

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

■ Coleção Formação Contínua ■

Crimes Sexuais

Jurisdição Penal e Processual Penal

janeiro 2021

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Bancos no edifício do CEJ

Foto

Paulo Rainho - CEJ

Crimes sexuais.

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

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

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

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

(ETL)

Ficha Técnica

Nome:

Crimes sexuais

Jurisdição Penal e Processual Penal:

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

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

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

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

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

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

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

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2019/2020:

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

Intervenientes:

José Mouraz Lopes – Juiz Conselheiro no Tribunal de Contas

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

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

Tiago Caiado Milheiro – Juiz de Direito

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

* Até 31/08/2020.

Notas:

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

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

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

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

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

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

Exemplo:

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

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

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

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book


Identificação da versão	Data de atualização
07/01/2021	

CRIMES SEXUAIS

Índice

1. A tutela penal da liberdade sexual entre adultos: evolução, modelações a algumas irritações	9
José Mouraz Lopes	
2. A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da convenção de Istambul	13
Maria da Conceição Ferreira da Cunha	
1. Introdução	15
2. A violação como crime de execução vinculada	18
3. A violação como o relacionamento sexual não consensual: o artigo 36.º da CI	20
4. A violação como o relacionamento sexual constrangido: adequação da Lei n.º 83/2015 à tutela do bem jurídico?	22
5. A violação ainda como relacionamento sexual constrangido – o modelo do dissentimento versus o modelo do consentimento e a Lei n.º 101/2019	26
6. A “vontade cognoscível da vítima” como critério delimitador dos riscos na Lei n.º 101/2019	32
7. Conclusões	35
3. Assédio e abuso sexual no desporto	39
Carlos Neto	
4. Pornografia de crianças – aspetos substantivos	69
Tiago Caiado Milheiro	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**1. A tutela penal da liberdade sexual entre adultos:
evolução, modelações a algumas irritações**

José Mouraz Lopes

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A TUTELA PENAL DA LIBERDADE SEXUAL ENTRE ADULTOS: EVOLUÇÃO, MODELAÇÕES A ALGUMAS IRRITAÇÕES¹

José Mouraz Lopes*

Vídeos da apresentação e do debate



[https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm3yos/stre
aming.html?locale=pt](https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm3yos/streaming.html?locale=pt)




[https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm3ze0/stre
aming.html?locale=pt](https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm3ze0/streaming.html?locale=pt)

¹ Vídeos da apresentação do autor efetuada na Ação de Formação do CEJ “Crimes sexuais”, a 17 de fevereiro de 2020.

* Juiz Conselheiro no Tribunal de Contas.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

The background image shows an orange building with several windows. In the foreground, there is a wooden bench with metal legs. The sky is blue with white clouds. The text is overlaid on a white semi-transparent box.

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

Maria da Conceição da Cunha

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

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

Maria da Conceição Ferreira da Cunha*

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

1. Introdução

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

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

² *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, adotada em Istambul, a 11 de Maio de 2011, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013 de 21 de Janeiro e que entrou em vigor em 1 de agosto de 2014.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² Este conceito será melhor explicitado *infra*.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. A violação como crime de execução vinculada¹⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ Itálicos nossos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ *Idem*, § 5, p. 757.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E é por este ponto que iremos começar.

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

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

Haverá alguma diferença prática relevante entre estes modelos?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵¹ «Observações...», *cit.*, p. 648.

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

⁵³ «Observações...», *cit.*, p. 649.

⁵⁴ *Idem*, p. 649.

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

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

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

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

⁵⁵ Explicaremos melhor este binómio *infra*.

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

⁵⁷ Cf. *infra* ponto 6.

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ Outro paralelo que a autora tem efeito é com o convite para se beber chá: «Consent – It’s as Simple as Tea” – Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação», in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, (coord. Conceição Ferreira da Cunha), Porto, UCP, 2016, em especial, pp. 23 e seguintes.

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

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

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

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

⁶¹ Tal como melhor se explicitará *infra*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Então, qual o sentido útil deste segmento da lei?

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

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

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

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

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

⁷⁵ «Observações...», *cit.*, p. 652.

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

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

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

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

⁷⁶ Cf. *supra* ponto 4.

⁷⁷ TERESA PIZARRO BELEZA, “Consent...”, *cit.*, p. 23. Referindo-se também à paralisação pelo medo, a casos em que se verifica o “choque de imobilização”, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género», *cit.*, 2.1. Também a APAV se refere ao “congelamento” como uma das mais comuns reações da vítima, por medo ou sentimento de impotência face ao desequilíbrio de forças (APAV, *Comentário / Debate Público sobre os crimes de violação e coação sexual promovido pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda no âmbito do Projeto de Lei n.º 522/XII/3.ª*, www.apav.pt/apav.../comentario_APAV_violacao_coacao_sexual_BE_3).

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

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

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

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

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

7. Conclusões:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

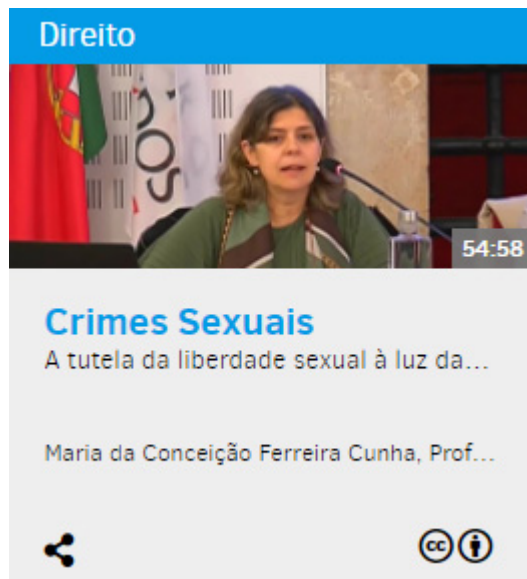
14. Por outro lado, a expressão “vontade cognoscível da vítima”, na prática, não acrescentará nada de substancial. Uma vez que estes crimes são dolosos, sempre teria (e terá) de se provar a representação e vontade do agente de atuar contra a vontade da vítima. Esta expressão (“vontade cognoscível da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

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

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

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


Vídeos da apresentação e do debate



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



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

The background image shows an orange building with several windows. In the foreground, there is a wooden bench with metal legs. The sky is blue with white clouds. The text is overlaid on a white semi-transparent banner.

3. Assédio e abuso sexual no desporto

Carlos Neto

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. ASSÉDIO E ABUSO SEXUAL NO DESPORTO¹

Carlos Neto*

Apresentação *Power Point*
Vídeos**Apresentação *Power Point***


40 CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

ASSÉDIO E ABUSO SEXUAL NO DESPORTO

Carlos Neto
Laboratório de Comportamento Motor
Faculdade de Motricidade Humana
Universidade de Lisboa
PORTUGAL

Motor Behavior Laboratory
Faculty of Human Kinetics
University of Lisbon

ab

U LISBOA | fMH FACULDADE DE MOTRICIDADE HUMANA

LISBOA / 17 DE FEVEREIRO / 2020

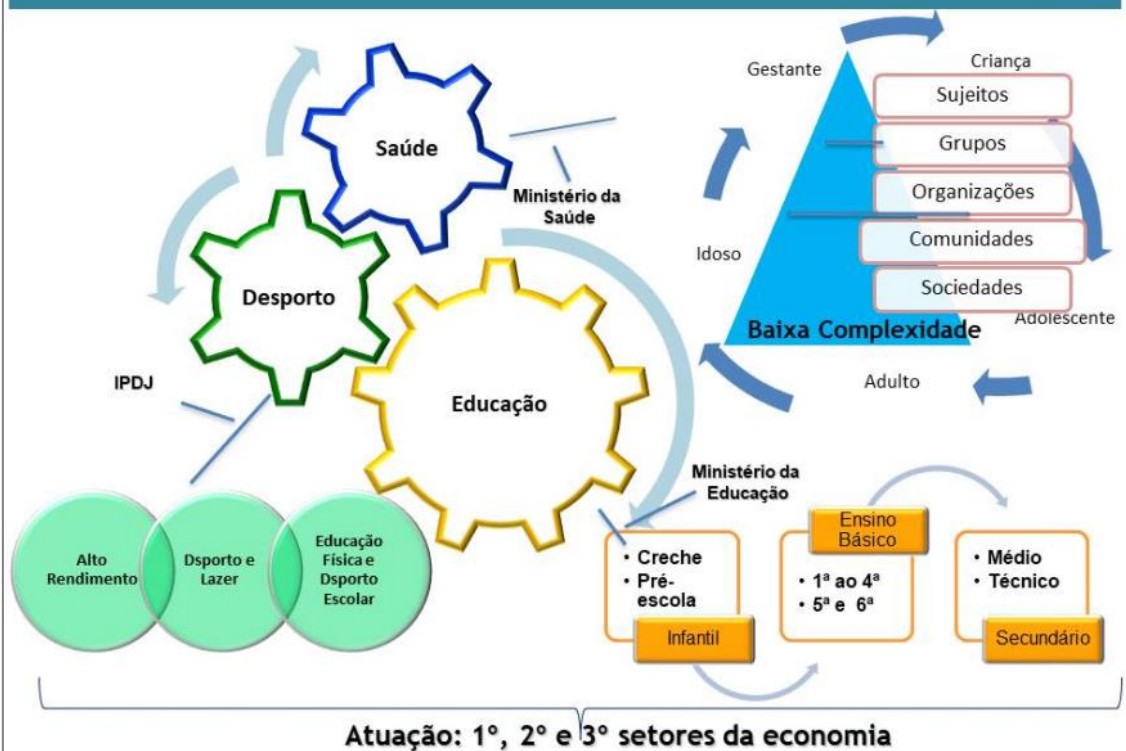
¹ Apresentação do autor efectuada na Ação de Formação do CEJ “Crimes sexuais”, a 17 de fevereiro de 2020.

