



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA  
ESPECIALIDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

O CONSENTIMENTO NOS CRIMES SEXUAIS

---

MARIA BEATRIZ DE AGUIAR FERNANDES

JULHO DE 2022

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Mestrado em Direito e Pática Jurídica  
Especialidade de Ciências Jurídico-Forenses

## O Consentimento nos Crimes Sexuais

Maria Beatriz de Aguiar Fernandes

Julho de 2022

Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Forenses, realizada sob a orientação científica da Prof.<sup>a</sup> Doutora Inês Ferreira Leite.

## ÍNDICE

Abreviaturas e siglas	3
Sumário/abstract	4
I. Introdução	6
II. Crimes sexuais no Código Penal	9
i. Bem jurídico: liberdade e autodeterminação sexual	13
ii. Coação sexual: ato sexual de relevo	16
iii. Violação: violência, ameaça grave e tornar inconsciente ou na impossibilidade de resistir	19
iv. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes	24
v. Breve nota relativa à violência sexual baseada em imagens	34
vi. A natureza dos crimes sexuais	37
III. A Convenção de Istambul	43
IV. O Consentimento no Código Penal	52
i. O consentimento nos crimes sexuais	54
ii. O consentimento válido	61
V. Conclusão	71
Bibliografia	75
Jurisprudência	82

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

Artigo/artigos (art./ arts.)

Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)

Código do Processo Penal (CPP)

Código Penal (CP)

Constituição da República Portuguesa (CRP)

Convenção de Istambul (CI)

Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)

Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais (IDPCC)

Ministério Público (MP)

Polícia de Segurança Pública (PSP)

Quociente de Inteligência (QI)

Supremo Tribunal de Justiça (STJ)

Tribunal da Relação de Coimbra (TRC)

Tribunal da Relação de Guimarães (TRG)

Tribunal da Relação de Lisboa (TRL)

Tribunal da Relação do Porto (TRP)

Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)

## **Sumário**

A violência de género corresponde às agressões sucessivas e permanentes que as mulheres sofrem, resultantes dos papéis sociais a que se associa o sexo feminino. Às mulheres é associada uma passividade que enaltece o poder dos homens, os quais deteriam sobre elas posse. A violência sobre as mulheres é uma realidade quase tão antiga como a humanidade, muitas vezes normalizada e relativizada, tanto pela sociedade, como pelo Direito e discurso mediático. A violência sexual traduz-se, então, nos abusos que afetam diretamente a liberdade e a autodeterminação das pessoas. Estes são os bens jurídicos protegidos pelos crimes sexuais no Código Penal português, o qual faz uma distinção quanto ao âmbito de proteção face aos adultos e jovens que, todavia, nos parece ser inútil. Os crimes sexuais associam-se à violência física, ainda que tal não seja já exigido pela lei penal. A Convenção de Istambul deu o mote às alterações legislativas que permitiram assentar os crimes sexuais no constrangimento e não na violência ou coação. Esta Convenção propôs-se a harmonizar as legislações penais dos vários países signatários, no sentido de alicerçar os crimes sexuais no consentimento. Ainda que o legislador não tenha introduzido o conceito de consentimento na lei penal, tem-se entendido que deve ser interpretado nesse sentido. A proposta do presente trabalho assenta na compreensão dos crimes sexuais como ilícitos nos quais não se verifica o consentimento da vítima e que, por isso, afetam a sua liberdade e autodeterminação sexuais. Seguimos o entendimento de que a grande parte dos crimes sexuais assenta no consentimento, embora apenas aprofundemos com maior detalhe os crimes de violação, coação sexual e abuso sexual de menores. Finalmente, apresentamos alguns critérios determinantes para a aferição da validade do consentimento, já que apenas o consentimento válido pode ser tido em consideração para a licitude da atuação em causa.

**Palavras-chave:** consentimento; liberdade e autodeterminação; violência sexual; violência de género; Convenção de Istambul

## **Abstract**

Gender violence concerns successive and permanent aggression that women suffer due to gender roles associated with womankind. Women are associated with passivity which magnifies men power, who had ownership over them. Violence against women is a reality almost as old as humanity, most times normalized and relativized, by society but also by

the Law and the media speech. Sexual violence translates on the abuses that immediately affect sexual freedom and self-determination. These are the values protected by the sexual crimes in the Portuguese Penal Code, which makes a distinction regarding the scope of protection for adults and juveniles, that, however, seems to be futile. Sexual crimes are usually associated with physical violence, despite that not being required by the penal law. The Istanbul Convention set the tone to the legislative alterations for the signatory countries which enabled sexual crimes to be based on consent. Although the concept of consent was not inserted in the law, it has been interpreted as such. This paper aims to comprehend sexual crimes as criminal offenses in which the victim did not consent to, and therefore, injure their sexual freedom and self-determination. We perceive that most sexual offenses are based on consent, notwithstanding only delving in more detail rape, sexual coercion, and sexual abuse of minors. Lastly, we present determining criteria to assess the validity of the consent, whereas only valid consent can be considered for the lawfulness of the action in question.

**Keywords:** consent; freedom and self-determination; sexual violence; gender violence; Istanbul Convention

## I. Introdução

Os crimes sexuais estão presentes na História desde sempre, ainda que em diferentes moldes e protegendo bens jurídicos distintos. Trata-se de crimes de género, o que significa que a esmagadora maioria das vítimas são mulheres, adultas ou jovens, e os agressores são maioritariamente homens. Sendo assim, não é possível adotar uma linguagem neutra para abordar um problema evidentemente genderizado. Assumir isto não significa que não existam vítimas do sexo masculino: há muitas vítimas homens que não se veem nessas vestes ou que receiam assumir-se como tal. Também estas vítimas são silenciadas pelo patriarcado. Historicamente, homens e mulheres foram tratados de modo diferente e foram-lhes atribuídos papéis sociais associados ao seu género. Enquanto as mulheres foram relegadas para um papel passivo e doméstico, aos homens cabiam os lugares públicos de poder. O problema desta conceção “nunca foi a diferença, mas quem tem o poder de definir a diferença e as consequências dessa diferença”<sup>1</sup>.

Propomos, no presente trabalho, uma visão dos crimes sexuais por um prisma de consentimento: em vez de nos focarmos no constrangimento – como faz a lei penal portuguesa – acreditamos que a pedra de toque deste tipo de ilícitos penais assenta no consentimento; ou melhor, na falta dele. Este tema é absolutamente indissociável das correntes feministas, pois, tal como verificaremos, os crimes sexuais são crimes de poder, e não condutas baseadas num desejo passional. Este é um tema considerado ainda tabu, e esse é um dos entraves a uma melhor compreensão e prevenção do mesmo. Além disso, a racionalidade jurídica parece ser posta de parte, face a conceções morais e subjetivas ainda tão presentes. Também as falsas crenças fazem com que ainda exista muita desinformação relativa aos crimes sexuais – infelizmente estes são mais comuns do que esperávamos, e a maioria acontecem entre as paredes da casa da vítima, praticados não por um desconhecido, mas por alguém muito próximo. Também os mitos quanto aos géneros retardam o progresso social: a ideia de que a agressividade dos homens é normal, afinal de contas *boys will be boys*, e que as mulheres têm de servir os homens por quaisquer meios. Nada disto é real e constrange tanto homens como mulheres – os homens não são criaturas bárbaras que só pensam em sexo, nem as mulheres são frágeis donzelas que necessitam de ser salvas por um homem capaz de as proteger. Esta “rivalidade” de

---

<sup>1</sup> Maria Clara Sottomayor, “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, 2011, p. 302.

sexos não traz nenhuma vantagem ao debate, pelo contrário, só limita a prosperidade da sociedade e a capacidade de ver cada pessoa como um ser individual e particular. Cada pessoa é sujeita a deveres e portadora de direitos inalienáveis que cabe ao Direito proteger, quando se verifique uma intromissão inadmissível na sua esfera jurídica. É apenas este o nosso desígnio – definir quando deve o Direito intervir no âmbito das relações sexuais.

O consentimento é um conceito indeterminado, mas determinável, pelo que deixamos algumas orientações para uma maior densificação e clareza, de modo a ser compreendido por todos os juristas e, sobretudo, por todos os que não o sejam. A assertividade da lei serve três importantes funções práticas: ajuda a tornar a lei clara e acessível ao público, determina a sua previsibilidade, e facilita a prossecução dos crimes pelas autoridades públicas competentes<sup>2</sup>. O consentimento válido é específico, sujeito a limites e condições e não existe qualquer presunção da sua existência – tem de ser efetivamente dado. Apesar de todas as revisões do Código Penal no sentido de aproximação aos ensejos da Convenção de Istambul, o legislador continua renitente na menção expressa ao consentimento. De todo o modo, a lei é relativamente fácil de alterar, mas os costumes e práticas sociais e familiares são bastante mais obstinados à mudança – *laws are easier to change than prejudices*<sup>3</sup>.

A forma como a nossa lei penal desenha os contornos dos crimes sexuais faz crer que a violação ou o abuso sexual ocorrem em circunstâncias nas quais as vítimas são capazes de formular uma resposta planeada e deliberada àquele ataque. A verdade é que as pessoas têm três formas de reagir perante um evento violento e potencialmente traumático: congelar, fugir ou lutar. O primeiro modo de reação é o mais comum e também o mais desvalorizado. Porque não conseguem reagir, e porque a sociedade (e também o Direito) exige delas alguma reação, muitas vítimas internalizam a culpa do sucedido, ou nem sequer entendem aquele comportamento como um abuso, já que parece que nada fizeram para o evitar. Numa situação deste tipo as vítimas entram em modo de sobrevivência, e

---

<sup>2</sup> Tradução livre do excerto, “Unifying legal concepts in the context of criminal law serves three important practical functions: it helps to make the law clear and accessible to the public, it guides the law to be predictable and it facilitates the prosecution of offences by the public authorities”. Catherine Elliott e Claire de Than, “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, in *The Modern Law Review*, Vol. 70, N.º 2, 2007, p. 227.

<sup>3</sup> Gabriela Maria Figueira Martinho, *Crimes sexuais contra mulheres adultas: Da avaliação forense à decisão judicial*, Dissertação de Mestrado, Braga, Escola de Psicologia da Universidade do Minho, 2011, p. 7.

muitas vezes não reagem. São até capazes de ter uma atitude colaborativa, por receio de uma escalada de violência. Este é o tipo mais comum de abuso sexual, em sentido amplo: uma relação abusiva perpetuada por um agressor conhecido da vítima, que não usa necessariamente força física para dominar a sua vontade. A maioria dos casos não retrata um duelo entre agressor e vítima, em que esta se debate por todos os meios ao seu alcance e só depois de esgotadas todas as suas capacidades de luta se submete à maior força do agressor – mesmo que seja esta a ideia ainda muito divulgada social e juridicamente, tendo sido até uma das teses adotadas pela doutrina e jurisprudência. Além disso, cabe ter presente que historicamente as mulheres sempre foram ensinadas a adotar uma posição submissa, a ocupar pouco espaço e, no fundo, a não ter voz. Por isso, *failing to say no should not mean yes*<sup>4</sup>.

Um ato de violação ou de abuso sexual não deve ser entendido como uma relação sexual onde “apenas” falha o critério do consentimento. Estes crimes são, acima de tudo e primeiramente, crimes de violência sexual. São crimes que afetam profundamente as vítimas e que não podem ser tratados superficialmente. Além do papel da comunicação social, que insiste em chamar a casos deste tipo relações sexuais não consentidas ou sexo não consentido, também a jurisprudência tem um papel crucial na mudança do paradigma – basta recordar o caso da “sedução mútua”<sup>5</sup>. Estes são crimes violentos, em que a motivação do agressor não é gratificação sexual, mas antes hostilidade, raiva e uma necessidade de subjugar a vítima<sup>6</sup>. Num abuso sexual a vítima é despida das suas vestes de humanidade para ser usada exclusivamente como um objeto sexual e inanimado. É desconsiderada a sua vontade, são limitados os seus movimentos, é abafado o seu clamor, é ameaçada a sua segurança. É, enfim, o negar da sua existência.

---

<sup>4</sup> John F. Decker e Peter G. Baroni, ““No” Still Means “Yes”: The Failure of the “Non-Consent” Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law”, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 101, N.º 4, 2011, p. 1119.

<sup>5</sup> No acórdão do TRP de 27-06-2018 – em que o *barman* e o porteiro de uma discoteca violam, ambos, uma jovem completamente alcoolizada, isto é, “sem consciência de si própria e incapaz de dispor da sua vontade” – entendeu-se que “A culpa dos arguidos (...) situa-se na mediana, ao fim de uma noite com muita bebida alcoólica, ambiente de sedução mútua”.

<sup>6</sup> Tradução livre do excerto, “rape is not primarily a sexual crime, motivated by a desire for sexual gratification. Instead, it is a violent assault motivated by hostility, anger, and a need to dominate the victim”. Acrescenta-se, adiante, “Rape is presumed to be an act of anger or violence that is non-consensual, rather than a sexually gratifying experience that is usually consensual and desirable”. Christina M. Tchen, “Rape Reform and a Statutory Consent Defense”, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74, N.º 4, 1983, p. 1527.

O propósito desta dissertação é, em suma, mudar as lentes com que são vistos os crimes sexuais: de uma proteção contra a violência física para a proteção de intromissões não consentidas na autonomia, autodeterminação e liberdade pessoais.

## II. Crimes sexuais no Código Penal

O Código Penal (doravante, CP) português prevê os vários crimes sexuais, isto é, aqueles que de algum modo comprometem o exercício livre da sexualidade das vítimas que deles são alvo. Assim, no Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual –, dividido em duas secções, temos o rol de crimes de cariz sexual que vigoram no nosso ordenamento jurídico. Estes crimes nem sempre tiveram como bem jurídico a autodeterminação e a liberdade sexual, sendo que foram necessárias quatro alterações de fundo ao CP, e outras alterações do texto das normas, para que pudéssemos chegar aqui.

Desde logo, previamente à sintetização do CP, já as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas previam crimes deste tipo, ainda que fossem considerados crimes contra a honestidade em vez de crimes sexuais: previa-se que as mulheres “forçadas”<sup>7</sup> tinham de reunir determinadas características para que pudesse ser feita justiça. A mesma tese foi seguida pelos primeiros Códigos, de 1852 e 1886. Apelava-se à honestidade e virgindade da vítima e, por isso, nem todas as mulheres podiam ser consideradas vítimas – fora do elenco ficavam as mulheres sem-abrigo e as prostitutas. Posteriormente, estas últimas já poderiam ser protegidas se resistissem à violência – permanecendo em muita da nossa doutrina e jurisprudência este ónus de resistência por parte da vítima. O que se protegia era, mais uma vez, a honestidade da mulher e não a sua liberdade sexual, já que o ilícito deixava de o ser se a vítima contraísse matrimónio com o agressor. Além disso, a cópula exigida pelo tipo legal tinha de ser ilícita, ou seja, praticada fora do casamento – dentro do casamento a cópula era sempre lícita, independentemente da verificação de qualquer circunstância que tolhesse o consentimento de qualquer parte.

O atual CP de 1982, na sua redação original, previa estes crimes como sendo atentatórios dos valores e interesses da vida em sociedade e, em particular, como “crimes

---

<sup>7</sup> Daniela Raquel Soares da Costa, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação – Do Constrangimento ao Dissentimento*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, p. 15.

contra os fundamentos ético-sociais da vida social”<sup>8</sup>. Os crimes sexuais eram, deste modo, vistos como protetores de um bem jurídico supraindividual, que dizia respeito à moral e à ordem pública, aos bons costumes e à honra, e não à esfera privada: “o bem jurídico protegido era o pudor social, a moralidade sexual, entendida como «o conjunto de regras que disciplinam, numa dada sociedade, o comportamento humano ligado ao sexo»”<sup>9</sup>. Deixou de se fazer a distinção entre mulheres casadas, solteiras e viúvas, e tratou-se toda a vítima do mesmo modo, independentemente do seu estado civil. Também se afastou o carácter extramatrimonial da cópula para a verificação do crime, mas o meio típico exigido continuou a ser a violência. Além disso, tipificaram-se como agravantes as situações de aproveitamento de uma situação de superioridade hierárquica e o facto de se ter uma doença sexualmente transmissível, sabendo-o. Porém, o facto de a vítima ter contribuído sensivelmente para o ato era visto como atenuante da pena.

Apenas em 1995, com a mais relevante reforma penal, se considerou que estávamos perante crimes contra as pessoas e, conseqüentemente, o bem jurídico protegido passou a ser aquele que ainda hoje subsiste: a autodeterminação e a liberdade sexuais. Entendeu-se, a partir desta revisão do CP, que o que se protege da intromissão alheia é um bem pessoalíssimo, que diz respeito à mais íntima e privada esfera jurídica – foi aqui “se passou da tutela da «moralidade sexual» para a tutela da «liberdade sexual»”<sup>10</sup>. Foi eliminada, pelo menos no texto do Código, a atenuação da pena mediante contribuição da vítima para a consumação do crime. No que às crianças diz respeito, o abuso sexual apenas surgiu com esta revisão, pois no anterior código punia-se o “atentado ao pudor de menor de 14 anos independentemente dos meios empregados”<sup>11</sup>. Segundo ANDRÉ LAMAS LEITE, o desígnio desta reforma, e da ulterior alteração do preceito em 1998, seria a de punir os agressores apenas “quando os «atos sexuais de relevo» são cometidos com menores ou inexistente consentimento ou acordo”, já que “as relações sexuais consentidas entre adultos devem fazer parte de um *locus* de livre configuração da personalidade

---

<sup>8</sup> André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas esparsas”, in *Julgar*, N.º 28, 2016, p. 62.

<sup>9</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual: Enquadramento jurídico, aspetos práticos e gestão processual*, 1ª Edição, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2020, p. 105.

<sup>10</sup> Daniela Raquel Soares da Costa, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação...*, *cit.*, p. 27.

<sup>11</sup> Inês de Sousa Abrunhosa, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças – Uma Análise Jurisprudencial*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015, p. 18.

humana”<sup>12</sup>. O consentimento deve operar, deste modo, como fronteira entre relação e abuso sexual, entre lícito e ilícito.

Os crimes sexuais, especialmente a violação e a coação sexual, são desde sempre crimes de género, o que significa que há uma maior incidência destes ilícitos sobre as mulheres, perpetrados por agressores do género masculino<sup>13</sup>. E isto verifica-se desde o início da vigência do CP, de tal modo que a lei estava regida no sentido de que apenas a mulher poderia ser vítima e apenas o homem podia ser o agressor – a exigência de cópula<sup>14</sup> aponta neste sentido. Posteriormente, em 1998, alargou-se o âmbito de proteção para coito oral e coito anal, e, atualmente, desde 2007, protege-se ainda a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o que implica que se punam as relações não consentidas homossexuais e aquelas em que o agressor é do género feminino. Em 2015, destinando-se a cumprir as exigências da Convenção de Istambul (doravante, CI), o legislador determinou que outros comportamentos – além da violência, ameaça grave ou ter tornado inconsciente ou na impossibilidade de resistir – que constrangessem a vítima a sofrer o crime de violação seriam punidos<sup>15</sup>, apelando já mais claramente ao conceito de consentimento. Finalmente, em 2019, com o objetivo de adequar o CP à CI, deu-se a mais recente alteração de alguns dos preceitos relativos aos crimes sexuais. A ordem dos números dos artigos 163.º e 164.º inverteu-se, de modo a esclarecer que a coação sexual ou a violação, respetivamente, praticadas sem a verificação dos meios típicos, “apenas” através do constrangimento, não seriam um caso atenuado. Ou seja, agora no n.º1 dos artigos 163.º e 164.º refere-se apenas ao constrangimento, o n.º2 é o antigo n.º1, ou seja, refere-se aos meios típicos, e o n.º3 define o que deve ser entendido por constrangimento, como uma prática contrária à vontade cognoscível da vítima e que não esteja prevista nos números anteriores do preceito. Deste modo, parece ter-se dado mais um passo no sentido de valorizar primordialmente o consentimento aquando da aferição destes crimes, em detrimento do apelo à violência que se vinha a fazer desde os

---

<sup>12</sup> André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal ...”, *cit.*, p. 62.

<sup>13</sup> De acordo com as mais recentes estatísticas elaboradas pela Associação de Apoio à Vítima (APAV), relativas aos crimes sexuais, correspondente aos anos 2013-2018, num total de 4761 vítimas, 92% eram do sexo feminino. Quanto ao autor do crime, 96% eram do sexo masculino. Dados disponíveis em: [https://apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_CrimesSexuais\\_2013\\_2018.pdf](https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_CrimesSexuais_2013_2018.pdf). No que diz respeito ao abuso sexual de menores, os dados são semelhantes: 80% das vítimas são do sexo feminino, e 91,6% dos autores são do sexo masculino. Neste caso, 51% dos ataques são cometidos em contexto intrafamiliar, e 55% são perpetrados de forma continuada. Dados disponíveis em: [https://apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Infografia\\_CARE\\_2016\\_2021.pdf](https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Infografia_CARE_2016_2021.pdf).

<sup>14</sup> A cópula (ou acasalamento) implica a penetração da vagina pelo pénis, com a finalidade de possibilitar a junção dos gametas (fecundação) e a geração de um novo ser de uma determinada espécie.

<sup>15</sup> Artigo 164.º, n.º1 e 2 CP, na versão de 2007.

primórdios do Código. Apesar de continuar sem se fazer menção expressa ao consentimento, que cremos ser de grande importância, esta alteração veio dar expressão às teses que viam no artigo uma gradação de relevância penal dos tipos, sendo que a violação ou a coação sexual pareciam menos gravosas, nos termos da anterior ordenação do artigo, quando acompanhada dos meios típicos violentos aí enumerados. Agora aparece em primeiro lugar o tipo fundamental e só depois o tipo qualificado.

A mudança de paradigma no que toca ao bem jurídico veio já tarde, e deixou muitas sequelas na consciência social<sup>16</sup>. Isto é, ainda é muito (demasiado) comum culpar-se a vítima<sup>17</sup> pelo crime sexual que sofreu, quer porque usou um determinado tipo de roupa ou por ser mais liberal nos seus relacionamentos interpessoais – a “mulher honesta” a que apelava a nossa lei penal mais antiga certamente não o seria ou, pelo menos, não poderia ser –, quer porque saiu à noite e bebeu umas bebidas, porque não o evitou, não se defendeu de modo suficiente, provocou o agressor, ou qualquer outra desculpa que inviabilize o sofrimento da vítima e atenuem o comportamento do agressor<sup>18</sup> – este que é o único comportamento ilícito e penalmente relevante. Tal como nos ensina PAULO PINTO

---

<sup>16</sup> Está ainda muito enraizada, em praticamente todo o Mundo, a cultura da violação (*rape culture*), que diz respeito ao “tecido cultural sexista que trivializa, tolera e perpetua a violência sexual contra as mulheres, nas suas múltiplas expressões – das mais subtis e camufladas às mais explícitas e flagrantes (...) a violação surge com expressão de uma construção que naturaliza, nos seus pilares ou «andaimes», o desejo masculino como predatório e a passividade feminina como sua contraparte”. Maria João Faustino, Isabel Ventura, Catarina Alves e Sílvia Lazary de Matos, “Faz Deleite”: *Contributos para o Conhecimento sobre a Violência Sexual Baseada em Imagens (VSBI) em Portugal*, 2022, p. 11.

<sup>17</sup> Há também mitos e crenças sobre a própria condição de vítima que são determinantes no tratamento a que estas posteriormente serão sujeitas. Entre os mitos sobre as vítimas, podemos apontar os três mais comuns: em primeiro lugar, a ideia de que as vítimas têm “um comportamento sedutor e provocatório, pois fantasiam e desejam ser violadas”; depois, o mito de que “a violação é impossível de ocorrer se a mulher oferecer resistência”; e, finalmente, a representação de que as “mulheres apresentam falsas queixas de violação como vingança de alguns homens”. Todas estas ideias não passam de narrativas que não correspondem à realidade. (Gabriela Maria Figueira Martinho, *Crimes sexuais contra mulheres adultas...*, cit., p. 15) Além disso, também um estudo feito pelo Eurobarómetro da Comissão Europeia publicado em novembro de 2016 mostrou que 27% dos inquiridos (mais de um em cada quatro) acreditavam que relações não consentidas podem ser justificadas em alguns casos, como quando a pessoa está sob o efeito de álcool ou drogas, quando voluntariamente aceita ir para casa com alguém, quando usa roupas reveladoras, quando não há um não claro ou quando não há luta como defesa ao ataque. Além disso, 22% dos inquiridos (mais de um em cada cinco) entendem que por regra as mulheres inventam ou exageram nas denúncias relativas aos crimes sexuais. Finalmente, cerca de 11% são da opinião de que sexo forçado no âmbito de uma relação íntima não deve ser ilegal (Amnistia Internacional, *Right to be free from rape: Overview of legislation and state of play in Europe and International Human Rights standards*, 2018, p. 19).

<sup>18</sup> Neste sentido, a defesa dos agressores aproxima-se da teoria da precipitação da vítima (tradução literal de *victim precipitation theory*). Esta é uma teoria da vitimologia na qual certas características da vítima contribuem para o cometimento do crime, como etnia, raça, género, orientação sexual ou identidade de género. A culpabilização da vítima, no caso dos crimes sexuais, através de argumentos como os apresentados, e na ótica daquela teoria, faz querer que “when a woman has placed herself in a situation that might result in sexual activity (...), «she must accept the consequences of her own conduct (i.e. nonconsensual sexual contact)”. Naturalmente, este enunciado não tem defesa possível. Lani Anne Remick, “Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape”, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, N.º 3, 1993, p. 1127.

DE ALBUQUERQUE, “estes crimes visam, agora, proteger não o interesse da comunidade em geral mas sim a liberdade sexual das vítimas”<sup>19</sup>, e é, então, esse o valor que tem de ser assegurado pelo Direito Penal e pelos Tribunais.

### **i. Bem jurídico: liberdade e autodeterminação sexual**

O CP parece adotar uma atitude diferenciada no que diz respeito aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (Capítulo V). Isto porque, enquanto a Secção I daquele capítulo se intitula “Crimes contra a liberdade sexual”, a Secção II, que diz respeito exclusivamente aos crimes praticados contra menores, tem o título de “Crimes contra a autodeterminação sexual”. Ora, tem sido o entendimento doutrinal de que, enquanto na primeira Secção se protege o bem jurídico liberdade sexual, segundo o qual a cada pessoa, sem limitação etária, cabe determinar com autonomia o sentido e o conteúdo da sua vida sexual, na segunda Secção estar-se-ia a proteger um bem jurídico distinto. A autodeterminação sexual dos menores que se pretende proteger, estaria conexas à “proteção da personalidade do menor e ao seu desenvolvimento gradual e à descoberta gradual da sexualidade”<sup>20</sup>. Ou seja, a fragilidade decorrente da imaturidade de que são portadoras as crianças, não lhes permitiria ter capacidade para exercerem a sua liberdade sexual, e nesse sentido, não teriam autodeterminação sexual. Decorrente deste pensamento é o facto de o consentimento ser absolutamente irrelevante quando esteja em causa uma vítima menor de 14 anos. É claro que, na esmagadora maioria dos casos, uma criança não tem capacidade para entender completamente a natureza sexual dos atos, ou as consequências que deles possam advir, e também é verdade que as crianças são mais propensas a ser ludibriadas e coagidas. Mas isso não significa que não tenham liberdade sexual nem capacidade de revelar um consentimento informado, livre e espontâneo. Exatamente por serem mais frágeis é que o Direito as protege com uma especial intensidade, mas isso não significa que o bem jurídico deva ser distinto. Não devemos ficar presos à Moralidade e seguir teses como a de FIGUEIREDO DIAS<sup>21</sup>, que defende uma obrigação de virgindade quando estejam em causa vítimas menores, ou como a de COSTA

---

<sup>19</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual...*, cit., p. 14.

