuais.

No mesmo sentido, o *Wolfenden Report* foi, igualmente, um marco importante rumo a uma progressão da mentalidade inglesa no que concerne aos crimes sexuais. A criação deste Relatório, em 1957, deveu-se a um vasto conjunto de escândalos relacionados com a condenação de indivíduos que praticavam atos sexuais de cariz homossexual¹⁵³. O mesmo

¹⁵¹ Cf. MUNRO, Vanessa E., “Sexual Autonomy”, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, p. 750.

¹⁵² *Idem*, p. 750 e 751.

¹⁵³ Cf. JOHANSSON, Warren, “*Wolfenden Report*”, disponível em: <https://pt.scribd.com/document/67392784/Wolfenden-Report>.

propôs descriminalizar esses atos, que fossem consensuais e praticados em privado¹⁵⁴. A criação deste relatório trouxe, como consequência mais relevante, o afastamento de grande parte do caráter moralista existente nos crimes sexuais da lei inglesa.

Num sentido completamente oposto a toda esta visão progressista que se ia sedimentando, tornou-se mediática, em 1975, a decisão jurisprudencial de um caso de violação, onde a questão central se colocava no elemento subjetivo dos crimes sexuais, na “*mens rea*” – exigência de dolo ou antes de negligência grosseira para a prática do crime – e, incidentalmente, na necessidade da expressão física do não *consentimento*. O caso, designado *Director of Public Prosecutions (DPP) v. Morgan*, consubstanciou-se na absolvição de três militares acusados do crime de violação de uma mulher e na condenação do marido desta, Morgan. Os militares encontravam-se num *pub* quando foram abordados por Morgan, que lhes sugeriu irem para casa dele para os mesmos terem relações sexuais com a sua mulher, afirmando que esta tinha interesse em práticas sexuais agressivas com recurso a violência física e que mesmo que ela parecesse estar a resistir, na verdade, estaria a retirar prazer do ato sexual¹⁵⁵. Os quatro sujeitos acabaram por violar a vítima, à vez, enquanto os restantes elementos prendiam os membros desta¹⁵⁶. Os três indivíduos alegaram, em sua defesa, que tinham a convicção de que a vítima estava a consentir a prática daqueles atos sexuais, mesmo que tal convicção não fosse razoável para o comum cidadão, teoria esta que veio a ser aceite pela *House of Lords* – depois do tribunal de primeira instância ter determinado a condenação dos quatro arguidos – que, por consequência, determinou a não imputação dos crimes de violação aos 3 militares¹⁵⁷. Esta decisão jurisprudencial consagrou os seguintes elementos do crime de violação: ato sexual desleal (*i.e.*, ato sexual realizado fora do casamento); relação sexual com uma mulher, sem o seu *consentimento*; com utilização de força, medo ou fraude¹⁵⁸; e com a consciência “honesta”¹⁵⁹ de que o ato é praticado com o *consentimento*.

¹⁵⁴ Cf. NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *ob. cit.*, p. 22.

¹⁵⁵ Cf. ALEXANDER, Dolly F., “Twenty years of Morgan: A criticism of the subjectivist view of Mens Rea and Rape in Great Britain”, pp. 209 e 210.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 210.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 208.

¹⁵⁸ Cf. DEMPSEY, Michelle Madden, “Smith and Hogan at Villanova: Reflections on Anglo-American Criminal Law, the Definition of Rape, and what America still needs to learn from England”, in *Villanova Law Review*, p. 516.

¹⁵⁹ Law Reform Commission, *Knowledge or Belief Concerning Consent in Rape Law*, (LRC IP 15 - 2018), 7.

Em 1994, com a crescente consciencialização do povo inglês e com o aumento exponencial de casos de violações sexuais de mulheres no país, é criado, pelo Parlamento Inglês, um documento legal denominado *Public Order Act*¹⁶⁰, que veio criminalizar todas as formas de penetração peniana no corpo das mulheres e não apenas a cópula vulvar que, até então, era a única forma de penetração passível de se enquadrar no crime de violação¹⁶¹.

Em 2003, o debate sobre a necessidade e imperatividade de uma reforma dos crimes sexuais e o ativismo feminista constante em prol dessa mesma reforma levaram a que o Parlamento aprovasse um outro diploma legal, designado *Sexual Offences Act 2003*. Este documento legal veio modificar a construção legal dos crimes de violação¹⁶², de agressão sexual com penetração¹⁶³, de agressão sexual¹⁶⁴ e de “coagir outrem à prática de ato sexual não consentido”¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/142/enacted>.

¹⁶¹ Cf. MUNRO, Vanessa E., *ob. cit.*, p. 751.

¹⁶² “1 Rape:

(1) A person (A) commits an offence if:

- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
- (b) B does not consent to the penetration, and
- (c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section. (...)”

Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/1>.

¹⁶³ “2 Assault by penetration

(1) A person (A) commits an offence if—

- (a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,
- (b) the penetration is sexual,
- (c) B does not consent to the penetration, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section. (...)”

Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/2>.

¹⁶⁴ “3 Sexual assault

(1) A person (A) commits an offence if:

- (a) he intentionally touches another person (B),
- (b) the touching is sexual,
- (c) B does not consent to the touching, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section. (...)”

Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/3>.

¹⁶⁵ “4 Causing a person to engage *in* sexual activity without consent:

(1) A person (A) commits an offence if:

- (a) he intentionally causes another person (B) to engage *in* an activity,
- (b) the activity is sexual,

Subjacente a todos estes tipos de ilícito, está o termo *consentimento* conciliado com um outro, “razoabilidade”¹⁶⁶. *I.e.*, a pessoa A deverá ter a responsabilidade de se assegurar de que a outra pessoa (B) consente ou que era razoável que consentisse na prática dos atos sexuais^{167,168}.

O parágrafo 74 do *Sexual Offences Act 2003* consagra a definição de *consentimento*: “a pessoa apenas consente se aceitar praticar os atos sexuais por vontade própria e com liberdade e capacidade para tomar essa decisão”¹⁶⁹. Por outro lado, o parágrafo 75 estabelece, no seu n.º 1, que, caso não se encontrem provas suficientes de que o ofendido havia consentido a prática de determinados atos sexuais, se presume que o mesmo não os consentiu e de que o agressor não acreditou, razoavelmente, que o ofendido havia consentido. No entanto, para que se confirme esta situação, será necessária a verificação de três requisitos, *i.e.*, que tenha ficado provado que: o agressor praticou o ato; que o caso se subsume num conjunto de circunstâncias elencadas no n.º 2; e que o agressor sabia que essas circunstâncias existiam. Em adição, o parágrafo 76 consagra, no seu n.º 1, que o ónus da prova passa para o agressor (“to be conclusively presumed”), pois parte-se do princípio que o ofendido não consentiu e que o arguido acreditava que o primeiro não havia consentido.

(c) B does not consent to engaging *in* the activity, and

(d) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section, if the activity caused involved—

(a) penetration of B’s anus or vagina,

(b) penetration of B’s mouth with a person’s penis,

(c) penetration of a person’s anus or vagina with a part of B’s body or by B with anything else, or

(d) penetration of a person’s mouth with B’s penis,

is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life. (...)”

Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/4>.

¹⁶⁶ Um dos objetivos deste acréscimo consistiu em abolir a possibilidade de surgirem casos como o suprarreferido *DPP vs Morgan*.

¹⁶⁷ Cf. *Legal Guidance of Sexual Offences Act 2003*. Disponível em <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-3-consent>.

¹⁶⁸ Acrescente-se, ainda, o facto de, de acordo com o guia referido na anterior nota, ser fundamental – quanto à questão da prova – que as entidades judiciárias perguntem ao agressor quais foram os passos dados para se satisfazer sexualmente que a vítima consentiu, por forma a se compreender o seu estado de espírito ao momento da prática dos factos. Este guia legal, considera que este teste da razoabilidade é subjetivo, no entanto detém uma característica objetiva, através da elaboração de duas perguntas essenciais: “o agressor sabia que a vítima tinha consentido?” (o elemento subjetivo do teste) e “era razoável ao agressor saber que vítima não havia consentido?” (o elemento objetivo do teste). Cf. *idem*.

¹⁶⁹ Section 74 “for the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice”. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/4>.

Tal como no parágrafo anterior, exige-se que fique provado que o agente do crime praticou o referido ato e que existiu uma das circunstâncias elencadas no n.º 2 do mesmo parágrafo.

No fundo, este diploma veio reconstruir a conceção legal dos crimes sexuais, alargando o âmbito de aplicação das normas penais, uma vez que, por um lado, acrescentou ao crime de violação, os casos de introdução oral e, por outro, com a já aludida incorporação do conceito “*razoabilidade*”, surge a possibilidade de punir o agente nos casos de negligência¹⁷⁰.

E é através destas duas ideias que damos o “salto” para o ponto seguinte: qual o modelo de incriminação vigente no Ordenamento Jurídico Inglês? Para responder a esta questão, apoiamo-nos em SMITH e HOGAN, que consideram que a essência da violação se esbarra na *falta de consentimento*¹⁷¹, não dependendo, por isso, de qualquer outro meio típico (v.g. utilização de violência ou ameaças)¹⁷² para se verificarem os crimes de violação, de agressão sexual com penetração, de agressão sexual ou de ato sexual *sem consentimento*.

Em suma, e concordando plenamente com VANESSA E. MUNRO, esta reforma legal está desenhada para cimentar uma abordagem mais paritária no tocante à negociação sexual, compelindo os arguidos (homens) a avaliar o verdadeiro sentido por detrás dos “sinais” de vontade da vítima¹⁷³.

Conclui-se, assim, que o Ordenamento Jurídico Inglês, relativamente aos crimes sexuais, opta pelo modelo de incriminação do *consentimento afirmativo*, que poderá ser expressado através de sinais, comportamentos, gestos ou palavras.

¹⁷⁰ Neste sentido, DEMPSEY, Michelle Madden, *ob. cit.*, pp. 517 e 518. Adita, ainda, a autora, que “by adopting a negligence standard for defining the *mens rea* of rape *in* correspondence to the victim’s non-consent, we both honor the subjectivist principle of correspondence and avoid deferring to the defendant’s own peculiar understanding of what counts as consent to sex.”, p. 522.

¹⁷¹ Cf. SMITH e HOGAN: *in Criminal Law*, p. 468.

¹⁷² “England marks the distinction between sexual intercourse and rape according to whether the intercourse was non-consensual, with no additional requirement that the offense be committed through the use of physical force, or that the victim physically resist. In so doing, England joined the “universal trend towards regarding lack of consent as the essential element of rape””, cf. DEMPSEY, Michelle Madden, *ob. cit.*, p. 520.

¹⁷³ Cf. VANESSA E. MUNRO, *ob. cit.*, p. 752.

2. Irlanda

Até 1981, a legislação respeitante aos crimes sexuais era escassa e não sofreu grandes reformas desde 1922, ano de celebração do Tratado Anglo-Irlandês¹⁷⁴. A única e importante legislação, durante todo este período, que vigorava e que regulava especificamente as ofensas sexuais, era o *Criminal Law Amendment Act 1935*¹⁷⁵.

Contudo, desde 1981, a preocupação social e política e, conseqüentemente, jurídica, em redor desta área do Direito Penal aumentou e com ela cresceu, igualmente, o número de documentos legislativos orientados para um expansionismo da intervenção penal. Esta data corresponde ao ano da elaboração do diploma legal *Criminal Law (Rape) Act, 1981*¹⁷⁶, que veio alterar as disposições impostas pelo *Criminal Law Amendment Act, 1935*. Conseqüentemente, veio introduzir várias novidades, destacando-se a introdução de uma definição de violação¹⁷⁷, a garantia de que o passado do ofendido não pudesse ser pressuposto para atenuação da pena ou mesmo para a decisão de condenação ou absolvição e o agravamento das molduras penais¹⁷⁸.

Embalado por este sentido mais liberal e vanguardista, é elaborado, já na década de 90, o *Criminal Law (Rape) (Amendment) Act, 1990*¹⁷⁹, que trouxe, entre outras, as seguintes novidades: alargamento do âmbito de aplicação do crime de violação (com a inclusão da penetração de boca ou ânus por pénis e penetração vaginal através de objetos)¹⁸⁰; retirada de

¹⁷⁴ Cf. *The Law on Sexual Offences – a Discussion Paper*, Department of Justice, Equality and Law Reform, p. 17.

¹⁷⁵ Disponível em <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1935/act/6/enacted/en/html>.

¹⁷⁶ Disponível em <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1981/act/10/enacted/en/html>.

¹⁷⁷ “2 – (1) A man commits rape if:

(a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it, and

(b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or he is reckless as to whether she does or does not consent to it, (...)”

Desta forma, na alínea a) é possível identificar os elementos do tipo de ilícito objetivo (“unlawful”; “sexual intercourse”; “woman”; “women who ... does not consent to it”). E, também, os elementos do tipo de ilícito subjetivo, na alínea b), *i.e.*, a necessidade da presença ou de dolo direto (“knows”) ou de dolo eventual – possivelmente, poder-se-á englobar também aqui a negligência consciente – (“reckless”) por parte do agente infrator.

in *Criminal Law (Rape) Act, 1981*.

¹⁷⁸ in *The Law on Sexual Offences – a Discussion Paper*, p. 18.

¹⁷⁹ Disponível em <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1990/act/32/enacted/en/print#sec9>.

¹⁸⁰ “4 – (1) in this Act “rape under section 4” means a sexual assault that includes:

(a) penetration (however slight) of the anus or mouth by the penis, or

(b) penetration (however slight) of the vagina by any object held or manipulated by another person.”,

in *Criminal Law (Rape) (Amendment) Act, 1990*.

qualquer dúvida, anteriormente existente, relativamente à possibilidade de o marido ser ou não condenado por violação da sua esposa; e introdução do conceito *sem consentimento* na secção 9¹⁸¹. Esta última modificação veio esclarecer que a omissão ou a insuficiência, por parte do ofendido, de resistência, não implica que o arguido não seja condenado pelo crime de agressão sexual. É, todavia, necessário que o arguido tenha compreendido que a vítima possa não dar o seu *consentimento*, não se bastando apenas que seja razoável ter tal percepção¹⁸². Ou seja, o modelo de incriminação irlandês no respeitante aos crimes sexuais, a partir de 1990, passa a assentar na falta de *consentimento*¹⁸³, sem depender de qualquer outro meio típico.

Por sua vez, já em pleno séc. XXI, é elaborado um novo diploma legal, designado *Criminal Law (Sexual Offences) Act, 2017*¹⁸⁴.

O mesmo trouxe, entre outras novidades, uma total transformação do disposto na secção 9 do *Criminal Law (Rape) (Amendment) Act, 1990*, que se observou, por um lado, na criação, no n.º 1, de um novo termo, o *consentimento*¹⁸⁵, e, por outro, na definição legal e na concretização, extremamente pormenorizada, de ato sexual praticado com e sem *consentimento*¹⁸⁶.

¹⁸¹ “It is hereby declared that *in relation to an offence that consists of or includes the doing of an act to a person without the consent of that person any failure or omission by that person to offer resistance to the act does not of itself constitute consent to the act.*” cf. *Criminal Law (Rape) (Amendment) Act, 1990*.

¹⁸² Em 2016, o *Ireland’s Supreme Court*, no caso *The People (DPP) vs C O’R*, sustentou que “... not what a reasonable man believed as to the presence of consent, but rather what the individual accused actually believed. The mental element of rape requires the accused to know that the woman does not consent to intercourse or for him to be reckless as to whether she does or does not consent... An honest, though unreasonable, mistake that the woman was consenting is a defense of rape...”, *The People (DPP) vs C O’R* [2016], IESC 64, [2016] 3 IR 322, parágrafo 51, *apud Knowledge or Belief Concerning Consent in Rape Law*, p. 8.

¹⁸³ “The absence of consent is the central ingredient of rape. What may pass for consent may, on closer examination, have been brought about by fear or fraud and may not have been given freely or voluntarily. The question arises as to whether the law *in this respect*, as built up *in the courts over many years*, is adequate, or whether a statutory definition could afford greater protection to women, particularly *in cases where the threat is not of physical harm.*”, cf. *The Law on Sexual Offences – a Discussion Paper*, (...), p. 49.

¹⁸⁴ Disponível em <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2017/act/2/enacted/en/print.html>.

¹⁸⁵ “9. (1) A person consents to a sexual act if he or she freely and voluntarily agrees to engage *in that act.*” *in Criminal Law (Sexual Offences) Act, 2017*.

¹⁸⁶ “9. (2) A person does not consent to a sexual act if—

- (a) he or she permits the act to take place or submits to it because of the application of force to him or her or to some other person, or because of the threat of the application of force to him or her or to some other person, or because of a wellfounded fear that force may be applied to him or her or to some other person,
- (b) he or she is asleep or unconscious,
- (c) he or she is incapable of consenting because of the effect of alcohol or some other drug,
- (d) he or she is suffering from a physical disability which prevents him or her from communicating whether he or she agrees to the act,
- (e) he or she is mistaken as to the nature and purpose of the act,

Cumpre-nos, relativamente à mais recente alteração, tentar compreender o que a lei pretende transmitir nos vários números desta secção 9. Neste seguimento, e começando pelo primeiro, observa-se que a noção, que já de si era bastante abrangente em 1990, passa a ser ainda mais ampla, porquanto, atualmente, a conceção de *consentimento*, no Ordenamento Jurídico Irlandês, se limita à possibilidade de a pessoa aceitar, livre e voluntariamente, praticar o ato sexual¹⁸⁷. Uma das interrogações que se erguem, prende-se com a questão de saber se e até que ponto é que um arguido poderá “subjeter” a sua convicção de um acordo com base numa possível aceitação, livre e voluntária, da vítima¹⁸⁸.

A *contrario*, o n.º 2 vem enumerar um conjunto de possibilidades onde se pressupõe, perentoriamente, que a vítima não deu o seu *consentimento*¹⁸⁹. São elas: quando o ofendido – através do recurso à força, à ameaça de recurso à força ou através da intimação da utilização de força sobre ele ou sobre terceiro – permita ou se submeta a que o ato sexual aconteça (alínea a)); quando o ofendido se encontre a dormir ou inconsciente (alínea b)); quando o

-
- (f) he or she is mistaken as to the identity of any other person involved *in* the act,
 - (g) he or she is being unlawfully detained at the time at which the act takes place,
 - (h) the only expression or indication of consent or agreement to the act comes from somebody other than the person himself or herself.

(3) This section does not limit the circumstances *in* which it may be established that a person did not consent to a sexual act.

(4) Consent to a sexual act may be withdrawn at any time before the act begins, or *in* the case of a continuing act, while the act is taking place.

(5) Any failure or omission on the part of a person to offer resistance to an act does not of itself constitute consent to that act.

(6) *in* this section ‘sexual act’ means:

(a) an act consisting of—

- (i) sexual intercourse, or
- (ii) buggery,

(b) an act described *in* section 3(1) or 4(1) of this Act, or

(c) an act which if done without consent would constitute a sexual assault;

‘sexual intercourse’ shall be construed *in* accordance with section 1(2) of the Principal Act.”. *in Criminal Law (Sexual Offences) Act, 2017*.

¹⁸⁷ Em contraste com a anterior redação, o conceito de *consentimento* é definido no seu sentido positivo e não no negativo (falta de *consentimento*).

¹⁸⁸ *Knowledge or Belief Concerning Consent in Rape Law*, p. 12. Acrescenta ainda “Indeed, it remains to be seen how strictly “free and voluntary agreement” will be interpreted”. A strict interpretation of this could require that a defendant believed that there was active communication and agreement between the parties. However, it is also conceivable that an accused could argue that he believed there to be free and voluntary agreement where the woman did not resist and “allowed” him to continue with his sexual advances”, *idem ibidem*.

¹⁸⁹ Esta lista inspira-se no preceituado nas secções 75 e 76 do *Sexual Offences Act 2003* Inglêss. No entanto, diverge do mesmo no seguinte aspeto: enquanto que, neste último, é descrito um conjunto de casos em que se presume de não existe *consentimento* (apenas relativamente à questão da prova), no caso da Secção 9 do *Criminal Law (Rape) (Amendment) Act, 1990*, alterado pelo *Criminal Law (Sexual Offences) Act, 2017*, realça um grupo de casos onde não existe *consentimento*. Note-se que se o arguido for desconhecedor de que uma das circunstâncias previstas nesta secção 9 (2) está presente, então ao mesmo não deverá ser imputado o crime, a não ser que seja razoável ao arguido saber tal facto.

ofendido seja incapaz de consentir por estar sob efeito de álcool ou de outras drogas (alínea c)); quando o ofendido tenha uma deficiência física que não permita que o mesmo comunique a aceitação para a prática do ato (alínea d))¹⁹⁰; quando o ofendido se engane na natureza ou no fim do ato em causa (alínea e)); quando o ofendido se engane na identidade da outra pessoa envolvida no ato sexual (alínea f)); quando o ofendido estiver privado da sua liberdade de locomoção à data em que o ato sexual é praticado (alínea g)); e, quando a expressão ou a indicação de *consentimento* provém de outra pessoa que não o ofendido (alínea h)). Este conjunto de exemplos são meramente exemplificativos, de acordo com o previsto no n.º 3 da mesma secção, que refere que a mencionada lista não pressupõe um limite de casos passíveis de se subsumir no crime de violação, o que dá uma certa autonomia aos tribunais e aplicadores do direito.

Seguidamente, o n.º 4 da secção 9 refere que o *consentimento* para a prática do ato sexual poderá ser retirado em qualquer altura, mesmo que o ato já esteja a ser praticado. Por outro lado, o n.º 5 mantém o que já estava estabelecido em 1990, relativamente ao ponto em que a omissão ou a insuficiência, por parte do ofendido, de resistência, não implica que o arguido não seja condenado pelo crime de agressão sexual¹⁹¹. Por último, o n.º 6 expõe a definição de ato sexual como: um ato que consista numa relação sexual vaginal ou anal; um ato descrito na secção n.º 3 ou 4; ou um ato que, se realizado *sem consentimento*, constituiria uma agressão sexual.

Conclui-se, assim, que o Ordenamento Jurídico Irlandês, com a entrada deste novo diploma, optou por um modelo de inspiração inglesa, *i.e.*, pelo modelo do *consentimento afirmativo*, definindo expressamente esta noção. Em adição, estabelece, no n.º 2 da secção 9, um conjunto de situações, meramente exemplificativas, em que o *assentimento* da vítima é irrelevante.

¹⁹⁰ Relativamente a esta alínea surge a dificuldade em saber como é que o arguido poderá compreender e acreditar que o ofendido dá o seu *consentimento* livre e voluntário, *vide idem*, p. 13. Retirando, assim, a possibilidade de o ofendido dispor da sua *liberdade sexual positiva*.

¹⁹¹ “However, it is important to note here that lack of resistance by the complainant can still be used as evidence for the defendant’s belief *in consent*.”, *idem*, p. 13.

3. Espanha

À semelhança do caso Português, o Direito Penal Espanhol centrava os crimes sexuais, até 1989, no bem jurídico supra-individual *honestidade*. Com a Reforma de 1989, houve uma substituição da epígrafe “Dos los delitos contra la honestidad” por “Delitos contra la libertad sexual”. Idêntica revolução se observou em Portugal, em 1995, onde os tipos de ilícito sexuais se desvincularam das tradicionais conotações moralistas (de honestidade) e passaram a proteger outros bens jurídicos correlacionados com o ser humano na sua individualidade, como a *liberdade*¹⁹² e a *autonomia sexual*¹⁹³.

Em 1995, o Código Penal Espanhol de 1944 sofre uma nova e última reforma¹⁹⁴, que culmina na sua revogação e na entrada em vigor de um novo Código Penal, que ainda hoje vigora. Este novo diploma legal, como nos ensina FRANCISCO DE ASÍS SILLA SANCHIS, inverteu a velha estrutura e introduziu uma nova estrutura sistemática na descrição das condutas criminosas – contrariando o Código Penal de 1944¹⁹⁵ – partindo da proteção dos direitos das pessoas e ampliando a sua área de proteção, até chegar aos bens jurídicos que afetam a Comunidade Internacional¹⁹⁶.

¹⁹² “Hay suficientes motivos para justificar tal decisión político-criminal en un contexto de protección de la libertad sexual: Ante todo, porque la progresiva despenalización registrada en los últimos años de conductas sexuales que no atenta a la libertad de los demás ha sido la vía, indirecta, más eficaz de promoción del ejercicio de la libertad sexual en su vertiente positiva. En segundo lugar, porque el carácter fragmentario del derecho penal contradice las pretensiones de exhaustividad en la protección de un bien jurídico: Tampoco en lo otros tipos protectores de la libertad personal se aspira a que en cada ámbito social abarcado, o respecto a cada objeto de ataque, se cubran todas las posibilidades. En tercer lugar, porque en los atentados al ejercicio de la vertiente positiva de la libertad sexual no se aprecia especificidad de las formas comisivas. Y en cuarto lugar, porque, asumido lo anterior y lo que sigue, tales comportamientos resultan debidamente tutelados a través de los delitos de amenazas y coacciones. Ahora bien, la argumentación precedente no debe encubrir que detrás de la decisión político-criminal que nos ocupa hay también una opción valorativa, muy ligada a la presunción que se alude en el siguiente párrafo, y que se expresa en el sentido de que se considera más grave ser forzado a integrarse en un contexto sexual no deseado que ser impedido de llevar a cabo una actividad sexual”. Cf. RIPOLLÉS, José Luis Díez, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 71 e 72.

¹⁹³ “Autonomía sexual, es decir, el que el sujeto, hombre o mujer, puede establecer sin trabas en sus relaciones con otros sujetos mayores de edad las líneas de su actuación en el terreno de la sexualidad y de la afectividad. Al igual que sucede con otros delitos afectos al área de la libertad, el bien jurídico protegido no suele ser único, sino que se dan protecciones conjuntas y simultáneas de otros, es decir, estamos en presencia de delitos pluriofensivos; por ejemplo, con la integridad física y psíquica de la víctima.”, JIMÉNEZ, Joan J. Queralt Jiménez: *Derecho Penal Español: Parte Especial*, p. 109.

¹⁹⁴ Aprovada pela *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>.

¹⁹⁵ “Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España”, in *Revista Julgar*, p. 240.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*.

Neste seguimento – e, novamente, à semelhança do Código Penal Português –, o tipo básico dos crimes encontra-se previsto no primeiro artigo – o artigo 178º – do Título VIII, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, no Capítulo I, “De las agresiones sexuales”, e refere-se aos casos em que existe uma ofensa ao bem jurídico *liberdade sexual* fruto de uma agressão sexual (com recurso à violência ou ameaça) sem penetração vaginal, anal ou bucal¹⁹⁷. Em sentido contrário, o artigo 179º tutela os casos de violação, *i.e.*, atos sexuais com penetração, contra a vontade da vítima. Em adição, o artigo 180º estabelece um conjunto de circunstâncias agravantes, tanto para o artigo 178º como para o artigo 179º.

Num sentido oposto ao previsto no Capítulo I, o Capítulo II (que é composto pelos artigos 181º e 182º) tutela um conjunto de crimes onde não é necessária a presença de violência ou intimidação como meios de ofensa à *liberdade sexual*¹⁹⁸ e, por este motivo, as molduras penais abstratas são mais baixas. É apenas exigível que, no artigo 181º, a vítima não dê o seu *consentimento* – estipulando-se no n.º 2 do referido artigo esses casos¹⁹⁹ – e, no artigo 182º, que o agressor engane a vítima ou se aproveite de uma posição de confiança, autoridade ou influência sobre a vítima.

Note-se ainda que ambos os capítulos têm em comum o facto de existir, em qualquer um dos crimes aí compreendidos, uma ofensa à *liberdade sexual* que não é consentido (ou onde o *consentimento* é viciado)²⁰⁰.

Estes Capítulos (assim como os restantes previstos no Título VIII), foram alvo de sucessivas reformas com pendor expansionista, resultado de leis como: a *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*²⁰¹, que veio introduzir um novo bem jurídico, “indemnidad sexual”²⁰², o que provocou uma alteração da epígrafe de “Delitos contra la libertad sexual” para “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” e que veio discriminar, no artigo

¹⁹⁷ Cf. TOMILLO, Manuel Gómez, “Derecho penal sexual y reforma legal, análisis desde una perspectiva político criminal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 2 e 3.

¹⁹⁸ Cf. CONDE, Francisco Muñoz, *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 199.

¹⁹⁹ “Para efeitos do número anterior, consideram-se abusos sexuais não consentidos os que se efetuam sobre pessoas que estão privadas dos sentidos ou com transtornos mentais, assim como os que cometam anulando a vontade da vítimas através de medicamentos, drogas ou qualquer outra substância natural ou química idónea para esse efeito”.

²⁰⁰ *Idem, ibidem*.

²⁰¹ Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo11-1999.html#a1.

²⁰² Cf. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, Núm. 357-1, 21 de diciembre de 2018, p. 2. Que poder-se-á traduzir para o nosso bem jurídico Autodeterminação Sexual.

179º, as possíveis formas de penetração existentes (oral, anal e vaginal); a *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*²⁰³, que, por um lado, introduziu algumas melhorias técnicas na redação dos preceitos penais²⁰⁴ e, por outro, alterou o preceituado no artigo 179º com a adição da expressão “membros corporais”; a *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*²⁰⁵, que pretendeu melhorar a proteção das vítimas mais vulneráveis dos crimes sexuais²⁰⁶; e, por último, a *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*²⁰⁷, que veio estabelecer os 16 anos como idade mínima para o *consentimento* relativamente a atos sexuais²⁰⁸.

Todas estas sucessivas reformas e constantes alterações legislativas foram uma tentativa de aproximação do Direito Penal às necessidades da sociedade, por forma a corresponder, em especial, à exigida igualdade de género e proteção do sexo feminino e, também, aos apelos internacionais, como é exemplo a Convenção de Istambul.

No entanto, a 20 de março de 2018, surge um acórdão do *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* que faz levantar, na sociedade espanhola, um sentimento de revolta com várias manifestações por todo o país, tornando-se conhecido internacionalmente como o caso “La Manada”. Este acórdão debruça-se sobre o caso em que 5 homens, durante as festividades de Pamplona, tiveram relações sexuais com uma jovem de 18 anos de idade contra a sua vontade. Apesar de a violência ou a ameaça não terem sido utilizadas, a presença de mais do que uma pessoa, com idades e corpulência bastante superiores à da ofendida, levou a que a mesma se subjugasse aos atos, não tendo qualquer reação devido ao pânico em que se encontrava²⁰⁹. No entanto, o Tribunal de Navarra – porque o artigo 179º, conciliado com o 178º, exige, como meios típicos, a violência ou intimidação – não considerou que estes crimes se poderiam subsumir no artigo 179º (cuja moldura penal abstrata se situa entre o 6 e 12 anos), mas sim no artigo 181º, n.º 4 (cuja moldura penal abstrata se situa entre os 4 e 10 anos), não se configurando, por isso, para o referido Tribunal, um crime de violação, mas somente um crime de abuso sexual com penetração.

²⁰³ Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r16-lo10-1995.html.

²⁰⁴ Cf. Boletín Oficial de las Cortes Generales..., p. 2.

²⁰⁵ Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r25-lo10-1995.html.

²⁰⁶ Cf. Boletín Oficial de las Cortes Generales..., p. 2.

²⁰⁷ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439&p=20150331&tn=2>.

²⁰⁸ Cf. Boletín Oficial de las Cortes Generales..., p. 2.

²⁰⁹ Para mais informações sobre o caso, *vide* a notícia do jornal El Mundo, disponível em <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/26/5ae1bfdcca4741e63d8b456e.html>, que remete para o referido acórdão.