* Professor Catedrático da Faculdade de Motricidade Humana da Universidade de Lisboa.

EDUCAÇÃO FÍSICA E DESPORTO: CONTEXTOS E IDENTIDADES

- UMA HISTÓRIA FASCINANTE DE CONCEÇÕES, PRÁTICAS E POLÍTICAS PÚBLICAS;
- UM FENÓMENO SOCIAL TOTAL (DEMOGRÁFICO, CULTURAL, RELIGIOSO, ETC.);
- CRIAÇÃO DE UMA IDENTIDADE INSTITUCIONAL, PEDAGÓGICA, CIENTÍFICA, PROFISSIONAL E POLÍTICA;
- DIVERSIDADE DE ÁREAS E CONTEXTOS DE INTERVENÇÃO;
- FORMAÇÃO ESPECIALIZADA INICIAL E CONTÍNUA;
- PRODUÇÃO CIENTÍFICA FUNDAMENTAL E APLICADA;
- VISIBILIDADE SOCIAL, ECONÓMICA, POLÍTICA E JURÍDICA;
- NOVOS PROBLEMAS E GRANDES DESAFIOS PARA O FUTURO;

Áreas de Intervenção em EFD

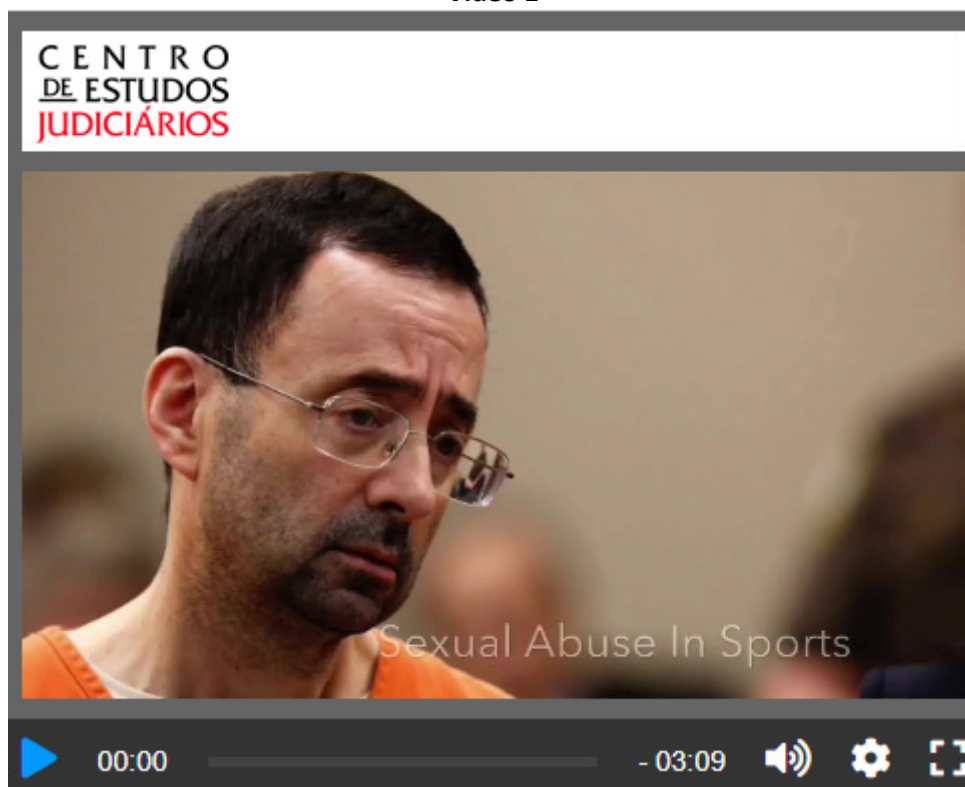


REFLEXÃO E DECISÃO JURÍDICA

- 1 – DOPING E ABUSO DE SUPLEMENTOS ALIMENTARES E DE ÁLCOOL;
- 2 - EXCESSO DE TREINO / EDUCAÇÃO ESCOLAR/ TRABALHO INFANTIL
- 3 – NORMAS DE FORMAÇÃO ADEQUADA DE TREINADORES, DIRIGENTES, ÁRBITROS, PAIS E ATLETAS;
- 4 - TRATAMENTO NEGLIGENTE AO NÍVEL MÉDICO, HIGIENE PESSOAL E EDUCAÇÃO;
- 5 – INFRAESTRUTURAS LÚDICAS E DESPORTIVAS PARA CRIANÇAS E JOVENS;
- 6 – TREINO E COMPETIÇÕES DESPORTIVAS ADEQUADAS AO DESENVOLVIMENTO MOTOR E PSICOLÓGICO;
- 7 – DISCRIMINAÇÃO BASEADA NO SEXO, RAÇA E ORIENTAÇÃO SEXUAL;
- 8 - DIFERENÇAS DE GÉNERO;
- 9 – A RELAÇÃO COM OS MÍDIA;
- 10 – ASSÉDIO, ABUSO SEXUAL E HOMOFOBIA;**
- 11 – VIOLÊNCIA DESPORTIVA (ESPETADORES, ATORES E DECISORES);
- 12 – “BULLYING” E CIBERBULLYING”
- 13 - DIREITOS DE FORMAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DE ATLETAS;
- 14 – JOGOS ELETRÓNICOS (E-SPORT)



Vídeo 1



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/ph9c17158/streaming.html?locale=pt>

ASSÉDIO E ABUSO SEXUAL - UM PROBLEMA REAL NO DESPORTO

- Um estudo recente na Bélgica e na Holanda confirmou que numa mostra de 4 mil atletas “14% já sofreram abusos”;
- O abuso sexual é uma realidade transversal, que ocorre com crianças de ambos os sexos e de qualquer idade, nos mais diversos contextos;
- Proteger as vítimas de abuso sexual no desporto exige medidas políticas com aplicação prática, por forma a criar ambientes seguros e de confiança, centrados na criança;
- Identificam-se no desporto vários contextos de risco potenciais como, por exemplo, os vestiários e os balneários, o transporte dos atletas e as dormidas durante estágios ou competições. Também os chamados “*rituais de iniciação*” envolvem, por vezes, práticas sexualmente abusivas;
- Para além do enquadramento jurídico que este tipo de crime tem em Portugal, salientamos a Declaração de Princípios “*Safe Sport*” (2014), que define os princípios que devem estar subjacentes à proteção de todos os atletas contra qualquer forma de violência. Em paralelo, a Declaração de Consenso do Comité Olímpico Internacional (2016) assenta no consenso relativo ao assédio sexual e ao abuso sexual no desporto;

The Council of Europe and the European Union have adopted important legal standards for the protection of children from sexual abuse and exploitation. The joint project **Pro Safe Sport +** : Put an end to sexual harassment and abuse against children in sport promotes the implementation of these standards in the field of sport. It aims at mobilizing and supporting public authorities and sport organisations in their efforts to stop child sexual abuse in sport.



PRO SAFE SPORT
well-being of young athletes



Vídeo 2



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tmfj3ey1/streaming.html?locale=pt>

Introdução

- Importância do desporto no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes;
- O clube desportivo como promotor de desenvolvimento e os treinadores como agentes de educação;
- Necessidade de lidar com o “Lado Negro” do desporto;

Triângulo da Formação Desportiva



O treinador e os pais devem ter a noção de que quebrar qualquer elo de ligação deste triângulo, vai afetar sempre a aresta mais importante (jogador/filho).

Conceitos-chave

Exploração sexual { Assédio com base no género
Homofobia
Assédio e o abuso sexual

Assédio sexual:

- Comportamentos de cariz sexual indesejados, coercivos, forçados e/ou violentos;
- Tem por base o abuso de poder e confiança (sentido como indesejado, invasivo e/ou coercivo);
- Não deve ser confundido com “flirtar”;

Abuso sexual:

- Consiste na violação dos direitos de outra pessoa e é um crime;
- Exercício de algum tipo de coerção sobre o outro, de forma a que este se envolva em atos de natureza sexual não desejados, ou relativamente aos quais não tem maturidade suficiente para consentir;
- Colaboração coerciva em atos sexuais ou genitais, em que a vítima está aprisionada pelo agressor, ou mesmo uma interação sexual com uma pessoa levada a cabo contra a sua vontade, sem consentimento, ou de forma agressiva, manipuladora ou ameaçadora;

Conceitos-chave

Comportamentos ao longo de um contínuo

Verbais

Não-verbais

Físicos

- perguntas íntimas não desejadas relativas ao corpo, roupa ou vida privada;
- “piadas” de cariz sexual;
- propostas de realização de atos ou envolvimento em relações sexuais;
- telefonemas e mensagens de cariz sexual não desejados;

- olhar fixamente;
- exibicionismo (fotografias ou objetos com alusões sexuais);
- exposição de crianças a pornografia;

- contacto físico de natureza sexual não necessário e/ou não desejado: apalpões, tentativa forçada de beijar o outro, toques, carícias, masturbação, penetração sexual (oral, vaginal ou anal com objetos ou alguma parte do corpo, feito pelo abusador ou por outra vítima que o faz por coação);
- Violação;

Fatores de risco

Fatores de risco para a ocorrência de AAS:

- **Vítimas:** atletas mais novos, com fracas relações com os pais, baixa auto-estima e que sofrem de isolamento social;
- **Agressores:** homens, em posições de autoridade, que desempenhem papel de cuidadores dos atletas e em quem os pais confiam;
- **Agressores:** outras pessoas que os atletas confiam ou estabeleceram um vínculo com o atleta comparável a uma relação pai/filho;
- **Locais isolados:** balneário, carro ou casa do treinador, durante as viagens para competições;
- **Situações sociais** que envolvam consumo de álcool, e em que haja uma assimetria de poder (e.g.: praxes);
- **Falta de códigos de conduta e de procedimentos** para reportar situações de AAS dentro dos clubes;



Coping

Comunicação:

AAS → Silêncio

Coping:

- **partilhar a experiência com outros atletas;**
- **desenvolver estratégias de evitamento de alguns espaços para não estarem sozinhos com o treinador;**



Consequências

Consequências e sintomas:

- Insónias;
- Ansiedade, depressão e ideação suicida;;
- Comportamentos de auto-agressão
- Stress pós-traumático;
- Desenvolvimento de perturbações alimentares e consumo de drogas;
- Dificuldade em confiar nos outros e ao nível das relações de intimidade;
- Efeito negativo nas atividades sociais;



Os sentimentos de culpa e vergonha decorrentes do AAS podem ser muito fortes, nomeadamente em situações de abuso por parte do treinador, dado que os atletas fizeram um longo percurso de cooperação com o mesmo para atingir o sucesso, que pode contribuir para o sentimento de que são responsáveis pela situação de abuso que ocorreu

Aliciamento do agressor

O treinador tem, face ao atleta, um “poder de posição” usada de forma perversa e abusiva.