<sup>20</sup> Margarida Isabel Cavaleiro Amaral, *Abuso Sexual de Menores – Análise da Prática Jurídica*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 19.

<sup>21</sup> Cláudia Sofia Fortunato Saraiva, *A tutela dos interesses da vítima menor nos crimes de abuso sexual – Dicotomia entre a proteção da vítima e punição do agressor*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2015, p. 38.

ANDRADE, que entende que “até atingir um certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais”<sup>22</sup>.

O que se deve querer proteger são os abusos sexuais de menores feitos por alguém, através da intimidação, do convencimento e do aproveitamento da incapacidade natural para a compreensão do ato ou comportamento sexualizado. É perfeitamente concebível seguir este entendimento, e entender também que as crianças e adolescentes têm liberdade sexual. Se o menor é dotado de liberdade sexual, tem o direito de a exercer, pelo que, não é por existir um mero ato sexual por ele praticado que há imediatamente abuso. Seguindo o entendimento de INÊS FERREIRA LEITE<sup>23</sup>, não se deve retirar uma diferença de tratamento pela distinta linguagem usada pelo CP (nas Secções I e II do Capítulo V). Não se pode concluir que haja autodeterminação sem que esta seja acompanhada pela liberdade sexual. Isto é, para se verificar a liberdade sexual é necessária uma autodeterminação do sujeito para que este possa ter possibilidade de efetivamente determinar de modo livre a sua conduta sexual, além de plena autonomia de vontade na condução da sua vida privada. Caso contrário, a liberdade não passará de uma mera aparência. A autodeterminação implica, então, “não só a inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a inexistência de condições que permitam uma livre formação da vontade”<sup>24</sup>.

Naquela linha de pensamento há quem entenda, fazendo a distinção de tratamento de adultos e menores com base num distinto bem jurídico, que “os crimes contra a liberdade sexual caracterizam-se, essencialmente, pela utilização de ameaça grave ou violência por forma a constranger a vítima a sofrer ou a praticar, com o agente ou com outrem, atos de natureza sexual”<sup>25</sup>, enquanto nos crimes cometidos contra menores, portanto, atentatórios do bem jurídico autodeterminação sexual, “está em causa o cometimento de atos sexuais sem violência os quais podem prejudicar o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade”<sup>26</sup>. Parece-nos absolutamente incorreto entender que estes tipos de atos são feitos *sem violência*, sobretudo porque as

---

<sup>22</sup> Cláudia Sofia Fortunato Saraiva, *A tutela dos interesses da vítima menor nos crimes de abuso...*, cit., p. 38.

<sup>23</sup> Inês Ferreira Leite, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, N.º 1, 2011.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>25</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual...*, cit., p. 47.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

vítimas são menores. Mesmo que haja abusos sexuais feitos sem violência física notória, ou seja, sem que fiquem marcas visíveis no corpo da criança, como é que podemos entender que não se trata de atitudes violentas?

O critério que deve presidir em todo o tema dos abusos sexuais é, em nossa opinião, e como infra aprofundado, o consentimento. Ora, aos adultos é-lhes reconhecida a liberdade sexual, que implica a faculdade de se autodeterminarem no âmbito da sexualidade, de delinear da maneira que lhes aprouver a sua vida sexual, com respeito pela esfera jurídica de outrem. Sendo assim, a autodeterminação, “a liberdade de autoconformação da vida e prática sexuais de cada um”<sup>27</sup> implica a capacidade de consentir e dissentir nas atividades que quer ou não realizar, respetivamente. Implica a capacidade de ter uma vontade ou falta dela, e de a exteriorizar de modo mais ou menos gritante. Quando um menor não é sujeito a violência física por parte de um adulto, mas antes iludido ou convencido, e até “aceita” fazer parte daquela relação – tendo em conta e como limite o seu nível de desenvolvimento intelectual e a capacidade de compreensão global do que são aqueles atos a que foi, vai ser, ou está sujeito, e das consequências que daí advenham –, deu o seu (aparente) consentimento. Todavia, é evidente que o consentimento prestado não pode ser válido. E atenção: que fique bem claro que não é porque a criança deu o seu consentimento – na medida em que não disse que não – que não há abuso sexual. Há abuso sexual sempre que o aparente consentimento seja colhido da vítima por algum meio. O que queremos chamar, porém, à atenção, é que o consentimento dado naqueles termos não pode ser válido, porque não é, em princípio, informado e consciente. No entanto, quando se trata de atos sexuais praticados por dois menores de idades iguais ou muito semelhantes talvez o consentimento prestado já seja válido, na medida em que foi exteriorizada uma vontade própria, sem coações ou embustes pela outra parte. Em suma, ao considerar que o bem jurídico protegido é a autodeterminação e não – ou também – a liberdade sexual, deixa de se considerar relevante a vontade do menor, e “retirar relevância ao consentimento do menor não é protegê-lo das reais ameaças, mas sim deixá-lo desprotegido quanto à forma de manifestar o seu real e livre consentimento”<sup>28</sup>.

O que foi dito quanto às crianças aplica-se também, com toda a pertinência, aos adultos, ainda que os tipos legais já mencionem, para estes casos, a violência, ameaça

---

<sup>27</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual...*, cit., p. 74.

<sup>28</sup> Margarida Isabel Cavaleiro Amaral, *Abuso Sexual de Menores...*, cit., p. 21.

grave ou ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir. Embora um adulto já seja capaz de dar o seu consentimento, mais esclarecido e informado que o do menor, o consentimento só há-de ser válido na medida em que se reúnam todas as suas condições de validade, analisadas infra. De qualquer modo, fica a nota de que um sim não é suficiente para que o consentimento tenha validade para retirar a tipicidade ao ilícito, e de que um não pode ser demonstrado de várias maneiras.

## ii. Coação sexual: ato sexual de relevo

A coação sexual é um crime de dano, porque se verifica uma efetiva lesão do bem jurídico aquando da sua prática, e é também um crime de mera atividade no que toca à sua consumação, já que esta se verifica pela mera execução do comportamento humano. O ato sexual de relevo pode ser entendido sob um ângulo subjetivo, objetivo ou misto. Desde logo, tem de estar em causa um ato sexual que, de um ponto de vista objetivo, é todo aquele que “assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica”<sup>29</sup>. De um ponto de vista subjetivo, exige-se ainda que aquele ato se destine a “despertar ou satisfazer, em si [agente] ou em outrem, a excitação sexual, dita também intenção libidinosa”<sup>30</sup>. Assim, de acordo com a tese subjetivista o ato sexual é aquele que desperte no agente a excitação sexual, isto é, a libido. Por sua vez, de um ponto de vista objetivo, o ato sexual será “todo aquele que releva externamente uma conexão com a sexualidade”<sup>31</sup>. A tese mista, por fim, articula as conceções objetivista e subjetivista: além de ter de ser demonstrado externamente, o ato sexual deve ainda ser passível de suscitar a intenção libidinosa do agente. É importante ter em mente que a intenção libidinosa do agente é só uma possível motivação para a prática do crime, devendo ser considerada no todo do caso concreto – por exemplo, um beijo na boca, só por si, pode ser considerado um ato sexual de relevo, porém, quando dado por um progenitor ao seu filho, pode ser apenas um hábito comum ou um costume, sendo que,

---

<sup>29</sup> Posição defendida por Figueiredo Dias. Vânia Pereira Moreira, *O Crime de Violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade Sexual: Reflexões acerca da alteração ao nº2 do artigo 164º do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 19.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual...*, cit., p. 76.

neste caso, poderá relevar a intenção libidinosa do progenitor para aferição de um eventual crime de coação sexual.

O que tornará o ato sexual penalmente relevante será, então, o grau de danosidade para o bem jurídico, que “em face da espécie, intensidade ou duração ofende em elevado grau a liberdade de determinação sexual da vítima”<sup>32</sup>, afastando os atos que não ofenderão de modo particularmente grave o bem jurídico, como serão, por exemplo, os atos exibicionistas. Esta exigência da relevância do ato comporta uma função negativa, que exclui do tipo os atos insignificantes ou bagatelares, e uma função positiva, que destaca a afetação do bem jurídico, isto é, coloca o foco em “se o ato representa um entrave com importância para a liberdade de determinação da vítima”<sup>33</sup>. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE distingue quatro categorias escalonadas de atos sexuais para demonstrar o que temos vindo a dizer: existem, deste modo, os atos de especial relevo – como a cópula, o coito anal e oral, e a penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo –, os atos sexuais de relevo – cuja gravidade é medida em termos objetivos –, os atos de contato sexual – aqueles que não têm gravidade objetivamente considerada – e, finalmente, os já referidos atos de exibicionismo. O facto de não estarmos perante um ato sexual de relevo não determina a desproteção por parte do Direito Penal, uma vez que podemos ainda estar perante um crime de coação (art. 154.º) ou de importunação sexual (art. 170.º).

Segundo a jurisprudência nacional, o ato sexual de relevo “será, pois, aquele que, tendo uma relação objetiva com o sexo, se reveste de certa gravidade, constituindo «uma ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito passivo», invadindo de uma maneira objetivamente significativa aquilo que «constitui a reserva pessoal, o património íntimo que, no domínio da sexualidade, é o apanágio de todo o ser humano”<sup>34</sup>. Tratar-se-á, no fundo, de todos os atos que um observador comum possa entender como sexualizados e que ofendam de maneira grave a liberdade e autodeterminação da vítima.

Vigora entre a doutrina o entendimento de que este conceito indeterminado, de ato sexual de relevo, mais não será que uma “cláusula de adequação social”<sup>35</sup> para justificar

---

<sup>32</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual...*, cit., p. 77.

<sup>33</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial: Tomo I – Artigos 131º a 201º*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 449.

<sup>34</sup> Acórdão do STJ de 24-10-1996.

<sup>35</sup> Posição defendida por Teresa Beleza. Inês Félix Martins, *A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português – A aplicação de medidas de coação e de penas acessórias no crime de violência doméstica e*

alguns dos atos sexuais que as vítimas sofrem, mas que não merecem proteção legal, já que são “factos que as mulheres suportam por dificuldade ou impossibilidade de ser levada a sério a sua lesão da dignidade e da autonomia”<sup>36</sup>. Concordamos com esta interpretação, na medida em que a consideração de atos abusivos não tão óbvios – como piropos ou assobios –, quando vistos como bagatelares, contribuem para a aceitação e relativização sociais de tais comportamentos, que são ainda assim indiscutivelmente atentatórios da liberdade sexual. A atitude passiva a estas práticas resulta numa “espécie de *agorafobia* imposta pela sociedade (...) que conduz as mulheres a excluírem-se por si mesmas da ágora”<sup>37</sup>.

O meio típico que a norma exigia, até 2019, para a prática de tais atos sexuais de relevo, era a coação ou o constrangimento, que se demonstravam através da violência, ameaça grave ou ter tornado inconsciente ou na impossibilidade de resistir – como acontecia na violação. Assim, a falta de consentimento não relevava como elemento integrativo exclusivo do tipo. Embora se admitisse que havia uma limitação imediata do bem jurídico liberdade sexual, tal não era suficiente para que se verificasse um crime de coação sexual, tendo de existir sempre um dos meios de coação ou constrangimento mencionados. Este é, ainda, o entendimento de FIGUEIREDO DIAS, que acrescenta, “Atos sexuais súbitos ou inesperados praticados sem ou contra a vontade da vítima, mas aos quais não preexistiu a utilização de um daqueles meios de coação, não integram o tipo objetivo de ilícito”<sup>38</sup>. Não conseguimos conceber de que forma é que um ato sexual súbito ou inesperado (isto por oposição aos atos sexuais não consentidos mas esperados?) que é praticado sem ou contra a vontade da vítima não é de algum modo violento, seja física ou psicologicamente. Esta observação só fará sentido para a tese que exige um ónus de resistência da vítima para a verificação da violação. Parece-nos que o consentimento é o elemento mais relevante em caso de coação sexual, pois após a verificação da sua falta, existirá sempre algum tipo de constrangimento ou de coação. O autor, por sua vez, não considera que a violência psíquica ou moral possa estar aqui abrangida, nos mesmos moldes em que o está para o crime de coação (art. 154.º do CP), pois estamos no âmbito

---

*nos crimes sexuais*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2017, p. 12.

<sup>36</sup> Inês Félix Martins, *A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português...*, cit., p. 12.

<sup>37</sup> Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro Pacheco, *O Abuso Sexual e as Adolescentes – Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal*, Candidatura ao Prémio Teresa Rosmaninho, Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Porto, 2013, p. 37

<sup>38</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal...*, cit., p. 453.

da esfera sexual e, por isso, poderia “ocasionar (...) uma inadmissível confusão entre processos (tipicamente ilícitos) de violência e processos (atípicos) de sedução”<sup>39</sup>. Se ao menos se desse valor à vontade da vítima. Enfim, considera o autor que a violência psíquica ou moral pode estar abrangida pelo conceito de ameaça, remetendo para o artigo 153.º do CP. Com a atualização da lei penal em 2019, o n.º1 do art. 163.º passou a exigir apenas o constrangimento da vítima, por qualquer meio e contra a vontade cognoscível daquela (n.º3). Denota-se uma maior aproximação à ideia que defendemos, de que a base deve assentar sempre no consentimento da vítima.

### **iii. Violação: violência, ameaça grave e tornar inconsciente ou na impossibilidade de resistir**

No artigo 164.º do CP está previsto o crime de violação, nos termos do qual, para que se encontre preenchido o tipo, é necessário o constrangimento da vítima, no sentido da prática de atos contra a sua vontade cognoscível, ou a verificação de algum dos meios típicos presentes no n.º2 daquele artigo. O primeiro número do artigo apresenta, nestes termos, um crime de execução livre, enquanto o segundo trata de um crime de execução vinculada, uma vez que não se contenta com a prática de um ato sexual sobre o qual não haja consentimento da vítima, exigindo-se, ainda, a existência de coação, ameaça grave ou tornar inconsciente ou pôr na impossibilidade de resistir.

O conceito de violência tem sido discutido na doutrina, estando em polos opostos os que defendem que o desrespeito pelo simples dissentimento é violência e aqueles que defendem que a violência tem de ser física, como se se tratasse de uma luta entre agressor e agredido. Ora, a primeira tese define, então, que “o simples facto de ter sido praticado sem consentimento significa que um relacionamento forçado é sempre, *per si*, suficientemente violento”<sup>40</sup>. Esta tese ampla faz coincidir a noção de violência com a ausência de consentimento. É este o entendimento que seguimos. Numa tese intermédia, que era aquela plasmada na lei penal até 2019, defende-se que o constrangimento tem de se verificar por um dos meios referidos no art. 164.º, não tendo de ser obrigatoriamente violento, embora sendo-o na maioria dos casos. Esta é a perspetiva de FIGUEIREDO DIAS, segundo o qual não é suficiente “que o agente tenha constrangido a vítima a sofrer ou a

---

<sup>39</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal...*, cit., p. 453.

<sup>40</sup> Daniela Raquel Soares da Costa, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação...*, cit., p. 40.

praticar, acto de violação, – isto é, que este acto tenha tido lugar sem ou contra a vontade da vítima”<sup>41</sup>. Também é a tese seguida por alguma jurisprudência, nomeadamente pelo Tribunal da Relação do Porto (TRP) quando determina que “A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes”<sup>42</sup>, e pelo Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), que entende que “Violência reporta-se à utilização de força física como meio de vencer a resistência oferecida ou esperada por parte da vítima como reacção à actuação do agente. Força essa que não tendo que revestir características específicas há-de revelar-se como meio adequado e idóneo a vencer a resistência real ou presumível que a vítima oponha à acção”<sup>43</sup>. No polo oposto, por sua vez, numa posição extremada, exige-se o ónus de defesa da vítima, isto é, só há violação quando se verifica uma luta física entre agente e vítima<sup>44</sup>. De acordo com o TRP, “O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em «violência» (...) A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto (...) A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação”<sup>45</sup>.

Ainda que a tese intermédia tenha algum apoio na letra da lei, sendo muito mais óbvio antes da revisão de 2019, esta última tese não tem qualquer defesa – também se exige tal ónus de defesa perante o crime de roubo (art. 210.º do CP)? O mesmo se questiona quanto ao crime de violação do domicílio (art. 190.º do CP), tal como suscitado por TERESA BELEZA<sup>46</sup> – neste caso também não se exige violência ou ameaça, apenas a falta de consentimento. Não se entende a imposição de violência física quanto à violação, onde se pretende proteger um dos bens jurídicos mais pessoais e íntimos da vítima que, quando devassado, poderá, em princípio, trazer consequências bastante mais gravosas na sua vida

---

<sup>41</sup> Daniela Raquel Soares da Costa, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação...*, cit., p. 41.

<sup>42</sup> Acórdão do TRP de 13-04-2011.

<sup>43</sup> Acórdão do TRL de 02-07-2013.

<sup>44</sup> Tese defendida por Simas Santos e Leal Henriques, que afirmam a necessidade de “um ato de resistência (físico) por parte da vítima, ou seja, que esta tenha, de algum modo, reunido os seus esforços, resistido contra o ato sexual em si e tentado fugir, escapar, defender-se”. Daniela Raquel Soares da Costa, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação...*, cit., p. 41.

<sup>45</sup> Acórdão do TRP de 13-04-2011.

<sup>46</sup> Luísa Renata Ramos Naia, “Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de Adolescentes – Conjugação dos arts. 163º, n.º2 e 164º, n.º2 com os arts. 172º e 173º do Código Penal”, in Raquel Carvalho e Catarina Santos Botelho (Orgs.), *Yearbook: Mestrado da Faculdade de Direito – Escola do Porto/ Universidade Católica Portuguesa*, Vol. 1, Universidade Católica Editora, Porto, 2019, p. 15.

e desenvolvimento pessoal<sup>47</sup>, do que aquelas causadas por um roubo ou pela violação do domicílio.

Na nossa perspetiva, a violência a que se refere o artigo é qualquer tipo de violência, física ou psíquica, e ainda a ameaça de violência. Não é necessário que a vítima se debata com o agressor para se entender que aquele ato não foi por ela querido, não é necessário que a vítima diga expressamente *não* para demonstrar o seu dissentimento. Nas palavras de FERNANDA PALMA, “é violência aquilo que verga a vontade do outro”<sup>48</sup>. Ora, fica então por responder esta questão: o que é que não se pode considerar violência após o dissentimento da vítima? A partir do momento em que as investidas por parte do agressor são subsequentes a uma qualquer demonstração de dissentimento – que, obviamente, não têm de ser verbais; podem ser, por hipótese, o afastamento da outra pessoa, o evitamento, o desdém, até o silêncio –, parece-me claro que todas elas serão mais ou menos violentas, mais ou menos insistentes, mas todas elas caem fora do escopo do consentimento. É claro que a violência física é mais perceptível e de mais fácil prova, quando deixa marcas físicas, mas não pode ser a única admitida. FIGUEIREDO DIAS entende que tem de estar em causa a violência física, ainda que possa não ser muito grave ou pesada, desde que seja suficiente a “vencer a resistência efetiva ou esperada da vítima” – mas é realmente necessária a violência física para se chegar a esse resultado? Não podem deixar de ser

---

<sup>47</sup> As vítimas de violação e demais crimes sexuais podem desenvolver vários problemas do foro psicológico, como ansiedade, depressão e stress pós-traumático. Além disso, são características destas vítimas, entre outros aspetos, os sentimentos generalizados de medo, culpa, vergonha, insegurança e impotência, baixa autoestima, dificuldade em confiar nas outras pessoas e isolamento social, que as torna mais vulneráveis a novos ataques. Há consequências ainda mais alarmantes como os abusos de substâncias (álcool e drogas) e a ideação ou tentativa de suicídio. Burgess e Holmstrom designaram de Síndrome do Trauma de Violação (STV) o padrão de consequências mais comuns de vítimas de violação, correspondendo a um “conjunto de efeitos físicos (e.g., desmaios), psicológicos (e.g., fobias) e comportamentais (e.g., perda de autonomia)” (Gabriela Maria Figueira Martinho, *Crimes sexuais contra mulheres adultas...*, cit., p. 16). Além disso, um estudo feito por Carla Paiva e Bárbara Figueiredo determina que os relacionamentos íntimos de menor qualidade – aqueles em que se verificam abusos físicos e/ou psicológicos – têm efeitos nocivos na saúde: “as pessoas com história de relacionamentos abusivos têm pior saúde, (...) [apresentam] mais reações interpessoais negativas, como hostilidade e domínio, as quais estão associadas a uma maior reatividade cardiovascular e a valores elevados da pressão arterial, fatores implicados no desenvolvimento de doenças cardiovasculares (...) o stress crónico (...) [está] na base de muitas doenças crónicas, como doenças cardiovasculares, diabetes e cancro”. (Carla Paiva e Bárbara Figueiredo, “Abuso no relacionamento íntimo e estado de saúde em jovens adultos portugueses”, in *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 5, N.º 2, 2005, p. 249). Em suma, “as experiências de abuso no relacionamento íntimo originam um vasto leque de reações emocionais que incluem medo, raiva, isolamento e mal-estar emocional (...) [estas vítimas apresentam mais frequentemente] queixas somáticas, tais como insónia, dores de cabeça, problemas gastrointestinais, e dor pélvica (...) e também sequelas físicas, como ossos partidos e concussões” (*Idem*, p. 250).

<sup>48</sup>Tal como mencionado no artigo “«Não basta não haver consentimento para haver violação», diz representante sindical de juízes”, disponível em <https://www.dn.pt/pais/nao-basta-nao-haver-consentimento-para-haver-violacao-diz-representante-sindical-de-juizes--9913682.html>.

consideradas relevantes e suficientes a manipulação, a ameaça verbal, o temor reverencial. Assim sendo, defendemos que a falta de consentimento válido é suficiente para que se encontre preenchido o tipo legal de violação, sendo que, serão até eventualmente preenchidos os tipos de coação a que se refere o n.º2 do art. 164.º, mas não é um elemento cumulativo à falta de consentimento, é uma consequência comum da falta do consentimento. Se algo nos é feito sem que estejamos de acordo com tal, por regra há coação, física, psíquica ou moral. Há sempre violência, física e/ou psíquica. Além dos autores MARIA CLARA SOTTOMAYOR, MARIA CONCEIÇÃO CUNHA e SÉNIO ALVES<sup>49</sup>, também alguma jurisprudência aponta neste sentido: “o conceito de violência deve ser integrado não só de forma a incluir o uso da agressão física mas também o uso da agressão psíquica, abrangendo-se qualquer manifestação de uma conduta activa ou omissiva, adequada a obter o resultado pretendido, o qual é conseguido contra a vontade do sujeito passivo, anulando, ainda que parcialmente, a sua vontade ou colocando-o numa situação de inferioridade que o impede de reagir como queria”<sup>50</sup>.

No que diz respeito ao conceito de ameaça grave, refere-se à intimação da vítima para atuar de determinada forma, sob pena de verificação de um mal futuro. Será, deste modo, a “perturbação da liberdade interior de decisão e da liberdade de ação da vítima”<sup>51</sup>. A ênfase coloca-se, então, no adjetivo *grave*. Para FIGUEIREDO DIAS, a ameaça tem de ser grave no seu “conteúdo, mas também segundo a sua medida e a sua intensidade”<sup>52</sup>, no fundo, a ameaça tem de ser mais relevante que a exigida pelo crime de coação (art. 154.º do CP). Outra tese, defendida por CONCEIÇÃO CUNHA e MARIA DO CARMO DIAS vai no sentido de que não é necessária uma intensidade superior à exigida pelo referido artigo e acrescentam, ainda, que a ameaça pode ser feita contra a honra e dignidade da vítima, e não apenas face à vida e integridade física. Além disso, também pode ser dirigida a terceiros, como amigos ou familiares. A ameaça é um meio de coação cujo propósito é subjugar a vontade da vítima em prol da realização de um ato sexual, pelo que, há autores

---

<sup>49</sup> Daniela Madeira Balsinhas de Ávila Gomes, *O Crime de Violação – À luz da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, p. 21-22.

<sup>50</sup> Acrescenta, ainda, o Acórdão do TRP de 15-06-2011: “Poderá configurar-se violência mesmo que não haja reacção ou resistência por parte da vítima: o que importa é que sejam utilizados meios que impedem a formação da vontade ou a liberdade de determinação da vítima. (...) Configura a prática de um crime de violação a conduta do agente que, após a recusa da vítima em ter relações sexuais com ele, lhe diz em tom sério e intimidatório que ou ela mantinha relações sexuais com ele ou desferia-lhe dois socos, assim tendo conseguido perturbar a liberdade de decisão e de acção da vítima e, desta forma, realizar cópula com ela”.

<sup>51</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual...*, cit., p. 48.

<sup>52</sup> Luísa Renata Ramos Naia, “Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de Adolescentes...”, cit., p. 17.

que entendem que a violência psíquica é protegida neste ponto. Em suma, a ameaça grave “consiste em toda a promessa, pelo agente, de inflicção de um mal futuro (independentemente de o mesmo se vir ou não a concretizar), a qual seja, pela própria natureza dos bens jurídicos que visa atingir, apta a cercear a liberdade de vontade do ofendido, de modo a que este pratique a ação ou a omita”<sup>53</sup>, e a intensidade da gravidade “radica na sua idoneidade para provocar na vítima um estado de temor tal que seja induzida a escolher, como saída menos gravosa, a realização”<sup>54</sup> dos atos sexuais a que está a ser ou será sujeita. A jurisprudência também vai neste sentido e acrescenta que “é pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade”<sup>55</sup>, para enfatizar que a ameaça grave feita a um menor ou a um adulto poderão ser distintas. Ou seja, embora seja um conceito eminentemente objetivo, também é importante ter em consideração as concretas vítima e ameaça, em função do concreto agressor – se “a ameaça é levada a sério pela vítima é sempre uma ameaça grave”<sup>56</sup>. MARIA CLARA SOTTOMAYOR entende que a exigência desta ameaça *grave* abre “a porta a concepções subjectivas de quem julga e avalia os factos, e à visão da agressão sexual como “sedução”, e portanto, lícita”<sup>57</sup>. Não podemos deixar de concordar, pois sendo um conceito indeterminado e sujeito à interpretação do órgão aplicador da lei, dá palco a concepções morais e subjetivas que se podem traduzir – e já temos visto disso exemplos na nossa jurisprudência – em situações extremamente injustas para as vítimas e que em nada contribuem para valorizar o nosso sistema judicial.

Por fim, o último meio de constrangimento presente no n.º2 do art. 164.º do CP refere-se aos casos em que o agressor coloca a vítima num estado inconsciente ou na impossibilidade de resistir, que se diferencia do art. 165.º (abuso sexual de pessoa incapaz de resistência), na medida em que aqui a vítima já se encontra nesses estados, não é colocada daquele modo pelo agressor. Isto é, no caso da violação, “importa que haja uma relação meio-fim”<sup>58</sup>, “a vítima é colocada numa posição em que não se consegue opor aos intentos do agressor”<sup>59</sup>. Neste tipo de casos não há certamente uma resistência da

---

<sup>53</sup> André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal ...”, *cit.*, p. 68.

<sup>54</sup> Luísa Renata Ramos Naia, “Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de Adolescentes...”, *cit.*, p. 18.

<sup>55</sup> *Ibidem.*

<sup>56</sup> Acórdão do TRC de 25-06-2014.