Esta decisão foi objeto de recurso – tanto pelo Ministério Público e assistente, como pelos arguidos – para o *Tribunal Supremo de Justicia de España*²¹⁰, cujo acórdão veio a público no dia 4 de julho de 2019. Contrariamente ao estabelecido pelo Tribunal de Navarra, o Supremo Tribunal considerou que as condutas praticadas pelos 5 homens se subsumiam no tipo legal de crime estabelecido no artigo 179º, *i.e.*, no crime de violação, e não no artigo 181º. Na sua fundamentação, refere o acórdão que o elemento subjetivo do crime – o dolo – não se poderia discutir, pois o mesmo estava presente²¹¹, acrescentando que os arguidos realizaram os atos “com pleno conhecimento de que as ações que estavam a levar a cabo atentava contra a liberdade (...) sexual da vítima, sem que em nenhum momento esta prestasse o seu *consentimento*, e sem que fosse necessária uma atitude heroica da mesma para que os acusados tivessem conhecimento da sua falta de *consentimento*, quando a vítima havia sido levada, por eles, para um lugar recôndito, achado com esse propósito, e a mesma se encontrava (...) oprimida, impressionada, sem capacidade de reação, sentindo, em todo o momento, uma intensa opressão e desassossego, (...) fazendo tudo o que os acusado lhe diziam para fazer”²¹².

Interligado com a questão da atitude heroica da vítima, encontra-se um outro ponto, analisado pelo referido acórdão, que se centra na *quaestio* atinente à necessidade de violência ou intimidação grave. De acordo com o referido acórdão – na senda do que foi igualmente explanado pelo Ministério Público (aqui recorrente) –, as condutas praticadas não se poderiam subsumir no crime de abuso sexual, porquanto “o delito de abuso sexual supõe um *consentimento* viciado segundo as causas previstas por lei”²¹³. Mas já se poderiam subsumir no crime de violação, previsto e punido no artigo 179º, visto que se tratava de caso de “intimidação ambiental”²¹⁴.

²¹⁰ Relator Susana Polo Garcia, processo n.º STS 2200/2019, 04 de Julho de 2019, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/83c2e5bfb97cf31a>.

²¹¹ Um dos fundamentos do recurso dos arguidos consistia na falta do elemento subjetivo do crime. Sustentavam que por não ter havido por parte da vítima qualquer reação, não poderiam saber que a mesma não estava a consentir aqueles atos sexuais.

²¹² Cf. Acórdão do *Tribunal Supremo de Justicia de España* (...), p. 21.

²¹³ *Idem*, p. 24.

²¹⁴ De acordo com o acórdão aqui analisado, o conceito de intimidação é bastante abrangente, podendo abarcar situações como “intimidação ambiental”. Basta que exista “uma situação intimidante que possa considerar-se suficiente para quebrar a vontade da vítima, tanto desde um ponto de vista objetivo, que atende às características da conduta e às circunstâncias que a acompanham, como subjetivo, referente às circunstâncias pessoais da vítima”, *idem*, p. 26. Continua o acórdão: “como tem sido estabelecido pela jurisprudência consolidada desta Sala, a intimidação utilizada num crime de violação não tem de ter características irresistíveis, invencíveis ou

Este acórdão do Supremo Tribunal Espanhol destaca-se na história dos crimes sexuais em Espanha pela sua decisão marcante, uma vez que não adotou, para o crime de violação, o modelo, no seu estado puro, de exigência de violência ou ameaça grave.

No entanto, poder-se-á dizer que, à exceção deste acórdão, o Direito Penal Sexual Espanhol se funda num *modelo de violência e ameaça grave*, dado que no tocante aos crimes de agressão sexual (artigo 178º) e violação (artigo 179º) se exige a presença de um *ato de interferência* (intimidação ou violência)²¹⁵ quando a vontade da vítima for contrária à prática do ato sexual. Apesar desta construção legal, este modelo tem determinadas exceções presentes nos artigos 181º e 182º, cuja problemática se centra, apenas, na *vontade contrária da vítima* (e não também nos *atos de interferência*). No entanto, estes dois últimos artigos estipulam outros requisitos objetivos, nomeadamente através do elenco taxativo das hipóteses que podem ser subsumidas nas normas penais.

Atualmente, parece que está em curso uma mudança do paradigma penal sexual, com o Conselho de Ministros, em março de 2020, a dar luz verde a um anteprojeto de “Lei Orgânica de Garantia Integral da Liberdade Sexual”, para alterar o disposto nos artigos 178º²¹⁶ e 179º.

DÍEZ RIPOLLÉS é bastante crítico da atual perceção dos crimes sexuais, referindo que “este novo direito penal não tem que ver com a incessante e necessária busca de um direito penal mais imparcial. Este pretende identificar as condutas especialmente lesivas para a sociedade (...) E tem vindo a permitir, respeitando os postulados do direito penal mínimo, uma relevante ampliação do direito penal para proteger bens jurídicos coletivos (...)”. Acrescentando que, “pelo contrário, estamos perante um direito penal máximo que atribui ao direito penal tarefas adicionais de transformação social mediante o emprego do meio coativo mais importante que dispõe o Estado, a ameaça penal.”²¹⁷

gravidade extrema, basta que sejam suficientes e eficazes para, na ocasião concreta, alcançarem o fim pretendido, paralisando ou inibindo a vontade de resistência da vítima (...)”, *idem, ibidem*.

²¹⁵ Cf. RIPOLLÉS, José Luis Díez, “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 9.

²¹⁶“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”.

Disponível em <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=anteproyecto+de+Ley+Org%C3%A1nica+de+Garant%C3%ADa+Integral+de+la+Libertad+Sexual>, consultado a 24 de março de 2020.

²¹⁷ *Idem*, p. 29.

4. Alemanha

Os crimes sexuais, nas palavras de TATJANA HÖRNLE, são os que mais vezes são modificados no Código Penal Alemão²¹⁸. A primeira reforma ocorreu entre os finais da década de 1960 e os inícios da década de 1970 e fundou-se nas necessidades da sociedade em alterar o paradigma jurídico à moral sexual e em tudo o que esta respeitava²¹⁹. Observa-se, então, em 1973, o culminar de uma reforma com a substituição da epígrafe “Crimes contra a Moral” pela epígrafe “Crimes contra a Autonomia Sexual”²²⁰. Tal como aconteceu em Portugal anos mais tarde, em 1995²²¹, a lei penal sexual alemã desvinculou-se do seu carácter moralista e passou a proteger os direitos dos indivíduos, de entre os quais a *liberdade sexual* de cada um.

Por sua vez, na década de 1990, os crimes sexuais sofreram uma nova modificação com a inclusão, no preceito legal, das situações em que a vítima se encontrava sob proteção/tutela do agressor. Desta forma, ficaram tuteladas as anteriores lacunas, em que as vítimas se encontravam sem reação, motivadas pelo pânico e medo de poderem vir a ser usados, contra as mesmas, atos sexuais mais agressivos²²², ou de possíveis consequências nefastas para as mesmas, fruto da relação de proximidade entre a vítima e o agressor. No entanto, apesar do alargamento da tutela penal, nem todas as situações em que a vítima se encontrava incapaz de reagir verbal ou fisicamente eram abrangidas e protegidas pela Lei Alemã. Este acrescento é, aliás, alvo de críticas, baseadas no facto de os requisitos serem tão exigentes que a probabilidade de um caso semelhante acontecer era escassa e, também, porque os casos em que a vítima se encontrava a dormir não eram abrangidos²²³.

Anos mais tarde, já na década de 2010, após a última alteração legislativa de 1998, ergueu-se um debate político, liderado por associações de mulheres e por várias ONG’s com o slogan “não é não”²²⁴, apoiado pela conjuntura sociopolítica internacional e pela

²¹⁸ Cf. HÖRNLE, Tatjana: “Penal law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, in *Buffalo Criminal Law Review*, p. 639.

²¹⁹ *Idem, ibidem.*

²²⁰ *Idem, ibidem.*

²²¹ Note-se que esta reforma alemã serviu de pilar estrutural para a realização da Reforma de 1995.

²²² Cf. “Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes vor sexueller Misshandlung und Vergewaltigung”, *Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 01.07.2015, p. 1.

²²³ *Idem*, pp. 1 e 2.

²²⁴ *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz*, p. 37.

Convenção de Istambul²²⁵, cujo artigo 36º recomendava aos Estados-membros a adoção do modelo do *não consentimento*.

Inicialmente, o Governo Alemão considerou que este requisito da Convenção de Istambul já se encontrava previsto no tipo legal de crime existente à data²²⁶. No entanto, em 2015, o aumento da contestação social das várias lacunas existentes e a pressão dos membros dos partidos políticos levaram a que o Ministério da Justiça elaborasse um esboço para corrigir o StGB²²⁷. Em 2016, em consequência de um surto de agressões sexuais²²⁸, os membros femininos do Parlamento Alemão insurgiram-se contra a posição conservadora do Ministério da Justiça e conseguiram aliar todas as frentes políticas no sentido de criar uma reforma com base no modelo “não é não”, ao invés de somente se realizarem pequenas alterações no modelo de incriminação já existente²²⁹.

Por estes motivos, a 7 de julho de 2016 é levada a cabo uma reforma legislativa que transforma, integralmente, o artigo 177º do StGB²³⁰.

²²⁵ *Vide supra* Ponto 2. do Capítulo II.

²²⁶ Em sentido contrário, afirma CHRISTINA CLEMM que existia um pré-requisito de resistência física por parte da vítima ao ataque sexual, “Schutzlücken im Sexualstrafrecht”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz*, p. 891. Continuando, enumera a autora um conjunto de lacunas presente na lei penal alemã, onde se destacam: os ataques-surpresa; o aproveitamento de uma situação subjetiva de vulnerabilidade da vítima; os casos onde a violência exercida não tem como fim específico a prática do ato sexual; e os casos onde a violência não é considerada suficiente. Por sua vez, os representantes do Ministério da Justiça e Defesa do Consumidor consideravam que, embora estas situações violassem a *liberdade sexual* da vítima, não deveriam ser criminalizadas por considerações de política criminal, cf. *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz*, p. 42.

²²⁷ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, in *German Law Journal*, p. 1315.

²²⁸ Para mais desenvolvimentos sobre estes surtos, *vide Abschlussbericht (...)*, p. 38.

²²⁹ Cf. HÖRNLE, Tatjana, *últ. ob. cit.*, p. 1315.

²³⁰ “Sexual assault; sexual coercion; rape:

(1) Whoever, against a person’s discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years.

(2) Whoever performs sexual acts on another person or has that person perform sexual acts, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs the same penalty if

1. the offender exploits the fact that the person is not able to form or express a contrary will,
2. the offender exploits the fact that the person is significantly impaired *in* respect of the ability to form or express a will due to said person’s physical or mental condition, unless the offender has obtained the consent of that person,
3. the offender exploits an element of surprise,
4. the offender exploits a situation *in* which the victim is threatened with serious harm *in* case of offering resistance or
5. the offender has coerced the person to perform or acquiesce to the sexual acts by threatening serious harm.

Mais tarde, em 2017, é encetado um esforço global para se compreender o alcance e as consequências desta reforma, assim como para explicar o caminho trilhado pela mesma, que culminou na elaboração de um relatório, com cerca de 1400 páginas, denominado *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem*, redigido pelo Ministério da Justiça e Defesa do Consumidor, com a ajuda de vários penalistas, criminólogos, líderes de associações e organizações não governamentais, entre outros.

Como refere PEDRO CAEIRO, desta reforma resulta um novo tipo fundamental de “agressão sexual (*sexueller Übergriff*), centrado na prática de actos sexuais contra a *vontade cognoscível (erkennbare Wille)* da vítima, que pode ser qualificado em função da coacção (*Nötigung*) ou da violação (*Vergewaltigung*)”²³¹. Este novo tipo legal de crime prevê 6 possibilidade de condutas ilícitas, uma no n.º 1 e cinco no n.º 2 do artigo 177º.

No n.º 1 deste artigo, a vontade oposta da vítima não exclui a responsabilidade criminal de *per si*, mas somente se a mesma for *cognoscível*²³². TATJANA HÖRNLE considera que o termo *cognoscível* foi – presumivelmente – o termo preferido para deixar evidente que uma

(3) The attempt is punishable.

(4) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the inability to form or express a will is due to the victim’s illness or disability.

(5) The penalty is imprisonment for a term of at least one year if the offender

1. uses force against the victim,
2. threatens the victim with a present danger to life or limb or
3. exploits a situation *in* which the victim is unprotected and at the mercy of the offender’s influence.

(6) *in* especially serious cases, the penalty is imprisonment for a term of at least two years. An especially serious case typically occurs where

1. the offender has sexual intercourse with the victim or has the victim have sexual intercourse or commits such similar sexual acts on the victim or has the victim commit them on them which are particularly degrading for the victim, especially if they involve penetration of the body (rape), or
2. the offence is committed jointly by more than one person.

(7) The penalty is imprisonment for a term of at least three years if the offender

1. carries a weapon or other dangerous implement,
2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person by force or threat of force or
3. places the victim at risk of serious damage to health.

(8) The penalty is imprisonment for a term of at least five years if

1. the offender uses a weapon or other dangerous implement during the commission of the offence or
2. the offender
 - a) seriously physically abuses the victim during the offence or
 - b) by committing the offence places the victim *in* danger of death.

(9) *in* less serious cases under subsections (1) and (2), the penalty is imprisonment for a term of between three months and three years, *in* less serious cases under subsections (4) and (5) imprisonment for a term of between six months and 10 years, and *in* less serious cases under subsections (7) and (8) imprisonment for a term of between one year and 10 years.”.

²³¹ Cf. CAEIRO, Pedro, “Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais (...)”, p. 24.

²³² Cf. HÖRNLE, Tatjana, “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung”, *in* *Abschlussbericht (...)*, p. 1019.

expressão verbal – como é a palavra “não”²³³ – não é necessária e que a comunicação através do comportamento da vítima é suficiente²³⁴. A autora não concordava, no entanto, com esta formulação, entendendo como mais correta a expressão *contra a vontade declarada*²³⁵. BUNKE²³⁶ destaca que o legislador não optou por esta expressão, optando antes pela *vontade cognoscível* da vítima. A isto TATJANA HÖRNLE acrescenta que a *cognoscibilidade* só existe se a mesma for expressamente declarada verbal ou fisicamente²³⁷. Não seria, portanto, suficiente que a vítima não tivesse vontade, seria necessário que esta a expressasse.

Considera ainda a autora que este número levanta questões de delimitação, especialmente se aquando de um conflito de interesses cognoscíveis, os mesmos não foram expressa e explicitamente verbais, surgindo antes através de um comportamento, por exemplo, através do choro ou de um recuo físico durante um determinado ato sexual²³⁸.

No entanto, não é a ausência de um “não” ou a presença de um “sim” que fará com que haja um afastamento da tipicidade²³⁹, uma vez que se aplica o n.º 1 do artigo 177º sempre que o comportamento geral sinalizar, de forma clara e consistente, a rejeição da vítima à prática do ato sexual.

Por outro lado, o n.º 2 do artigo 177º estabelece uma catalogação taxativa de situações em que se estabelece que não é necessária a comunicação da recusa do ato sexual para se considerar o ato como dissentido, ou em que mesmo que a vítima tenha assentido na prática do ato sexual, o mesmo *assentimento* é irrelevante²⁴⁰. Nestes últimos casos, o dever da vítima de comunicar uma vontade contrária não existe, pois é impossível ou irracional, sendo que se a rejeição for efetivamente comunicada, já não é necessário verificar a presença de uma das circunstâncias referidas neste número. Esta lista é composta por cinco casos: o caso número 1 faz referência às situações em que a vítima não consegue formar ou expressar a sua vontade contrária porque, por exemplo, está inconsciente (durante o sono, com anestesia geral, com elevada taxa de alcoolémia ou em coma), ou porque a sua capacidade cognitiva

²³³ Não obstante e tal como afere PEDRO CAEIRO, *ob. cit.*, “qualquer ato sexual praticado ou imposto após um ‘não’ preenche o tipo de crime”, p. 24.

²³⁴ *Idem, ibidem.*

²³⁵ A autora sugeriu a referida formulação, que assentava na obrigação de a outra pessoa declarar expressamente uma vontade contrária ao ato sexual para o mundo exterior.

²³⁶ Cf. *Abschlussbericht (...)*, p. 57.

²³⁷ Cf. *Abschlussbericht (...)*, p. 57.

²³⁸ Cf. HÖRNLE, Tatjana, *últ. ob. cit.*, p. 1020.

²³⁹ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 24.

²⁴⁰ Cf. CAEIRO, Pedro, *últ. ob. cit.*, p. 24.

ou de formação da vontade se encontra extremamente restringida (como é o caso da paralisia do corpo inteiro); o número 2 acontece quando o agressor “explora a circunstância de a vítima se encontrar severamente limitada na sua capacidade de formar ou expressar a sua vontade, em virtude do seu estado físico ou mental”²⁴¹; o número 3 compreende os casos em que o agressor tira proveito de uma situação de surpresa (por exemplo, quando o agressor é tão rápido que o ato sexual acontece em questão de segundos); o caso número 4 consagra os cenários em que o agressor explora uma situação em que a vítima corre o risco de sofrer um mal sensível se resistir²⁴²; e o número 5 estabelece as hipóteses em que o agressor leva a pessoa a realizar ou sofrer o ato sexual, através de uma ameaça com um mal importante.

Num outro sentido, o n.º 5 do artigo 177º prevê os casos de coerção sexual, onde o legislador estabelece que o uso de força (/violência) contra a vítima, a utilização de ameaças à vida ou a partes do corpo da vítima e o aproveitamento de uma situação em que a vítima está desprotegida e à mercê da influência do mesmo servem como *atos de interferência* na vontade da vítima e, por isso, são consideradas circunstâncias agravantes dos crimes de violação e agressão sexual.

Já o n.º 6 do artigo 177º estabelece os cenários “especialmente graves”, prevendo no sub-número 1 as situações em que os atos sexuais praticados são particularmente degradantes para a vítima e no sub-número 2 os casos em que a ofensa é praticada por mais do que uma pessoa.

Por seu turno, os n.ºs 7 e 8 do artigo 177º preveem outros dois conjuntos de circunstâncias agravantes. O n.º 7 prevê as hipóteses em que o agressor detém na sua posse uma arma ou outro objeto perigoso, em que detém um instrumento ou outro meio com o objetivo de impedir ou superar a resistência da vítima pela força ou ameaça de força ou coloca a vítima numa posição de sério risco para a sua integridade física. E o n.º 8 consagra os cenários em que o agressor usa uma arma ou outro objeto perigoso durante a prática do crime, abusa fisicamente da vítima durante o crime ou coloca a mesma numa posição em que pode morrer.

Não obstante o tempo e a dedicação empregue para a elaboração desta reforma que reestruturou, entre outros, o artigo 177º, TATJANA HÖRNLE, ao concluir a análise do artigo,

²⁴¹ *Idem, ibidem*. No entanto, se a outra pessoa concordar expressamente com esse contacto sexual, o ato já não será punível.

²⁴² Não é necessário que esse mal seja imputável ao agente.

critica a sua atual construção normativa, referindo que o grande número de sanções trouxe dúvidas sobre se a avaliação de riscos realmente as justificava²⁴³. *I.e.*, para a autora não é particularmente convincente que, por exemplo, o simples facto de o “agressor” ter consigo uma ferramenta perigosa (artigo 177º, n.º 7, n.º 1) aumente exponencialmente a moldura penal abstrata²⁴⁴. TATJANA HÖRNLE termina dizendo que, do ponto de vista da política criminal, seria recomendável uma revisão e um redesenho completo do sistema de circunstâncias agravantes²⁴⁵.

Conclui-se, assim, que o Ordenamento Jurídico Alemão opta por um modelo de incriminação assente nos atos praticados contra a *vontade cognoscível* da vítima, distinguindo, no entanto, um conjunto de hipóteses, taxativamente consagradas, em que não é necessária a comunicação da recusa do ato sexual para se considerar o ato como dissentido ou em que é irrelevante o *assentimento* da vítima por o mesmo ser impossível ou irracional.

²⁴³ Cf. HÖRNLE, Tatjana, *últ. ob. cit.*, p. 1031.

²⁴⁴ *Idem, ibidem.*

²⁴⁵ *Idem, ibidem.*

5. Suécia

Até à reforma de 1962, que culminou na criação do Código Penal Sueco de 1962, o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais era a *moralidade sexual*. Com a substituição do Código, é também modificada a estrutura concetual dos crimes sexuais. Na versão primitiva deste novo Código, os referidos crimes, previstos no Capítulo 6º, detinham ainda uma conotação moralista; já se observava, no entanto, uma adaptação do bem jurídico tutelado, com a passagem para uma proteção da *integridade sexual* do indivíduo²⁴⁶. Ou seja, o bem jurídico foi transportado da moralidade pública para a ofensa moral referente ao “abuso de uma pessoa por outra pessoa”²⁴⁷. Através desta alteração, cumpriu-se o objetivo principal do legislador sueco que se consubstanciava na tutela de um bem jurídico individual²⁴⁸.

Desta forma, e enfatizando a *integridade / liberdade sexual* como o interesse protegido, a sexualidade perde grande parte da sua conotação “tabu”, transformando-se num imperativo da liberdade de cada indivíduo²⁴⁹.

Como resultado, abrem-se as portas para uma nova etapa que acaba por se suceder nos anos 80. O Capítulo 6º abandona todas as conotações moralistas a si associadas, de modo a ser denominado de “crimes sexuais”²⁵⁰. O Comité de Ofensas Sexuais que promoveu esta reforma argumentava que o ponto de partida seria “que toda a pessoa tem direito à integridade sexual e que é preciso respeitar quando outra pessoa recusar convites sexuais”²⁵¹. Neste sentido, os novos conceitos de integridade e violação indicam que a dignidade de proteção se refere agora à sexualidade como uma parte integrante da identidade da pessoa²⁵².

Nos finais da década de 90, foi realizada uma nova revisão a estas disposições. A mesma foi motivada, principalmente, pelo facto de que a visão dos crimes sexuais se encontra constantemente em modificação e, por isso, era imperativo que existisse uma proteção

²⁴⁶ Cf. GEELMUYDEN, Sophie, “*Vi tänker inte vara tysta längre*” - *En undersökning av brottet sexuellt ofredande och sexualbrottsoffers krav på rättvisa med utgångspunkt i #metoo-upprop*, p. 17.

²⁴⁷ Cf. WEGERSTAD, Linnéa (2015), *Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar. Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande*, p. 119.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*.

²⁴⁹ Cf. GEELMUYDEN, Sophie, “*Vi tänker inte vara tysta längre*” (...), p. 18.

²⁵⁰ *Idem*, p. 19.

²⁵¹ SOU 1982:61, s. 62., *apud* GEELMUYDEN, Sophie, “*Vi tänker inte vara tysta längre*” (...), p. 19.

²⁵² Cf. WEGERSTAD, Linnéa (2015), *Skyddsvärda intressen & straffvärda* (...), p. 161.

abrangente da integridade sexual²⁵³. Desta reforma resultou, entre outras, a criminalização do assédio sexual.

Em 2005 observam-se novidades no Capítulo 6º que levam a uma nova expansão da intervenção penal, onde o recurso à força ou ameaça deixam de ser os únicos atos de interferência na vontade, passando a lei a consagrar, igualmente, as situações em que a vítima não consegue formar ou expressar a sua vontade contrária (por motivos de intoxicação, por estar a dormir ou por doença)²⁵⁴. Um dos objetivos seria reiterar e deixar bem claro que a individualidade, a liberdade e a autodeterminação sexuais são um direito inerente e inviolável de cada ser humano. Em consequência deste alargamento do âmbito de ação da lei penal sexual, o número de casos reportados de crimes sexuais e de condenações aumentaram exponencialmente²⁵⁵.

Com o virar da década, o debate relativamente aos crimes sexuais reacende-se com um caso bastante mediático, que ficou nas bocas do mundo, que se iniciou com a Suécia a emitir um mandado de detenção internacional de Julian Assange, que havia sido acusado de abusos sexuais contra duas mulheres²⁵⁶. A tónica da controvérsia centrou-se no facto de a lei sueca ainda colocar no epicentro dos crimes sexuais a necessidade de presença de um ato de interferência (v.g. força ou ameaça) para que os crimes sexuais se consumassem. E, por isso, observam-se vários movimentos sociais, como o *#talkaboutit* ou o *#metoo*, que vêm exigir que a legislação relativa a estes tipos de ilícito se baseie na inexistência de *consentimento*²⁵⁷. Em adição, segundo o estudo do National Council on Crime Prevention (Brå), entre 2011 e 2017 não houve um aumento de queixas-crime relativas a violência física ou ameaças, nem de casos em que os violadores não são conhecidos das vítimas, mas sim um crescimento

²⁵³ Cf. SOU 2001:14, kommittédirektiv 1998:48 i bilaga 1, s. 603, *apud* GEELMUYDEN, Sophie: “*Vi tänker inte vara tysta längre*” (...), p. 24. Acrescenta o Comité Revisor que um dos objetivos da nova legislação era, portanto, influenciar os valores das pessoas, *ibem, idibem*.

²⁵⁴ Cf. KARLSON, Lena: “Towards a language of sexual gray zones: feminist collective knowledge building through autobiographical multimedia storytelling”, in *Feminist Media Studies*, p. 214.

²⁵⁵ O National Council on Crime Prevention (Brå) reforça que “the lack of any visible increase in the sentences imposed for rape may be a result of the extension of the legal definition of rape (introduced in 2005) which has led to a larger number of less serious sexual crimes being defined as rape than was previously the case.”, in “Longer prison sentences for serious violent crime in Sweden *An evaluation of the 2010 sentencing reform*”, disponível em <https://www.bra.se/bra-in-english/home/publications/archive/publications/2014-03-27-longer-prison-sentences-for---serious-violent-crime-in-sweden.html>, p. 6.

²⁵⁶ Disponível em <https://www.publico.pt/2019/11/19/mundo/noticia/justica-sueca-deixa-cair-investigacao-alegados-abusos-sexuais-assange-1894283>, consultado a 13 de fevereiro de 2020.

²⁵⁷ Cf. KARLSON, Lena, *ob. cit.*, p. 214.

exponencial de denúncias onde os perpetradores dos crimes são familiares ou amigos das vítimas e não recorrem à violência ou ameaça para executar o crime²⁵⁸.

Neste sentido, em 2014, o governo sueco, impulsionado pela pressão sociopolítica, tanto nacional como internacional (particularmente influenciado pelos ventos feministas da Convenção de Istambul de 2011), nomeou um comité para considerar, entre outras coisas, se um modelo de violação baseado no *consentimento* deveria ou não ser introduzido e se a legislação existente oferecia proteção suficiente contra certos crimes sexuais que ocorrem através da Internet por meio de tecnologia moderna²⁵⁹. Dos elementos obtidos, o Comité não propôs qualquer alteração substancial²⁶⁰ e, por isso, o Governo Sueco nada modificou.

Porém, em março de 2018, o Governo apresentou um projeto de lei ao Parlamento com emendas legislativas propostas para entrarem em vigor no dia 1 de julho de 2018. As principais mudanças propostas cingiam-se, por um lado, no *consentimento* como base da legislação penal sexual – “para condenar um violador não será mais necessário estabelecer que a violência ou ameaça foram usados ou que a situação particularmente vulnerável da vítima seja explorada”²⁶¹ – e, por outro, na criação de dois novos crimes, a “violação negligente” e o “abuso sexual negligente” – “isto significa que as condenações por abuso se estenderão a mais situações do que no momento, por exemplo, quando uma pessoa deveria estar ciente do risco de que a outra parte poderia não estar a participar voluntariamente, mas ainda assim se envolve no ato sexual com essa última pessoa”²⁶². Desta forma, observa-se uma extensão do campo de aplicação da incriminação, com o Direito Penal tradicionalmente mínimo a deixar de o ser, em detrimento da valorização e salvaguarda dos direitos individuais de cada cidadão. Um dos exemplos passíveis de serem incluídos nesta nova

²⁵⁸ “Indicators of trends in sexual offences 2005–2017. Summary of report 2019:5”, disponível em <https://www.bra.se/bra-in-english/home/publications/archive/publications/2019-11-26-indicators-of-trends-in-sexual-offences-2005-2017.html>, p. 6, consultado a 15 de fevereiro de 2020.

Por outro lado, existe um mito de que o surto de violações se deve ao largo fluxo de emigração, com entrada de refugiados para a Suécia, o que causa, para além do pânico, uma exacerbação do nacionalismo, do racismo e antissemitismo para com estes novos cidadãos. “This is an argument that can be found all over certain sectors of online media, where Sweden is positioned as the ‘rape capital’ of the world and the finger is pointed, either implicitly or explicitly, squarely at the new arrivals from predominantly Muslim cultures”, refere o jornal The Local, disponível em <https://www.thelocal.se/20190529/increase-in-swedens-rape-statistics-cant-be-tied-to-refugee-influx-study-suggests>, consultado a 15 de fevereiro de 2020.

²⁵⁹ Cf. GEELMUYDEN, Sophie, *ob. cit.*, p. 36.

²⁶⁰ *Idem*, p. 37.

²⁶¹ Disponível em <https://www.government.se/press-releases/2018/04/consent--the-basic-requirement-of-new-sexual-offence-legislation/>, consultado em 15 de fevereiro de 2020.

²⁶² *Idem*.

conceção dos crimes sexuais são os ataques-surpresa, ou seja, quando a vítima é surpreendida com a prática de um determinado ato sexual nela, situações que acontecem, por exemplo, no meio de multidões em festivais e concertos²⁶³.

Assim, entra em vigor a nova redação do Capítulo 6º do Código Penal Sueco, que traz várias novidades nas secções 1 (violação) e 2 (abuso sexual). A primeira resulta na introdução do conceito “*frivilligt*” que, traduzido para português significa “de livre vontade”, *i.e.*, a pessoa que pratica o ato sexual, com penetração oral, anal ou vaginal (para as situações previstas na secção 1) ou sem penetração (para os casos previstos na secção 2), deverá avaliar se a participação da outra pessoa é voluntária ou não²⁶⁴. Aquando da aferição da “livre vontade” da vítima, deve ser dada particular consideração quando essa manifestação de “não livre vontade” é expressada por palavras, ações ou outras formas de negação. Assim sendo, a lei sueca passa a tutelar os cenários em que é *cognoscível* que a pessoa tenha uma *vontade contrária* à prática do ato sexual, podendo exprimi-la ou não.

A segunda novidade baseia-se numa catalogação taxativa de situações em que a vítima nunca pode ser considerada como participando voluntariamente na prática do ato sexual (esta catalogação aplica-se tanto para a secção 1²⁶⁵ como para a secção 2²⁶⁶). Não sendo, por isso, uma mera presunção. O primeiro caso funda-se na participação da vítima no ato sexual em resultado de uma agressão, de um ato violento, ameaça de um ato criminoso, ameaça através de um processo judicial ou denúncia de outra pessoa por um crime ou ameaça de fornecer

²⁶³ Cf. GEELMUYDEN, Sophie, *ob. cit.*, p. 37.

²⁶⁴ “Chapter 6, Section 1: A person who performs sexual intercourse, or some other sexual act that *in view of* the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of *rape* and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years. When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or *in some other way*. (...)” e “Chapter 6, Section 2: A person who performs a sexual act other than those referred to *in* Section 1 with a person who is not participating voluntarily is guilty of *sexual assault* and is sentenced to imprisonment for at most two years. When assessing whether participation was voluntary or not, Section 1, first paragraph, second and third sentences apply. (...)”.

²⁶⁵ “A person can never be considered to be participating voluntarily if:

1. their participation is a result of assault, other violence or a threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person;
2. the perpetrator improperly exploits the fact that the person is *in* a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise *in view of* the circumstances; or
3. the perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person’s position of dependence on the perpetrator.”.