AAS



Processo de aliciamento (uso de estratégias coercivas por parte dos agressores) com o intuito de ganharem supremacia sobre a vítima e poderem iniciar e perpetuar o abuso.

4 fases principais:

- Identificar a vítima vulnerável e isolada;
- Estabelecer uma relação de confiança com o atleta;
- Aumento do controlo e lealdade, que passa por limitar os contactos do atleta com a sua rede de apoio;
- Construir e assegurar a manutenção do segredo;

Aliciamento do agressor

Objetivo das estratégias do agressor:

- induzir nas vítimas o sentimento de impotência;
- treinador apresentar-se como sendo onnipotente;
- treinador impõe a sua versão da realidade;
- Isolamento do atleta de potenciais fontes de apoio;



Este controlo externo é complementado com um controlo interno, resultado da manipulação e abuso psicológico continuados. A vinculação traumática com o agressor resulta frequentemente numa mudança de *locus* de controlo, em que a vítima sente que é a própria que é má, e que é responsável pelo que lhe está a acontecer

Implicações práticas

- Resistências dos agentes desportivos à implementação de medidas preventivas:
 - medo de represálias (aumento exponencial de queixas infundadas);
 - falta de meios;
 - dificuldades administrativas e/ou a tendência para negar ou minimizar o problema;
 - Atitude negativa face à prevenção;
- Áreas de ação deficitárias:
 - Ignorância sobre como proceder;
 - lacunas na formação dos agentes desportivos;
 - inexistência de medidas preventivas no recrutamento;
 - entrevistas a treinadores focam-se nas questões relacionadas com o treino;
 - medidas de proteção implementadas em instituições de alto-nível raramente chegam às instituições locais;
 - Inexistência de medidas internas para lidar com AAS no desporto, (dificuldade acrescida de estabelecer limites aceitáveis de conduta);

Implicações práticas

Medidas preventivas do ASS:

- Criação de regulamentos internos sobre conduta dos agentes desportivos;
- Criação de códigos de conduta;

Guidelines:

Formação e educação

Relação treinador-atleta

Medidas estruturais e organizativas

Normas de conduta para adultos no clube

Outras medidas



Implicações práticas

Formação e educação:

- Formação dos dirigentes desportivos (prevenção, intervenção, implementação de programas e técnicas de recrutamento);
- Formação dos agentes desportivos (prevenção e intervenção);
- Investigação científica;
- Campanhas de sensibilização;



Implicações práticas

Relação treinador-atleta:

- Evitar o contacto físico que possa ser percebido como indesejado;
- Evitar todos os tipos de intimidade verbal, que possam ter uma conotação sexual;
- Evitar expressões, piadas e opiniões relativas ao género ou orientação sexual ditas de forma negativa;
- Evitar contactos com os atletas em espaços privados, a não ser que várias pessoas estejam presentes, ou haja acordo expresso dos pais/encarregados de educação^{[1][SEP]};
- Os treinadores não devem ter discussões com os atletas no quarto de hotel destes (estágios ou competições), mas em locais mais públicos;



Implicações práticas

Medidas estruturais e organizativas:

- Criação de estruturas de apoio aos atletas:
 - quebrar o silêncio;
 - conhecer especificamente as vias e procedimentos para o fazer;
- Existirem representantes dos atletas de ambos os géneros nas equipas técnicas;
- Criação de regulamentos internos: ajudam a criar barreiras mais sólidas :
 - procedimentos relativos a balneários e duches;
 - formas de comunicação entre os elementos do clube;
 - viagens para fora;
 - partilha de quartos de hotel;
- Consultoria: organizações desportivas devem ter acesso a especialista que os ajude a lidar com questões relacionadas com o AAS;
- Sistematizar processos de recrutamento:
 - apresentação de Registo Criminal;
 - discussão dos Códigos de Conduta relativos ao treinador;

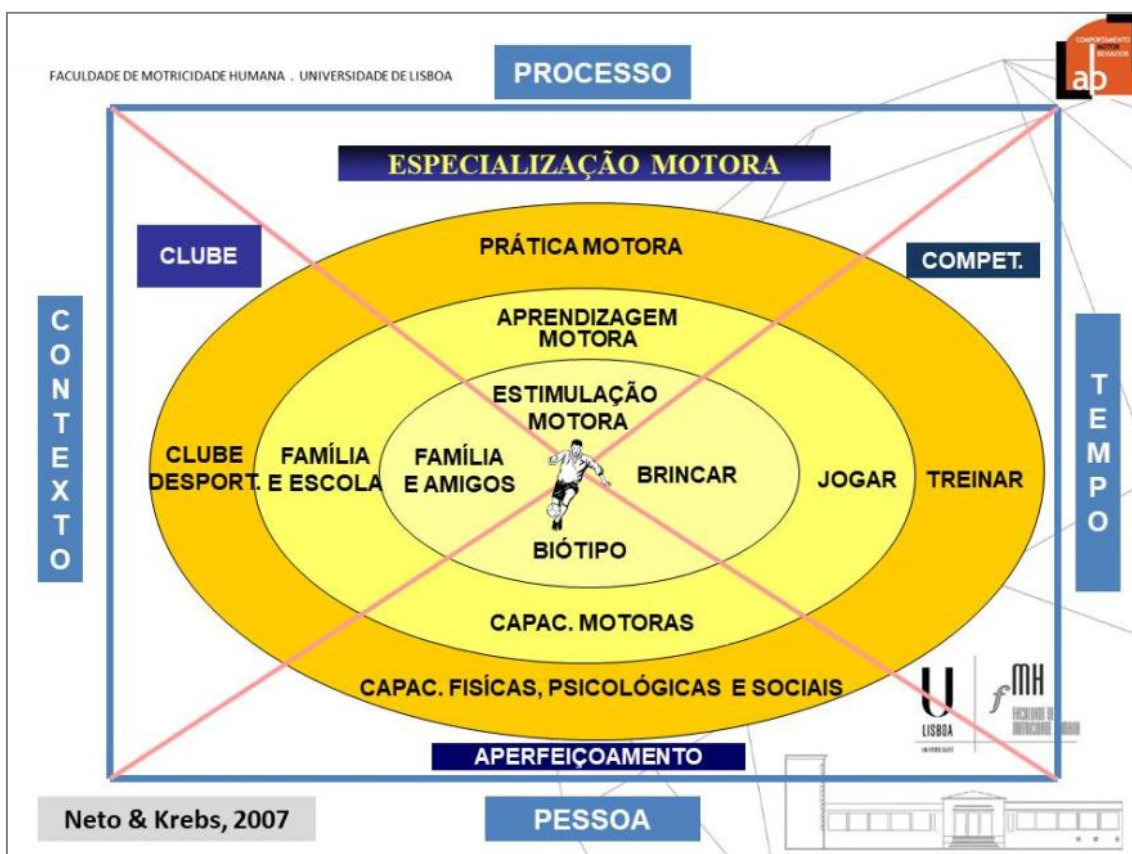
Implicações práticas

Normas de conduta para adultos no clube:

- Os adultos responsáveis não devem consumir álcool em viagens e eventos desportivos;
- Os treinadores não devem tomar banho conjuntamente com os atletas (balneário);
- Deve existir sempre um mínimo de dois atletas numa sessão de treino, juntamente com o treinador;

Outras medidas:

- Criação de organismo independente que atue no âmbito da proteção e bem-estar do jovem atleta;