<sup>57</sup> Maria Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação...” *cit.*, p. 275.

<sup>58</sup> Posição defendida por Maria da Conceição Cunha. Vânia Pereira Moreira, *O Crime de Violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade Sexual...*, *cit.*, p. 29.

<sup>59</sup> Centro de Estudos Judiciários, *Crimes de Violação e Coação Sexual...*, *cit.*, p. 49.

vítima, uma vez que ela é especificamente colocada de tal modo que seja incapaz de o fazer, e não se pode deixar de considerar tal ato como violento. Há toda uma premeditação por parte do agressor, que controla a atuação da vítima com o objetivo de a inabilitar completamente: a vítima deixa de ter capacidade para dizer que sim ou que não, para se debater com ele, para o afastar ou para fazer o que quer que seja. É por situações como as deste tipo que nos causa estranheza que não seja suficiente a ausência de consentimento para que se considere qualquer ato sexual não desejado como penalmente relevante, embora reconheçamos que estas situações possam ser compreendidas pelo constrangimento a que se refere agora a lei. Repita-se e sublinhe-se, qualquer ato sexual que ultrapasse a linha do consentimento validamente prestado é um ato sexual violento.

#### **iv. Crimes sexuais contra crianças e adolescentes**

As crianças e jovens só tiveram uma proteção jurídica há relativamente pouco tempo, já que eram antes vistas como pequenos adultos ou como adultos em miniatura. Isto é, a infância não era reconhecida como uma fase especialmente frágil e digna de proteção por parte do Direito, tanto é que não havia grandes restrições ao trabalho ou casamento infantis. Antes da Idade Média o conceito de infância não existia, era considerada apenas uma fase passageira sem grande importância, e as crianças participavam em todas as atividades do mundo adulto. Foi nos séculos XIV e XVIII que a separação entre crianças e adultos se fez sentir, como categorias com responsabilidades, direitos e funções sociais distintas, mas ainda não se associava a infância à inocência sexual. Em meados do séc. XIX dá-se o estudo científico da infância e da sua relação com a sexualidade, nomeadamente, através dos estudos de FREUD<sup>60</sup>. Agora, entende-se que a infância, e mesmo a adolescência, são fases da vida de especial delicadeza e vulnerabilidade, em que há uma falta natural e expectável de maturidade, pelo que as crianças e jovens devem ser particularmente protegidos. Do facto de se considerar as crianças como assexuadas ou inocentes deveria retirar-se a conclusão de que aquelas não podem ser culpadas dos crimes sexuais de que sejam vítimas. Todavia, tal visão leva a que se considere o conhecimento sexual como a fronteira que divide a infância e a idade adulta, pelo que

---

<sup>60</sup> Belinda Carpenter, Erin O'Brien, Sharon Hayes e Jodi Death, "Harm, Responsibility, Age, and Consent", in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 17, N.º 1, 2014, p. 28-30.

aquelas que são mais educadas ou curiosas no assunto sejam vistas como “demasiado sabedoras” e até sedutoras, o que resulta na culpabilidade destas vítimas<sup>61</sup>.

No que diz respeito aos crimes sexuais, o bem jurídico a assegurar será a autodeterminação sexual – tal como analisado supra. Quer isto dizer, no caso das crianças e jovens o que se pretende proteger é o desenvolvimento saudável no âmbito sexual em especial, para que este ocorra sem pressões, com naturalidade, e se adequa ao nível de amadurecimento daquele que pratica tais atos. O bem jurídico aqui em causa traduzir-se-á, então, num bem jurídico complexo, onde “apesar do núcleo de proteção ser a liberdade e a autodeterminação sexual, se tutelam outros direitos (...) tais como a dignidade, a saúde, a integridade física e psíquica, a segurança e a autoestima”<sup>62</sup>. É verdade que as crianças e jovens merecem uma atenção especial por parte do Direito, mas aqueles também merecem por parte do Direito o seu reconhecimento como seres autónomos capazes de tomar decisões, como “portadores de uma perspetiva própria sobre as decisões que lhe dizem respeito”<sup>63</sup>, por mais ou menos acertadas que possam moralmente ser concebidas. Sendo assim, não se pode considerar que haja verdadeiramente autodeterminação sexual sem que exista, do mesmo modo, liberdade sexual. Às crianças e jovens deve ser reconhecida a liberdade sexual, de modo que se possam autodeterminar nas suas condutas e práticas sexuais. Parece sobejo repetir isto, mas de facto não é este o entendimento que a nossa doutrina e jurisprudência têm seguido, sobrepondo antes as conceções morais que desde há muito acompanham este tema<sup>64</sup>. Entender que os jovens têm liberdade sexual não promove a promiscuidade ou a libertinagem<sup>65</sup>. Entender que os

---

<sup>61</sup> Belinda Carpenter, Erin O’Brien, Sharon Hayes e Jodi Death, “Harm, Responsibility, Age, and Consent”, *cit.*, p. 31.

<sup>62</sup> Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro Pacheco, *O Abuso Sexual e as Adolescentes...*, *cit.*, p. 14.

<sup>63</sup> Maria Clara Sottomayor, *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A Função dos Juizes Sociais – Atas do encontro*, (Coord. Científica), Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 10.

<sup>64</sup> Tomemos por exemplo o Acórdão do Tribunal de Círculo de Santa Maria da Feira, de 29-04-1997, em que se afirma que a vítima “repetidamente disse ao arguido «para parar porque isso estava errado». Com tais expressões, a menor revelou ter intuído, claramente, o carácter negativo de ter uma relação de carácter sexual com um homem casado, o que porém, não a impediu de continuar a manter esses contactos” (Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais, *Convenção de Istambul – Notas sobre os projetos legislativos*, 2015, p. 10). Ou, ainda, o Acórdão do STJ de 11-01-96, nos termos do qual, ““No crime de violação, provado que a ofendida já tinha, então, 14 anos de idade, já antes tinha tido por várias vezes relações sexuais com outro homem e frequentava regularmente a casa do agente, não parece que uma simples bofetada constitua acto idóneo para convencer uma mulher, que já não era inexperiente, a manter relações sexuais contra a sua vontade, ou que essa mesma bofetada possa caracterizar, sem mais, o requisito “violência” como meio de conseguir uma cópula” (*Idem*, p.11).

<sup>65</sup> “A noção de que o sexo per se é prejudicial aos jovens foi inculcada em extensivas estruturas sociais e legais desenvolvidas para isolar os menores do conhecimento e experiência sexuais”. Gayle Rubin, *Pensando o Sexo: Notas para uma Teoria Radical das Políticas da Sexualidade*, Filipe Bruno Martins Fernandes (Trad.), p. 2.

jovens têm liberdade sexual promove um diálogo aberto destas matérias, o que resulta numa população mais jovem mais educada, e que, conseqüentemente, irá conduzir a uma determinação mais ponderada, mais refletida, mais matura. Ademais, os outros bens jurídicos supramencionados, se estão albergados pela autodeterminação sexual também o estão pela liberdade sexual, no sentido de que, desde logo, estas não são duas realidades distintas mas antes conceitos complementares, e ainda porque também se protegem os mesmos bens jurídicos quanto aos adultos.

O consentimento também tem particular relevância neste ponto. As crianças e jovens são capazes de dar o seu consentimento para a prática de atos sexuais, mas na maioria dos casos o consentimento não poderá ser válido, pelo que, não poderá ser considerado penalmente relevante. Ou seja, “o consentimento livre só sucede entre iguais”<sup>66</sup>, o que não acontecerá na maioria dos casos, exatamente porque os jovens são mais facilmente ludibriados ou enganados, é mais fácil cederem a pressões de pares ou necessitarem de aprovação alheia<sup>67</sup>. Nos termos da lei penal, há uma proteção absoluta dos menores de 14 anos, face aos quais se desconsidera por absoluto o seu consentimento, e uma tutela relativa dos jovens com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos de idade, o que se traduz na valorização relativa do seu consentimento: o consentimento é valorizado salvo em relações de domínio, nas quais não haverá uma vontade livre e esclarecida. Segundo PIAGET<sup>68</sup>, “a evolução do indivíduo acompanha o desenvolvimento anátomo-fisiológico das estruturas cerebrais”, mas o papel da sociedade e das emoções são absolutamente imprescindíveis para o desenvolvimento das capacidades de compreensão e de decisão. Nestes termos, depois dos onze anos de idade, o jovem já passou por uma série de fases de desenvolvimento, tais como a da aprendizagem da linguagem, a da “solução de problemas com objetos concretos”, “o domínio da estrutura lógica e da distinção entre aparência e realidade”, e entra agora a fase de exploração da compreensão lógica-abstrata<sup>69</sup>, que lhe permitirá refletir sobre o seu próprio pensamento. Esta etapa é crucial

---

<sup>66</sup> Maria Clara Sottomayor, *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A Função dos Juízes Sociais – Atas do encontro*, (Coord. Científica), Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 29.

<sup>67</sup> Tal como mencionado no Acórdão do TRP de 07-07-2021, “O meio típico de execução abuso da inexperiência da vítima abrange as condutas exploratórias das diversas situações de carência (afetiva, psicológica, educativa) e até a mera curiosidade, a vontade de agradar e de fazer parte do grupo, a dificuldade em dizer não relativamente ao líder e o receio de perder prerrogativas no seio do grupo ou de ser colocado de parte, que sejam suscetíveis de levar o adolescente a consentir na prática de atos sexuais”.

<sup>68</sup> Alécia Alvim Faria e Túlio Vianna, “Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 118, 2016, p. 19.

<sup>69</sup> Estas fases têm as seguintes denominações, por ordem de menção no texto: estágio sensório-motor, fase pré-operacional, estágio operatório-concreto e, por fim, estágio de operações formais.

na formação do consentimento, uma vez que interfere diretamente com a capacidade de formar uma decisão mais ponderada, de separar o certo do errado ou a vontade da falta de vontade. Há que ter em atenção que a criança pode regredir a uma das fases anteriores quando se encontre sob um estado especialmente stressante ou eufórico, e tomar decisões de acordo com tais sentimentos. Sendo assim, a partir dos onze anos de idade, em princípio, o jovem já é capaz de dar um consentimento mais ou menos esclarecido. É claro que é também nesta fase que os jovens mais querem impressionar os outros, o que pode torná-los alvos mais fáceis de enganos e, nesse sentido, serem mais facilmente focos de abusos sexuais. Não se está aqui a culpar a vítima, o que se quer dizer é que os agressores procuram vítimas que sejam mais facilmente domináveis, quer pelo convencimento ou pela força, e um adulto será, por regra, mais forte que um jovem em ambos os sentidos<sup>70</sup>. A responsabilidade que se exige de um adulto ou de uma criança ou adolescente também é distinta, o que faz com que a conduta de abuso sexual de menores seja especialmente repudiada pelo sistema jurídico-penal.

Para ERIKSON<sup>71</sup>, por sua vez, o contexto cultural e histórico onde se insere a criança ou jovem em concreto é determinante na formação da sua identidade, “construída e mantida pela sociedade”. Assim, tal como defende também ANNA FREUD, o foco deve ser apontado para as relações sociais, pois será esse o fator mais relevante na tomada de decisões e desenvolvimento pessoal dos jovens, em detrimento de fatores biológicos. Independentemente de qual acreditemos ser a tese mais correta, o certo é que a educação para temas da sexualidade só pode ser benéfica para os jovens, quer em termos de

---

<sup>70</sup> A jurisprudência aponta neste sentido, de maior manipulação da vítima: “A [vítima] C... evidencia um quadro de forte instabilidade afetiva e emocional, com isolamento social, sinais de angústia e ansiedade, medo associado à figura do abusador, pensamentos intrusivos com a temática do abuso e afastamento do grupo de pares (...) O arguido B... bem sabia que os atos que praticou, de forma reiterada, ainda que com o consentimento da menor, eram abusivos da inexperiência de vida da C... e do contexto de fragilidade emocional em que ela vivia em virtude da doença do progenitor” (Acórdão do TRP de 25-09-2019). Outro exemplo do mesmo Tribunal: “Perante a recusa da menor C....., o arguido retorquiu para aquela: «se não mantiveres relações comigo, faço o mesmo com a tua irmã, que fiz contigo» (...) O arguido tinha perfeita noção da idade da vítima, circunstância de que se aproveitou (...) Também não ignorava que actuando da forma descrita não só afectava o livre desenvolvimento da personalidade daquela na sua esfera sexual como a limitava na sua liberdade e autodeterminação sexual. (...) Aliás, aproveitou-se mesmo da sua incapacidade de resistência e de avaliação do sentido do acto sexual para melhor satisfazer os seus instintos libidinosos (...) Além disso, sabia, também, que ao dizer, a certa altura à menor que faria o mesmo à sua irmã se esta não acesse a manter consigo relações sexuais, criava, por via dessa conduta, constrangimento na menor C....., de forma a que esta mantivesse consigo relações sexuais, limitando-a, assim na sua liberdade sexual (...) Sabia, ainda, que esta sua conduta era adequada a levar a menor a continuar a relacionar-se sexualmente consigo, pelo medo que provocou naquela” (Acórdão do TRP de 19-06-2013).

<sup>71</sup> Aléxia Alvim Faria e Túlio Vianna, “Maioridade Sexual...”, *cit.*, p. 19.

prevenção para abusos sexuais, quer em termos de saúde sexual<sup>72</sup>. A ânsia de proteger um bem jurídico diferente da liberdade sexual só deixa a vítima mais desprotegida, pois se o que se quer resguardar é uma moralidade sexual, assente na imaturidade ou falta de preparação para a vida sexual, as vítimas serão indubitavelmente submetidas a juízos morais que não se justificam. O que é ilícito, na nossa conceção, serão atos sexuais cometidos sem o consentimento válido da vítima. De nada interessa “proteger” um jovem de um ato sexual que foi por si querido, só porque consideramos que aquele ato irá eventualmente prejudicar o seu saudável desenvolvimento psicossocial, pelo simples facto de o considerarmos “demasiado” jovem. É muito mais relevante e necessário proteger os jovens dos atos de aproveitamento ou fraude por parte dos adultos ou de outros jovens, que os restringir da prática de quaisquer atos sexuais. É importante reconhecer a liberdade sexual aos menores, pois só desse modo nos será – e a eles também – possível reconhecer quando e em que moldes é que aquela foi restringida. Uma última nota para referir que os abusos são muitas vezes entendidos como sendo perpetuados por adultos sobre menores, mas a verdade é que podem e são praticados também por outros menores. Doutrinariamente tem-se interpretado que uma diferença de cinco anos entre vítima e abusador é suscetível de determinar uma relação com elevada discrepância de desenvolvimento físico e psicológico, tal como de maturidade sexual, e por isso é necessário estar alerta para este tipo de situações<sup>73</sup>.

No que toca ao contacto da criança com as entidades judiciais, há que ter presente que estamos perante uma vítima muito especial, precisamente porque é menor de idade, mais débil e mais fragilizada. A sociedade costuma disseminar a ideia de que as crianças mentem, mas sobretudo no que toca a casos de abuso sexual, dificilmente uma criança mentirá, já que “não é possível que a criança invente realidades que desconhece (...) não tem conhecimentos de sexualidade para fazer estas narrativas de outrem, a não ser que

---

<sup>72</sup> Tomemos como exemplo o caso da SIDA e a sua associação com a homossexualidade. Por falta de estudos e de informação (ou de divulgação de desinformação), não se sabia como era transmitida e tal facto serviu para acentuar ainda mais a homofobia na sociedade. Neste sentido, Gayle Rubin usa a expressão “homofobia virulenta”: “O medo da AIDS já afetou a ideologia sexual. Logo no momento em que homossexuais tiveram algum sucesso em conseguirem se livrar da mácula da doença mental, as pessoas gays se veem metaforicamente soldadas a uma imagem de deterioração física. (...) Um colunista sugeriu que a AIDS sempre existiu, que as proibições bíblicas da sodomia eram designadas para proteger as pessoas da AIDS, e que a AIDS é portanto uma punição apropriada pela violação dos códigos de Levíticos”. (Gayle Rubin, *Pensando o Sexo...*, cit., p. 38-39).

<sup>73</sup> O Acórdão do TRP, de 22-11-2000, retrata o caso de um jovem de 17 anos que praticou, por meio de coação coito anal com uma jovem de 7 anos, “tendo a sua conduta sido facilitada pela menor - de 7 anos - que lhe pediu que a levasse na bicicleta”. Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais, *Convenção de Istambul – Notas sobre os projetos legislativos*, cit., p. 11.

tenha vivido situações de abuso”<sup>74</sup>. As crianças não têm património linguístico suficiente para fazerem tais alegações, não têm capacidade de falar acerca do que não experienciam. Além disso, os jovens podem “revelar particulares dificuldades tanto na reconstituição interna do facto como na construção do seu próprio discurso narrativo”<sup>75</sup>, que nada mais é que normal e comum. Um evento traumático afeta cada vítima de uma maneira particular, não há um perfil de vítima (ainda que muitas entidades judiciais entendam que sim, pelo que até a qualidade de vítima é julgada<sup>76</sup>), e tal pode ser demonstrado de diferentes modos. Muitas vezes há dificuldade na reconstrução do abuso sexual, de quantas vezes aconteceu, de tudo o que aconteceu. O cérebro desenvolve mecanismos de defesa contra tais eventos traumáticos, o que muitas vezes se revela no “apagamento” daquelas memórias, podendo estas só surgir já em idade adulta. Além disso, as vítimas de abusos sexuais, quando denunciam o abuso, têm de contar o que lhes sucedeu várias vezes, às entidades policiais, perante um juiz durante as várias audiências, e perante médicos e peritos, pelo que é natural que talvez nem sempre todos os pormenores coincidam. O fator tempo também é muito relevante, pois normalmente a denúncia não ocorre imediatamente após o abuso, e muito menos sucederá com o julgamento. Ou seja, é importante ter presente que “imprecisões e contradições nas afirmações da criança não constituem sinais de mentira e que a erosão das lembranças e as dificuldades em estabelecer a sequência cronológica dos factos são normais”<sup>77</sup>. Se estes trâmites já são particularmente intrusivos e prejudiciais ao bem-estar de um adulto, sê-lo-ão com especial veemência para uma criança ou um jovem. Nas irrefutáveis palavras de PEDRO STRECHT, “Os abusos sexuais de [crianças e adolescentes] (...) são verdadeiros assassinatos da alma. (...) Falamos de tragédias de vivos, com partes importantes da sua

---

<sup>74</sup> Maria Clara Sottomayor, “Abuso Sexual de Crianças por Adolescentes Inimputáveis em Razão da Idade: Um Desafio ao Processo Tutelar Educativo”, in Guilherme de Oliveira (Coord.), *Textos de Direito de Família*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 509.

<sup>75</sup> Ana Maria Barata de Brito, “Notas da teoria geral da infração na prática judiciária da perseguição dos crimes sexuais com vítimas menores de idade”, in *Revista do CEJ*, N.º 15, 2011, p. 293.

<sup>76</sup> O TRP chegou a considerar que a vítima de uma violenta violação, que, tentando salvaguardar-se, decorou a matrícula do agressor, e onde foi executado o crime, não tinha sofrido *assim tanto*. Além disso, é absolutamente revoltante o desdém com que é tratada a palavra e a experiência da vítima. Diz-se, no acórdão, “Deve ainda dizer-se que o facto de a ofendida, antes de abandonar o lugar onde ficou livre do arguido, ter anotado a matrícula do automóvel daquele, pela presença de espírito que revela, é pouco compatível com um grande abalo psicológico. E quanto a sofrimento físico provou-se apenas que o arguido ao introduzir o seu pénis no ânus da ofendida provocou a esta dores, que a levaram a gritar. Mas essas dores, mesmo que tenham sido intensas, o que nem está provado, foram pouco mais que instantâneas e não queridas pelo arguido, pois, ao verificar que com a introdução do pénis no ânus da ofendida lhe causava dores, logo pôs termo a esse acto, retomando a cópula” (Acórdão do TRP de 07-11-2007).

<sup>77</sup> Maria Clara Sottomayor, “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Vol. I Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, p. 151.

vida psíquica que morreram nos atos em que foram abusados (...) Morre a ingenuidade, desaparece a alegria, não volta a confiança, escoá-se a esperança”<sup>78</sup>. Se se pretende efetivamente salvaguardar o livre e estável desenvolvimento da personalidade da criança, e ainda “a qualidade emocional da sua vida, uma vez que os danos psíquicos causados se protejam no futuro, afetando também a vida adulta”<sup>79</sup>, o necessário é protegê-la nestes casos, de vitimização secundária, e tratá-la de modo diferenciado dos adultos, mas que seja o que melhor assegura os seus direitos.

Os adolescentes também têm sido vistos e tratados de modo desigual às crianças, precisamente por já não o serem. Na doutrina, CARMO DIAS entende que “o adolescente, além de ser fisiologicamente um adulto, também o é intelectualmente”<sup>80</sup>, sendo acompanhada por VERA RAPOSO, que defende que “a partir dos 14 anos, a personalidade já se encontra sedimentada”<sup>81</sup>. Não podíamos discordar mais. A adolescência é uma fase de muitas mudanças interiores e exteriores num jovem, será aí que se começa a sedimentar a sua maturidade física, cognitiva e emocional – mas está longe de ser um adulto. É na adolescência que os jovens são mais suscetíveis a pressões sociais, e é nessa altura que começam a definir a sua personalidade, o que implica que seja uma fase de experimentação. É incorreto considerar que um jovem com mais de 14 anos tem completa consciência dos resultados a longo prazo das suas ações, já que são muitas vezes motivados por impulsos momentâneos. A adolescência caracteriza-se, na sua índole, por “instabilidade emocional, permeabilidade a influências, precipitação, imprevisão das consequências dos comportamentos assumidos, e por uma certa irresponsabilidade”<sup>82</sup>. É verdade que um abuso sexual de uma criança pode ser muito prejudicial para o seu desenvolvimento saudável, porém, muitas vezes o adolescente tem maior consciência do significado dos atos sexuais, pelo que não se pode dizer que os adolescentes tenham necessariamente melhores ferramentas para lidar com o trauma, uma vez que estas não dependem exclusivamente do seu discernimento, mas também do apoio familiar ou institucional que lhes é prestado. Cada caso é um caso, e cada vítima é uma vítima. Considerar que adolescentes são adultos é desconhecer completamente o que é um

---

<sup>78</sup> Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro Pacheco, *O Abuso Sexual e as Adolescentes...*, cit., p. 11.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

adolescente<sup>83</sup> – além disso, então para que serve um tratamento diferenciado entre jovens e adultos? Mas pior que defender que os adolescentes são equiparáveis a adultos são as consequências práticas que daí advém, já que o art. 173.º/1 do CP exige o *abuso de inexperiência*. Assim, parte da doutrina faz equivaler a inexperiência à virgindade, e entende que é muito difícil acontecer tal abuso nos dias de hoje, tendo em conta que já há muita informação disponível. Este é o entendimento propugnado por autores como PINTO DE ALBUQUERQUE, MOURAZ LOPES, VERA RAPOSO, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS<sup>84</sup>. CARMO DIAS vai mais longe e entende que “os adolescentes estão cada vez mais preparados para saber optar pela resposta certa às solicitações que lhes são propostas” e que dificilmente alguém investe numa relação com um adolescente “simplesmente para obter sexo, quando pode obter o mesmo resultado por outras vias mais fáceis e rápidas”<sup>85</sup>. É justamente pela maior facilidade de convencimento e de domínio sobre crianças e jovens que muitas vezes acontecem estes abusos<sup>86</sup>. É também por isso que a maior parte das crianças e jovens são abusados por conhecidos, por familiares, dentro das próprias residências<sup>87</sup>. Outro elemento que merece destaque é o “síndrome de secretismo” dos

---

<sup>83</sup> Segundo um estudo da Associação Americana de Psicologia (American Psychological Association – APA), “adolescentes reach adult levels of cognitive maturity several years before they reach adult levels of psychosocial maturity. (...) By age 16, adolescents’ general cognitive abilities are essentially indistinguishable from those of adults, but adolescents’ psychosocial functioning, even at the age of 18, is significantly less mature than that of individuals in their mid-20s”. A diferença apontada neste estudo, entre jovens e adultos, assenta no controlo da impulsividade e resistência a influência de pares, que é naturalmente mais reduzida nos jovens (“the literature on age differences in psychosocial characteristics such as impulsivity, sensation seeking, future orientation, and susceptibility to peer pressure shows continued development well beyond middle adolescence and even into young adulthood”). No que diz respeito às habilidades cognitivas, não há grande dissemelhança (“abilities that permit logical reasoning about moral, social and interpersonal matters”). Laurance Steinberg, Elizabeth Cauffman, Jennifer Woolard, Sandra Graham e Marie Banich, “Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA “Flip-Flop””, in *American Psychologist*, Vol. 64, N.º 7, 2009, pp. 586-587 e 592.

<sup>84</sup> Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro Pacheco, *O Abuso Sexual e as Adolescentes...*, cit., p.19.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>86</sup> No caso do Acórdão do TRP de 03-12-2014, o arguido que foi condenado pelo crime de abuso sexual de menores, era amigo dos pais das duas vítimas, irmãs, e convivia regularmente com estas. Quando teve oportunidade, nas imediações da casa das menores, “quando estas apanhavam figos de uma figueira ali existente” mostrou-lhes o pénis, que depois encostou nas bocas e nas vaginas das menores, além de ter posteriormente passado com os seus dedos e língua naquele órgão das crianças. Para que não revelassem os abusos, ameaçou-as e ofereceu-lhes um relógio. No Acórdão do TRG de 28-09-2009, por sua vez, o arguido, acusado também pelo crime de abuso sexual de menores, era vizinho da vítima e conhecia-a porque frequentava com regularidade o restaurante dos pais da menor, e foi desse modo que conquistou a confiança dela. Mostrava-lhe o telemóvel, dizendo que tirava fotos, e convenceu-a a mostrar-lhe a vagina e a tocar-lhe no pénis. Dias depois aliciou a menor a um terraço, onde lhe fotografou a vagina e lhe pediu que fotografasse o pénis. Em ambos os casos os agressores cometeram os crimes por conveniência, pela facilidade de convencer as crianças a explorar um território que desconheciam. Ao conquistarem a confiança das menores, até porque em ambos os casos os arguidos eram conhecidos dos pais das vítimas, mais facilmente estas aceitaram fazer o que aqueles lhes pediam.

<sup>87</sup> De acordo com os dados do trabalho de Gracinda da Conceição Ribeiro de Carvalho, *Casos de Abuso Sexual de Menores na Diretoria do Norte da Polícia Judiciária no Ano de 2011*, Dissertação de

menores vítimas e que contribui para a renovação dos abusos: é “usual o abusador pedir segredo e aproveitar-se do silêncio, da vergonha e da humilhação da vítima para continuar a abusar dela”<sup>88</sup>. Além disso, mais informação não implica maior qualidade de informação, ou sequer informação correta, basta termos presente as tão polémicas *fake news*. Quanto à prova, REIS ALVES defende que “o abuso da inexperiência de mulher não virgem (...) exige um esforço probatório assinalável”<sup>89</sup>. Supomos que o autor considera não só que o abuso de inexperiência significa abuso de mulher virgem, mas ainda que a virgindade é aferida apenas pela existência de um hímen intacto. É necessário conhecer o Direito no mundo, conhecer a realidade e saber aplicar-lhe o Direito da forma mais garantística possível. Remetemos para nota de rodapé o porquê de ser absolutamente despropositado fazer assentar a virgindade de uma mulher na condição do seu hímen<sup>90</sup>. É ainda curioso o modo como o autor demarca a infância da idade adulta pela virgindade. Do lado mais correto da doutrina e jurisprudência, associa-se o abuso da inexperiência ao aproveitamento da fragilidade sentimental, nada tendo que ver com prévios contactos sexuais ou com a falta deles. Sumamente, “abusa da inexperiência da vítima aquele que a seduz, explorando o seu discernimento imaturo para a decisão em concreto, não sinonimizando isso, necessariamente, a ignorância sexual numa perspectiva teórica ou mesmo prática, mas não livre”<sup>91</sup>. Esta tese é sustentada por, entre outros, ANA ALFAIATE, CARMONA DA MOTA, CONCEIÇÃO CUNHA e FIGUEIREDO DIAS<sup>92</sup>.