²⁶⁶ “When assessing whether participation was voluntary or not, Section 1, first paragraph, second and third sentences apply.”.

informações prejudiciais sobre outra pessoa. Por sua vez, a hipótese número 2 insere os casos onde o agressor explora o facto de a pessoa se encontrar em situação particularmente vulnerável, devido ao facto de se encontrar inconsciente, a dormir, com medo intenso, sob a influencia de álcool ou drogas, doença, com lesões físicas graves, com distúrbios mentais ou tendo em conta as circunstâncias de cada caso²⁶⁷. Por último, o número 3 estipula os casos em que o agressor induz a vítima a participar, abusando seriamente da posição de dependência dessa pessoa em relação ao agressor.

A terceira inovação assenta na criminalização de condutas negligentes no tocante à violação (secção 1a) e aos abusos sexuais (secção 3), sendo que existem dois graus de negligência: aqueles em que o agente atua com “negligência grosseira”²⁶⁸ de que os atos praticados poderão, eventualmente, não ser voluntariamente aceites pela outra parte²⁶⁹, e aqueles em que o agente atua apenas com negligência e, por isso, não deve ser responsabilizado²⁷⁰.

Conclui-se, assim, que o Ordenamento Jurídico Sueco opta por um modelo de incriminação assente nos atos praticados contra a “livre vontade” (*cognoscibilidade*) da vítima. Contudo, e à semelhança do Ordenamento Jurídico Alemão, estipula um conjunto de casos, taxativamente consagrados, em que é irrelevante o *assentimento* da vítima, por o mesmo ser impossível.

²⁶⁷ Note-se que, com esta última hipótese, “tendo em conta as circunstâncias de cada caso”, o legislador deixa em aberto a norma, o que significa que os casos previstos na mesma não são taxativos, mas meramente exemplificativos.

²⁶⁸ Coloca-se esta expressão entre aspas, pois entendemos poder não ser o termo juridicamente mais acertado, mas quando traduzido para português, seria o mais aproximado.

²⁶⁹ “Chapter 6, Section 1a: A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of *negligent rape* and is sentenced to imprisonment for at most four years.”.

²⁷⁰ “Chapter 6, Section 1a: If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person is not held responsible.”.

6. Brasil

A trajetória da construção legal dos crimes sexuais no Brasil é bastante similar aos restantes ordenamentos jurídicos, *i.e.*, é numa vertente puramente moralista que estes tipos de ilícito, nos seus primórdios, se alicerçam, passando depois para uma vertente puramente individual.

No entanto, e contrariamente ao que aconteceu nos restantes países aqui explorados, os crimes sexuais apenas se desvincularam desta vertente moralista em pleno século XXI, nomeadamente com a Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009 (doravante Reforma de 2009). Embora já tivessem existido outros documentos legais que manifestavam a necessidade de uma transposição de um bem jurídico puramente moralista para um bem jurídico intrinsecamente relacionado com a liberdade do ser humano, como é o caso do anteprojeto de 1999 – que registava a *liberdade sexual* como uma das manifestações de liberdade humana no âmbito do exercício da própria sexualidade e, de outro modo, da disposição do próprio corpo²⁷¹ – e da Lei n.º 11.106, de 28 de março de 2005 – que, apesar das alterações realizadas, continuava a tutelar a *liberdade sexual*, a moralidade pública, os bons costumes e o pudor público, mantendo o título “Dos Crimes contra os Costumes”²⁷².

A Reforma de 2009 trouxe uma “lufada de ar fresco” e uma revitalização de um Ordenamento Jurídico que se encontrava obsoleto e desatualizado, e que acontece porque houve uma perceção, por parte do Estado, de que se deveria atender ao apelo social, doutrinal e jurisprudencial, todos “em busca de modificações necessárias para o ajustamento dos tipos legais abrangidos pela lei à nova realidade vivida atualmente, que certamente é totalmente distinta daquela da década de 1940”²⁷³.

A primeira grande alteração realizada por esta Reforma acontece com a substituição do título em que estes crimes estavam inseridos, “Dos crimes contra os Costumes”, para um outro, “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Esta mudança é o culminar da referida transformação, considerada imperativa, cuja intenção do legislador foi abandonar o conservadorismo e tradicionalismo patente até então, e modificar o entendimento legal

²⁷¹ Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da, “Breves Apontamentos sobre a Reforma dos Crimes contra a Dignidade Sexual da Pessoa Humana”, p. 30.

²⁷² *Idem, ibidem.*

²⁷³ Cf. LIMA, Thalles José de Melo, *Uma análise bibliográfica dos novos crimes de estupro e estupro de vulnerável, sob a perspetiva da lei n.º 12.015/2009*, p. 5.

anterior de que seria dever do Estado impor um determinado tipo de conduta sexual ao indivíduo, passando, desta forma, a zelar pelos direitos fundamentais de todo o ser humano²⁷⁴ e, conseqüentemente, pela livre expressão da sexualidade de cada cidadão.

Porém, relativamente a esta questão da tutela da *liberdade sexual* e da dignidade da pessoa humana nos crimes sexuais, surgem vozes de discórdia, como a de BRUNO SALLES PEREIRA RIBEIRO, que considera inexistir uma definição acerca do papel jurídico desempenhado pelo conceito de *dignidade da pessoa humana* no ordenamento. Asserva ainda que o conteúdo de *dignidade da pessoa humana* inflou tanto que é possível invocá-lo à proteção de quase tudo, o que acaba por comprometer a própria eficácia²⁷⁵. Esta posição demonstra que esta relativamente recente concepção dos crimes sexuais ainda está numa fase bastante embrionária. No entanto, ainda se constata que existe uma propensão para uma evolução mais liberalista e protetora dos direitos fundamentais, que se comprova pela frase de NOHARA PASCHOAL: “a não referência aos costumes foi recebida com muito entusiasmo pela doutrina”²⁷⁶.

Neste seguimento, urge continuar a compreender a importância da Reforma e das suas modificações que provocam, compreensivelmente, uma reconfiguração da mentalidade social.

O atual artigo 213^o²⁷⁷ é o tipo base do Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual) Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual) e veio juntar dois delitos: por um lado, o crime de violação (ou estupro), por outro, o revogado crime denominado atentado violento ao pudor, que se referia à prática dos demais atos libidinosos²⁷⁸.

²⁷⁴ *Idem*, p. 6.

²⁷⁵ “Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual”, in *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n.º 217, p. 14-15, dez., 2010, *apud* PASCHOAL, Nohara, *O estupro: uma perspectiva vitimológica*, p. 85.

²⁷⁶ *Idem*, p. 83.

²⁷⁷ “Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

²⁷⁸ Cf. LIMA, Thalles José de Melo, *ob. cit.*, p. 7.

A nova construção legislativa deste artigo refere que o infrator terá de constranger a vítima, de um modo violento ou por um meio similar (ameaça grave), a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir outro ato libidinoso²⁷⁹.

Ensina-nos GUILHERME DE SOUZA NUCCI²⁸⁰ que a estrutura do tipo penal deste artigo é mista alternativa, pois envolve a conjunção do verbo principal *constranger*, com as condutas associativas complementares (ter conjunção carnal, praticar outro ato libidinoso, permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso). Para este mesmo autor, “constranger significa tolher a liberdade, implicando na obtenção forçada de conjunção carnal ou outro ato libidinoso.” Acrescenta THALLES LIMA que “o verbo constranger é o núcleo do tipo e exige uma conduta violenta e insistente do agente, que não se contenta com a recusa sincera da vítima, insistindo no intento de praticar o delito. É necessário que a vítima demonstre de forma veemente durante a prática do ato sexual que não concorda com a continuidade do mesmo. Caso a vítima não consinta inicialmente com a prática da relação sexual, mas posteriormente deixe de se opor, o agente poderá pressupor que a recusa inicial fizera parte do jogo de sedução imposto pela vítima, para apimentar a relação entre ambos. Esta recusa, todavia, não precisa de ser heroica a ponto de causar-lhe a morte ou graves ferimentos, até porque sabe-se que cada pessoa age de uma maneira distinta quando está sob pressão”²⁸¹.

Ou seja, só é possível haver *constrangimento* da vítima se a mesma sofrer um ato que seja manifestamente forçado – as situações de *frozen fright*, por exemplo, não são tuteladas pela norma penal – e que esse ato se prolongue no tempo, não podendo cessar a meio dos atos sexuais que estão a ser realizados.

A Reforma de 2009 trouxe também a inclusão de um outro artigo que merece destaque, que é o artigo 215º do Código Penal Brasileiro²⁸², que versa sobre a violação mediante fraude. A constituição deste tipo de crime, ao contrário do anterior, dá-se pela prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém através de uma fraude (um engodo) ou outro qualquer meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima²⁸³.

²⁷⁹ Equiparável ao nosso ato sexual de relevo, previsto e punido no artigo 163º do Código Penal.

²⁸⁰ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza, *Crimes Contra a Dignidade Sexual*, p. 35.

²⁸¹ Cf. LIMA, Thalles José de Melo, *ob. cit.*, p. 7.

²⁸² “Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.”

²⁸³ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza, *ob. cit.*, p. 97.

Note-se que a presença deste artigo não é pacífica na doutrina, com autores a considerar que se, porventura, ocorrer uma violação mediante fraude, esta deveria ser resolvida pela via cível e não pela via penal²⁸⁴.

Apesar das referidas modificações legais, ainda subsiste uma necessidade de comprovação de que a vítima resistiu ao ato sexual, em que a vítima manifestou física e verbalmente que não pretende praticar o ato sexual e, por isso, assumiu uma postura ativa de rejeição. Neste sentido, referem NARIEL DIOTTO e RAQUEL BUZATTI SOUTO que se constata “que até mesmo nos dias atuais, o delito do estupro é justificado pela condição da vítima, a chamada vitimização. Busca-se uma conduta errada na vítima, que tenha provocado o delito de estupro, para justificar a conduta do agressor e amenizar sua punição. No passado, mediava-se a inocência da vítima nos casos de estupro, pela sua idade, condição social e se era virgem ou não. Atualmente, a vitimização passou a ser medida pelas roupas que a mulher usa, pelo seu recato, e pela forma com que administra sua sexualidade. Uma mulher vista como aquela que sai à noite e não tem um parceiro fixo, muitas vezes, se torna uma vítima que ‘pede para ser estuprada’, justificando assim o delito. Já o estupro de uma mulher recatada, em contraponto, seria visto com mais indignação”²⁸⁵.

Conclui-se, assim, que o Ordenamento Jurídico Brasileiro opta por um modelo de incriminação que se move em torno dos *atos de interferência* da vontade da vítima – como a violência, ameaça, fraude ou “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” – para a verificação dos crimes sexuais previstos e punidos nos artigos 213º e 215º do Código Penal Brasileiro, *i.e.*, o modelo da *exigência de violência ou ameaça grave*.

²⁸⁴ *Idem*, p. 98.

²⁸⁵ Cf. DIOTTO, Nariel e SOUTO, Raquel Buzatti, “Aspetos históricos e legais sobre a cultura do estupro no Brasil”, in *XIII Seminário Internacional, demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*, 2016, pp. 9 e 10.

Capítulo III – Explicitação dos conceitos fundamentais para a compreensão da problemática

1. Vontade

É a *vontade*²⁸⁶ dos titulares da *liberdade sexual* que determina se este bem jurídico se manifesta na sua vertente positiva ou na sua vertente negativa, pois é esta que detém a disponibilidade do bem jurídico²⁸⁷. Assim, os casos de violação e de coação sexual só serão preenchidos se, efetivamente, a prática sexual for levada a cabo, num determinado caso concreto, *contra a vontade da vítima*²⁸⁸.

Neste seguimento, depreende-se que a vertente positiva da *liberdade sexual* impõe a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais. Ou seja, consiste na possibilidade que cada um tem de fazer as suas opções no domínio da sexualidade²⁸⁹, opções essas que são uma expressão da *vontade* positiva do indivíduo, uma pretensão em realizar determinados atos²⁹⁰.

Por outro lado, a *vontade* poderá ser igualmente expressa como uma pretensão de não praticar o ato sexual. E é nestes casos que se poderá falar em crime, uma vez que essa *vontade* do titular do bem jurídico pode ser ou não atendida.

É relativamente a este último ponto que se alevanta a primeira questão: deverá o Direito Penal tutelar todas situações onde não exista *vontade* por parte do “ofendido”?

²⁸⁶ ALAN WERTHEIMER distingue este conceito de outros dois: *desejo* e *querer*. “Diz-se que B *deseja* fazer X quando B tem uma atitude proativa em relação a fazer X considerado (mais ou menos) por si só. Diz-se que B *quer* fazer X quando B tem uma atitude proativa em relação a fazer X, tendo em conta todas as circunstâncias. E diz-se que B tem *vontade* de fazer X quando B toma uma decisão (mais ou menos) racional de fazer X, ou seja, a escolha de B é consistente com a necessidade de B. Queremos, considerando todas as coisas, fazer muitas coisas que não desejamos, onde as coisas, a serem consideradas, envolvem os benefícios e os custos das nossas ações, dos nossos interesses de longo prazo e compromissos morais. Assim, podemos querer ou estar mais preocupados em exercitar, trabalhar, em fazer dieta, visitar parentes, pagar impostos (...) mesmo que não desejemos fazer nada disso por si mesmos.” Cf. WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations*, p. 157.

²⁸⁷ Cf. ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, p. 108.

²⁸⁸ Cf. TORRÃO, Fernando, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 561.

²⁸⁹ Cf. LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia, repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, p. 26.

²⁹⁰ Desta forma, uma vontade livre e esclarecida e que seja concordante, afasta a tipicidade da conduta.

1.1. Vontade contrária / Falta de vontade

A *liberdade sexual* dos indivíduos poderá ser manifestada das mais variadas formas e não está dependente da existência de um número concreto de parceiros, daí que o espectro da *liberdade sexual* seja manifestamente abrangente. No entanto, a dimensão negativa deste bem jurídico exige, concretamente, a presença de pelo menos dois agentes, um agressor (que não respeita e atinge esta dimensão negativa) e um ofendido (que é o titular do bem jurídico atingido). Por este motivo, casos haverá em que a *vontade* de uma parte poderá nem sempre corresponder à *vontade* da outra. No entanto, cumpre-nos diferenciar as situações em que o ofendido manifesta uma *vontade contrária* ou, apenas, uma falta de *vontade*. Para tanto, vejamos os seguintes exemplos:

Caso número 1: A está casado com B e ambos estão a tentar ter um filho. Porque naquele dia existe uma maior probabilidade de haver fecundação, têm relações sexuais, não obstante ambos não terem *vontade* de o fazer, pois vivenciaram um dia muito stressante e atribulado.

Caso número 2: A, que está casada com B, é confrontada por C, amigo de longa data do casal, que lhe diz: “se não tiveres relações sexuais comigo, direi ao teu marido que fazes apostas na internet”. Por este motivo, A acaba por ter relação sexuais com C.

No primeiro caso, A e B até poderão não ter *vontade* de praticar determinado ato sexual (existe uma falta de *vontade*), mas, mesmo assim, dão o seu *assentimento*, sendo que este *assentimento* não implica que haja um “atrofio” ou uma ofensa à expressão da *liberdade sexual* de A e de B. Pelo contrário, ambos dispõem deste bem jurídico na sua vertente positiva, praticando o ato sexual porque assim o entendem, apesar de o elemento *vontade* não se encontrar devidamente presente. Inversamente, no segundo caso, já se observa uma manifestação de *vontade contrária* à prática do ato sexual, pois A é coagida a praticar o referido ato.

Desta forma, estamos totalmente de acordo com PEDRO CAEIRO quando o mesmo indica que “para que exista uma lesão do bem jurídico ‘liberdade sexual’ não basta, portanto, que não exista uma *vontade* positiva da outra pessoa, uma disposição favorável ao ato: é preciso que exista uma *vontade* negativa, uma ‘oposição íntima’ à prática do ato”²⁹¹. No mesmo

²⁹¹ Cf. CAEIRO, Pedro *ob. cit.*, p. 16. No mesmo sentido, o autor acrescenta que “imaginar uma situação em que seja indiferente à vítima praticar ou não praticar os atos sexuais isso não deveria ser considerado violação. A indiferença da vítima não deveria ser tomada como violação. É preciso que haja *vontade contrária*. Essa

sentido, destaca TATJANA HÖRNLE que “a *vontade* interior, *i.e.*, o estado mental da vítima, deve ser considerada, deve ser expressa como uma ofensa ‘*contra a vontade*’”²⁹².

1.2. *Vontade cognoscível*

No seguimento da já abordada e explicitada noção de *vontade*, pode concluir-se que existe uma necessidade de tutela penal relativamente a todos os casos em que a *vontade* da vítima – que pode ser exteriorizada ou cognoscível – é contrária à prática do ato sexual. Esta ilação demarca o início do debate quando nos deparamos com um crime contra a *liberdade sexual*.

Todavia, o conceito *vontade* permite outras construções teóricas num plano complementar ao da *vontade favorável / vontade contrária*. Se existe, por um lado, um núcleo de defensores que considera que a *vontade* das partes deverá ser expressa/declarada – tanto pela via verbal, como por gestos, comportamentos e atitudes claras e evidentes – existe, por outro, um conjunto de pensadores que afirma que não pode recair sobre os intervenientes um ónus de expressão (física ou verbal) manifesto e evidente, contrária ou favorável à prática do ato sexual, e que entende que basta que a *vontade* se depreenda através de todo o contexto envolvente, e que é designada de *vontade cognoscível*.

Daí que possamos estabelecer, concretamente, 4 diferentes posições doutrinárias relativamente à noção de *vontade*. As duas primeiras manifestam-se quando a *vontade* das partes é favorável à prática do ato sexual e as duas últimas revelam-se quando a *vontade* das partes é contrária à prática do ato em causa. Por conseguinte, dentro do primeiro grupo existem duas orientações: os que defendem que a *vontade* das partes deve ser declarada (que se podem subdividir em duas outras posições, a *vontade declarada* verbalmente ou a *vontade declarada* através de palavras, gestos, comportamentos e atitudes); e os que consideram que

vontade não tem que ser, evidentemente, vencida por violência física ou ameaça, (...) há vários meios de constrangimento que são relevantes”. Intervenção na audição realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Transcrição do seguinte trecho temporal: 20:47 a 21:09, disponível em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=112563>.

²⁹² Cf. *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB*, p. 13.

esta *vontade* deverá ser apenas *cognoscível*²⁹³. No segundo grupo, estão presentes similares teses, mas num sentido inverso, uma vez que a *vontade* é contrária à prática do facto.

Façamos, então, uma análise, dividida por estes dois grupos, com uma reflexão sobre cada um dos pontos de vista.

A primeira concepção do primeiro grupo – que passamos a apelidar de “*vontade favorável declarada*” – encontra-se umbilicalmente ligada aos movimentos feministas que defendem que a danosidade social da conduta reside nas situações em que uma das partes não manifesta, expressamente, a sua *vontade*, *i.e.*, basta que não se verifique uma expressão da vontade positiva para prática de determinado ato sexual para a conduta integrar o ilícito-típico. Dentro desta corrente, insurgem-se duas orientações, uma mais radical do que a outra, porquanto esta *vontade declarada* poderá ser expressa tanto através de palavras, como por gestos, comportamentos e atitudes das partes envolvidas. A vertente mais radical²⁹⁴, vulgarmente conhecida como “*only yes means yes*”, exige uma afirmação expressa – obtida pela via verbal – por parte dos elementos intervenientes em manifestar *vontade* de praticar o ato sexual. De acordo com este pensamento, a *vontade* das partes envolvidas será sempre, *a priori*, contrária à prática do ato sexual, a menos que as mesmas expressem o seu “sim” ou um outro sinónimo que evidencie a concordância das partes envolvidas²⁹⁵. Por outro lado, a vertente mais moderada requer que a vítima manifeste concordância com o ato sexual, mesmo que seja de forma não verbal, *i.e.*, através da sua conduta, comportamentos e gestos que transmitam para a parte contrária uma percepção clara e evidente de *vontade declarada*²⁹⁶. A título de exemplo: A e B pretendem iniciar determinados contactos sexuais e, de uma maneira espontânea e natural, trocam afetos e carícias; estes afetos e carícias, poderão ser considerados comportamentos e gestos que são reveladores de uma *vontade concordante*.

²⁹³ De acordo com o dicionário completo de língua portuguesa, Tomo I, o adjetivo “cognoscível” define-se como “aquele que se pode conhecer, que é fácil de conhecer”.

²⁹⁴ Perspetiva adotada por determinados Campus Universitários americanos, como é exemplo a Universidade de Minnesota ou de Califórnia. Cf. <https://endrapeoncampus.org/yes-means-yes>, consultado a 10 de abril de 2020.

²⁹⁵ Desta forma, se A e B pretendem iniciar o ato sexual deverá haver um diálogo entre os dois que transmita a aceitação e vontade mutuamente concordante para a prática dos referidos atos. Para mais desenvolvimentos *vide infra* Ponto 5. Capítulo IV.

²⁹⁶ Esta é a perspetiva adotada pela Universidade de Houston, que considera que o *consentimento/assentimento* poderá ser expressado através de palavras ou por ações claras e inequívocas, desde que essas palavras ou ações criem uma permissão, mutuamente compreensível, em relação a cada momento da atividade sexual. Cf. <https://uhsystem.edu/students/salutations/policy/>, consultado a 25 de julho de 2020. Para mais desenvolvimentos *vide infra* Ponto 5., Capítulo IV.

Muito similar a esta segunda perspetiva, encontra-se a que consideramos ser uma possível terceira perspetiva do primeiro grupo²⁹⁷, ou seja, as situações em que é *cognoscível* que a pessoa tenha expressado a sua *vontade* concordante para a prática do ato sexual. Esta conceção diferencia-se das duas anteriores por englobar um conjunto mais vasto de situações, pois a pessoa poderá não expressar física ou verbalmente a sua aceitação, mas as circunstâncias envolventes revelam que a mesma concorda. Por exemplo: quando um casal de namorados, depois de um jantar de aniversário de namoro onde há a troca constante de carinhos e de afetos, decide ir para casa e, sem que haja qualquer comunicação verbal ou gestual que seja clara e inequívoca, iniciam, de imediato, o ato sexual; neste caso, de acordo com as regras da experiência comum, é facilmente perceptível que as partes envolventes aceitam e acordam ter relações sexuais.

Relativamente ao segundo grupo, é de notar, desde logo, que, contrariamente ao primeiro grupo de casos – onde se verifica a prática de um crime quando não existe uma *vontade concordante declarada ou cognoscível* –, o mesmo consagra apenas como conduta ilícita as situações em que se prova que o ato sexual existiu contra a vontade da vítima. Neste sentido, erguem-se duas possíveis teorias doutrinárias.

A primeira conceção teórica surge como uma “perspetiva-espelho” do último caso analisado do primeiro grupo, à qual se dará a denominação de *vontade contrária cognoscível*. Adotada em países como a Alemanha, Suécia ou Portugal, esta estrutura teórica “põe a tónica nos atos praticados contra a *vontade cognoscível da vítima* e não necessariamente na *vontade manifestada*, por exemplo quando a vítima está a chorar ou, então, porque está completamente paralisada”²⁹⁸. Daí que a questão central se prenda no muito recente conceito de *cognoscibilidade*. Este termo exige um recurso a um juízo de prognose realizado pelos agentes da justiça – analisando o caso concreto, todos os seus circunstancialismos e toda a prova obtida em sede de audiência de julgamento e recorrendo, igualmente, às regras da experiência comum –, de modo a conseguir compreender-se qual seria a *vontade* das partes envolvidas aquando da prática daquele determinado ato sexual, *i.e.*, se a mesma era

²⁹⁷ De todo o estudo realizado, não retiramos quaisquer conclusões de nenhuma doutrina que tenha acolhido este critério de *vontade*. No entanto, consideramos que há possibilidade de a mesma existir, não obstante as tamanhas parecenças com o modelo da *vontade contrária cognoscível*.

²⁹⁸ Cf. audição de PEDRO CAEIRO realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Transcrição do seguinte trecho temporal: 21:17 a 21:35, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=112563>.

discordante ou concordante. Desta forma, é retirado o possível ónus de resistência que a *vontade contrária declarada* assim exige à vítima que, motivada pelo medo, se possa encontrar no designado “frozen fright”. Neste sentido, será sempre o julgador quem tentará densificar a sua compreensão do caso, por forma a retirar determinadas conclusões sobre a vontade da vítima. Neste caso, a tutela do Direito Penal é mais abrangente relativamente à construção teórica seguinte, uma vez que abarca os casos previstos nessa hipótese e ainda outros casos em que a vítima nem sequer tem tempo para expressar uma *vontade contrária*²⁹⁹. Cumpre-nos, ainda, fazer uma pequena alusão ao facto de a questão da *vontade cognoscível* fazer parte do tipo objetivo e não do tipo subjetivo do crime, *i.e.*, de caracterizar as circunstâncias da conduta. É preciso que a vítima tenha atuado de uma forma tal que a sua *vontade contrária* fosse *cognoscível* ou que as circunstâncias envolventes demonstrassem claramente a *vontade contrária da vítima*. Neste sentido, este elemento “pertence ainda, exclusivamente, ao tipo objetivo, na medida em que define (e estreita) a vontade tipicamente relevante”³⁰⁰. Agora, se o agente representou ou não essa *vontade contrária*, a questão já será completamente diferente, uma vez que abrange o tipo subjetivo³⁰¹.

Todavia, o conceito – porque ainda é bastante recente³⁰² e algo indeterminado – é passível de algumas críticas. TATJANA HÖRNLE reconhece alguns perigos na utilização deste conceito, uma vez que se a palavra *cognoscível* for interpretada de forma abrangente, então todas as circunstâncias poderiam ser ponderadas para decidir que a “vítima não poderia querer aquilo”; assim sendo, o Direito Penal passaria a tutelar casos sem qualquer dignidade penal³⁰³. Por outro lado, se a interpretação do conceito for realizada restritivamente, então apenas as palavras, gestos e condutas da vítima interessam para aferir a *cognoscibilidade* da *vontade contrária*³⁰⁴. Conclui a autora que a explicação mais plausível para o recurso do

²⁹⁹ O exemplo mais recorrente é o do agressor que aproveita o espaço apertado num metro cheio de pessoas para praticar um ato sexual de relevo na vítima, sem que esta tenha tempo ou forma de reagir.

³⁰⁰ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 19.

³⁰¹ Sem embargo, revela-se oportuna a intervenção de MARIA FERNANDA PALMA, no sentido em que considera que este conceito irá modificar a questão do dolo, pois o agente não tem de saber que a vítima não consente, o agente tem que poder saber que a vítima não consente. Cf. intervenção realizada na audição no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=112563>.

³⁰² A título de exemplo, e como já analisámos *supra*, em Portugal, só em 2019, com a Lei 101/2019, é que foi assumido o modelo de incriminação assente na *vontade contrária cognoscível* da vítima.

³⁰³ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, in *German Law Journal*, p. 1320.

³⁰⁴ *Idem, ibidem.*

legislador alemão do conceito *cognoscível* em detrimento do conceito *declarado* reside no facto de que poderia haver uma interpretação desvirtuada do seu sentido original, onde apenas as palavras seriam ponderadas³⁰⁵.

Por último, cumpre-nos fazer uma pequena alusão à segunda construção teórica do segundo grupo. Nesta posição colocam-se os defensores da perspectiva de que o Direito Penal sexual se deve preocupar apenas com os casos em que existe uma *vontade contrária declarada* ou *manifestada* (ou ainda, como a refere TATJANA HÖRNLE, “*explicada*”³⁰⁶), *i.e.*, que o ofendido exprima, de um modo claro e evidente, a sua *vontade* contrária à prática do ato sexual. Dentro deste modelo manifestam-se duas perspectivas: uma primeira considera que a *vontade contrária* poderá ser expressada tanto pela forma verbal, como por gestos, comportamentos ou atitudes, mas sempre de um modo claro e evidente o suficiente que consiga demonstrar à parte contrária a sua posição oposta – por exemplo, quando a vítima, que sofre um determinado abuso sexual, tenta empurrar o agressor para longe de si e foge; uma segunda perspectiva, considera que a vítima necessitará de verbalizar o seu desacordo para com a prática de um determinado ato sexual, ou seja, utilizando a palavra “não” ou algum sinónimo do mesmo, seguindo, por isso, um modelo de incriminação reconhecido como “*no means no*”³⁰⁷.

³⁰⁵ *Idem, ibidem.*

³⁰⁶ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem*, p. 1019.

³⁰⁷ Para mais desenvolvimentos *vide infra* Ponto 3., Capítulo IV.

2. Acordo / Consentimento

Seguindo esta linha condutora de raciocínio de comparação e de diferenciação de conceitos, urge – por forma a tornar mais explícita a compreensão normativa dos preceitos legais (v.g. artigos 163º e 164º do Código Penal) que salvaguardam a *liberdade sexual* de cada indivíduo – destacar um outro conflito concetual³⁰⁸, que poderá ser aquele com maior relevância para uma compreensão, dentro do possível, plena da construção dos crimes sexuais cometidos entre adultos.

Esta querela concetual reside na necessidade de compreensão da distinção entre o *consentimento* e o *acordo*. No concernente a esta discriminação de noções, a doutrina não é pacífica, porquanto desde os anos 70 que o paradigma dualista do *consentimento do ofendido*³⁰⁹ começou a ver a sua plausibilidade sistematicamente problematizada por penalistas conceituados, como ROXIN, que lançaram os fundamentos de uma compreensão normativa e de um enquadramento doutrinário alternativos³¹⁰.

Neste sentido, temos em confronto, por um lado, as concepções dualistas, cujo enorme contributo para o seu desenvolvimento se deve, particularmente, a GEERDS³¹¹, e, por outro, um verdadeiro paradigma monista do relevo jurídico-penal do *consentimento*³¹².

De acordo com a representação dualista³¹³, existem duas figuras em confronto, o *consentimento* e o *acordo*. GEERDS assinala que “ambos são casos de vontade concordante

³⁰⁸ Uma vez que este conflito não se revela única e exclusivamente no âmbito da criminalidade sexual, revela-se útil compreender o seu alcance teórico num prisma global para, depois, se particularizar na questão atinente aos crimes sexuais.

³⁰⁹ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, p. 138.

³¹⁰ *Idem*, p. 176.

³¹¹ *Idem*, p. 138.

³¹² Cf. DIAS, Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, (2012), p. 473.

³¹³ Em sentido concordante com a referida teoria, estão autores como FARIA COSTA, *ob. cit.*, pp. 301 e ss. e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *últ. ob. cit.*, dissertação de doutoramento que, no próprio título, refere ser um “contributo para a fundamentação de um paradigma dualista”. PEDRO CAEIRO referindo-se, em particular, aos crimes sexuais, ensina-nos “não é consentimento. Dizemos consentimento por simplificação, trata-se de um caso de acordo. Na realidade não está sujeita aos pressupostos do consentimento, porque é um caso, claramente, de um bem jurídico ligado à liberdade e, portanto, é um caso de acordo”, cf. audição realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Transcrição do seguinte trecho temporal: 01:59:06 a 01:59:18. INÊS FERREIRA LEITE, referindo-se, também, apenas aos casos dos crimes sexuais, entende que “apesar das críticas que se podem tecer às concepções dualistas, creio estarem certos os autores citados quando qualificam a concordância da vítima nos crimes sexuais como um caso de acordo que exclui a tipicidade. Isto porque a noção de liberdade terá de envolver, obrigatoriamente, tanto o direito de não sofrer condutas não desejadas, mas também o direito de agir como o portador do bem jurídico o entender, tendo

do lesado que aqui juridicamente se distinguem, apresentam, do ponto de vista puramente fáctico, os mesmos elementos: o lesado concorda com uma conduta que, de qualquer forma o prejudica. Ele autoriza, permite, concorda, não tem nada contra. Já do ponto de vista jurídico, esta vontade concordante do lesado acaba por se projetar em termos completamente divergentes.”³¹⁴

Desta forma, o *consentimento* surge como uma colisão de bens jurídicos: num canto encontra-se um interesse jurídico-penal fundado numa imperatividade de tutela de todos os bens jurídicos³¹⁵ e, no outro canto oposto, está também um interesse jurídico-penal, mas agora de preservação de um bem jurídico, alicerçado pela *auto-realização do titular* desse bem jurídico³¹⁶. Neste sentido, COSTA ANDRADE salienta que “mesmo quando o respeito pela autonomia individual, expressa por meio do *consentimento*, impõe um recuo da ilicitude e da punibilidade, tal não deixa de configurar uma certa frustração do programa político-criminal, empenhado em maximizar a tutela da integridade física. Mesmo consentida e, por isso, penalmente tolerada, a lesão da *integridade física* não deixa de representar o sacrifício do bem jurídico protegido e, nessa medida, uma manifestação de danosidade social”³¹⁷. Assim, afirma a teoria dualista que o *consentimento* constitui uma causa de exclusão da ilicitude, pois a ação típica não chega a ser desvaliosa porque o concreto titular do bem consentiu nessa ofensa. Cumpre-nos exaltar, ainda, que, entre nós, o *consentimento* encontrou consagração expressa como causa de exclusão da ilicitude, na Parte Geral do Código Penal, no seu artigo 38º.