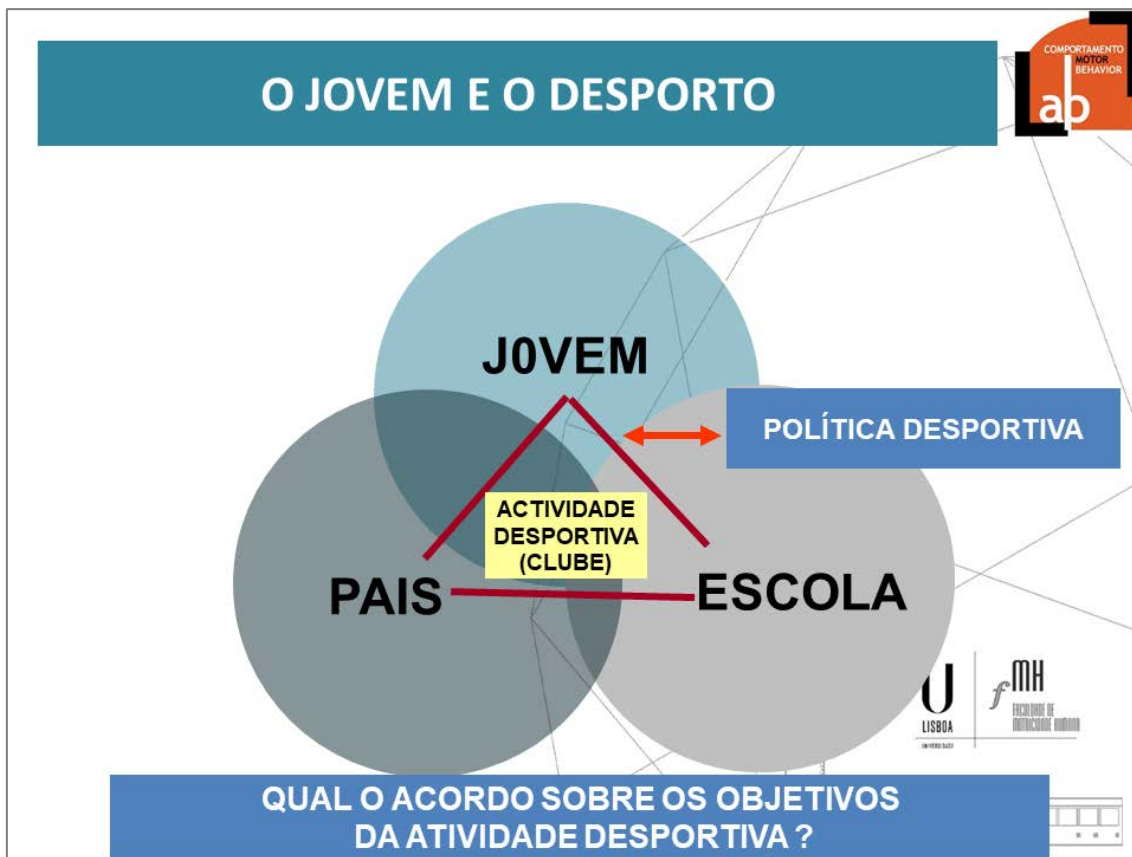






Para um Modelo de Formação Desportiva Participativo





Os Direitos das Crianças/Jovens ao Desporto

- 1- Expressar a sua individualidade;
- 2- Serem tratadas como crianças /jovens;
- 3- Participar independentemente do seu nível de habilidade;
- 4- Jogar ou competir com os seus opositores em função de valores éticos fundamentais (Fair-Play);
- 5- Decidir no qual ou quais desportos deseja participar;
- 6- Participar na organização de programas desportivos (ser ator);
- 7- Parar a atividade quando entender;
- 8- Saber que o fracasso no desporto não é o fracasso da vida;
- 9- Ter um treinador que seja competente nos planos pedagógico, técnico e científico;
- 10- Condições de treino e competição adaptados á sua condição;
- 11- Exame e tratamento médico competente;
- 12- Facilidades de espaços e equipamentos;
- 13- Correcto acompanhamento parental.

Carlos Neto, 2001

Vamos acabar com a Violência no Desporto

A violência no desporto manifesta-se de várias formas que vão desde a linguagem, abusos e comportamento dos praticantes, treinadores, juizes, espectadores ou pais, até situações mais graves de agressão física. Colocando de uma forma simples, a violência no desporto é algo prejudicial, tanto para as crianças e jovens, como para o desporto no seu todo. A existência de episódios de violência leva à diminuição da segurança e do prazer no desporto, e ao abandono precoce por parte das crianças e dos jovens.

O que os pais podem fazer

Os pais têm um papel fundamental na criação de um ambiente positivo e na redução dos incidentes de violência, constituindo-se como um importante modelo e referência de bom comportamento, através de:

Incentivar o Fair Play / Jogo Limpo

- Apoiar e aplaudir as boas práticas das equipas/atletas;
- Cumprimentar os árbitros/juizes, treinadores e adversários.

Respeitar os Árbitros/Juizes, Treinadores e Adversários

- Aceitar as decisões dos árbitros/juizes – eles são humanos e, como tal, podem cometer erros;
- Lidar com os problemas e incidentes de forma controlada, respeitadora e profissional.

Controlar as suas emoções

- Ser entusiasta e apoiar, sem se substituir ao treinador, dando instruções para dentro do recinto de jogo/prova;
- Não entrar em conflito direto com os outros;
- Não usar linguagem ofensiva em qualquer situação.

Seguir um Código de Conduta

- Compreender, aceitar e apoiar um Código de Conduta do seu Clube / Instituição / Escola.

Ajudar as Crianças e Jovens a ter prazer na prática desportiva

- Dar ênfase e importância ao esforço, ao prazer proporcionado pela prática desportiva e não apenas à vitória;
- Nunca ridicularizar ou gritar com uma criança ou jovem, pelo facto de ter cometido algum erro.



Teste: Que tipo de pais são?

A maioria dos pais tem um papel relevante no contributo que dão para criar um ambiente agradável de prática desportiva. Contudo, existem outros que, mesmo sem ser intencionalmente, ajudam antes a criar um ambiente de tensão, que favorece a violência no desporto. Que tipo de pais é que vocês são?

Pais que gritam muito

Centram a sua atenção nas coisas negativas e estão sempre a gritar com os atletas e contra os árbitros / juizes. Estes pais devem aprender a observar as coisas positivas da prática desportiva, fazendo um esforço para ignorar as coisas que se concretizam.

Pais que apontam em excesso

São demasiado positivos, tentando um apoio tão intenso que chegam a emburrar os próprios filhos. Com tais comportamentos conseguem irritar o treinador, os restantes atletas e mesmo os outros espectadores. Estes pais devem aprender a ser mais calmos e mais contidos no seu entusiasmo.

Pais treinadores

Facem a vida a tirar notas, a filmar, a avaliar o desempenho dos filhos, revivem todas as provas e competições em que eles participam e apontam aquilo em que eles têm de melhorar. Estes pais devem distar o treino dos filhos para os respetivos treinadores.

Pais que gostavam de ter sido atletas

Vivem os seus sonhos através dos filhos e encaram essa prática como se fossem eles os participantes. Estes pais têm de conseguir eliminar a postura de "ganhar a todo o custo" e lembrar que não são eles quem pratica desporto.

Pais que não ligam nenhuma

Estão tão ocupados com as notícias dos jornais e a falar ao telefone que não prestam atenção ao desempenho dos filhos. Tais pais devem recordar que um pequeno encorajamento aos filhos ajuda imenso.

Pais 5 estrelas (seis é seu caso?)

Centra a sua atenção no esforço do jovem e não no resultado do desempenho. Respeita e agradece ao treinador, aos árbitros / juizes e aos adversários. São apertados positivos e têm sempre presente o papel que desempenha quando estão a ver a competição dos filhos.

O que os pais devem fazer

Apesar de todos os esforços, os incidentes de violência no desporto ainda ocorrem com alguma frequência. Embora a responsabilidade para lidar com estes incidentes seja do Clube / Instituição / Escola, os pais devem entender, acompanhar e apoiar o processo.

Quando ocorrerem comportamentos incorretos, os pais devem:

- ✓ Denunciar a situação ao(s) responsável(is) pelo recinto desportivo ou ao(s) membro(s) da organização que estiver(em) presente(s);
- ✓ Manter a calma e a tranquilidade.

Quando confrontado com uma situação de violência no desporto, é importante não ter as seguintes atitudes:

- ✗ Retaliar ou aboridar os infratores;
- ✗ Descontrolar-se emocionalmente;
- ✗ Alhear-se do sucedido e permitir que a situação fique fora de controlo.

Cabe ao(s) responsável(is) pelo recinto desportivo ou ao(s) membro(s) da organização que estiver(em) presente(s) abordar o(s) infrator(es) e agir.

Os Clubes / Instituições / Escolas devem ter preparado um procedimento para lidar com os incidentes de violência no desporto.



Comentários das crianças

Corriam que os pais reatam sobre aquilo que as crianças realmente procuram no desporto. Em seguida, apresentamos alguns comentários de crianças:

"Eu não me importo se não ganhar sempre, quando jogamos alguém tem de perder."

"O meu pai é o maior – limita-se a assistir à competição e a bater palmas."

"Não vencemos sempre, mas estamos muito felizes quando praticamos desporto."

"Não quero jogar mais porque a minha mãe grita demais. Estou farto de a ouvir gritar."

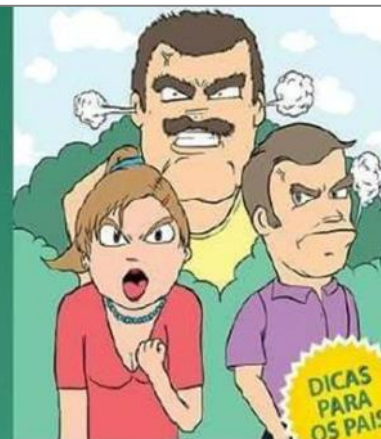
"Não me interessa quem ganha desde que me divirta... De qualquer maneira, é bom ganhar nem que seja uma vez."

"Quando os espectadores gritam com os árbitros, é como se nos estivessem a estragar o jogo."

"Fico contente quando marcamos um gol. Penso que os adversários devem sentir o mesmo quando o conseguem."

Elaboração do conteúdo: "Central Coast Sport Injury Services: 2003" and "KIDS Sport - A Year After (Guide for Green Kids, Dents Better)".