Concluindo, o bem jurídico liberdade sexual é complexo e comporta uma vertente positiva e outra negativa. A vertente positiva traduz-se na “possibilidade de, livremente e

---

Licenciatura, Porto, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Fernando Pessoa, 2012, pp. 35-52.

<sup>88</sup> Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro Pacheco, *O Abuso Sexual e as Adolescentes...*, cit., p. 30.

<sup>89</sup> *Idem*, p.19.

<sup>90</sup> Há vários tipos de hímen, sendo que não se trata de uma “membrana fechada que é rompida e desaparece (após a penetração). Em 99% dos casos, o hímen está aberto e este é o normal”. Ainda está muito vulgarizada a ideia de que “na primeira vez que uma mulher tem relação sexual vaginal, o hímen se rompe e, por isso, ela sangra. E, nesse momento, perde-se a virgindade”, mas tal não está de acordo com a realidade (informação recolhida de <https://www.bbc.com/portuguese/geral-61177662>). Um hímen fechado (ou imperfurado) é, na verdade, problemático, já que consiste numa malformação: “é uma das lesões obstrutivas mais frequentes do tracto genital feminino, pelo que (...) Se o diagnóstico não for estabelecido, o muco será reabsorvido e a criança permanecerá assintomática até à menarca. Nessa altura, devido à acumulação de sangue na cavidade vaginal, são comuns os sintomas de dor abdominal/pélvica cíclica, dor lombar, retenção urinária por vezes complicada”. Luís Guedes-Martins, Danillo Leite, Joaquim Saraiva e B. Candoso, “Urológica Portuguesa Polaquiúria e hímen imperfurado com hematocolpometra”, in *Acta Urológica Portuguesa*, 2014, p. 46.

<sup>91</sup> Ana Rita Alfaiate, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 85.

<sup>92</sup> Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro Pacheco, *O Abuso Sexual e as Adolescentes...*, cit., p. 19.

de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”, enquanto a vertente negativa diz respeito ao “direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de atos para os quais não tenha manifestado concordância”<sup>93</sup>. Ora, como é que se pode querer proteger a autodeterminação do jovem sem lhe reconhecer esta capacidade de conduzir a sua vida sexual da maneira que quiser? O bem jurídico que se deve almejar preservar não é o “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”<sup>94</sup>, como muita doutrina e jurisprudência defendem. O livre desenvolvimento da personalidade do menor só o é verdadeiramente se houver liberdade para o fazer, e não será com a imposição códigos morais ou de castidade que se protege com mais afinco o menor, pelo contrário: “é no fortalecimento da consciência do menor como ser livre e no reforço da sua perceção da sexualidade como algo positivo, dando-lhe a entender que todas as manifestações de sexualidade devem basear-se em princípios de liberdade e respeito, que se promoverá (...) a prevenção do abuso sexual”<sup>95</sup>. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra-se constitucionalmente consagrado, no art. 26.º/1 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), mas também através da defesa estadual da infância (art. 69.º/1 CRP), e “assenta em dois pressupostos: por um lado, a garantia da dignidade da pessoa humana, elemento «estático», mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento; por outro lado, a consideração da criança como pessoa em formação, elemento dinâmico, cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtudes”<sup>96</sup>. Portanto, cada jovem tem de ser visto como uma pessoa única, como um sujeito exclusivo, porque a infância e a adolescência não são fases estanques, em que todos os menores se encontram igualmente desenvolvidos – o que é até reconhecido pela Lei, que vai atribuindo direitos aos menores conforme o seu desenvolvimento –, quer de um ponto de vista físico e psicológico, quer no domínio da sua sexualidade. Para que as crianças e adolescentes cresçam de forma harmoniosa é imperativo que tenham acesso a todas as suas esferas. Ao ordenamento jurídico cabe somente a proteção face a intromissões alheias e dissentidas. Ou seja, “as atividades sexuais entre adultos em privado, agindo de livre vontade são lícitas (...) O direito penal não terá, portanto, legitimidade para nelas se intrometer, podendo apenas tutelar o caráter

---

<sup>93</sup> Ana Rita Alfaiate, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, cit., p. 86.

<sup>94</sup> Inês de Sousa Abrunhosa, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças...*, cit., p. 12.

<sup>95</sup> Inês Ferreira Leite, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, cit., p. 6.

<sup>96</sup> Filipa Ribeiro Fonseca, *Atos sexuais: distinções penalmente relevantes*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2018, p. 14.

coagido”<sup>97</sup> – e o mesmo critério deve ser aplicado nas relações com menores, pois o que se protege é o mesmo bem jurídico: liberdade e autodeterminação jurídicas. A doutrina reitera que não se trata de bens jurídicos distintos, porém aplica-os na prática distintamente. Assentando os abusos sexuais no consentimento válido, será mais facilmente compreensível o âmbito daqueles bens jurídicos. Tudo o que não esteja validamente no seu âmbito, é ilícito, e sê-lo-á na quase totalidade dos casos, na medida em que as crianças e os jovens não podem, em grande parte dos casos, “dar o seu consentimento informado, em razão da idade, o que leva a que estes atos [sexuais] sejam realizados com o único objetivo de satisfação dos desejos sexuais do adulto e não como uma resposta às necessidades da criança”<sup>98</sup>.

#### v. Breve nota relativa à violência sexual baseada em imagens

Nos últimos anos tem vindo a verificar-se uma crescente prática de ofensas de violência sexual no mundo *online*, já que este tem ocupado um maior espaço na vida das pessoas, sobretudo na dos mais jovens. Entre estas ofensas, as mais comuns são a captação não consentida de conteúdos íntimos<sup>99</sup>, a partilha não consentida de conteúdos dessa natureza – comum mas erradamente apelidada de “pornografia de vingança”<sup>100</sup> –, a ameaça de partilha de tais conteúdos – extorsão sexual ou *sextortion* – e o *cyberflashing*, que é uma espécie de exibicionismo digital, e traduz-se no “envio não solicitado de imagens de genitais”<sup>101</sup> ou de vídeos de masturbação. Abrange tanto imagens como vídeos de conteúdos íntimos, isto é, que impliquem nudez ou tenham teor sexual, e abrange tanto os comportamentos *online* como aqueles que sejam facilitados por meios

---

<sup>97</sup> Margarida Isabel Cavaleiro Amaral, *Abuso Sexual de Menores...*, cit., p. 19.

<sup>98</sup> Gracinda da Conceição Ribeiro de Carvalho, *Casos de Abuso Sexual de Menores...*, cit., p. 26.

<sup>99</sup> Um caso de captação de imagens não consentida é o chamado *upskirting*, isto é, a captação não consentida de imagens debaixo da roupa da vítima. Maria João Faustino, Isabel Ventura, Catarina Alves e Sílvia Lazary de Matos, “*Faz Delete*”: *Contributos para o Conhecimento...*, cit., p. 40.

<sup>100</sup> Esta terminologia não é a mais correta, desde logo, porque “a referência a «pornografia» aligeira a abordagem, tirando o foco da violência e remetendo para uma dimensão de entretenimento masculino”. Depois, o conceito de vingança é incorreto porque nem sempre se trata de casos de pós-rompimento de uma relação – e mesmo que fosse, a *vingança* refere-se a quê? –, além de ser uma expressão “potencialmente culpabilizadora das vítimas (...) [porque] induz um sentido de «castigo», punição, retribuição ou retaliação, subentendendo um qualquer delito ou erro cometido pela vítima”. Maria João Faustino, Isabel Ventura, Catarina Alves e Sílvia Lazary de Matos, “*Faz Delete*”: *Contributos para o Conhecimento...*, cit., p. 5.

<sup>101</sup> Também são chamadas, na gíria, de *dick pics*, quando se trata de fotos de pénis – que é a esmagadora maioria dos casos. *Idem*, p. 4.

tecnológicos<sup>102</sup>. Mais uma vez, estas são ofensas em que o género não é indiferente, sendo as mulheres e as jovens os seus alvos principais<sup>103</sup>.

Nestes casos não há necessariamente contacto entre as vítimas, nem uma relação entre aquelas e o agressor. A captação de imagens pode ser obtida via câmaras instaladas em balneários ou provadores, por hipótese, o que não implica sequer uma relação de proximidade física entre agressor e vítima. Além disso, a partilha de conteúdos íntimos, contrariamente ao que a expressão “pornografia de vingança” faz crer, muitas vezes não é feita por alguém com quem a vítima se relacionou, ou conhece. Muitas vezes a partilha, e a ameaça dessa partilha, têm uma vertente económica, de lucro, através da comercialização daquelas imagens ou da chantagem da sua partilha. Face ao *cyberflashing* não há nada a acrescentar. Todos estes tipos de violência sexual podem ser feitos à distância, em cidades, países e continentes distintos, por agressores que não têm qualquer ligação à vítima. Não há contacto nem violência física entre as partes. O que há de comum em todas estas situações é o facto de não existir consentimento; nem na captação, nem na partilha, nem no recebimento de imagens dos genitais. Casos há ainda em que as fotografias são manipuladas, através de *Photoshop* ou de *deepfakes*. Estes casos ajudam a ilustrar a nossa tese, de que o consentimento é efetivamente a base dos ilícitos de violência sexual. É o consentimento, a concordância, a anuência, a vontade de praticar determinados atos que determina a sua licitude.

Importa reter que não é por não haver uma agressão direta ao corpo das vítimas que se trata de um crime menos grave. A vida das pessoas que sofrem este tipo de abusos fica extremamente condicionada e os sintomas são semelhantes aos que se verificam nas vítimas de violação ou coação sexual, como “depressão, ideação suicida, comportamentos autolesivos, a quebra de relações pessoais e profissionais”<sup>104</sup>, e ainda medo constante por sensação de falta de controlo ou impotência sobre o destino das imagens íntimas. E é

---

<sup>102</sup> Neste sentido, “the concept of violence against women in its digital dimension encompasses both online aspects (activities performed and data available on the internet, including internet intermediaries on the surface web as well as the dark web) and technology-facilitated (activities carried out with the use of technology and communication equipment, including hardware and software) harmful behaviour”. (Conselho da Europa, *GREVIO General Recommendation No. 1 on the digital dimension of violence against women*, 2021, p. 13, ponto 23).

<sup>103</sup> Trata-se de violência contra as mulheres em formato digital, que é “violence perpetrated against women and girls that is rooted in the same context of women’s inequality and men’s sense of entitlement as the psychological, sexual and physical violence experienced by women and girls in the offline world” (Conselho da Europa, *GREVIO General Recommendation No. 1 ... cit.*, p. 13, ponto 24).

<sup>104</sup> Maria João Faustino, Isabel Ventura, Catarina Alves e Sílvia Lazary de Matos, “Faz Delete”: *Contributos para o Conhecimento...*, cit., p. 8.

importante também deixar claro que a captação e/ou a partilha consentida de imagens – que nada tem de ilícito – não determina uma divulgação consentida a terceiros de tais conteúdos. O mundo *online* cria ainda uma visão de impunidade, por causa do distanciamento e anonimato que permite, e a culpabilização da vítima está também muito presente, pois ao que parece o crime é evitável pela vítima: após o envio de uma imagem de conteúdo íntimo (grande parte das vezes no âmbito de uma relação de confiança) há como que uma inevitabilidade ou fatalidade da sua partilha.

A jurisprudência tem entendido que os bens jurídicos ofendidos neste tipo de casos são o direito à intimidade – estando, então, aqui em causa o crime de devassa da vida privada (art. 192.º do CP) –, e os direitos à palavra e à imagem – cujo desrespeito se traduz no crime de gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º do CP)<sup>105</sup>. O *cyberflashing*, apesar de poder ser considerado como um tipo de exibicionismo em formato digital, pode não estar abrangido pelo art. 170.º do CP (importunação sexual), uma vez que o preceito determina que os atos exibicionistas sejam praticados *perante* a vítima. No caso de se tratar de um menor de 14 anos, todavia, pode ser aplicado o art. 171.º/3 b) do CP, nos termos do qual é ilícita a importunação “por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico”<sup>106</sup>. Podem ainda ser chamados à colação os crimes de devassa por meio de informática (art. 193.º do CP) e o crime de acesso ilegítimo (art. 6.º da Lei do

---

<sup>105</sup> O TRC entende, quanto ao crime de devassa privada, que “Neste tipo legal de crime, tutela-se a privacidade e a intimidade da reserva da vida privada, em homenagem à denominada teoria dos três graus, que distingue as três esferas da vida, nomeadamente a pública, a privada e a íntima, o qual tem apoio constitucional no art. 26.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. A privacidade/intimidade é, por conseguinte, um bem jurídico pessoal, que se funda na liberdade de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva” (Acórdão do TRC de 13-01-2010). De acordo com a jurisprudência do TRP, “O crime de fotografias ilícitas, previsto e punível pelo art. 199º, n.º 1 e 2, alínea b) do Código Penal tutela o direito à imagem constitucionalmente consagrado, e protegido também pelo art. 79º do Código Civil, segundo o qual o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o seu consentimento (...) Tendo em conta o bem jurídico que aquela norma legal pretende acautelar, basta que se verifique uma situação de utilização de fotografias de uma determinada pessoa, sem que esta tenha dado o seu consentimento, para que se preencha o tipo legal de crime, E isso, independentemente da finalidade com que são utilizadas essas fotografias (...) Pese embora se tratassem de fotografias que constavam do perfil do facebook de cada um dos visados, nem por isso o Recorrente as poderia utilizar dada a previsão constante da parte final da alínea b) do n.º 2 do referido art. 199º (“mesmo que licitamente obtidos”)” (Acórdão do TRP de 12-07-2017). Sobre o direito à imagem, diz o mesmo Tribunal, “O direito à imagem constitui um bem jurídico-penal autónomo tutelado em si e independentemente do ponto de vista da privacidade ou intimidade retratada (...) O direito à imagem abrange dois direitos autónomos: o direito a não ser fotografado e o direito a não ver divulgada a fotografia (...) O visado pode autorizar ou consentir que lhe seja tirada uma fotografia e pode não autorizar que essa fotografia seja usada ou divulgada (...) Contra vontade do visado não pode ser fotografado nem ser usada uma sua fotografia” (Acórdão do TRP de 05-06-2015).

<sup>106</sup> Esta é a tese defendida por Isabel Ventura, com a qual concordamos. Maria João Faustino, Isabel Ventura, Catarina Alves e Sílvia Lazary de Matos, “Faz Delete”: *Contributos para o Conhecimento...*, cit., pp. 92-93.

Cibercrime<sup>107</sup>). Finalmente, com a Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto foram aditadas duas alíneas ao n.º 2 do artigo 152.º do CP, das quais a b) determina a punição daquele que “Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento”.

#### **vi. A natureza dos crimes sexuais**

Os ilícitos penais previstos na Secção I do Capítulo V do CP são, na sua maioria – com exceção do art. 166.º, nos termos do art. 178.º/1 –, crimes de natureza semipública, o que significa que o início do respetivo procedimento criminal depende de queixa feita por quem tenha legitimidade para tal, que normalmente será o ofendido ou o seu representante legal. Se estes crimes forem praticados contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima, assumem natureza pública e, sendo assim, basta que o Ministério Público (doravante MP) tenha conhecimento, por qualquer modo, da sua ocorrência para instaurar o processo-crime, podendo este ser ainda denunciado por qualquer pessoa. Os ilícitos previstos na Secção II do mesmo capítulo, por sua vez, têm natureza pública, salvo o previsto no art. 173.º (atos sexuais com adolescentes), que depende de queixa (art. 178.º/3), salvo nos casos de suicídio ou morte da vítima. Nos termos do n.º2 do artigo 178.º do CP, quando o procedimento pelos crimes de coação sexual e de violação dependa de queixa – portanto, quando não forem praticados contra menor nem deles resultar suicídio ou morte da vítima – o MP pode dar início ao procedimento sempre que o interesse da vítima o aconselhe, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento dos factos e do autor. Este preceito coaduna-se com o prescrito no art. 55.º/1 da CI, que impõe um “regime híbrido que permita (...) que o Ministério Público possa, caso a caso, ponderar pela instauração e prosseguimento da ação penal, tendo sempre presente os especiais interesses da vítima”<sup>108</sup>.

Recentemente, em 2021, trouxe-se para o debate político a discussão de tornar público o crime de violação. A necessidade de alteração da natureza do crime dever-se-ia à

---

<sup>107</sup> Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

<sup>108</sup> Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.<sup>a</sup> (PAN) (Ofício n.º 14963.19 de 16-01-2019 – DA n.º 17533/18), p. 29 (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43200>).

crescente prática deste tipo de ilícito em Portugal, pela verificação de que muitas destas situações se passam em contextos de relacionamentos íntimos, como o namoro ou o casamento, e pela desconfiança e descredibilidade com que as vítimas olham para o sistema judicial<sup>109</sup>. Estas sentem-se julgadas e sem apoio por parte das entidades policiais e judiciais, e mesmo pela sociedade em geral. Para tal contribuem os fenómenos de culpabilização da vítima, vitimização secundária e falta de aplicação de sanções concretas aos infratores<sup>110</sup>. Um modo de garantir a efetiva aplicação da lei passa pelo aumento das denúncias, e, tendo em conta o contexto em que muitas vezes são realizados os abusos, nomeadamente em casos intrafamiliares, resultam num silenciamento da vítima que lhe retira a coragem para se defender. Caso fosse um crime público, qualquer pessoa o poderia denunciar, e o MP poderia instaurar o processo criminal assim que obtivesse, por qualquer meio, notícia do crime. Deste modo, “face às garantias constitucionais de proteção de liberdade e segurança individual, se impõe que o Estado assuma verdadeiramente o *jus puniendi* quanto a estes crimes e, conseqüentemente, não remeta para a esfera da liberdade individual a decisão da sua prossecução penal”<sup>111</sup>.

O crime de violência doméstica (art. 152.º do CP) era semipúblico antes de 2000, assumindo após esse ano natureza pública. Verificou-se a necessidade de alterar a sua natureza por se entender que este crime é de tal modo grave, e tantas vezes as vítimas se sentem incapazes de agir e se afastar daquela relação, que qualquer pessoa deveria poder denunciar o crime. A mudança da natureza do ilícito não se fez sem vozes contrárias, como a de ANDRÉ LAMAS LEITE, que sustenta que esta mudança não terá sido a mais conveniente “no que concerne ao difícil equilíbrio que se deve estabelecer entre a punição de condutas inadmissíveis no seio de relações conjugais ou de análoga natureza, por um lado, e o respeito pela autonomia de vontade do ofendido, por outro”<sup>112</sup>. O autor adianta que uma melhor solução seria manter a natureza pública do crime, mas haver a possibilidade de oposição por parte da vítima, através do instituto da dedução do libelo acusatório, que se trata de uma figura distinta da desistência da queixa, mas que concede efeitos jurídicos à oposição do seguimento do procedimento criminal, por parte do

---

<sup>109</sup> Projecto de Lei n.º 702/XIV/2.ª Altera o Código Penal, atribuindo a natureza de crime público aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual – Exposição de motivos (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=110609>).

<sup>110</sup> Verificamos, na realidade jurídica, que “too many culpable men are never punished, and too many violated women are unable to vindicate their rights”. Lani Anne Remick, “Read Her Lips...”, *cit.*, p. 1132.

<sup>111</sup> Projecto de Lei n.º 702/XIV/2.ª Altera o Código Penal..., *cit.*, p. 3.

<sup>112</sup> Daniela Sofia Pico Sádio, *O Crime de Violência Doméstica e o Estatuto da Vítima*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2021, p. 11.

ofendido. Neste sentido, tratar-se-ia de um “crime público mitigado ou atípico”<sup>113</sup>. De todo o modo, este crime de violência doméstica tem uma natureza processual especial, que tem em consideração a vítima e atribui relevância à sua vontade, uma vez que aquela pode requerer a suspensão provisória do processo (arts. 281.º/7 e 282.º/5 do Código do Processo Penal, doravante CPP), desde que o requerimento para tal seja feito livre e espontaneamente, isto é, “a vítima, deve ter pleno conhecimento do que significa, relativamente a si e ao agressor, a aplicação do instituto, a fim de, sabedora de todos os dados relevantes, poder manifestar a sua vontade no sentido da aplicação ou não, da suspensão provisória do processo”<sup>114</sup>. O desiderato do legislador, de “reforçar os esforços no que [respeita] à prevenção e [à] repressão do fenómeno da violência doméstica”<sup>115</sup> parece ter sido cumprido, uma vez que há um número cada vez maior de denúncias deste crime. Continua, no entanto, a falhar a aplicação concreta e eficaz da lei, que tantas vezes desconsidera os relatos das vítimas, sendo estas silenciadas até ao fim da sua vida<sup>116</sup>.

No que respeita ao crime de violação, os argumentos a favor da alteração da sua natureza vão no mesmo sentido dos defendidos face ao crime de violência doméstica: a vítima encontra-se de tal modo paralisada pelo medo do agressor que teme as consequências que possam advir de um processo criminal, portanto, há falta de confiança na efetividade do sistema judicial. Além disso, também são tão comuns os comentários de culpabilização da vítima que estas se retraem de se assumir como vítimas, por vezes achando que de facto têm pelo menos parte da culpa do que lhes aconteceu. Pretende-se que o número de denúncias aumente com a alteração da natureza do crime de violação, já que o “número de casos denunciados é gritantemente baixo, o que não equivale

---

<sup>113</sup> Daniela Sofia Pico Sádio, *O Crime de Violência Doméstica e o Estatuto da Vítima*, cit., p. 11.

<sup>114</sup> Acórdão do TRC de 21-06-2017.

<sup>115</sup> Daniela Sofia Pico Sádio, *O Crime de Violência Doméstica e o Estatuto da Vítima*, cit., p. 10.

<sup>116</sup> No período compreendido entre 1 janeiro a 15 de novembro de 2021, num total de 23 mulheres assassinadas, 13 casos foram femicídios em relações de intimidade. Destes, 12 foram cometidos por homens. Dos 13 femicídios, 8 foram cometidos em relações de intimidade atuais e 5 em relações passadas. Em 6 destes 8 casos foi identificada violência prévia, que era conhecida por terceiros, já havia sido feita denúncia às autoridades competentes. Em 3 desses 8 casos, haviam sido reportadas ameaças de morte (dados do Observatório de Mulheres Assassinadas (OMA), disponível em [http://www.umarfeminismos.org/images/OMA\\_Infografia\\_DadosPreliminares2021.pdf](http://www.umarfeminismos.org/images/OMA_Infografia_DadosPreliminares2021.pdf)). No ano anterior (2020), em 35 mulheres mortas em Portugal, 19 foram vítimas em contexto de relações de intimidade. Especificamente no que diz respeito a ameaças de morte, as notícias de 4 dos femicídios mencionam que estas já existiam antes da prática do crime, e em 3 de 10 casos em que havia conhecimento da violência por terceiros, tinha sido feita a denúncia pela vítima (dados do OMA, disponível em [http://www.umarfeminismos.org/images/stories/oma/Relatorio\\_Final\\_OMA\\_2020.pdf](http://www.umarfeminismos.org/images/stories/oma/Relatorio_Final_OMA_2020.pdf)). No presente ano (2022) já morreram 13 mulheres vítimas de violência doméstica, sendo que só nos primeiros três meses do ano foram mortas 8 mulheres (fonte: <https://expresso.pt/sociedade/2022-06-07-Em-2022-ja-morreram-pelo-menos-13-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-em-Portugal-2655eda1>).

necessariamente a uma baixa incidência do fenómeno, ou, menos ainda, a uma menor relevância do mesmo”<sup>117</sup>. Com a diminuição das cifras negras e através da possibilidade de denúncia por qualquer pessoa, é expectável que aumente a consciência social de intolerância e reprovação deste tipo de condutas. MARIA CLARA SOTTOMAYOR defende que o crime deva tornar-se público pois é dever do Estado ajudar e apoiar estas vítimas, já que muitas vezes estas se sentem culpadas, desamparadas, perdidas. Além disso, muitas pessoas continuam a achar que este é um problema do “foro íntimo da mulher”<sup>118</sup> em vez de um assunto público. O aspeto da alteração da natureza deste crime que deixa tanta doutrina reticente recai sobre a possibilidade de vitimização secundária a que as vítimas serão eventualmente sujeitas num processo deste cariz, isto é, “a maior parte das vítimas (...) não deseja denunciar o crime porque somente o quer esquecer, por muitos motivos, inclusivamente porque não quer passar por aquela que é, muitas vezes, sentida como uma segunda violação: a exposição pública da sua intimidade em sede de um processo judicial”<sup>119</sup>. É o caso do Conselho Superior de Magistratura, que advoga pela natureza semipública do crime de violação, por estarem em causa bens jurídicos essenciais. Neste sentido, sustenta que “parece incongruente que a intervenção do direito penal na matéria vá além dos campos de proteção e promoção e salte para o plano em que a vontade do titular do bem jurídico tutelado se apresente de modo irrelevante, ou mesmo contrariada”<sup>120</sup>. A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (doravante APAV), por sua vez, defende uma solução intermédia, uma publicização mitigada, em que o crime de violação assume uma natureza pública, mas com a atribuição à vítima da “faculdade de requerer o arquivamento do processo a qualquer momento, podendo o Ministério Público não arquivar se o verdadeiro interesse da vítima o impuser”<sup>121</sup>. Ou seja, deve ser reconhecida a vontade de prossecução penal, ou a falta dela, do ofendido, desde que aquela seja livre e esclarecida, à semelhança do que já acontece no crime de violência doméstica. Alerta, no entanto, para a distinção, em vez da comparação, das vítimas dos dois tipos de violência, já que as “vítimas deste crime [de violência doméstica] beneficiam

---

<sup>117</sup> Comentário da APAV |Debate Público sobre os Crimes de Violação e Coação Sexual promovido pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda no âmbito do Projeto de Lei n.º 522/XII/3ª, p. 1 (disponível em [https://apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/comentario\\_APAV\\_violacao\\_coacao\\_sexual\\_BE\\_30\\_jun\\_2104.pdf](https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/comentario_APAV_violacao_coacao_sexual_BE_30_jun_2104.pdf)).

<sup>118</sup> Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto e Beatriz Seabra de Brito, “Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011 – Reflexos no ordenamento jurídico português”, in *Criminalia*, N.º 3, 2016, p. 52.

<sup>119</sup> Comentário da APAV |Debate Público sobre os Crimes de Violação e Coação Sexual..., *cit.*, pp. 2-3.

<sup>120</sup> Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto e Beatriz Seabra de Brito, “Convenção do Conselho da Europa...”, *cit.*, p. 54.

<sup>121</sup> Comentário da APAV |Debate Público sobre os Crimes de Violação e Coação Sexual..., *cit.*, p. 3.

de um enquadramento cada vez mais robusto e abrangente ao nível da informação, proteção e apoio, [enquanto] as vítimas de violação estão ainda longe de um tratamento sequer aproximado”<sup>122</sup>. A violência doméstica tem de facto uma maior presença social; tem um longo percurso pavimentado que a violação ainda não tem, mas já têm vindo a ser dados passos nesse sentido. De qualquer modo, a APAV faz tal alerta para que se tenham em consideração as necessidades especiais das vítimas de violação aquando da eventual alteração da sua natureza.