Por seu turno, a figura do *acordo* trata-se de uma contribuição para a própria realização do titular do bem em causa. COSTA ANDRADE emprega o exemplo da “introdução em casa alheia” para exemplificar uma situação de acordo e, por consequência, diferenciar esta figura do *consentimento*. “Quem vê A abrir com uma chave a porta da casa de B, pode adiantar duas construções de sentido, com idêntico grau de plausibilidade. A pode protagonizar uma

como limite apenas a liberdade alheia.”, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 87.

³¹⁴ Cf. “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten”, *GA* 1954, p. 263 *apud* ANDRADE, Costa *ob. cit.*, p. 142.

³¹⁵ “O que não desaparece ou não é eliminado por força do consentimento do titular. Os casos de consentimento são, em definitivo, casos de lesão efetiva de bens jurídicos; são casos, no correto entendimento de Costa Andrade, em que se verifica e se mantém a “perda” que a lesão de um bem jurídico sempre representa ao nível do sistema social”, *idem, ibidem*.

³¹⁶ *Idem*, p. 472.

³¹⁷ *Idem*, p. 362.

forma p rfida de viola o do domicílio; mas pode igualmente dar corpo a uma rela o de confiança que o liga a B ou mesmo uma rela o de proximidade existencial, que medeia entre eles e   condi o da respetiva existência em termos de dignidade. A conduta de A pode, noutros termos, representar a hipostasia o dos valores que a inviolabilidade do domicílio visa, em última instância, realizar”³¹⁸. *In casu*, não se poderá falar verdadeiramente de uma situa o de *consentimento*, visto que não nos deparamos com um bem jurídico em confronto com outro, ou sequer de uma lesão, mínima que seja, do bem jurídico tutelado pelo artigo 190  do Código Penal. Contrariamente, a a o que recai sobre o ofendido ou sobre os seus bens e em que se analisa a conduta do agente  , em si, ambivalente já que, enquanto tal, não implica qualquer prejuízo substancial³¹⁹. Deste modo, esta situa o de acordo entre A (titular do bem jurídico) e B contribui, pura e simplesmente, para uma *auto-realiza o do titular* do bem jurídico, que poderá ser realizada pelo próprio portador ou com o seu *assentimento*, aparecendo como um processo perfeitamente normal³²⁰, não havendo qualquer interesse, por parte do Direito Penal, em proteger a integridade do bem jurídico, visto que a mesma se mantém inalterada (ou mesmo plenamente realizada). Consequentemente, o acordo do titular do bem jurídico empresta   conduta o signo indisfar vel da atipicidade³²¹. E, na esteira de ANA RITA ALFAIATE, “excluir a tipicidade da conduta significará que a situa o, em concreto, não   reconduzível ao âmbito de tutela da norma penal”³²². Deste modo, esta teoria distingue entre um *consentimento* que exclui a *ilicitude* e um *acordo* que afasta a *tipicidade*. Em suma, e nas autorizadas palavras de COSTA ANDRADE, “o *consentimento* e o acordo surgem como figuras diferenciadas de media o de tolerância jurídico-penal a expressões similares de danosidade social”³²³.

De um ponto de vista de *law in books*, existe uma grande diferença entre estes dois conceitos. No entanto, transportando a querela para a *law in action*, as consequências práticas são bastante similares, uma vez que tanto num caso como no outro, a ideia

³¹⁸ *Idem*, p. 363.

³¹⁹ Cf. STRATENWERTH, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, I (3  ed.) Berlim, 1981, p. 123, *apud* ANDRADE, Costa, *ob. cit.*, p. 363.

³²⁰ *Idem, ibidem*.

³²¹ Cf. DIAS, Figueiredo, * lt. ob. cit.*, p. 474.

³²² Cf. ALFAIATE Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, p. 103. Acrescenta ainda a autora que “há acordo quando determinado bem jurídico se realiza pela conduta e não há na postura do agente qualquer meio de limita o ao interesse do outro, ao invés se percebendo que a a o potencia os interesses de todos os intervenientes”. *idem, ibidem*.

³²³ Cf. COSTA, Andrade, *ob. cit.*, p. 142.

garantística subjacente ao Direito Penal não prevalece; caso contrário, haveria uma diminuição das margens de *auto-realização* dos “ofendidos”. Daí que existam pensamentos doutrinários divergentes relativamente a esta temática.

Assim sendo, e num polo manifestamente oposto ao paradigma dualista, surgem os adeptos da teoria monista. Por detrás desta perceção antagónica à anterior, encontra-se a ideia de que o *consentimento* funciona como uma causa de exclusão da tipicidade do facto e não como uma simples causa de exclusão da ilicitude. Como afirma ZIPF, “todos os tipos legais em relação aos quais o *consentimento* é possível pressupõem uma atuação contra a vontade do portador do bem jurídico. O abandono eficaz do bem jurídico exclui uma lesão penalmente relevante do bem jurídico, precludindo o preenchimento da factualidade típica”³²⁴. Similarmente ao pensamento dualista, para estes autores, determinados bens jurídicos concretizam uma forma de atuação livre do seu titular, ou seja, constituem uma manifestação da *auto-realização* do indivíduo. No entanto, as semelhanças entre os dois paradigmas terminam por aqui, visto que os teóricos monistas acrescentam que pelo facto de o *consentimento* ser uma *auto-realização* do indivíduo, não pode existir uma lesão de qualquer bem jurídico quando uma ação tem por base a vontade do seu titular. Por este motivo, em todos os casos em que a lei proteja a liberdade de disposição do indivíduo, o *acordo* do interessado faz com que não se possa, nem se deva falar de uma violação do bem jurídico. O que realmente acontece é uma renúncia ao bem jurídico de que o “ofendido” é titular.

HEIDI HURD, uma das autoras que defendem a teoria monista, afirma que o *consentimento* é um meio para dissolver as obrigações de terceiros, sendo que existem duas formas pelas quais o *consentimento* de uma pessoa pode alterar a moralidade das ações de outra pessoa. Primeiro, “o consentimento pode funcionar para transformar a moral da conduta de outra pessoa – para fazer uma ação correta quando, de outra forma, estaria errada”³²⁵, intitulando estes casos de “*morally transformative*”³²⁶. Segundo a mesma autora,

³²⁴ Cf. ZIPF, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Berlim, 1970, p. 30 *apud* ANDRADE, Costa *ob. cit.*, p. 176.

³²⁵ Cf. HURD, Heidi, “The moral magic of consent”, in *Legal Theory*, p. 123. Para se compreender melhor o que a autora pretende dizer, a mesma utiliza um exemplo igual ao de COSTA ANDRADE, o da “Introdução em casa alheia”.

³²⁶ Nestes casos, a autora afirma que o *consentimento* é moralmente transformativo, porque “remove a única barreira moral existente na conduta (ilícita)”, negando, desta forma, a única obrigação existente de não praticar o ato, tornando possível aquilo que seria proibido. Cf. HURD, Heidi M. “The Normative Force of Consent”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 67.

“o *consentimento* abre, igualmente, as portas para que o titular do bem jurídico possa permitir um ataque ao seu bem jurídico”³²⁷, denominando estas situações de “*stainted permission*”³²⁸, concluindo que o *consentimento* deriva o seu poder normativo do facto de alterar as obrigações e permissões que determinam coletivamente a correção das ações de outras pessoas, *i.e.*, que ao consentir com o toque de outra pessoa, a pessoa fica em liberdade para fazer o que era anteriormente obrigatório ela não fazer³²⁹.

Através dos exemplos desta autora, compreende-se a ideia monista da bidimensionalidade do *consentimento*, que exclui sempre o tipo legal de crime. ROXIN, para justificar esta conclusão, acrescenta que “se os bens estão ao serviço do livre desenvolvimento do indivíduo, então não pode existir qualquer lesão do bem jurídico quando uma ação assenta numa disposição do portador do bem jurídico e como tal não prejudica o seu livre desenvolvimento, antes e pelo contrário, constitui a sua expressão”³³⁰. Desta forma, resulta das ideias monistas que apenas se contempla uma *lesão aparente do bem jurídico* quando o titular deste consente³³¹.

Analisadas e sucintamente compreendidas estas duas posições dogmáticas, cumpre-nos entender a importância desta divergência doutrinal para a construção dogmática dos crimes sexuais. Neste âmbito, a pergunta que surge é a seguinte: quando falamos da *vontade* de praticar um ato sexual – ou seja, quando se verifica uma manifestação da dimensão positiva da *liberdade sexual* –, estamos na presença de um caso de *consentimento* (paradigma monista) ou de *acordo* (paradigma dualista)?

O artigo 38º do Código Penal consagra o *consentimento* como uma causa de exclusão de ilicitude e não como uma causa de exclusão de tipo, ou seja, é o próprio legislador português que, implicitamente, responde à pergunta. Isto porque ambas as teorias concordam que a expressão da *liberdade sexual* na sua vertente positiva não implica uma limitação do

³²⁷ Cf. HURD, Heidi M., “The moral magic of consent”, p. 123. A autora, para este caso, dá o exemplo de uma mulher que, ao invés de utilizar métodos contraceptivos, como forma de prevenção da gravidez, prefere abortar. Esta situação, aos olhos do paradigma dualista, é um real caso de *consentimento*.

³²⁸ Relativamente a estas hipóteses, HURD refere que o *consentimento* garante que outra pessoa tenha “a right to do wrong”, *i.e.*, o direito para realizar algo ilícito. HURD, Heidi M. “The Normative Force of Consent”, p. 67.

³²⁹ *Idem*, p. 124.

³³⁰ Cf. ROXIN, *Tratado*, §13, n. 12 *apud* ANDRADE, Costa, *ob. cit.*, p. 183.

³³¹ Assim, SCHMIDHÄUSER argumenta que, em caso de *consentimento*, as ações objetivamente dirigidas contra o objeto de um bem jurídico alheio só aparentemente lesam este bem jurídico. *Apud* ANDRADE, Costa, *ob. cit.*, p.188.

titular do bem jurídico, exaltando, antes pelo contrário, a já referida *auto-realização* do indivíduo, assim como do(s) seu(s) parceiro(s) sexual(ais). Todavia, para o paradigma monista, o *consentimento* é uma causa de exclusão da tipicidade e nunca uma causa de exclusão da ilicitude. Logo, depreende-se que o legislador opta pela perspectiva da teoria dualista ao consagrar o *consentimento* como uma causa de exclusão da ilicitude. Assim sendo, como não há uma lesão da *liberdade sexual* na prática dos atos sexuais, tratar-se-á de uma situação de acordo³³².

INÊS FERREIRA LEITE, acrescenta que no mesmo ato sexual poderá haver um caso de acordo e outro de *consentimento*. “O que pode acontecer é que o adulto consinta na prática de relações sexuais violentas que incluam no seu processo ofensas à integridade física ou psíquica de um ou de ambos os intervenientes. Nestes casos, os atos sexuais serão atípicos, por ter havido *assentimento*, sem qualquer limitação, enquanto as ofensas à integridade física ou à saúde dos intervenientes são típicas, mas lícitas por força do *consentimento*, dentro dos limites fixados pelo artigo 38.º do CP.”³³³. Neste sentido, afirma a autora que os próprios conceitos de violação e de coação sexual excluem a possibilidade de um *consentimento*, pois tratam-se, de um ponto de vista jurídico, de conceitos antinómicos³³⁴. Na mesma esteira, ANA RITA ALFAIATE defende que “a *liberdade sexual* é um bem jurídico pessoal, uma manifestação de autonomia do titular. Por isso, em face de crimes cuja proteção se reconduza a este bem jurídico (a *liberdade sexual*), o acordo traduz a adequação social da conduta do agente e, assim, a subtração do caso concreto do âmbito de tutela em abstrato da norma. O interesse do titular da liberdade, o exercício dessa liberdade, manifesta-se pelo acordo”³³⁵.

2.1. Consentimento/Assentimento como um “Estado Mental” ou uma “Expressão da Vontade”

Apesar de prevalecer em Portugal o paradigma dualista, noutros ordenamentos jurídicos – em especial, o anglo-saxónico – entende-se, como dado adquirido, que o *consentimento* é uma causa de exclusão da tipicidade, não se colocando, portanto, a questão que nos debruçámos anteriormente. E, por isso, o pensamento doutrinal dos penalistas e pensadores,

³³² É também esta a posição assumida pela doutrina maioritária portuguesa, muito por influência do contributo dogmático de COSTA ANDRADE.

³³³ Cf. LEITE, Inês Ferreira, *últ. ob. cit.*, p. 89.

³³⁴ *Idem, ibidem*.

³³⁵ Cf. ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, p. 103.

sobretudo, ingleses e americanos, dedica-se a um outro problema. Para estes, a dificuldade do conceito *consentimento* está subdividida em dois pontos: em primeiro lugar, em saber em que consiste, fundamentalmente, este conceito³³⁶ e, em segundo lugar, em saber se o mesmo é unicamente um estado mental – *i.e.*, se o *consentimento* é um sinónimo de *vontade* – ou se, pelo contrário, é uma expressão física desse mesmo estado mental, dessa *vontade*. Para responder a esta segunda problemática, apareceram no panorama doutrinal 3 teorias distintas³³⁷: a *subjective view* ou *mental view*; a *performative view*; e a *hybrid view*.

A perspetiva nórdica dos crimes sexuais constrói o seu pensamento em premissas idênticas às de SMITH e HOGAN, onde a “essência da violação se encontra na ausência de *consentimento*”³³⁸. Partindo deste pressuposto, a construção dogmática começa a formular-se com a necessidade de compreender o conceito de *consentimento* no seu esplendor. Para tanto, não se basta a simples definição do mesmo, é preciso compreender que tipo de fenómeno é o *consentimento* para transformar um ato que seria, à primeira vista, típico e ilícito numa plena realização da vontade do titular do bem jurídico³³⁹. Daí que o debate para se compreender se o *consentimento* é, ou não, uma condição suficiente para tornar a conduta imune às críticas morais³⁴⁰ e à tutela penal se encontre bastante acesso.

TATJANA HÖRNLE resume este debate a duas questões: “o facto de a outra pessoa querer ou se contentar com práticas sexuais deve ser considerado *consentimento* numa perspetiva legal? Ou ela tem que expressar aprovação ou recusa?”³⁴¹.

³³⁶ Para responder a esta questão, *vide supra* Ponto 2. do presente Capítulo, no tocante à explicitação da teoria monista e a sua compreensão de *consentimento*.

³³⁷ Cf. WERTHEIMER, Alan, “Consent to Sexual Relations”, in *The Ethics of Consent, Theory and Practice*, pp. 195 e ss., e também, do mesmo autor, *Consent to Sexual Relations*, pp. 144 e ss.. Esta questão é também estudada e refletida por outros autores, como: ARCHARD, David, “Sexual Consent”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, pp. 298 e ss.; HÖRNLE, Tatjana, “Rape as non-consensual sex”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, pp. 219 e ss. e “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, pp. 128 e 129; HURD, Heidi M., “The moral magic of consent”, pp. 123 e ss.; MUEHLENHARD, Charlene L. [et al.] “The complexities of Sexual Consent Among College Students: A Conceptual and Empirical Review”, in *The Journal of Sex Research*, pp. 462 e 463; SCHNÜRIGER, Hubert, “What is consent?”, in *The Routledge Handbook of the ethics of consent*, pp. 35 e ss.; ANDERSON, Scott A., “Conceptualizing Rape as Coerced Sex”, in *Ethics*, pp. 62 e ss.

³³⁸ Cf. SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, p. 468.

³³⁹ Cf. WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations*, p. 144.

³⁴⁰ Note-se que estas críticas morais apenas têm relevância jurídica quando se coadunam com as exigências de intervenção penal, *i.e.*, apenas quando existe uma ofensa à vertente negativa da *liberdade sexual* da pessoa ofendida, merecedor de tutela penal.

³⁴¹ Cf. HÖRNLE, Tatjana: “Rape as non-consensual sex”, p. 298.

Neste sentido, são construídas as referidas três teorias. Abordaremos, no entanto, somente as duas primeiras, porquanto a terceira posição³⁴² não tem tanta preponderância dogmática comparativamente àquelas.

A primeira teoria, intitulada de *Mental View* ou *Subjective View*³⁴³ – defendida por autores como HEIDI HURD³⁴⁴, LARRY ALEXANDER³⁴⁵ ou DOUGLAS HUSAK³⁴⁶ –, caracteriza-se por designar o termo *consentimento* como um estado do foro psicológico do titular do bem jurídico. Ou seja, falamos aqui de uma questão de *foro interno*³⁴⁷. Na base deste pensamento, surge o seguinte silogismo: “se a autonomia reside na capacidade de alterar os direitos e deveres morais e se o *consentimento* é normativamente relevante precisamente porque constitui a expressão da autonomia, então o *consentimento* é o exercício da *vontade*. E, por isso, o *consentimento* constitui um estado do foro psicológico (*a subjective mental state*)”³⁴⁸ – um “reflexo” da *vontade*. Este argumento é fortemente criticado pela doutrina em geral uma vez que, apesar de não estar inteiramente errado, é insuficiente, podendo conduzir a sérias consequências, principalmente de uma perspectiva jurídico-penalística.

Desde logo, não é tarefa fácil conseguir compreender, discernir e definir a subjetividade por detrás desta teoria. Se o *consentimento* se reconduz ao estado mental da pessoa titular do bem jurídico, então, o que é que é necessário para que o mesmo titular consinta? Deverá o mesmo ter *vontade*? Bastará que aceite? A experiência ensina-nos que o *querer* e o *não querer* são conceitos que, na grande maioria dos casos, são bastante confusos e difusos. O Direito Penal deve, assim, abster-se, tanto quanto possível, de confiar apenas e só nestes estados mentais (*querer* e *não querer*); o Direito Penal deverá, pelo contrário, tutelar as interações e as comunicações entre os cidadãos³⁴⁹. Desta forma, esta perspectiva subjetiva do

³⁴² A *Hybrid View* consiste numa aproximação entre as duas primeiras teorias, através da ideia de que o *consentimento* ocorre apenas quando uma forma de aceitação de um ato convencional é acompanhada pela respetiva vontade do indivíduo. Sobre esta perspectiva, vide WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations*, pp. 145, 151 e 152, e SCHNÜRIGER, Hubert, “What is consent?”, p. 39.

³⁴³ Denote-se que esta teoria tem raízes filosóficas e encontra-se intrinsecamente relacionada com a moral. No entanto, a sua análise e compreensão revela-se importante por razões de distinção e melhor compreensão das restantes posições dogmáticas.

³⁴⁴ Cf. HEIDI HURD, *ob. cit.*, pp. 124 e 125.

³⁴⁵ Cf. ALEXANDER, Larry, “The moral magic of consent (II)”, in *Legal Theory* 165 (1996) apud WERTHEIMER, Alan, *últ. ob. cit.*, p. 145.

³⁴⁶ Cf. HUSAK, Douglas, “The Complete Guide to Consent to Sex: Alan Wertheimer’s *Consent to Sexual Relations*”, in *Law and Philosophy*, p. 277 apud SCHNÜRIGER, Hubert, “What is consent?”, p. 35.

³⁴⁷ Cf. SCHNÜRIGER, Hubert, “What is consent?”, p. 35.

³⁴⁸ Cf. HURD, Heidi, *últ. ob. cit.*, p. 124.

³⁴⁹ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “Rape as non-consensual sex”, *ob. cit.*, p. 298.

titular do bem jurídico acaba por ser penalmente irrelevante quando não está alicerçada em alguma forma de comunicação do agente.

Em segundo lugar, TATJANA HÖRNLE salienta que se o elemento crucial é um estado mental, isso pode levar a resultados injustos para os dois lados envolvidos: por um lado, na perspectiva do possível agressor, basta que a vítima apresente queixa contra o agressor, com o fundamento de que não queria praticar o ato sexual, para que o procedimento criminal e a máquina judicial iniciem as suas funções, apesar de não haver qualquer forma de o agressor ter conhecimento desta sua vontade; por outro, na perspectiva da vítima, há um evidente convite a declarações desonestas, por parte do agressor, como, por exemplo, “ela não disse nada, mas acredito que seu estado mental era a favor”³⁵⁰.

O que, por sua vez, levanta, também, um problema de prova, visto que “em alguns casos limítrofes, mesmo uma pessoa honesta e atenciosa pode ter problemas para decidir, demorando semanas ou meses para efetuar uma decisão. O estado mental de querer algo pode ser percebido como um estado de consciência claro e distinto, mas esse pode não ser, necessariamente, o caso”³⁵¹.

Por último, TATJANA HÖRNLE considera que é, também, uma questão de justiça focarmo-nos no *consentimento* devidamente expresso ao invés de nos concentrarmos nas atitudes internas não ditas. “O Direito Penal moderno pode e deve reconhecer não apenas deveres para os agressores, mas também obrigações para aqueles que mais tarde alegam serem vítimas de um crime. Psicólogos e sociólogos podem explicar por que algumas pessoas, e particularmente algumas mulheres, podem ficar relutantes quanto à comunicação da sua vontade, de uma forma aberta, em contextos sexuais. A linha geral entre conduta correta e injusta no Direito Penal deve, no entanto, ser traçada de acordo com visões mais padronizadas de como os cidadãos se devem comportar e comunicar”³⁵².

A segunda teoria a merecer destaque é a *Performative View* ou *Performative Action View*. De acordo com esta perspectiva, o agente consente a prática de um determinado ato, intencional ou deliberadamente, através da expressão da sua vontade, por meio de palavras, gestos ou expressões corporais capazes de a demonstrarem.

³⁵⁰ *Idem, ibidem.*

³⁵¹ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, *ob. cit.*, p. 128.

³⁵² *Idem*, pp. 128 e 129.

Contrariamente à perspectiva anterior, a *Performative View* distingue os conceitos *consentimento* e *vontade*. Enquanto que para os adeptos da *Mental View* estes termos são equivalentes, uma vez que se há *vontade* concordante, então também haverá *consentimento*, para os defensores desta segunda teoria, o *consentimento* é uma expressão exterior – concordante ou divergente – da *vontade*. Por exemplo: A considera que ter relações sexuais é, em geral, algo repugnante, mas, ainda assim, livre e esclarecidamente, dá o seu *consentimento/assentimento* para ter relações com o seu marido. Para um defensor desta última perspectiva, o comportamento de A, ao aceitar, é um caso de *consentimento/assentimento*, não obstante não haver *vontade* (falta de *vontade*), porquanto o que A transmitiu para o mundo exterior/sensorial consistiu num *assentimento* para a prática do ato e é essa manifestação exteriorizada que terá relevância jurídico-penal.

Desta forma, a particularidade desta perspectiva concentra-se nas formas de *consentimento*, verbal ou não verbal, que pressupõem um conjunto de regras, implícitas ou explícitas, que determinam o que um cidadão comum e diligente considera ser um sinal de *consentimento*³⁵³. Para a *Performative View*, o *consentimento* ocorre quando um agente se comporta de uma determinada maneira que convencionalmente conta como um ato de *consentimento*, independentemente de a pessoa acreditar que está a consentir³⁵⁴. A função específica do *consentimento*, no raciocínio prático, e o seu valor só são captados adequadamente se forem concebidos como um *ato público*. Esta perspectiva implica/exige que os agentes que interagem percebam e acreditem, de forma fiável, que a outra parte sabe/saiba que o consentimento foi dado (ou que deu o seu consentimento?), não podendo existir uma mera suspeita.

Esta perceção diferente do *consentimento* tem implicações práticas muito importantes. Vejamos o seguinte caso verídico. O marido de Rebecca Burnham, Victor, agredia-a violentamente até que a mesma aceitasse – sob ameaça de continuação das agressões – ficar na rua em frente à casa de ambos a seduzir motoristas (como aconteceu com o Sr. A) para terem relações sexuais com ela, enquanto Victor os fotografava³⁵⁵. Apesar de Rebecca ter medo de voltar a ser agredida, a mesma tinha comportamentos que expressavam desejo e vontade de praticar os referidos atos sexuais com os motoristas. Se acolhermos a *Subjective*

³⁵³ Cf. SCHNÜRIGER, Hubert, *ob. cit.*, p. 39.

³⁵⁴ *Idem, ibidem.*

³⁵⁵ Cf. WERTHEIMER, Alan, *últ. ob. cit.*, p. 149.

View, podemos dizer que a conduta do Sr. A se subsume no crime de violação, visto que a Sr.^a. Burnham não tinha vontade de praticar os atos sexuais que praticou com o Sr. A. Se a posição adotada for a *Performative View*, então, podemos dizer que o motorista não poderá ser culpado de um crime de violação, porque os atos sexuais praticados entre o Sr. A e a Sr.^a. Burnham foram consensuais, devido ao comportamento exteriorizado pela Sr.^a. Burnham^{356;357}.

Destas duas perspectivas do *consentimento*, é a última, a *Performative View*, que acolhe maior apoio doutrinário. Não obstante, a querela doutrinal não se finda nesta divergência dogmática.

Como nos ensina a *Performative View*, é nas formas de expressão da *vontade* que se depreendem as intenções da parte contrária. Todavia, esta percepção da *vontade* das partes envolventes revela-se demasiado subjetiva, podendo alavancar uma outra interrogação: que tipos de comunicação devem ser requeridos para demarcar os limites entre atos sexuais lícitos e ilícitos?

Em nosso entender, esta pergunta pode conduzir a duas posições. Por um lado, uma perspectiva que entende que os limites entre os atos sexuais penalmente relevantes e não penalmente relevantes só serão destrinchados através de um tipo de comunicação executado de um modo expresso ou declarado (através de forma verbal, de comportamentos, gestos ou posturas) – sendo que, desta perspectiva, resultam os modelos do *consentimento afirmativo* (“*only yes means yes*” ou “*sim é sim*”³⁵⁸) ou do *dissentimento* (“*no means no*” ou “*não é não*”³⁵⁹); por outro lado, uma perspectiva que aceita que a fronteira entre o ato sexual lícito e ilícito possa ser desenhada, para além da comunicação expressa, também, através de comunicações e expressões tácitas ou cognoscíveis entre as partes ou mesmo pelos circunstâncias envolventes. Para tanto, basta que os intervenientes: revelem ou não comportamentos; tenham ou não determinadas posturas; realizem ou não determinados

³⁵⁶ Segundo esta conceção, o Sr. A não violou a Sr.^a Burnham porque o elemento subjetivo do tipo legal de crime, o dolo de A, não estava presente. Como A não sabia de todo o enredo por detrás da situação, era normal e compreensível que, através do comportamento da Sr.^a Burnham, o mesmo acreditasse que esta tivesse vontade de realizar os atos sexuais. Não obstante, o Sr. Victor seria, de acordo com a legislação portuguesa, punido pelo crime de violação, nos termos do n.º 2 do artigo 164º, por constranger, com recurso a violência física, a Sr.^a Burnham a praticar atos sexuais com terceiros (“com outrem”).

³⁵⁷ Cf. WERTHEIMER, Alan, *últ. ob. cit.*, p. 149.

³⁵⁸ Para mais desenvolvimentos, *vide infra* Ponto 5., Capítulo IV.

³⁵⁹ Para mais desenvolvimentos, *vide infra* Ponto 3., Capítulo IV.

gestos; ou, então, que as próprias circunstâncias do caso sejam demonstradoras que os atos subjacentes foram praticados *com* ou *sem consentimento*³⁶⁰.

³⁶⁰ Tal como se referiu anteriormente, o *consentimento* é uma expressão da *vontade*, logo, as similitudes entre estes dois conceitos são muitas. Uma delas encontra-se no facto de que, ao se explicar o que é *uma vontade declarada*, *uma vontade cognoscível*, *uma vontade contrária* ou *uma vontade favorável*, estamos igualmente a descrever as formas de expressão da *vontade*, o que significa que estamos a compreender também as formas de *consentimento*. Daí que, não se afigura necessário desenvolver, novamente, os conceitos de *cognoscibilidade* e de *declaração expressa*.

3. Constrangimento

Tanto o Ordenamento Jurídico Português como o Brasileiro consagram um conceito que os diferencia dos restantes: o *constrangimento*. No caso português, este termo, estabelecido nas normas penais previstas nos artigos 163º e 164º do seu C.P., a par das reformas operadas na legislação portuguesa atinente aos crimes sexuais, tem sofrido alterações – sempre de carácter expansionista – na sua interpretação.

A origem deste vocábulo reporta-se à criação do atual Código Penal Português de 1982³⁶¹ que, até à Reforma de 2015, esteve sempre associado aos meios para constranger, que foram, gradualmente, aumentando (v.g. “violência”, “ameaça grave”, “ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”, “relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho”, “abusando de autoridade...”, “aproveitando-se de temor que causou...”). FIGUEIREDO DIAS caracterizava o *constrangimento* como “um ato de coação (...) imediatamente dirigido à prática, ativa ou passiva, de um ato sexual de relevo”³⁶². Em virtude da letra da lei daquele tempo, o autor acrescentava “sempre necessário que se tivesse verificado o constrangimento da vítima por violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”³⁶³. Percebe-se, então, que existia, até à Reforma de 2015, uma autêntica simbiose e relação de co-dependência entre os meios para constranger e o conceito de *constrangimento*, mas que, apesar desta sua íntima conexão, não deixavam de ser distintos.

Com a Lei n.º 83/2015, observa-se, na legislação penal portuguesa, o fim da relação de dependência entre o termo *constrangimento* e os meios para constranger legalmente tipificados, com a transformação dos n.ºs 2 dos artigos 163º e 164º do C.P. Desta feita, a concretização da conduta criminal passa a sustentar-se em qualquer meio ou comportamento que seja apto a constranger o ofendido à prática de atos sexuais³⁶⁴. E, por isso, os meios de *constrangimento* acabam por ser meramente acessórios (apenas servindo como condições agravantes do tipo legal de crime), já não sendo necessário, para que o tipo legal de crime se

³⁶¹ Vide *supra* Ponto 1. do Capítulo I.

³⁶² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (2012), p. 724.

³⁶³ *Idem*, p. 725.

³⁶⁴ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2019), p. 67.

concretizasse, a verificação dos mesmos. Desse modo, a questão central passou a ser a existência de uma limitação à *liberdade sexual*³⁶⁵.