Registe-se no facebook
www.facebook.com/pneddesporto
www.pned.pt



EDUCAR PARA A ÉTICA NO DESPORTO


Plano Nacional de Ética no Desporto

GOVERNO DE PORTUGAL

Ministério da Educação e do Desporto




led

1. A escolha dos desportos a praticar pelos filhos deverá ser da sua responsabilidade e iniciativa sem qualquer imposição por parte dos pais.
2. É dever dos pais verificar se a atividade escolhida contribuirá para a formação integral e para o desenvolvimento físico e mental dos filhos procurando, em simultâneo, que a prática desportiva não comprometa as suas responsabilidades escolares e familiares.
3. É dever dos pais acautelar os excessos de carga no treino e em competição durante o período infanto-juvenil, em particular na puberdade, em detrimento do carácter lúdico e recreativo do desporto.
4. É dever dos pais acompanhar as atividades dos filhos com discrição, procurando corresponder em tempo aos seus pedidos de ajuda, de forma a garantir-lhes uma relação saudável com o desporto.
5. É dever dos pais respeitar as competências próprias dos treinadores, limitando-se a questioná-los sobre a forma como os seus filhos se integram na vida da equipa e do clube e sobre as perspectivas de evolução atlética.
6. É dever dos pais esclarecer os filhos que para serem bons desportistas, para se sentirem felizes e estarem de bem consigo próprios, não é necessário serem campeões.
7. É dever dos pais lembrar-lhes que os insucessos terão de ajudar à sua evolução e a torná-los mais sábios.
8. É dever dos pais dar-lhes a conhecer os valores do Panathlon como fundamento ético para viverem a experiência desportiva de forma correcta.
9. Os pais não perguntarão aos filhos, quando estes regressam a casa, se ganharam ou se perderam, quantos golos marcaram ou sofreram, ou quantos recordes superaram, mas quererão saber se se divertiram e se sentem melhores.
10. Os pais deverão querer rever-se diariamente nos olhos dos filhos e reencontrar o seu sorriso juvenil.



CARTA DOS DEVERES DOS PAIS NO DESPORTO

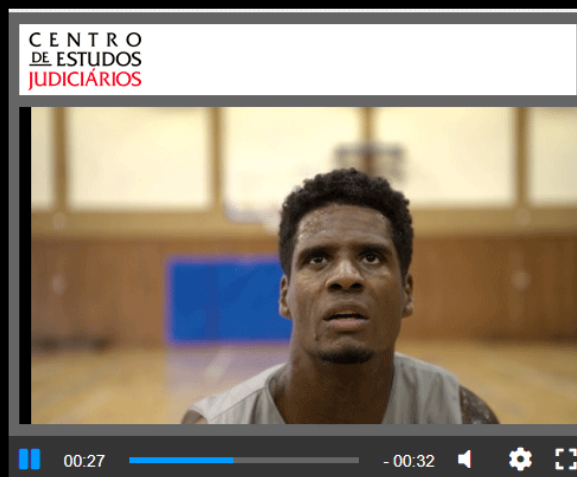
INSTITUTO PORTUGUÊS DO DESPORTO E JUVENTUDE, I.P.

<http://www.panathlonliboa.pt/>
<http://www.ipdj.pt/>

Vídeo 3

VIOLÊNCIA E RACISMO



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/1tmfj3ey2k/streaming.html?locale=pt>

Vídeo 4

HOMOSSEXUALIDADE /HOMOFOBIA



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/23etaq6u2/streaming.html?locale=pt>

Vídeo 5

DESCRIMINAÇÃO DO GÉNERO



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

Vídeo 6



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1hjh5vly7h/streaming.html?locale=pt>

Vídeo 7



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/ph9c171cg/streaming.html?locale=pt>

Vídeo 8

O MEDO DE GANHAR



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/2jght5f8vh/streaming.html?locale=pt>

DESPORTO, GÉNERO E SEXUALIDADE

José Manuel Constantino
Maria Machado
(Coord.s)

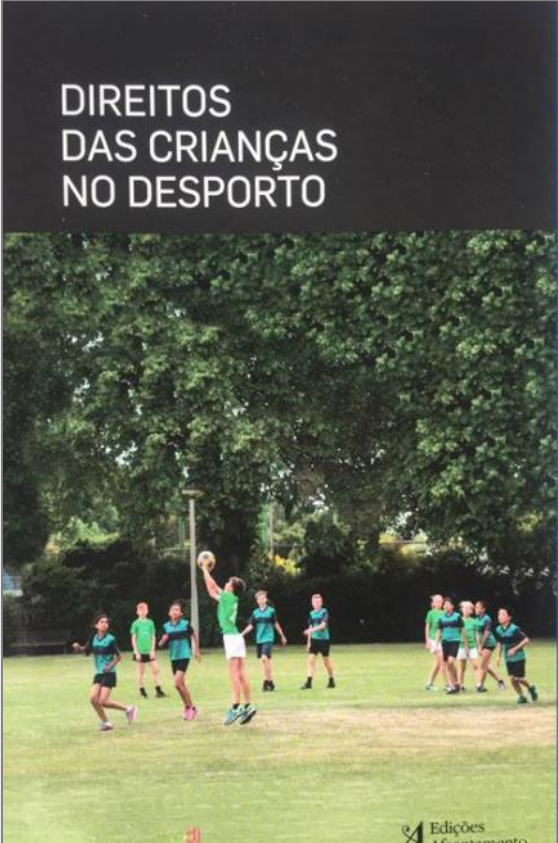
VISÃO

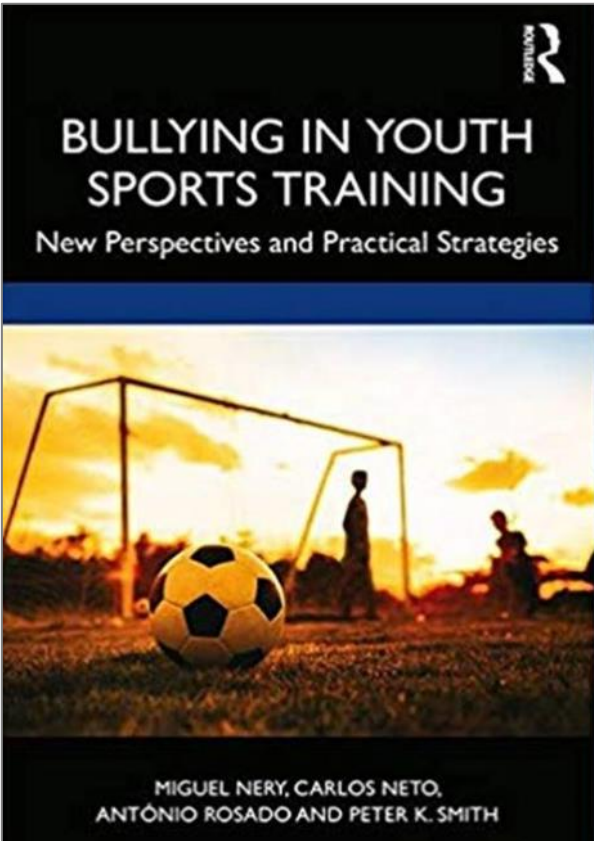
.....

1 – SEXUALIDADE E PODER NO DESPORTO DE FORMAÇÃO. ESTEREÓTIPOS SEXUAIS, IDENTIDADE SEXUAL E HOMOSSEXUALIDADE

2 – ASÉDIO E ABUSO SEXUAL NO DESPORTO. REVISÃO DE LITERATURA E GUIDELINES INTERNACIONAIS

.....

 <p>DIREITOS DAS CRIANÇAS NO DESPORTO</p> <p>Edições Afrontamento</p>	<p>1- GARANTIAS LEGAIS NO DESPORTO: PROBLEMAS E DESAFIOS</p> <p>2 - ABUSO E DEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO AO JOGO ELETRÓNICO</p> <p>3-ESPECIALIZAÇÃO PRECOCE E “BULLYING”</p> <p>4 – O DESPORTO COMO FATOR DE INCLUSÃO</p> <p>5 - INTERVENÇÃO DOS GRUPOS PARLAMENTARES (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA)</p>
--	--

 <p>BULLYING IN YOUTH SPORTS TRAINING New Perspectives and Practical Strategies</p> <p>MIGUEL NERY, CARLOS NETO, ANTONIO ROSADO AND PETER K. SMITH</p>	<p>Bullying in Youth Sports Training New perspectives and practical strategies</p> <p>Miguel Nery, Carlos Neto, António Rosado and Peter K. Smith</p>
--	--

**BULLYING IN YOUTH SPORT TRAINING
EXPLORATORY AND DESCRIPTIVE RESEARCH WITH NATIONAL COVERAGE OF PORTUGAL**

Miguel Nery, Carlos Neto, C. & Peter Smith,
Laboratório de Comportamento Motor Motor Behavior Laboratory
Faculdade de Motricidade Humana Faculty of Human Kinetics
Universidade de Lisboa University of Lisbon
PORTUGAL

COMPORTAMENTO MOTOR BEHAVIOR
ab
MH U LISBOA

Study 1: Bullying in youth sport training quantitative analysis

Method

Legend

- Handball
- Gymnastics
- Rugby
- Football
- Judo
- Wrestling
- Athletics
- Swimming
- Volleyball

Table 1. Sports percentage by category

Category	N (clubs)	Athletes%
Team	41	76,5
Individual	35	14,4
Fight	21	9,1

Table 2. Sport clubs distribution according to geographical area


Cluster	N (clubs)	%
North	26	29,4
Centre Norte	18	18,6
Centre	31	33,1
South	22	19

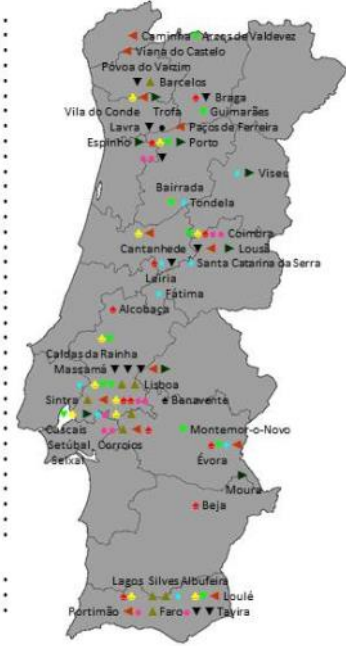
Table 3. Athletes' distribution according to LTAD model

Stage	Ages	Athletes %
Fundamental Stage	(6-10 years)	0,2
Training to Train Stage	(10-14 years)	17,4
Training to Compete Stage	(14-18 years)	77,2
Training to Win Stage	(>18 years)	5,1