Tendemos a acompanhar a proposta da APAV. O crime de violação é um ilícito que afeta bens jurídicos individuais, mas tendo em conta a panóplia de questões envolvidas nestes casos, deve poder ser uma pessoa diferente da vítima a denunciar o crime em questão. E não pretendemos com isto ressaltar o “paternalismo do Estado omnisciente, que conhece o interesse da vítima melhor do que ela própria”<sup>123</sup>. Todavia, a verdade é que estas vítimas têm reiteradamente receio de apresentar queixa, seja por medo de retaliação do agressor ou da própria família, seja por receio de não acreditarem na sua história, ou apreensão em expor-se a si e àquele evento traumático. A vitimização secundária é um problema sério e real, mas existe exatamente porque as entidades policiais, médicas, judiciais, e outras que tenham contacto direto com a vítima, não estão devidamente preparadas e disciplinadas para lidarem com estes casos. O risco de vitimização não pode assentar na vítima, não pode este ser mais um fator a recair sobre ela. Há que desenvolver mecanismos especializados para assistir as vítimas e conferir-lhes um tratamento que renove a sua confiança na Justiça. Deste modo, concordamos com a alteração da natureza do crime de violação, desde que o ofendido possa ter uma voz ativa no processo, e mediante a avaliação do seu estado físico e psicológico, relação com o agressor, possibilidade de retaliação ou represálias por parte daquele, entre outros fatores relevantes, possa desistir do processo-crime, já que, afinal de contas, “juiz do interesse é, em princípio, quem com ele se titula”<sup>124</sup>. INÊS FERREIRA LEITE, no mesmo sentido, entende que “havendo boas e más razões para a ausência de queixa de vítima, penso que deverá ser estabelecida uma regra intermédia. O crime pode ser público, admitindo-se a

---

<sup>122</sup> Posição da APAV Acerca da Natureza do Crime de violação, p. 4 (disponível em [https://apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/posicao\\_APAV\\_natureza\\_crime\\_violacao\\_mar\\_2021.pdf](https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/posicao_APAV_natureza_crime_violacao_mar_2021.pdf)).

<sup>123</sup> Pedro Caeiro, *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)*, Coimbra, 2019, p. 42.

<sup>124</sup> *Idem*, p. 43.

desistência da vítima”<sup>125</sup>. De todo o modo, o atual regime híbrido previsto no art. 178.º/2 do CP permite a salvaguarda dos interesses e do equilíbrio do “interesse do Estado e da comunidade no exercício da ação penal quanto a crimes sexuais de manifesta gravidade, com respeito pelos interesses da vítima, que, muitas vezes, enfrenta consequências perniciosas e de «revitimização» com a investigação criminal”<sup>126</sup>. A eventual alteração da natureza do crime implica obrigatoriamente o seu acompanhamento pelos demais serviços que atuam diretamente com as vítimas, caso contrário, não há qualquer alteração real, apenas a nível jurídico.

Quanto às penas, deixamos apenas um breve comentário. O aumento da medida da pena não resulta imediatamente numa diminuição do cometimento dos crimes, uma vez que tem sido demonstrado que os destinatários das normas agem ou não consoante a probabilidade de serem condenados, e não pela maior ou menor pena que lhes possa ser ditada pela sentença<sup>127</sup>. Além disso, e no mesmo sentido, concordamos plenamente com ANDRÉ LAMAS LEITE, quando nos diz que “Não é a severidade das penas, mas a sua certeza, efetividade e rapidez compatível com um processo penal justo e equitativo que podem afastar os agentes de práticas delituais”. Sendo assim, é escusado um aumento da medida da pena ou outras penas acessórias deploráveis, como a castração química. Esta medida só pode, aliás, ser defendida por quem tenha uma visão falocêntrica da violação e dos abusos sexuais. O agressor é ali entendido como um animal que não consegue controlar os seus impulsos sexuais, pelo que necessita de uma medida – temporária, diga-se – para o impedir de atuar contra lei. A verdade é que não é a falta de uma ereção (que é o único efeito deste método) que vai impedir um abuso sexual. Os agressores não são, ou não são todos, doentes mentais, como são os pedófilos – e mesmo estes são muitas vezes tratados apenas com medicação não hormonal. Repetimos, mais uma vez, que vários estudos apontam no sentido de a violação ser “um processo onde é evidente a presença de uma relação de controlo e poder, isto é, o seu propósito é o domínio do homem sobre a mulher (...) não sendo o seu comportamento violento motivado pelo desejo sexual”<sup>128</sup>. É importante, finalmente, ter presente que a restrição de direitos tem de cumprir os princípios da proporcionalidade e da necessidade (art. 18.º/2 da CRP), além do respeito pelos demais princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana

---

<sup>125</sup> Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais, *Convenção de Istambul – Notas sobre os projetos legislativos*, cit., p. 7.

<sup>126</sup> Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª..., cit., p. 30.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>128</sup> Gabriela Maria Figueira Martinho, *Crimes sexuais contra mulheres adultas...*, cit., p. 9

(art. 1.º da CRP), pelo que não “é constitucionalmente admissível que a restrição de direitos ínsita nas penas criminais tenha como fundamento o «envio de sinais» ou «mensagens» para a sociedade”<sup>129</sup>.

### III. A Convenção de Istambul

A Convenção de Istambul (doravante CI), como é comumente referida, é a Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica adotada em 11 de maio de 2011, e aprovada e transposta para a legislação portuguesa pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013 de 14 de dezembro de 2013. Esta Convenção procurou dar resposta à cada vez mais evidente violência que sempre se fez sentir, com especial intensidade, sobre as mulheres. A CI retrata a violência de género<sup>130</sup>, o que significa, a violência praticada na sua grande maioria por homens contra mulheres e crianças e muitas vezes pelo simples facto de o serem. Fá-lo sem pretensão de neutralidade, que naturalmente aniquilaria o seu desígnio. Nas palavras de MARIA CLARA SOTTOMAYOR, a Convenção de Istambul é “um documento virado para as mulheres e feito a pensar nelas, para garantir o seu direito a viver sem violência e sem medo”<sup>131</sup>. O sistema patriarcal que se continua a fazer sentir por todo o mundo resulta numa aceitação quase geral de certos tipos de comportamentos, como a importunação sexual (art. 170.º do CP), ridicularizado pelos media como a “criminalização do piropo”<sup>132</sup>. Este tipo de intromissões na esfera privada das mulheres

---

<sup>129</sup> Pedro Caeiro, *Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica...*, cit., p. 5.

<sup>130</sup> Robert Stoller distingue o sexo do género, sendo que o “sexo seria um marcador físico e morfológico de conotação biológica, enquanto o género remeteria para o domínio da cultura, ou para o de uma produção de origem sociológica (...) que fornece os elementos indispensáveis para a percepção e compreensão do próprio corpo sexuado e para a construção das noções de eu e do outro”. Lígia Amâncio, “O género no discurso das ciências sociais”, in *Análise Social*, Vol. XXXVIII, 2003, pp. 694-695.

<sup>131</sup> Maria Clara Sottomayor, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, in *ex æquo*, N.º 31, 2015, p. 106.

<sup>132</sup> No Diário de Notícias, “Consistentemente ridicularizada como "exagero", "histeria feminista" e até "atentado à liberdade de expressão" e "fim da sedução", a criminalização do assédio sexual (...) um dos argumentos contra criminalizar é que as mulheres têm de saber lidar com isso (...)” (Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/piropos-ja-sao-crime-e-dao-pena-de-prisao-ate-tres-anos-4954471.html>).

Queremos ainda alertar para o facto de que consideramos bastante problemático chamar de piropo – por regra associado à sedução, de carácter elogioso – com uma importunação sexual, que é uma ofensa à liberdade sexual e constrange a vida das mulheres, e de adolescentes e crianças. Neste sentido, Maria Clara Sottomayor entende que “o piropo não é uma proposta, ninguém pergunta nada. É antes uma imposição, de quem impõe o comentário” (disponível em <https://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2015-12-28-Piropos-a-caminho-do-tribunal/>). Deixamos, finalmente, um comentário de um leitor, publicado no Correio da Manhã, em que aquele considera o piropo um “elemento cultural de identificação”, sendo até necessário para elevar a moral e o ego: “E o que será das "mal amadas"? Se já por si não têm a atenção dos homens,

é-lhes familiar desde tenra idade, e infelizmente será difícil encontrar uma mulher que nunca tenha experienciado este tipo de situações. Desde cedo as meninas são ensinadas a não dar importância, que é um comportamento normal dos homens, que têm de ser modestas na hora de vestir e que andarem sozinhas na rua quase nem é um direito seu – os homens é que têm esse privilégio. A CI vem trazer ao debate político aquilo que tem sido ocultado por demasiado tempo: os direitos das mulheres, que lhes têm sido coartados pelo mero facto de serem mulheres e que têm de ser especialmente protegidos. As mulheres não precisam de proteção por serem frágeis ou incapazes de reger a sua vida. Precisam de especial atenção por parte do Direito pelas constantes violações e restrições que se verificam há centenas de anos, que lhes são sentenciadas na hora em que nascem com aquele sexo e em que assumem aquele género, que são perpetuadas pelo outro sexo, o *sexo forte*, que ocupa a maioria dos lugares de destaque na política, e que por isso se considera detentor dos corpos e vidas de outrem. Em suma, “a violência de género contra as mulheres é uma forma de discriminação, que impede a igualdade substancial de género e perpetua a desigualdade entre homens e mulheres”<sup>133</sup>.

Com pretensão de universalidade, as leis portuguesas, mas não só, têm o homem e as suas experiências como ponto de referência, em detrimento das crianças e das mulheres. O homem e a linguagem masculina é a regra, e o feminino aparece como exceção, quando o regime impõe a diferença. O conceito de género<sup>134</sup> atribui diferentes tarefas e posições sociais aos homens e mulheres, sendo que aos primeiros é dado o palco público e político, e às mulheres fica reservada a esfera privada e doméstica. Isto tem consequências em proporções muito mais ampliadas do que a distribuição desigual de trabalhos – já é mais do que sabido que as mulheres ganham, em média, menos que os homens, mesmo fazendo trabalhos iguais e mesmo sendo mais qualificadas – e reflete-se um pouco por todos os códigos. Daí a necessidade da criação da CI, que deu palco às vastas gerações de mulheres ignoradas, nas suas casas e pelo Estado. A violência no âmbito familiar sempre foi assumida como natural e camuflada pela privacidade, deixando demasiadas mulheres e

---

quem lhes elevará a moral? Considerem serviço público ou chamem-lhe o que quiserem”. Com a *criminalização do piropo*, “morreu a identidade do País e também um pouco de mim [do leitor]!” (disponível em [https://www.cmjournal.pt/mais-cm/eu-reporter-cm/correio-do-leitor/detalhe/assassinaram\\_o\\_piropo](https://www.cmjournal.pt/mais-cm/eu-reporter-cm/correio-do-leitor/detalhe/assassinaram_o_piropo)).

<sup>133</sup> Maria Clara Sottomayor, “Direitos humanos, Género e Igualdade”, Seminário “Julgar com perspetiva de Género – entre a constitucionalidade e a igualdade”, Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 34.

<sup>134</sup> Neste sentido, “gender identities are not born but rather fashioned through a repetition of social norms, gender becomes a performance that is focused on meeting society’s expectations about identity, which are in turn enforced through normative devices”. Belinda Carpenter, Erin O’Brien, Sharon Hayes e Jodi Death, “Harm, Responsibility, Age, and Consent”, *cit.*, p. 27.

crianças desprotegidas e vulneráveis ao cometimento dos mais atrozes crimes contra a sua dignidade, e que tantas vezes conduzem à sua morte. A igualdade não se pode basear no conceito formulado pelo direito universal natural, nos termos do qual todos os seres seriam iguais por natureza. Não o são, e o que a igualdade requer, para a sua efetiva expressão, é o tratamento igual daquilo que é igual, e desigual daquilo que o é – no fundo, a igualdade impõe o respeito pelo direito à diferença. Nas palavras de MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “na realidade social, os indivíduos não são iguais e os seus direitos não podem ser isolados das estruturas sociais em que vivem. Os direitos humanos têm uma dimensão de historicidade incompatível com a ideia de referências naturais e universais, acima do tempo e do espaço”<sup>135</sup>. Homens e mulheres não nascem iguais, não têm as mesmas necessidades nem carência de proteção quanto aos mesmos direitos; do mesmo modo, crianças e adultos são tratados de modo distinto, porque distintas são também as suas necessidades e características. Lamentavelmente, já desde o Código de Hammurabi da Antiga Mesopotâmia as mulheres são vistas como seres dependentes, suscetíveis de propriedade por parte dos seus pais e maridos, e sobre os quais a violência é admitida e permitida<sup>136</sup>. Lamentavelmente, estes ideais ainda são demasiado evidentes nas sociedades atuais, embora agora com um esforço de os encapotar. Lamentavelmente, nascer mulher ou homem é nascer com um “*status quo* que define rumos à nascença”<sup>137</sup>.

O propósito da Convenção, além de vir colmatar as insuficiências reveladas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (doravante DUDH) para proteger específicas situações da mulher, seria harmonizar as legislações europeias e criminalizar algumas condutas que não eram consideradas penalmente relevantes, como é o caso, na legislação nacional, dos crimes de mutilação genital feminina (art. 144.º-A do CP), de perseguição (art. 154.º-A do CP) e casamento forçado (art. 154.º-B do CP). Todos estes foram aditados pela Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto, destinando-se tal alteração a ir ao encontro dos ditames da CI. Além da criação destes novos tipos penais, foram feitas alterações aos crimes já previstos de violação (art. 164.º do CP), coação sexual (art. 163.º

---

<sup>135</sup> Maria Clara Sottomayor, “Os direitos humanos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Volume II, 2019, p. 120.

<sup>136</sup> Neste Código, o crime sexual mais grave era a violação de uma mulher virgem e noiva, pois nesse caso a propriedade do noivo estaria para sempre destruída, jamais recuperaria o seu valor. No caso de a vítima ser virgem, mas não noiva, a punição do agressor era casar com a vítima e pagar uma multa ao seu pai. Christina M. Tchen, “Rape Reform and a Statutory Consent Defense”, *cit.*, p. 1521.

<sup>137</sup> Artigo “O Dia da Mulher não faz sentido? Eis 10 números que mostram porque é essencial”, disponível em <https://expresso.pt/opiniao/2022-03-08-O-Dia-da-Mulher-nao-faz-sentido--Eis-10-numeros-que-mostram-porque-e-essencial-0f0950fb>.

do CP) e importunação sexual (art. 170.º do CP). A alteração que foi feita a estas normas foi no sentido de punir as condutas de *constrangimento* não previstas nos referidos artigos, as quais já foram previamente densificadas.

Nos termos do artigo 36.º/1 da CI, os Estados deveriam assegurar a criminalização de condutas como “a) a penetração vaginal, anal ou oral *não consentida*, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto; b) outros atos de carácter sexual *não consentidos* com uma pessoa; c) obrigar outra pessoa a praticar atos de carácter sexual *não consentidos* com uma terceira pessoa” (itálico nosso). Acrescenta, o n.º2 do mesmo preceito, que “o consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”. Ora, a Convenção dá bastante ênfase ao critério do consentimento para averiguar se estamos ou não perante um crime sexual, porém, tal não foi suficiente para que o legislador português adotasse o mesmo conceito, que se bastou com a eventual remissão para a falta de consentimento através dos modos de constrangimento não previstos nos n.º1 e 2 do arts. 163.º e 164.º do CP. O constrangimento não previsto pelos artigos reportar-se-ia aos meios empregues, diferentes dos mencionados naquele preceito, “para a prática de atos sexuais contra a vontade cognoscível da vítima”<sup>138</sup>. Tanto as práticas de constrangimento não previstas como a vontade cognoscível da vítima são conceitos indeterminados, a determinar pelo aplicador da lei. Se o objetivo era conformar a lei penal com a CI, fica por explicar a reticência em usar o conceito de *consentimento*, em vez de *meios de constrangimento* e *vontade cognoscível da vítima*, que carecem de clareza e facilidade de concordância entre as várias fações da doutrina e da jurisprudência. De qualquer modo, e porque a CI exige a interpretação da lei nos eixos por si determinados, aqueles conceitos devem ser interpretados no sentido da falta de consentimento prestado validamente pela vítima, “expressa de forma verbal ou não verbal, presumindo-se que o silêncio, acompanhado de passividade, medo e de falta de participação positiva ou ativa nos atos, são suficientes”<sup>139</sup> para assumir a falta de concordância para a prática de todos ou determinados atos sexuais praticados, tendo sempre em conta, tal como determinado também pela CI, o contexto e as circunstâncias envolventes.

---

<sup>138</sup> Maria Clara Sottomayor, “Direitos humanos, Género e Igualdade”, *cit.*, p. 38.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

Da opinião de que o n.º1 do artigo 164.º do CP deve ser interpretado como não consentimento (dissentimento), são AURORA RODRIGUES, ALEXANDRA VEIGA, RITA MOTA SOUSA e INÊS FERREIRA LEITE<sup>140</sup>. ALEXANDRA VEIGA acrescenta que o “constrangimento é mais exigente que o não consentimento, limita uma expressão mais simples como a falta de consentimento. Contudo, o constrangimento não será uma limitação se for lido como um não consentimento”<sup>141</sup>, o que apenas vem contribuir para a nossa dificuldade em compreender a insistência do legislador em não assentar os crimes sexuais na falta de consentimento. Ora, então se constrangimento e consentimento são diferentes, mas podem ser entendidos como iguais, onde reside a diferença? Na nossa opinião, constrangimento de facto parece mais exigente que consentimento, ficando na sombra dos meios de constrangimento típicos. Neste sentido, constrangimento aponta mais para forçar à prática de um ato, enquanto o consentimento se identifica pela concordância e sua demonstração e, conseqüentemente, o dissentimento define-se como discordância. TERESA FÉRIA, por sua vez, entende que os dois conceitos não são completamente coincidentes, ainda que haja zonas de sobreposição, e que “haverá casos caracterizados pela ausência de consentimento e de constrangimento, o que poderá redundar num vazio legal, uma vez que esses casos não estão, presentemente, abrangidos pela letra da lei, ainda que seja feita uma interpretação conforme à Convenção de Istambul”<sup>142</sup>. Seria o caso, segundo a autora, de uma vítima que voluntariamente se coloca numa situação de incapacidade temporária e é violada por um conhecido, situação na qual não haveria consentimento nem constrangimento. Consentimento validamente prestado não haverá certamente, pelo que, interpretando-se o artigo 164.º do CP de acordo com a CI haverá violação, já que a falta de consentimento terá de corresponder ao dissentimento – “Se não é sim, é não”<sup>143</sup>. Quanto ao constrangimento, fica então por definir em que é que ele se traduz, já que se defende que *pode* ser interpretado como falta de consentimento ou “assentimento alcançado por qualquer tipo de pressão que não chegue ao patamar da «ameaça grave ou da colocação da vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir»”<sup>144</sup>. O ato de constranger aponta para coação, ainda que não de modo violento, e

---

<sup>140</sup> Tatiana Morais, “Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: a relutância do legislador nacional em adotar a falta de consentimento como elemento do tipo legal do crime de violação”, in *Themis*, ano XVIII, N.º 33, 2017, p. 119.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 120.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> Artigo “Se não é sim, é não”, disponível em [https://www.publico.pt/2022/02/23/p3/cronica/nao-sim-nao-1996354?utm\\_campaign=later-linkinbio-publicop3&utm\\_content=later-24836055&utm\\_medium=social&utm\\_source=linkin.bio](https://www.publico.pt/2022/02/23/p3/cronica/nao-sim-nao-1996354?utm_campaign=later-linkinbio-publicop3&utm_content=later-24836055&utm_medium=social&utm_source=linkin.bio).

<sup>144</sup> Filipa Ribeiro Fonseca, *Atos sexuais: distinções penalmente relevantes*, cit., p. 10.

porque um ato conseguido mediante coação nunca pode ser considerado como livremente consentido, nesse sentido pode considerar-se que o constrangimento e o dissentimento são conceitos que se acabam por complementar. Constranger é “obrigar, submeter à sua vontade, sem que a vítima tenha liberdade de determinação”<sup>145</sup>, então parece que o constrangimento é uma via de superação da falta de consentimento para um qualquer ato, sexual ou não. Visto por este ângulo, o constrangimento aproxima-se mais da coação, violência, manipulação, convencimento, e demais modos de obter um “consentimento” (inválido). Constranger é, enfim, obrigar alguém à prática de algo por meio de algum comportamento que se concretize num ato desejado por quem constrange. O constrangimento conduz à verificação da falta de consentimento, mas não se confunde com este. São conceitos absolutamente incompatíveis, no sentido de que que uma prática baseada num constrangimento não será consentida (de novo, validamente). Posto isto, conclui-se que o constrangimento não é mais que um meio típico de conduta que leva à submissão da vítima à vontade do agressor, impedindo a formulação e expressão de uma vontade própria, espontânea e, sobretudo, livre.

A vontade cognoscível da vítima, por fim, aponta para um comportamento que demonstre uma contrariedade ou transgressão da sua vontade por parte do agressor. O que significa que aquela tem de dar a conhecer ao ofensor a sua recusa, que o comportamento deste é divergente da vontade da vítima. É, enfim, “aquela que, dado o circunstancialismo de que se reveste a situação concreta, seria possível dela conhecer”<sup>146</sup>. Ainda que o nosso CP adote o Modelo do Constrangimento, parece um pouco redundante esta referência à vontade cognoscível da vítima, já que, de qualquer modo, a atuação do agressor teria de ser contrária à vontade da vítima, e tal vontade teria de ser suscetível de ser conhecida. O legislador dá a entender uma aproximação ao Modelo do Dissentimento, até porque o propósito da última revisão seria uma maior conformidade com a CI – que se refere, repita-se, ao consentimento e não ao constrangimento.

A tradição portuguesa quanto aos crimes de violação e de coação sexual, pelo menos até 2019, é de que se trata de crimes de execução vinculada, o que significa que será sempre exigido um meio típico de constrangimento, como a violência ou ameaça grave, para que se preencha o tipo. Além disso, a exigência de que se trate de violência física e

---

<sup>145</sup> Daniela Madeira Balsinhas de Ávila Gomes, *O Crime de Violação...*, cit., p. 29.

<sup>146</sup> Raquel Boucinha Simões, “Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2018 proferido no âmbito do processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1 (O “Acórdão da sedução mútua”), in *Julgado online*, 2020, pp. 5-6.

o ónus de resistência por parte da vítima são ainda critérios que se encontram vastamente pela nossa doutrina e jurisprudência, e que são consequência da fantasia de que a maior parte dos abusos sexuais é cometido violentamente por um estranho. E isto decorria até da lei: no primeiro número do artigo 164.º eram apresentados os meios típicos usados na violação, sendo que os *outros meios de constrangimento*, como será a mera falta de consentimento, apareciam relegados para o segundo número do artigo. No n.º1 a regra e no n.º2 a atenuante. Somos da opinião de que, além do vocábulo constrangimento dever ser substituído por falta de consentimento, o artigo 164.º deveria enumerar em primeiro lugar a regra, e em segundo as agravantes, portanto, apenas no segundo artigo apareceriam a violência, ameaça grave, ou ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, na senda do defendido por MARIA CLARA SOTTOMAYOR e AURORA RODRIGUES, e do defendido no parecer do Conselho Superior do MP<sup>147</sup> relativo à alteração legal do CP a que conduziu a CI em 2015. Isto porque, ao contrário daquilo que parece ser a noção coletiva, a verdade é que a esmagadora maioria dos abusos sexuais são executados por alguém próximo ou conhecido da vítima, sem recurso a força física, nomeadamente entre casais – a que a CI também chama a atenção no art. 36.º/3. A Convenção quis abolir todos estes parâmetros, que mais não fazem senão voltar o foco do crime para a vítima, concentrando a verificação do crime na falta de consentimento. Em 2019, parece ter sido também esse o objetivo do legislador português ao determinar no primeiro número dos artigos 163.º e 164.º do CP que “quem constranger outra pessoa a praticar ato sexual de relevo é punido” e “Quem constranger outra pessoa a: a) Praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral; ou b) Praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; é punido”, respetivamente. A regra aparece agora em primeiro lugar e só depois as agravantes, com medida de pena distinta, aparecem depois.

O Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais<sup>148</sup> (doravante IDPCC) defende que “a CI impõe a eliminação de quaisquer exigências de dissentimento qualificado para a verificação dos tipos relativos a violência sexual”, entendendo que esta decorre da prática de atos sexuais não consentidos. O dissentimento qualificado reportar-se-ia às formas típicas de violência a que se referiam o anterior n.º1 dos artigos 163.º e 164.º, que, na sua visão, não correspondem a agravantes, mas antes a “formas socialmente comuns

---

<sup>147</sup> Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto e Beatriz Seabra de Brito, “Convenção do Conselho da Europa...”, *cit.*, pp. 46-47.

<sup>148</sup> *Idem*, p. 49.

para a execução do crime de violação, e não circunstâncias excepcionais que despoletem fatores agravantes”<sup>149</sup>. Ou seja, para INÊS FERREIRA LEITE aquelas formas de violência não constituiriam agravantes aos crimes de violação e de coação sexual, que se concretizariam pela verificação do mero dissentimento, mas antes formas comuns de verificação daqueles crimes, pelo que, não se devem criar “vários níveis de violação”. A eliminação das agravantes, ou das formas socialmente comuns, serviria para abarcar outras formas de “violência sutil”, como a superioridade numérica dos agressores<sup>150</sup>. Concordamos que a falta de consentimento é suficiente para a verificação dos crimes, e que aqueles comportamentos são formas típicas de violência sexual mas, ainda assim, defendemos que devem ser consideradas circunstâncias agravantes, porque além do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, são normalmente afetados adicionalmente outros bens jurídicos, tais como a integridade física e moral. No fundo, há uma maior redução da capacidade de resistência da vítima. Não significa que haja vários níveis de violação, mas há uma diferença na intensidade das ofensas nos vários casos, e por isso o tratamento que merecem também deve ser distinto. É claro que, como temos aliás vindo a defender, a violência física não é mais grave que a violência psicológica, mas dentro delas também se pode considerar que há ações mais prejudiciais, porque mais intensas – para aquela vítima concreta – que outras. Os casos de violência sutil, em que há uma aparência de consentimento, como serão os casos de atos sexuais praticados no âmbito de uma relação abusiva, em que a vítima aceita ou cede perante investidas sexuais, com medo de piorar a sua situação, ficam reservados para o atual n.º1 dos artigos, onde se exige interpretativamente apenas a falta de consentimento validamente prestado. No fundo, ficam reservadas àquele preceito as “circunstâncias que, não constituindo manifestamente casos de coação/coerção, são objetivamente aptas a diminuir o grau de liberdade (manifestação espontânea e absolutamente voluntária) inerente à decisão de praticar o ato sexual, e porque também entre os adultos se geram situações de manifesta desigualdade, com prevalência de posições de domínio”<sup>151</sup>. Nestes casos, naturalmente, o consentimento eventualmente prestado pelas vítimas encontra-se toldado por uma

---

<sup>149</sup> Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto e Beatriz Seabra de Brito, “Convenção do Conselho da Europa...”, *cit.*, p. 49.

<sup>150</sup> Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais, *Convenção de Istambul – Notas sobre os projetos legislativos*, *cit.*, p. 3.