Todavia, as dúvidas mantiveram-se – pelo menos de acordo com os preâmbulos dos Projetos de Lei do PAN³⁶⁶, do Bloco de Esquerda³⁶⁷ e do PS³⁶⁸ – quanto ao significado deste conceito tão vago e indeterminado. Para além de haver uma ideia, tendencialmente generalizada e popularizada, de que o *constrangimento* implicaria uma resistência ativa por parte da vítima – incluindo, por isso, violência – surgem, igualmente, vozes como a do Juiz Desembargador EURICO DOS REIS que confirmam e sustentam esta conceção, ao afirmar que “não interessa só o texto da lei, mas também qual a interpretação que se faz. Com constranger? É a resistência”³⁶⁹.

Em claro dissenso com a opinião gizada pelo Juiz Desembargador, encontra-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de junho de 2019, ao firmar que “está hoje já estabelecido pela Psicologia que a ausência de resistência física por parte da vítima não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a uma situação cujo controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência. Assim, tal como num vulgar crime de roubo, a não manifestação pela vítima de qualquer reação de oposição

³⁶⁵ Com esta alteração legislativa, denota-se uma notória preocupação e intenção, por parte do legislador, em dissociar a ideia de que para haver *constrangimento* era necessária a presença de violência ou ameaça grave, pretendendo respeitar, dentro dos possíveis, a tramitação exigida pela Convenção de Istambul.

³⁶⁶ O Projeto de Lei do PAN, na sua exposição de motivos, faz alusão a três acórdãos (de 1997, de 2007 e de 2011) para demonstrar que a interpretação da jurisprudência portuguesa quanto ao conceito *constrangimento* se mantém inalterada desde a reforma de 2015, *i.e.*, que não chega o mero *constrangimento*, mas igualmente a necessidade de um meio para constranger. Esta justificação – para afirmar a necessidade de reforma – é, evidentemente, um atropelo à evolução histórica da lei, com todos os acórdãos utilizados no Projeto de Lei a serem bastante anteriores a 2015 e que em nada demonstram a realidade jurídico-legal dos preceitos legais em questão à data da elaboração deste Projeto de Lei. Disponível em, <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43200>, pp. 9 a 11.

³⁶⁷ De acordo com a exposição de motivos do Projeto de Lei do BE, “importa clarificar a lei, estipulando-se que é na inexistência de *consentimento* e não na existência de violência que deve radicar a natureza do crime. Importa igualmente retirar o ónus que a lei e a sociedade persistentemente impõem às vítimas”. Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43243>, p. 2.

³⁶⁸ Conforme o preâmbulo do Projeto de Lei do PS, o objetivo central cinge-se em tornar “doravante inequívoco, com as alterações ora propostas, que o tipo fundamental destas infrações consiste no *constrangimento* através de qualquer meio, sendo o emprego de violência ou ameaça grave uma qualificativa do ilícito (ou tipo qualificado), que merece uma punição mais pesada.” Disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43523>.

³⁶⁹ Cf. audição realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Transcrição do seguinte trecho temporal: 02:11:12 a 02:11:20, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheAudicao.aspx?BID=112563>.

à agressão não é nunca entendida como *consentimento*, também deste modo deve ser considerada a conduta não reativa da vítima de um crime de violação”³⁷⁰. Daí que sejamos da opinião de que a jurisprudência portuguesa – apesar de exigir meios de prova convincentes e fidedignos para uma mais adequada aplicação da justiça – se encontra num processo, compreensivelmente moroso, de adaptação às constantes alterações no âmbito legislativo³⁷¹.

Neste seguimento de compreensão do conceito, a APMJ reputa que “o *constrangimento* da vítima a sofrer um ato sexual não desejado, materializa(-se) apenas e tão só na ausência do seu *consentimento* para a prática desse ato. Não sendo, pois, necessário que esse *constrangimento* resulte de qualquer violência ou ameaça grave que impossibilite a vítima de a ele se opor”³⁷². Porém, esta conceção de *constrangimento*, a nosso ver, apenas está parcialmente correta: efetivamente, o conceito de *constrangimento* tipicamente relevante para a lei penal “pressupõe sempre o dissentimento da vítima”³⁷³, mas o próprio ato de *constrangimento* compreende, igualmente, sempre uma dimensão coativa, ainda que não violenta e que deverá ser manifestada³⁷⁴ através de vários meios típicos, como por exemplo a coação, a violência, a ameaça, entre outros. Exige-se, assim, uma conduta do agressor com recurso a um meio que obrigue “outra pessoa a sofrer ou a praticar um ato sexual contra a sua vontade”³⁷⁵.

Desta forma, na senda de PEDRO CAEIRO, podemos retirar a conclusão de que o *constrangimento* se refere a uma determinada conduta do agente³⁷⁶. Daí que o mesmo autor

³⁷⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de junho de 2019, processo n.º 473/16.0JAPDL.L1, juiz relatora Teresa Féria, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08 de março de 2020. Também, no mesmo sentido, vide o acórdãos do Tribunal da Relação de Porto de 30 de novembro de 2016, processo n.º 43/13.4JAPRT.P1, juiz relator Luís Coimbra e do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de maio de 2016, processo n.º 397/13.2JABRG.G2, juiz relator João Lee Ferreira, ambos disponíveis em www.dgsi.pt e consultados a 08 de março de 2020.

³⁷¹ Ainda assim, existem decisões jurisprudenciais que caminham em sentido oposto a esta movimento de modernização, como é o exemplo do acórdão Tribunal da Relação de Porto de 14 de junho de 2016, processo n.º 16/16.5GAAGD.P1, juiz relator Horácio Correia Pinto, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08 de março de 2020.

³⁷² Parecer elaborado pela APMJ, no âmbito do Projeto de Lei 1047/XIII/4ª, 9 de Janeiro de 2019, p. 2, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43200>.

³⁷³ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 12.

³⁷⁴ Cf. LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentários aos artigos 163º e 164º do Código Penal”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2015), p. 47.

³⁷⁵ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.* p. 12. Em harmonia, cf. HENRIQUES, Manuel de Oliveira Leal e SANTOS, Manuel Simas: “Comentário ao artigo 164º do Código Penal”, in *Código Penal Anotado*, p. 369.

³⁷⁶ *Idem*, p. 23.

refira que o “facto punível reside nos atos de interferência sobre a vontade da vítima (violência, ameaça, pressão, chantagem, etc.) de que resultam os atos sexuais”³⁷⁷.

Fruto da Reforma de 2019 – que entendemos ter sido uma tentativa, por parte do legislador, de facilitar a interpretação e aplicação do texto da lei –, o conceito *constrangimento* passou a estar definido nos n.ºs 3 dos artigos 163º e 164º do C.P. como “qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática de atos sexuais contra a vontade cognoscível da vítima”. A nosso ver, esta definição modifica, desde logo, a compreensão do próprio conceito de *constrangimento*. Como vimos, o termo *constrangimento* pressupõe uma dimensão coativa, pressupõe que a vítima seja coagida/constrangida a praticar ou a sofrer um determinado ato sexual pelo agente do crime. Porém, a nova construção legal associa o termo *constrangimento* à expressão *contra a vontade cognoscível da vítima*. Desta forma, o conceito *constrangimento* passa agora a ser entendido como um qualquer meio empregue para a prática de determinados atos sexuais *contra a vontade da vítima*. Neste seguimento, a conceção tradicional de *constrangimento*, a nosso entender, é desvirtuada e superada por um novo entendimento, onde o elemento central do ilícito típico deixa de ser este tradicional *constrangimento* e passa a ser a *vontade cognoscível da vítima*³⁷⁸ ou o *dissentimento cognoscível* (e não, meramente, *expresso*). Ou seja, o preenchimento do tipo objetivo de ilícito depende não do *constrangimento* como uma forma de coação, mas do *constrangimento* como um meio empregue para a prática de determinados atos sexuais *contra a vontade cognoscível da vítima*, uma vez que o bem jurídico tutelado e ofendido é a *liberdade sexual negativa* do ofendido. Assim as normas legais deverão ser construídas, também, tendo em conta a disposição interior da vítima, desde que *cognoscível*, ou seja, desde que o homem médio, colocado naquela situação, facilmente compreendesse que a *vontade* da parte contrária seria oposta à sua.

³⁷⁷ *Idem, ibidem.*

³⁷⁸ Para mais desenvolvimentos, *vide supra* Ponto 1.2. do Capítulo III.

Capítulo IV – Análise dos modelos de incriminação

1. Exigência de violência ou ameaça grave

Durante séculos, a linha orientadora entre a conduta sexual penalmente aceite e a penalmente desvaliosa não era desenhada pelo *consentimento*³⁷⁹, *constrangimento* ou *vontade*. Havia, pelo contrário, uma descrição da violação como uma violenta apropriação da mulher que pertencia a outrem, normalmente pai de família ou marido. Neste sentido, os conceitos de *autonomia* e *liberdade sexual*, particularmente a respeito do sexo feminino, nem sequer orbitavam o pensamento humano. Como afere TATJANA HÖRNLE, as leis sobre os crimes sexuais em nada se aproximavam com os bens jurídicos hoje tutelados, mas antes com uma antiquada noção de honra feminina³⁸⁰.

Desta perceção da sexualidade feminina resultava a ideia de que só poderia haver violação de uma mulher³⁸¹ quando o agressor recorresse à violência ou ameaças de violência para a subjugar e a vítima mantivesse uma posição de contrariedade constante, expressa através de palavras e comportamentos.

Assim, este modelo tradicional de incriminação, respaldado na necessidade de violência ou ameaça grave, assentava em três pressupostos essenciais: a *exclusão matrimonial* – no que respeitava ao matrimónio, o homem nunca seria julgado por violar a sua mulher, qualquer que fosse o grau de força implicada ou o *dissentimento* da vítima; a *força* – a violação requeria a utilização de força ou ameaça de força para se consumar; e a *vontade contrária da vítima* – a contrariedade da vítima à prática da relação sexual era indispensável, pois se um homem usasse a força ou ameaça de força, poderia não haver violação se a vítima consentisse na prática do ato sexual³⁸².

Relativamente ao último ponto, havia uma conceção generalizada, tanto na sociedade como nos próprios tribunais, de que a vítima teria, quase sempre – senão mesmo sempre –, um papel ativo e significativo na prática do crime, contribuindo, de igual forma, direta ou

³⁷⁹ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “Rape as non-consensual sex”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 294.

³⁸⁰ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, p. 125.

³⁸¹ Denote-se que, por exemplo, em Portugal, as vítimas de violação, até à entrada em vigor do atual Código Penal, só poderiam ser mulheres. Nos casos em que o homem era violado, a conduta não se subsumiria na violação, mas num outro crime cuja moldura penal abstrata era substancialmente inferior.

³⁸² Cf. WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations*, p. 11.

indiretamente, para a realização do mesmo. Nas palavras de MATTHEW HALE “a violação é um crime onde a acusação é fácil de se fazer, difícil de se provar e ainda mais difícil de ser defendida pela parte ofendida, que nunca é inocente”³⁸³. Ou seja, contrariamente ao que acontecia nos restantes crimes – onde apenas era imperativo saber se os elementos do tipo objetivo e subjetivo do crime se encontravam presentes e produzir prova nesse sentido –, nos crimes sexuais, para além de comprovação da existência de todos os elementos do crime, havia, também, um foco direcionado para o comportamento da vítima, quer durante o crime³⁸⁴, como depois de o mesmo se consumir.

Em suma, este era o modelo-base de todos os Ordenamentos Jurídicos aqui estudados até, pelo menos, ao fim da primeira metade do século XX.

Na segunda metade do século transato, constata-se uma evolução generalizada da mentalidade social e do pensamento jurídico que se refletiu, também, nos crimes sexuais. As conotações moralistas são, tendencialmente, postas de parte e surgem dois novos bens jurídicos: a *liberdade* e a *autodeterminação sexual*. Consequências, por um lado, da ideia de que “cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha”³⁸⁵, e, por outro lado, de uma perceção da violação e coação sexual como uma ofensa profunda à intimidade sexual da vítima que legitima a intervenção penal.

Não obstante, este modelo de incriminação, na generalidade dos países, preservou-se até à entrada deste milénio, apesar de ter sofrido diversas modificações que implicaram a sua reestruturação e que se manifestaram, por exemplo: na perda de fulgor da ideia de que esta categoria de crimes estava apenas afeta ao género feminino, passando a proteger-se, igualmente, as vítimas do sexo masculino; e na interferência do Direito Penal no seio

³⁸³ Cf. HALE, Matthew, *The History of the pleas of the crown* p. 635 (1778) *apud* ESTRICH, Susan, “Rape”, in *Yale Law Journal*, p. 1095.

³⁸⁴ Realce-se que, em grande parte dos casos, a existência de um crime sexual era aferida através da vítima; por exemplo, o recurso à força era comprovado através da resposta desta ou de lesões no corpo da mesma. Se, a título de exemplo, a vítima fosse consideravelmente maior do que agressor, era necessário demonstrar que o comportamento da primeira era contrário à prática do ato sexual, mesmo que o arguido tivesse recorrido à violência.

³⁸⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (1999), p. 445.

familiar, criminalizando-se também os casos de violação e coação sexual entre marido e mulher.

Desta forma, os elementos do tipo objetivo dos ilícitos em questão³⁸⁶, segundo este modelo, passam a ser apenas os seguintes: a necessidade de um agente e de uma vítima; as variadas modalidades da ação; a *vontade contrária* à prática do facto por parte do ofendido; e os meios típicos (v.g. “violência”; “ameaça grave”; “ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”) passíveis de colocar a vítima nessa posição. Manteve-se somente o dolo como elemento do tipo subjetivo de ilícito.

Em primeiro lugar, e como já foi referido, os crimes sexuais não estão apenas afetos a um género específico – nem como autor³⁸⁷, nem como vítima – bastando-se que haja um agente do crime e um ofendido.

Em segundo lugar, este modelo distingue um vasto número de casos passíveis de se consubstanciarem nos crimes em questão. Serve de amostra, para explicitar este ponto, o n.º 1 do artigo 163º do Código Penal que – de acordo com a redação da Lei n.º 59/2007 – continha a seguinte fórmula: “quem (...) constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem ...”. Assim, verificam-se dois conjuntos distintos de possibilidade: por um lado, o ato sexual poderá ser *sofrido* ou *praticado* pela vítima; e, por outro lado, poderá ser sofrido ou praticado com o *agente do crime* ou com *terceiro(s)*.

Em terceiro lugar, aparece o elemento mais relevante, tanto para o debate da presente dissertação, como em termos de prova em sede de julgamento, *i.e.*, a *vontade contrária da vítima* e os seus meios típicos. Visto que o Direito Penal pretende tutelar as ofensas à *liberdade sexual negativa*, é evidente que tem de existir uma *vontade contrária da vítima* à prática do sexual. Agora, para este modelo incriminação estarão sempre associados à *vontade contrária* um ato violento do agressor e a constante resistência ativa da vítima – duas formas de comprovação de que a mesma não quer realizar o ato sexual. O primeiro, o

³⁸⁶ Referimo-nos apenas aos crimes de violação e coação sexual e aos elementos do tipo objetivo de ilícito que lhes sejam comuns, visto que ambos requerem a presença de outros elementos que lhes são característicos e específicos, v.g., para a violação, a necessidade de penetração oral, vaginal ou anal e para a coação sexual, o ato sexual de relevo.

³⁸⁷ Relativamente ao autor do crime, FIGUEIREDO DIAS, “Comentário ao artigo 163º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (1999), explana que “o agente do crime de coação sexual pode ser qualquer pessoa, não se tratando aqui nem de um tipo de mão própria, nem sequer de um tipo específico, como se revela pela circunstância de ele compreender ações praticadas por terceiros e em terceiros”, p. 447.

ato violento, poderá ser manifestado das mais variadas formas, por exemplo, através da violência física ou psicológica, da coação, da colocação da vítima num estado de inconsciência, do abuso da posição de autoridade que exerce sob a vítima, entre outros. Em segundo lugar, resulta implicitamente da versão mais conservadora deste modelo³⁸⁸ que a vítima terá de expressar a sua resistência ativa à prática do mesmo de tal forma que seja passível de demonstrar que a sua vontade era realmente contrária³⁸⁹.

Efetivamente, a perspetiva de que só quando a vítima resiste, de uma forma ativa e constante, e se defende da violência empregue pelo agente do crime é que será possível determinar que o ato efetivamente é dissentido, não faz justiça a todas as situações em que a *vontade contrária da vítima* é expressa por meio de palavras ou por atos, nem aos casos onde a violência ou ameaças do agressor não são necessárias para a consumação da conduta criminosa. Exalta JOHANNA NELLES que a “maioria dos crimes sexuais é cometida por autores que, de alguma forma, estão relacionados à vítima, mais distantes ou mais íntimos”³⁹⁰. E é precisamente nessas constelações de casos que o ato sexual indesejado é realizado, precisamente, sem violência, coação ou ameaça³⁹¹.

Desta forma, este modelo de incriminação – algo que desenquadrado e desatualizado da conjuntura penal europeia, mas ainda presente, por exemplo, no Direito Penal Brasileiro e Espanhol³⁹² – é indesejável e facilmente refutável, principalmente porque o foco central do mesmo se estabelece na violência, desvirtuando-se daquela que deveria ser a real tutela do bem jurídico posto em causa – a *liberdade sexual* dos ofendidos. Neste sentido, afirma STEPHEN J. SCHULHFER que existe uma “fixação contínua da lei penal na força, o que

³⁸⁸ Em contraste, para a doutrina mais moderada – postura, por exemplo, adotada por FIGUEIREDO DIAS nos seus comentários aos artigos 163º e 164º, na obra *Comentário Conimbricense do Código Penal* (1999) –, esta resistência não necessita de ser oferecida, poderá ser meramente esperada. Daí que os meios utilizados pelo agente devam ser idóneos a vencer a resistência da vítima, ou seja, deve haver um “*plus*” de força física.

³⁸⁹ Como afirma DANA BERLINER, “Rethinking the reasonable belief defense to rape”, in *Yale Law Journal*, “existe a ideia de que uma determinada quantidade de força é normal na atividade sexual, e por isso torna-se difícil determinar quais os comportamentos que constituem uma utilização desproporcional de força. O significado legal de ameaça de forma é igualmente difícil de compreender”, p. 2690. Se a vítima resistir vigorosamente, tal significa que a vontade da mesma é contrária, que o arguido precisa de recorrer à força para superar essa sua resistência e que esta resistência o informa da sua posição, de modo que, quando o agressor a força, o mesmo deve ter a intenção de cumprir os seus intentos libidinosos.

³⁹⁰ Em harmonia, vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O conceito legal de violação (...)”, p. 293.

³⁹¹ Cf. NELLES, Johanna, “Artikel 36 der Istanbul-Konvention des Europarats, Überlegungen zur Umsetzung”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem*, p. 1166.

³⁹² Embora exista alguma jurisprudência que segue um entendimento que permite a ampliação do tradicional campo de aplicação da incriminação destes dos artigos 178º e 179º. E ainda, um anteprojeto de uma lei orgânica com vista a modificar o modelo de incriminação vigente. Para mais desenvolvimentos vide Ponto 3. do Capítulo II.

significa que o direito da mulher de determinar os limites de suas próprias interações sexuais é, na melhor das hipóteses, apenas parcialmente protegido”³⁹³.

Neste seguimento, estamos plenamente de acordo com aquela visão que entende que a violência, a existir, constitui uma circunstância agravante do crime³⁹⁴. Para reforçar esta ideia, TERESA PIZARRO BELEZA compara o crime de violação ao crime de violação de domicílio. “Em contraste com a violação (sexual), o crime de violação de domicílio, ou, como tradicionalmente era por vezes designado, ‘entrada em casa alheia’, em relação ao qual se poderiam tecer considerações em alguma medida semelhantes, não exige no seu tipo-base a prática de violência nem ameaça, mas apenas que seja cometido contra a vontade da vítima. (...) Mas o tipo-base é apenas ‘entrar em casa de alguém contra a sua vontade’. Porque não será assim no que respeita à entrada em corpo alheio?”³⁹⁵.

No entanto, não é esta a única crítica que se poderá fazer a este modelo, também o ónus (implícito) de resistência imposto sobre a vítima é algo que merece censura. É inconcebível ter raciocínios – apesar de já bastante desatualizados, mas ainda resistentes na sociedade atual – como os de VIBERT, a este respeito: “quando se trata de uma mulher que sabe o que são as relações sexuais e que está de posse das suas forças, é impossível acreditar que um homem, sozinho, consiga realizar a violação. Admitindo, efetivamente, que o agressor consiga ao mesmo tempo imobilizar-lhe os braços e manter-lhe as coxas afastadas, a mulher poderá sempre executar certos movimentos da bacia que não tem necessidade de ser muito pronunciados para impedir a intromissão do membro viril”³⁹⁶.

Por último, relativamente ao conceito de “violência”, existe uma zona cinzenta entre um ato violento e um ato não violento, que fez surgir, na jurisprudência portuguesa – onde se destaca o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011 – um debate aceso, suscetível de várias interpretações. A nosso ver, estas dificuldades serão sempre desnecessárias, pois um ato sexual realizado contra a vontade da vítima será sempre um

³⁹³ Cf. SCHULHFER, Stephen J.: *Unwanted Sex, The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, p. 11.

³⁹⁴ Cf. BELEZA, Teresa “‘Consent – It’s Simple as Tea’: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*.

³⁹⁵ *Idem, ibidem*.

³⁹⁶ Cf. VIBERT, *Médecine Legal*, pág. 384 *apud* SANTOS, Alfredo dos, “Dos Crimes Sexuais”, in *Boletim do Instituto de Criminologia*, p. 360.

atentado à *liberdade sexual* da mesma, mesmo que o recurso à violência seja escasso ou nenhum.

2. Constrangimento

O modelo do *constrangimento* poderá coexistir em harmonia, tal como aconteceu em Portugal até à Reforma de 2015, com o modelo anterior, da violência ou ameaça grave. No entanto, como já vimos³⁹⁷, estas duas perspetivas são distintas e o caso do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 30 de maio de 2016, demonstra, exatamente, esta diferenciação. *In casu*, os agressores, para colocarem a vítima numa situação de *constrangimento* e, por conseguinte, concretizarem os seus intentos libidinosos, “formaram uma barreira, impedindo, desta forma, que alguém que ali passasse pudesse ver o que ocorria, criando um clima de terror para a ofendida, soltando todos eles risadas e gesticulando de forma agressiva, com o objetivo de a colocar em situação de não poder resistir, a manter constrangida e incitar os outros a, um atrás do outro, manterem com ela coito oral e cópula”³⁹⁸.

Assim, de acordo com o modelo em apreço, não cumpre ao legislador definir os trâmites da relação meio/fim entre a conduta do agente e o *constrangimento* da vítima, devendo somente estipular quais os *atos de interferência* sobre a vontade da vítima que são concretizadores do dolo do agente e que, por isso, têm relevância jurídico-penal. Basta que os aplicadores do direito, no caso concreto, considerem que a conduta criminal assenta num comportamento do agressor idóneo a constranger a vítima a praticar determinados atos sexuais (de relevo ou de penetração). Uma vez que, “constranger é, por definição, forçar uma pessoa a realizar alguma coisa que a mesma não quer, obrigar, coagir ou impor”³⁹⁹, restringindo, quase que totalmente, a capacidade de decisão da vítima.

E é nesta coação/imposição que o modelo do *constrangimento* assenta e se desenvolve. Deixamos de questionar se a conduta do agente é subsumível num meio tipificado de *constrangimento* e passamos a interrogar se a conduta do agente é, explícita ou implicitamente, coativa. O que faz surgir novas questões e novos debates. Vejamos, por exemplo, o caso do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de setembro de 2019, onde “o arguido disse à assistente que não iria trabalhar para o estrangeiro caso esta se recusasse a

³⁹⁷ Vide Ponto 3. do Capítulo III.

³⁹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de maio de 2016, processo n.º 397/13.2JABRG.G2, juiz relator João Lee Ferreira, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 17 de março de 2020.

³⁹⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de setembro de 2019, processo n.º 150/17.4JASTB.L1.S1, juiz relator Vinício Ribeiro, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 18 de março de 2020.

manter relações sexuais com ele e, para que o arguido se fosse embora, a assistente acedeu a manter com o mesmo relações sexuais”⁴⁰⁰. Será que estes factos em causa podem integrar uma situação de *constrangimento*? Entendemos que não, e concordamos com o presente acórdão quando o mesmo afirma que os atos praticados pelo agente do crime “integram, sem dúvida, uma situação de desrespeito, de desconsideração por parte do agente do crime no que toca à vontade manifestada pela assistente. No entanto, a ofendida manteve a capacidade de decisão, não totalmente intacta, mas ainda com discernimento suficiente para poder escolher”.

Para compreendermos mais detalhadamente esta questão da necessidade de um comportamento que seja idóneo a restringir as possibilidades de escolha da vítima, vejamos estes dois casos teórico-práticos:

Caso 1 – A, professor, dirige-se a um aluno, B, e diz-lhe: “se não tivermos relações sexuais, dar-te-ei menos 3 valores na tua nota final”⁴⁰¹ – designamos este caso de “nota baixa”;

Caso 2 – A, o mesmo professor, dirige-se ao mesmo aluno, B, e diz-lhe: “se tivermos relações sexuais, dar-te-ei mais 3 valores na tua nota final”⁴⁰² – intitulamos este caso de “nota alta”.

A estrutura de ambas as condutas é bastante similar, nomeadamente porque impõem à vítima (o aluno) um ónus de escolher entre ter e não ter relações sexuais com o professor. Agora, podemos dizer que nos dois casos, os *atos de interferência* na vontade do ofendido realizados por A são formas coercivas, penalmente relevantes, de atingir um fim?

Para tanto, será necessário compreender a *ratio* da palavra coação. Como nos ensina AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, a coação constitui o tipo fundamental dos crimes contra a *liberdade de decisão e de ação*⁴⁰³ – sendo que esta liberdade poder-se-á expressar também a respeito da sexualidade de cada indivíduo. A “coação não só abrange as ações que apenas restringem a liberdade de (decisão e de) ação – as ações de *constrangimento* em sentido estrito, ou seja a tradicional *vis compulsiva* –, mas também as ações que eliminam, em

⁴⁰⁰ *Idem.*

⁴⁰¹ Cf. WERTHEIMER, Alan, *últ. ob. cit.*, p. 164.

⁴⁰² *Idem.*, p. 178.

⁴⁰³ Cf. CARVALHO, Américo Taipa de, “Comentário ao artigo 154º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, p. 352.

absoluto, a possibilidade de resistência – a chamada *vis absoluta* – bem como as ações que afetam os pressupostos psicológico-mentais da liberdade de decisão, *i.e.*, a própria capacidade para decidir – como são as hipóteses de coação, mediante hipnose ou intoxicação”⁴⁰⁴.

Através da compreensão dos termos *coação* e *constrangimento*, consegue responder-se à questão apresentada *supra*. A resposta será negativa: apenas no caso da “nota baixa” existe um comportamento coativo por parte do agente do crime e um possível *constrangimento* por parte da vítima, porquanto no caso da “nota alta” o plano declarado de A não constitui uma violação dos direitos de B de receber uma nota mais alta do que aquela que o mesmo merecia⁴⁰⁵, o que apenas o beneficiará. E, por isso, não existe uma ofensa à *liberdade sexual negativa*. Antes pelo contrário, é aqui potenciada a vertente *positiva* da *liberdade sexual* de B, que olha para a sua melhoria de nota como uma vantagem e não como uma consequência negativa que implique a diminuição da sua capacidade de decisão. Em sentido oposto, no caso da “nota baixa”, o aluno vê os seus direitos – de obter uma classificação que faria jus às suas capacidades de aprendizagem e de estudo e ao seu trabalho – reduzidos se não cumprir com o imposto pelo agressor, daí que fique “entre a espada e a parede”. Não obstante, não quer isto significar que a conduta do professor, no caso da “nota alta”, não seja merecedora de um juízo de censura moral; no entanto, segundo o modelo do *constrangimento*, ficar-se-á por aqui.

Em suma, a construção dogmática desta perspetiva traduz-se numa posição onde “o facto punível reside nos *atos de interferência* sobre a vontade da vítima (violência, ameaça, pressão, chantagem, etc.) de que resultam os atos sexuais”⁴⁰⁶. No entanto, o legislador abstém-se de escolher esses mesmos *atos*.

Terminada esta exposição teórica, cumpre-nos, no seguimento do raciocínio do anterior modelo, considerar determinados pormenores que fazem surgir algumas críticas e/ou insuficiências.

Em primeiro lugar, não obstante o facto de este modelo ter um campo de aplicação da incriminação bastante mais lato do que o anterior, surgiram, até à Reforma de 2019, algumas

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 354.

⁴⁰⁵ Cf. WERTHEIMER, Alan, *últ. ob. cit.*, p. 178.

⁴⁰⁶ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 23.

dificuldades na jurisprudência portuguesa quanto à interpretação do conceito de *constrangimento*, porquanto determinados magistrados consideravam que o mesmo só se poderia demonstrar através da resistência física da vítima, resultado de um ato de violência, igualmente físico, por parte do agressor, fazendo, desta forma, ressurgir o velho fantasma da resistência. No entanto, e tal como já foi referido anteriormente⁴⁰⁷, a nosso ver, a questão não se prende tanto na ideia de que a jurisprudência confunde o conceito *constrangimento* com resistência física, mas nas constantes alterações legislativas relativas aos crimes sexuais que, por sua vez, implicam que os aplicadores do direito se encontrem em constante atualização. Não havendo estabilidade legislativa é difícil, ou mesmo quimérico, que haja estabilidade no seio judicial. Tal facto poderá ser comprovado por uma breve análise jurisprudencial, pós-reforma de 2015, onde se verifica que só, mais ou menos, a partir de 2019 é que os tribunais, com maior frequência, começaram a recorrer aos n.ºs 2 dos artigos 163.º e 164.º para aí subsumir determinadas condutas. Até então, o mesmo número era raramente mencionado ou suscitado.

Em segundo lugar, e na mesma linha de pensamento de PEDRO CAEIRO, consideramos que este modelo, apesar de mais abrangente do que o anterior, sofre, ainda assim, determinadas limitações, uma vez que “talvez haja situações residuais de prática de atos sexuais contra a vontade da vítima cuja criminalização é imposta pela Convenção e que não se encontram abrangidas”⁴⁰⁸. Quais serão estes casos residuais? A título de exemplo, apresentamos as seguintes situações:

Caso número 1 – o agressor tira proveito de uma situação de surpresa. A aproveita-se da confusão e corrupção habitual existente num metro para realizar determinados *atos sexuais de relevo* no corpo de B. B, por se encontrar de costas para A, não se consegue aperceber das ações deste e, por isso, permite que o mesmo realize os seus intentos. Desta feita, B acaba por não demonstrar qualquer *constrangimento*, mesmo que tenha dissentido a prática dos mesmos, nem é possível identificar quaisquer atos de *constrangimento* por parte do agente. Como vimos, o modelo de *constrangimento* depreende uma atuação coativa – por exemplo, a utilização de determinadas expressões com cariz ameaçador ou a execução de determinados gestos que causem nas vítimas um receio de possíveis lesões à sua integridade

⁴⁰⁷ Vide *supra* Ponto 3. do Capítulo III.

⁴⁰⁸ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 23.

física ou mesmo mental. No entanto, dentro deste conceito não se conseguem enquadrar estas situações surpresa, uma vez que a vítima nunca se poderia encontrar intimidada por não conseguir sequer prever o desfecho das ações do agressor. Para corroborar esta perspectiva, vejamos os casos em legislador recorre, igualmente, ao conceito de *constrangimento*: referimo-nos aos artigos 154º-B⁴⁰⁹ (casamento forçado) e 170º⁴¹⁰ (importunação sexual) do Código Penal. Na primeira situação, entendemos que, pela *ratio* da palavra “forçado”, se pressupõe, desde logo, que a vítima sabe que, independentemente da sua vontade, vai casar. Ou seja, existe sempre, na base deste crime, alguma forma de coação que é idónea a constranger a vítima. Por outro lado, nos casos de importunação sexual, o legislador prevê três possibilidades. São elas: “praticando perante ela atos de carácter exibicionista”; “formulando propostas de teor sexual”; ou “constrangendo-a a contacto de natureza sexual”. Como se pode observar, só no último caso é que o legislador consagra o conceito *constrangimento*. Isto porque, e na senda de JOSÉ MOURAZ LOPES e de TIAGO CAIADO MILHEIRO, não basta a existência de um determinado contacto de natureza sexual, é necessário que o mesmo decorra “através de alguma forma de pressão, aperto, compressão ou coacção que configure um acto que de uma forma inequívoca cerceia a liberdade sexual da vítima”⁴¹¹.