Figure 1. Geographical distribution of the sport clubs

Estudo 1





Método

Tipo de estudo: quantitativo

Participantes
Atletas do sexo masculino, dos escalões de formação desportiva (n=1458)

Clubes (n=97)

Modalidades estudadas


Coletivas (futebol, andebol, rugby, voleibol)
Individuais (natação, ginástica, atletismo)
Combate (judo, luta)

Instrumento: questionário

Legenda

- ◆: Andebol
- ◆: Ginástica
- ◆: Rugby
- ◆: Futebol
- ◆: Judo
- ◆: Luta
- ◆: Atletismo
- ◆: Natação
- ◆: Voleibol

Estudo 2






Método

Tipo de estudo: qualitativo

Participantes
Atletas (n=127)
Treinadores (n=32)

Clubes (n=20)

Instrumento: entrevista

Estudo 3

Método
 Tipo de estudo: qualitativo

Participantes
 Ex-atletas de alta competição (n=9)

Futebol: Emílio Peixe
 Andebol: Ricardo Andorinho
 Rugby: Nuno Mourão
 Voleibol: Jorge Infante
 Natação: Nuno Laurentino
 Ginástica: Tiago Camacho
 Atletismo: Cipriano Lucas
 Luta: Paulo Martins
 Judo: Luís Catita



Instrumento: entrevista







Protagonistas/Resultados

- 1- Agressores (11.25%)
- 2- Vítimas (10.01%)
- 3- Observadores (34.65%)
- 4- Inexistência de “bullying” (44..4%)



Onde acontece?

1- Clube
Balneário
Treino

2- Competição







Consequências?

Desistência precoce da prática desportiva

Mudança de modalidade ou clube como forma de evitar o "bullying" ou "Ciberbullying"






[Email: cneto@fmh.ulisboa.pt](mailto:cneto@fmh.ulisboa.pt)
[Email: miguelnery@hotmail.com](mailto:miguelnery@hotmail.com)
[Web: www.miguelnery.pt](http://www.miguelnery.pt)
 Facebook: Desporto sem Bullying

www.desportosembullying.pt

Obrigado pela vossa atenção

MUDANÇA DE PARADIGMA?

cneto@fmh.ulisboa.pt

Vídeo 9

AS DINÂMICAS DE PODER NO DESPORTO



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/1tmfj3ey9p/streaming.html?locale=pt>

Vídeos da apresentação e do debate




<https://educast.fcn.pt/vod/clips/igmfm3zi3/streaming.html?locale=pt>



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/igmfm3zl2/streaming.html?locale=pt>



<https://educast.fcn.pt/vod/clips/igmfm3zpb/streaming.html?locale=pt>

The background image shows an orange building with several windows. In the foreground, there is a wooden bench with metal legs. The sky is blue with white clouds. The text is overlaid on a white semi-transparent banner.

4. Pornografia de crianças - aspetos substantivos

Tiago Caiado Milheiro

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. PORNOGRAFIA DE CRIANÇAS – ASPETOS SUBSTANTIVOS¹

Tiago Caiado Milheiro *

Apresentação *Power Point*
Vídeos**Apresentação *Power Point***

Pornografia de crianças

Conferência CEJ 17.02.2020

Bibliografia

Crimes sexuais - Análise substantiva e processual, José Mouraz Lopes/Tiago Caiado Milheiro, 2019, Almedina
[a apresentação assenta, no essencial, em extractos retirados deste livro]

Sabine K. Witting, Regulation bodies: the moral panic of child sexuality in the digital era, Critical Quarterly for Legislation and Law, Vol. 1, Nomos, 2019

Daniel Keats Citron, Sexual Privacy, The Yale Law Journal, 128: 1870, 2019

Pornografia e crimes contra as crianças

- ▶ A utilização da palavra criança ao invés de menor [Convenção de Lanzarote - criança é qualquer pessoa com menos de 18 anos]
- ▶ O tipo de crime “central” é o de pornografia de menores - art. 176.º [pornografia que envolve crianças, ainda que não reais ou adultos, mas aparentando]
- ▶ Mas outros crimes existem em que, directa, ou indirectamente se alude a pornografia envolvendo crianças, ainda que a pornografia em causa possa ser relativa a adultos
- ▶ Abuso sexual de crianças - art. 171.º/3/b CP; Aliciamento de menores para fins sexuais - art. 176.º-A CP; Tráfico de pessoas - art. 160.º/2 e 6 CP

¹ Apresentação do autor efectuada na Ação de Formação do CEJ “[Crimes sexuais](#)”, a 17 de fevereiro de 2020.

* Juiz de Direito.

Abuso sexual de crianças

- ▶ Quem actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográfico é punido com pena de prisão até 3 anos (art. 171.º/3/b CP)
- ▶ Abuso sexual por via de pornografia.
- ▶ Não existe uma definição legal.
- ▶ Actividades ou comportamentos sexuais explícitos, a exibição ou representação de órgãos sexuais com fins predominantemente sexuais, objetos suscetíveis de provocar excitação sexual a terceiros e, por outro, ser idóneos a produzir dano no desenvolvimento fisiológico ou psicológico de pessoas imaturas.
- ▶ Atender ao contexto, bem jurídico autodeterminação sexual, tutela do desenvolvimento harmonioso da sexualidade e imaturidade de criança com idade inferior a 14 anos.

3

Abuso sexual de crianças

- ▶ Conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográfico
- ▶ Suscetíveis de provocar excitação sexual a terceiros e, por outro, ser idóneos a produzir dano no desenvolvimento fisiológico ou psicológico de pessoas imaturas.
- ▶ Conversa ou escrito, presencial ou através de meios de comunicação (telemóvel, sms, facebook, etc.) deve aludir a comportamentos sexuais ou consistir em envio de fotografias ou vídeos de atividades sexuais ou órgãos genitais, incluindo-se ainda tal no conceito de conversa (que pode ser oral, escrita, gestual ou visual).
- ▶ Atuar por meio de espetáculo poderá por exemplo consistir em levar o menor de 14 anos a espetáculos de sexo ao vivo ou fazer com que este assista a relações sexuais entre terceiras pessoas.
- ▶ Atuar por meio de objetos pornográficos poderá consistir na exibição de vibradores ou filmes pornográficos, num contexto sexual.

4

Abuso sexual de crianças

- ▶ Incriminação do art. 171.º/3/b CP
- ▶ Situação 1: Arguido que dirigindo-se a uma menor de 13 anos diz: “queres ir comigo para a cama comigo? ... quero fazer amor contigo!... quero pinar contigo!... contigo eu fazia assim na cama”, ao mesmo tempo que gesticulava para exemplificar o que dizia.” [Ac. da RG, Rel. Ana Teixeira, proc. 22/13.1GAPTL.G1, 17.11.2014, consultado em www.dgsi.pt].
- ▶ Situação 2: A conversa mantida por um arguido com menor de 14 anos, perguntando-lhe “se tinha maminhas grandes ou pequenas”, “se tinha namorado” e “se a mãe quando era nova os namorados lhe punham as mãos”, assume uma conotação sexual ou obscena, idónea a afectar o livre e adequado desenvolvimento sexual de uma criança de treze anos de idade, preenchendo, assim, a previsão da alínea b) do n.º 3 do artigo 171.º do Código Penal [Ac. da RG, Rel. João Lee Ferreira, processo 624/12.3GBBCL.G2, 08.02.2016, consultado em www.dgsi.pt].
- ▶ Situação 3: arguido que de modo voluntário, livre e consciente, adicionava o seu endereço electrónico aos endereços das 8 ofendidas, que bem sabia terem idades inferiores a 14 anos, assumindo uma identidade que não era a sua, de modo a poder, nomeadamente, e além de outros propósitos que tinham apenas em vista satisfazer o seu prazer sexual, manter com as mesmas, como manteve, frequentemente, conversações onde empregava termos íntimos, com conotação física/sexual e, ainda, a solicitar-lhes, que exibissem o seu corpo.” [Ac. STJ, Rel. Gabriel Catarino, processo 53/10.3PAVFX.L2.S1, 27.04.2017, consultado em www.dgsi.pt].

5

Abuso sexual de crianças

- ▶ Responsabilidade criminal das pessoas colectivas (art. 11.º CP)
- ▶ Posição de liderança/dever de vigilância
- ▶ Ex: envio de imagens pornográficas por empresas a crianças.
- ▶ Ausência de controle de antecedentes de funcionário de empresa que organiza aniversários que veio a exhibir pornografia
- ▶ Uso de computador da empresa por parte de individuo com passado criminal de abusos

6

Aliciamento de menores para fins sexuais

- ▶ Art. 176.º-A
- ▶ O aliciamento pode ser através de uso de material pornográfico
- ▶ Diferença em relação ao art. 171.º/3/b
- ▶ Crime de execução vinculada (por meio de tecnologias de informação e comunicação)
- ▶ Crime intencional (encontro com intenção de abusar sexualmente ou obter material pornográfico)
- ▶ Agente tem que ser maior e vítima menor
- ▶ *Child grooming* (menor manipulado - *groomed*)
- ▶ Sabine K. Witing - maiores riscos da *digital exploration*
- ▶ Quanto se usa pornografia e por exemplo identidade fictícia com objectivo de encontro afigura-se ser defensável um concurso real (sentidos de ilicitude diferente) - já quando está em causa 171.º/1 e 2 e 176.º/1/als a) a c) subsidiariedade

7

Aliciamento de menores para fins sexuais

- ▶ Ac. STJ, Rel. Francisco Caetano, processo 351/16.2JAPRT.S1, 22.02.2018, consultado em www.dgsi.pt.
- ▶ "IV - O crime de aliciamento de menor, do art. 176.º-A, n.ºs 1 e 2, do CPP é um crime subsidiário (subsidiariedade material ou implícita) da punição dos crimes de abuso sexual de criança seja na forma consumada, seja na forma tentada e, daí, que, no contexto da consumação dos crimes de abuso sexual do art. 171.º, n.ºs 1 e/ou 2, a incriminação perdeu autonomia."
- ▶ Ac. RC, Rel. Isabel Valongo, proc. 797/17.9JACBR.C1, 11.12.2019, consultado em www.dgsi.pt
- ▶ "VI - Comete o ilícito previsto no artigo 176.º-A, n.º 1, do CP, o agente que, através de diversas mensagens enviadas a menor insinuando actos sexuais a praticar com a mesma, tenta encontrar-se com ela, dispondo-se a pagar-lhe a viagem e sugerindo-lhe boleia para um sítio onde se poderiam encontrar."