<sup>151</sup> Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto e Beatriz Seabra de Brito, “Convenção do Conselho da Europa...”, *cit.*, p. 50.

qualquer situação que impede a formulação certa e concisa do consentimento que se exige para a verificação da licitude do ato sexual.

Sintetizando, com a Lei n.º 101/2019, os artigos 163.º e 164.º do CP assumiram uma nova forma. No n.º1 dos artigos passou a mencionar-se apenas o constrangimento, e as formas típicas de realização do facto ficaram ao abrigo do n.º2, e acrescentou-se um n.º3 para definir que constrangimento é qualquer meio não previsto anteriormente, empregue para a prática de atos sexuais contra a vontade cognoscível da vítima. Os artigos passaram, então, a assumir uma natureza mista, na medida em que se exige o constrangimento da vítima, mas já se prescinde da sua dimensão coativa. Parece-nos ter sido uma alteração acertada, uma vez que já se dá mais ênfase ao constrangimento em vez de aos meios típicos, mas parece-nos, ainda assim, insuficiente. É certo, porém, que o constrangimento poderá ser entendido como falta de consentimento, mas não se pode dizer que é rigorosamente a mesma coisa. Constranger implica “obrigar, pressionar – afetando, assim, a liberdade do coagido”<sup>152</sup>, o que não é o mesmo que a exigência da verificação da falta de um consentimento válido. Parece-nos que constranger se refere apenas à “vontade da prática dos atos sexuais e não às condicionantes impostas pelos intervenientes a estes atos sexuais”<sup>153</sup>. Quando o constrangimento se apresenta como indispensável, é preterida a situação global do consentimento da vítima, que pode ser meramente aparente. Usemos como exemplo prático o caso do *stealthing*, prática que diz respeito à “remoção intencional e não consentida do preservativo durante uma relação sexual pretendida pelos intervenientes, com a condicionante do uso de preservativo”<sup>154</sup>. Ora, neste caso, após a remoção do preservativo, que é condição para a prática daquela relação, não se pode dizer que a vítima consentiu nos atos subsequentes, mas também não se pode entender que foi constrangida. Neste caso, não tendo sido constrangida não se poderia aplicar o art. 164.º/1 a) do CP, enquanto se a norma previsse o consentimento este caso já seria abrangido por aquele preceito. De acordo com a CI, o consentimento deve verificar-se e persistir no momento da prática do facto, podendo ser revogado a todo o momento até à execução e durante a execução daquele. Sendo assim, num caso de *stealthing* há violência sexual quanto a todos os atos praticados fora do âmbito do consentimento prestado pela vítima – fora daquilo que foi acordado e determinado como

---

<sup>152</sup> Gil Duarte Miranda Ribeiro, *Deficiências do Crime de Violação à Luz da Convenção de Istambul: Stealthing – Consentimento versus Constrangimento*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2019, p. 32.

<sup>153</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>154</sup> *Idem*, p. 8.

essencial, como o uso do preservativo –, sem necessidade de constrangimento ou de violência ou ameaça grave. O constrangimento exigido pela nossa lei penal restringe, deste modo, o âmbito de tutela do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual.

#### **IV. O consentimento no Código Penal**

O CP atribui valor ao consentimento no sentido de acordo, isto é, havendo consentimento para a prática de um determinado facto, e mediante a verificação de certas condições, o consentimento exclui a ilicitude do facto (art. 38.º/1). Nos termos da lei, só tem capacidade de consentir o maior de 16 anos de idade (art. 38.º/3) e tal consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida e pode ser livremente revogado até à execução do facto (n.º2 do mesmo artigo). Além disso, só se pode referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e tem como limite os bons costumes (n.º1 do art. 38.º).

O consentimento válido pode afastar tanto a ilicitude (art.31.º/2 d) do CP) como a tipicidade (art. 38.º do CP) da conduta, portanto, a lei penal adota, quanto a este tema, um modelo dualista. No primeiro caso fala-se de consentimento e no segundo de acordo. A ilicitude “é uma demonstração coerente, em face de todo o Direito, de que o facto é desvalioso”<sup>155</sup>, ou seja, um facto contrário ao Direito diz-se ilícito. É, segundo FIGUEIREDO DIAS, “o específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um concreto comportamento humano numa concreta situação, atentas portanto todas as condições reais de que o facto se reveste ou tem lugar”<sup>156</sup>. A tipicidade, por sua vez, reporta-se à “exigência de adequação do facto a um tipo legal de crime”<sup>157</sup>, o que significa que determinado comportamento só é considerado crime na medida em que esteja previsto por um tipo legal, por uma norma penal. A ilicitude tem um cariz valorativo do comportamento do agente, enquanto a tipicidade assume uma índole descritiva daquele comportamento. No primeiro caso, tem de estar em causa um bem jurídico supraindividual, e a atuação ilícita será excepcionada por uma outra norma de Direito Penal

---

<sup>155</sup> Maria Fernanda Palma, *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 3.ª Edição (Reimpressão), Lisboa, AAFDL Editora, 2018, p. 221.

<sup>156</sup> Raquel Boucinha Simões, “Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2018...”, *cit.*, p. 6.

<sup>157</sup> Maria Fernanda Palma, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 130.

ou de outro ramo do Direito. No segundo, tem de estar em causa um bem jurídico individual e disponível. Neste último caso estamos, então, perante um acordo, e é este o caso dos crimes sexuais. Quando se verifique o consentimento para a prática de um ato que potencialmente afete um bem jurídico individual e disponível, como seja a liberdade e autodeterminação sexual, aquele é valorizado no sentido de excluir a tipicidade do facto. Mediante o acordo, o titular do bem jurídico está a exercer um direito que se lhe refere, ou seja, neste caso, o titular está a exercer o direito de estabelecer relações sexuais com outrem nas matrizes que entender. Diferentemente, quando estejamos perante uma conduta que afete um bem jurídico supraindividual, ainda assim a vontade da vítima pode ser manifestada através do consentimento e excluir a ilicitude do tipo, tal como previsto no artigo 38.º do CP.

O consentimento do ofendido é uma causa de justificação, que se traduz na “limitação da intervenção penal pelo valor preponderante da autonomia”<sup>158</sup>. A doutrina tem distinguido as figuras da causa de justificação do acordo, essencialmente porque no primeiro caso haveria autonomia do agente face ao bem jurídico, enquanto no segundo esses dois valores se apresentariam como absolutamente indissociáveis. O consentimento do ofendido é uma causa de exclusão da ilicitude, e por isso tem menção legal, no art. 38.º do CP. Este artigo enumera uma série de requisitos, já mencionados, entre os quais a capacidade daquele que consente e a autenticidade do próprio consentimento. Quanto à capacidade de consentir, o artigo menciona a idade mínima de 16 anos e o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance, no momento em que o consentimento é prestado (n.º3). Este preceito adotava, antes de 2007, uma ideia de capacidade natural e, por isso, a idade de referência era de 14 anos. Segundo MARIA FERNANDA PALMA, tal ideia poderia compatibilizar-se com bens jurídicos não pessoais, mas não com “aqueles bens como a liberdade sexual ou a integridade física em que mesmo ofensas mais leves podem assumir um significado intenso na perspectiva do desenvolvimento do adolescente”<sup>159</sup>. Assim sendo, sobre estes bens jurídicos a autora não reconhece capacidade aos menores de 14 anos para deles disporem, para se autodeterminarem da maneira que entenderem. Quanto à autenticidade do consentimento, o n.º2 enumera como requisitos uma vontade séria, livre e esclarecida, e ainda a atualidade do consentimento, que permite a sua revogação a qualquer momento. No artigo 39.º do CP, por sua vez,

---

<sup>158</sup> Maria Fernanda Palma, *Direito Penal – Parte Geral...*, cit., p. 348.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 353.

apresenta-se a figura do consentimento presumido. Aí está em causa a circunstância de o titular do bem jurídico se encontrar numa situação de incapacidade de prestar o seu consentimento, mas em que a intervenção na sua esfera jurídica se apresenta como indispensável à proteção dos seus interesses – é o caso de uma intervenção médica cuja preterição determinaria a morte ou afetaria grave ou irreversivelmente a sua saúde. Apela-se, nestes casos, à “vontade hipotética do titular do bem jurídico ofendido e não [ao] seu interesse objetivo avaliado por terceiros”<sup>160</sup>. Assim, para o consentimento poder ser presumido temos que ter em consideração requisitos situacionais, de impossibilidade de manifestação da vontade, e requisitos quanto à vontade hipotética sobre a vontade.

### **i. O consentimento nos crimes sexuais**

A importância do consentimento no âmbito dos crimes sexuais surge como uma conquista das lutas feministas do século XX, uma vez que a capacidade de consentir não era antes reconhecida às mulheres. Já LOCKE afirmava que os homens teriam “maiores capacidades racionais e físicas [portanto] seriam os verdadeiros e únicos capazes do exercício da vida pública e conseqüentemente, da vida política”<sup>161</sup>, enquanto as mulheres seriam “remetidas à natureza e à emoção, portanto deveriam residir nos domínios do lar (privado) sob o controle e poder de seus maridos”<sup>162</sup>. Uma vez que não eram consideradas indivíduos para o Direito, não tinham o direito de participar na vida política da sociedade nem de ter palavra em qualquer assunto público. A proteção da liberdade e autodeterminação não era um assunto público, daí que o consentimento das mulheres fosse absolutamente irrelevante. ROSSEAU, no mesmo sentido, considerava a mulher um membro essencial da sociedade, à qual era atribuída a função de manutenção da família e da educação dos filhos, mas não era considerada um sujeito de direitos no plano jurídico. Deste modo, “se o consentimento (...) representa um ato em que não haja constrangimento para uma ação, (...) dificilmente as mulheres poderiam consentir com qualquer coisa em uma estrutura social e política que lhes nega as competências e os

---

<sup>160</sup> Maria Fernanda Palma, *Direito Penal – Parte Geral...*, cit., p. 359.

<sup>161</sup> Marcela Santos, Mariana Moreira Silva, Miriam Marinho e Lisandra Aspíndula Moreira, “Jurisprudência em casos de estupro de vulnerável: consentimento e vulnerabilidade pra quem?”, in Pedro Augusto Gravatá Nicolli, Lívia Pereira de Souza e Luísa Santos Paula (Orgs.), *Gênero, Sexualidade e Direito: Entre Violência e Emancipação, Anais do II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero – 1ª Edição Internacional*, Vol. III, Initia Via Editora, Belo Horizonte, 2017, p. 67.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

direitos do sujeito liberal”<sup>163</sup>. Talvez a teimosia em atribuir o devido valor ao consentimento, por parte do nosso e de tantos outros legisladores, assente em concepções obsoletas do papel da mulher na coletividade.

Nos crimes sexuais o consentimento não ocupa o lugar central dos tipos, tal como temos já vindo a adiantar. Isto é, apesar da lei atual parecer querer dar alguma importância ao consentimento, por imposição da CI, através da cláusula de constrangimento por meio não compreendido no n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º do CP, ainda não é o fator mais relevante para a verificação do crime. A violência física costuma assumir o papel principal, sendo que há quem exija ainda um ónus de resistência ou de defesa por parte da vítima. Tal posicionamento legal tem vindo a ser criticado por parte da doutrina, que entende, como entendemos nós, que o consentimento tem de ser o cerne quando o bem jurídico em causa é a liberdade e autodeterminação sexual. Seguimos o entendimento de que a violência a que se referem aqueles dois artigos (163.º e 164.º do CP) em particular, mas aplica-se nos crimes sexuais em geral, tanto pode ser violência física como psíquica. Deste modo, parece-nos que há sempre violência na prática de atos sexuais após a verificação da falta de consentimento por parte da vítima, ou seja, “«deve entender-se que existe o elemento violência sempre que o ato é praticado contra a vontade ou sem a vontade da vítima», equiparando-se assim a violência à ausência de vontade da vítima”<sup>164</sup>. A CI, neste sentido, entende que, independentemente da redação dada aos artigos por cada país, deve interpretar-se as expressões “coerção, violência, coação, ameaça, ardis, surpresa entre outros, tendo em conta o contexto das situações específicas”<sup>165</sup> como atuações que tolhem o consentimento da vítima e que, portanto, resultam em condutas não consensuais, logo, ilícitas.

Porquanto estamos perante o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, que é um bem pessoal e disponível, é possível sobre ele haver acordo e, por isso, excluir a tipicidade da conduta. Os mencionados bens jurídicos são expressão da autonomia do seu titular e é exatamente por isso que o acordo é admissível como excludente da tipicidade, pois traduz-se na exteriorização da sua vontade. Apesar de se referir a idade mínima de 16 anos para dar valor ao consentimento da vítima, no art. 38.º/3 do CP, tem-se entendido

---

<sup>163</sup> Marcela Santos, Mariana Moreira Silva, Miriam Marinho e Lisandra Aspíndula Moreira, “Jurisprudência em casos de estupro de vulnerável...”, *cit.*, p. 67.

<sup>164</sup> Maria Clara Sottomayor, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, *cit.*, p. 110.

<sup>165</sup> Daniela Madeira Balsinhas de Ávila Gomes, *O Crime de Violação...*, *cit.*, p. 17.

que é possível que o consentimento tenha validade e seja considerado quando o jovem, com menos de 16 anos, tenha “maturidade suficiente para, de uma forma esclarecida, autêntica e espontânea, formar e expressar a sua vontade”<sup>166</sup>. No entanto, o menor com idade inferior a 14 anos não poderá nunca ter valorado o seu consentimento, em virtude do tratamento que lhe é dado no CP, analisado supra. A idade não é, então, o único requisito do art. 38.º/3 do CP: também se exige o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que é prestado.

O CP assenta no Modelo do Constrangimento, ou seja, centra-se na conduta do agente e o desvalor da ação assenta na coação da vítima. Adotando o Modelo do Consentimento, estariam abrangidas pela lei penal todos os atos sexuais sobre os quais não tenha havido um consentimento positivo e expresso: “only yes means yes”<sup>167</sup>. Obviamente, tendo em conta a natureza dos atos em questão, as partes não têm de demonstrar verbalmente um *sim* quanto a todos os atos praticados. PEDRO CAEIRO entende que “é necessário que fique claro que a vítima dissente na prática do ato sexual, não bastando que não o consinta”<sup>168</sup>, inclinando-se mais para o Modelo do Dissentimento. Mas se a vítima não consente no ato, não está a dissentir? O que fica entre o consentimento e o dissentimento? É possível que se inicie um ato, sem que as partes tenham a certeza se querem ou não praticá-lo, mas eventualmente saberão se pretendem continuar (caso em que haverá consentimento) ou se querem terminar por ali (caso em que dissentem à prática daquele ato, uma vez que já mostraram desinteresse na continuação do mesmo). Ou é sim, ou é não, não pode haver um assim-assim. O Direito não pode continuar a ser tolerante desta ideia de *quem cala consente*, de só porque nada se disse então é porque se admite, ou só porque não se disse um altivo *não* então significa que sim. Há vítimas que ficam paralisadas com o medo, pelo que estas naturalmente nunca dirão que não, nem que sim, e também não o demonstrarão efusivamente. No mesmo sentido aponta o TRL, ao determinar que “Vítimas há em que o medo lhes impede a demonstração de qualquer reação, é a chamada imobilidade tónica (...) A ausência de resistência física por parte de uma vítima de um crime de violação não pode ser considerada como uma forma de aceitação ou consentimento da agressão, mas pelo contrário expressa apenas o desejo de sobreviver a

---

<sup>166</sup> Ana Rita Alfaiate, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, cit., p. 131.

<sup>167</sup> Daniela Raquel Soares da Costa, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação...*, cit., p. 91.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 92.

uma situação cujo controle não detém e relativamente à qual experimenta um sentimento de completa impotência”<sup>169</sup>.

Como aludido supra, além do Modelo do Constrangimento, existem ainda os Modelos do Dissentimento e do Consentimento. O primeiro modelo, segue o movimento *no means no*, e faz assentar o desvalor da ação na contrariedade da vontade da vítima. Será ilícito todo e qualquer ato subsequente à exteriorização, por qualquer modo, do dissentimento da vítima. O segundo modelo, do consentimento, por sua vez, apela ao *only yes means yes*, e determina que apenas são legítimas as condutas para as quais foi expresso, por qualquer meio, o consentimento positivo. Neste caso, a lesão do bem jurídico verificar-se-á quando não haja uma expressão de consentimento, um *sim*, por parte da vítima. Tem a seu favor o facto de criar uma maior exigência às partes na procura de uma vontade positiva para os atos sexuais, enquanto o Modelo do Dissentimento faz recair um ónus sobre a vítima, de exteriorizar o seu dissentimento de modo que a sua vontade possa ser conhecida pela outra parte. Este modelo tem outro aspeto negativo, por entender que há consentimento por defeito, no sentido de que aquele é perpetuamente dado, salvo menção contrária<sup>170</sup>. Porém, as relações sexuais saudáveis e lícitas são, normalmente, produto da espontaneidade, não são resultado de uma negociação, como se de um contrato se tratasse, pelo que as partes não farão uma espécie de acordo no qual inserem cláusulas relativas aos atos para os quais dão o seu consentimento. As partes adotam uma linguagem essencialmente corporal que indica o seu interesse ou desinteresse em determinado ato. Nem sempre as partes analisam conscientemente, ou fazem uma deliberação séria dos potenciais efeitos daquela relação em particular<sup>171</sup> – e é normal. Exigir um consentimento afirmativo nestes moldes imporia um grau de formalidade e artificialidade em interações

---

<sup>169</sup> Acórdão do TRL de 12-06-2019.

<sup>170</sup> Neste sentido, entende-se que o Modelo do Dissentimento é problemático “as it implies the existence of consent by default, in every situation where there is no express refusal to engage in a sexual act, as opposed to interpreting consent as active participation and/or affirmative expression. According to this model, women consent to sex perpetually, unless they state otherwise” (Amnistia Internacional, *Right to be free from rape...*, cit., p.10).

<sup>171</sup> Isto refere-se essencialmente ao sexo vaginal em relações heteronormativas, pois de acordo com um estudo, face ao sexo anal entre casais heterossexuais, o consentimento “se converte num processo consciente e temporalmente situado através de uma sucessão de ações: pedido, convencimento e concessão, inscrito em um sistema heterossexual que distingue claramente os lugares de homens e mulheres frente ao processo de consentir e a prática em si”. Yoliliztli Pérez Hernández, “Reflexões antropológicas sobre o consentimento sexual em relações de namoro”, in Breno Rodrigo de Alencar e Maria Liliana Arellanos Mares, *Etnografias do afeto: construindo relações de parentesco, aliança e sexualidade em sociedades em transformação*, 1ª Edição, Editora IFPA, Belém, 2018, p. 226.

humanas nas quais a espontaneidade é especialmente importante<sup>172</sup>. A antropologista PEGGY REEVES SANDAY assevera que enquanto a tese do *no means no* aponta para a verificação de violência e coação, de modo a garantir que o consentimento prestado foi efetivamente voluntário, a tese do *only yes means yes* requer a necessidade de consentimento afirmativo para todos os atos sexuais e requer ainda a procura de tal consentimento, de uma concordância ou permissão antes de qualquer atuação sexual, tendo, além disso, a vantagem de não retirar valor do silêncio<sup>173</sup>. Entendemos que não há vantagem em polarizar este tema, porque os dois modelos acabam por se complementar<sup>174</sup>. Isto é, numa relação sexual comum, em princípio, as partes não vão dizer que *sim* verbalmente a tudo, mas demonstrá-lo-ão através da participação ativa e espontânea manifestada pela sua linguagem corporal. Do mesmo modo, também não há necessidade de dizer que *não* para se demonstrar o dissentimento, que pode ser revelado por qualquer modo, desde que seja perceptível a falta de vontade, pois a todos cabe um ónus mínimo de proteção dos seus próprios interesses. Além disso, nem sempre um *sim* se pode considerar consentimento válido, mas um *não* deverá ser efetivamente entendido como um não. Contrariamente à ideia vastamente expandida por gerações, um *não* não é uma pretensão de convencimento, não é um não que significa sim, não é um desejo de insistência. Neste ponto, aproximamo-nos mais do Modelo do Dissentimento. No entanto, esta conceção alastra a ideia de que apenas um não convicto, verbalizado ou não, demonstra o dissentimento, o que não é verdade – basta relembrar os casos das vítimas que paralisam face ao ataque. Achamos, então, importante que haja uma exigência de as partes procurarem o consentimento antes de prosseguirem qualquer atuação, e que a dúvida seja esclarecida – até porque por esta via é admissível a punição da violação negligente<sup>175</sup>. Além disso, a análise vai recair sempre sobre a validade do consentimento

---

<sup>172</sup> Tradução livre e parcial do excerto “As Schulhofer so eloquently puts it (in assessing Reeves Sanday’s “verbal-permission rule”), the result would be «imposing a degree of formality and artificiality on human interactions in which spontaneity is especially important”. Susan Caringella, *Addressing Rape Reform in Law and Practice*, Nova York, Columbia University Press, 2009, p. 80.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 78.

<sup>174</sup> Neste sentido, “Rape law, in acknowledging a woman’s right to say «no», must also respect her right to say «yes»”. Harvard Law Review, “Acquaintance Rape and Degrees of Consent: “No” Means “No”, but What Does “Yes” Mean?”, in *Harvard Law Review*, Vol. 117, N.º 7, 2004, p. 2364.

<sup>175</sup> Seguimos o entendimento de Maria Clara Sottomayor, “a falta de cuidado quanto ao consentimento livre da vítima e a omissão de deveres de respeito e de indagação desse consentimento revelam uma atitude de indiferença do agente a bens jurídicos que a sociedade considera fundamentais e provoca danos psíquicos nas vítimas”. Pela punição da violação negligente “a lei transmite a mensagem de que a questão do consentimento das mulheres e da sua dignidade inalienável (...) constituem valores sociais e ético-jurídicos que devem ser tutelados pelo direito penal, numa área em que a mulher viveu, durante séculos, numa situação de objeto”. Maria Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação...”, *cit.*, p. 313.

prestado, e não da validade do dissentimento. É neste sentido que entendemos necessário que a lei apele ao consentimento em vez do constrangimento, pois em última instância a lei destina-se a ser compreendida por qualquer cidadão. A clareza só trará maior facilidade de assimilação por parte dos destinatários da norma, e a exigência mais rigorosa do consentimento trará um maior efeito dissuasivo da prática deste tipo de crimes.

Há quem entenda que não é viável prever a falta de consentimento na lei penal, “por todos os inconvenientes que dela iriam advir para as vítimas”<sup>176</sup>. Isto porque a expressão apontaria para um mais rigoroso ónus de resistência e acarretaria “incontáveis problemas de interpretação da lei”<sup>177</sup>. Aponta-se como exemplo um caso em que um patrão coage uma funcionária à prática de atos sexuais, mediante a promessa de uma promoção ou para evitar o seu despedimento. No entender de DANIELA COSTA, “a funcionária foi constrangida e praticou um ato sem o seu consentimento. Por isso, entender-se-ia, segundo a proposta socialista [de prever o Modelo do Consentimento], que foi violada, quando, na realidade, não o foi: apesar de não ser aquela a sua vontade, no caso em concreto, a funcionária tinha outra alternativa”<sup>178</sup>. Fica pouco claro o que é que a autora entende ser violação, já que diz claramente, e bem, que a funcionária pratica atos sem o seu consentimento. O facto de haver outra alternativa não é relevante, até porque a alternativa pode não ser efetivamente viável, já que só o será se se verificar uma verdadeira liberdade e capacidade de escolha – estes sim são os fatores determinantes. Usemos como exemplo um caso de um relacionamento em que o agressor insistentemente, mas sem uso de violência física, coage a vítima à prática de determinados atos sexuais. A vítima cede e não nega a sua prática. Pode entender-se que até houve consentimento (porque até disse que sim, ou não disse que não) e que a vítima tinha outra alternativa. O consentimento, todavia, não pode ser válido, já que não foi livre e espontaneamente prestado, e por isso houve efetivamente um abuso sexual. Tal como previsto pela CI, há que ter em conta o contexto e a forma como é prestado o consentimento. O mesmo se pode dizer quanto a outras inúmeras situações, deploravelmente tão presentes no nosso quotidiano, como os abusos de crianças mediante ameaças de violência ou promessas de compensações (brinquedos ou dinheiro, por exemplo), os abusos entre casais mediante manipulações psicológicas de rompimento da relação ou revelação de conteúdo íntimo, nas relações entre médico e paciente, entre

---

<sup>176</sup> Daniela Raquel Soares da Costa, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação...*, cit., p. 93.

<sup>177</sup> *Ibidem*, Nota de rodapé 198.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

membros do clero e paroquianos, ou ainda os abusos em contexto académico mediante promessas de melhores resultados ou de não reprovação. Ou, mesmo não havendo ameaças ou coação explícitas, a disparidade de estatutos e poder entre os agentes é de tal ordem que torna difícil a recusa pela parte subordinada – a vítima não tem uma alternativa real e aceitável, à luz da sua situação atual, senão submeter-se ao abuso. Estes, entre muitos mais, são casos em que há uma relação na qual o agressor tem a oportunidade de afirmar o seu *status* autoritário de domínio sobre a vítima. O *sim* que todas estas vítimas possam exprimir está maculado de pressão provocada por dinâmicas de poder, não pode ser este o *sim* que se espera numa relação saudável e verdadeiramente querida. Neste tipo de casos a coação ou violência psicológica, mesmo que não acompanhada de violência física, é de tal modo intensa que é redundante exigir-se a falta de consentimento<sup>179</sup>. Isto é, é absolutamente impossível existir um consentimento válido quando a vontade da vítima está de tal modo restringida, tal como o está nestes casos, que a violência psicológica já é prova por si mesma da falta de consentimento<sup>180</sup>.

TERESA ANJINHO e CARLA RODRIGUES<sup>181</sup> alegam a dificuldade de prova da ausência do consentimento. As declarações da vítima são o meio fundamental de prova nestes casos, acompanhados de exames e relatórios médico-forenses, prova testemunhal e as demais apresentadas no CPP. As colheitas biológicas normalmente não produzem grande prova, seja pelo tempo passado entre o abuso e a análise, seja porque são vestígios que não dão muitas certezas sobre se houve ou não abuso. A dificuldade de prova já é patente,

---

<sup>179</sup> Citando um excerto de um acórdão norte-americano, tão elucidativo quanto a este tema – “«Alston did not beat his victim – at least not with his fists. He didn’t have to. She had been beaten physically and emotionally, long before». Force (...) should be understood as «the power one need not use»”. Stephen J. Schulhofer, “Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and beyond”, in *Law and Philosophy*, Vol. 11, N.º 1/2, 1992, p. 50.

<sup>180</sup> Cabe esclarecer que num caso de sadomasoquismo, há violência física, mas a vontade das partes não está viciada nem constrangida. Pelo contrário, as partes acordam especificamente em manter relações sexuais naqueles moldes, e mediante o consentimento de todas as partes. Deste modo, não é na violência que assenta a violação e o abuso sexual, mas ante no consentimento. Num caso jurisprudencial nos Estados Unidos da América (EUA), um “homem foi condenado de agressão agravada por chicoteamento (...) Não houve vítima que prestou queixa. A sessão tinha sido filmada e ele foi processado com base nas imagens. O homem entrou em recurso em sua condenação argumentando que ele tinha sido parte de um encontro sexual consensual (...) [O Tribunal entendeu que] ninguém deve aceitar consensualmente a agressão ou assédio, salvo quando envolva contato físico ordinário ou golpes acidentais em esportes como futebol americano, boxe ou luta Greco-romana (...) qualquer pessoa que consinta em ser chicoteado seria presumida como non compos mentis e legalmente incapacitados a consentir” (Gayle Rubin, *Pensando o Sexo...*, cit., p. 45-46). Cabe referir que os desportos mencionados podem agredir com maior intensidade a integridade física, e resultar em lesões irreversíveis, algo que não acontecerá, ou não acontecerá com tanta frequência, em contexto de relações sexuais sadomasoquistas. Há também práticas em que as pessoas se colocam voluntária e informadamente na posição de objetos sexuais, e não deve considerar-se violência sexual, na medida em que foi querido pelas partes. A análise do contexto é essencial.