Caso número 2 – o *stealththing*⁴¹². A e B, depois de uma ida ao cinema e de B convidar A para ir para casa dele, iniciam contactos de natureza sexual que culminam no coito anal. Antes de iniciar o ato sexual de penetração, A pede a B para colocar um preservativo. A assente e coloca a proteção. A meio de ato sexual, e porque se sente desconfortável com o preservativo, A remove-o, sem o conhecimento e o acordo de B, voltando a penetrá-la e a relação sexual continua. No dia seguinte, B dá conta que o preservativo se encontra sem qualquer vestígio de sémen, não obstante se ter apercebido que A havia ejaculado. Por este motivo, B pergunta a A o motivo pelo qual o preservativo não tem qualquer indício de sémen e A responde que o havia retirado a meio do ato sexual. Neste caso, a questão que se impõe

⁴⁰⁹ “Quem constranger outra pessoa a contrair casamento ou união equiparável à do casamento é punido com pena de prisão até 5 anos”.

⁴¹⁰ “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”.

⁴¹¹ Cf. LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 170º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2019) p. 157.

⁴¹² O *stealththing* consiste na remoção ou danificação propositada do preservativo durante o coito ou o sexo anal sem que a parte contrária envolvente se aperceba e, naturalmente, sem a aprovação desta última.

é a de saber se a remoção do preservativo por parte de A, sem o conhecimento e consequente acordo de B, viola o bem jurídico da *liberdade sexual*. Para ALEXANDRA BRODSKY⁴¹³ *sim*⁴¹⁴, o *stealth* acaba por viciar o *consentimento* (*/assentimento*) da vítima e do ato sexual em si, por dois motivos: primeiro, porque a vítima permitiu a penetração com preservativo e não a penetração sem preservativo; depois, porque os riscos inerentes ao ato sexual são manifestamente diferentes quando é usada proteção e quando não é usada⁴¹⁵. Neste seguimento, observa-se uma clara ofensa à *liberdade sexual* da vítima, com possíveis sequelas físicas e psicológicas idênticas às provocadas pelos “tradicional” crimes de violação ou de abuso sexual⁴¹⁶. Acontece que, nestes casos, não conseguimos conjeturar que possa haver um meio de *constrangimento* da vítima, uma vez que não se observa qualquer coação física ou psicológica. Antes pelo contrário, poderá haver uma demonstração de iniciativa e de vontade favorável durante todo o ato sexual por parte da vítima. A questão prende-se apenas no pós-relação sexual, onde a vítima acaba por ter conhecimento de que a sua vontade foi viciada e, porque assim foi, a sua vontade já seria contrária à prática do referido ato sexual. Por estes motivos, consideramos que, por não haver um *constrangimento* da vítima, estas condutas não se encontram abrangidas por este modelo de incriminação, não obstante considerarmos ser, igualmente, um crime contra a *liberdade sexual*⁴¹⁷.

⁴¹³ Cf. BRODSKY, Alexandra: ““Rape-adjacent”: imagining legal responses to nonconsensual condom removal””, in *Columbia Journal of Gender and Law*, pp. 190 e 191.

⁴¹⁴ É relevante assinalar que já há jurisprudência internacional a considerar o *stealth* como um crime por violação da *liberdade sexual*. No entanto, o enquadramento jurídico-penal não é uniforme, uma vez que já foi enquadrado tanto como crime de abuso sexual, por um tribunal alemão (cf. <https://www.dw.com/en/german-policeman-jailed-for-condom-stealth/a-46797174>, consultado a 10 de agosto de 2020), como crime de violação, por um tribunal suíço (para mais desenvolvimentos *vide* <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/man-convicted-rape-condom-sex-switzerland-a7521891.html>, consultado a 10 de agosto de 2020).

⁴¹⁵ Continua ALEXANDRA BRODSKY: “the logic would go like this: someone who consents to a certain sexual act does so after balancing the benefits and risks of that behavior. Sex without a condom carries higher risks of pregnancy and STI transmission than sex with a condom. Because of the increased risk, the removal of the condom transforms the sexual act into a different act, such that consent to one is not carried over to consent to the other.”, *ob. cit.*, pp. 191 e 192.

⁴¹⁶ Como comprova o estudo realizado por ALEXANDRA BRODSKY, *ob. cit.*, pp. 186 a 189.

⁴¹⁷ AMANDA CLOUGH realça um ponto que consideramos ser fulcral para estes casos. “The difference lies between a person who regrets consenting the next day as to spur of the moment emotions which were, *in retrospect*, regrettable, and the person who would not have consented *in the first instance* had the true facts of the situation been disclosed to them. These two state of affairs must be distinguished, *in order to avoid over-criminalizing for the sake of preservation of sexual autonomy*”, “Conditional Consent and Purposeful Deception”, in *The Journal of Criminal Law*, p. 182.

3. Dissentimento expresso

O movimento “não é não” surge nos Estados Unidos da América durante a década de 70 quando grupos de mulheres, por todo o país, decidem reunir-se em marchas e manifestações sob o lema “Take Back the Night”⁴¹⁸ e com o slogan “no means no”⁴¹⁹. Este slogan servia para transmitir a mensagem de que a força/violência não poderia ser pressuposto-base para a lei penal determinar que um ato contra a *vontade* da vítima era violação⁴²⁰.

Deste slogan surge uma corrente doutrinal, alicerçada nestes movimentos feministas do século XX, que veio realçar que a recusa expressa de uma pessoa à prática de um ato sexual deverá ser respeitada pela parte oposta, caso contrário, a conduta poder-se-ia subsumir num crime sexual⁴²¹. Se as normais penais sexuais objetivam uma proteção da *liberdade sexual negativa*, então a expressão verbal de um “não” seria condição necessária e suficiente para demonstrar à parte contrária que a pessoa não queria realizar aqueles atos, daí que, se mesmo assim a parte contrária persistisse e não tivesse em conta a manifestação de vontade da vítima, então, aí a ação era penalmente desvaliosa. Desta forma, facilitar-se-ia a tarefa das mulheres em demonstrar que a vontade das mesmas era contrária à prática de determinados atos sexuais⁴²².

Esta recusa poderia ser expressa não só verbalmente, mas também através de gestos, posturas ou comportamentos inequívocos (por exemplo, afastando o outro, chorando, tentando sair, etc.). Daí que a lei penal não tenha a necessidade de fazer a seguinte pergunta: “Porque é que a vítima não fez mais do que dizer não?”⁴²³. Neste sentido, TATJANA HÖRNLE refere que a abordagem tradicional se baseava em culpar apenas os infratores que impediam a fuga ou as resistências físicas com força ou ameaças. Mas o cerne do ilícito consiste na recusa em respeitar o direito à *liberdade sexual negativa* e não nas ameaças ou na violência

⁴¹⁸ Para mais desenvolvimentos sobre este movimento, vide <https://takebackthenight.org/history/>.

⁴¹⁹ Vide ANDERSON, Michelle J., “Campus sexual assault adjudication and resistance to reform”, in *The Yale Law Journal*, p. 1950.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*.

⁴²¹ Neste sentido, PEDRO CAEIRO afirma que a “incriminação construída sobre o puro *dissentimento* leva a que a ação proibida se reconduza aos *atos sexuais propriamente ditos*”, *ob. cit.*, p.23.

⁴²² Cf. SCHULHFER, Stephen J., *ob. cit.*, p. 70.

⁴²³ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, p. 129.

como tal. As ameaças ou a violência apenas aumentam a gravidade do crime como circunstâncias agravantes e não como constitutivas para a existência do crime”⁴²⁴.

Neste seguimento, abre-se espaço para uma pergunta que é pertinente para a análise deste modelo: que deveres as pessoas têm umas com as outras, antes e durante os seus encontros sexuais? Para os defensores desta perspectiva, a regra é simples: basta ouvir o veto/*dissentimento* expressado pela outra parte e parar⁴²⁵.

Este modelo funciona corretamente quando é possível ver a “fotografia” do encontro sexual como um momento estático, sem interferências ou problemas em segundo plano⁴²⁶, *i.e.*, A penetra B, depois de B dizer que não pretende que tal aconteça. No entanto, as dinâmicas da interação sexual, normalmente, são bastante mais complexas. Por exemplo, B poderá, enquanto diz que não, despir-se e fazer o que A lhe pede para fazer ou, por outro lado, gesticular no sentido de se afastar de A⁴²⁷.

Assim, conclui-se que, na perspectiva deste modelo, os casos em que a vítima participa voluntariamente na relação sexual sem assentir ou contradizê-lo expressamente não são, em princípio, puníveis. Apenas a contradição expressa, verbal ou física, representa o limite decisivo entre o ato lícito e o ato ilícito, não sendo necessário defender ativamente o bem jurídico em causa. Ou seja, não há necessidade de a vítima resistir fisicamente e de forma consistente ao ato sexual que lhe é imposto⁴²⁸.

No entanto, esta conceção, atualmente, na comunidade jurídica, já não tem a preponderância que tinha nos finais do milénio passado, tendo vindo a perder espaço para outras conceções doutrinárias, muito devido às várias críticas apresentadas a este modelo, que outrora se estabelecia com visionário e progressista.

Em primeiro lugar, e apesar da sua simplicidade e aparente razoabilidade, os defensores do “não é não” têm visto a sua tarefa bastante dificultada, uma vez que precisam de combater uma perspectiva⁴²⁹, bem latente na sociedade, de que uma mulher que diga “não”, por vezes,

⁴²⁴ *Idem, ibidem.*

⁴²⁵ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “Rape as non-consensual sex”, p. 299.

⁴²⁶ Cf. SCHULHFER, Stephen J., *ob. cit.*, p. 72.

⁴²⁷ *Idem, ibidem.*

⁴²⁸ Cf. EISELE, Jorg, “Zur Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem*, p. 958.

⁴²⁹ Em nosso entender uma perspectiva errada e com cariz machista.

quer dizer sim⁴³⁰; para parte significativa da sociedade contemporânea a rejeição verbal de uma mulher não cria um obstáculo à realização do ato sexual, *i.e.*, não constitui, por si só, um caso de violação⁴³¹, faz antes parte do jogo de sedução em que a mulher finge não querer, mas depois acaba por ceder, tornando assim mais aliciante toda a teia em volta da relação sexual.

JORG EISELE considera que esta solução vai, por vezes, longe demais, uma vez que dizer expressamente "não", poderá não ser motivo de punição: "caso contrário, seria punível, por exemplo, se o marido chegasse em casa e recusasse um pedido sexual da esposa, dizendo que estava cansado, mas acabasse por ter as relações sexuais na mesma"⁴³². Conclui o autor que uma solução tão restrita como a do "não é não" levaria à responsabilidade criminal da esposa, mesmo não tendo havido qualquer ofensa à *liberdade sexual* do marido⁴³³.

Por outras vezes, de acordo com este autor, a exigência de uma contradição explícita não resolveria os problemas reais da exploração de situações forçadas, onde se presenciasse uma situação de coação. Por exemplo, nos casos dos chamados relacionamentos violentos, as perguntas insistentes "concordas, não concordas?" ou "não te opões, pois não?" são feitas, no entanto, com pendor passivo-agressivo e intimidatório, o que faz com que a vítima, sabendo que não consegue resistir, dificilmente negue ou rejeite o relação sexual que lhe é, indiretamente, imposta. Desta forma, parte das situações consideradas problemáticas não seriam cobertas por essa solução⁴³⁴. Neste mesmo sentido, também VERA RAPOSO nos alerta para estes casos e para não nos olvidarmos das "situações de consentimento ilusório da vítima, atormentada com a hipótese de brutalidade, que, por conseguinte, não é livremente manifestado, mas antes manipulado pelo terror"⁴³⁵. TATJANA HÖRNLE acrescenta que, por vezes, existem diversos e fortes indicadores de que o parceiro estava a sofrer – por exemplo, se o mesmo fica silencioso e estático, assemelhando-se mais a um cadáver do que a um ser

⁴³⁰ Cf. SCHULHFER, Stephen J., *ob. cit.*, p. 11.

⁴³¹ Cf. LITTLE, Nicholas J., "From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard" in *Rape Law*, p. 1322.

⁴³² Cf. EISELE, Jorg, *ob. cit.*, p. 958. Debruçamo-nos sobre esta questão no Ponto 1.1. do Capítulo III.

⁴³³ Cf. EISELE, Jorg, *ob. cit.*, p. 959

⁴³⁴ Cf. EISELE, Jorg, *ob. cit.*, p. 959.

⁴³⁵ Cf. RAPOSO, Vera, *ob. cit.*, p. 946.

humano vivo⁴³⁶. Consequentemente, com este modelo, há um limite das formas de expressão da contrariedade das vítimas⁴³⁷.

Conclui-se, assim, que este modelo de incriminação alicerçado no *dissentimento expresso* da vítima, não faz justiça à preocupação por uma melhor proteção da *liberdade e autodeterminação sexual* que seus proponentes pretendem alcançar.

⁴³⁶ Cf. HÖRNLE, Tatjana: *últ. ob. cit.*, p. 300.

⁴³⁷ Cf. GARDVING, Sofia, in *Consent in rape law – A comparison of three models*, p. 31

4. Vontade cognoscível da vítima

O modelo da *vontade cognoscível da vítima* é o modelo de incriminação mais comum entre os Ordenamentos Jurídicos que foram analisados, sendo adotado pelos legisladores Alemão, Sueco e, agora, também pelo Português. E resulta de uma interpretação mais progressista do anterior paradigma, muito embora o campo de aplicação da incriminação deste novo modelo seja mais abrangente, com vista a uma valorização e maior salvaguarda dos direitos individuais de cada cidadão.

O primeiro Ordenamento Jurídico a adotar este modelo foi o Germânico, com a Reforma de 2016, onde o artigo 177º do Código Penal Alemão estabeleceu, no número 1, o conceito de *vontade cognoscível da vítima*.

Em sentido semelhante, o Código Penal Sueco, em 2018, instituiu o mesmo modelo de incriminação, integrando um novo termo jurídico, com significado idêntico ao da *vontade cognoscível da vítima*: a “livre vontade”.

Portugal, já em 2019, parece adotar, igualmente, este modelo, ao aditar um n.º 3 aos artigos 163º e 164º, com o intuito de determinar e suprir as dúvidas relativas ao significado do termo *constrangimento*: “qualquer meio empregue para a prática de um ato sexual contra a vontade cognoscível da vítima”. No entendimento de JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, o novo paradigma dos crimes sexuais, em Portugal, estabelece que “o cerne do crime de coação sexual (e de violação) é impor uma conduta sexual à vítima, apesar da *cognoscibilidade*, no sentido de que tal não correspondia à sua vontade (ou de que não estava capaz de exprimir a sua vontade). É a (ausência) de vontade da vítima o fulcro do ilícito. Já a gravidade dos meios usados serve para exponenciar a ilicitude (n.º2)”⁴³⁸.

Tendo por base estes três ordenamentos jurídicos, teremos, de seguida, que compreender a génese deste modelo, que nos últimos anos tem ganho popularidade, tanto na doutrina, como para os legisladores dos vários países europeus.

⁴³⁸ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2019) p. 55. Não obstante, como já referimos anteriormente, não podemos concordar com a ideia de que “é a (ausência) de *vontade* da vítima o fulcro do ilícito”, visto que não é a falta de *vontade* (ou ausência de *vontade*) que é penalmente relevante, mas sim a *vontade contrária cognoscível*.

Todos os três ordenamentos jurídicos reconhecem que o *consentimento* (*/assentimento*) é uma expressão da vontade⁴³⁹, e, por conseguinte, todos reconhecem que a comunicação, no âmbito das relações sexuais, é importante, senão mesmo fundamental para a consciencialização, por parte dos intervenientes, da vontade (favorável ou contrária) das partes.

Neste sentido, na lei alemã, a descrição da ofensa central exige que a *vontade contrária* seja *cognoscível*, e consagra, implicitamente, que a comunicação do ofendido é de importância central para reconhecer a *cognoscibilidade* da sua vontade⁴⁴⁰. O mesmo acontece no caso português, que com a manutenção do conceito *constrangimento* o legislador, embora também de forma implícita, “pretendeu assinalar uma opção pelo modelo do *dissentimento*, afastando um modelo do *consentimento*”⁴⁴¹. Por último, o direito sueco vai mais além, visto que esta exigência de comprovação da comunicação se encontra estipulada numa cláusula que dá, expressamente, particular consideração, quando manifestação de “não livre vontade” é expressada por palavras, ações ou outras formas de negação.

Esta perspetiva dos crimes sexuais – onde o foco principal se estabelece na *cognoscibilidade da vontade da vítima* – para PEDRO CAEIRO, assenta num “padrão do homem médio colocado na posição do agente”⁴⁴². Acrescentando que “apesar da sua evidente conotação com o tipo subjetivo negligente, este elemento pertence ainda, *exclusivamente*, ao tipo objetivo, na medida em que define (e estreita) a vontade tipicamente relevante”⁴⁴³.

Continua o autor dizendo que “a exigência de cognoscibilidade do *dissentimento* permite neutralizar num estágio precoce casos que, com muita probabilidade, terminariam

⁴³⁹ *Vide supra* Ponto 2.1. do Capítulo III.

⁴⁴⁰ Cf. HÖRNLE, Tatjana, *últ. ob. cit.*, p. 129.

⁴⁴¹ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *últ. ob. cit.*, p. 55.

⁴⁴² Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 19. Em sentido contrário, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA CUNHA considera que não devemos utilizar o critério de *homem médio*, mas sim o da *pessoa razoável*, na esteira do que nos ensina TAIPA DE CARVALHO (intervenção efetuada durante a ação de formação contínua tipo A, intitulada “Crimes Sexuais”, realizada no dia 17 de fevereiro de 2020, no âmbito da formação contínua 2019/2020, no Centro de Estudos Judiciais).

⁴⁴³ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 19. Ponto último este, que é bastante relevante, pois o termo cognoscibilidade poderá dar azo a uma interpretação direcionada para a negligência, no entanto, como nos afere o artigo 13º do Código Penal Português, “só é punível o facto praticado (...) nos casos especialmente previstos na lei, com negligência” e, por decorrência do Princípio da Tipicidade, os crimes de coação sexual e violação.

com uma absolvição por erro relevante sobre a factualidade típica: se o *dissentimento* não era cognoscível pela generalidade das pessoas, por que haveria de sê-lo pelo agente? Reversamente, quando se prove a cognoscibilidade objetiva do *dissentimento*, a alegação do erro sobre a factualidade típica terá bastante menos possibilidades de êxito⁴⁴⁴.

Por outro lado, e contrariamente aos primeiros dois modelos, que se focavam, maioritariamente, na ação do agente e no comportamento deste, esta perspectiva dos crimes sexuais assenta numa conduta parcialmente diferente, pois centra-se na *cognoscibilidade*, por parte do agente, do *dissentimento* da vítima.

Desta feita, este modelo transporta, com ele, uma nova realidade jurídica, através da tutela dos casos, não só, os que já eram abrangidos pelo modelo do *dissentimento expresso* – ou seja, as hipóteses em que a vítima expressa a sua *vontade oposta* através de palavras, gestos, comportamentos ou expressões corporais –, mas também, os casos em que as circunstâncias envolventes corroboram a *vontade contrária* da mesma. Por outro lado, tutela igualmente, os casos em que o “não”, não foi expressado, por ser evidentemente impossível para o ofendido, por exemplo, porque o ataque havia sido realizado com extrema rapidez e sem que nada o fizesse prever.

Não obstante, surgem algumas dificuldades e objeções a este modelo.

O primeiro obstáculo manifesta-se na participação ativa da vítima, por exemplo, quando a mesma se despe, a pedido do “agressor”, e chora um pouco enquanto o faz. Nestes cenários, ter-se-á de examinar, cuidadosamente, se o parceiro sexual acusado reconheceu ou não a mudança de opinião da vítima⁴⁴⁵. Ou seja, existe a possibilidade de a vítima, tanto demonstrar uma *vontade contrária*, como uma *vontade favorável* na prática dos mesmos atos sexuais. Deste modo, e não podendo o legislador definir quais os comportamentos da vítima que se poderão subsumir no conceito de *cognoscibilidade*, esta função partirá da iniciativa dos tribunais através da análise do caso concreto e observando as circunstâncias únicas e exclusivas do mesmo.

O segundo problema consubstancia-se nos limites da objetividade, *i.e.*, as inferências como “nessas circunstâncias a mulher (ou o homem) não queria isso”, que é propenso a cores

⁴⁴⁴ *Idem*, pp. 19 e 20.

⁴⁴⁵ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes (...)”, in *Abschlussbericht (...)*, p. 1020.

subjetivas⁴⁴⁶. Relativamente a este ponto, realça, TATJANA HÖRNLE, que esta questão poderá ser contornada se o termo *cognoscível* assentar apenas numa base de um comportamento comunicativo real da vítima. No entanto, esta conceção de *cognoscibilidade* levaria a que não se adotasse o modelo em análise, mas sim o do *dissentimento expresso*.

Por último, PEDRO CAEIRO realça-nos, ainda, um terceiro problema – conexo com o segundo –, de que o conceito *vontade cognoscível da vítima* poderá promover “processos onde não existem indícios mínimos da oposição do/a queixoso/a e, dessa forma, uma possível vitimização secundária sem propósito – pois tais processos terminam muitas vezes com absolvições fundadas no *in dubio pro reo*, após a sujeição da (alegada) vítima a alegações humilhantes sobre o seu passado ou sobre as razões da não exteriorização do *dissentimento*”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ *Idem, ibidem*. Neste sentido, refere PEDRO CAEIRO que a doutrina alemã “tem criticado certas dimensões deste dispositivo, apelidando de ‘mistério’ o motivo pelo qual a punibilidade da conduta há-de depender da *vontade contrária cognoscível*, quando o agente *tem, de qualquer modo, de representar a recusa interna* do ato da vítima, nos termos do § 15 do StGB (para a afirmação do dolo)”, *ob. cit.*, p. 19.

⁴⁴⁷ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 19.

5. Consentimento/Assentimento afirmativo

A resposta à pergunta “que tipo de comunicação ser requer para a prática de um ato sexual?” faz surgir dois pontos de vista contrastantes. Por um lado, o modelo do veto ou do *dissentimento* (“*no means no*”) e, por outro, o modelo do *consentimento afirmativo* (“*only yes means yes*”). Dependendo do modelo escolhido, as comunicações podem assumir variadas formas: palavras, gestos, participação ativa nas atividades sexuais, entre outros⁴⁴⁸.

As diferenças entre estas duas perspetivas tornam-se mais relevantes se a pessoa se mantiver em silêncio, passiva ou submissa, antes e durante o encontro sexual⁴⁴⁹. Defensores do modelo do *consentimento afirmativo* irão afirmar que a falta de *consentimento* expresso estabelece que a parte contrária cometeu um crime sexual. Pelo contrário, os defensores do modelo do *dissentimento*, consideram que o silêncio de *per si* não é suficiente para subsumir a conduta da parte contrária num crime sexual.

Como afirmam JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, a diferença entre o modelo do *dissentimento* e o modelo do *consentimento/assentimento* é “substancial. É que no primeiro caso deverá provar-se que o ato sexual existiu *contra a vontade da vítima*. No segundo existe crime quando não existiu um *consentimento expresso da vítima*”⁴⁵⁰.

Visto que, a primeira perspetiva já foi devidamente abordada⁴⁵¹, é, agora, neste segundo modelo que nos iremos debruçar, com vista a compreender a sua estrutura e pressupostos.

De acordo com a lei n.º 967, capítulo 748, do Estado de Califórnia⁴⁵² – que estabeleceu que todas as instituições de ensino superior deveriam incorporar o modelo do *consentimento afirmativo* nos seus normas disciplinares –, “o *consentimento afirmativo* significa um acordo afirmativo, consciente e voluntário para as partes se envolverem na atividade sexual. É responsabilidade de cada pessoa envolvida na atividade sexual garantir o *consentimento*

⁴⁴⁸ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “Rape as non-consensual sex”, p. 298.

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁵⁰ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentário ao artigo 163º”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual* (2019) p. 52.

⁴⁵¹ *Vide supra* Ponto 3. do presente Capítulo.

⁴⁵² Foi no Estado da Califórnia que este modelo foi desenvolvido e aplicado pela primeira vez para universidades e instituições de ensino superior, no Estados Unidos da América – para mais desenvolvimentos *vide* <https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2015/10/13/why-we-made-yes-means-yes-california-law/>, consultado a 24 de março de 2020. De acordo com um estudo de 2011, realizado por JOHN F. DECKER e PETER G. BARONI, já outros 27 Estados regulam as suas disposições penais sexuais segundo este modelo. Cf. “‘No still means yes’: The failure of the ‘non-consent’ reform movement in American rape and sexual assault law”, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, pp. 1086 a 1088.

da(s) parte(s) contrária(s) para a atividade sexual. A falta de discordância ou de resistência não significa *consentimento*, nem silêncio significa *consentimento*. O *consentimento afirmativo* deve ser sempre expressado durante toda a atividade sexual e poderá ser revogado a qualquer momento. A existência de um relacionamento de namoro entre as partes envolvidas, ou o facto de existirem relações sexuais anteriores entre estas, não pode, por si só, ser assumido como um indicador de *consentimento*⁴⁵³.

Assim, para este modelo, a noção de mera passividade ou aquiescência à vontade da parte contrária não constitui uma permissão significativa para a iniciação da atividade sexual. Para que o *consentimento/assentimento* seja valorado, o mesmo deverá ser ativo, *i.e.*, as partes deverão comunicar, expressamente, a sua aceitação, antes que a parte contrária inicie a relação sexual. Deste modo, as “regras do *consentimento* afirmativo proporcionam ‘uma maior clareza para ambos os parceiros’⁴⁵⁴.

Os defensores desta perspetiva consideram que os corpos e a *liberdade sexual* das pessoas não estão geralmente disponíveis a contactos sexuais, o que obriga a que verifique um *consentimento afirmativo* para haver uma expressão da vertente positiva deste bem jurídico. Isto pressupõe, no entanto, um dever de monitorizar as reações dos outros e avaliar as suas expressões faciais e a linguagem corporal. Tem de haver, por parte dos intervenientes, uma precaução e cuidado para compreender os limites da *liberdade sexual positiva*. Tal dever pode ser justificado como um dever moral se houver por trás uma relação amorosa e um cuidado mútuo⁴⁵⁵.

Não obstante, o significado de *consentimento/assentimento afirmativo*, não é uniforme e poderá variar consoante o seu entendimento seja restritivo (através de um contrato escrito⁴⁵⁶) ou, pelo contrário, seja abrangente (“qualquer comportamento ou as próprias circunstâncias envolvidas podem transmitir um acordo”⁴⁵⁷). Tendo estas conceções como

⁴⁵³ 2014 Cal. Stat. ch. 748 (S.B. No. 967) *apud* TUEBKHEIMER, Deborah: “Rape on and off campus”, in *Emory Law Journal* (2015), p. 10.

⁴⁵⁴ Cf. ANDERSON, Michelle J.: *ob. cit.*, p. 1978.

⁴⁵⁵ Cf. HÖRNLE, Tatjana *últ. ob. cit.*, p. 299.

⁴⁵⁶ É o modelo mais restritivo do *consentimento/assentimento afirmativo*, exigindo que as partes celebrem um contrato que fique devidamente assinado, autenticado (por notário) e copiado em triplicado e que contenha todos os trâmites necessários para uma real, evidente e clara aceitação das partes envolvidas para a prática de determinados atos sexuais. Para mais desenvolvimentos *vide* GRUBER, Aya, “Consent Confusion”, in *Cardozo Law Review*, pp. 431 e 432.

⁴⁵⁷ Em oposição ao modelo anterior, esta perspetiva tem um entendimento muito lato do *consentimento/assentimento afirmativo*, considerando-o presente sempre que seja *cognoscível* perceber que as

limites, podemos, ainda, encontrar um espectro de outras formulações de *consentimento/assentimento afirmativo*, como por exemplo: o “sim entusiasta”⁴⁵⁸; o “sim verbal”⁴⁵⁹; “parar, procurar e obter permissão”⁴⁶⁰; ou “palavras e/ou condutas que clara e contemporaneamente transmitem a aceitação”⁴⁶¹. Para efeito do presente trabalho, apenas nos centraremos nas perspectivas que se encontram nas extremidades. A primeira perspectiva tem em especial consideração as vítimas, mas poderá ser entendida, por um lado, como uma forma de regular e intervir nas atividades sexuais das partes e, por outro lado, como uma forma de colocar um ónus da prova no arguido, violando-se assim a presunção de inocência. Em sentido manifestamente oposto, a segunda conceção permite as mais amplas formulações englobando, tanto as palavras, como condutas, comportamentos, gestos ou mesmo omissões que estabeleçam que a vítima havia dado o seu *assentimento afirmativo*.

A nosso ver, a primeira conceção é caracterizadora de um Direito Penal manifestamente intervencionista na vida sexual e privada dos cidadãos, acabando por interferir no mais ínfimo e insignificante caso, de onde se poderão extrair as mais nefastas consequências penais. Já a segunda perspectiva, tal como considera AYA GRUBER, “formulações tão amplas

partes envolventes pretendem praticar determinado ato. Nesta linha de pensamento, qualquer ato, comportamento, expressão verbal ou mesmo as próprias circunstâncias envolventes podem permitir às partes uma interpretação de aceitação da parte contrária para a prática de um ato sexual. Para mais desenvolvimentos *vide* GRUBER, Aya, *ob. cit.*, pp. 432 e 433.

⁴⁵⁸ (tradução grosseira). Segundo esta perspectiva, o “sim” deverá ser considerado um “não”, a menos que o mesmo seja expressado com entusiasmo, *i.e.*, que se realize um acordo positivo, inequívoco e voluntário para as partes se envolverem numa atividade sexual específica. Neste seguimento, a Universidade de Yale, considera que o “*consentimento* não pode ser inferido pela ausência de um ‘não’, terá, antes, que existir um claro ‘sim’, verbal ou não”, disponível em <https://summer.yale.edu/sites/default/files/files/Handbooks%20-%20Policies/Preventing%20and%20Responding%20to%20Sexual%20Misconduct.pdf>, consultado a 19 de abril de 2020. Desta conceção resultou o slogan “hold out for enthusiasm”. Para mais desenvolvimentos *vide* GRUBER, Aya, *ob. cit.*, pp. 432 e 433.

⁴⁵⁹ Considerado o modelo-base de todo o movimento “yes means yes”, a perspectiva “sim verbal” assenta na premissa de que o *consentimento/assentimento* apenas se demonstra com a expressão verbal, por ambas as partes, de uma palavra específica, o “sim”. Modelo escolhido pelo estado de Nova Iorque, em 2015. De acordo com o governador Andrew Cuomo (governador de Nova Iorque à data) “a outra pessoa tem de dizer sim. É ‘sim’ em ambos os lados”, disponível em <https://www.npr.org/2015/07/08/421225048/campuses-consider-following-new-yorks-lead-on-yes-means-yes-policy>, consultado a 19 de abril de 2020. Para mais desenvolvimentos *vide* GRUBER, Aya, *ob. cit.*, p. 433.