8

Tráfico de pessoas

- ▶ Art. 160.º/2 CP - Quem recruta, alicia, transporta, aloja, acolhe, entrega, oferece, aceita, menor para fins de exploração sexual
- ▶ Exploração sexual abrange toda a panóplia de atos relacionados com sexo e sexualidade
- ▶ Obtenção de material pornográfico
- ▶ N.º 6 pune o utilizador que conhecendo a exploração sexual utiliza os serviços (por exemplo para obter fotos junto do explorador)
- ▶ Basta dolo eventual (crianças é forte indício de exploração)

9

Pornografia de menores

- ▶ Convenção de Lanzarote - art. 20.º/2: «pornografia de menores» designa todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais.
- ▶ Convenção de Budapeste: - art. 9.º/2: a expressão «pornografia infantil» deverá abranger todo o material pornográfico que represente visualmente: a) Um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos; b) Uma pessoa com aspecto de menor envolvida em comportamentos sexualmente explícitos; c) Imagens realistas de um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos.
- ▶ Directiva 2011/92/UE- art. 2.º/c: «Pornografia infantil», i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais; art. 2.º/e: e) «Espectáculo pornográfico», a exibição ao vivo, destinada a um público, inclusive com recurso às tecnologias da informação e da comunicação, de: i) crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais;

10

Pornografia de menores

- ▶ Material pornográfico (art. 176.º/1/a/b CP), não define pornografia, pornográfico, pornográficos, mas descreve o material ou materiais que são foto, filme, gravação, espetáculo pornográfico
- ▶ N.º 1. als. a) e b) - criminaliza-se a utilização direta de menores de 18 anos, ou o seu aliciamento, para espetáculos, fotografias, filmes ou gravações pornográficas. Neste caso é a liberdade e autodeterminação sexual dos menores envolvidos que é posta em causa, através da atividade do agente, seja na intervenção direta nos factos seja no seu aliciamento pessoal para participarem nos mesmos.
- ▶ Casos de sextortion: Sextortion normalmente envolve a obtenção de imagens sexuais explícitas da vítima mediante a ameaça de divulgação de fotografias ou filmes desta em que esta aparece nua ou que se reportam à sua privacidade sexual, imagens obtidas através do engano ou de “hacking” (Danielle Keats Citron, “Sexual Privacy”, The Yale Law Journal, 128: 1870, 2019, pp. 1915 e ss) [violência ou ameaça grave agravação do n.º 3]
- ▶ Grooming, identidade fictícia, fraude, engano, cyberulling, hacking

11

Pornografia de menores

- ▶ O menor será *utilizado* quando é fotografado, filmado, gravado ou objeto de registo, independentemente do suporte em que fique registado (câmara fotográfica, telemóvel, computador, i-pad, tablet, etc) em situações configuradas como pornográficas ou participa no espetáculo pornográfico.
- ▶ *Aliciar* será todo o comportamento de que se socorre o agente do crime para motivar o menor a participar nos espetáculos, fotografias, filmes ou gravações pornográficas (dinheiro, prendas, promessas de trabalho ou outras promessas, ainda que falsas, entrega de bens em espécie, toda a conversa que convença o menor, mesmo que sem qualquer entrega ou promessa de bens monetários ou não monetários, incitamento, seduzir o menor, etc.).
- ▶ No que concerne às condutas descritas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 176.º do CP existe uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, o que implica que por cada menor utilizado ou aliciado para efeitos de espetáculos, fotografias, filmes ou gravações pornográficas se consuma um crime. Assim, o número de crimes coincide com o número de vítimas usadas ou aliciadas.
- ▶ Concurso efectivo com abuso sexual (exemplo filma e abusa)

12

Pornografia de menores

- ▶ Utilização indireta de menores
- ▶ Nas alíneas c) e d) do n.º 1 configuram-se condutas que, se bem que suscetíveis de sancionamento criminal, não comportam uma violação direta do bem jurídico liberdade e a autodeterminação sexual de um menor.
- ▶ Trata-se de travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual de crianças, elas sim violadoras de bens jurídicos pessoais.
- ▶ Para além de uma tutela indireta da liberdade e autodeterminação sexual do menor, proibindo todo o mercado de produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, cedência de material pornográfico, também se procura através desta incriminação evitar danos na esfera pessoal do menor, que decorre da sua associação ao mercado pornográfico, com as sequelas físicas, emotivas, de reputação e honra que daí advêm. Existe uma tutela antecipada do interesse superior da criança, e do seu direito a ser acautelado o seu bem-estar físico e psíquico
- ▶ A utilização no plural (materiais), aliado ao facto de que estas atividades são uma forma de tutela indireta da liberdade e auto-determinação sexual, determinam que se conclua que o número de materiais pornográficos em causa releva para a escolha e medida da pena, mas não para a individualização de crimes consumados. Assim, existirá um só crime, independentemente do número de fotografias, filmes ou gravações.

13

Pornografia de menores

- ▶ Alínea c) do n.º 1 refere-se expressamente quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título fotografias, filmes ou gravações pornográficas que utilizem menores, a ação típica pretende cobrir todo o tipo de disseminação, sem contrapartidas, dos referidos materiais, aí se englobando a venda, o empréstimo, o aluguer ou qualquer outra forma de transmissão dos mesmos.
- ▶ Divulgação dos materiais referidos por todos os meios de comunicação conhecidos, sejam publicações escritas, meios audiovisuais, mas também a divulgação por via telemática, ou seja, através da computadores, redes digitais (v. g. internet), e telemóveis (v. g. envio de material pornográfico por e-mail, telemóvel, partilha no facebook, divulgação em blogs ou youtube etc)
- ▶ Abarca o fenómeno designado de sexting e situações em que o menor é usado como forma de cyberbullying, chantagem, ameaça, ou as imagens são apropriadas por hacker sem consentimento, ou até naquelas em que o menor consente no registo da imagem, mas não na divulgação

14

Pornografia de menores

- ▶ Sexting
- ▶ Sabine K. Witting, ob. citada, pp. 8 e 9, a propósito do sexting (que conforme refere a Autora vem da junção das palavras “sex” e “texting” e descreve a atividade de registar imagens sexuais sugestivas ou explícitas e posterior encaminhamento por telemóvel, internet, redes sociais) faz a distinção entre “primary sexting”, que consiste em produzir e possuir registo de uma pessoa em poses ou atividade sexual, com o seu consentimento, sem qualquer abuso ou autoridade e a “secondary sexting” que consiste na disseminação desse material sexual, sem autorização da pessoa cuja imagem e divulgada.

15

Pornografia de menores

- ▶ Aquisição ou detenção intencional
- ▶ A alínea d) refere-se à aquisição ou detenção com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder de fotografias, filmes, ou gravações pornográficas.
- ▶ “o propósito”
- ▶ só a aquisição ou detenção de fotografias, filmes, ou gravações pornográficas que utilizem menores, com o propósito de virem a ser distribuídas, importadas, exportadas, divulgadas, cedidas ou exibidas é criminalmente punível.
- ▶ A intenção de divulgação e cedência resultará da instalação de programas de partilhas de ficheiros como o P2P (software peer-to-peer)

16

Pornografia de menores

- ▶ Incriminação de material pornográfico com representação realista de menor no n.º 4
- ▶ Abrange a pedopornografia virtual, mas também a aparente
- ▶ Pedopornografia aparente participam adultos que aparentam ser menores
- ▶ Pedopornografia virtual criação tecnológica por computador ou morphing - juntam-se imagens ou parte de imagens de menores recolhidas nomeadamente na internet

17

Pornografia de menores

- ▶ Aquisição, detenção, acesso, obtenção e facilitação do acesso material pornográfico (n.º 5), mas não abrange n.º 4 (representação realista de menor)
- ▶ Início da detenção coincidirá com o download, para qualquer suporte
- ▶ Deter implica um domínio de facto sobre o material pornográfico que não coincide com a transitoriedade do streaming, transmissão temporária de dados, que não ficam armazenados no computador, mas o stream fica temporariamente no cache do sistema
- ▶ Passou a ser punida a visualização de conteúdos pornográficos de menores, mesmo sem realizar download, ou qualquer transferência de ficheiros, ainda que provisoriamente.
- ▶ Intencionalidade [exposição de motivos da proposta de Lei n.º 305/XII “ (...) o acesso, com conhecimento de causa e intencionalidade, à pornografia infantil alojada em determinados sítios Internet”. Art. 20.º/1/f Convenção de Lanzarote “aceder, conscientemente, através das tecnologias de comunicação e de informação, a pornografia de menores”].
- ▶ Em termos volitivos exige-se a intencionalidade (crime intenção), ou seja, a intenção do agente, nas várias modalidades de ação, está sempre direcionada para o material pornográfico de menores, sendo esse o motivo do seu comportamento. Excluem-se assim todas as situações em que a ação resulta de imperícia, desconhecimento informático, links que direcionam para sites pornográficos, reencaminhamentos não pretendidos na internet, ou casos em que, por exemplo, a intenção de visualização é a obtenção de prova para um processo ou tem subjacente um estudo ou investigação científica.