<sup>181</sup> Luísa Renata Ramos Naia, “Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de Adolescentes...”, cit., p. 21, Nota de rodapé 129.

quer se adote a conceção do consentimento ou se permaneça nos termos atuais. Além disso, o consentimento já é exigido noutros tipos legais<sup>182</sup>. Mais, e como afirma MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “eventuais dificuldades probatórias só são relevantes a jusante, no concreto processo judicial intentado (...) e não na definição dos tipos legais de crime”<sup>183</sup>. Este argumento da dificuldade probatória está muitas vezes relacionado com o receio de falsas alegações, que pode ocorrer tanto com os crimes sexuais nos termos atuais da lei e como noutros crimes. Mais uma vez, está sempre presente uma desconfiança da vítima, achando que está a mentir ou que, pelo menos, não está a dizer toda a verdade. No entanto, a taxa de falsas acusações nos crimes sexuais é muito inferior à verificada quanto aos outros crimes<sup>184</sup>, e é este tratamento dado às vítimas, de suspeição e questionamento da sua verdade, que faz com que haja uma elevada taxa de desistência das queixas<sup>185</sup>. É sobretudo nestes casos que as vozes do povo afirmam convictamente que o réu é inocente até prova do contrário. Contrariamente, casos há em que o indivíduo já é certamente culpado e ainda nem foi constituído arguido.

## ii. O consentimento válido

O consentimento, no seu sentido lato e literal, corresponderá a uma manifestação positiva ou a favor de algo, no sentido de ser correspondente a uma vontade daquele que o transmite. Trata-se de uma permissão, de admitir ou dar licença para algo<sup>186</sup>. No âmbito dos crimes sexuais adotar-se-á precisamente o mesmo sentido. A capacidade de as mulheres prestarem autónoma e individualmente o seu consentimento é uma conquista do feminismo, uma vez que é a expressão de uma vontade própria – que anteriormente cabia ao homem a quem elas pertencessem, pai ou marido. É um mecanismo concretizador do direito de liberdade e autodeterminação sexual. Com o propósito de formular um conceito rigoroso de consentimento, que não deixe margem de dúvidas quanto à sua verificação

---

<sup>182</sup> É o caso, entre outros, dos artigos 140.º (aborto) e 142.º (interrupção da gravidez não punível), 144.º-B (tráfico de órgãos humanos), 156.º (intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários), 168.º (procriação artificial não consentida), 190.º a 192.º e 194.º a 196.º (dos crimes contra a reserva da vida privada), 335.º (tráfico de influência).

<sup>183</sup> Maria Clara Sottomayor, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, *cit.*, p. 111.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 112.

<sup>185</sup> Cerca de 39% das vítimas desistiram do processo na fase de inquérito. Maria Clara Sottomayor, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, *cit.*, p. 112.

<sup>186</sup> De acordo também com o dicionário *online* Priberam, disponível em <https://dicionario.priberam.org/consentir>.

ou à sua falta – ainda que este seja um destino bastante ambicioso – vamos enumerar algumas condições absolutamente indispensáveis.

Em primeiro lugar, o consentimento tem de ser formal e materialmente válido. Ou seja, quando o consentimento é meramente formal, ele tem aparência de validade, mas está lesado na sua materialidade, portanto não pode ser válido. É meramente formal o consentimento obtido mediante intimidação e engano<sup>187</sup> ou coação, ou qualquer outro vício que determine a falta de capacidade. Este é o caso mais comum no que respeita a abusos sexuais de crianças e adolescentes, mas também em relações de domínio ou de dependência, ou relacionamentos abusivos; no fundo, toda a situação em que o agressor use um qualquer método de convencimento da vítima, com o propósito de se aproveitar dela. O consentimento será material e verdadeiramente válido quando preencha todos os pressupostos infra mencionados.

O consentimento tem de ser livre, o que significa livremente prestado, sem ser movido por quaisquer pressões ou coações, porquanto um sim é insignificante quando não haja uma verdadeira opção de dizer não<sup>188</sup>. Também a CI aponta neste sentido, entendendo que o consentimento tem de ser dado “por vontade livre da pessoa” (art. 36.º/2 da CI).

Abrimos neste ponto um pequeno parêntese, dada a atualidade do tema da Guerra na Ucrânia, para referir que o crime de violação já foi considerado como um crime contra a humanidade, um crime de guerra e como um ato de genocídio, pelos Tribunais Criminais Internacionais de Ruanda e da Antiga Jugoslávia<sup>189</sup>. É por vezes entendido que o consentimento não faz parte do conceito de violação no Direito Internacional, e que a este último apenas cabe a análise daquele crime em contextos de genocídio, conflito armado ou ataques avulsos e sistemáticos contra a população civil. Todavia, foi defendido naqueles tribunais que o consentimento era absolutamente impossível de ser dado nestes casos e que a sua prova não é requerida, à semelhança do que acontece com os crimes de tortura e de escravidão. Este tipo de atos, neste contexto, não é “apenas” um ataque à autonomia individual das vítimas, mas são usados ainda como armas de guerra – as vítimas são tratadas com especial desumanidade num caso de confronto, onde a falta de

---

<sup>187</sup> Posição de Inês Ferreira Leite. Inês Ferreira Leite, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, *cit.*, p. 29.

<sup>188</sup> Tradução livre de “A ‘yes’ is meaningless where no practical option to say ‘no’ is available”. Shlomit Wallerstein, “‘A drunken consent is still consent’ – or Is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree”, in *The Journal of Criminal Law*, Vol. 73, 2009, p. 333.

<sup>189</sup> Wolfgang Schomburg e Ines Peterson, “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 101, N.º 1, 2007, p. 122.

humanidade já é berrante por si mesma. Os abusos são normalmente perpetrados em público e as vítimas sofrem diversos ataques cometidos por vários abusadores e durante um período de tempo alargado<sup>190</sup>. Chamámos a atenção para estes casos para explicar que, nestas circunstâncias não pacíficas, inerentemente coercivas, nega-se totalmente qualquer possibilidade de consentimento genuíno, já que não há liberdade ou voluntariedade na sua formação. Não há nenhuma hipótese de recusar o contacto sexual de modo livre, até porque a desigualdade de poder entre vítima e agressor é abismal. Pode até existir prova de que a vítima consentiu efetivamente naquelas práticas – no sentido de que disse que sim, queria realizar aqueles atos sexuais – mas tal prova será considerada inadmissível porque a vítima foi sujeita a violência ou ameaças de violência, coação, ou outras circunstâncias coativas como a detenção ou opressão psicológica e, por isso, o consentimento não terá sido genuína e voluntariamente dado<sup>191</sup> – o consentimento prestado nestes termos é meramente formal. Este infeliz retrato demonstra ainda a importância da análise do contexto em que o consentimento é prestado.

---

<sup>190</sup> Tal como aconteceu recentemente aquando da ocupação russa de Bucha, na Ucrânia, onde “Cerca de 25 meninas e mulheres com idades entre os 14 e os 24 anos foram sistematicamente violadas numa cave (...) Os soldados russos disseram-lhes que iriam violá-las até ao ponto em que elas não iriam querer qualquer contacto com um outro homem e assim evitariam que tivessem filhos ucranianos (...) Uma mulher de 25 anos ligou a contar-nos que a irmã de 16 anos foi violada na rua à sua frente. Ela disse que eles gritaram 'isto vai acontecer a todas as prostitutas nazis' enquanto violavam a irmã” in <https://cnnportugal.iol.pt/guerra/ucrania/25-jovens-violadas-numa-cave-por-soldados-russos-9-engravidaram-isto-vai-acontecer-a-todas-as-prostitutas-nazis/20220412/625539f80cf2ea4f0a443ae1>. Em Kharkov, houve situações semelhantes: “uma mulher de 31 anos [contou] que um soldado russo a violou repetidamente na escola onde se abrigou com a sua família, e também lhe bateu e cortou a cara e o pescoço com uma faca. “Durante todo o tempo apontou-me a arma e por duas vezes disparou contra o teto e disse que era para me dar mais motivação”, contou a mulher (...) que estava no abrigo da escola com a sua filha de cinco anos”, disponível em <https://www.tsf.pt/mundo/de-violacoes-a-execucoes-sumarias-human-rights-watch-denuncia-crimes-de-guerra-na-ucrania-14738506.html>. Em Kiev, idem: ““Com uma arma apontada à cabeça, levou-me até uma casa perto de nós. Ordenou que tirasse a roupa ou disparava’ (...) dois soldados violaram repetidamente a esposa. Eles iam embora e depois voltavam. Regressaram três vezes para a violarem. Ameaçaram que, se ela resistisse, magoariam o seu filho. Para proteger o filho, não resistiu” disponível em <https://www.cmjornal.pt/mais-cm/especiais/guerra-na-ucrania/detalhe/violou-me-e-matou-o-meu-marido-relatos-de-violacoes-a-mulheres-ucranianas-aumentam-todos-os-dias>; e “uma menina de 15 anos e a sua mãe que foram abusadas sexualmente por soldados pró-russos da Chechénia, e a violação de gangues de outra mulher por sete soldados - enquanto os detidos ucranianos foram forçados a assistir” disponível em <https://cnnportugal.iol.pt/russia/violacoes/abusos-sexuais-a-mulheres-criancas-e-homens-tropas-russas-usam-violacao-como-instrumento-de-guerra-naucrania/20220425/62652ca50cf2ea4f0a467b90>. Poderíamos citar muitas mais notícias que nos chegam diariamente deste tipo de abusos. Apesar de a violação ser essencialmente um crime de género, cabe mencionar que nestes casos, em que é utilizada como crime de guerra, como um instrumento de humilhação e destruição do povo, no caso, ucraniano, há também muitas vítimas do sexo masculino (Fonte: <https://www.publico.pt/2022/05/04/mundo/noticia/tropas-russas-tambem-violaram-homens-rapazes-ucrania-denuncia-onu-2004860> ; <https://expresso.pt/guerra-na-ucrania/2022-05-04-Casos-de-violacao-em-investigacao-na-Ucrania-sao-apanas-a-ponta-do-icebergue-e07d4cd4>).

<sup>191</sup> Wolfgang Schomburg e Ines Peterson, “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law”, *cit.*, p. 138.

O consentimento tem de ser esclarecido, o que implica que as partes tenham consciência das condutas praticadas, da sua natureza sexual e das consequências que possam advir da sua prática. Este requisito está condicionado pela capacidade em consentir. A capacidade pode estar limitada pela idade, por doença mental ou por circunstâncias que a diminuam ou condicionem, como a embriaguez ou o consumo de outras drogas. A capacidade diz respeito à competência que determinada pessoa tem, num determinado espaço temporal e face a determinada conduta, de compreender e reter informação crucial para tomar uma decisão<sup>192</sup>. Compreende ainda a aptidão da pessoa para expressar o seu consentimento ou dissentimento, e de entender a natureza e as consequências esperadas do ato em questão<sup>193</sup>. No que diz respeito ao consumo de álcool em particular, cabe esclarecer que não é pelo simples facto de uma ou todas as partes terem consumido álcool previamente a uma relação sexual que se deve entender que o consentimento não é válido. Desde logo, há vários níveis de alcoolémia, e obviamente, a capacidade de consentir de uma pessoa que tenha ingerido duas ou três bebidas não é a mesma que tem uma pessoa após ingerir o dobro dessas bebidas. Por exemplo, é perfeitamente concebível que um casal que vá sair à noite para uma discoteca, e que aí consuma algumas bebidas, tenha relações sexuais nessa noite, sem que se considere que houve abuso. Nos relacionamentos ditos “sérios” – aqueles que estão constituídos há algum tempo e que ambicionam um projeto de vida partilhado –, há uma certa previsibilidade e expectativa de comportamentos que indiciam a vontade ou falta de vontade para estabelecer relações sexuais, e mesmo com álcool envolvido, tal pode não se alterar. Mas frise-se que não é só por estarmos perante um relacionamento duradouro que não há abuso sexual<sup>194</sup>. Tem de ser feita uma análise caso a caso, e ter também

---

<sup>192</sup> Na senda do entendimento de Catherine Elliott e Claire de Than: “a person lacks capacity if some impairment or disturbance of mental functioning renders the person unable to make a decision whether to consent. Such inability to make a decision will occur when a person is unable to comprehend and retain information which is material to the decision”. Catherine Elliott e Claire de Than, “The Case for a Rational Reconstruction ...”, *cit.*, p. 241

<sup>193</sup> No mesmo sentido, “the conditions required for consent can be summarized as follows: (1) I believe that some action (either mine or another person’s) may bring about a certain result; and (2) I *accept* or *am willing to go along with* these results”. Shlomit Wallerstein, ““A drunken consent is still consent’...”, *cit.*, p. 325.

<sup>194</sup> Está ainda muito disseminada a ideia de que a mulher tem o dever de servir sexualmente o homem nos relacionamentos, sobretudo dentro do casamento, e foi muito tarde aceite que poderia haver abusos sexuais no âmbito deste tipo de relações. Nos EUA foi argumentado, como defesa da não existência de violação no matrimónio, que quando as partes casavam fundiam-se num só, pelo que era impossível violar-se a si mesmo (“theory that marriage made a husband and a wife one legal entity, and as such, a man could not legally ‘rape himself’”). John F. Decker e Peter G. Baroni, ““No” Still Means “Yes”: The Failure of the “Non-Consent” Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law”, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 101, N.º 4, 2011, p. 1163.

presente que nos casos em que há um elevado consumo de álcool, será difícil entender o consentimento como válido, mas, a verdade é que a capacidade de consentir pode desaparecer muito antes da vítima se tornar inconsciente<sup>195</sup>. O consumo de álcool e drogas não afeta todas as pessoas do mesmo modo, depende de muitos fatores, tanto internos como externos, pelo que não é possível desenhar uma regra onde caibam todos os casos<sup>196</sup>. O que é mais importante reter é, em primeiro lugar, que não é apenas pelo facto de alguém estar sob o efeito de drogas ou álcool que há invariavelmente abuso sexual ou que o consentimento não se deva considerar válido; e, em segundo lugar, que não é pelo facto de a vítima se ter colocado voluntariamente num estado de toxicidade que se deva considerar responsável por qualquer crime a que tenha sido sujeita. Outro caso referente à capacidade que a que se deve aludir é o das pessoas com deficiência mental<sup>197</sup>. Desde logo, há vários níveis de deficiência mental, avaliados através do quociente de inteligência (QI) – ligeira (69-50), moderada (49-35), severa (34-20) e profunda (<20) –, que implicam diferentes capacidades sociais e pessoais, pelo que, uma solução *ad hoc* não trará grandes benefícios nem proteção a estas vítimas. Muitos pais e tutores de pessoas com este tipo de deficiência consideram-nos eternamente inocente ou assexuados, e por isso não há um forte investimento na sua educação para a

---

<sup>195</sup> Tradução livre e parcial do excerto, “We should perhaps underline that, as a matter of practical reality, capacity to consent may evaporate well before a complainant becomes unconscious”. J. R. Spencer, “Three New Cases on Consent”, in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66, N.º 3, 2007, p. 491.

<sup>196</sup> Os casos em que há consumo de álcool podem ser de, pelo menos, três tipos. Em primeiro lugar, pode imaginar-se o cenário de alguém que coloca a vítima numa situação de elevada embriaguez, propositadamente, para dela abusar. Este caso não é juridicamente problemático, e é resolvido pelos arts. 163.º/2 ou 164.º/2 do CP, consoante os atos praticados. Em segundo lugar, o álcool funciona como desinibidor, pelo que há quem possa recorrer ao seu consumo para consumir relações sexuais. Desde que estas sejam consentidas, e que o consumo não tenha sido elevado, não se colocam questões quanto à sua validade. Finalmente, mais problemas levantam os casos em que a vítima se coloca num estado de embriaguez, sendo irrelevante o motivo pelo qual o faz, e o agressor se aproveita desse estado. Este é o caso em que consideramos que, em princípio, não haverá capacidade de consentir, uma vez que há uma conduta ativa por parte do agressor em manipular ou convencer a vítima a praticar determinados atos que de outro modo não faria. Há um comportamento predatório de exploração da vulnerabilidade da vítima. Todavia, se o agressor estiver embriagado e praticar atos de abuso sexual ou de violação, não se lhe podem desculpar os atos pelo facto de estar em tal estado – “a drunken man who intends to commit rape, and does so, is not excused by the fact that his intention is a drunken intention” (Shlomit Wallerstein, “A drunken consent is still consent’...”, *cit.*, p. 323). Podemos ainda acrescentar que quando ambas as partes estejam ébrias, pode haver erro quanto ao consentimento, já que nenhuma das partes tem capacidade para prestar nem entender o consentimento. Não se aplicará a todos os casos, evidentemente, tendo de ser sempre avaliada a relação entre as partes, as circunstâncias em que foi prestado o consentimento, e o nível de embriaguez, entre outros critérios relevantes.

<sup>197</sup> De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a deficiência mental é “uma interrupção ou desenvolvimento incompleto do funcionamento mental, havendo alteração das faculdades que determinam o nível global de inteligência (funções cognitivas, linguagem, motricidade e capacidades sociais)”, tendo por base causas genéticas, gametopáticas, cerebropáticas ou ambientais. (Fonte: <http://www.itad.pt/deficiencia-mental/>).

sexualidade<sup>198</sup>. A verdade é que, como pessoas que são, independentemente de alguns constrangimentos ao seu desenvolvimento, há uma natural curiosidade face ao sexo e às relações sexuais com pares e, por conseguinte, cabe ao Direito a sua tutela<sup>199</sup>. Existe, entre pessoas com e sem deficiência mental, a mesma necessidade e desejo de estabelecer este tipo de relações; o que é diferente é a capacidade de entender algumas informações quanto à temática. As pessoas portadoras de deficiência mental têm um direito fundamental à expressão sexual – a sexualidade é uma necessidade inerente da vida das pessoas e é uma parte integral da sua personalidade, independentemente do nível de inteligência<sup>200</sup>. Ou seja, tem de lhes ser assegurada a liberdade para estabelecer relacionamentos íntimos, mas também têm de ser protegidas de abusos, já que são mais vulneráveis e a sua capacidade de consentir pode estar coartada<sup>201</sup>. Na medida em que haja compreensão suficiente da natureza do ato e das suas eventuais consequências, e consoante a verificação dos demais requisitos apresentados, não deve opor-se a validade do consentimento dado. Este será mais um exemplo de violência sexual em que não há necessariamente, e não haverá na maioria dos casos, violência física. De todo o modo, o art. 165.º do CP refere-se ao abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, isto é, incapaz de opor resistência e mediante o aproveitamento do estado de incapacidade por parte do agressor. Entende-se que este artigo tipifica “tanto a situação de a vítima se encontrar incapaz de formar a sua vontade, como a de se encontrar incapaz de exprimir a sua

---

<sup>198</sup> “According to one professional, the only real difference between mentally retarded children and their non-mentally retarded peers is their ‘access to information... about appropriate expression of sexuality, and appropriate communication of sexual needs’”. Elizabeth J. Reed, “Criminal Law and the Capacity of Mentally Retarded Persons to Consent to Sexual Activity”, in *Virginia Law Review*, Vol. 83, N.º 4, 1997, p. 808.

<sup>199</sup> Existe vária bibliografia neste sentido, de que “Pessoas com deficiência cognitiva manifestam alguns problemas desenvolvimentais, sobretudo ao nível da aprendizagem, do processamento de informação e dos cuidados que devem ter consigo próprias de forma autónoma (...) o facto de possuírem um elevado grau de ignorância relativa a assuntos sobre a sexualidade (...) a sua ingenuidade e forte necessidade de aceitação pelos outros (...) a incapacidade de serem assertivos, o deferimento perante propostas sexuais e a fraca avaliação dos motivos dos outros, torna essas pessoas mais vulneráveis à vitimação sexual”. Gabriela Maria Figueira Martinho, *Crimes sexuais contra mulheres adultas...*, cit., p. 10

<sup>200</sup> Elizabeth J. Reed, “Criminal Law and the Capacity ...”, cit., p. 805.

<sup>201</sup> Há várias características que tornam as pessoas com deficiência mental mais suscetíveis a abusos: em primeiro lugar, estas pessoas, sobretudo crianças, são vistas como especialmente fracas e passivas, visão esta que é exacerbada por uma sociedade que desvaloriza as pessoas com deficiências. Depois, por serem demasiado protegidas do mundo exterior, algumas pessoas com deficiências têm a ideia ingénuo de que toda a gente é sua amiga. Tal proteção leva ainda a que não haja um esforço mental de considerar alternativas nem fazer escolhas próprias, o que é até incentivado por alguns cuidadores, já que resulta numa maior cooperação irracional. Estas características, às quais se juntam os contactos sociais restritos e a necessidade de pensarem numa maior fragilidade. Além disso, e finalmente, como não são introduzidas a temas sexuais, de comportamentos abusivos e prevenção daqueles, as pessoas com deficiência mental estão mais expostas ao risco de violência sexual. Com base em Elizabeth J. Reed, “Criminal Law and the Capacity...”, cit., pp. 810-811.

vontade; sendo indiferente que a incapacidade fique a dever-se a motivos psíquicos ou antes a motivos físicos”<sup>202</sup>. Todavia, este art. 165.º do CP refere-se apenas a atos sexuais de relevo, pelo que deve ser aplicável na mesma o art. 164.º nos casos de cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos, mediante a distinção entre estes e os atos sexuais de relevo explicada anteriormente.

O consentimento tem ainda de ser espontâneo, logo, tem de ser natural e voluntário. Na senda da liberdade, não pode estar condicionado por aspetos internos ou externos, de modo que a vítima se sinta pressionada à execução de determinados atos ou que não tenha consciência do sentido e do alcance daquelas condutas. As questões a que temos de responder, neste ponto, são duas: a vítima exerceu o seu poder de consentir? Se sim, foi a sua escolha de exercer tal poder suficientemente autónoma para se considerar válida e eficaz?<sup>203</sup>

Complementarmente, o consentimento é revogável e expresso por qualquer forma idónea ao conhecimento da outra parte. “O consentimento “pressupõe, em regra, atos positivos e de colaboração, ou uma conduta ativa”<sup>204</sup>, e tem de ser dado para cada ato, podendo ser revogado em qualquer momento. O acordo dado inicialmente tem de ser renovado quanto a cada ato, durante toda a relação, sendo que qualquer parte pode revogar o seu consentimento em qualquer momento e face a qualquer ato<sup>205</sup>. O dissentimento pode ser demonstrado por qualquer ato, verbal ou não verbal, “por gestos ou expressões de medo ou de repulsa”<sup>206</sup> e, naturalmente, não se exige qualquer ónus de resistência física por parte da vítima. Também o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH) se pronunciou neste sentido. No caso *M.C. v. Bulgária*, entendeu que “o uso ou ameaça do uso de violência demonstram inequivocamente a ausência de consentimento [mas não são *per se* elementos constitutivos do crime de violação] e que o não consentimento não tem de ser expresso por resistência física, bastando palavras ou

---

<sup>202</sup> Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª..., *cit.*, p. 35.

<sup>203</sup> Seguindo a proposta de Mark Dsouza, “Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law”, in *Law and Philosophy*, Vol. 33, N.º 4, 2014, pp. 505-507.

<sup>204</sup> Maria Clara Sottomayor, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, *cit.*, p. 110.

<sup>205</sup> Nos EUA, em Maryland, Carolina do Norte e na Califórnia, a jurisprudência determinou que o consentimento apenas podia ser revogado antes da penetração, na medida em que também apenas pode ser dado antes da penetração: “The court surmised that if a woman consents prior to penetration and withdraws the consent after penetration, «there is no rape»”. Esta conceção é inadmissível, pois além de desrazoável e ilógica, deixa as vítimas extremamente desprotegidas. *Harvard Law Review*, “Acquaintance Rape and Degrees of Consent...”, *cit.*, p. 2356.

<sup>206</sup> Maria Clara Sottomayor, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, *cit.*, p. 110.

gestos”<sup>207</sup>. Há três teorias sobre a natureza do consentimento<sup>208</sup>: uma visão subjetiva entende que o âmago do consentimento é exclusivamente psicológico: é um estado mental. A visão performativa, por sua vez, afirma que o consentimento é exclusivamente comportamental, isto é, é necessário haver uma qualquer ação física para se considerar suficiente o consentimento. Finalmente, a visão híbrida entende que o consentimento é um estado mental, mas é preciso ser expresso por um sinal comportamental. Esta é a visão que nos parece mais correta, já que as partes não conseguem saber o estado mental se este não for por algum meio manifestado: verbal ou comportamentalmente. Obviamente não pode ser aceite apenas o consentimento verbal, até porque pessoas que não têm capacidade de comunicar por este meio são, ainda assim, suscetíveis de demonstrar o seu consentimento ou dissentimento. O silêncio da vítima não pode ser encarado como consentimento porque, muitas vezes, esse silêncio resulta de esta se sentir com medo e “impotente para resistir fisicamente, crendo ser em vão fazê-lo, perante o desequilíbrio de forças e por poder ser, potencialmente, mais perigoso”<sup>209</sup>. Além disso, o consentimento tem de ser concreto, isto é, tem de se reportar a um ou mais atos concretos<sup>210</sup>, o que implica que não sejam consideradas presunções de acordo, e ainda é necessário que seja atual, ou seja, “Cada vontade é formada para uma atividade e esgota-se nela”<sup>211</sup>. O consentimento prestado tem de ser, destarte, específico quanto a cada ato, não pode ser generalizado como se de uma “renúncia ao direito de dispor livremente do seu corpo”<sup>212</sup> se tratasse. Além disso, o consentimento relevante é o prestado no tempo presente, independentemente do que foi acordado previamente; ou seja, em princípio, a vontade presente supera a vontade passada – na medida em que a sua formação, exteriorizada

---

<sup>207</sup> Decisão do TEDH disponível em [https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA\\_en.asp](https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp). Inês de Sousa Abrunhosa, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças...*, cit., p. 14.

<sup>208</sup> De acordo com Alan Wertheimer são elas a subjective view, performative view e hybrid view. Alan Wertheimer, “What Is Consent? And Is It Important?”, in *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, N.º 2, 2000, p. 566.

<sup>209</sup> Luísa Renata Ramos Naia, “Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de Adolescentes...”, cit., p. 21.

<sup>210</sup> Importa distinguir algumas situações quanto à concretude ou especialidade do consentimento. Usando os exemplos apresentados por Mark Dsouza, se uma das partes consentir no ato X na expectativa de que aconteça Y, e Y acabe por não acontecer, não se pode dizer que não houve consentimento, já que teve de consentir em X para lhe suceder Y. O consentimento não pode ser retroativamente criado nem anulado, pelo que neste caso há consentimento. Uma pré-condição pode condicionar o consentimento – veja-se a necessidade do uso de preservativo, nos casos de *stealththing* –, mas não uma pré-consequência, que não é certa a sua verificação. Situação distinta é aquela em que há uma falsa ideia quanto à natureza de determinado ato, pois nesse caso o consentimento não se reporta ao ato concreto verificado, mas é relativo somente àquele idealizado ou pretendido. Deste modo, aqui não se pode dizer que há um consentimento válido. Mark Dsouza, “Undermining Prima Facie Consent...”, cit., pp. 505-507.

<sup>211</sup> Ana Rita Alfiate, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, cit., p. 133.

<sup>212</sup> Maria Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação...”, cit., p. 307.

através do consentimento ou dissentimento, tenha sido feita de acordo com os demais critérios apresentados. O consentimento pode, deste modo, e sinteticamente, ser entendido como “uma decisão de concordância voluntária, tomada por um sujeito dotado de capacidade de agência, razão e livre arbítrio”<sup>213</sup>.

No que às relações entre crianças e jovens diz respeito, mesmo quanto àqueles com idade inferior a 14 anos, é necessário fazer uma análise caso a caso e ter em consideração fatores que talvez não sejam tão relevantes no que respeita a um crime sexual cometido entre adultos, como a diferença de idades entre vítima e agressor<sup>214</sup>. A doutrina tende a entender que há indício de abuso quando a diferença de idades entre os menores seja superior a cinco ou seis anos, mas este é apenas um critério. Quando se trate de atos praticados por um adulto, maior de 18 anos, e um menor, mas com uma idade aproximada, dever-se-á dar o mesmo tratamento. Naturalmente que estas práticas não se poderão nunca confundir com as de pedofilia ou aquelas que se formem no âmbito de uma relação demasiado assimétrica e díspar, no sentido do poder exercido sobre o outro, seja por que motivo for (meramente etário, posição social ou familiar ou condição económica, entre outros). Nestes casos, o menor “submete-se à atividade sexual, o que é diferente de consentir (...) consentimento requer igualdade de opções, de compreensão e de conhecimento”<sup>215</sup>. A paridade de estatuto ou posição social é, então, um critério muito relevante na aferição da validade do consentimento. A conduta praticada com ou entre menores também pode ser um fator importante, na medida em que é natural a descoberta sexual entre eles, pelo que em princípio as atividades não serão condenáveis se adequadas ao seu desenvolvimento e maturidade. INÊS FERREIRA LEITE entende que o acordo – declaração de consentimento válido que elimina a tipicidade da conduta – dos menores será válido quando se verificarem três requisitos: o menor tem de ter consciência do significado sexual da conduta, tem de ter capacidade para avaliar a relevância daquele ato, sendo que a maturidade exigida é proporcional ao ato em causa e, por fim, não podem existir quaisquer elementos estranhos no processo de formação da sua vontade (requisito

---

<sup>213</sup> Laura Lowenkron, “Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual”, in *cadernos pagu*, N.º 45, 2015, p. 230.

<sup>214</sup> Neste sentido, a “menoridade sexual não depende apenas da *idade cronológica*, baseada [num] sistema de datação (...), para ser construída e desconstruída, mas, sim, está associada a um complexo de fatores que se combinam, dentre eles, o exame do comportamento e da personalidade dos atores, a avaliação do tipo de relação e das distâncias sociais entre o “menor” e o “maior” que se relacionaram sexualmente, e a análise do contexto no qual a relação aconteceu”. Laura Lowenkron, “Consentimento e vulnerabilidade...”, *cit.*, p. 236.

<sup>215</sup> Maria Clara Sottomayor, “Abuso Sexual de Crianças por Adolescentes Inimputáveis em Razão da Idade...”, *cit.*, p. 505.

negativo)<sup>216</sup>. Concordamos integralmente e acrescentamos ainda que os mesmos requisitos devem ser aplicados *mutatis mutandis* aos adultos. No fundo, podemos ver a primeira condição apontada pela autora como cabendo dentro do esclarecimento, a segunda relaciona-se com a capacidade e a última com o caráter livre do consentimento, nos termos acima descritos. Em suma, quanto aos jovens, “cada manifestação de disponibilidade fica com a validade e a eficácia dependentes de elementos dinâmicos – o discernimento, a capacidade e a maturidade”<sup>217</sup>.

Alguns destes requisitos são também aqueles exigidos no consentimento do ofendido, tal como referido no Capítulo IV da presente dissertação. Diferentemente do exigido pelo artigo 38.º do CP, não defendemos o estabelecimento de uma idade mínima para a capacidade de consentir, e apresentamos em alternativa a maturidade e capacidade de compreensão e entendimento do sujeito. Quanto ao artigo 39.º do CP, obviamente não pode existir quanto aos crimes sexuais uma presunção de consentimento, este tem de ser efetivamente prestado, por um lado, e entendido, pelo outro. Não se pode estabelecer uma vontade hipotética da vítima quando esta não tenha capacidade de prestar o seu consentimento. Se não tem capacidade, o consentimento não é válido. Se o consentimento não é válido, ele não existe. Não existindo consentimento, há violência sexual. Às partes caberá o ónus de obter o consentimento prévio à execução de atos sexuais, de modo que não seja a vítima a carregar o peso de resistir física ou verbalmente para que a relação não consensual seja considerada ilícita. Deve estabelecer-se entre elas uma relação baseada num acordo livre e desejado.

Cabe, por fim, esclarecer que estes são apenas alguns critérios orientadores da indagação de um consentimento válido, ou de um dissentimento, mas não são absolutos. Não se pode esperar que a lei seja absolutamente certa e previsível, uma vez que é necessário um grau de flexibilidade para dar uma resposta efetiva às mudanças sociais e às realidades do sistema criminal<sup>218</sup>. Esta flexibilidade assenta essencialmente em três pontos que nos parecem significativos: “primeiro, não existe um único consentimento; segundo, que este não é sempre racional e deliberado; e, terceiro, que como produto social, suas manifestações sociais variam consideravelmente dependendo das condições

---

<sup>216</sup> Inês Ferreira Leite, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, *cit.*, p. 38.

<sup>217</sup> Ana Rita Alfaiate, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, *cit.*, p. 130.

<sup>218</sup> Tradução livre do excerto, “there cannot be an expectation that the criminal law will become absolutely certain and foreseeable, since a degree of flexibility is necessary in order to respond effectively to societal changes and the realities of the criminal justice system” – Catherine Elliott e Claire de Than, “The Case for a Rational Reconstruction ...”, *cit.*, p. 234.

de vida dos agentes (tipo de relação amorosa, idade, classe social, entre outras)”<sup>219</sup>. Caso fossem alterados os artigos 163.º e 164.º, ambos do CP, no sentido de incluírem o vocábulo consentimento na sua redação, o seu texto ficaria algo como: *Quem, sem o consentimento validamente prestado pela outra parte, praticar ou levar a praticar por outrem, atos de ... é punido com pena de prisão ....* De todo o modo, cremos possível retirar da atual redação dos artigos o entendimento que temos vindo a desenvolver, e retirar do constrangimento a falta de consentimento válido, nos termos expostos.

## V. Conclusão

Após a análise de alguns dos crimes sexuais presentes no CP atual, e nos seus antecessores, com especial incidência nos crimes de coação sexual e violação, denotamos que desde sempre esteve a eles associado o conceito de consentimento, ainda que tal noção não fosse tão patente na lei, nem no ideário social, quanto o é atualmente. Também sempre, e mais evidentemente, se associou a estes crimes a violência, que antes da revisão de 1982 tinha de ser física, mas tal vocábulo desapareceu da lei nesse ano. Ainda assim, muita da doutrina e da jurisprudência continuaram a associar a violência física à violação, e a violência moral à coação sexual. Após a ratificação da CI, em que Portugal foi pioneiro, houve uma maior consciência social e legislativa de adequar a lei penal aos seus propósitos, e de tratar os crimes de violência sexual como contrários aos direitos de autodeterminação e liberdade das vítimas, pela desconsideração do seu consentimento pelo agressor, em vez de fazer assentar toda a temática na violência física.

Entendemos que essa é a maneira mais correta de entender os crimes sexuais, mas mesmo que se queira trazer à colação a violência – por maior facilidade probatória, por exemplo –, então que se considere todo o tipo de violência. A prova é efetivamente um dos óbices inultrapassáveis neste tipo de casos, independentemente da letra da lei. O constrangimento pode ser de difícil prova, a violência que não seja física ou que não deixe marcas corporais visíveis pode ser de difícil prova, a ameaça grave pode ser de difícil prova. O facto de muitas vezes não haver vestígios biológicos do abuso sexual na vítima também torna mais difícil a prova do seu cometimento. O facto de as vítimas serem descredibilizadas pelos familiares, pelas forças de segurança, pelos tribunais, pela opinião pública, também não torna estes casos mais simples, pelo contrário. O facto de ainda se

---

<sup>219</sup> Yoliliztli Pérez Hernández, “Reflexões antropológicas sobre...”, *cit.*, p. 220, Nota de rodapé 6.

atenuar a culpa do agressor, fazendo com que aquela recaia, por algum motivo na vítima, não simplifica estes casos, não valoriza mais a prova, não conduz a uma maior e melhor proteção dos bens jurídicos em causa. Nos crimes sexuais verifica-se uma tendência permanente e revoltante de julgar a conduta da vítima, e não a do réu, contrariamente àquele que será o objetivo de qualquer julgamento. Esta vitimização secundária não se verifica com a mesma acuidade nos restantes crimes, e constitui um obstáculo muito grande para as vítimas revelarem o sucedido e apresentarem queixa.

A nossa determinação na defesa da falta de consentimento como base dos tipos ilícitos sexuais do nosso CP não é despropositada ou meramente formal – é um apelo à consciencialização social sobre a violência sexual. Esta não é uma questão sem importância ou um pormenor irrelevante. Quando o tema é este, todo o cuidado é pouco. Após inúmeras decisões jurisprudenciais e tendências doutrinárias que sobrepõem os interesses do agressor sobre os da vítima, que as desvalorizam a si e aos seus depoimentos, que consideram que qualquer ato da vítima pode ter contribuído para o cometimento do crime, as palavras usadas pela lei não são irrelevantes. Nas palavras de ROBIN WEST, enquanto não haja uma mudança de perspetiva sobre a violência sexual, “a piedade ou tolerância pelo autor do crime é feito à custa da falta de humanidade e de justiça para com as vítimas”<sup>220</sup>. Numa problemática com tantas áreas cinzentas deve ser a lei a determinar o preto e o branco.

Apesar da indicação do CP, de que se trata de um bem jurídico protegido distinto consoante a vítima seja maior ou menor de idade, consideramos que se trata de duas faces do mesmo bem jurídico. A liberdade sexual comporta duas vertentes: uma positiva e outra negativa. Enquanto a primeira corresponde à “liberdade de interagir sexualmente sem restrições”<sup>221</sup>, a vertente negativa traduz-se no “direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de atos para os quais não tenha manifestado concordância”<sup>222</sup>. Não se pode considerar que exista verdadeira autodeterminação sem liberdade, e só a liberdade permite autodeterminação; isto é, não existem verdadeiramente várias opções de atuação se não houver independência e autonomia para escolher de entre elas. Deste modo, os dois conceitos estão umbilicalmente ligados e são dependentes um do outro. A tutela que o

---

<sup>220</sup> O Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro Pacheco, *O Abuso Sexual e as Adolescentes...*, cit., p. 17.

<sup>221</sup> Luísa Renata Ramos Naia, “Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de Adolescentes...”, cit., p. 7.

<sup>222</sup> *Ibidem*.

Ordenamento Jurídico tem de assegurar aos menores é quanto às intromissões de agressores na sua esfera sexual, do mesmo modo que faz com os adultos. A diferença entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual assenta, de acordo com o CP, em que os segundos não exigem violência para o seu cometimento. Todavia, na nossa opinião, nenhum crime sexual exige violência física – se for este tipo de violência o único ali exigido – mas todo o crime sexual implica algum tipo de violência, ou de constrangimento, que consubstanciará tudo o que ocorre após a demonstração da falta de consentimento.

O que se destinam a proteger as normas do Capítulo V do CP é a liberdade que cada pessoa tem para escolher o(s) seu(s) parceiro(s), de determinar como, quando e com quem quer partilhar essa parte da sua esfera privada, a que atos e pessoas dá o seu consentimento. No nosso entendimento, o consentimento relevante tem de ser formal e materialmente válido, por isso, tem de ser livre, esclarecido, espontâneo, concreto, atual, revogável e expresso por qualquer modo por alguém com capacidade para o fazer. No que diz respeito aos menores em particular, além destes critérios, são ainda importantes a diferença de idades entre as partes e a conduta praticada.

O mundo virtual não escapa à violência contra as mulheres, nomeadamente através da violência sexual baseada em imagens. Neste tipo de ofensas fica clara a importância do consentimento como fronteira entre o lícito e ilícito, e a desnecessidade de violência física, ou mesmo contacto ou proximidade, para a sua efetivação. A rapidez com que são partilhados os conteúdos e a impunibilidade associada ao anonimato que é característica do mundo *online* faz com que as vítimas destes ilícitos sintam especial insegurança e receio, por não saberem qual o destino dado àqueles conteúdos. O mundo *online* espelha agora muitos dos problemas já vividos há muitos séculos no mundo *offline*. O corpo das mulheres continua a ser capitalizado e divulgado como objeto de prazer, e a vítima continua a ser culpabilizada por praticar atos absolutamente lícitos. O foco mantém-se na conduta da vítima, cuja vida e conduta são rigorosamente escrutinadas, em vez de se voltar para aquele que desrespeita a Lei e que age em desconformidade ao Ordenamento Jurídico.

As sucessivas alterações à lei penal levaram a uma maior aproximação da letra da lei à tese que é aqui por nós defendida, e consideramos que é possível seguir o nosso entendimento ainda que a lei continue a apelar ao constrangimento. De todo o modo, o trabalho mais árduo está na educação para estes temas, quer pela divulgação de notícias

sobre o tema, usando muitas vezes linguagem e termos impróprios, ou pela aversão que ainda há em informar a população mais jovem, com receios descabidos e incongruentes – a Polícia de Segurança Pública (PSP) faz regularmente palestras nas escolas sobre os cuidados na estrada, apelando à atenção das crianças quando atravessam as estradas nas passadeiras, e isso não resulta em mais atropelamentos, pelo contrário; o mesmo serve para a educação sexual, a educação é importantíssima para a prevenção. Os mitos e crenças erradas quanto à violação e abuso sexual, tal como quanto às vítimas e aos agressores, também é um entrave ao progresso da compreensão desta matéria.

Finalmente, a alteração da natureza do crime, a ser concretizada, tem de ser acompanhada da atualização dos serviços de contacto com a vítima e com a capacitação de profissionais qualificados, para evitar a vitimização secundária, regredir as desistências de queixa e os valores das cifras negras, e ter uma sociedade que confia na Justiça.

## BIBLIOGRAFIA

- ABRUNHOSA, Inês de Sousa, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças – Uma Análise Jurisprudencial*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2015
- ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- AMÂNCIO, Lúcia, “O género no discurso das ciências sociais”, in *Análise Social*, Vol. XXXVIII, 2003, pp. 687-714
- AMARAL, Margarida Isabel Cavaleiro, *Abuso Sexual de Menores – Análise da Prática Jurídica*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019
- AMNISTIA INTERNACIONAL, *Right to be free from rape: Overview of legislation and state of play in Europe and International Human Rights standards*, 2018
- BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico da Costa; e BRITO, Beatriz Seabra de, “Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011 – Reflexos no ordenamento jurídico português”, in *Criminalia*, N.º 3, 2016
- BRITO, Ana Maria Barata de, “Notas da teoria geral da infração na prática judiciária da perseguição dos crimes sexuais com vítimas menores de idade”, in *Revista do CEJ*, N.º 15, 2011, pp. 293-316
- 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)*, Coimbra, 2019
- CARINGELLA, Susan, *Addressing Rape Reform in Law and Practice*, Nova York, Columbia University Press, 2009
- CARPENTER, Belinda; O'BRIEN, Erin; HAYES, Sharon; e DEATH, Jodi, “Harm, Responsibility, Age, and Consent”, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 17, N.º 1, 2014, pp. 23-54

- CARVALHO, Gracinda da Conceição Ribeiro de, *Casos de Abuso Sexual de Menores na Diretoria do Norte da Polícia Judiciária no Ano de 2011*, Dissertação de Licenciatura, Porto, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Fernando Pessoa, 2012
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Crimes de Violação e Coação Sexual: Enquadramento jurídico, aspetos práticos e gestão processual*, 1ª Edição, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2020
- CONSELHO DA EUROPA, *GREVIO General Recommendation No. 1 on the digital dimension of violence against women*, 2021
- COSTA, Daniela Raquel Soares da, *O Papel Da Vontade No Crime De Violação – Do Constrangimento ao Dissentimento*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019
- DECKER, John F.; e BARONI, Peter G., ““No” Still Means “Yes”: The Failure of the “Non-Consent” Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law”, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 101, N.º 4, 2011, pp. 1081-1170
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial: Tomo I – Artigos 131º a 201º*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999
- DSOUZA, Mark, “Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law”, in *Law and Philosophy*, Vol. 33, N.º 4, 2014, pp. 489-524
- ELLIOTT, Catherine; e THAN, Claire de, “The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law”, in *The Modern Law Review*, Vol. 70, N.º 2, 2007, pp. 225-249
- FARIA, Aléxia Alvim; e VIANNA, Túlio, “Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 118, 2016, pp.15-54
- FAUSTINO, Maria João; VENTURA, Isabel; ALVES, Catarina; MATOS, Sílvia Lazary de, *“Faz Delete”: Contributos para o Conhecimento sobre a Violência Sexual Baseada em Imagens (VSBI) em Portugal*, 2022
- FONSECA, Filipa Ribeiro, *Atos sexuais: distinções penalmente relevantes*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2018

- GOMES, Daniela Madeira Balsinhas de Ávila, *O Crime de Violação – À luz da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020
- GUEDES-MARTINS, Luís; LEITE, Danilo; SARAIVA, Joaquim; E CANDOSO, B., “Urológica Portuguesa Polaquiúria e hímen imperfurado com hematocolpometra”, in *Acta Urológica Portuguesa*, 2014, pp. 45-48
- HARVARD LAW REVIEW, “Acquaintance Rape and Degrees of Consent: “No” Means “No”, but What Does “Yes” Mean?”, in *Harvard Law Review*, Vol. 117, N.º 7, 2004, pp. 2341-2364
- HERNÁNDEZ, Yoliliztli Pérez, “Reflexões antropológicas sobre o consentimento sexual em relações de namoro”, in Breno Rodrigo de Alencar e Maria Liliana Arellanos Mares, *Etnografias do afeto: construindo relações de parentesco, aliança e sexualidade em sociedades em transformação*, 1ª Edição, Editora IFPA, Belém, 2018
- INSTITUTO DE DIREITO PENAL E DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, *Convenção de Istambul – Notas sobre os projetos legislativos*, 2015
- LEITE, André Lamas, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – Nótulas esparsas”, in *Julgar*, N.º 28, 2016, pp. 61-74
- LEITE, Inês Ferreira, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, N.º 1, 2011
- LOWENKRON, Laura, “Consentimento e vulnerabilidade: alguns cruzamentos entre o abuso sexual infantil e o tráfico de pessoas para fim de exploração sexual”, in *cadernos pagu*, N.º 45, 2015, pp. 225-258
- MARTINHO, Gabriela Maria Figueira, *Crimes sexuais contra mulheres adultas: Da avaliação forense à decisão judicial*, Dissertação de Mestrado, Braga, Escola de Psicologia da Universidade do Minho, 2011
- MARTINS, Inês Félix, *A Proteção da Mulher no Sistema Penal Português – A aplicação de medidas de coação e de penas acessórias no crime de violência doméstica e nos*

*crimes sexuais*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2017

MORAIS, Tatiana, “Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: a relutância do legislador nacional em adotar a falta de consentimento como elemento do tipo legal do crime de violação”, in *Themis*, ano XVIII, N.º 33, 2017, pp. 105-137

MOREIRA, Vânia Pereira, *O Crime de Violação à Luz do Bem Jurídico Liberdade Sexual: Reflexões acerca da alteração ao n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2016

NAIA, Luísa Renata Ramos, “Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de Adolescentes – Conjugação dos arts. 163.º, n.º 2 e 164.º, n.º 2 com os arts. 172.º e 173.º do Código Penal”, in Raquel Carvalho e Catarina Santos Botelho (Orgs.), *Yearbook: Mestrado da Faculdade de Direito – Escola do Porto/ Universidade Católica Portuguesa*, Vol. 1, Universidade Católica Editora, Porto, 2019

PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro, *O Abuso Sexual e as Adolescentes – Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal*, Candidatura ao Prémio Teresa Rosmaninho, Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Porto, 2013

PAIVA, Carla; e FIGUEIREDO, Bárbara, “Abuso no relacionamento íntimo e estado de saúde em jovens adultos portugueses”, in *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. 5, N.º 2, 2005, pp. 243-272

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal – Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, 2.ª Edição, Lisboa, AAFDL Editora, 2017

– *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 3.ª Edição (Reimpressão), Lisboa, AAFDL Editora, 2018

REED, Elizabeth J., “Criminal Law and the Capacity of Mentally Retarded Persons to Consent to Sexual Activity”, in *Virginia Law Review*, Vol. 83, N.º 4, 1997, pp. 799-827

- REMICK, Lani Anne, “Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape”, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, N.º 3, 1993, pp. 1103-1151
- RIBEIRO, Gil Duarte Miranda, *Deficiências do Artigo 164º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul – Consentimento versus Constrangimento*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2019
- *Deficiências do Crime de Violação à Luz da Convenção de Istambul: Stealthing – Consentimento versus Constrangimento*, Dissertação de Mestrado, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2019
- RUBIN, Gayle, *Pensando o Sexo: Notas para uma Teoria Radical das Políticas da Sexualidade*, Filipe Bruno Martins Fernandes (Trad.)
- SÁDIO, Daniela Sofia Pico, *O Crime de Violência Doméstica e o Estatuto da Vítima*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2021
- SANTOS, Marcela; SILVA, Mariana Moreira; MARINHO, Miriam; e MOREIRA, Lisandra Aspíndula, “Jurisprudência em casos de estupro de vulnerável: consentimento e vulnerabilidade pra quem?”, in Pedro Augusto Gravatá Nicoli, Livia Pereira de Souza e Luísa Santos Paula (Orgs.), *Gênero, Sexualidade e Direito: Entre Violência e Emancipação*, Anais do II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero – 1ª Edição Internacional, Vol. III, Initia Via Editora, Belo Horizonte, 2017, pp. 63-73
- SARAIVA, Cláudia Sofia Fortunato, *A tutela dos interesses da vítima menor nos crimes de abuso sexual – Dicotomia entre a proteção da vítima e punição do agressor*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 2015, p. 38
- SCHOMBURG, Wolfgang; e PETERSON, Ines, “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law”, in *The American Journal of International Law*, Vol. 101, N.º 1, 2007, pp. 121-140
- SCHULHOFER, Stephen J., “Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and beyond”, in *Law and Philosophy*, Vol. 11, N.º 1/2, 1992, pp. 35-94

SIMÕES, Raquel Boucinha, “Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de junho de 2018 proferido no âmbito do processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1 (O “Acórdão da sedução mútua”)), in *Julgar online*, 2020

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, in *ex æquo*, N.º 31, 2015, pp. 105-121

– “A Situação das Mulheres e das Crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 – Vol. I Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 75-174

– “Abuso Sexual de Crianças por Adolescentes Inimputáveis em Razão da Idade: Um Desafio ao Processo Tutelar Educativo”, in Guilherme de Oliveira (Coord.), *Textos de Direito de Família*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 501-521

– *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A Função dos Juízes Sociais – Atas do encontro*, (Coord. Científica), Coimbra, Livraria Almedina, 2003

– “Direitos humanos, Género e Igualdade”, Seminário “Julgar com perspetiva de Género – entre a constitucionalidade e a igualdade”, Centro de Estudos Judiciários, 2019

– “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 I28, 2011, pp. 273-318

– “Os direitos humanos das mulheres e das crianças na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH”, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, Volume II, 2019, pp. 119-152

SPENCER, J. R., “Three New Cases on Consent”, in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66, N.º 3, 2007, pp. 490-493

STEINBERG, Laurance; CAUFFMAN, Elizabeth; WOOLARD, Jennifer; GRAHAM, Sandra; e BANICH, Marie, “Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA “Flip-Flop””, in *American Psychologist*, Vol. 64, N.º 7, 2009, pp. 583-594

TCHEN, Christina M., “Rape Reform and a Statutory Consent Defense”, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74, N.º 4, 1983, pp. 1518-1555

WALLERSTEIN, Shlomit, “‘A drunken consent is still consent’ – or Is It? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree”, in *The Journal of Criminal Law*, Vol. 73, 2009, pp. 318-344

WERTHEIMER, Alan, “What Is Consent? And Is It Important?”, in *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, N.º 2, 2000, pp. 557-583

## **JURISPRUDÊNCIA**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24-10-1996, Processo n.º 96P606, Relator Silva Paixão, disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/96p606-1996-87059375?ts=1647043200044>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-01-2010, Processo n.º 123/04.7PATNV.C1, Relator Calvário Antunes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/05b0715f194f9c72802576bd003c0f35?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25-06-2014, Processo n.º 238/13.0JACBR.C1., Relator Jorge Dias, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab383cd3bdb9906880257d070048d2ec?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21-06-2017, Processo n.º 426/16.8PBCTB-A.C1, Relator Vasques Osório, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f77e4fbbc6bac5738025814c0054ab45?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28-09-2009, Processo n.º 239/06.5GAVNC.G1, Relator Anselmo Lopes, disponível em <http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/dadecf32c97476bd8025764e00459af0?OpenDocument&Highlight=0,menores,Abuso,sexual>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-07-2013, Processo n.º 32/10.0PLLR.L1-5, Relator José Adriano, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f090141c8a265de680257be200375649>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-06-2019, Processo n.º 473/16.0JAPDL.L1, Relatora Teresa Féria, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a702496a92a5e7518025841c0055094b?OpenDocument&fbclid=IwAR2MVvLnC3ruwN9TunkeNYmyaeI5t8zalU4WSiGTxDxmDrgjeD1MapZ3KKs>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07-11-2007, Processo n.º 0714613, Relator Manuel Braz, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-04-2011, Processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, Relatora Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-06-2011, Processo n.º 887/09.1SLPRT.P1, Relatora Maria do Carmo Silva Dias, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/09510a179531613a802578c400303290?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-06-2013, Processo n.º 1004/07.8TALMG.P1, Relator Joaquim Gomes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f4c7f07d6ad4d40080257ba6004bc2a8?OpenDocument&Highlight=0,abuso,de,inexperi%C3%Aancia>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-12-2014, Processo n.º 1924/13.0JAPRT, Relatora Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/FF537B800A5DF0EA80257DB6005A6D65>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05-06-2015, Processo n.º 101/13.5TAMCN.P1, Relator José Carreto, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/94f97edea596d8f80257e6f004fbde7?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12-07-2017, Processo n.º 47/15.2T9AGD.P1, Relator Renato Barroso, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/118e597660e117938025817600540bd5?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-06-2018, Processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1, Relatora Maria Dolores da Silva e Sousa. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6f7c90fb3d34e281802582eb0049ac25?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25-09-2019, Processo n.º 245/18.7JAPRT.P1, Relator Moreira Ramos, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/067f98b68b1899d58025849e00544cd6?OpenDocument&Highlight=0,abuso,de,inexperi%C3%Aancia>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07-07-2021, Processo n° 1897/18.3JAPRT.P1, Relator Paulo Costa, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ca7bd0e242b481ac8025873c004bf911?OpenDocument&Highlight=0,abuso,de,inexperi%C3%Aancia>.