⁴⁶⁰ A abordagem “parar e perguntar” aparece frequentemente nas políticas universitárias dos estados unidos e coloca a obrigação legal de o proponente sexual interromper a interação sexual e procurar expressamente a permissão (obtendo um “sim” ou um seu equivalente, como por exemplo, um gesto) para um ato sexual específico. Este foi o modelo escolhido, por exemplo, pelo estado de Califórnia. Para mais desenvolvimentos *vide* GRUBER, Aya, *ob. cit.*, pp. 433 a 435.

⁴⁶¹ Segundo esta conceção, as partes não necessitam de recorrer a “palavras mágicas” ou ao processo “parar e perguntar”, não obstante, exige que ocorra uma aceitação clara, específica e contemporânea em relação a determinado ato sexual, por ambos os intervenientes. Esta aceitação poderá assumir as mais variadas formas, havendo divergências doutrinárias relativamente a saber quais os contactos sexuais que podem demonstrar esta aceitação. Para mais desenvolvimentos *vide* GRUBER, Aya, *ob. cit.*, pp. 436 a 438.

que permitem que qualquer palavra, conduta ou omissão estabeleçam um *consentimento afirmativo* não são uma grande reforma”⁴⁶².

A conceção adotada, tanto pelo Ordenamento Jurídico Irlandês, como pelo Inglês⁴⁶³, não é tão restritiva como o primeiro modelo, no entanto, também não é tão abrangente quanto a segunda perspectiva. Assim, consideramos que a conceção adotada pelos legisladores inglês e irlandês é a das “palavras e/ou condutas que clara e contemporaneamente transmitem a aceitação”⁴⁶⁴. Para além de escolha idêntica do modelo de incriminação, estes países também têm em comum facto de estatuírem, nas suas legislações, expressamente, os conceitos de *consentimento afirmativo* como uma “aceitação, por vontade própria, livre e voluntária, para praticar um determinado ato sexual”⁴⁶⁵.

Porém, à semelhança dos restantes modelos, esta perspectiva é igualmente passível de ser criticada, principalmente, devido, por um lado, às suas insuficiências e, por outro, à intervenção penal em ações que não revistam um mínimo de gravidade penal.

Talvez os simpatizantes desta perspectiva “*sim é sim*” considerem que assim se facilitará todo o processo de condenação (nomeadamente a nível da prova) quanto à prática de determinados atos sexuais em que a *vontade* da vítima é contrária à sua realização. No entanto, como nos adverte KATHLEEN A. BOGLE, o problema é que este modelo não resolve

⁴⁶² *Idem*, p. 430.

⁴⁶³ De acordo com TATJANA HÖRNLE, o *consentimento* parece ser entendido, pelo legislador inglês, como um “mental state” – *vide supra* Ponto 2.1., Capítulo III – (no entanto, como afere COWAN, Sharon, o diploma *Sexual Offences Act 2003* “pode ser visto como uma aproximação ao modelo da comunicação da sexualidade, por assumir que os passos dados pelas partes são baseadas em alguma forma de expressão de comunicação entre as mesmas”, “‘Freedom and capacity to make a choice’ – A feminist analysis of consent in the criminal law of rape”, in *Sexuality and the law, feminist engagements*, p. 62). De acordo com a interpretação da primeira autora, “o fator decisivo é o que a vítima realmente queria, enquanto a pergunta sobre o que eles comunicaram só aparece como uma questão de prova, como um indicador do estado mental interno relevante.”, “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, p. 128. Acrescenta ainda a autora que a palavra *consentimento*, como elemento objetivo do crime, traz com ela desvantagens. “Como o conceito de *consentimento* é complicado e ambíguo, essa escolha legislativa tem o efeito de deixar a definição de irregularidade principalmente para os tribunais”. “Rape as non-consensual sex”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 300.

⁴⁶⁴ Neste sentido, o Dublin Rape Crisis Center considera que “quando se trata de atividade sexual, o consentimento deve ser um acordo voluntário (...) este acordo pode ser verbal ou não, mas deve ser concedido livremente por indivíduos capazes de consentir”. Excerto disponível em <https://www.drcc.ie/get-informed/policy-publications/about-consent/>, consultado a 19 de abril de 2020.

⁴⁶⁵ De acordo com SUSAN LEAHY, “Sexual Offences Law in Ireland: Countering Gendered Stereotypes in Adjudications of Consent in Rape Trials”, in *Law and Gender in Modern Ireland: Critique and Reform*, “a definição positiva (de consentimento) que estabelece os requisitos para um *consentimento* válido deve mudar o foco dos julgamentos relativos a crimes sexuais passando a procurar identificar se os elementos (vontade própria, livre e voluntária) estão presentes, em vez de procurar sinais de não consentimento (por exemplo, força, fraude ou incapacidade da vítima).”, p. 11.

a questão do “ele disse, ela disse”, inerente a muitos casos de crimes sexuais. Em vez de o agente do crime afirmar: “ela nunca disse não”, poderá, perfeitamente, alegar: “ela disse que sim”⁴⁶⁶, mantendo-se, desta feita, a dúvida de qual a palavra que terá mais peso no juízo final⁴⁶⁷.

Para além de não atingir o resultado pretendido, *i.e.*, punir todas as condutas onde não existe *assentimento*, poderá, igualmente, reconfigurar a estrutura legal destes ilícitos. Neste sentido, PEDRO CAEIRO refere que “adicionar ao tipo a exigência da prestação de um “consentimento” positivo, como mecanismo de delimitação do risco proibido (“*only yes means yes*”), significaria transformar os crimes sexuais em crimes de perigo abstrato e ignorar que a todos incumbe um ónus mínimo de auto-proteção dos próprios interesses (no caso, exteriorizar o *dissentimento*)”⁴⁶⁸.

Por sua vez, a qualidade da relação sexual poderá ser definida pelo estado psicológico dos intervenientes, como os níveis de paixão ou euforia, o que não implica que exista um dominante (normalmente associado ao sexo masculino) e um dominado (habitualmente relacionado com o sexo feminino), mas sim que se “feche os olhos e se recue para o reino do prazer físico”⁴⁶⁹. E a imposição de ficar, constantemente, em sintonia e concentrado nas reações e expressões da parte contrária interfere na qualidade de toda esta experiência sexual⁴⁷⁰. Não significa isto que se aceitam todas e quaisquer ofensas à integridade física, ameaças ou meios ludibriosos que possam diminuir a liberdade de ação da pessoa, porém, está subjacente à própria *liberdade sexual*, uma livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, o que colide com as exigências deste modelo, principalmente, nos casos genuinamente ambíguos em que o recurso à palavra “não” se bastará para cessar o ato e fazer compreender a parte contrária da sua posição.

⁴⁶⁶ Cf. BOGLE, Kathleen A., in ‘Yes Means Yes’ Isn’t the Answer, disponível em <https://www.chronicle.com/article/Yes-Means-Yes-Isn't-the/149639/>, consultado em 28 de dezembro de 2019.

⁴⁶⁷ Acrescenta ainda a autora que “embora os estudos sugiram que a esmagadora maioria das pessoas que alegam ter sido agredidas sexualmente digam a verdade, ainda deverá haver determinadas salvaguardas para proteger o arguido, como existem para qualquer outro crime”, *idem, ibidem*.

⁴⁶⁸ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 46. Em sentido concordante, JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO: “o modelo do *consentimento*, segundo o qual para a existência do ilícito bastaria o facto de a vítima não ter expressado o *consentimento* ao ato [presunção de ausência de vontade que desembocaria num crime de perigo abstrato abrangendo, por exemplo, as situações de indecisão, muito longínquo da tutela da *liberdade sexual* e, como tal, em colisão com o artigo 18º, n.º 2 da CRP.]”

⁴⁶⁹ Cf. HÖRNLE, Tatjana: *últ. ob. cit.*, p. 299.

⁴⁷⁰ *Idem, ibidem*.

Por último, encontra-se uma outra dificuldade deste modelo, que se consubstancia nas incertezas quanto ao conteúdo das diretrizes impostas pela mesma. *I.e.*, quando e com que frequência deverá ser dado este *consentimento expesso*? E quando o ato sexual se modificar⁴⁷¹? E nas situações de ambiguidade, onde ambas as partes envolvidas dão sinais, por um lado, desencorajadores e, por outro, encorajadores, qual a posição que deve ser tomada⁴⁷²? Relativamente a esta última pergunta, PEDRO CAEIRO alerta-nos para as diferenças entre esta perspectiva e o modelo do *dissentimento*. “Uma construção assente no *dissentimento* negará o crime sexual, ao passo que outra baseada no *consentimento* o afirmará”^{473;474}.

Concluimos a análise desta perspectiva com uma frase de TATJANA HÖRNLE, “as normas penais deverão ser formuladas de maneira a tornar os seus requisitos tão claros e fáceis de seguir quanto possível. E um modelo como o do *consentimento afirmativo* apenas se criam dificuldades interpretativas, tanto para os aplicadores da lei, como para os próprios cidadãos”⁴⁷⁵. Sendo que “os cidadãos devem encontrar o máximo de orientação possível na lei”⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ Esta questão encontra relevo no facto de que a parte poderá estar a fim de praticar determinados atos e, por isso, poderá dar expressamente o seu *assentimento*, mas, poderá não querer avançar daquele patamar. A pergunta que se coloca é se, de acordo, com este modelo, terá de haver novo *consentimento expesso* para praticar este ato, quer a parte contrária o queira ou não praticar?

⁴⁷² Cf. HÖRNLE, Tatjana: *últ. ob. cit.*, p. 300.

⁴⁷³ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 16. Para uma melhor compreensão, o autor dá um exemplo prático. “Suponhamos que A e B se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de A. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. B, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de actos sexuais. A percebe que B se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir B, embora esteja disposto a parar se B assim o desejar. Nesse momento, B decide que não quer manter práticas sexuais com A, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa”. Continua o autor. “À luz de um modelo de “consentimento”, a execução consiste na prática de actos sexuais em que a vítima não consente positivamente. Ora, começar a despir a vítima é seguramente um acto de execução da coacção sexual ou da violação, pelo que A teria cometido uma tentativa de coacção sexual / violação, dado que o tipo subjectivo (também) se encontrava preenchido: A representou que não existia, da parte de B, uma disposição favorável positiva, mas sim um estado de indecisão, e assumiu o risco ao prosseguir com a conduta. Por outro lado, não há desistência relevante, porque B abandonou inopinadamente o espaço e A ficou impossibilitado de prosseguir com a execução. Punir este caso como tentativa de violação seria, a nosso ver, inadequado e desproporcional, porque não existe desvalor de acção nem perigo para o bem jurídico: A pretende ter relações sexuais com B, mas nunca contra a sua vontade, ou seja, de forma “não consensual”, *idem*, pp. 16 e 17.

⁴⁷⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁷⁵ Cf. HÖRNLE, Tatjana: *últ. ob. cit.*, p 301.

⁴⁷⁶ *Idem, ibidem*.

Capítulo V – Posição adotada

Nas últimas 2/3 décadas, nos sistemas jurídico-penais europeus, constatou-se uma maior sensibilidade e preocupação relativamente à liberdade e autodeterminação sexual de cada pessoa. Esta nova conceção dos crimes sexuais pode ser vista, em grande parte, como um enorme sucesso dos movimentos feministas^{477;478}, que batalharam, na linha da frente, rumo a uma igualdade de género imperativa nas sociedades contemporâneas.

Como já se discorreu, o objetivo primordial, neste âmbito, cinge-se na demanda em encontrar a fronteira entre as condutas lícitas e as ilícitas. Com uma visão mais expansionista/intervencionista ou, pelo contrário, assente na natureza fragmentária e de *última ratio* do Direito Penal, é nesta demarcação/delimitação que toda a querela aqui discutida se inicia e termina.

Como firma a ASJP, “ninguém duvidará que numa sociedade de corte liberal o *consentimento* e sua quebra são as pedras de toque do relevo criminal das condutas sexuais. Ninguém duvidará, além disso, que o *consentimento* para o ato sexual, melhor, a aferição dele, não é matéria que em geral se possa dilucidar com a clareza que em muitos outros domínios da vida cabe esperar. Trata-se de uma área que releva da esfera nuclear da personalidade humana, singularmente íntima, e em que aquele *consentimento* é fenomenologicamente marcado, muitas vezes, por formas de expressão tácita da vontade”⁴⁷⁹.

E, neste sentido, é na falta de acordo e na *vontade contrária* de uma das partes que se sustenta o elemento central destes ilícitos típicos. Deste modo, urge imperativo encontrar um critério para definir, abstratamente, onde se situa a *supra* aludida fronteira. Sendo imprescindível compreender os diversos modelos de incriminação para conseguir escolher aquele que melhor se poderá adequar ao nosso sistema jurídico-penal.

⁴⁷⁷ Cf. NELLES, Johanna: *ob. cit.*, p. 1165. Uma das grandes conquistas destes movimentos resume-se no abandono das concepções moralistas que vigoraram durante séculos nos sistemas jurídicos europeus.

⁴⁷⁸ Cf. CATHARINE A. MACKINNON é considerada, por muitos, como uma das mais importantes defensoras dos movimentos feministas da década de 70 do século passado com a sua obra *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*. A respeito dos crimes sexuais, entende a autora que o aparelho opressor e paternalista do Estado define, restringindo, os direitos das mulheres, nomeadamente ao nível da *liberdade sexual* de cada uma. Argumentando ainda que, o crime de violação se foca, principalmente, na definição que os homens consideram ser a sexualidade, em detrimento do que as mulheres igualmente experienciam, *ob. cit.*, p. 87.

⁴⁷⁹ Parecer elaborado pela ASPJ no âmbito do Projeto de Lei 1047/XIII/4ª “Alteração do Código Penal – Crime de Violação”, Janeiro de 2019, Gabinete de estudos e observatório dos tribunais, p. 2.

Relativamente ao modelo da *exigência de violência ou ameaça grave*, ou o modelo *força-resistência* é nosso entendimento que o mesmo não pode ser acolhido. Dado que, com os pressupostos por este requeridos, as condutas desvaliosas que permitem a intervenção do Direito Penal são reduzidas a um número bastante inferior às hipóteses onde se verifica uma ofensa, com suficiente dignidade penal, à *liberdade sexual negativa*. Esta perspetiva não se preocupa com as complexidades da realidade social, e, por isso, conceitualmente, falha, pois a inexistência de violência ou a incapacidade de resistência da vítima não são sinónimos de *assentimento*⁴⁸⁰. Para além disto, está associada, a esta conceção, a ideia de que a palavra do ofendido será sempre insuficiente para condenar o agente do crime⁴⁸¹, sendo necessária uma corroboração fáctica, através de violência ou ameaça grave, da *vontade contrária da ofendido*.

Daí que todos os restantes modelos abranjam um número bastante mais elevado de condutas desviantes em relação a esta primeira perspetiva ao estenderem (uns de uma forma mais ampla que outros) o grupo de potenciais ofendidos dos crimes de violação e de coação sexual. Nas palavras de KARL NATSCHERADETZ “a *liberdade sexual* reside pois no direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam”⁴⁸², não estando dependentes determinados meios típicos de *constrangimento* para se comprovar a efetiva realização do crime.

De igual modo, consideramos que o conceito *constrangimento* adotado até à Reforma de 2019 – e consequentemente, o modelo do mesmo –, por si só, não se bastará para acautelar todas as condutas penalmente desvaliosas onde o bem jurídico *liberdade sexual* é colocado em crise. Como sabemos, até setembro de 2019, a lei penal portuguesa punia, no n.º 2 dos artigos 163º e 164º, os casos em que, por meio não previsto no n.º 1, o agente do crime constrangesse a vítima a praticar determinados atos sexuais. Na ótica de MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA esta norma legal abrange os casos onde “tenha sido

⁴⁸⁰ Cf. HÖRNLE, Tatjana, “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, p. 127. JOAN MCGREGOR considera que é redundante que a lei exija simultaneamente o requisito da *força/violência* e o da *vontade contrária da vítima*, “fora os casos de sadomasochismo, a presença de *força* deverá implicar a ausência de *consentimento*, apesar de a ausência de *força* não implicar *consentimento*”, *Is it rape?: On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously (Live Questions in Ethics and Moral Philosophy)*, p. 48 *apud* GARDVING, Sofia, *in Consent in rape law – A comparison of three models*, p. 36.

⁴⁸¹ Cf. MICHELLE, J. Anderson,; *ob. cit.*, p. 1947.

⁴⁸² Cf. NATSCHERADETZ, Karl; *ob. cit.*, p. 142.

alegado aquele “*plus*” de força física, mas este não se prove”, pois “basta a prova do *dissentimento* ou de alguma forma de pressão sobre a vítima para a responsabilização penal (havendo culpa dolosa do agente, evidentemente)”⁴⁸³. No entanto, somos de opinião parcialmente contrária. De acordo com o já compreendido⁴⁸⁴, este número 2, efetivamente, tutela as situações onde a vítima é, de alguma forma, pressionada e coagida a praticar atos sexuais contra a sua *vontade*, mas pelo contrário, os casos onde apenas haja um puro *dissentimento* da vítima, sem qualquer meio de *constrangimento* por parte do autor, a nosso ver, não eram tutelados à luz da lei penal da época⁴⁸⁵. O que significa que, casos como os “ataques-surpresa” ou o designado *stealth* não eram abrangidos pela norma penal⁴⁸⁶, nem tão pouco os casos em que não é possível identificar os meios de *constrangimento*. Nestes casos, a vontade da vítima é efetivamente contrária à prática do ato sexual e as condutas dos infratores são manifestamente desvaliosas. Desta forma, consideramos que o modelo do *constrangimento* não deve ser acolhido, apesar de ser uma construção teórica que tutela um conjunto, já de si, bastante lato de casos – atrevido-nos mesmo a dizer que abarca a grande maioria das situações –. No entanto, existem outras perspectivas que, não se descurando da *fragmentariedade* e *ultima ratio* inerentes ao Direito Penal, são mais abrangentes e protetoras do bem jurídico em causa.

Por outro lado, o modelo do “*only yes means yes*” ou do *consentimento afirmativo* adota uma postura bastante radical, perfeccionista e utópica daquilo que deve ser uma relação sexual entre dois indivíduos. Segundo esta orientação, as partes envolvidas necessitariam de conhecer, detalhadamente, os fatores e factos envolventes e relevantes, para serem

⁴⁸³ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da: “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, (nota de rodapé), p. 141.

⁴⁸⁴ Vide *supra* Ponto 3. do Capítulo III.

⁴⁸⁵ No mesmo sentido, LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado frisam que “embora constranger pressuponha um ato contrário à vontade da vítima (...), não era ainda, apenas no dissenso da vítima para a prática do ato sexual de relevo, que se encontrava a fronteira da tutela criminal da violação da *liberdade sexual*”, in “Comentário ao artigo 163º”, *últ. ob. cit.*, p. 67.

⁴⁸⁶ Neste âmbito, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de julho de 2019, define *constrangimento* como “qualquer ato/processo intimidatório (ou de aproveitamento do *temor/intimidação* causado pelo agente) dirigido à ocorrência de um facto nocivo (para a vítima ou para terceiro), como é o caso, desde logo, da violência psíquica consubstanciada em ordens, ameaças *não graves* (uma vez que as ameaças graves, representando a forma mais concludente de violência psíquica, caem logo no âmbito do artigo 164º, n.º 1, sendo ainda certo que ‘as ameaças insignificantes não preenchem a área de tutela típica’) e, em geral, de qualquer situação de insegurança (mormente um ambiente *intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo*) adequada/idónea a atemorizar a vítima e que – impedindo-a de eficazmente resistir ou de livremente consentir”. Ou seja, logo se percebe que por detrás do *constrangimento* terá de haver um ato ou processo intimidatório.

competentes para os avaliar e decidir de forma devidamente equilibrada e serem capazes de afirmar a sua posição perante a parte contrária. Porém, na realidade, as pessoas quase nunca se conformam com este ideal. Tal como nos refere TATJANA HÖRNLE, a consciencialização dos factos acaba por ser bastante fragmentada e as decisões distorcidas e distanciadas da realidade e a grande maioria dos cidadãos acabam por ser vulnerável até às mais pequenas pressões de outros e das situações em que se encontram envolvidos⁴⁸⁷.

Outro contra-argumento preponderante, a nosso ver, para a rejeição deste modelo cinge-se na conceção de Direito Penal como *ultima ratio*, o que implica que apenas seja tutelada a *liberdade sexual* contra ações que revistam uma certa gravidade⁴⁸⁸. Contudo, esta perspetiva apela a um Direito Penal fortemente intervencionista e regulador das mais íntimas relações entre os seres humanos, impondo um ónus às partes envolvidas de, constantemente, perceber e compreender a vontade da parte contrária no seu pleno.

Por último, já foram referidas as grandes dificuldades interpretativas desta perspetiva que não se coadunam com o *princípio da tipicidade* (corolário do *princípio constitucional da legalidade*), onde a definição do tipo objetivo do crime deve ser delimitada com suficiente grau de certeza e, bem assim, de transparência.

Resta-nos, então, os modelos do *dissentimento*, *expresso* ou *cognoscível*.

Seguindo a linha de pensamento de PEDRO CAEIRO, “a tónica não deve ser posta na falta de *consentimento*, mas sim na do *dissentimento*. *I.e.*, é preciso que exista uma vontade contrária. (...) Todos os crimes sexuais exigem uma vontade contrária da outra pessoa, manifestada ou não, isso é outro problema. O que é preciso é que a pessoa não queira praticar. Só aí é que existe uma violência sexual”⁴⁸⁹. Exploraremos, então, esse “outro problema”.

O modelo do “não é não” ou do *dissentimento expresso* é o resultado de movimentos feministas, que tinham como intenção a denúncia e, conseqüente, derrogação da conceção machista de que a mulher era apenas um instrumento e um meio para um determinado fim. No entanto, este modelo, nos dias que correm, encontra-se desatualizado relativamente ao

⁴⁸⁷ Cf. HÖRNLE, Tatjana, *últ. ob. cit.*, p. 301.

⁴⁸⁸ Cf. NATSCHERADETZ, Karl: *ob. cit.*, p. 142.

⁴⁸⁹ Cf. intervenção de PEDRO CAEIRO na audição realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Transcrição do seguinte trecho temporal: 20:19 a 20:39, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=112563>.

contexto social atual. Ainda assim, o seu núcleo teórico-dogmático – que considera que os crimes sexuais se centram, pura e exclusivamente, na *vontade contrária da vítima* – serviu de alicerce para a construção do modelo *da vontade cognoscível da vítima*. De acordo com esta segunda perspectiva, a prática de um determinado ato sexual contra a *vontade cognoscível* (v.g. presumível) *da vítima* será o elemento típico central e crucial do ilícito. Ou seja, existe um *dissentimento* por parte da vítima, mas este poderá não ser expressado através de palavras, mas sim através do seu comportamento ou das suas ações (ou inações) ou, ainda, das próprias circunstâncias envolventes. Basta-se que os tribunais retirem do caso concreto que, à luz do *homem médio*, era cognoscível que a vontade do ofendido fosse contrária.

Porém, foram, anteriormente⁴⁹⁰, apontadas algumas dificuldades que merecem destaque: por um lado, a eventualidade de a vontade do ofendido poder ser representada, durante todo o ato sexual, tanto como contrária como favorável à prática do mesmo; por outro lado, as dificuldades interpretativas deste conceito de *cognoscibilidade*, que poderá ser alvo de várias interpretações; e, por último, o facto de que o Ministério Público, respeitando o *princípio da legalidade*⁴⁹¹, possa promover processos-crime em que os indícios de oposição do ofendido, apesar de objetivamente inexistentes, induzem este órgão de administração da justiça em erro, em decorrência da aludida subjetividade do conceito de *cognoscibilidade*.

Nas palavras de CESARE BECCARIA, “quando as leis são claras e precisas, a tarefa de um juiz não consiste em outra coisa senão em constatar um facto”⁴⁹². A pergunta que se impõe é a seguinte: será que o conceito *contra a vontade cognoscível da vítima* é suficientemente claro e preciso? Ou, pelo contrário, será, tal como foi o termo *constrangimento*, um “bicho de sete cabeças” para os tribunais e para os restantes aplicadores do direito?

Como sabemos, “a danosidade social dos crimes sexuais reside na contrariedade à vontade da vítima (*dissentimento*), pois só aí, e já não nos casos de indiferença ou de indecisão perante a prática sexual, existe lesão da *liberdade sexual*”⁴⁹³. No plano empírico, o recurso, por parte do legislador, à palavra *contra*, a nosso ver, serve o intento de reduzir a

⁴⁹⁰ Vide *supra* Ponto 4. do Capítulo IV.

⁴⁹¹ Neste sentido, vide paradigmaticamente, ANTUNES, Maria João, in *Direito Processual Penal*, pp. 69 e ss e DIAS, Jorge de Figueiredo, in *Direito Processual Penal*, pp. 125 e ss.

⁴⁹² Cf. BECCARIA, Cesare, in *Dos Delitos e das Penas*, p. 89.

⁴⁹³ Cf. CAEIRO, Pedro, ob. cit., p. 46.

margem de intervenção penal, limitando a mesma aos casos em que existe uma verdadeira ‘oposição íntima’⁴⁹⁴ à prática de determinado ato sexual. A própria *fragmentariedade* do Direito Penal e o *princípio do mínimo de intervenção*⁴⁹⁵ exigem que, contíguo à proteção penal do bem jurídico, *liberdade sexual*, se encontre um outro critério de “*necessidade (carência) de tutela penal*”⁴⁹⁶. “A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”⁴⁹⁷. Esta limitação/carência da intervenção penal tem o seu fundamento *jurídico-constitucional* no artigo 18º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, no *princípio da proporcionalidade em sentido amplo*⁴⁹⁸, que exige que o Direito Penal apenas intervenha de forma subsidiária, *i.e.*, “nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não-penal, se revelem *insuficientes ou inadequados*”⁴⁹⁹.

Já relativamente ao conceito de *cognoscibilidade*⁵⁰⁰, “é o caso concreto que permitirá aferir a vontade livre, sendo relevante, em termos probatórios e de objeto do processo apurar as ‘circunstâncias envolventes’, já que serão esses factos instrumentais decisivos em muitos casos para decidir da existência de *dissentimento*”⁵⁰¹. Este termo não terá tanta relevância para os casos estatuídos no n.º 2 dos artigos 163º e 164º, visto que, “o uso destes meios pelo agressor é visto aos olhos da generalidade das pessoas como aptos a condicionar a vontade da vítima. O mesmo se dirá dos meios mais gravosos usados no âmbito da coação simples. Ou seja, quanto mais gravoso for o meio usado mais *reconhecível/cognoscível* será para a generalidade das pessoas a sua força para constranger a vítima”⁵⁰². Noutras palavras, a preponderância e importância da palavra *cognoscível* revela-se com mais intensidade nos

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 16. Acrescentam JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO: “essa oposição tem de existir no momento da prática do ato sexual (...) e não posteriormente. Se porventura quis praticar o ato, mas posteriormente se arrependeu, não se verifica a atualidade da contrariedade da vontade aquando da execução do ato que é exigida por lei”, *últ. ob. cit.*, p. 71.

⁴⁹⁵ Cf. COSTA, Faria *in últ. ob. cit.*, p. 133.

⁴⁹⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo *in Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, (2012), p. 127.

⁴⁹⁷ *Idem*, p. 128.

⁴⁹⁸ *Idem, ibidem*. Para mais desenvolvimentos sobre este princípio, *vide* CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, “Comentário ao artigo 18º”, *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 392.

⁴⁹⁹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *últ. ob. cit.*, p. 128.

⁵⁰⁰ “A cognoscibilidade prende-se com a existência de factos ou circunstâncias que demonstrem um conhecimento por parte do agente de que a vítima tem a sua vontade condicionada ou limitada, ou nem sequer está em condições de transmitir a sua vontade real”. Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *últ. ob. cit.*, p. 72.

⁵⁰¹ *Idem*, p. 71.

⁵⁰² *Idem*, pp. 72 e 73.

casos designados de “área cinzenta” ou “casos fronteira”, *i.e.*, os casos onde permanece a dúvida entre um ato praticado contra a vontade da vítima ou as designadas “falsas alegações”⁵⁰³. Nestas hipóteses, será, em primeira linha, o Ministério Público e, em segunda linha, o próprio julgador a verificar se existem provas de que a vítima exteriorizou a sua vontade contrária [“verbalmente, por atos, gestos, comportamento ou qualquer meio comunicacional que não se quer envolver naquele ato sexual de relevo (por exemplo, a vítima diz ao agressor para parar, empurra-o, afasta-se, chora, facialmente demonstra desconforto, grita ou revela outros ‘sinais’ de vontade contrária ao ato”)⁵⁰⁴ ou ainda em que as próprias circunstâncias envolventes do caso demonstrassem claramente a *vontade contrária da vítima*].

Poder-se-á levantar, a respeito deste conceito, várias questões de prova e, nesse sentido, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA argui que “provar o *dissentimento* (...) não será fácil”, no entanto, “não se trata de verdadeira dificuldade de prova, mas de preconceitos contra as vítimas de crimes sexuais, fruto de uma cultura de raízes misóginas, que presume que as mulheres mentem”⁵⁰⁵. Não temos uma conceção da sociedade tão radical quanto a autora, não obstante, consideramos que ainda existe o pensamento, algo que enraizado na sociedade, de que “se houve violação, houve violência”.

Como compreendemos, os atos sexuais são maioritariamente realizados, entre duas pessoas, num espaço confinado a quatro paredes e com um carácter altamente intimista e reservado. Daí que, na grande maioria dos casos jurisprudenciais, as provas se resumam à palavra do ofendido contra a palavra do arguido, juntamente com a intensa procura de sinais de violência ou de inimputabilidade da vítima. Ainda assim, esta conceção algo que

⁵⁰³ Cf. SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e novo paradigma da violência de género”, (...), p. 111.

⁵⁰⁴ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *últ. ob. cit.*, p. 72. Consideramos, ainda, que as circunstâncias concretas envolventes também poderão ser subsumíveis no conceito de *cognoscibilidade*. Ou seja, se a vítima está num autocarro e sofre um ato sexual de relevo sem se aperceber, é cognoscível que a mesma não quisesse sofrer aquele ato sexual e, por isso, a sua vontade será contrária ao mesmo. Neste caso, o agente do crime aproveita-se das circunstâncias concretas para consumir o crime.

Ainda neste âmbito, inserem-se também os casos onde a vítima dá, expressamente, o seu *assentimento*, mas face às circunstâncias envolventes é evidente que a vontade da mesma não é livre e esclarecida.

⁵⁰⁵ Cf. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *últ. ob. cit.*, p. 141. MARIA CLARA DE SOTTOMAYOR segue a mesma linha de pensamento quando refere que “tem sido esgrimida (...) uma alegada dificuldade da prova da ausência de *consentimento*. Ora, nos crimes violentos, como se tem entendido já para a violência doméstica, o meio de prova fundamental consiste nas declarações da vítima, consideradas a prova rainha. Para além destas declarações, os exames médico-legais e relatórios dos sintomas psicológicos de vitimação e as declarações de testemunhas ligadas emocionalmente à vítima e que tenham observado as consequências traumáticas do crime para esta, também são meios de prova que corroboram a palavras das vítimas”, *últ. ob. cit.*, p. 111.

retrograda e esta busca incessante por sinais de violência, está a perder o fulgor de outrora. Observando-se, em sentido contrário, o surgir de uma, cada vez maior, perceção da evolução cultural, social e jurídica dos crimes sexuais, como são de destacar os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça⁵⁰⁶, do Tribunal da Relação de Lisboa⁵⁰⁷ ou do Tribunal da Relação de Coimbra⁵⁰⁸. Nesta ótica, a adoção, por parte do legislador, do conceito de *cognoscibilidade* vem ao encontro deste novo entendimento.

Este foi o modelo de incriminação adotado pelo legislador português em setembro de 2019. De acordo com a Deputada ISABEL ALVES MOREIRA, a introdução do conceito de *vontade cognoscível* tem como principal objetivo, poder “contribuir para uma melhor jurisprudência”⁵⁰⁹.

“O que resulta da nova “configuração” da norma, de acordo com a sua *ratio* e elemento histórico, é que existe um alinhamento interpretativo entre os conceitos de dissenso e *constrangimento*. É assim absolutamente notório, por via da nova redação do n.º 3, que um ato sexual de relevo em que existe dissenso da vítima, ou seja, praticado contra a sua vontade, é constrangido/coagido”⁵¹⁰. Desta forma, “a vítima (...) constrangida, é aquela que dissente do ato sexual de relevo, independentemente do meio utilizado”⁵¹¹.

Esta nova formulação dogmática simplifica a compreensão teórico-prática de que o elemento central do tipo legal de crime se situa no *dissentimento* da vítima⁵¹² e que basta

⁵⁰⁶ De 04 de julho de 2019, processo n.º 461/17.9GABRR.L1.S1, juiz relator Mário Belo Morgado, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 17 de março de 2020.

⁵⁰⁷ De 12 de junho de 2019, processo n.º 473/16.0JAPDL.L1, juiz relatora Teresa Féria, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 17 de março de 2020.

⁵⁰⁸ De 04 de março de 2020, processo n.º 76/18.4PBCBR.C1, juiz relatora Maria José Nogueira, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 17 de março de 2020. Que refere o seguinte: “Tendemos, assim, a considerar que o simples *dissentimento* [não consentimento] da vítima, dependendo das circunstâncias do caso, pode integrar o elemento objetivo do ilícito típico em questão, posição que não deixa de colher apoio na atual redação do n.º 3 artigo 164.º do Código Penal, introduzido pela Lei n.º 101/2019, de 06.09”.

⁵⁰⁹ *in Textos de substituição e relatório da discussão e votação ocorridas no âmbito da nova apreciação na generalidade*, de 16 de julho de 2019, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=43523>.

⁵¹⁰ Cf. LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *últ. ob. cit.*, p. 69. Continuam os autores, “o que se pretendeu, essencialmente, foi centrar o *constrangimento* na vítima e na sua vontade. É através do apuramento da sua vontade íntima cognoscível para o agente que será possível apreender se este praticou o ato de *constrangimento*”, *idem*, p. 53.

⁵¹¹ *Idem*, p. 55.

⁵¹² “Existe, assim, uma clarificação legislativa que confere uma maior precisão na identificação dos atos de *constrangimento* e que permite colocar a (ausência de) vontade da vítima no cerne da incriminação”, *idem*, p. 53.

que o mesmo se observe, por qualquer meio⁵¹³, para se subsumir a conduta dolosa no tipo de ilícito. Assim, parece-nos que foi ideia do legislador – com a modificação do elemento central do tipo e no seguimento das já aludidas palavras da Deputada – evitar a repetição de decisões jurisprudenciais, como a do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02 de maio de 2016⁵¹⁴.

De acordo com o mesmo, ficou provado que o comportamento do arguido era idóneo à satisfação de instintos sexuais, constituindo uma ofensa séria à intimidade e era suscetível de condicionar a liberdade e autonomia sexual da vítima. Desta factualidade provada resultou que os atos praticados fossem considerados atos sexuais de relevo⁵¹⁵. Contrariamente ao esperado – *i.e.*, que a conduta fosse subsumida no anterior n.º 2 do artigo 163º – o Tribunal da Relação de Guimarães, socorrendo-se de um discurso desatualizado e de fontes, igualmente, ultrapassadas⁵¹⁶, reiterou que para o preenchimento do tipo não bastava que “a vítima tenha sido constrangida a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, mas é indispensável que a coacção ou constrangimento tenham ocorrido através da utilização de um dos meios típicos previstos no preceito incriminador”, ou seja, era necessário que a conduta do agente do crime fosse considerada violenta⁵¹⁷ ou tivesse por base uma ameaça ou coacção graves. Acontece que, não ficou comprovada a verificação da violência enquanto

⁵¹³ Como aferem LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “o (s) meio(s) usado(s) pode(m) ser: (i) explícito(s) e implícito(s); (ii) resultar(em) do envolvimento ambiental, das características da vítima ou do agressor; (iii) provocado(s) pelo(s) agressor(es) ou aproveitar(em)-se de circunstâncias criadas por outro (servindo-se dos mesmos para prosseguir os seus fins sexuais); e deve(m) ser atual(ais) no momento da agressão sexual ou consistir(em) numa situação de limitação da vontade pré-existente, mas que se mantém(êm) aquando da consumação do ato sexual de relevo”, *idem, ibidem*.

⁵¹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02 de maio de 2016, processo n.º 73/12.3GAVNC.G1, juiz relator João Lee Ferreira, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 17 de março de 2020.

⁵¹⁵ Refere o acórdão que “na situação concreta destes autos, comprova-se a ocorrência de actos súbitos e inesperados do arguido perante a sua explicanda, que se iniciam com o beijo na boca e prosseguem com o passar das mãos nas costas, braços e pernas e o beijo no pescoço da vítima; Seguidamente sabe-se que o arguido encostou a ofendida à parede, tendo voltado a beijá-la na boca, tocado na zona vaginal por cima da roupa, e por fim pegado na mão da ofendida que encostou por cima da roupa aos seus órgãos genitais”. Reforçando ainda que “não há qualquer dúvida que a ofendida sofreu indesejados contactos de natureza sexual”.

⁵¹⁶ Por exemplo, para justificar a necessidade da verificação de uma conduta violenta, este Tribunal recorre ao Comentário Conimbricense de 2012 (“*Decisivo é em todo o caso que a violência tenha afectado de forma relevante a liberdade e determinação sexual da vítima*” in *Comentário Conimbricense*, I, pág. 453-454”), decorando-se do facto de que a lei havia sido alterada em 2015 e, por isso, tornava este manual, a respeito dos crimes de coacção sexual e violação, em parte obsoleto.

⁵¹⁷ Note-se que, foi igualmente destrinçado o conceito de violência e deste resultou que o comportamento do arguido “ao encostar à parede” a ofendida não constitui em si uma conduta violenta, pois o acórdão declara que “não sabemos com que concretos movimentos e intensidade ocorreu essa acção e a dúvida não poderá deixar de beneficiar o arguido, no sentido de afastar a relevância para a incriminação. Assim sendo, não conseguimos descortinar uma forma de comportamento violento do arguido que seja, a um tempo, preexistente ou contemporâneo dos actos sexuais de relevo e idóneo ou apto para vencer a resistência da vítima”.

meio típico da coação sexual e o ataque-surpresa (que se verificou e se comprovou) não se bastou para a subsunção da conduta no tipo legal de crime. Desta feita, o acórdão considerou, erroneamente, que o comportamento do arguido preenchia todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo de crime de importunação sexual, previsto e punido no artigo 170.º do Código Penal.

Em suma, a nosso ver, a nova configuração das normas penais, aqui estudada, peca pela falta de rigor técnico-jurídico, o que poderá levar a uma generalizada descriminalização de determinadas condutas⁵¹⁸. Não obstante, possibilita uma compreensão mais transparente do elemento central da descrição destes ilícitos típicos, principalmente, com a inversão dos números 1 e 2, pois retira a possível perceção, muitas vezes adotada pelos Tribunais, de que a violência ou a ameaça grave são elementos do tipo objetivo do crime e não apenas circunstâncias agravantes. Acrescente-se ainda que, é de louvar a decisão por parte do legislador, com a entrada em vigor da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, pelo modelo da *vontade cognoscível da vítima*, através da adição de um n.º 3⁵¹⁹ aos artigos 163º e 164º, pois, por um lado, tutela mais eficazmente o bem jurídico posto em crise, e, por outro, a lei penal assume uma postura de maior proximidade com a conceção atual social dos crimes de violação e coação sexual⁵²⁰.

⁵¹⁸ Como é crasso exemplo a não inserção da palavra “sofrer” nos n.ºs 1 dos artigos 163º e 164º. Para mais desenvolvimentos sobre estes problemas, *vide supra* Ponto 4., Capítulo I.

⁵¹⁹ Não obstante, considerarmos que a construção frásica do n.º 3 dos artigos 163º e 164º não é, juridicamente, a mais precisa. Para mais desenvolvimentos *vide supra* Ponto 4., Capítulo I.

⁵²⁰ A este respeito MARIA FERNANDA PALMA salienta que “o Direito Penal é a expressão do estado da civilização num país, da sua cultura democrática e da importância que dá a este problema”, cf. audição realizada no âmbito do Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, Audição Parlamentar N.º 1-GT-AL-CPVD-XIII, que teve lugar no dia 31 de maio de 2019. Transcrição do seguinte trecho temporal: 00:59:32 a 00:59:37, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=112563>.

Conclusão

A presente dissertação, que agora alcança o seu epílogo, foi elaborada após um percurso pejado de desafios, devido, por um lado, ao caráter iminente pessoal e gerador de controvérsia social dos crimes aqui analisados e, por isso, merecedor de um discurso ainda mais cuidado e cauteloso e, por outro lado, às dificuldades de compreensão e estruturação de todos os conceitos e modelos de incriminação que advêm e se formam da própria construção e possíveis concepções dos crimes sexuais. Assumimos ainda alguns entraves no estudo e plena percepção dos outros ordenamentos jurídicos aqui estudados, assim como dos seus modelos de incriminação, mas consideramos que o resultado obtido desta investigação é promissor e manifestamente vantajoso, uma vez que nos fez, não só perceber a origem e o pilar estrutural da nova redação dos crimes de coação sexual e violação – *i.e.*, o modelo germânico –, mas também compreender que existe um “mundo” infindável de modelos de incriminação que podem gerar as mais amplas e diversas consequências jurídico-penais.

Com este trabalho tentámos auxiliar, na medida do possível e das nossas capacidades, os intérpretes e aplicadores do direito, assim como a própria doutrina, na compreensão deste novo modelo de incriminação que apareceu com a Lei 101/2019, de 6 de setembro, bem como, do conceito de *vontade cognoscível da vítima* – pois sabemos as dificuldades subjacentes (e que atravessámos, esperando ter dado a resposta desejada) ao seu entendimento. Num sentido diverso, fomentámos e contribuímos para o diálogo e a crítica desta nova redação dos crimes de coação sexual e violação, que se encontra repleta de imprecisões técnico-legais geradoras de várias *lacunas de punibilidade* – algumas das quais cuja gravidade é preocupante e ameaçadora de uma estabilidade e paz jurídica – onde, evidentemente, se destaca a retirada da palavra *sofrer* dos n.º 1 dos artigos 163º e 164º.

Por último, chegámos à conclusão de que a reforma legal que estes crimes sofreram repousa “sobre a necessidade de cumprir os deveres decorrentes da Convenção de Istambul”⁵²¹. E, concordando quase inteiramente com PEDRO CAEIRO, já havia sido realizada a referida tarefa, com resultado similar – apesar de não ser inteiramente igual – por parte do legislador nacional, em 2015, com a entrada em vigor da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto⁵²². Neste sentido, somos do entendimento que a reforma de 2019 está alicerçada em falhas e

⁵²¹ Cf. CAEIRO, Pedro, *ob. cit.*, p. 6.

⁵²² *Idem, ibidem.*

contradições no texto da lei, apenas se reconhecendo como vantagem ou contributo valioso, a substituição do modelo de incriminação do *constrangimento* para o modelo da *vontade cognoscível da vítima*. E mesmo relativamente a este ponto poderão surgir problemas de interpretação, dado que o conceito de *constrangimento*, que já havia sido estabilizado na jurisprudência e doutrina como um meio de coação, agora parece ter sido reestruturado, sendo que a atual redação define agora *constrangimento* como um “qualquer meio (...) empregue para a prática de atos sexuais contra a *vontade cognoscível da vítima*”.

Em modo de conclusão, consideramos que o resultado do impacto da Reforma de 2019 é manifestamente negativo – à exceção do modelo de incriminação escolhido – e suscetível de gerar ainda mais incertezas e divergências do que poder “contribuir para uma melhor jurisprudência”. Não se compreendendo a *ratio* por detrás da mesma, nem tão pouco, o motivo pelo qual esta Lei foi elaborada com tamanha rapidez e prontidão, inimigos da exatidão e do rigor técnico-legal.

Bibliografia e Webgrafia

- ALEXANDER, Dolly F., “Twenty years of Morgan: A criticism of the subjectivist view of Mens Rea and Rape in Great Britain”, in *Pace International Law Review*, Vol. 7, Issue 1 Winter 1995, Article 7, January 1995, pp. 207 a 246.
- ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, tese de mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 2008.
- “Crimes Sexuais contra menores: questões de promoção processual”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Organizadores: Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa, Coimbra Editora, 2010.
- AMNISTIA INTERNACIONAL, “Right to be free from rape: overview of legislation and state of play in europe and international human rights standards”, Index No: EUR 01/9452/2018, publicado a 24 de novembro de 2018. Disponível em <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/9452/2018/en/>, consultado a 20 de abril de 2019.
- ANDERSON, Michelle J., “Campus sexual assault adjudication and resistance to reform”, in *The Yale Law Journal*, May 2016, volume 125, number 7, pp. 1940 a 2005.
- ANDERSON, Scott A., “Conceptualizing Rape as Coerced Sex”, in *Ethics* 127 (October 2016), University of Chicago, pp. 50 a 87.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004.
- ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in *Revista Julgar*, Diretor José Mouraz Lopes, Setembro-Dezembro, 2010, pp. 153 a 161.
- *Direito Processual Penal*, 2ª Edição, Edição Almedina, 2018.
- ARAÚJO, António de, *Crimes sexuais contra menores, entre o Direito Penal e a Constituição*, 1ª Edição, Coimbra Editora 2005.

- ARCHARD, David, “Sexual Consent”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, edited by Andreas Müller and Peter Schaber, London New York Routledge 2018, pp. 298 e ss.
- BATISTA, Luís Osório Gama e Castro e Oliveira, “Anotação ao artigo 393º”, in *Notas ao Código Penal Português*, Segunda Edição, Volume Terceiro, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1924, pp. 393 a 245.
- BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de José de Faria Costa, Revista por Primola Vingiano, 5ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.
- BELEZA, Teresa Pizarro, “‘Consent – It’s Simple as Tea’: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coordenação), Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 15 a 27.
- “O conceito legal de violação”, in *Revista do Ministério Público*, ano 15º, julho-setembro, 1994, n.º 59, pp. 51 a 64.
- “Sem Sombra de Pecado, o Repensar dos Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Centro de Estudos Judiciários, I Volume, Lisboa, 1996, pp. 157 a 183.
- BERLINER, Dana, “Rethinking the reasonable belief defense to rape”, in *Yale Law Journal*, vol. 100, Issue 8, article 15, 1991, pp. 2686-2706.
- BOGLE, Kathleen A., ‘Yes Means Yes’ Isn’t the Answer, disponível em <https://www.chronicle.com/article/Yes-Means-Yes-Isnt-the/149639/>, consultado a 28 de dezembro de 2019.
- BRODSKY, Alexandra, “‘Rape-adjacent’: imagining legal responses to nonconsensual condom removal”, in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n.º 2, 2017, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2954726>, consultado a 28 de julho de 2020, pp. 183 a 210.

- CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, "Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau", in *Um Diálogo Consistente: Olhares Recentes Sobre Temas do Direito Português e de Macau*, Tong Io Cheng; Hugo Duarte Fonseca (coord.), Vol. I, Associação de Estudos de Legislação e Jurisprudência de Macau, 2016, pp. 160 a 207, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/pcaeiro/pt/publicacoes>, consultado a 15 de abril de 2019.
- CAEIRO, Pedro, *Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica (em apreciação no Grupo de Trabalho – Alterações Legislativas – Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias)*, junho de 2019.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, “Comentário ao artigo 18º”, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- CARVALHO, Américo Taipa de, “Comentário ao artigos 154º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999.
- CLEMM, Christina, “Schutzlücken im Sexualstrafrecht”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, am 19. Juli 2017 vorgelegt*, pp. 891 a 896.
- CLOUGH, Amanda, “Conditional Consent and Purposeful Deception”, in *The Journal of Criminal Law*, Vol 2, Issue 2, disponível em <https://doi.org/10.1177/0022018318761687>, consultado a 30 de julho de 2020, pp. 178 a 190.
- COIMBRA, Francisco, “Crimes contra a honestidade: estupro e violação”, separata de *O médico*, n.º 453, 1960.
- CONDE, Francisco Muñoz, *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, tirant lo blanch, Valencia, 2015.

- COSTA, Álvaro Mayrink da, “Breves Apontamentos sobre a Reforma dos Crimes contra a Dignidade Sexual da Pessoa Humana”, in *Revista da EMERJ*, v. 13, n.º 49, 2010.
- COSTA, Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2015.
- COWAN, Sharon, “‘Freedom and capacity to make a choice’ – A feminist analysis of consent in the criminal law of rape”, in *Sexuality and the law, feminist engagements*, edited by Vanessa E Munro and Carl F. Stychin, Routledge-Cavendish, a GlassHouse book, 2007, pp. 51 a 71.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, “Conceito de Violência no crime de violação: acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-4-2011”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor Jorge de Figueiredo Dias, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março 2011, pp. 441 a 479.
- “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coordenação), Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 129 a 166.
- DECKER, John F. and BARONI, Peter G., “No still means yes”: The failure of the “Non-consent” reform movement in American rape and sexual assault law, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 2012, vol 101, n.º 4 by Northwestern University School of Law, pp. 1081 a 1170.
- DEMPSEY, Michelle Madden, “Smith and Hogan at Villanova: Reflections on Anglo-American Criminal Law, the Definition of Rape, and what America still needs to learn from England”, in *Villanova Law Review*, vol. 61, issue 3, article 9, 2016, pp. 509 a 523.
- Department of Justice, Equality and Law Reform, *The Law on Sexual Offences – a Discussion Paper*, published by the Stationery Office, Government of Ireland 1998, May 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*. Vol. 1. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1997, pp. 1394 a 1403.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “A reforma do direito penal português – princípios e orientações fundamentais”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XLVIII, 1972, Universidade de Coimbra, pp. 107 a 144.

– “Comentário aos artigos 163º e 164º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999.

– “Comentário aos artigos 163º e 164º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

– *Direito Processual Penal*, primeiro volume, reimpressão, Coimbra Editora, Lda, 1984.

– *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, Outubro 2012, Coimbra Editora.

– “Lei criminal e controlo da criminalidade, o processo legal-social de criminalização e de descriminalização”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, 1976, Lisboa, pp. 69 a 98.

DIOTTO, Nariel e SOUTO, Raquel Buzatti, “Aspetos históricos e legais sobre a cultura do estupro no Brasil”, in *XIII Seminário Internacional, demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*, 2016, disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15867>, consultado a 30 de dezembro de 2019.

EISELE, Jorg, “Zur Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, am 19. Juli 2017 vorgelegt*, pp. 956 a 966.

ESTRICH, Susan, “Rape”, in *Yale Law Journal*, Vol. 95, Issue 6, Article 1, 1986, pp. 1087 a 1184.

FIDALGO, Sónia, “Os crimes sexuais no direito internacional penal”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol LXXXIII (Separata), Coimbra, 2007, pp 639 a 658.

- GARDVING, Sofia, *Consent in rape law – A comparison of three models*, tese de mestrado em Human rights law/criminal law, Faculty of Law University of Lund, Spring 2010.
- GEELMUYDEN, Sophie, “*Vi tänker inte vara tysta längre*” - *En undersökning av brottet sexuellt ofredande och sexualbrottsoffers krav på rättvisa med utgångspunkt i #metoo-upprop*, publicado na Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet, 2018. Dissertação de mestrado.
- GRUBER, Aya, “Consent Confusion”, in *Cardozo Law Review*, vol. 45, n.º 415, 2016, disponível em https://scholar.law.colorado.edu/articles/11/?utm_source=scholar.law.colorado.edu%2Farticles%2F11&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, consultado a 10 de abril de 2020.
- HENRIQUES, Manuel de Oliveira Leal e SANTOS, Manuel Sima, “Comentário aos artigos 163º e 164º do Código Penal” in *Código Penal Anotado*, 3ª Edição, II Volume (Art. 131º a 386º), Editora Rei dos Livros, 2000.
- HÖRNLE, Tatjana, “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem*, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, am 19. Juli 2017 vorgelegt, pp.1016 a 1035.
- “#MeToo – Implications for Criminal Law?”, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6, Issue 2, 2018, pp. 115 a 135.
 - *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Januar 2015.
 - “Penal law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law”, in *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, n.º 2, January 2000, University of California Press.
 - “Rape as non-consensual sex”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, edited by Andreas Müller and Peter Schaber, London New York Routledge 2018, pp. 294 a 308.
 - “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, in *German Law Journal*, vol. 18, n.º 6, November 2017, pp. 1309 a 1030.

- HURD, Heidi M., “The moral magic of consent”, in *Legal Theory*, 2, Cambridge University Press, 1996, pp. 121 a 146.
- “The Normative Force of Consent”, in *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, edited by Andreas Müller and Peter Schaber, London New York Routledge 2018, pp. 61 a 75.
- KARLSSON, Lena, “Towards a language of sexual gray zones: feminist collective knowledge building through autobiographical multimedia storytelling”, in *Feminist Media Studies*, Routledge Taylor & Francis Group, 2018, pp. 210 a 224.
- JIMÉNEZ, Joan J. Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español: Parte Especial*, 4ª edición, revisada y puesta al día, Atelier manuales universitarios, 2002.
- JOHANSSON, Warren, “Wolfenden Report”, disponível em <https://pt.scribd.com/document/67392784/Wolfenden-Report>, pp. 1401 a 1403.
- KLEINIG, John, “The Nature of Consent”, in Alan Wertheimer and Franklin G. Miller – *The Ethics of Consent, Theory and Practice*, Oxford University Press, Inc., 2010, pp. 3-22.
- Law Reform Commission, *Knowledge or Belief Concerning Consent in Rape Law*, (LRC IP 15 - 2018), disponível em https://discover.lib.cam.ac.uk/primo-explore/fulldisplay?vid=44CAM_PROD&docid=44CAM_ALMA21558869570003606&fromSitemap=1.
- LEAL, Celso, “A (necessária) reforma do sistema penal português respeitante aos crimes sexuais segundo a Convenção de Istambul”, in *Revista do Ministério Público*, ano 40, n.º 157, Jan/Mar. 2019, pp. 147 a 168;
- LEAHY, Susan, “Sexual Offences Law in Ireland: Countering Gendered Stereotypes in Adjudications of Consent in Rape Trials”, in *Law and Gender in Modern Ireland: Critique and Reform*, ed. Lynsey Black e Peter Dunne, Oxford: Hart Publishing, 2019, pp. 3 a 19, disponível em <http://dx.doi.org/10.5040/9781509917242.ch-001>, consultado a 20 de abril de 2020.
- LEITE, Inês Ferreira, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março 2011, Diretor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, pp. 29 a 94.

– *Pedofilia, repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Editora Almedina, 2004.

LEITE, André Lamas, “as alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas” in *Revista Julgar*, n.º 28, 2016, Coimbra Editora, pp. 61 a 74.

LIMA, Thalles José de Melo, *Uma análise bibliográfica dos novos crimes de estupro e estupro de vulnerável, sob a perspetiva da lei n.º 12.015/2009*, artigo apresentado ao Curso de Direito da Universidade da Estadual da Paraíba – UEPB, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de bacharel, orientador Prof. Dr. Felix Araújo Neto, Campina Grande, 2012, disponível em <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/5382>, consultado no dia 01 de janeiro de 2020.

LITTLE, Nicholas J., “From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard” in *Rape Law*, 58 *Vanderbilt Law Review* 1321 (2019), disponível em <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol58/iss4/5>, pp. 1320 a 1364.

LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, de acordo com a revisão do código penal operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro*, 2ª Edição, 1998, Coimbra Editora.

– *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal, revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro*, 4ª Edição, 2008, Coimbra Editora.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, “Comentários aos artigos 163º e 164º do Código Penal”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual*, 1ª Edição, Dezembro de 2015, Coimbra Editora.

– “Comentários aos artigos 163º, 164º e 170º do Código Penal”, in *Crimes Sexuais, análise substantiva e processual*, 2ª Edição, Dezembro de 2019, Coimbra Editora.

MACKINNON, Catharine A., *Feminism Unmodified, Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1987.

- MILLER, Franklin G. and WERTHEIMER, Alan, “Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent”, in *The Ethics of Consent, Theory and Practice*, edited by Alan Wertheimer and Franklin G. Miller, Oxford University Press, Inc., 2010, pp. 79 a 105.
- MOTA, J. Carmona da, “Dos Crimes Sexuais”, in *Revista do Ministério Público*, ano 4º, Vol. 14, Lisboa, Julho 1983, pp. 9 a 52.
- MUEHLENHARD, Charlene L., HUMPHREYS, Terry P., JOZKWSKI, Kristen N., PETERSON, Zoë D., “The complexities of Sexual Consent Among College Students: A Conceptual and Empirical Review”, in *The Journal of Sex Research*, 53(4-5), The Society for the Scientific Study of Sexuality, 2016, pp. 457 a 487.
- MUNRO, Vanessa E., “Sexual Autonomy”, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Edited by Markus D. Dubber and Tatjana Hörnle, 2014, pp. 747 a 767.
- NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Livraria Almedina, Coimbra, 1985.
- NELLES, Johanna, “Artikel 36 der Istanbul-Konvention des Europarats: Überlegungen zur Umsetzung”, in *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem, dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, Heiko Maas, am 19. Juli 2017 vorgelegt*, pp.1165 a 1170.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Crimes Contra a Dignidade Sexual*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 5ª Edição, revista, atualizada e ampliada, 2015.
- OLIVEIRA, Bárbara de Abreu e JÚNIO, Jayme Benvenuto Lima Júnior, *O Estupro como Estratégia de Guerra em Conflitos Armados: a Experiência do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia nos Casos de Violência de Gênero*, disponível em <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjir/article/view/8301>, consultado a 20 de abril de 2020.
- PASCHOAL, Nohara, *O estupro: uma perspectiva vitimológica*, Editora Lumenjuris, Rio de Janeiro, 2014.
- PEREIRA, Rui Carlos, “Liberdade Sexual na reforma do Código”, in *Revista Sub Judice*, justiça e sociedade, 1996, Janeiro/Junho, pp. 41 a 48.

- RAMOS, Fernando João Ferreira, “Estupro e Violação – ontem e hoje”, in *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal – Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Centro de Estudos Judiciários, Volume II, 1995, pp. 181 a 198.
- “Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1982”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 3, fasc. 1, Janeiro-Março 1993, Aequitas Editorial Notícias, pp. 29 a 49.
- RAPOSO, Vera Lúcia, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora 2003, pp. 931 a 962.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia Facultad de Derecho, Julio 2000, 2ª Época, n.º 6.
- “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, pp. 1-29, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6985654>, consultado a 22 de dezembro de 2019.
- SÁ, Oliveira e, “Dos ‘crimes contra a honestidade’ aos ‘crimes contra os costumes’”, estudo médico-legal, *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XVIII – Janeiro-Dezembro, 1972 – n.º 1-2-3-4.
- SANCHIS, Francisco de Asís Silla, “Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España”, in *Revista Julgar*, n.º 28, 2016, Coimbra Editora, pp. 239 a 279.
- SANTOS, Alfredo dos, “Dos Crimes Sexuais”, in *Boletim do Instituto de Criminologia*, Vol. XVI-XVII, 1932, pp. 315 a 433.
- SANTOS, José Beleza, “O crime de ultraje público ao pudor”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 59º, Coimbra, 9 de outubro de 1926, n.º 2311, pp. 177 e 178.
- SCHULHFER, Stephen J., *Unwanted Sex, The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1998.

SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, 10ª Edição, Butterworths LexisNexis.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, in *Ex aequo: revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as mulheres*, dir. Virgínia Ferreira, 2015, pp. 105 a 121.

– “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista, A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 128, Out./Dez. 2011, pp. 273 a 318.

TOMILLO, Manuel Gómez, “Derecho penal sexual y reforma legal, análisis desde una perspectiva político criminal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1215757>, consultado a 28 de dezembro de 2019, pp. 1 a 35.

TORRÃO, Fernando, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 71, 1995, pp. 545 a 570.

TUERKHEIMER, Deborah, “Rape on and off campus”, in *Emory Law Journal*, Northwestern Public Law Research Paper (2015), pp. 14 a 53.

VENTURA, Isabel, “A violação na jurisprudência e na doutrina”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coordenação), Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 39 a 68.

WEGERSTAD, Linnéa (2015), *Skyddsvärda intressen & straffvärda kränkningar. Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande*. Lund University (Media-Tryck).

WERTHEIMER, Alan, “Consent to Sexual Relations”, in *The Ethics of Consent, Theory and Practice*, Alan Wertheimer and Franklin G. Miller, Oxford University Press, Inc., 2010, pp. 195 a 219.

– In *Consent to Sexual Relations*, University of Vermont, Cambridge University Press.

WEST, Robin, “Sex, Law, and Consent”, in Alan Wertheimer and Franklin G. Miller – *The Ethics of Consent, Theory and Practice*, Oxford University Press, Inc., 2010, pp. 221 a 250.

Legislação

Código Penal Português, precedido pelo decreto com força de lei de 10 de dezembro de 1852, seguido de um appendice e anotado por Antonio Luiz de Sousa Henriques Secco, Sexta Edição, disponível em <https://www.fd.unl.pt/BibliotecaDigital.asp?Area=BibliotecaDigital&Intro=1>, consultado a 04 de janeiro de 2020.

Código Penal Português, nova publicação oficial, ordenada por decreto de 16 de setembro de 1886 (Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano), Sétima Edição, disponível em <https://www.fd.unl.pt/BibliotecaDigital.asp?Area=BibliotecaDigital&Intro=1>, consultado a 04 de janeiro de 2020.

Código Penal de 1982 versão primitiva, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nver_sao=1&so_miolo=, consultado a 05 de janeiro de 2020.

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nver_sao=1&so_miolo=, consultado a 05 de janeiro de 2020.

Código Penal de 1982, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis, consultado a 05 de janeiro de 2020.

Projeto de Lei 522/XIII/3ª do Bloco de Esquerda, de 25 de fevereiro de 2014, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BI D=38267>, consultado a 08 de outubro de 2019.

Lei n.º 85/2015, disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/69951093/details/maximized>, consultado a 08 de janeiro de 2020.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 13 de abril de 2011, processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, juiz relatora Eduarda Lobo, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08 de janeiro de 2020.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02 de maio de 2016, processo n.º 73/12.3GAVNC.G1, juiz relator João Lee Ferreira, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 17 de março de 2020.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de maio de 2016, processo n.º 397/13.2JABRG.G2, juiz relator João Lee Ferreira, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 17 de março de 2020.

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 30 de novembro de 2016, processo n.º 43/13.4JAPRT.P1, juiz relatora Luís Coimbra, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08 de março de 2020.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de junho de 2018, processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1, juiz relatora Maria Dolores da Silva e Sousa, disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado a 11 de janeiro de 2020.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de junho de 2019, processo n.º 473/16.0JAPDL.L1, juiz relatora Teresa Féria, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08 de março de 2020.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de julho 2019, processo n.º 461/17.9GABRR.L1.S1, juiz relator Mário Belo Morgado, disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado a 09 de abril de 2020.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de setembro de 2019, processo n.º 150/17.4JASTB.L1.S1, juiz relator Vinício Ribeiro, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 18 de março de 2020.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04 de março de 2020, processo n.º 76/18.4PBCBR.C1, juiz relatora Maria José Nogueira disponível em www.dgsi.pt, consultado a 23 de abril de 2020.