18

Pornografia de menores

- ▶ Assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico
- ▶ A Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto passou a punir, no n.º 6, a ação de assistir ou facilitar o acesso a espetáculo pornográfico com participação de menores, presencialmente, através de sistema informático ou qualquer outro meio.
- ▶ Agente do crime apenas pode ser o maior de idade e os menores envolvidos terão que ter menos de 16 anos (a questão da idade dos menores, quando não é possível localizá-los e identificá-los, poderá ser concretizada através de exames periciais que analisam as imagens, conjugando com as regras da experiência).
- ▶ Pretendeu-se transpôr a obrigação contida no art. 21.º da Convenção de Lanzarote, com a epígrafe “Infracções penais relativas à participação de uma criança em espetáculos pornográficos” e no qual consta, nomeadamente, no n.º 1, al. c) que cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infracção penal os seguintes comportamentos dolosos: c) Assistir conscientemente a espetáculos pornográficos envolvendo a participação de crianças.
- ▶ Ampliou-se o âmbito da incriminação do n.º 1, al. a), do artigo 176.º, às situações de visionamento, presencial ou através de sistema informático (computador, telemóvel, tablet, i-pad, etc.), nomeadamente para assistir a espetáculos pornográficos em tempo real na internet), ou qualquer outro meio (DVD, etc.).
- ▶ Não só é punido aquele que assiste, como também o que permite que um terceiro assista.

19

Pornografia de menores

- ▶ Ac. STJ, Rel. Pires da Graça, processo 194/14.8TEL.SB.S1, 17.05.2017, consultado em www.dgsi.pt.
“I - A conduta do arguido que importou, partilhou e detinha com vista à partilha de 4349 ficheiros de conteúdo pornográfico de menores com idades inferiores a 16 e 14 anos de idade integra a prática pelo arguido de um único crime de pornografia de menores agravado, p. e p. pelo art. 176.º, n.º 1, als. c) e d) e art. 177.º, n.º 6 e 7, do CP, atenta a natureza do bem jurídico violado, na medida em que não é imediatamente a liberdade e autodeterminação sexual ou interesses exclusivamente pessoais que estão em causa na ilicitude em questão, mas um bem jurídico supra individual, de interesse público, de protecção e defesa da dignidade de menores, na produção de conteúdos pornográficos e divulgação ou circulação destes pela comunidade”.
- ▶ Ac. RP, Rel. Cravo Roxo, processo n.º 481/14.5JABRG.P1, 07.06.2017, consultado em www.dgsi.pt.
“Integra o crime de pornografia de menores p.p. pelo artº 176º nº 6 CP o recebimento e guarda de fotos de jovem de 14 anos de várias partes do seu corpo sem vestuário enviadas pela própria a terceiro através do Facebook, e que as reenviou a outrem que as recebeu e visualizou”.
- ▶ Ac. STJ, Rel. Gabriel Catarino, processo 53/10.3PAVFX.L2.S1, 27.04.2017, consultado em www.dgsi.pt.
“III - Integra a prática de como autor material de 1 crime pornografia de menores agravado, p. e p. pelo art. 176.º, n.º 1, al. c) e 177.º, n.º 5, do CP, na redacção da Lei 59/2007, de 04-09 e de 1 crime pornografia de menores agravado, p. e p. pelo art. 176.º, n.º 1, al. c) e 177.º, n.º 6, do CP, na redacção da Lei 59/2007, de 04-09, a conduta do arguido que tendo assumido a identidade de um indivíduo do sexo masculino com a idade de 17 anos, manteve conversas com a vítima A, à data com 14 anos de idade, levando-a a seu pedido a enviar várias fotos em roupa interior exibindo a zona da vagina, peito e ânus, tendo o arguido, enviando o arguido por seu turno à vítima fotos da zona da cintura de indivíduos em poses eróticas, que tinha importado de sites na internet e de que era detentor, na medida em que partilhava e difundia através de meios tecnológicos imagens, impressas em filmes, em que se reproduziam cenas de sexo entre menores e suportes fotográficos em que eram representados menores de 14 anos de idade desnudados e em posições sexualmente apelativas e exibicionistas.”

20

Pornografia de menores

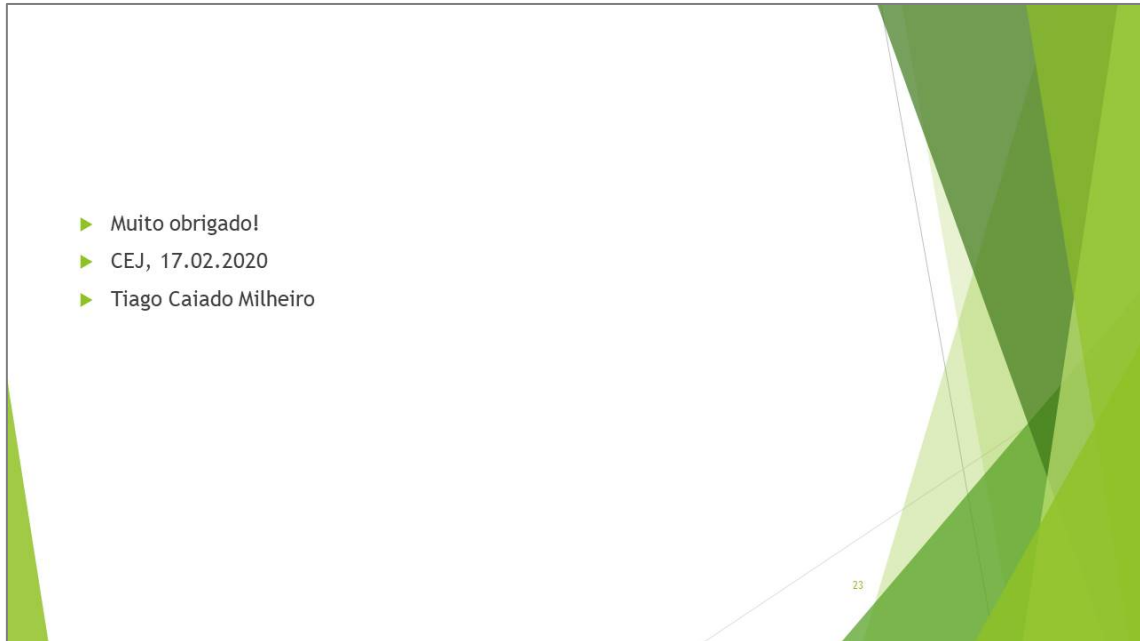
- ▶ Sabine K. Witting (Regulation bodies: the moral panic of chil sexuality in the digital era, p. 7, Critical Quarterly for Legislation and Law, Vol. 1, Nomos, 2019) alerta que se o estabelecimento de uma idade mínima para consentir em atividades sexuais visa proteger crianças de abusos de adultos, tal poderá deixar de ter razão de ser quando estão em causa atividades sexuais entre adolescentes que façam parte do seu normal desenvolvimento sexual. Esta constatação, afirma a Autora, tem motivado que alguns países excluam o procedimento criminal, caso o parceiro sexual não tenha mais de 2/3 anos de diferença de idade, considerada uma diferença que assegura decisões sexuais autónomas e informadas, inexistindo o risco de abuso de poder ou autoridade fruto de uma diferença etária.
- ▶ Se quando estão em causa menores de 14 anos é totalmente irrelevante o consentimento (presumindo-se que não tem capacidade para se autodeterminar sexualmente), nos casos, por exemplo, em que estes são maiores de 14 anos e principalmente maiores de 16 anos (idade que o legislador entende o suficiente para avaliar o sentido e alcance do ato de consentir), e o sujeito ativo também é menor de 18 anos, o ato de tirarem fotos ou fazerem filmagens de relações sexuais, consentidas, comporta uma conduta que deverá considerar-se em princípio atípica caso se mantenha no círculo íntimo abrangido pelo consentimento. Já se esse material for divulgado quebrando o pressuposto que motivou o consentimento a conduta assumirá relevância criminal.
- ▶ Directiva 2011/92/UE - Artigo 8.º, a propósito da relevância do consenso refere que é uma decisão do Estado: alude a “pares próximos de idade e grau de desenvolvimento ou maturidade psicológica e física, na medida em que tais actos não comportem abuso”, “material pornográfico”, “quando esse material for produzido e possuído com o consentimento dessas crianças e apenas para uso privado das pessoas envolvidas, na medida em que tais actos não comportem abuso”.

21

Contemporary sexual-privacy invasions

- ▶ Danielle Keats, Sexual Privacy, The Yale Law Journal:
- ▶ (1) digital voyeurism: secret audio and video recording of people at home, coat hooks, clock radios, and smoke detectors with hidden cameras. Perpetrators—often landlords, maintenance workers, roommates, and ex-intimates—place spy cameras in people’s bedrooms and bathrooms. Downloading malware (remote access Trojans or RATs) onto their laptops, which are often kept in bedrooms.
- ▶ (2) up-skirt photos, the secret recording of women’s breasts and genitals while they are in public spaces. People, usually men, surreptitiously take photographs of women up their skirts or down their blouses. Some perpetrators use shoes with hidden cameras and wrist watches with micro lenses to film.
- ▶ (3) sextortion
- ▶ (4) nonconsensual pornography. Perpetrators obtain the nude images with consent, usually in the context of an intimate relationship. The images are then distributed without consent. “revenge porn” - posting the photos and videos on hundreds of revenge-porn sites, porn sites, and adult-finder sites. Uploaded the nude images to a Facebook page called “Dog Pound,” where members of his fraternity posted videos and images of sexual “conquests.”
- ▶ (5) Deep-Fake Sex Videos Machine-learning technologies are being used to create “deep-fake” sex videos— where people’s faces and voices are inserted into real pornography

22



Vídeos da apresentação e do debate



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm3zz2/streaming.html?locale=pt>



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/igmfm403b/streaming.html?locale=pt>

Título:

Crimes sexuais

Ano de Publicação: 2021

ISBN: 978-989-9018-58-7

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt