

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

▪ Coleção Formação Contínua ▪

Crimes Sexuais

2.ª edição

Jurisdição Penal e Processual Penal

abril 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

O CEJ começou há poucos meses a disponibilizar uma nova colecção ("Colecção Temas") que reúne – tematicamente – materiais constantes das várias publicações do CEJ, em papel e digitais, de forma a permitir não só a disponibilização a todos/as termos dos textos publicados em e-books, mas também a o acesso a textos mais antigos que não se encontravam ainda em formato digital (e, portanto, menos acessíveis).

No que respeita a crimes sexuais a opção poderia ter sido reunir os textos constantes neste e-book, com os publicados na Revista do CEJ e assim fazer um novo número da Colecção Temas.

Pareceu-nos, todavia, ser mais racional e útil, aproveitar para fazer uma 2.ª edição deste "Crimes Sexuais" (da "Colecção Formação Contínua"), acrescentando-lhe os três textos sobre esta temática que constavam de antigos números da Revista do CEJ (que viram apenas actualizados os links que continham e a sua apresentação gráfica): fica garantida a unidade temática, fica cumprido o objectivo de máxima divulgação do trabalho desenvolvido no Centro de Estudos Judiciários.

Se a 1.ª edição do e-book era já uma das mais consultadas e descarregadas da página de internet do CEJ, esta 2.ª edição será ainda mais procurada!

Lisboa, Abril de 2021

(ETL)

Nota à 1.ª edição

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)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Crimes sexuais – 2.ª edição

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 Desembargador, 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

Maria João Antunes – Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias – Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação do Porto, Inspetora Judicial

Filipa Marques Maroco – Professora Universitária – Departamento de Psicologia da Universidade do Minho

Rui Abrunhosa Gonçalves – Professor Universitário – Departamento de Psicologia da Universidade do Minho

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília Perdigão – 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
30/04/2021	03/05/2021

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

- Artigos da Revista do CEJ** 83

- 5. Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores** 85

Maria João Antunes

- 6. Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro nos «crimes contra a liberdade sexual»** 91

Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias

- 1. Razões invocadas para justificar a 23.ª alteração ao Código Penal aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro. 91
- 2. O paradigma do “Direito Penal Sexual” 96

2.1. Alcance da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, na área «dos crimes contra a liberdade sexual»: inovação <i>versus</i> estagnação	101
2.2. Particularidades da reforma	104
3. Conclusão	146
7. Abuso sexual e deficiência mental	147
Filipa Marques Maroco e Rui Abrunhosa Gonçalves	
I. Resumo	147
II. Introdução	148
1. A sexualidade do indivíduo com deficiência mental	150
2. Características e dinâmicas do abuso sexual em situações de deficiência mental	153
2.1. Definição e prevalência	153
2.2. Factores de vulnerabilidade da vítima	156
2.3. Características do ofensor	158
2.4. Factores de risco ambiental e situacional	160
2.5. Modelos integrados do risco	162
3. Impacto do abuso sexual em vítimas com deficiência mental	163
4. Especificidades na avaliação forense	164
5. Respostas institucionais, prevenção e intervenção psicológica	167
6. Considerações finais	169



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

José Mouraz Lopes

C E N T R O
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 Iurídico, 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 masturbara 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 perspectiva, 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 paralisção 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).

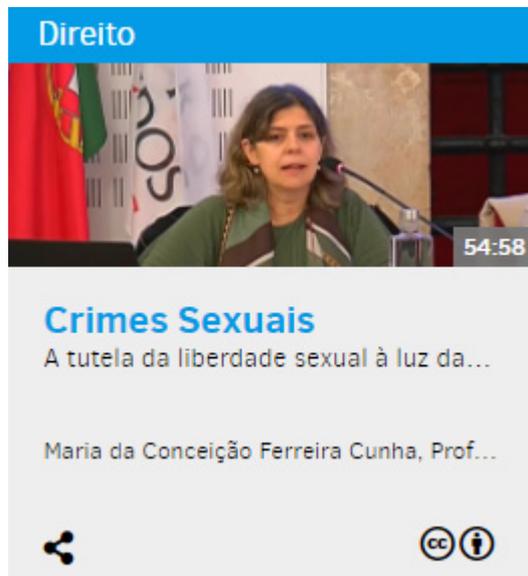
14. Por outro lado, a expressão “vontade cognoscível da vítima”, na prática, não acrescentará nada de substancial. Uma vez que estes crimes são dolosos, sempre teria (e terá) de se provar a representação e vontade do agente de atuar contra a vontade da vítima. Esta expressão (“vontade cognoscível da 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 DESPORTO ¹

Carlos Neto*

Apresentação *Power Point*
Vídeos

Apresentação *Power Point*

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

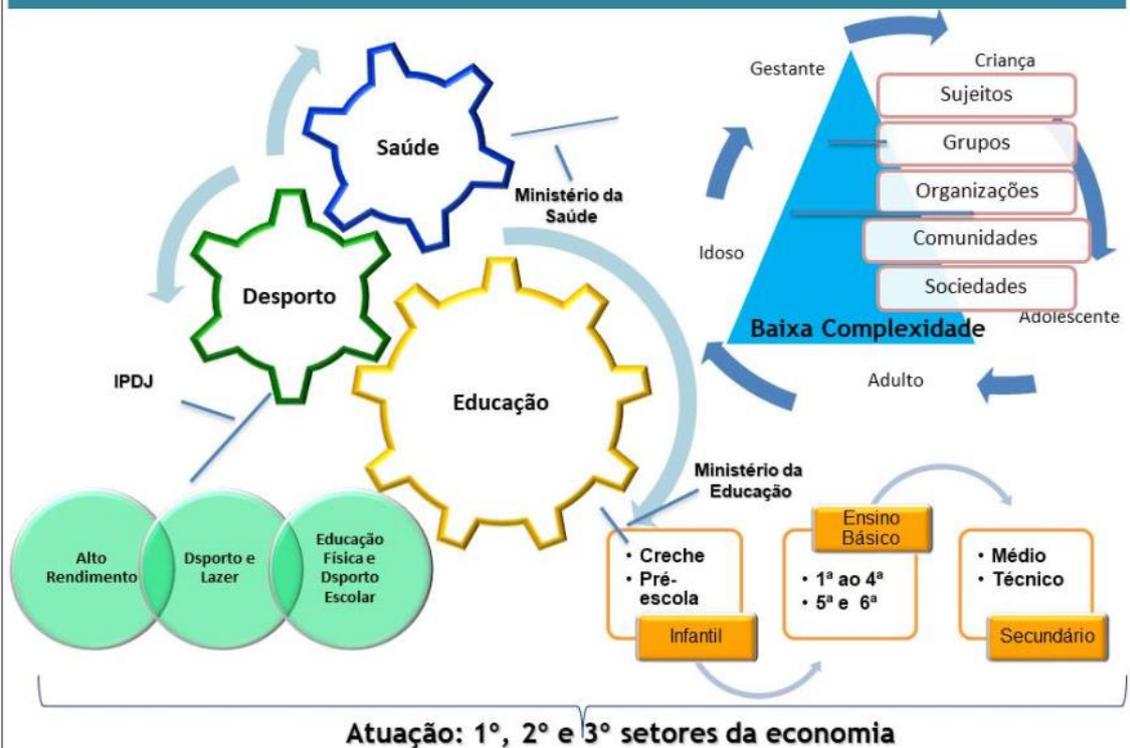
¹ Apresentação do autor efectuada na Ação de Formação do CEJ “[Crimes sexuais](#)”, a 17 de fevereiro de 2020.

* 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

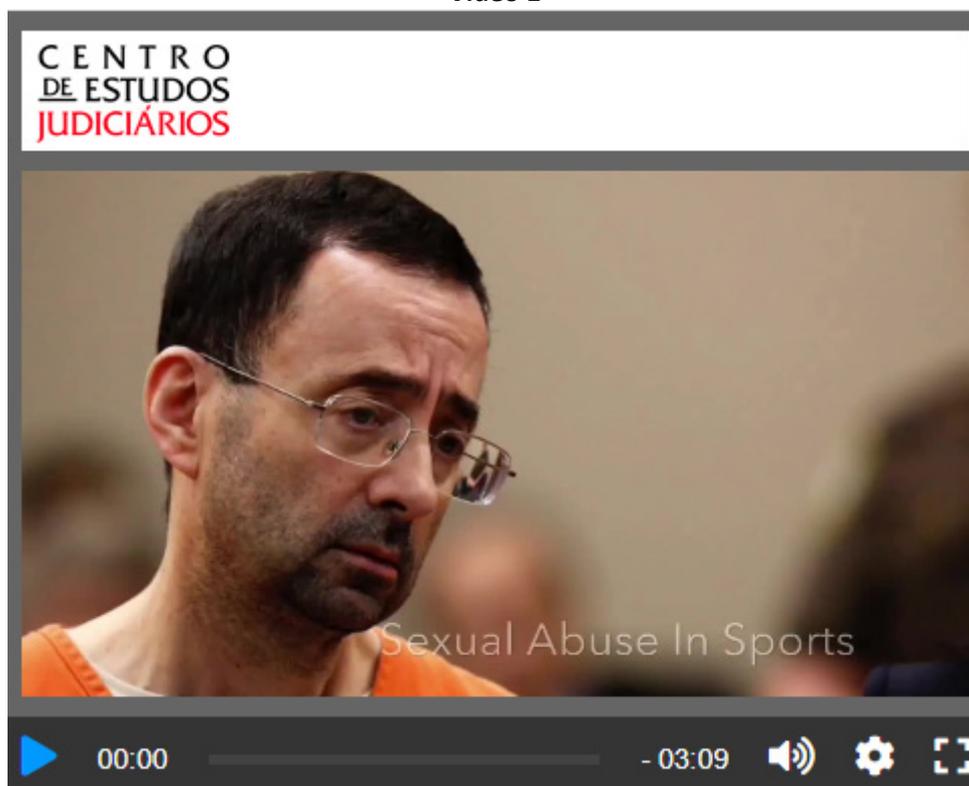


REFLEXÃO E DECISÃO JURÍDICA

- 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

↓

- 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;

Não-verbais

↓

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

Físicos

↓

- 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;



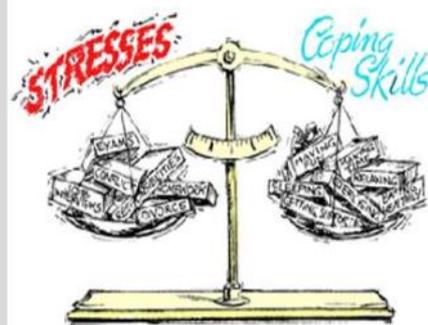
Coping

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;

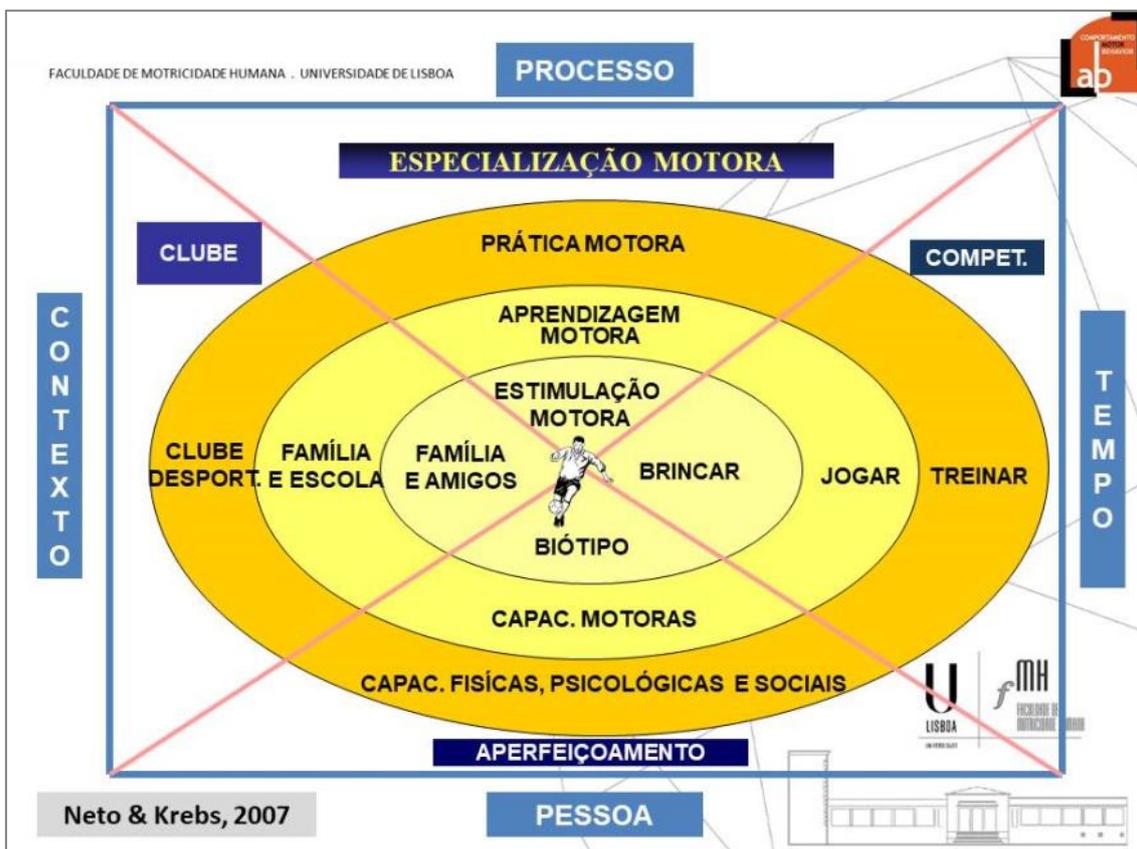
Implicações práticas

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;

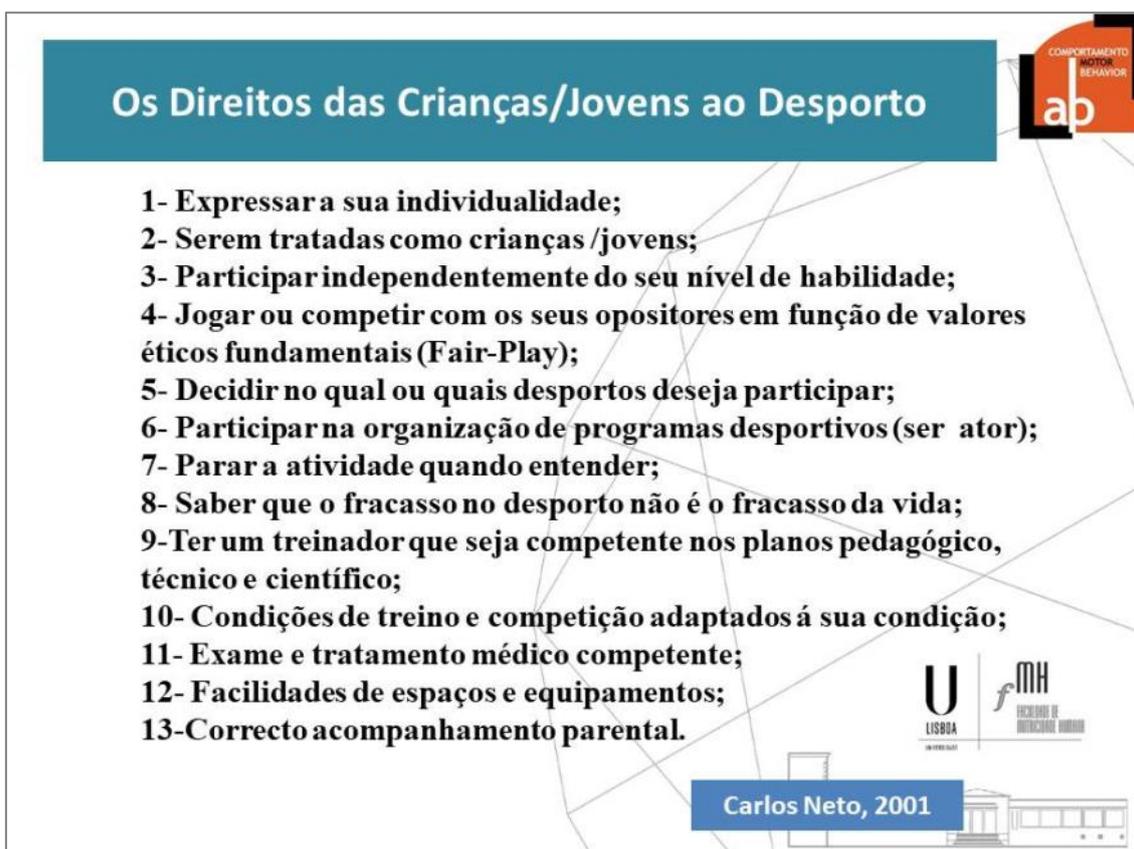
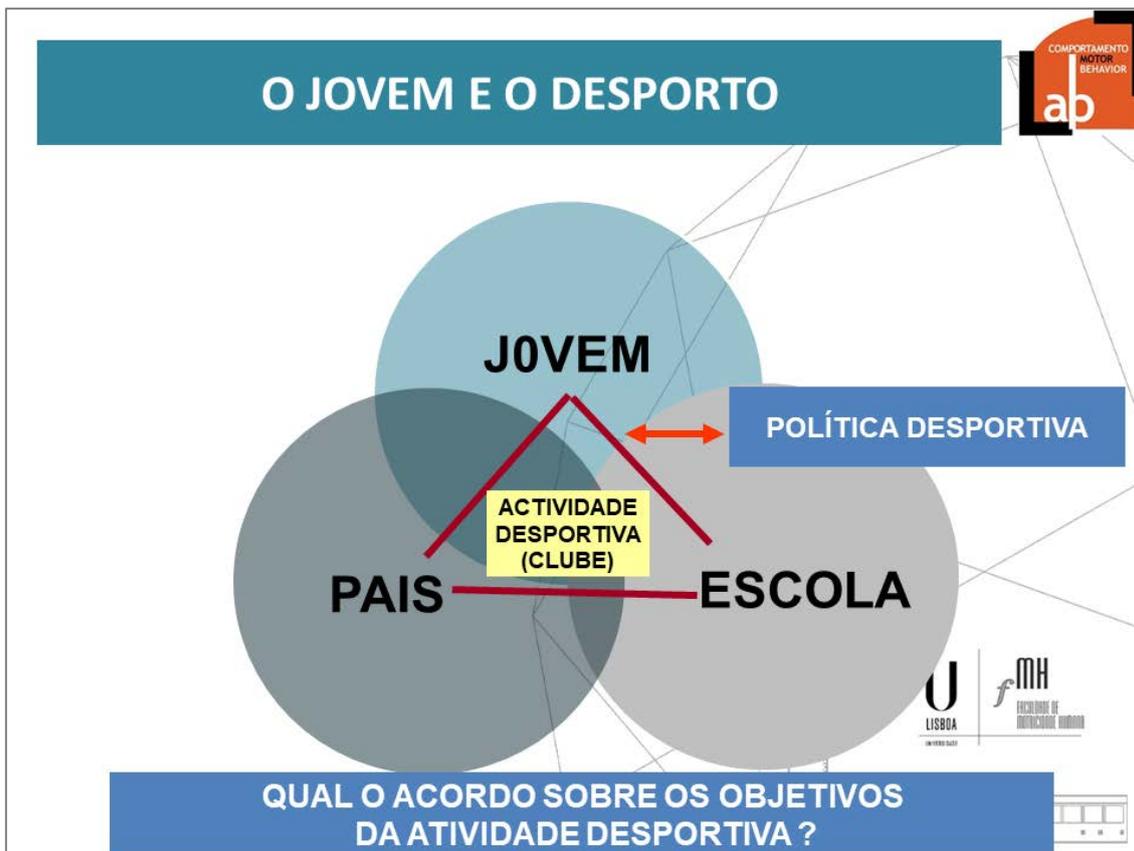






Para um Modelo de Formação Desportiva Participativo





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

Fazem 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

Vêm 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 aborlar 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

Comém que os pais reitam 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."

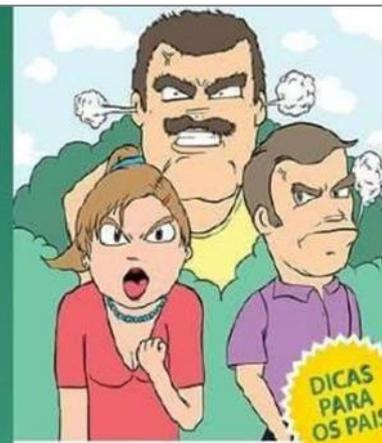
"Não me interessa quem ganha desde que me divirta... De qualquer maneira, é bom ganhar nem que seja uma vez."

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

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

Elaboração do conteúdo: "Central Coast Sport" (agosto de 2003) and "Kids Sport" - A Year After Guide for Green Kids, Dorth Butler"

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

Ministério do Desporto



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

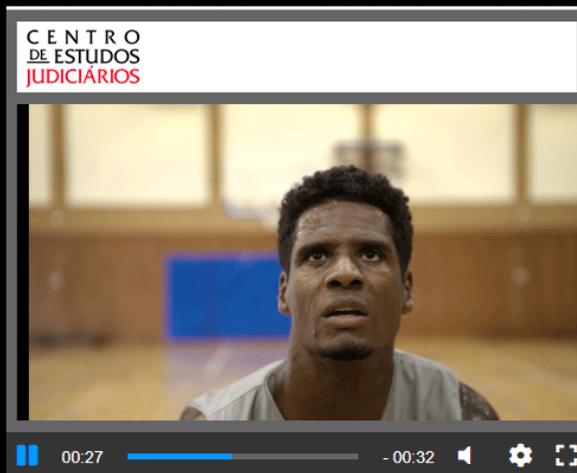
INSTITUTO PORTUGUÊS DO DESPORTO E JUVENTUDE, I.P.



<http://www.panathlonlisboa.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>

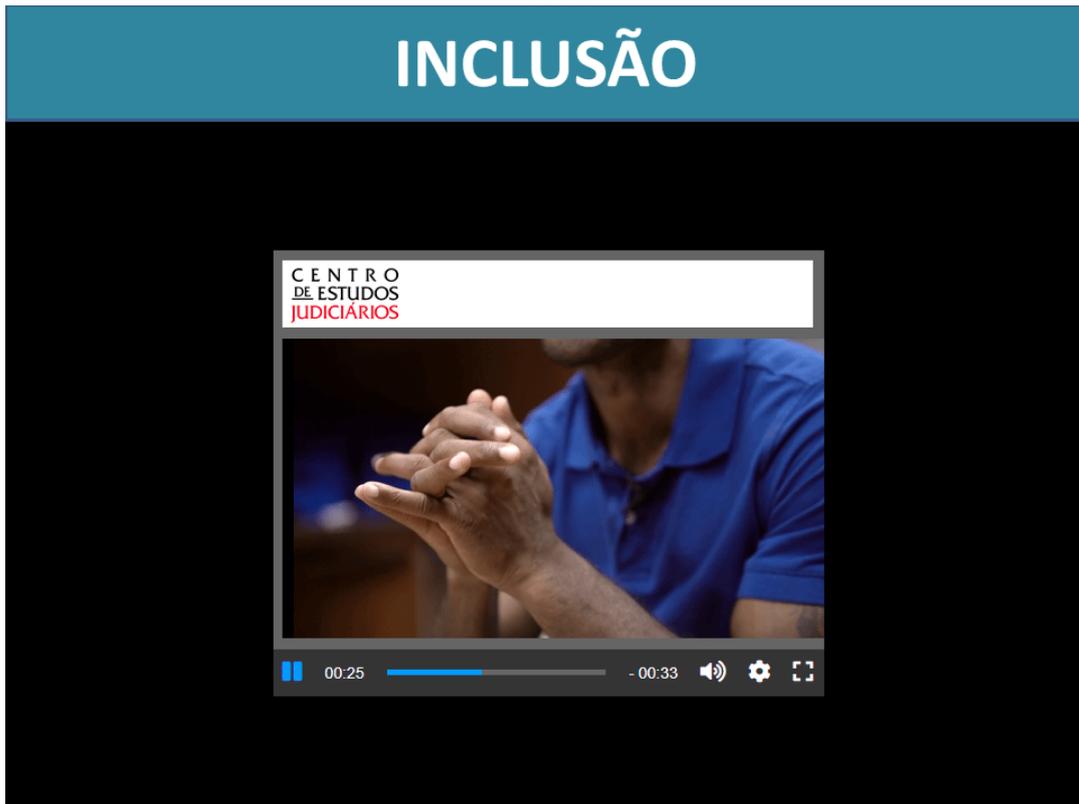
Vídeo 5

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



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

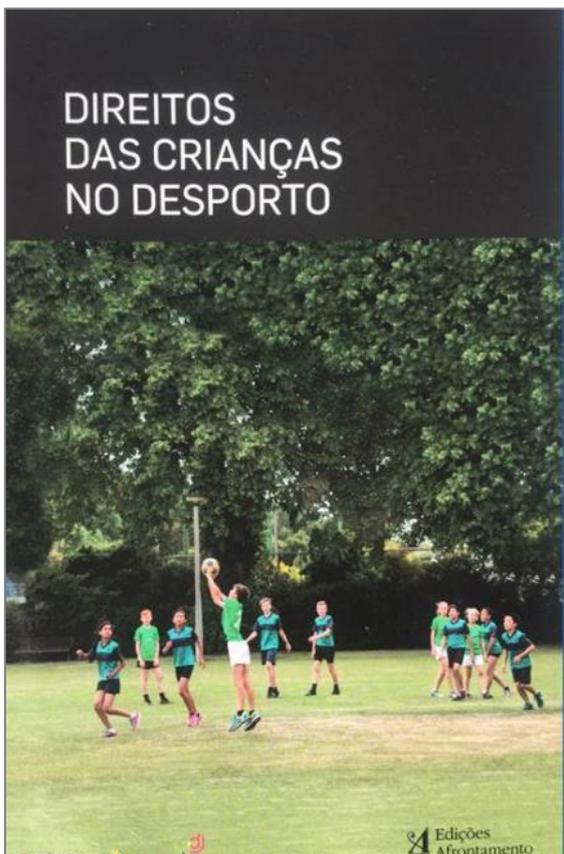
The image shows the cover of a book titled "DESPORTO, GÉNERO E SEXUALIDADE". The cover features a dark background with a silhouette of a person in a dynamic pose, overlaid with large, colorful symbols: a blue female symbol (♀), a red male symbol (♂), and a blue cross (✕). The authors' names, José Manuel Constantino and Maria Machado (Coord.s), are listed. The publisher's name, VISÃO, is at the bottom left.

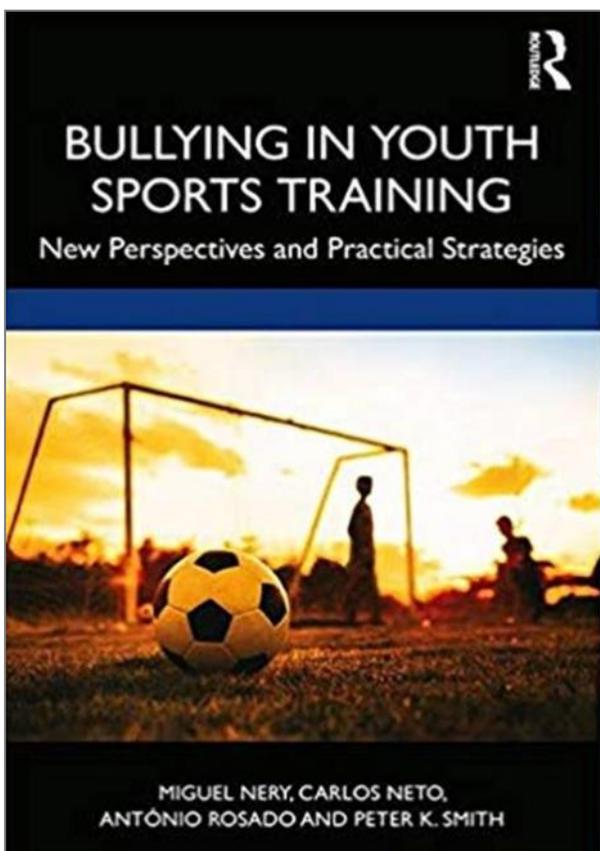
.....

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, ANTÓNIO 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



COMPORTAMENTO
SUPERIOR
BEHAVIOR
ap

Consequências?

Desistência precoce da prática desportiva

Mudança de modalidade ou clube como forma de evitar o “bullying” ou “Ciberbullying”



COMPORTAMENTO
SUPERIOR
BEHAVIOR
ap



Logos and contact information for various organizations:

- fMH** FACULDADE DE MOTRICIDADE HUMANA
- LISBOA** UNIVERSIDADE DE LISBOA
- Instituto PIAGET**
- COMPORTAMENTO MOTOR BEHAVIOR** **ab**
- Plano Nacional de Ética no Desporto**
- TU PODES FAZER A DIFERENÇA!**
- CARTÃO VERMELHO AO BULLYING**
- DESPORTO SEM bullying**
- ipdj** INSTITUTO PORTUGUÊS DO DESPORTO E JUVENTUDE, I. P.

Contact information:

- Email: cneto@fmh.ulisboa.pt
- Email: miguelnery@hotmail.com
- Web: www.miguelnery.pt
- Facebook: Desporto sem Bullying

www.desportosembullying.pt

Obrigado pela vossa atenção

MUDANÇA DE PARADIGMA?

cneto@fmh.ulisboa.pt

Vídeo 9



<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>



4. Pornografia de crianças - aspetos substantivos

Tiago Caiado Milheiro

CENTRO
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

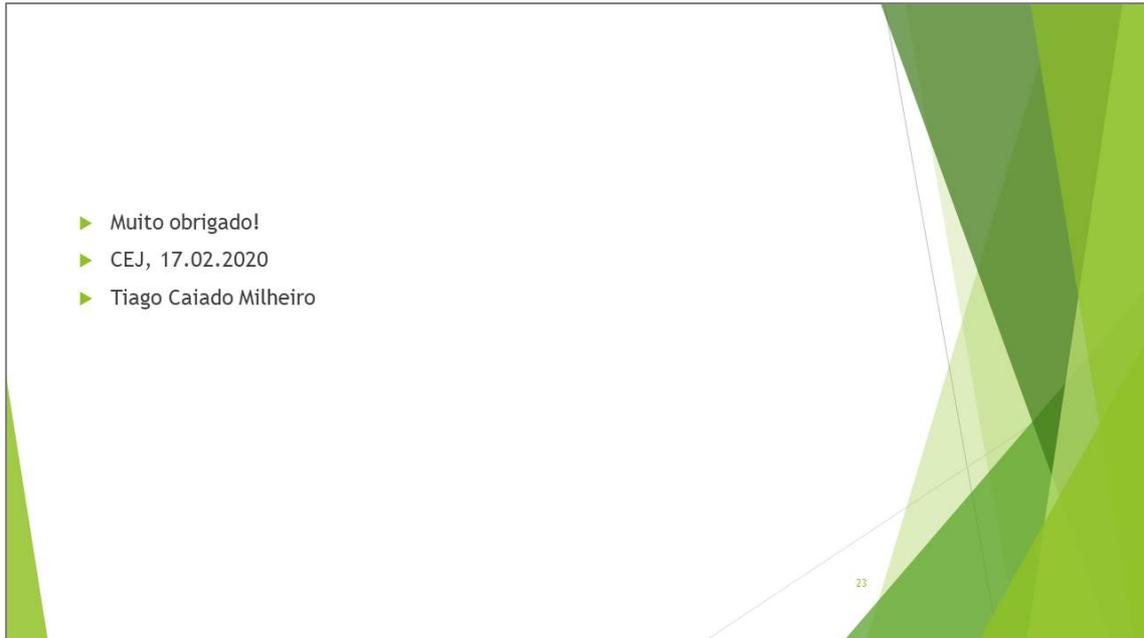
- ▶ Sabine K. Witting (Regulation bodies: the moral panic of chil sexuality in the digital era, p. 7, Critical Quarterly for Legislation and Law, Vol. 1, Nomos, 2019) alerta que se o estabelecimento de uma idade mínima para consentir em atividades sexuais visa proteger crianças de abusos de adultos, 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>

revista do
cej

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. CRIMES CONTRA A LIBERDADE E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DE MENORES*

Maria João Antunes**

Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X as alterações introduzidas são motivadas, em boa parte, por obrigações assumidas pelo Estado português ao nível europeu e internacional, o que é significativo da tendência actual para haver uma abordagem global da problemática da pornografia infantil, do tráfico e da exploração sexual de crianças. Referimo-nos ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil; ao Protocolo Adicional das Nações Unidas, relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças; à Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos; à Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; à Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos; e, ainda, à Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime.

Nas alterações da lei penal vigente há as que têm a ver, directamente, com a intenção de reforçar a tutela dos menores e as que só de forma reflexa podem ser vistas como tendo ainda a ver com o reforço da tutela de pessoas particularmente indefesas, como as crianças e os menores, desiderato expressamente invocado na Exposição de Motivos da Proposta de Lei governamental.

No primeiro grupo, destacamos as seguintes alterações:

- a) Alargamento, ao nível das regras de aplicação da lei penal no espaço, do âmbito do princípio complementar da universalidade, princípio que visa permitir a aplicação da lei penal portuguesa a factos cometidos no estrangeiro que atentam contra bens jurídicos carecidos de protecção internacional ou contra bens jurídicos que o Estado português se obrigou internacionalmente a proteger. Passam a ser vistos como factos contra os quais se deve lutar a nível mundial, entre outros, os que atentam contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores (artigo 5.º, n.º 1, alíneas c) e d));
- b) Responsabilização de pessoa colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, por crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de crianças, quando tais crimes forem cometidos em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou por quem aja sob a autoridade destas pessoas em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. Sem prejuízo da responsabilidade individual dos

* O texto que agora se publica corresponde, com pequenas alterações, ao apresentado nas Jornadas sobre a revisão do Código Penal, organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários, em Setembro de 2007.

In: Revista do CEJ. - [Lisboa], 2004-. - ISSN 1645-829X. - N.º 8 (1.º semestre 2008), p. 205-211

** Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

- respectivos agentes e sem que a responsabilização da pessoa colectiva dependa da responsabilização destes agentes (artigo 11.º);
- c) Não extinção do procedimento criminal, por efeito de prescrição, antes de o ofendido perfazer 23 anos (artigo 118.º, n.º 5);
 - d) Inserção sistemática do crime de tráfico de menores no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal. Crime que passa a estar referido a actividades de exploração sexual e do trabalho e de extracção de órgãos, bem como a actividades conexas: as que envolvam a adopção de menores mediante pagamento ou outra contrapartida; a utilização dos serviços ou órgãos da vítima; ou as que envolvam a retenção, ocultação, danificação ou destruição de documentos de identificação ou de viagem da vítima (artigo 160.º);
 - e) Eliminação do tipo legal de crime de *Actos homossexuais com adolescentes*, exigindo-se consequentemente o *abuso da inexperiência da vítima* com mais de 14 anos e menos de 16 anos de idade relativamente à prática quer de actos sexuais de relevo heterossexuais quer de actos sexuais de relevo homossexuais (artigo 173.º);
 - f) Criação do tipo legal de crime de *Recurso à prostituição de menores*, que se traduz na incriminação da prática de actos sexuais de relevo mediante pagamento ou outra contrapartida, com menor entre 14 e 18 anos de idade (artigo 174.º);
 - g) Autonomização do tipo legal de crime *Pornografia com menores*, que, para além de incriminar comportamentos que já estavam compreendidos no tipo legal de *Abuso sexual de menores*, alarga o âmbito da incriminação a comportamentos novos (artigo 176.º). É punido quem utilizar menor em espectáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim; quem utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, *independentemente do seu suporte, ou quem aliciar o menor para esse fim; quem produzir, distribuir, importar., exportar ou divulgar., a qualquer título ou por qualquer meio estes materiais pornográficos; quem adquirir ou detiver estes materiais pornográficos*, ainda que não tenha o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder; quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos com representação realista de menor; e quem adquirir ou detiver este material pornográfico com representação realista de menor, com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder.
 - h) Alargamento do âmbito de protecção dos tipos incriminadores de lenocínio e de pornografia de menores por via de alteração da idade limite da vítima. Abrangem todos os menores, não apenas menores de 16 ou de 14 anos de idade (artigos 175.º e 176.º).
 - i) Agravação de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, das penas previstas para os crimes de coacção sexual, violação, recurso à prostituição de menores, lenocínio e pornografia de menores, se a vítima for menor de 16 anos de idade (artigo 177.º, n.º 5); agravação de metade, nos seus limites mínimo e máximo, das penas previstas para os crimes de lenocínio e de pornografia de menores, se a vítima for menor de 14 anos de idade (artigo 177.º, n.º 6);
 - j) Opção pela natureza pública dos crimes contra a liberdade e a auto- determinação sexual de menores, como regra (artigo 178.º). Constitui uma excepção somente o crime de *actos sexuais com adolescentes*, salvo se dele resultar suicídio ou morte da

vítima. Mantém-se, no entanto, a possibilidade de, tendo em conta o interesse da vítima e obtida a concordância do juiz de instrução e do arguido, o Ministério Público determinar a suspensão provisória do processo, agora também prevista no n.º 7 do artigo 281.º do Código de Processo Penal, onde se acrescenta o pressuposto da ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;

- k) Previsão da pena acessória de *proibição do exercício de profissão, função ou actividade que impliquem ter menores sob a sua responsabilidade, educação, tratamento ou vigilância*, por um período de 2 a 15 anos, pela condenação por crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual (artigo 179.º).

Quanto às alterações que só de forma reflexa, ainda podem ser vistas como concretização do objectivo de *reforçar a tutela de pessoas particularmente indefesas) como as crianças e os menores* é de destacar, por exemplo, o alargamento do conceito de violação, que passa a compreender a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, havendo consequentemente uma agravação da pena aplicável, na medida em que estes actos deixam de ser meros actos sexuais de relevo (artigos 164.º e 171.º, n.º 2); e a incriminação do comportamento daquele que constranger outra pessoa a contacto de natureza sexual, no âmbito do tipo legal de *Importunação sexual*, que se repercute depois no crime de abuso sexual de crianças (artigo 171.º, n.º 3, alínea b)).

Nestas alterações cruzam-se duas tendências conflituantes de reforma da justiça penal: a tendência de desligar os crimes sexuais dos "sentimentos gerais da moralidade sexual", concebendo-os, consequentemente, não como crimes contra bens jurídicos supra-individuais, da comunidade ou do Estado, mas antes como crimes que atentam contra o bem jurídico individual da liberdade e da autodeterminação sexual; e a tendência, que os instrumentos de direito europeu e internacional referidos tendem a acolher, de haver uma tutela para além do bem jurídico individual da liberdade e da autodeterminação sexual, no que diz respeito à exploração sexual de crianças e à pornografia infantil.

A tendência de reforma que começámos por destacar – a de desligar os crimes sexuais dos "sentimentos gerais da moralidade sexual" – foi iniciada em 1982, com a versão primitiva do Código Penal; foi verdadeiramente prosseguida em 1995, quando teve lugar a revisão deste Código; e é agora aperfeiçoada em algumas das alterações introduzidas.

Mantém-se a sistematização da matéria no âmbito dos crimes contra as pessoas, autonomizando os comportamentos contra a *liberdade pessoal* – onde agora se inclui o tráfico de pessoas – e contra a *liberdade e a autodeterminação sexual*; retira-se do âmbito do crime de lenocínio de menores as modalidades de acção que se traduzam em *fomentar, favorecer* ou *facilitar* a prática de *actos sexuais* de relevo por parte de menor entre 14 e 16 anos de idade; revoga-se o tipo legal de crime de *Actos homossexuais com adolescentes*.

A outra tendência de reforma da justiça penal – uma tendência emergente que faz mesmo reacear o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (dos bons costumes) – é agora identificável, em nossa opinião, em algumas incriminações.

Nas que passam a abranger menores até aos 18 anos de idade – recurso à prostituição de menores, lenocínio de menores e pornografia de menores (artigos 174.º, 175.º e 176.º) – por não ser para nós claro que a extensão para além dos 14 ou 16 anos de idade se alicerce ainda no critério da protecção diferenciada em função de diferentes níveis de desenvolvimento da personalidade do menor no que se refere à esfera sexual; na incriminação do recurso à prostituição de menores entre 14 e 18 anos de idade, por ser para nós muito duvidoso que o objecto de tutela seja, ainda, a liberdade e a auto-determinação sexual do menor (artigo 174.º); e no tipo legal de pornografia de menores (artigo 176.º). Quer quando este tipo legal é confrontado com o bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual dos menores – as modalidades de acção directamente ligadas ao comércio de material porno-gráfico justificarão antes a criação de um tipo legal de crime autónomo, não inserido nos crimes contra as pessoas, ou até a adopção de medidas concertadas de natureza não penal; quer quando o tipo legal de Pornografia de menores é contraposto aos critérios que legitimam a intervenção penal. Referimo-nos à incriminação da mera detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos e à punição de quem produz, distribui, importa, exporta, divulga, exhibe ou cede, a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos com representação realista de menor ou de quem adquire ou detém tais materiais pornográficos com representação realista de menor, com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder.

Em Itália, onde uma Lei de 6 de Fevereiro de 2006 já procedeu à transposição da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, já foi denunciada a irracionalidade de uma incriminação que pune a detenção de materiais pornográficos que envolvam menores de 18 anos de idade, quando não é punido o acesso, mediante pagamento, a sítios de pedopornografia na Internet. Bem como já foram denunciadas dificuldades no âmbito do processo penal, que não podem ser ultrapassadas legitimando a utilização de meios de obtenção da prova para a aquisição da notícia do crime.

Já se defendeu, mesmo, que a incriminação da pedopornografia aparente ou virtual se traduz numa pura censura moral. Nela estará em causa não verdadeiramente a tutela de menores de carne e osso, mas sim a intenção de eliminar ideias, ainda que repugnantes, à custa do direito à liberdade de sujeitos de carne e osso (Giovanni Cocco). Já se denunciaram, por referência àquela Decisão-Quadro, os sintomas de uma política criminal não liberal e populista. Um discurso que é também detectável nos Estados Unidos da América, onde à defesa governamental da incriminação de comportamentos no âmbito da pornografia infantil virtual, já correspondeu mesmo, em Abril de 2002, um julgamento de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal, por invocação da liberdade de expressão.

Na discussão em torno da questão de saber se a incriminação da pedo-pornografia virtual ou aparente é legítima, nomeadamente por referência ao princípio político-criminal da necessidade da pena, tendo em conta a liberdade de expressão e a liberdade de criação artística, há os argumentos dos que defendem que: este tipo de pedopornografia incentiva e alimenta o fenómeno da pornografia infantil; os pedófilos usam o material virtual para encorajar as crianças a participar em actos sexuais; o material pornográfico virtual pode

constituir um estímulo sexual, incentivando a exploração sexual das crianças; o objectivo de eliminar o mercado da pedo- pornografia real torna necessária a proibição da pedopornografia virtual, porque esta não se distingue daquela em que se usam crianças reais, fazendo ambas parte do mesmo mercado; o avanço tecnológico torna cada vez mais difícil provar que uma imagem foi produzida usando crianças reais e perseguir os sujeitos que as utilizam, pelo que a proibição da pornografia infantil virtual impede que aqueles que detêm pedopornografia de crianças reais possam furtar-se facilmente à responsabilização criminal. E os argumentos dos que recusam: a violação de qualquer valor comunitário ao material que descreva ou represente visualmente pessoas reais com aspecto de crianças de 17 anos ou imagens realistas de crianças de 17 anos de idade não existentes, envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos; uma qualquer ligação entre o crime de pedopornografia virtual e a tutela do bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual de crianças reais; uma base racional segura para o argumento de que a punição da pornografia virtual contribuir para o êxito da luta contra a pedopornografia real; uma limitação da liberdade de expressão com fundamento no alargamento da possibilidade de ser cometido um acto ilícito num qualquer tempo futuro e indefinido, sem que se estabeleça uma relação suficientemente forte entre uma e outra; uma qualquer base científica à associação entre a pedopornografia virtual e a exploração sexual de crianças, destacando estudos no sentido de a liberalização da pornografia poder mesmo diminuir a prática de crimes sexuais.

As alterações agora introduzidas em matéria de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual reintroduzem o tema dos limites do direito penal sexual. O tema não é novo, mas sê-lo-á, certamente, a abordagem doutrinal e jurisprudencial que se vai seguir, por ser inevitável tratar tal matéria também a partir do que dispõe o n.º 4 da Constituição da República Portuguesa: «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático».

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. REPERCUSSÕES DA LEI N.º 59/2007, DE 4 DE SETEMBRO NOS «CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL»

Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias*

1. Razões invocadas para justificar a 23.ª alteração ao Código Penal aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro.
2. O paradigma do “Direito Penal Sexual”
 - 2.1. Alcance da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, na área «dos crimes contra a liberdade sexual»: inovação *versus* estagnação
 - 2.2. Particularidades da reforma:
 - a) Alargamento do conceito de “violação” e de “actos sexuais de relevo qualificados” (artigos 164.º, n.º 1-b) e n.º 2-b), 165.º, n.º 2, 166.º, n.º 2, 167.º, n.º 2, 171.º, n.º 2, 172.º n.º 1, 173.º, n.º 2 e 174.º, n.º 2, do CP);
 - b) Ampliação dos meios de execução nos crimes de coacção sexual (artigo 163.º, n.º 2 do CP), de violação (artigo 164.º, n.º 2 do CP) e de lenocínio (artigo 169.º, n.º 2 do CP) e alteração do âmbito de protecção dessas incriminações;
 - c) O crime de importunação sexual (artigo 170.º do CP);
 - d) A agravação (artigo 177.º do CP);
 - e) A queixa (artigo 178.º do CP);
 - f) As penas acessórias (artigo 179.º do CP).
3. Conclusão.

1. RAZÕES INVOCADAS PARA JUSTIFICAR A 23.ª ALTERAÇÃO AO CÓDIGO PENAL APROVADO PELO DL N.º 400/82, DE 23 DE SETEMBRO

O pretexto para a mais recente alteração ao Código Penal aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, assenta quer em obrigações comunitárias¹ e internacionais², quer em

* Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação do Porto, Inspectora Judicial.

Este texto encontra-se publicado *in*: Revista do CEJ. - [Lisboa], 2004-. - ISSN 1645-829X. - N.º 8 (1.º semestre 2008), p. 213-279

¹ Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X (DAR II Série-A n.º 10 de 18/10/2006), as obrigações *comunitárias* decorrem das:

– Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho de 29/5/2000, alterada pela Decisão-Quadro 2001/888/JAI do Conselho de 6/12/2001 (sobre reforço da protecção contra a contrafacção da moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras), publicadas no JO L 140 de 14.6.2000, p. 1 e JO L 329 de 4.12.2001, p. 3;

– Decisão-Quadro 2001/413/JAI do Conselho de 28/5/2001 (relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário). publicado no JO L 149 de 2.6.2001, pp. 1-4;

– Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho de 19/7/2002 (relativa à luta contra o tráfico de seres humanos), publicada no JO L 203 de 1.8.2002, pp. 1-4;

– Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho de 22/12/2003 (relativo à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil), publicada no JO L 13 de 20.1.2004, pp. 44-48; e,

– Decisão-Quadro 2005/667/JAI do Conselho de 12/7/2005 (destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios), publicada no JO L 255 de 30.9.2005. pp. 164-167.

² Por sua vez, as obrigações internacionais, citadas na mesma Proposta de Lei, assentam:

– No Protocolo facultativo à Convenção sobre direitos das crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil (Resolução AR n.º 16/2003, de 5/3);

recomendações nacionais³.

Mas, é essencialmente a necessidade de "dar execução a compromissos internacionais" que tem impulsionado o Estado Português e o legislador nas alterações que ultimamente tem introduzido ao Código Penal⁴.

Lamentável é que as recomendações nacionais apenas fossem ponderadas e discutidas quando já não podia ser mais adiada a execução daquelas outras obrigações internacionais.

De qualquer modo, analisando a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, podemos adiantar que, para nós, as alterações introduzidas ao Código Penal ficaram aquém das expectativas, na medida em que, no essencial, foram retomadas, sem grande renovação (atento o lapso de tempo entretanto decorrido), iniciativas legislativas anteriores⁵ à apresentada pela «Unidade de Missão para a Reforma Penal»⁶, criada em 2005.

Essa visão redutora e, em certa medida conservadora, plasmada na lei, revela-se, desde logo, no que ficou por alterar se pensarmos nas ambições legítimas que foram anunciadas, não obstante as modificações cirúrgicas que, depois de 1998, foram introduzidas no Código Penal.

Adiantemos, para já, só um exemplo, relativo às penas acessórias da "proibição de contactos", "inibição do exercício de direitos" e "proibição do exercício de actividade ou funções": teria sido mais eficaz, conhecidas as finalidades e critérios que as podem justificar (até para melhor prevenir a criminalidade e proteger as vítimas) que, em vez de se restringirem, nos moldes

-
- Na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e Protocolo Adicional relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças (Resolução AR n.º 32/2004, de 2/4);
 - No Protocolo Adicional à Convenção do Cibercrime, respeitante à criminalização de actos de natureza racista ou xenófoba, cometidos através de sistemas informáticos (assinada por Portugal em 17/3/2003);
 - No Protocolo Adicional à Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa (assinado por Portugal em 15/5/2003); e,
 - Na Convenção (n.º 197) do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos, assinada por Portugal em 16/5/2005 (Resolução AR n.º 1/2008, de 14/1).

³ As recomendações nacionais foram resumidas à seguinte descrição:

- Relatório de 12/2/2004 da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional (recomenda restrição da aplicabilidade da pena de prisão à criminalidade mais grave; a diversificação das penas não privativas de liberdade; e o reforço da liberdade condicional);
- Recomendação n.º 3-B/2004 do Provedor de Justiça (relativa ao desconto de medidas privativas da liberdade na pena de prisão); e,
- Propostas de outros organismos (CSMJ, CSMP, OA, OPC, DGSP, IRS, GPLP etc.).

⁴ Veja-se a apresentação, na Assembleia da República, da Proposta de Lei n.º 160/VII (DAR II Série A n.º 27/VII/3 de 29/1/1998), cujo processo legislativo culminou com a publicação da Lei n.º 65/98, de 2/9 (6.ª alteração ao Código Penal), dois anos depois da revisão aprovada pelo DL n.º 48/95, de 15/3.

⁵ Ver, por ex., a iniciativa do governo, quando apresentou a Proposta de Lei n.º 149/IX (DAR II Série A n.º 17/IX/3 de 20/11/2004), a qual acabou por caducar.

⁶ A Unidade de Missão para a Reforma Penal criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de Agosto (DR I Série B n.º 157 de 17/8/2005) e foi extinta pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2007 de 4 de Maio (DR I Série n.º 86 de 4/5/2007).

preconizados nos artigos 179.º e 152.º, n.ºs 4 e 6 do CP⁷, aos crimes sexuais e ao de violência doméstica, se estendesse a possibilidade da sua aplicação aos crimes contra as pessoas, dos capítulos I a V.

Ou então, ponderada a ilicitude do facto e a culpa do agente, prever a faculdade geral de, complementarmente ou mesmo em substituição da pena principal, impor regras de conduta durante um determinado período de tempo (v.g. as previstas no artigo 52.º do CP que deixariam de ser privativas da suspensão da execução da pena de prisão e agora, também, da prestação de trabalho a favor da comunidade).

O Sr. Ministro da Justiça, na Reunião Plenária de 21/2/2007⁸, aquando da apresentação da Proposta de Lei n.º 98/X⁹, afirmou estar "em causa, agora, adaptar o Código Penal às exigências dos nossos dias e do contexto europeu e internacional em que nos inserimos", apontando, de acordo com a respectiva exposição de motivos, como principais orientações:

- Em primeiro lugar "a diversificação das penas",
- Em segundo lugar "a responsabilização, de forma geral, das pessoas colectivas",
- Em terceiro lugar, "a repressão de fenómenos criminais graves que se têm perfilado como ameaças insuficientemente captadas pelos tipos legais disponíveis",
- Em quarto lugar "o reforço da tutela de pessoas indefesas" e,
- Em quinto lugar "o reforço da autoridade do Estado democrático".

Perante essas linhas orientadoras da iniciativa governativa, visando a alteração do Código Penal e, olhando para a Lei n.º 59/2007, não surpreende o consenso colhido no Parlamento, entre as diversas forças partidárias.

Uma alteração mais abrangente ao Código Penal tardava e, por isso, todos os partidos (independentemente de apenas o PS e o PSD terem participado no tão cobiçado "pacto da justiça", celebrado em 8/9/2006), apresentaram os seus projectos de lei¹⁰, contribuindo para a pretendida "actualização" do Código Penal.

E esse contributo dos grupos parlamentares decorre, também, do sentido de voto (e até das abstenções) vertido no teor do "relatório de votação na especialidade", na reunião de 11/7/2007 da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, não obstante a notada ausência de Os Verdes¹¹.

⁷ Outro exemplo, preconizado por FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal Português, Parte geral II, As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Editorial Notícias, 1993, p. 91, na área da criminalidade rodoviária, seria a elevação para determinados tipos de crime (como sucede, v.g. com o previsto no artigo 292.º do CP).

⁸ DAR I Série n.º 51/X de 22/2/2007, pp. 27 a 29.

⁹ DAR II Série-A n.º 10 de 18/10/2006, pp. 2 a 34.

¹⁰ Cfr. Projectos de Lei n.º 211/X (apresentado pelo PS), n.º 219/X (apresentado pelo PEV), n.º 236/X (apresentado pelo PSD), n.º 239/X (apresentado pelo PSD), n.º 349/X (apresentado pelo PEV), n.º 352/X (apresentado pelo CDS) e n.º 353/X (apresentado pelo BE), publicados respectivamente no DAR II Série A n.º 88 de 23/2/2006, pp. 4-9, n.º 93 de 11/3/2006, pp. 12 e 13, n.º 100 de 6/4/2006, pp. 2-13 e 43-46, n.º 44 de 16/2/2007, pp. 6 e 7 e n.º 45 de 17/2/2007, pp. 3-30.

¹¹ DAR II Série A n.º 109 de 12/7/2007.

Claro que, quando as "inovações" já foram assimiladas (interiorizadas) no contexto europeu, torna-se mais fácil obter consensos, principalmente quando não se ultrapassa aquele mínimo aceitável que, por isso mesmo, não merece censura, nem gera polémica.

Apesar da tendência de as alterações tardias, logo que publicadas, se tornarem desactualizadas ou até mesmo insatisfatórias, a verdade é que, também, não se pode deixar de aplaudir o despertar do legislador nacional (ainda que sob impulso do direito internacional) para as novas realidades e fenómenos com que a sociedade se vai confrontando, fruto até da própria evolução e da tão apelativa globalização, umas vezes com repercussões positivas e outras ainda negativas.

Assim, se por um lado assistimos à adesão a opções político-criminais que revelam a apologia da liberdade, numa visão maximalista, sempre centrada na protecção da sociedade, na mais elevada salvaguarda dos direitos fundamentais, preservando a dignidade humana, procurando alcançar a efectiva igualdade de oportunidades e viabilizar todas as condições para a livre realização de cada pessoa, por outro lado, as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007 reflectem uma abordagem demasiado económica e minimalista em relação aos seus objectivos, como iremos ver, concretamente no que se reporta ao capítulo "dos crimes contra a liberdade sexual" (secção I do capítulo V do título I do Livro II do Código Penal).

É certo que, no ponto 1 da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 98/X é mencionado que, não obstante as alterações introduzidas, se mantém "incólume, no essencial, o sistema do Código Penal de 1995".

O que se compreende uma vez que, a nível da estrutura/sistematização do Código Penal, praticamente desde as alterações introduzidas em 1995 e 1998, não se justificavam modificações de fundo, a não ser na deslocação de alguns tipos legais inadequadamente inseridos em capítulos ou secções que não são as mais apropriadas, olhando ao bem jurídico protegido com a respectiva incriminação.

Também não é de admirar o consenso obtido na criação de alguns dos novos tipos penais, dadas as lacunas que se foram observando, nomeadamente através de acontecimentos com repercussão pública (publicitados nos media), que foram surpreendendo a sociedade portuguesa.

O mesmo se passa quanto à responsabilidade penal das pessoas colectivas (ainda restrito a determinados crimes), cujo regime geral, não obstante as diferentes posições doutrinárias, mereceu enquadramento particular no próprio Código Penal.

Igual convergência de vontades é notada a nível das consequências jurídicas do crime, quanto à diversificação de reacções penais, com conseqüente alargamento do leque de "alternativas" à pena de prisão, para a prevenção da pequena e média criminalidade, assim melhor concretizando e viabilizando, a execução, na prática judiciária, do princípio da preferência pelas reacções não detentivas, já consignado, desde 1995, no artigo 70.º do CP. Obviamente que também não merece divergência a necessidade permanente de uma tutela eficaz da

liberdade, em qualquer das suas vertentes ou manifestações, o que pressupõe capacidade de reacção/resposta contra todas as formas de violência e de acções/meios equiparados (por afectarem o processo de formação da vontade, a liberdade de decisão e a liberdade de execução), sempre com o objectivo de assegurar ao máximo a livre realização e desenvolvimento de cada um, assim se protegendo, de forma acrescida e reforçada, todas as pessoas e, de forma particular, as mais vulneráveis.

Estas quatro linhas de força (não abordando aqui a meta governativa do "reforço da autoridade do Estado democrático") essenciais que orientaram a Proposta de Lei n.º 98/X (com a subsequente publicação da Lei n.º 59/2007, embora com algumas alterações), são as que mais se podem repercutir na área dos crimes contra as pessoas (e, portanto, também, nos crimes contra a liberdade sexual, sobre os quais nos iremos debruçar).

Intervenção penal que, todavia, apenas se mostra justificada (à medida que a sociedade vai evoluindo) quando proporciona uma renovada garantia das condições essenciais à livre e pacífica convivência humana, numa visão aberta, liberal, solidária e tolerante.

Esta dimensão garantística, própria de um Estado de direito social e democrático, vai permitir a satisfação das necessidades vitais dos cidadãos, contribuindo para um elevado bem-estar, onde são assegurados e promovidos os direitos fundamentais que caracterizam as sociedades modernas pluralistas.

O que tudo tem de ser visto de acordo com a «ordem de valores jurídico-constitucionais» do Estado, sempre tendo presente que "o homem e os seus direitos fundamentais são o ponto de partida de todo o direito"¹² e que a legitimidade da intervenção penal (quando houver lesão ou perigo de lesão para bens jurídicos claramente individualizados e definidos) termina quando a protecção de bens jurídicos (a sua lesão ou perigo de lesão) pode ser alcançada por meios não penais.

Mesmo perante a opinião pública, que se manifesta por uma maior ou menor sensibilidade social em relação a determinados crimes (sensibilidade essa muitas vezes manipulada por interesses particulares e económicos), o Estado tem de saber reagir, não confundindo, nem substituindo a sua tarefa essencial de execução de políticas sociais pela criminalização excessiva.

Daí que, perante a revelação de novas formas (intensas, graves e intoleráveis) de agressão aos bens jurídicos (que sempre terão de estar "ao serviço do livre desenvolvimento do indivíduo"¹³), incumba ao legislador intervir para criar as condições necessárias que assegurem e promovam a livre realização de cada cidadão na comunidade.

¹² EDUARDO CORREIA, "As grandes linhas da Reforma Penal", in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, fase I, Lisboa: CEJ, 1983, p. 32.

¹³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*, vol. I (trad. da 2.ª ed. de *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1994, tradução e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal), reimp., Madrid: Editorial Civitas, 2000, p. 517.

E, para fortalecer a defesa dos bens jurídicos violados, há que paralelamente encarar o direito penal como última *ratio* da política criminal do Estado.

O que significa que, na busca da melhor técnica de intervenção penal, há que fazer apelo aos critérios da «dignidade penal» e da «necessidade ou carência de tutela penal», sempre complementados com o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

O carácter subsidiário ou fragmentário do direito penal foi também (como não podia deixar de ser) um dos axiomas de que o governo (através da "Unidade de Missão") partiu, conforme realçou no ponto 2 da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 98/X.

Assim, perante os anunciados objectivos e face ao âmbito circunscrito da Lei n.º 59/2007, vejamos o alcance das alterações publicadas, partindo do paradigma que deve orientar qualquer intervenção na área dos crimes sexuais, concretamente no que respeita aos crimes sobre os quais nos vamos debruçar.

2. O PARADIGMA DO "DIREITO PENAL SEXUAL"

O paradigma de o direito penal sexual «reduzir-se ao mínimo indispensável», traduz a necessidade de garantir as condições mínimas e básicas para a promoção da auto-realização de cada pessoa na sociedade¹⁴, o que inclui, também, a realização na vertente sexual.

Direito penal que deve promover e garantir (não limitar) a liberdade de expressão sexual, de quem é capaz e de quem é incapaz de se autodeterminar sexualmente.

É que o exercício da liberdade sexual pressupõe e depende antes de tudo da plena capacidade de autodeterminação sexual.

Para alcançar tal objectivo numa sociedade pluralista, há que partir de critérios de tolerância com vista a «conseguir a maior liberdade possível para a pessoa e reduzir ao mínimo toda a sua limitação»¹⁵, o que implica que a sua meta é, nesta área, proteger, de forma fragmentária, o bem jurídico pessoal da liberdade e da autodeterminação sexual, apenas dos ataques mais graves, intoleráveis e perigosos.

A partir da entrada em vigor do CP na versão de 1982, o legislador português aderiu a uma concepção positiva da sexualidade, mas foi mais concretamente após as alterações introduzidas em 1995 e em 1998, que esta nova atitude se tornou mais visível e clara, sendo o resultado da preocupação de adaptação aos postulados do direito penal contemporâneo, com

¹⁴ DIEZ RIPOLLÈS, José Luis, *El Derecho Penal Ante El Sexo (límites, critérios de concreción y contenido del Derecho Penal Sexual)*, Barcelona: BOSCH, 1981, pp. 38, 39. Mais à frente (ob. cit., p. 98), acrescenta que «a sociedade pluralista há-de adoptar uma atitude neutra perante a conduta sexual no seu conjunto, já que, dadas as suas aspirações e propósitos político-criminais, não precisa de promover uma determinada orientação global para preservar a sua existência».

¹⁵ DIEZ RIPOLLÈS, ob. cit., p. 31.

reforço, progressivo, do cariz liberal, tolerante e pluralista que deve nortear qualquer intervenção nesta área dos crimes sexuais.

Esta mudança positiva fez-se sentir a vários níveis, sendo determinante a assumida defesa de que a intervenção penal apenas deve assegurar, nesta área, a função de tutela do bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual, o que se prende com a ideia de que toda a pessoa maior e capaz tem o direito de «exercer a actividade sexual em liberdade»¹⁶.

A partir da revisão do CP aprovada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, foi modificada a inserção sistemática dos crimes sexuais, o desenho típico das singulares incriminações, sendo melhoradas as técnicas de intervenção, apresentando cada tipo legal uma nova configuração, por forma a melhor garantir, na sua descrição, a protecção do bem pessoal digno da tutela.

A exigência da clara definição do bem jurídico a proteger nos crimes sexuais, leva a conceber a liberdade e a autodeterminação da expressão sexual, como um dos vectores em que se analisa a liberdade da pessoa humana, enquanto concretização da «liberdade geral de acção» ou do «direito ao livre desenvolvimento da personalidade», sempre liberdades e direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos¹⁷, que se fundam no valor supremo da dignidade humana.

Quando condutas «sexualmente incorrectas» ocorrem, de forma consentida, na esfera privada, entre maiores, no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação, não é posta em causa a estabilidade da sociedade, ainda que sejam violadas normas sociais.

Mas também quando de forma consensual (entre maiores) acontecem no «domínio público» não podem gerar a necessidade de intervenção penal a não ser que colidam com o *núcleo essencial* da liberdade sexual de alguma pessoa.

Atenta a natureza do bem jurídico em causa, apenas o respectivo portador individual (isto é, o portador concreto) – no pleno gozo da sua capacidade de autodeterminação – pode dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la, mesmo que de forma «irracional», quando, com quem e como quiser, mas sempre sem prejuízo dos direitos de terceiros.

É à pessoa que, em exclusividade, está reservado o direito de dispor da sua sexualidade, o que mais não é do que a expressão da concreta autonomia pessoal.

Assim, o exercício da liberdade sexual de cada um apenas é limitado quando colide com «direito de idêntico conteúdo» de outro indivíduo¹⁸. A liberdade sexual – quer na sua

¹⁶ ORTS BERENQUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Valência: Tirant lo blanch, 1995, p. 24.

¹⁷ A este propósito, COSTA ANDRADE, Manuel, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 155, refere-se ao «efeito-de-irradiação e ao consequente efeito-recíproco que (...) a nova compreensão jurídico-constitucional empresta aos direitos fundamentais em geral».

¹⁸ SUAREZ RODRÍGUEZ, Carlos. *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Navarra: Aranzadi editorial, 1995, p. 50, defende que "o direito a se conduzir sexualmente em liberdade, núcleo essencial da liberdade sexual, constitui o objecto de protecção jurídica nos crimes sexuais. Este direito

dimensão negativa (nas palavras de Costa Andrade significando «resistir a imposições não queridas»), quer na sua dimensão positiva (no dizer do mesmo Autor expressando-se «pelo comprometimento livre e autêntico em formas de comunicação intersubjectiva») ¹⁹ – é assim o único e específico bem jurídico que importa proteger e promover.

Dimensão negativa que podemos traduzir genericamente como a liberdade de não suportar condutas que agridam ou constroem a esfera sexual da pessoa e dimensão positiva como liberdade de interagir sexualmente sem restrições.

Estas duas vias de análise da liberdade sexual, são complementares e essenciais na concretização e na definição do bem jurídico tipicamente protegido ²⁰, que desta forma ganhou autonomia no confronto com outros bens jurídicos de índole pessoal.

Porém, são «razões de técnica de tutela – como diz Costa Andrade ²¹ – que explicam que o direito penal intervenha, por princípio, na primeira das dimensões assinaladas».

Isto é, protege-se penalmente em princípio a dimensão negativa – porque mais carecida de protecção –, mas o legislador deve ter o cuidado de, ao maximizar a tutela do bem jurídico por essa via (negativa), não acabar por limitar ou restringir de forma excessiva a liberdade sexual na sua dimensão positiva ²².

Aliás, a defesa da vertente positiva também é assegurada, designadamente quando se procede à descriminalização de condutas que não ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, na medida em que, por essa via, se está a maximizar a liberdade de expressão sexual da pessoa.

Convirá, também, acrescentar que esta opção de técnica de tutela está, de resto, de acordo com a natureza fragmentária do direito penal, como é salientado por Maurach e Schröder ²³ quando, sobre os crimes sexuais, escrevem «aquí só é protegida a liberdade face a acções sexuais e não já – o que seria perfeitamente pensável e caberia naturalmente no quadro de um programa de tutela global da autodeterminação sexual – a liberdade para acções sexuais».

A opção político-criminal adoptada em 1995 (mantida após as alterações introduzidas pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro e pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto), levou a que o capítulo «dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual» fosse dividido por 3 secções, respectivamente com as epígrafes de «crimes contra a liberdade sexual», de «crimes contra a autodeterminação sexual» e de «disposições comuns».

compreende a faculdade de comportar-se na esfera sexual de uma maneira espontânea e autónoma, isenta de ingerências indesejadas. O direito de um indivíduo em conduzir-se sexualmente em liberdade só se vê limitado por um direito de idêntico conteúdo que possua outro indivíduo".

¹⁹ COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, P. 395.

²⁰ Neste Sentido, COSTA ANDRADE, ob. ult. cit., pp. 496-497.

²¹ COSTA ANDRADE, ob. ult. cit., p. 395.

²² *Ibidem*.

²³ Apud. COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, uma perspectiva jurídico-criminal*, p. 104.

A subdivisão entre a primeira e a segunda secções, efectuada com a acrescida intenção de melhor exprimir uma clara individualização do único bem jurídico-penal em jogo neste capítulo, pode gerar a ideia de que são distintos os bens jurídico-criminais que se protegem, consoante a vítima é um maior ou um menor.

Mas, a verdade é que não foi essa a intenção do legislador, como realça Figueiredo Dias, quando assinala que, a razão da distinção, é a de proteger, na primeira secção «a liberdade {e/ou autodeterminação} sexual de todas as pessoas, sem fazer acepção da idade», protecção essa que se estende, na segunda secção, de forma particular, aos menores, por forma a aqui abranger aquelas situações em «que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade»²⁴.

E, porque "a função do direito penal é protectora e defensiva – não deve ter intentos pedagógicos"²⁵, desde 1995 que o legislador tem caminhado no sentido da «neutralização», isto é, de não impor regras de conduta sexual, nem privilegiar qualquer orientação sexual²⁶.

No capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, o crime de violação (artigo 164.º do CP) aparece, quer na versão revista pelo DL n.º 48/95, quer na versão da Lei n.º 65/98, como uma especialização do crime de coacção sexual (artigo 163.º do CP)²⁷, existindo um concurso aparente entre as duas normas.

O bem jurídico protegido é o mesmo, ou seja, a liberdade da pessoa escolher o seu companheiro ou parceiro sexual e de dispor livremente do seu corpo.

A especialização consiste na circunstância do núcleo da conduta típica do crime de violação ser marcado por particulares actos sexuais, considerados os mais graves, cujo relevo é determinado e representa a mais importante limitação da liberdade sexual da vítima.

O alargamento do resultado da acção (ao lado da cópula e do coito anal aparece o coito oral) introduzido pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, foi pelo mesmo diploma estendido, entre outros, aos tipos previstos nos artigos 165.º (abuso sexual de pessoa incapaz de resistência), 166.º (abuso sexual de pessoa internada) e 167.º (fraude sexual) do Código Penal.

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 442.

²⁵ RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 378.

²⁶ Sobre a neutralidade nesta área do direito, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 388. Com esta Lei n.º 59/2007 foi dado mais um passo nesse sentido quando, simultaneamente, o legislador revogou o anterior artigo 175.º do CP e modificou o tipo agora previsto no artigo 173.º (actos sexuais com adolescentes) do mesmo código (e isto, independentemente de se poder continuar a discutir a *ratio legis* dessa incriminação prevista no artigo 173.º, atento o seu conteúdo típico).

²⁷ Ambos os crimes (violação e coacção sexual), supõem a lesão do bem jurídico da liberdade sexual mediante coacção. Atente-se, ainda, na aproximação da redacção dos mencionados artigos 163.º e 164.º após a alteração introduzida pela cit. Lei n.º 65/98.

A mesma Lei n.º 65/98 ampliou a área de tutela típica dos crimes de coacção sexual e de violação, através da alteração da sua configuração, prevendo novas formas ou meios de constrangimento da liberdade sexual (cf. n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º), desse modo alargando o seu âmbito de aplicação.

Também, nessa mesma altura, foi ampliado o âmbito das incriminações previstas nos artigos 169.º (tráfico de pessoas) e 170.º (lenocínio) do CP, o qual voltou a ser alargado com a publicação da Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto, quanto ao meio de execução, que de forma abreviada, designaremos do "abuso de autoridade", meio este que, na anterior reforma (1998), havia sido introduzido apenas relativamente aos crimes de coacção sexual e de violação.

Todas essas alterações visaram conferir uma protecção acrescida e, também mais eficaz, do bem jurídico-penal da liberdade e autodeterminação sexual e, ao mesmo tempo, intensificar a tutela das pessoas mais vulneráveis. Com a Lei n.º 59/2007 (cujo artigo 3.º, n.º 2 eliminou a secção III, relativa às disposições comuns, de acordo com a citada Proposta de Lei do Governo) o capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual passou a ser constituído apenas pelas duas primeiras secções, sendo os preceitos da anterior secção III incluídos na secção II.

Trata-se de uma mudança que em termos práticos é inócua, que até nem faz grande sentido, uma vez que os preceitos em questão (hoje artigos 177.º a 179.º, que passaram a fazer parte da secção II, são disposições comuns também à secção I.

Era uma arrumação lógica adoptada pelo legislador de 1995 e que, agora, sem qualquer vantagem, não foi mantida.

Nesse aspecto, a alteração da ordenação sistemática só faria sentido se não houvesse a subdivisão em secções do capítulo relativo aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

O que seria até mais adequado uma vez que na própria secção I estão também incluídos crimes que visam proteger especificamente a "livre determinação sexual da pessoa" e a "independência sexual do internado" (como é o caso das incriminações previstas respectivamente nos artigos 165.º e 166.º).

Feito este reparo, vamos então analisar as repercussões das alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2007 nos designados "crimes contra a liberdade sexual".

2.1. Alcance da lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, na área «dos crimes contra a liberdade sexual»: inovação *versus* estagnação

Quanto à Parte Geral do Código Penal, as alterações introduzidas que assumem maior relevo na área "dos crimes contra a liberdade sexual", são essencialmente:

- (I) *A nível da responsabilidade penal das pessoas colectivas* (excepto Estado, pessoas colectivas de direito público, organizações internacionais de direito público – cf. artigo 11.º, n.º 2²⁸), *embora estando em causa vítimas adultas, restritos aos crimes de «Procriação Artificial Não Consentida» (artigo 168.º) e de «Lenocínio» (artigo 169.º), desde que verificados determinados pressupostos (crime cometido em nome e no interesse da pessoa colectiva, por pessoa que nela ocupe uma posição de liderança ou que aja sob a sua autoridade em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem);*
- (II) *A nível do crime continuado* (artigo 30.º, n.º 3): consignando-se o que já vinha sendo defendido por grande parte da jurisprudência (seguindo o pensamento de Eduardo Correia²⁹) no sentido de não se aplicar o seu regime (obviamente desde que preenchidos os seus pressupostos³⁰) a crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima;
- (III) *A nível da previsão de novas medidas substitutivas* (mesmo em sentido impróprio) *da pena de prisão* (artigos 43.º, n.º 3 e 44.º) e do alargamento do âmbito de aplicação das já existentes (artigos 43.º, n.º 1, 45.º, 46.º, 50.º, 53.º, n.º 3, 58.º e 60.º), quanto à responsabilidade criminal de pessoas singulares: o que pode contribuir para uma melhor reinserção dos condenados.

Por sua vez, na *Parte Especial* do Código Penal, as alterações mais significativas introduzidas nesta área (no que concerne apenas aos crimes contra a liberdade sexual), traduzem-se:

²⁸ Serão do Código Penal os preceitos que viermos a indicar sem menção especial.

²⁹ EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal, I Unidade e Pluralidade de Infracções, II Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 256. Na jurisprudência, entre outros, ver Acórdãos do STJ de 17/3/2004 (relatado por Henriques Gaspar), proferido no proc. n.º 04P140 e de 13/9/2007 (relatado por Simas Santos), proferido no proc. n.º 07P2795, ambos consultados no site do ITIJ – Bases Jurídico-Documentais (www.dgsi.pt).

³⁰ Relembremos, resumidamente, que o crime continuado (artigo 30.º, n.º 2 do CP) – pressupondo uma pluralidade de resoluções tomadas – encontra o seu fundamento na considerável diminuição da culpa do agente, devido ao carácter exógeno da conduta que lhe cria uma especial solitação para o crime. Terá de existir uma qualquer relação que de fora e de maneira considerável facilite a repetição da actividade criminosa, que torne cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito – assim, Eduardo Correia, *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias)*, II vol. Coimbra: Almedina, 1968, pp. 208-219. Exige-se. 1.º – a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos que protejam fundamentalmente o mesmo bem jurídico; 2.º – homogeneidade na forma de execução do comportamento total e um mínimo de conexão espacial e temporal entre os vários actos; 3.º – persistência de uma situação exterior que facilite a repetição do crime e que torne menos censurável a sua conduta; 4.º – e um dolo continuado (resolução que se renova). A este propósito, ver também a Directiva da PGR de 9/1/2008, sobre a Lei n.º 59/2007, de 4/9, publicada no site www.pgr.pt.

- (I) *No alargamento do conceito de "violação" previsto no artigo 164.º (o tipo objectivo de ilícito foi ampliado quanto ao conteúdo da acção, com a previsão adicional do acto qualificado de "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos");*
- (II) *No conseqüente alargamento dos "actos sexuais de relevo qualificados" nos crimes previstos nos artigos 165.º, n.º 2 (abuso sexual de pessoa incapaz de resistência), 166.º n.º 2 (abuso sexual de pessoa internada) e 167.º n.º 2 (fraude sexual), sendo esta a única alteração que foi introduzida a estes três tipos penais;*
- (III) *Na ampliação dos meios de execução nos tipos previstos nos artigos 163.º, n.º 2 (coacção sexual), 164.º, n.º 2 (violação) e 169.º, n.º 2-c) (lenocínio) e alteração do âmbito de protecção dessas incriminações;*
- (IV) *Na transferência do crime de tráfico de pessoas (anterior artigo 169.º), que apresenta nova configuração, para o capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal (actual artigo 160.º);*
- (V) *Na modificação do crime de lenocínio (artigo 169.º), v.g. através da eliminação da anterior referência à "prática de actos sexuais de relevo" (cfr. anterior n.º 1 do artigo 170.º);*
- (VI) *Na criação de novo tipo legal designado de "importunação sexual" (artigo 170.º), no qual se inclui o (anterior) crime de "actos exibicionistas" (artigo 171.º), que perde autonomia;*
- (VII) *Na eliminação da secção III, embora sem reflexos práticos, uma vez que os preceitos que dela faziam parte (artigos 177.º a 179.º) foram incluídos na secção II, não obstante continuarem a ser disposições comuns às duas secções que agora compõem o capítulo "dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual" (tratando-se de "técnica legislativa" desaconselhável por revelar, no mínimo, falta de clareza);*
- (VIII) *No alargamento da agravação das penas (artigo 177.º);*
- (IX) *Na conversão de crimes da secção I (artigos 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 170.º), por princípio de natureza semi-pública (salvo se deles resultasse suicídio ou a morte da vítima), em crimes de natureza pública, quando a vítima é menor de 18 anos (artigo 178.º n.º 1);*
- (X) *E, ainda, no alargamento das penas acessórias (artigo 179.º).*

Mas, não há alterações, por exemplo:

- (I) *Na natureza do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência previsto no artigo 165.º (que depende de queixa, salvo as excepções previstas no artigo 178.º n.º 1), quando a vítima é maior de idade, mas, ainda assim, pessoa inconsciente ou incapaz de opor resistência, o que merecia especial protecção, enquanto pessoa indefesa;*
- (II) *No regime de suspensão provisória do processo, de forma a estender a possibilidade da sua aplicação aos crimes contra a liberdade sexual não agravados pelo*

resultado (ainda que fossem puníveis com pena de prisão superior a 5 anos), quando a vítima maior de idade (e não apenas quando é menor³¹) assim o requeresse³²;

(III) *No crime de fraude sexual* (artigo 167.º), que devia ser eliminado por mais não ser do que uma incriminação simbólica³³33;

(IV) *No crime de procriação artificial não consentida* (artigo 168.º), que continua igual a si próprio (não obstante o âmbito da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre procriação assistida, também alterada com o aditamento, introduzido pela Lei n.º 59/2007, do artigo 43.º-A relativo à responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas), sendo certo que, no mínimo,³⁴ deveria ser transferido para os crimes contra a liberdade, tal como sucedeu com o crime de tráfico de pessoas (actual artigo 160.º), uma vez que o bem jurídico protegido é a liberdade de acção do sujeito passivo (no caso concreto, tal como se mostra configurado actualmente, a mulher a quem é imposta uma maternidade não querida, independentemente da produção do resultado)³⁵.

Poderia, ainda, o legislador ter alargado as *medidas alternativas/substitutivas da pena de prisão e criado novos "instrumentos sancionatórios"*:

– Prevendo (à semelhança da pena de substituição da prisão a que se refere o artigo 43.º, n.º 3)³⁶ outras penas de substituição que consistissem, *v.g.* na frequência de cursos de cidadania (adequado para certos tipos de crimes que, por exemplo, envolvessem discriminação ou revelassem falta de "educação cívica" do infractor por falta de preparação a nível cultural e educacional) ou de programas específicos de prevenção de violência ou abuso sexual (o que também ajudaria a melhor prevenir a reincidência);

– Prevendo a sujeição a programas especiais de reabilitação ou reeducação e/ou tratamento (*v.g.* psicológico) como pena autónoma de substituição, quando tal se

³¹ Suspensão provisória do processo que o legislador previu (independentemente da respectiva moldura abstracta do crime) em duas normas (artigos 178.º, n.º 3 do CP e 281.º, n.º 7 do CPP) mas, cujo conteúdo, atenta a sua diferente redacção. Apenas em parte coincide (não se percebendo o que o terá impedido de prever o seu regime apenas numa única norma ou pelo menos de o regulamentar de modo uniforme).

³² Portanto, estabelecendo um regime semelhante ao previsto no artigo 281.º, n.º 6 do CPP, tendo presente que, muitas vezes, a melhor solução para o caso é a suspensão provisória do processo (ainda que o crime em causa seja de natureza semi-pública).

³³ Ver, a este propósito, Rodrigues Anabela, *Comentário Conimbricense*, tomo I, p. 491, chamando à atenção que "a protecção da autenticidade e liberdade de expressão sexual do adulto normal deveria bastar-se com a punição das práticas sexuais impostas mediante coacção e não erro".

³⁴ No caso de a conduta a punir não ser (no futuro) incluída na citada Lei n.º 32/2006, diploma hoje mais apropriado à sua inserção sistemática, com a consequente revogação do artigo 168.º do CP.

³⁵ Outra solução (embora discutível entre nós face à opção consagrada na citada Lei n.º 32/2006), seria a adoptada no CP Espanhol, onde o crime de "reprodução assistida não consentida", previsto no artigo 160.º, se mostra integrado no capítulo dos "crimes relativos a manipulação genética", nos quais se inclui, entre outros, a proibição da clonagem de seres humanos.

³⁶ Pena de substituição esta (artigo 43.º, n.º 3), cujo regime devia ser alterado de modo a permitir que fosse complementada (para melhor promover a respectiva reintegração na sociedade), com a possibilidade de imposição de regras de conduta, tal como sucede por exemplo com a suspensão da execução da pena de prisão (artigo 52.º) e com a prestação de trabalho a favor da comunidade (artigo 58.º, n.º 6).

justificasse, desde que aceite pelo infractor (até para, com a sua adesão, obter maior eficácia e êxito no programa/tratamento que fosse implementado);

- Prevendo a perda de bens como possível pena principal; e,
- Elevando a reparação (indenização) a pena autónoma, por exemplo para a pequena e média criminalidade (seria uma forma de a indemnização funcionar como factor de pacificação no conflito entre vítima e agressor e, bem assim, de contribuir para minimizar o trauma psicológico causado pelo crime, promovendo a solidariedade para com a vítima, com a reparação dos danos por ela suportados³⁷; também contribuiria para ampliar a participação da própria vítima na decisão final).

Também poderia ter previsto *específicas agravantes especiais* (que adiante, a propósito das alterações introduzidas ao artigo 177.º, serão abordadas) e *alargado o leque de penas acessórias*.

Seria, ainda, de esperar que a responsabilidade das pessoas colectivas se estendesse {além do mais} a outros crimes contra a liberdade sexual (v.g. os previstos nos artigos 165.º e 166.º), quando as vítimas são maiores de idade (cf. artigo 11.º).

Estes são alguns exemplos do que poderia ainda ter sido alterado, sem ultrapassar a meta governativa de adaptar e actualizar o Código Penal às exigências actuais.

2.2. Particularidades da reforma:

a) Alargamento do conceito de "violação" e de "actos sexuais de relevo qualificados" (artigos 164.º, n.º 1-b) e n.º 2-b), 165.º, n.º 2, 166.º, n.º 2, 167.º, n.º 2, 171.º, n.º 2, 172.º, n.º 1, 173.º, n.º 2 e 174.º, n.º 2 do CP).

Uma das mais importantes inovações da Lei n.º 59/2007, na área dos crimes sexuais, é a que resulta da *previsão* do acto de "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" e *sua equiparação* à cópula e aos coitos anal e oral, actos sexuais de relevo qualificados por excelência.

Neste aspecto, a técnica utilizada na Lei n.º 59/2007 aproxima-se da Lei n.º 65/98, na medida em que, por um lado, amplia o elenco dos actos sexuais de relevo mais graves (incluindo – ao lado da cópula, do coito anal e do coito oral já previstos – a "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos") e, por outro lado, adequa as diversas incriminações (artigos 164.º, 165.º, n.º 2, 166.º, n.º 2 e 167.º, n.º 2 quanto aos crimes contra a liberdade sexual e

³⁷ V.g. pagando o agente o custo da assistência psicológica de que a vítima viesse a carecer em virtude da sua actuação. Na Bélgica tem sido implementada a mediação penal, com fins de reparação, mesmo quando está em causa criminalidade grave, nomeadamente, infracções sexuais (ver, neste sentido, *Les prisons en France, Alternatives à la détention: du controle judiciaire à la détention*, vol. II, estudo realizado por Sarah Dindo, 2007, pp. 23-25 – consultado no site da Commission nationale consultative des droits de l'homme: www.enedh.fr –, citando extractos de artigo de Ivo Aertsen, «La médiation victime-délinquant en cas d'infraction grave», in *Politique pénale en Europe – Bonnes pratiques et exemples prometteurs*, éd. Conseil de l'Europe, Novembro de 2005).

artigos 171.º, n.º 2, 172.º, n.º 1, 173.º, n.º 2, 174.º, n.º 2 quanto aos crimes contra a autodeterminação sexual) em função desse alargamento do resultado da acção.

Essa aproximação, em relação à Lei n.º 65/98, é ainda notada quanto ao alargamento do meio de execução aqui abreviadamente designado como "abuso de autoridade", o qual é descrito de igual forma nas incriminações previstas nos artigos 163.º, n.º 2, 164.º, n.º 2 e 169.º, n.º 2-c) do CP³⁸.

Todas essas alterações (quer quanto ao resultado da acção, quer quanto ao meio de execução "abuso de autoridade") implicavam um necessário ajustamento, justificado pela opção legislativa de, por essa via, alargar a área de tutela típica das mencionadas incriminações.

Nessa medida, podemos afirmar que foi intensificada a tutela da liberdade e autodeterminação sexual.

Em contraponto, o conceito de "violação" tem-se tornado de tal forma elástico -em virtude das sucessivas alterações, a nível do resultado da acção, introduzidas no capítulo V do título I (dos crimes contra as pessoas) da parte especial do Código Penal - que se mostra descaracterizado (aliás, desde a revisão de 1995 que perdeu o seu significado original).

O conceito tradicional de "violação" perdeu sentido desde que deixou de "exigir sempre a intervenção do órgão sexual masculino"³⁹, desde que a "sexualidade" deixou de ser identificada com "procriação" (o que arrastava o inerente risco de "gravidez", resultado este que passou a ser punido autonomamente como agravação) e desde que passou a aceitar-se a neutralidade nesta área específica relativa aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Não se compreende, por isso, a manutenção da epígrafe "violação"⁴⁰, ainda continuando a apelar (indevidamente) ao seu carácter emblemático (puramente simbólico), transparecendo representações colectivas insustentáveis, até pela sua subjectividade, a que não é alheia uma qualquer moral sexual considerada digna de preservação.

Daí que, a manter-se a configuração do crime de coacção sexual previsto no artigo 163.º, então justificava-se a mudança da epígrafe do tipo previsto no artigo 164.º do CP, para "coacção sexual qualificada".

Mas, voltando aos actos sexuais de relevo que atentam mais gravemente contra a liberdade e autodeterminação sexual, impõe-se questionar o que terá levado o legislador a equiparar (em

³⁸ O mesmo se passa no crime de lenocínio de menores (cfr. artigo 175.º, n.º 2-c) do CP).

³⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense*, tomo 1, p. 473, justificando que a reforma de 1998 não incluiu no artigo 164.º a introdução na vagina ou no ânus de objectos ou de partes do corpo distintos do pénis porque o legislador não aderiu ao modelo da penetração que então discutiu, assinala que a "violação exige sempre a intervenção do órgão sexual masculino" e, por isso, "se deve dizer que é a natureza puramente física do contacto que especializa este crime face ao da coacção sexual".

⁴⁰ Em Espanha, com o CP de 1995 desapareceu a designação tradicional de "violação", embora fosse re-introduzida no artigo 179.º, na redacção da Lei Orgânica 15/2003, de 25/11.

termos de gravidade do acto e da consequente agravação da punição), em geral, a penetração vaginal ou anal com "partes do corpo ou objectos" à penetração do "pénis" na vagina, no ânus ou na boca.

Não há dúvidas que, com o novo desenho típico das mencionadas incriminações (v.g. artigos 164.º, 165.º, n.º 2, 166.º, n.º 2 e 167.º, n.º 2 do CP) o legislador considerou que essas formas de penetração sexual – que já não se restringem à tradicional penetração com o pénis – são identicamente graves, razão pela qual as equiparou em geral (embora essa equiparação seja mais restrita no crime de violação, como adiante se verá).

Mas, ainda fará sentido a técnica legislativa de particularizar, casuisticamente, os actos sexuais de relevo mais graves para os distinguir, em termos de punição, daqueles que, sendo de relevo, todavia não chegam a assumir essa maior gravidade?

Ou melhor dizendo: não seria já tempo de usar uma fórmula genérica que tratasse de igual forma os actos sexuais de relevo mais graves, ainda que estes não integrassem os conceitos de cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos?

Esta questão que aqui colocamos relaciona-se também com a interpretação que vier a ser dada ao acto de "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos".

Porém, note-se que, apesar da preocupação de ajustar as diversas incriminações (v.g. artigos 165.º, n.º 2, 166.º, n.º 2 e 167.º, n.º 2 do CP), de modo a punir igualmente, em cada um desses tipos legais, os actos sexuais de relevo considerados mais graves, no caso particular do crime de violação, essa equiparação não é tão abrangente como acontece com os demais actos sexuais de relevo nessa mesma norma mencionados.

Com efeito, o constrangimento de outra pessoa, pelos meios referidos no crime de violação (previstos ora no n.º 1, ora no n.º 2 do artigo 164.º), "a sofrer ou a praticar, com o agente ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral" apenas é equivalente, em termos de punição, ao constrangimento de outra pessoa, pelos mesmos meios típicos, "a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos".

Essa equivalência já não existe quando o sujeito passivo é, pelos referidos meios típicos, constrangido "a praticar introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" (mesmo com o agente ou com outrem, portanto assumindo aqui a vítima um papel activo⁴¹) ou constrangido "a sofrer, com outrem, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" (portanto, quando é pessoa diferente do agente a executar essa introdução).

Nestas duas últimas situações não há crime de violação por parte do agente, mas antes haverá crime de coacção sexual.

⁴¹ Ver, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense*, tomo I, p. 450, chamando à atenção que "a distinção entre sofrer e praticar quer significar apenas a distinção entre um comportamento do ponto de vista sexual, puramente passivo ou antes activo da vítima".

É que o referido constrangimento do sujeito passivo, pelos meios referidos no tipo, só é tratado como crime de violação se consistir em sofrer, com o agente (só ele aqui sendo o executor dessa introdução, assumindo, portanto, um papel activo), introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

A intenção da norma incriminadora (artigo 28.º, n.º 1 do CP) leva à conclusão de que, neste aspecto, só é típica aquela modalidade ("sofrer") de introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos que é executada pelo próprio agente.

Isco mostra que o acto de "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos", no crime de violação, é tratado de forma diferente da cópula e dos coitos anal e oral também previstos no mesmo preceito legal.

Esta incongruência resulta, assim, numa lacuna de punibilidade que não terá justificação ao menos quando o sujeito passivo é constrangido pelo agente, por um dos meios típicos, a sofrer com outrem (pessoa diferente do agente) "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos".

Nos demais casos (*v.g.* constrangimento do sujeito passivo, pelos meios típicos, a praticar com o agente ou com outrem "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos") poder-se-á dizer que não é afectada tão gravemente a liberdade sexual da vítima?

Será então que se justifica fazer essa distinção, em termos de punição e de modalidade da acção, atenta a configuração do crime de violação?

Dir-se-á que sim porque quando a vítima é constrangida, *v.g.* pelo uso de violência, a praticar no agente "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" a ofensividade do bem jurídico protegido não é assim tão grave como quando o próprio sujeito passivo tem de suportar, no seu próprio corpo (especificamente na vagina ou no ânus) essa introdução "de partes do corpo ou objectos".

Embora, claro, sempre se poderá contrapor que não é bem assim, pois, na perspectiva da defesa da liberdade sexual da vítima, é mais grave e mais ofensivo para a sua liberdade quando essa introdução (praticada pelo sujeito passivo que a tal é constrangido) é feita com partes do seu próprio corpo na vagina ou no ânus do agente, do que quando é feita com objectos. De qualquer forma, o legislador não quis punir como crime de violação essas duas referidas modalidades de acção não abrangidas no n.º 1-b) e n.º 2-b) do artigo 164.º do CP.

Repare-se que, tal como se mostram configurados os tipos agravados, do abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165.º, n.º 2), abuso sexual de pessoa internada (artigo 166.º, n.º 2) e da fraude sexual (artigo 167.º, n.º 2) – o mesmo se passando, nos crimes contra a autodeterminação sexual, previstos nos artigos 171.º, n.º 2, 172.º, n.º 1, 173.º, n.º 2 e 174.º, n.º 2 – o acto da "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" aparece como circunstância qualificativa, à semelhança dos demais actos (cópula, coito anal e coito oral) que lhe são equiparados.

Essa técnica usada de prever na própria infracção, quer o tipo fundamental, quer o tipo qualificado, embora em números distintos, poderia também ser seguida no que se refere ao crime de violação que, sendo um crime de coacção sexual qualificado⁴², não deveria ser autonomizado.

Daí que cada vez faça menos sentido a autonomização do crime de violação.

É que bastava acrescentar ao crime de coacção sexual, mais um número subdividido em duas alíneas⁴³, que previsse a punição da coacção sexual qualificada, para serem eliminadas as incongruências acima apontadas (dessa forma se uniformizando o critério do legislador, não só no âmbito do crime de coacção sexual qualificada, como também em relação às demais incriminações, quando previstas na forma qualificada).

Por outro lado, avançando um pouco mais, no sentido da interpretação da terminologia utilizada, concretamente quanto ao conceito de "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" verifica-se, desde logo, que o legislador não define o que entende por "partes do corpo" e por "objectos".

Será tarefa da doutrina e da jurisprudência a sua definição, a qual deverá ser orientada pelos diversos contornos do bem jurídico protegido, tendo em atenção cada um dos mencionados tipos legais.

Claro que o sujeito activo tanto pode ser homem como mulher (salvo quando o resultado da acção for a cópula, por exigir que um dos intervenientes seja mulher).

"Partes do corpo" e "objectos" têm significados distintos e, portanto, não se confundem.

Na busca dessa definição não oferece dúvidas que a introdução vaginal ou anal implica um contacto material (quer através de partes do corpo, quer através de objectos) com a vagina ou o ânus.

Essa introdução significa uma penetração que pode ser parcial, mas que, de qualquer modo, terá de atingir a vagina ou o ânus.

Pouco importa que essa introdução seja fugaz ou momentânea, desde que exista a penetração, a invasão corporal na vagina ou no ânus, através de partes do corpo ou através de objectos.

⁴² Mesmo um crime de violação tentado é sempre um crime de coacção sexual consumado. Sobre esta matéria, com interesse, ver MONIZ, Helena, "Violação e coacção sexual? Ac. do STJ de 2 de Junho de 2005, proc. n.º 1564/05-5", in RPCC, ano 15, fasc. 2, (Abril-Junho), 2005, 299 e seguintes.

⁴³ Por exemplo, artigo 163.º, n.º 3: a) Se o acto sexual de relevo referido no n.º 1 consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de parte(s) do corpo ou objecto(s), o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos; b) Se o acto sexual de relevo referido no n.º 2 consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de parte(s) do corpo ou objecto(s), o agente é punido com pena de prisão até três anos.

Ao mesmo tempo essa introdução (que implica a entrada e, em princípio, a posterior retirada de "partes do corpo" ou de "objectos" dos mencionados dois locais) traduz uma penetração equivalente, semelhante à da cópula ou do coito anal⁴⁴.

Não tem interesse, agora, questionar o tipo de penetração exigido para considerar completo o acto sexual em questão.

O que interessa é que essa entrada de partes do corpo ou objectos atinja a vagina ou o ânus.

Vagina que, atenta a sua localização, para ser atingida exige uma maior penetração (na medida em que tem de atravessar primeiro os órgãos genitais externos) do que a efectuada através do ânus (orifício externo, correspondente à extremidade do tracto gastrointestinal).

Também não relevam o ânimo (lúbrico ou lascivo) ou motivos que o agente pretende alcançar com a sua conduta.

Tais elementos apenas poderão sugerir que se trata de pessoa doente (v.g. com perturbações ou distúrbios psicológicos) e, portanto, apontar (consoante a investigação a efectuar em sede de inquérito) para a necessidade de tratamento ou até mesmo (no caso de vir a ser, posteriormente, declarado inimputável perigoso) de aplicação de medida de segurança.

Ou seja, os motivos do agente não podem ser confundidos nem com o tipo objectivo, nem com o tipo subjectivo de qualquer das infracções que integram os crimes sexuais.

Neste particular aspecto que estamos a tratar, o que importa é o acto sexual de relevo em si, atentas as circunstâncias em que foi cometido e a sua capacidade de ofender gravemente a liberdade sexual da vítima.

Isto é, há que ter em atenção as características sexuais do acto que o agente quis praticar no sujeito passivo.

Na interpretação a efectuar destaca-se a "igualdade lesiva" presente em cada um dos referidos actos sexuais de relevo qualificados.

A razão que terá levado o legislador a equiparar a "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" à cópula, ao coito anal e ao coito oral relaciona -se com a equivalência existente entre cada um desses actos.

⁴⁴ Ver, também, sobre a introdução de órgãos corporais ou objectos no crime contra a humanidade de violação, previsto no artigo 7.º, 1-g) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 e Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, DR I-A de 18/1, os Elementos dos Crimes e jurisprudência indicada por WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (tradução de Cláudia Cárdenas Aravena, María Del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodriguez e Antonio Muñoz Aunión), Valência: Tirant lo blanch, 2005, pp. 394 a 396.

No coito anal e no coito oral o ânus e a boca substituem (funcionalmente) a vagina e, por sua vez, a "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" aproximam-se da cópula e do coito anal.

Todos esses actos traduzem cópulas impróprias, na medida em que não integram o conceito de cópula vaginal (conceito este que, desde 1995, o legislador fez questão de distinguir, em termos semânticos, em relação aos designados coitos anal e oral).

As partes do corpo ou de objectos introduzidos na vagina ou no ânus substituem o pénis.

Precisamente por essa introdução ocorrer na vagina ou no ânus, orifícios estes relacionados com a actividade sexual, a ofensa que dela deriva atinge a liberdade sexual, não obstante poder também existir uma ofensa à integridade física do sujeito passivo.

A sua classificação como específico acto sexual prende-se, assim, também com a protecção especial que é dada à liberdade sexual, uma das vertentes da liberdade em geral, que pela sua importância e dignidade penal, ganhou autonomia própria.

E, porque, à semelhança da cópula, esses três restantes tipos de actos mais não são do que cópulas impróprias (tendo como denominador comum a penetração), o legislador eleva-os à mesma categoria, tratando-os como os actos sexuais de relevo mais graves, por o desvalor de cada um deles ser equivalente, merecendo, assim, uma punição também mais elevada.

A introdução vaginal ou anal com "objectos" é a penetração com a utilização de algo, "coisas" materiais, autónomas, naturalmente inanimadas.

Mas, o conceito de "objecto" não é tão amplo como o de "coisa" para efeitos civis (artigo 202.º do Código Civil), nem coincide, por exemplo, com o objecto da acção no crime de dano (artigo 212.º do CP).

Perguntar-se-á então se terão de ser objectos similares ao pénis⁴⁵ ou que tenham a função de o substituir (v.g. vibradores ou um pénis construído cirurgicamente por o agente ter mudado de sexo)?

A lei nada diz a esse respeito, tal como não especifica as "partes do corpo" a que se refere nesse novo tipo de acto sexual de relevo qualificado que criou.

Porém, essas "partes do corpo" não poderão ser o pénis do agente (porque se a introdução vaginal ou anal ocorrer com o pénis já há a cópula ou o coito anal, respectivamente).

Por outro lado, terá de ser uma parte do corpo do agente (pessoa viva) e não, por exemplo, de um cadáver (ainda que seja o pénis)⁴⁶.

⁴⁵ BERENQUER, E. Ortis, in AAVV, *Derecho Penal Parte Especial*, Valência: Tirant lo blanch, 2004, p. 239, refere-se a objecto que possa "substituir de alguma maneira o pénis, que seja um espécia de seu sucedâneo". O que implica considerar objecto, para efeitos do artigo 179.º do CP espanhol, "somente aquele outro que só mereça ser tomado como instrumento de uma agressão física".

Um cadáver ou parte dele não é, nem pode ser tratado como um objecto, não obstante poder ser classificado como "coisa fora do comércio jurídico" (artigo 202.º, n.º 2 do Código Civil).

Oliveira Ascensão⁴⁷ diz até que um cadáver nem é pessoa, nem é coisa «porque indissociável da personalidade de que foi suporte».

Manuel Gomes da Silva defende que o cadáver «deve ser regido pelos princípios relativos às pessoas»⁴⁸.

Um cadáver⁴⁹ representa um corpo humano morto antes da completa destruição da matéria orgânica, daí que não se integre no segmento "partes do corpo"⁵⁰.

E, terá de ser parte do corpo, que não esteja separado deste, que não tenha sido amputado?

Estou a pensar por exemplo no caso do homem que corta o pénis ao amante⁵¹ do seu cônjuge e que, com ele (separado daquele corpo vivo que sobreviveu), posteriormente, constrange a mulher, pelos meios típicos, a sofrer introdução vaginal com esse pénis que foi destacado do corpo do amante.

Será que nesse caso há cópula? Será que se verifica antes a situação prevista no artigo 164.º, n.º 1-b)? Ou será que se verifica apenas o crime de coacção sexual?

⁴⁶ Isto, independentemente de poder existir o crime de profanação de cadáver ou de lugar fúnebre previsto no artigo 254.º do CP. Afastado estará também o crime de dano (artigo 212.º do CP), salvo tratando-se por exemplo de uma múmia pertencente a um museu, como exemplifica COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense*, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, p. 214.

⁴⁷ *Apud*, FERNANDES, Luís Carvalho, "a definição de morte, transplantes e outras utilizações do cadáver", in *Estudos de Direito de Bioética*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 71.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Segundo o artigo 2.º-i) do DL n.º 411/98 de 30/12 (que estabelece o regime jurídico da remoção, transporte, inumação, exumação, trasladação e cremação de cadáveres, bem como de alguns desses actos relativos a ossadas, cinzas, fetos mortos e peças anatómicas, e ainda da mudança de localização de um cemitério), "cadáver" é definido como "corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica".

⁵⁰ No Ac. TC n.º 130/88, BMJ n.º 378/141 e seguintes, diz-se que o cadáver, seja qual for a sua qualificação jurídica, é ainda uma projecção da pessoa viva. O direito de cada um de dispor do seu corpo depois da morte não é um direito absoluto, estando sujeito a limitações de ordem pública (até por questões sanitárias e de saúde pública). Aos familiares e pessoas próximas do falecido não se transmite o direito de disposição sobre o cadáver reconhecido àquele. Cessando a personalidade com a morte, e não sendo já o cadáver uma pessoa, não é ele susceptível, por si, da titularidade de direitos. E, também não se pode falar de um direito de personalidade do cadáver ou de transmissão desses direitos para outrem. Ora cessando a personalidade, não poderá reconhecer-se direitos fundamentais ao cadáver, enquanto tal, nem admitir-se a sua transmissibilidade a outrem. Poder-se-á falar de "um direito da comunidade ao aproveitamento do cadáver", pelas necessidades de tratamento de doentes e que podem ser directas (finalidades terapêuticas) ou indirectas (investigação científica). Cfr., também, o Parecer da PGR n.º 30/2005, DR II de 1/9/2005.

⁵¹ Assim, cometendo o crime de ofensa à integridade física grave previsto no artigo 144.º-a) do CP.

Quando a lei fala em "partes do corpo" parece-me que será qualquer parte ligada ao corpo de uma pessoa, no caso, do próprio agente (mesmo, portanto, relativamente ao crime de violação).

Por outro lado, aquele órgão sexual masculino, apesar de ter sido amputado do corpo (a título definitivo), parece-me que não pode ser tratado como objecto porque é sempre uma parte de um corpo (o que tem significado diferente de objecto, atenta a própria terminologia da lei), sendo certo, porém, que não tem vida autónoma e, por isso, equivale a uma parte de corpo morro⁵².

Daí que, a solução talvez seja, nesse caso, a do crime de coacção sexual. Relativamente ao pénis construído cirurgicamente, passando a fazer parte integrante do corpo da pessoa que mudou de sexo (parte ligada ao seu corpo, que dele não possa ser separado), cremos que deve ser tratado como específico órgão sexual masculino.

Já quando se trata, por exemplo, da prótese de um braço, que até possa ser desarticulada (separada) do corpo, tudo dependerá da forma como é utilizada (ou seja, tanto pode ser tratado como parte do corpo do agente ou como objecto).

A prótese desarticulada (separada do corpo, que não lhe está ligada funcionalmente), é utilizada como objecto e nesse caso é indiferente a quem pertence.

De qualquer forma, essa "prótese" (que pode funcionar como objecto) deverá ser tratada de forma diferente da "amputação" definitiva de parte do corpo.

Também nos parece que a introdução vaginal ou anal utilizando o corpo de um animal se mostra afastada, uma vez que tudo indica ter o legislador pensado em partes do corpo do agente, portanto, de uma pessoa.

Quer o corpo de um animal⁵³, quer o pénis de uma pessoa falecida (que dela foi separado) não podem aqui ser classificados como "objectos"⁵⁴ e tão pouco estão abrangidos no dito conceito de "partes do corpo".

⁵² Estendendo a tese de Oliveira Ascensão, a este caso concreto, poderíamos dizer que a parte do corpo, separada definitivamente deste, que não tem vida autónoma (por não conseguir sobreviver autonomamente), não pode ser tratada como parte de uma pessoa, nem como coisa. E parece também que, não nos podemos sequer apoiar na tese defendida na decisão de 9/11/1993 do BGH alemão – citado por COSTA ANDRADE, Manuel, *Direito Penal Médico, SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 80-83 – onde estava em causa o esperma que “um homem mandara congelar e guardar em ordem a assegurar a sua ulterior capacidade de procriação”, ou seja, uma substância do corpo de pessoa viva. Aí se defendeu que o esperma se trata de uma parte “definitivamente separada do corpo”, isto é, que já “não se destina a uma reintegração no próprio organismo” e, portanto, concluiu-se que “perde a subordinação ao bem jurídico corpo e converte-se em coisa em sentido jurídico”. Porém, como adianta Costa Andrade, esse caminho não é acompanhado na sua maioria pela jurisprudência e pela doutrina, «porque “esta extensão teleológica do conceito de corpo às partes definitivamente separadas” (Rohe) não é tolerada *princípio de legalidade*».

⁵³ Interessante análise feita por TOMILLO, Manuel Gómez, “Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 07-04 (2005), p. 8, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/>, quando discorrendo sobre casos em que a vítima fosse obrigada, com violência ou intimidação, a manter contacto sexual com animais,

Isto não significa que esse tipo de actos não sejam punidos, uma vez que sempre poderão integrar simples actos sexuais de relevo (e, portanto, constituírem crime de coacção sexual).

De qualquer forma, essa introdução vaginal ou anal com o corpo de um animal ou com o pénis de uma pessoa falecida não deixa de ser um acro análogo à cópula e à introdução (vaginal ou anal) de partes do corpo ou objectos. E, assim sendo, considerando-os apenas como simples actos sexuais de relevo, passamos a ter actos sexuais que apresentam uma gravidade equivalente à cópula e à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, mas que são tratados diferentemente, o que é uma incoerência e mostra que a solução adoptada pela lei ainda não satisfaz.

Quanto aos vibradores não há dúvidas que são objectos, o mesmo se passando com a introdução vaginal ou anal, por exemplo de um pau⁵⁵ ou da parte superior de uma garrafa⁵⁶ ou de outros objectos (v.g. uma cenoura, o cabo de uma vassoura) que tenham aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal.

Assim, a introdução vaginal ou anal de "partes do corpo ou objectos" terá de ser apta ao exercício da sexualidade⁵⁷, há-de ser equivalente (análoga) à cópula ou ao coito anal, o que tudo dependerá do contexto e circunstâncias em que é executada⁵⁸.

Práticas homossexuais femininas que consistam no constrangimento, pelos meios típicos, a "sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" passam, portanto, agora, a

considera que é duvidoso que se possa sustentar, nesse caso, que houve «acesso carnal», estando também afastado o recurso ao conceito de «introdução de objectos» (mantendo-se a orientação jurisprudencial e doutrinal que exige o carácter inanimado do objecto), concluindo que, não obstante a alteração introduzida ao Código Penal Espanhol pela Lei Orgânica 15/2003 e apesar da gravidade e elevada censurabilidade daquela conduta, apenasse poderia concluir que tais factos integravam o tipo do artigo 178.º e já não o do artigo 179.º.

⁵⁴ Diferente é o tratamento de um animal como coisa para efeitos do crime de dano (artigo 212.º do CP). Sobre essa matéria, COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense*, tomo II, p. 211.

⁵⁵ VEJA RUIZ, *La violación en la doctrina y en la jurisprudencia*, Madrid: editorial Colex, 1994, p. 89, cita uma sentença, proferida em 27/2/92, na qual se descrevem factos ocorridos no país vizinho, em 2/5/88, entre os quais, ter o agente introduzido, nos órgãos genitais da vítima, um torrão de terra do tamanho de um meio punho e, depois, ter introduzido na vagina da mesma vítima (penetrando 15cm) um pau rugoso de 40 cm de comprimento e 3 cm de grossura.

⁵⁶ Recorde-se a tortura simbólica de Djamilla Boupacha, que foi violada com uma garrafa, pelos militares franceses durante a guerra da Argélia – cfr., BELEZA, Teresa, *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa: AAFDL, 1990, p. 500, nota 1. Sobre a posição defendida por Teresa Beleza, no sentido de a violação dever abranger a penetração com objectos, manifesta PEREIRA, Rui, "Código Penal: as ideias de uma revisão adiada", in *RMP*, ano 18.º, Jul/Set, 1997, n.º 71, p. 58, nota 12, o seu desacordo devido "ao carácter extremamente compreensivo do conceito de «objecto», que, (...) permitiria identificar como violação a colocação forçada de um dedo na bica da vítima". Daí que, na altura, se inclinasse para que, nos casos de penetração com objectos, fosse "adequada a punição por coacção sexual, em eventual concurso verdadeiro com ofensas corporais".

⁵⁷ Neste sentido, CEREZO, Angel Calderón e MONTALVO, José Antonio Choclán, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona: Ediciones Deusto jurídico, 2005, Tomo II, p. 97.

⁵⁸ Atípico (ou então justificado) será o acto médico, v.g. exame feito com introdução de instrumentos próprios na vagina ou ânus do paciente, de acordo com as regras e prescrições médicas, ainda que o médico dessa forma obtenha prazer sexual (assim, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.ª ed., Valência: Tirant lo blanch, 2004, p. 213.

constituir crime de violação (sendo certo que anteriormente apenas integravam o crime de coacção sexual).

E a conduta do agente que, pelos meios referidos no tipo, constringe a vítima a sofrer a introdução de um saco com cocaína na vagina ou no ânus, com a finalidade de efectuar um transporte de droga?

Integra, também, em concurso, o crime de violação⁵⁹?

Caso se entenda que não é necessária a equivalência à cópula ou coito anal, esse constrangimento a sofrer a introdução de droga na vagina ou no ânus preenche o tipo objectivo de ilícito, independentemente dos motivos do agente mas, claro, o crime de violação só se consuma quando o tipo subjectivo for também preenchido.

De qualquer modo, se a interpretação desse acto sexual de relevo qualificado que consiste na introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos for demasiado maximalista iremos correr o risco de esvaziar o conteúdo do simples acto sexual de relevo.

A ambiguidade do segmento "introdução vaginal ou anal de partes do corpo" tem suscitado dúvidas e alguma resistência e contestação⁶⁰, no caso por exemplo dessa penetração vaginal ser feita com um dedo (portanto, ultrapassar manipulações digitais dos órgãos genitais externos femininos).

Em Espanha, não obstante a reforma de 2003⁶¹ ter parificado o "acesso carnal, por via vaginal, anal ou bucal" e a "introdução de membros corporais ou objectos por alguma das duas primeiras vias" (ou seja, pela via vaginal ou anal), alguma doutrina⁶² sustenta que não tem a

⁵⁹ Exemplo colhido em LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal, Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2007, p. 79. Nesse exemplo (introdução forçada de droga na vagina ou no ânus) o Autor afasta o preenchimento do tipo violação se essa actuação não tiver um sentido libidinoso.

⁶⁰ No Parecer da ASMJP, de Setembro de 2006, sobre o projecto de revisão do CP, a propósito desta alteração introduzida nos artigos 164.º, n.º 1, al. b), n.º 2, al. b), 165.º, 166.º, 167.º, 171.º, n.º 2, 173.º, n.º 2, escreveu-se: trata-se "de uma solução dogmáticamente discutível porquanto se equiparam a actos sexuais de relevo graves e perfeitamente identificados que põem em causa de uma forma inequívoca a liberdade sexual, como são a cópula, o coito anal e o coito bucal, actos muito diferenciados que podem ou não assumir características graves. Veja-se, por exemplo, que poderemos estar perante uma prática sexual violenta, como seja a introdução do punho, ou apenas (em termos de gravidade objectiva) a introdução de um dedo mindinho, vulgarmente conhecida pela manipulação (situações que já se enquadravam no conceito de acto sexual de relevo e cabiam por isso nos n.ºs 1 dos artigos citados. Quanto à introdução de objectos importa referir que há situações em que estão em causa ofensas à integridade física e não crimes contra a liberdade sexual. Assim, na primeira situação estão em causa crimes contra a integridade física. Na segunda situação, importa referir que se trata de situações que são já enquadradas pelo n.º 1 dos artigos em causa".

⁶¹ Dispõe o artigo 179.º do CP Espanhol, na redacção da Lei Orgânica n.º 15/2003, de 25/11: *Quando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación com la pena de prisión de seis a doce años.*

⁶² ORDEIG, Enrique Gimbernat, no "Prólogo a la décima edición" incluído no *Código Penal* (Ley Organica 10/1995, de 23 de Noviembre), 11.ª edición actualizada Septiembre de 2005, Madrid: Tecnos, 2005, p. 23, discorda da inclusão da conduta de "introdução de membros corporais na vagina ou no ânus" no

mesma gravidade e ofensividade a penetração vaginal feita com os dedos ou com a língua em relação às demais formas de penetração (cópula e coitos anal e oral).

Porém, não nos parece que haja assim uma diferença de tal forma substancial que afaste ou torne desproporcionada essa equiparação.

Tanto mais que o que se protege são aquelas vias (vaginal ou anal), com claro significado sexual, por onde o sujeito passivo é penetrado.

O que importa proteger, tendo em vista a liberdade sexual da vítima, é o local (vagina ou ânus) penetrado e não as "partes do corpo" ou "objectos" utilizados pelo agente para efectuar a penetração.

A gravidade dessa conduta, a sua ofensividade e estigmatização é idêntica à da cópula ou dos coitos anal ou oral, independentemente de não ser utilizado o pénis na penetração (caso contrário estar-se-ia a dar maior importância ao pénis do agente em vez de se proteger a liberdade sexual do sujeito passivo).

O argumento, ainda relativo à introdução de objectos, de que "há situações em que estão em causa ofensas à integridade física e não crimes contra a liberdade sexual" não está directamente relacionado com a opção do legislador de punir de forma idêntica a cópula, o coito anal, o coito oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Trata-se de matéria a investigar em sede de inquérito, atentas as circunstâncias de cada caso mas, o que poderá suceder (tanto mais que a introdução de objectos na vagina ou no ânus tem maior capacidade de poder causar lesões no corpo ou na saúde do sujeito passivo), é que haja um concurso entre o crime sexual em questão e o crime de ofensas à integridade física grave (não esquecendo, consoante os casos, a hipótese da agravação prevista no artigo 177.º, n.º 4) ou qualificado⁶³ ou mesmo simples, sendo certo que aqui a lesão causada já é consequência directa da conduta de introdução dos objectos e não do constrangimento.

Por seu turno, procurar retirar a gravidade do acto de "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" e afastar a sua equiparação com a cópula ou coiros, invocando não haver ali o risco de a mulher ficar grávida ou de contrair enfermidades graves é, por um lado, esquecer que o sujeito activo tanto pode ser um homem como uma mulher (e que, essa forma

crime do artigo 179, argumentando que, «a partir de agora também se considerará violação a introdução na vagina de membros corporais – como os dedos – distintos do pénis. Mas basta descrever as características que concorrem em cada um desses comportamentos para compreender em que consiste a sua distinta gravidade e para afastar, também, esta reforma: com a penetração com o pénis a mulher corre o risco de ficar grávida, de contrair enfermidades tão graves como a sida, sendo obrigada, além do mais, a manter uma relação sexual completa, enquanto que na introdução de um de do não ocorre nenhuma dessas circunstâncias, razão pela qual essa equiparação penal de ambos os comportamentos deveria desaparecer da nossa legislação».

⁶³ Por outro lado, no caso de o agente agir "para excitação ou para satisfação do instinto sexual", dependendo das circunstâncias particulares do caso concreto, sempre poderemos (ainda) estar em presença de um crime de ofensa à integridade física qualificada ou de um crime de homicídio qualificado (artigos 145.º e 132.º, n.º 2-e) do CP).

de introdução, abrange tanto relações heterossexuais como homossexuais) e, por outro, é esquecer que o bem jurídico protegido - a liberdade e autodeterminação sexual - hoje em dia é concebido independentemente dos riscos assinalados, riscos esses que ("como consequências extra-típicas ") são antes tratados como circunstâncias agravantes (portanto, como formas de agressão acrescida do bem jurídico protegido, que merecem uma punição mais elevada).

Por isso, quanto a nós, o igual tratamento (designadamente, a nível de uma moldura abstracta mais elevada) conferido a esses 4 tipos de actos sexuais de relevo, descritos como os mais pesados (pela ofensa mais intensa do bem jurídico protegido), mostra-se justificado e proporcionado com a maior gravidade que tais actos (todos eles significando penetrações graves, quer olhando ao órgão sexual que penetra, quer considerando o local penetrado) representam.

Outra questão a ponderar é a referência que é feita no plural a "*partes do corpo ou objectos*".

Atento o princípio da legalidade (que exige que a lei seja suficientemente clara, objectiva e precisa por forma a assegurar a necessária segurança jurídica), a descrição legal, nesse aspecto, pode dar azo a uma interpretação que afaste a classificação de acto sexual de relevo qualificado, caso a introdução vaginal ou anal ocorra apenas com uma parte do corpo (v.g. um dedo em vez de dois) ou com um objecto (em vez de dois).

Porém, considerando toda a hermenêutica de cada uma das incriminações em questão, o bem jurídico protegido e a área de tutela típica que com cada uma delas se pretende alcançar, não fará sentido retirar a qualificação do acto sexual em questão por o meio de penetração ser uma só parte do corpo ou um único objecto.

Creemos que essa não foi a intenção do legislador, uma vez que não faria qualquer sentido tal leitura, olhando apenas ao argumento literal, não obstante se poder criticar a redacção adoptada (a qual poderia ser redigida, neste aspecto, no singular).

E isto, porque a teleologia da norma (em qualquer das referidas incriminações) mostra-se preenchida mesmo quando a introdução vaginal ou anal ocorre com uma só parte do corpo ou com um só objecto.

Será, pois, de afastar essa interpretação estritamente literal da expressão utilizada pela lei.

A opção legislativa de apenas qualificar como especiais (por serem os mais graves) actos sexuais de relevo, os indicados 4 tipos de actos, é de certa forma colocada em crise quando actos como a cópula vestibular ou vulvar são tratados como simples actos sexuais de relevo.

Na medida em que o conceito de "cópula" adoptado pelo legislador é o médico-legal, no sentido de cópula vaginal⁶⁴, é claro que nele não se pode incluir a cópula vestibular ou vulvar

⁶⁴ Em Espanha, a jurisprudência vem entendendo que o conceito de "acesso carnal" abrange o coito vestibular (citando alguma jurisprudência de 2005, ver LUZÓN CUESTA, José María, ob. cit., p. 79 e

(uma vez que a vagina é distinta da vulva), assim como ficará excluída a manipulação digital que não chega a atingir a vagina (v.g. acto designado por cunnilingus quando não há introdução da língua na vagina, não integrando, por isso, sequer o conceito de "introdução na vagina de partes do corpo").

Mas, se pensarmos que esse tipo de actos, embora possam ser entendidos como actos vestibulares, podem também funcionar como actos substitutivos da cópula ou coitos, quando estes últimos actos não se lhes seguem – e , portanto, significarem uma afectação do bem jurídico protegido, com equivalente intensidade à da cópula ou dos coitos – então já não se percebe a razão pela qual não foram destacados dos demais actos sexuais de relevo simples.

Ou seja, podendo estes últimos referidos actos assumir a forma de cópulas impróprias e ter a mesma gravidade lesiva, não se compreende a razão pela qual não são tratados como actos sexuais de relevo qualificados, quando estes passaram a incluir a "introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos".

O mesmo se passa, como acima se assinalou, entre outras situações, quando se está perante a introdução vaginal ou anal com o corpo de um animal ou com o pénis de uma pessoa falecida ou amputado de uma pessoa viva.

Ou seja, se é certo que uma interpretação que considerasse estes últimos indicados actos (cópula vestibular ou vulvar, algumas manipulações digitais que não atingem a vagina, a introdução na vagina ou no ânus de corpo de animal ou de pénis de pessoa falecida destacado do cadáver ou amputado de pessoa viva diferente do agente) como actos sexuais qualificados constituiria uma violação do princípio *nullum crimen sine lege*, a verdade é que o seu tratamento como simples actos sexuais de relevo mostra alguma incoerência do legislador uma vez que não se vê que exista fundamento lógico, racional ou científico que justifique este tratamento diferenciado para situações equivalentes ou análogas.

Todas estas questões aqui levantadas, a propósito dos conceitos de penetração e de cópula adoptados pelo legislador português, servem, também, para ponderar até que ponto não deveria antes ser adoptada uma outra expressão (diferente de cópula⁶⁵) que abrangesse todas as formas de "coito" supra referidas (designadamente, cópula vulvar, práticas sexuais em que interviessem órgãos genitais ou até corpos de animais, sem necessidade de penetração vaginal, as quais, dependendo das respectivas circunstâncias em que fossem praticadas, pudessem revelar um desvalor equivalente à cópula vaginal, coito anal, coito oral e à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos).

O tempo o dirá mas, tudo indica que a tendência futura (face à aproximação que o legislador português tem feito à teoria da penetração corporal que vem sendo seguida nomeadamente pelos franceses) será para descobrir e particularizar novos actos que carecem de uma especial

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal español, parte especial*, 5.ª ed. Revisada y actualizada, Barcelona: Atelier, 2008, p. 198).

⁶⁵ Ou então, outra solução possível seria a de o legislador definir o conceito de cópula, abrangendo na sua descrição, situações de cópula imprópria.

censura, o que vai exigir uma diferente configuração dos crimes sexuais, para evitar cair no casuísmo a que assistimos desde 1995.

De qualquer forma, há uma intensificação da defesa da liberdade sexual quando nos crimes contra a liberdade sexual é alargado o conjunto dos actos sexuais de relevo qualificados.

De recordar, ainda, que a prática (através dos meios tipificados na lei em qualquer das mencionadas incriminações). de diversos actos sexuais de relevo no âmbito da mesma resolução criminosa em relação à mesma pessoa integram um só crime (na forma qualificada ou não) e não vários crimes consoante o número de actos sexuais de relevo praticados (o mesmo se passa com o crime de ofensas à integridade física executado no âmbito da mesma resolução e contra a mesma pessoa, ainda que tivesse consistido em dar, por exemplo, quatro bofetadas).

Claro que, para além de um mesmo processo resolutivo poder integrar uma pluralidade de crimes⁶⁶, também pode haver renovação do processo de motivação e, portanto, existir mais do que uma resolução criminosa (que conduzem também a vários crimes consoante as resoluções ou a eventual crime continuado, se o sujeito passivo for a mesma pessoa e se verificarem os demais pressupostos legais).

Particular referência merece, também, a situação de concurso que poderá ocorrer entre, por um lado, o crime de coacção sexual (artigo 163.º do CPJ ou o crime de violação (artigo 164.º do CP) e, por outro, o crime de violência doméstica (artigo 152.º do CP) e o crime de maus tratos (artigo 152.º-A do CP).

Isto na medida em que, os "maus tratos" (expressão utilizada em ambos os crimes previstos nos artigos 152.º, n.º 1 e 152.º-A, n.º 1-a) do CP), incluem, entre outros, "*ofensas sexuais*".

O que vai exigir que se apure se as ofensas sexuais cometidas no âmbito dos crimes de violência doméstica e de maus tratos assumem ou não autonomia bastante para se verificar um concurso verdadeiro com, por exemplo, os crimes de coacção sexual ou de violação ou até de importunação sexual, sem contudo poder haver preterição do princípio *ne bis in idem*.

Ao mesmo tempo, com essa referência às "*ofensas sexuais*", talvez se rompa de algum modo com a tradicional e irracional tendência (muitas vezes assente em interpretações desajustadas dos "*deveres dos cônjuges*" – cfr. artigo 1672.º do Código Civil – os quais, sendo violados podem levar à separação ou divórcio mas não a qualquer "*direito de violar*") de desculpabilizar (como por vezes se vê reflectido em atenuações da pena insuficientemente fundamentadas, v.g. em crimes contra a vida) verdadeiras agressões sexuais que ocorrem no âmbito do casamento ou de uniões de facto.

⁶⁶ Por exemplo, quando o agente A executa a resolução de constranger B, por meio de violência, a praticar cópula e, ao mesmo tempo de o insultar com impropérios ofensivos da sua honra e consideração, assim cometendo, em concurso efectivo, um crime de violação e outro de injúria.

Situação de concurso inovadora também pode ocorrer entre, por um lado, o crime de coacção sexual (artigo 163.º do CP)⁶⁷ ou o crime de violação (artigo 164.º do CP) e, por outro, o crime de ofensa à integridade física grave (artigo 144.º-b) do CP) quando, simultaneamente, a conduta do agente, por exemplo, suprime ou afecta, de maneira grave, a capacidade de "fruição sexual" do sujeito passivo (o que passa a abranger práticas como a mutilação genital feminina⁶⁸ mas, também, poderá significar "disfunções sexuais"⁶⁹ ou perturbações do desejo sexual).

b) Ampliação dos meios de execução nos crimes de coacção sexual (artigo 163.º, n.º 2 do CP), de violação (artigo 164.º, n.º 2 do CP) e de lenocínio (artigo 169.º, n.º 2 do CP) e alteração do âmbito de protecção dessas incriminações

Como já se adiantou, foi alargado o meio de execução que de forma simplista designamos de "abuso de autoridade" nos crimes de coacção sexual (artigo 163.º, n.º 2 do CP) e de violação (artigo 164.º, n.º 2 do CP), de modo a abranger outras situações equiparadas às que já estavam previstas na lei, que também podiam conduzir ao constrangimento do sujeito passivo.

Esse meio de execução começou por ser introduzido nos mencionados tipos legais pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro (quando foi integrada a figura do "assédio sexual" nos crimes de coacção sexual e de violação), sendo depois estendido, através da Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto, também aos crimes de tráfico de pessoas e de lenocínio, então previstos respectivamente nos artigos 169.º e 170.º do CP (hoje previstos nos artigos 160.º e 169.º do mesmo código, portanto, em capítulos diferentes).

Quanto a este particular meio de execução, o constrangimento do sujeito passivo, exigido nos crimes de coacção sexual e de violação, é conseguido através do abuso de autoridade que o agente exerce de facto sobre a vítima, resultante não só de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho existente entre ambos mas, também, agora (com esta nova alteração introduzida), resultante de uma "relação familiar, de tutela ou curatela" que o ligue à vítima.

Além disso, é ainda acrescentado o meio típico do "aproveitamento do temor causado pelo agente".

Enquanto na primeira indicada situação é necessário que o agente abuse da autoridade que exerce de facto sobre o sujeito passivo (agente que está numa relação de superioridade resultante, quer da relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, quer da

⁶⁷ Crime de coacção sexual na medida em que nele sejam incluídos aqueles actos sexuais de relevo, acima mencionados, que apesar de serem análogos aos actos sexuais de relevo qualificados, não chegam a poder ser classificados como tal, sob pena de violação do princípio *nullun crimen sine lege*.

⁶⁸ Cfr. exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 98/X.

⁶⁹ Caso do Gaginismo Adquirido que, segundo o DSM-IV-TR (trad. De ALMEIDA, José Nunes de, *do Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Four Edition, Text Revision*, da 1.ª publicação nos EUA feita por American Psychiatric Association, Washington D.C. and London, England, 2000), 1.ª ed., Lisboa: Climepsi Editores, 2002, p. 557, "pode surgir subitamente em resposta a trauma sexual".

relação familiar, de tutela ou curatela que detém sobre a vítima}, na segunda situação, o legislador contenta-se com o aproveitamento do temor causado no sujeito passivo.

Ambos os referidos meios de execução levam ao constrangimento da vítima, traduzindo-se numa interferência ou manipulação (por pressão ou por aproveitamento do temor causado) do domínio da vontade e da livre decisão do sujeito passivo.

A referência (no n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º) “a meio não compreendido no número anterior” parece desnecessária uma vez que, se o agente utilizar qualquer daqueles meios para constranger a vítima, incorre no crime de coacção sexual ou de violação previsto no n.º 1 dos artigos 163.º e 164.º, respectivamente, consoante o acto sexual de relevo em questão.

Com a eliminação da anterior referência a "ordem" ou "ameaça", poder-se-á agora configurar um crime de "assédio sexual", por exemplo da previsão do n.º 2 do artigo 163.º do CP, quando o agente, que exerce autoridade de facto sobre a vítima, resultante de uma relação de trabalho, lhe envia, de forma repetida, insistente e continuada, sucessivas mensagens (SMS ou mails), de conteúdo intimidatório, assim conseguindo afectar a sua tranquilidade e atemorizá-la para, dessa forma, aproveitando-se do temor que lhe causou, constrangê-la à prática do pretendido acto sexual de relevo, que de outra forma não alcançaria.

Portanto, não há dúvidas que foi alargado o âmbito de protecção dos crimes de coacção sexual e de violação e, ao mesmo tempo, foi clarificada a descrição típica deste último crime, através de uma melhoria na redacção do seu n.º 1, fruto também da inclusão do acto de "sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos" (apesar das críticas acima efectuadas).

Obviamente que sem a utilização dos meios típicos, a actuação do sujeito activo não integra qualquer das referidas incriminações uma vez que estas são de execução vinculada.

O abuso de autoridade "resultante de uma relação familiar, de tutela ou de curatela", que liga o agente à vítima, foi igualmente introduzido, entre outros, no crime de lenocínio (artigo 169.º, n.º 2-c) do CP), como circunstância qualificativa mas, estranhamente, a sua aplicação foi restringida (ficou de fora, sem aparente explicação lógica, o abuso de autoridade "resultante de uma relação de tutela ou curatela") no crime de tráfico de pessoas (ver artigo 160.º, n.º 1-c) do CP)⁷⁰.

A circunstância qualificativa do crime de lenocínio, prevista na Proposta de Lei n.º 98/X, na segunda parte da alínea d) do n.º 2 artigo 169.º do CP, relativa ao aproveitamento de "qualquer outra situação de vulnerabilidade da vítima" (idêntica à também prevista na

⁷⁰ No crime de tráfico de pessoas (artigo 160.º do CP), os respectivos meios típicos de execução foram alargados, embora não de forma tão abrangente como os previstos no artigo 3.º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, ratificado por Portugal (ver Decreto do Presidente da República n.º 19/2004 e Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, ambos publicados no DR I-A de 2/4/2004).

segunda parte da alínea d) do artigo 160.º da mesma Proposta de Lei, o que estava de acordo, aliás, com o artigo 3.º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças) não passou para a Lei, uma vez que nessa parte manteve-se praticamente a redacção anterior (na segunda parte da alínea d) do n.º 2 do artigo 169.º do CP, o aproveitamento que qualifica o lenocínio continua a reportar-se a situação de "especial" vulnerabilidade da vítima).

De qualquer forma, há uma preocupação do legislador de aumentar a protecção das vítimas e, ao mesmo tempo, punir novas modalidades de agressão ao bem jurídico protegido.

Por confronto com a nova configuração do crime de lenocínio de menores (artigo 175.º), podemos concluir que, na incriminação prevista no artigo 169.º do CP, vítima será agora qualquer adulto que tiver atingido a maioridade (quando anteriormente teria de ser maior de 16 anos – cf. anteriores artigos 170.º e 176.º).

Ainda quanto ao crime de lenocínio, as alterações introduzidas, se por um lado (quanto aos meios de execução que qualificam o crime) alargam a área de tutela típica, por outro, acabam por a restringir.

Essa restrição ocorre na medida em que desapareceu a referência, contida no anterior n.º 1 do artigo 170.º do CP, "à prática de actos sexuais de relevo", pelo que, nesse aspecto, houve uma descriminalização parcial (que se estende também ao n.º 2 do artigo 169.º).

Agora, o n.º 1 do artigo 169.º do CP, restringe o lenocínio à conduta de "quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição".

Significará isto que actividades como, por exemplo, o "Striptease" e "a participação em filmes pornográficos"⁷¹, não serão punidos pelo crime de lenocínio ainda que se verifiquem todos os demais elementos do tipo, quer do seu n.º 1, quer do seu n.º 2?

Se considerarmos o "exercício de prostituição" (forçada e não livre⁷²) como a prática de actos sexuais de relevo (prestação de serviços sexuais, que por regra consistem em contactos sexuais) a troco de uma compensação (preço), concluímos que tais actividades podem não integrar essa definição clássica de "prostituição"⁷³.

⁷¹ RODRIGUES, Anabela, *Comentário Conimbricense*, tomo I, p. 514, sobre o crime de tráfico de pessoas.

⁷² LEAL, Ángeles Jareño, "la política criminal en relación com la prostitución: ¿aboliciónismo o legalización?", in *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Valência: Tirant lo blanch, 2007, p. 82, admitindo a conclusão de que o Estado não deve intervir quando não há coacção, estando em causa adultos que decidem "livremente" exercer a prostituição, questiona, todavia, se «podemos dizer que é "livre" o exercício prostituição quando não há coacção ou intimidação».

⁷³ Ver o artigo 174.º (recurso à prostituição de menores) do CP, onde prostituição é definida como prática de acto sexual de relevo mediante pagamento ou outra contrapartida.

Nesses casos, então, a punição da conduta só é possível se se verificarem os elementos típicos do crime de tráfico de pessoas (artigo 160.º) e/ou do crime de coacção sexual (artigo 163.º) por exemplo.

Nessa perspectiva, se, por exemplo, o agente profissionalmente fomentar a prática por outra pessoa de Striptease, sem utilizar qualquer meio de coacção ou equiparado (nem oferecer qualquer contrapartida ao sujeito passivo), essa conduta deixou de ser punida face à apontada restrição do crime de lenocínio.

Se, porém, essa conduta for praticada, por exemplo, por meio de violência, o agente será punido pelo crime de tráfico de pessoas previsto no artigo 160.º, n.º 1-a) do CP, na medida em que, por essa forma, esteja a aliciar a vítima para "fins de exploração sexual".

Repare-se que, estando em causa o lenocínio qualificado previsto no artigo 169.º, n.º 2 do CP, pode ocorrer uma situação de concurso com o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual previsto no artigo 160.º, n.º 1 do mesmo código⁷⁴.

E, não vamos aqui discutir se há ou não algum desajustamento na moldura abstracta cominada no n.º 1 do artigo 160.º, para o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual (moldura abstracta de pena de prisão de três a dez anos) e a do crime de lenocínio qualificado previsto no artigo 169.º, n.º 2 (moldura abstracta de pena de prisão de um a oito anos).

Assim como não vamos fazer referência à ausência de implementação no terreno de um plano nacional específico direccionado para a protecção (por meios não penais) real e eficaz de quem se dedica à prostituição⁷⁵.

Nem sequer iremos entrar na querela de saber se haverá limites (ou se terão de ser impostos) para a pessoa (adulto) que quer converter o seu corpo em mercadoria.

O que é certo, porém, é que permanece válida a crítica no sentido de a conduta descrita no n.º 1 do artigo 169.º do CP (tal como se mostra configurada) dever ser descriminalizada por continuar a ser "um crime sem vítima", onde se protege um bem transpessoal na medida em que na sua descrição não há qualquer forma de pressão sobre a pessoa, não há qualquer acto de coacção⁷⁶ ou equiparado, ao contrário do que sucede no n.º 2 do mesmo preceito legal.

Essa crítica é reforçada hoje em dia, tendo presente a nova configuração do crime de tráfico de pessoas previsto no artigo 160.º, n.º 1 (através de um dos meios típicos aí descritos, o sujeito

⁷⁴ E, aqui, haverá que ponderar se as duas incriminações em questão protegem bens jurídicos distintos (verdadeiro concurso) ou se o bem jurídico protegido no crime de tráfico de pessoas, na vertente da exploração sexual da vítima, abrange, consome o da liberdade sexual subjacente ao crime de lenocínio (caso em que o concurso será aparente, não obstante cada um dos crimes em questão estar inserido em capítulos distintos; a circunstância de estarmos em presença de bens jurídicos diferentes, não afasta a possibilidade de, num deles, - o da liberdade de acção - estar abrangido o outro - o da liberdade sexual).

⁷⁵ Não desconhecemos o I Plano Nacional Contra o Tráfico de Seres Humanos (2007-2010), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2007, DR I Série de 22/6/2007.

⁷⁶ Defendendo a descriminalização no que se refere a essa conduta, correspondente ao antigo artigo 170.º, n.º 1 do CP, RODRIGUES, Anabela, *Comentário Conimbricense*, tomo I, pp. 519 e 520.

activo "oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual..."), enquanto crime de execução vinculada, não distinguindo se a conduta proibida é praticada em território nacional ou em país estrangeiro.

De resto, foi melhorada a redacção do n.º 2 do artigo 169.º do CP, tornando-se mais fácil a identificação das circunstâncias que qualificam o crime de lenocínio.

Aliás, com a nova técnica utilizada pelo legislador, à excepção dos crimes de coacção sexual e de violação (funcionando o primeiro como tipo fundamental e o segundo como tipo qualificado), as demais incriminações previstas nos artigos 165.º a 169.º do CP, passaram a prever individualmente no n.º 1 o tipo legal fundamental (o tipo básico) e no n.º 2 o mesmo tipo legal mas, na sua forma qualificada (a forma especial do mesmo crime), tendo em atenção a maior censura que devem merecer as agressões mais intensas ao respectivo bem jurídico protegido (bem jurídico que, em cada um dos tipos legais, vai assumindo diversos contornos mas que sempre se reconduz à liberdade e autodeterminação sexual).

c) O crime de importunação sexual (artigo 170.º do CP)

O conteúdo do ilícito ("Quem, importunar outra pessoa, praticando *perante* ela actos de carácter exibicionista") previsto no anterior crime de "actos exibicionistas" (então artigo 171.º) – que naturalmente perde autonomia – transfere-se para a descrição típica do agora designado crime de "importunação sexual" (artigo 170.º), o qual passa, também, a abranger a conduta de constranger outra pessoa "a contacto de natureza sexual".

Enquanto a primeira conduta descrita no tipo assenta na ausência de contacto físico entre os sujeitos activo e passivo (daí a referência "perante"), a segunda já o exige, uma vez que tem de haver um constrangimento a contacto de natureza sexual.

Etimologicamente, a palavra importunar também pode significar "molestar", "ofender"⁷⁷.

Mas, a verdade é que no tipo em análise essa ofensa passou a incluir ainda uma agressão de natureza sexual obtida através de um constrangimento. Uma ofensa pode sempre ser praticada sem constrangimento (é o que se passa, por exemplo, com o crime de ofensa à integridade física previsto no artigo 143.º do CP).

E, o constrangimento já é uma forma de coacção. Repare-se que, quando há constrangimento à prática de actos relacionados com o sexo, como sucede claramente nas previsões dos artigos

⁷⁷ Consultando, por exemplo, a *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, Vol. XIII, Lisboa e Rio de Janeiro: Editorial Enciclopédia, Limitada, 1978, p. 580, a palavra *importunação* significa "acção ou efeito de importunar. Incómodo, aborrecimento, coisa que molesta e cansa". Também pode usar-se a palavra *importunação* com o sentido de "insistência, instância tenaz, prolongada", ou como "exigência, imposição" ou até como "impertinência". Mas, claro, tudo depende do contexto em que essa palavra é utilizada. Por seu turno, a palavra *constrangimento* significa (Vol. VII, p. 509) "acção ou efeito de constranger. Aperto; incómodo". Também pode significar "opressão; mal-estar" ou "violência que se emprega com alguém para o obrigar a fazer alguma coisa ou impedir que faça o que pretende".

163.º e 164.º do CP, o legislador não utiliza o *nomem iuris* de importunação sexual, mas antes de "coacção sexual" e de "violação".

Portanto, podíamos sustentar que a exigência de constrangimento ultrapassa o elemento do tipo "importunar" e, nessa medida, a epígrafe usada é pouco rigorosa, não havendo adequação entre o conceito de importunar e o de constranger.

Diríamos então que essa designação (importunação sexual) desta nova incriminação ficava aquém do seu conteúdo na medida em que (além do mais), etimologicamente, não se adivinhava que nela se iria incluir ainda o constrangimento a contacto de natureza sexual.

Olhando às modalidades da acção, verificamos que o legislador prevê no mesmo preceito duas condutas distintas, cujo elo de ligação (ou seja, o seu tratamento conjunto na mesma incriminação) apenas se justifica pela falta de coragem para descriminalizar os chamados "comportamentos exibicionistas".

É que ficar importunado por ter de presenciar "actos de carácter exibicionista"⁷⁸ (mesmo sendo-lhe dirigidos) significa que a vítima ficou chocada com o que observou, o que se prende com a sua liberdade de acção (com a sua esfera pessoal íntima) mas não ofende directamente a sua liberdade sexual, quando se trata de um adulto.

Por isso é discutível incriminar a prática de actos de carácter exibicionista, quando a exibição é feita perante adultos (pessoas capazes de maior idade), uma vez que são mais razões de intimidade, até de ordem moral que estão em causa e não propriamente a liberdade sexual do "observador", ainda que se encontre em situação de menor defesa.

Atualmente, não se descortinam razões de política criminal que justifiquem criminalizar condutas que, para adultos capazes, não representam mais do que presenciar, de surpresa, situações desagradáveis.

Como diz Muñoz Conde⁷⁹ «a exibição de órgãos genitais não tem que ser mais desaprovada do que a de outras partes do corpo, salvo quando se realizem em contexto sexual susceptível de afectar algum bem jurídico de carácter individual, como a "indemnidade" sexual⁸⁰ de menores ou incapazes.»

Normalmente no exibicionismo está em causa um determinado tipo de autor, que sofre de perturbações sexuais e como tal carece de tratamento (e não propriamente de uma pena),

⁷⁸ E, claro, não se pode confundir a prática de "actos de carácter exibicionista" com comportamentos grosseiros, como, por exemplo, os que decorrem da circunstância de um homem estar a urinar para uma Parede, pensando que ninguém o está a ver...

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 237. Repare-se que, em Espanha, o delito de exibicionismo e provocação sexual, previsto no artigo 185.º do CP, tem em vista a protecção de menores e incapazes e já não de adultos.

⁸⁰ "Indemnidade" sexual que é o mesmo que intangibilidade sexual ou falta de capacidade de determinação sexual, quando associados a vítimas menores ou incapazes.

havendo aqui o risco de uma aproximação a um tipo de direito penal de autor⁸¹, em que a razão de ser da incriminação aparece ligada à personalidade e modo de vida de um determinado agente, em vez de aparecer ligada à acção concreta.

O que também indicia que, nesses casos, a solução deveria ser encontrada com recurso a meios não penais.

Mas, a manter-se essa tradição de censurar perniciosamente o exibicionismo, enquanto crime contra a liberdade sexual da secção I, então o mesmo apenas deveria ser punido com pena de multa⁸² e, já não com pena de prisão, por esta ser manifestamente desproporcionada em relação ao desvaler da conduta, quando em causa estiverem vítimas de maior idade.

A propósito do anterior crime de "actos exhibicionistas", já Anabela Rodrigues⁸³ chamava à atenção que, apenas devia ser criminalizado "o acto dito exhibicionista" quando, "representa, para a pessoa perante o qual é praticado, um perigo de que se lhe siga a prática de um acto sexual que ofenda a sua liberdade de autodeterminação sexual por forma a constituir crime. Só assim se pode dizer que é a liberdade sexual da pessoa visada com o acto exhibicionista, já quando esta liberdade está em perigo, que a incriminação visa proteger".

Parece, pois, que se estaria a tutelar «um interesse demasiado longínquo e incerto» (até directamente mais relacionado com um bem jurídico distinto, que é o da liberdade pessoal), o que colocava em causa não só a sua relevância, como a dignidade e a necessidade de uma tutela jurídico-penal. Mesmo considerando tratar-se de uma antecipação da tutela penal da "liberdade sexual da pessoa visada", que estava em perigo, sempre seria de questionar qual era o momento adequado, do perigo para o bem jurídico protegido, que justificava a incriminação desse comportamento exhibicionista (face à não referência aqui a um constrangimento, apesar da exigência do elemento típico "importunar").

Não obstante essa interpretação do anterior tipo legal (única forma de o justificar), o legislador não o restringiu, por exemplo, apenas aos casos em que as vítimas fossem menores de certa idade ou incapazes.

Tão pouco alterou a sua configuração, punindo apenas "aquele que, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, constrangesse outra pessoa a assistir a comportamentos de natureza sexual por si ou por terceiros praticados", o que ainda assim justificaria a sua inserção na área dos crimes contra a liberdade pessoal, por significar um atentado à esfera pessoal, íntima do sujeito passivo.

⁸¹ A propósito desta questão – direito penal de facto e direito penal de autor – ver ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, vol. I, pp. 176-189. Esclarece este Autor, ob. cit., p. 177, «que o princípio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* favorece mais o desenvolvimento de um direito penal de facto do que um direito penal de autor (...). Assim, (...) um ordenamento jurídico que se baseie nos princípios próprios de um Estado de Direito liberal inclinar-se-á sempre para um direito penal de facto».

⁸² À semelhança, aliás, do que se passa, por exemplo, na Suíça (cfr., artigo 194.º do CP, que prevê ainda a possibilidade de suspender o procedimento, se o agente se submeter a tratamento médico).

⁸³ RODRIGUES, Anabela, *Comentário Conimbricense*, tomo I, p. 534.

A opção legislativa seguida pela Lei n.º 59/2007 foi, por um lado, manter a criminalização dos "actos exibicionistas" e, por outro lado, acrescentar uma outra modalidade da acção, que não lhe é equiparável na medida em que já consubstancia uma agressão (constrangimento) de natureza sexual. Claro que, naturalisticamente, perante a importunação sexual através da prática perante a vítima do dito acto de carácter exibicionista, pode acontecer que lhe venha a suceder o constrangimento à prática de contacto de natureza sexual.

Mas, a concretização desta segunda modalidade de acção apontava precisamente para a necessidade e conveniência de descriminalizar a conduta que integrava o anterior crime de "actos exibicionistas" quando em causa estão pessoas adultas.

É que tudo se passa como se na mesma incriminação se previsse a prática de actos preparatórios e de actos de execução que, todavia, acabam por integrar (qualquer deles) a consumação do crime, sendo ambos aqui punidos igualmente, "com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal".

Obviamente que se o agente concretizar o constrangimento a contacto de natureza sexual, assim importunando a vítima, não faz sentido punir autonomamente o "acto de carácter exibicionista" previamente praticado perante ela.

A prática desse acto de carácter exibicionista funciona então como um acto preparatório do efectivo constrangimento a contacto de natureza sexual. Só assim não será se, no caso concreto, a importunação através da prática, perante a vítima, de acto de carácter exibicionista possuir um desvaler autónomo, apesar do constrangimento a contacto de natureza sexual ter chegado depois a consumir-se; mas isso só pode suceder quando aquele acto de carácter exibicionista não puder ser visto como integrando o processo que conduziu ao contacto de natureza sexual⁸⁴.

Também, se houver a importunação através do constrangimento a contacto de natureza sexual e, de imediato, se lhe seguir uma importunação através da prática, perante a vítima, de acto de carácter exibicionista (acto este que, em abstracto, nunca é de superior gravidade ao constrangimento a contacto de natureza sexual, sendo até por este consumido), este facto posterior não deverá ser punido autonomamente, enquanto estiver integrado na punição do facto principal (isto é, na punição do referido constrangimento consumado).

Assim, até parece que a punição autónoma do acto de carácter exibicionista só existe quando, embora represente "o perigo que se lhe siga a prática de um acto sexual" que ofenda a liberdade sexual do sujeito passivo, todavia, não se lhe segue a prática desse acto sexual, ou seja, não se lhe segue o constrangimento a contacto de natureza sexual.

⁸⁴ Ver, por exemplo, a sentença de 27/11/2001, proferida no processo n.º 21/2000 do Tribunal Judicial da Sertã, publicada na *Sub Judice* 26 (Outubro/Dezembro), 2003, pp. 177 a 183. No caso de acto exibicionista perante menor ver, na mesma revista, pp. 185 e a186, o Ac. de 13/11/2002, proferido no processo n.º 1234/01-9GBMTS do Tribunal Judicial de Matosinhos.

O que seria um contra senso, embora mostrasse melhor a falta de dignidade penal dessa conduta que consiste em importunar, praticando, perante a vítima maior, acto de carácter exibicionista.

Aliás, a prática subsequente, ao acto de carácter exibicionista, de qualquer outro crime contra a liberdade sexual (da secção I que é o que estamos a tratar aqui), integrará um concurso aparente (ou seja, a punição far-se-á pelo crime mais grave, desde que aí se inclua a realização do crime menos grave)⁸⁵.

Ora, não deixa de ser estranha esta nova técnica de combinar e tratar conjuntamente, no mesmo tipo legal, de forma híbrida, modalidades da acção que tanto podem configurar "um crime de perigo concreto para a liberdade sexual da pessoa"⁸⁶ (embora exigindo o resultado de a vítima ser importunada com a prática de actos de carácter exibicionista), como um crime claramente de dano ou de resultado (no que respeita à importunação alcançada com o constrangimento a contacto de natureza sexual).

Além disso, não é lógico, nem coerente a conciliação. na mesma incriminação, dessas duas modalidades de acção, quando a primeira (importunação com a prática de actos de carácter exibicionista perante a vítima) protege de forma mais distante a liberdade sexual uma vez que o que está verdadeiramente em causa é a "liberdade pessoal de acção ou omissão"⁸⁷ da pessoa que assiste àquele acto de carácter exibicionista, o que (a incriminar essa conduta, por a vítima, contra a sua vontade, não poder evitar que o acto fosse praticado perante ela) deveria conduzir à sua autonomização, nova configuração e inserção sistemática no capítulo IV (dos crimes contra a liberdade pessoal).

Por isso, cremos que esta nova incriminação (ao menos tal como se mostra configurado o tipo legal), acaba por realçar a necessidade de descriminalizar a conduta relativa à prática de actos de carácter exibicionista, quando a vítima é pessoa adulta (não nos vamos debruçar aqui sobre as vítimas menores ou incapazes).

Porém, o que se diz na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 98/X é que o dito crime de importunação sexual é criado "para garantir a defesa plena da liberdade sexual" e "que abrange, para além do exibicionismo, o constrangimento a contactos de natureza sexual que não constituam actos sexuais de relevo".

Assim, embora o legislador não defina "actos de carácter exibicionista", nem concretize a que tipo de "contacto de natureza sexual" se refere, já sabemos que a intenção foi a de punir o constrangimento a contacto de natureza sexual, contacto esse que não assuma a gravidade do "acto sexual de relevo".

Mas, essa informação nem era necessária visto que, no próprio desenho típico da incriminação (artigo 170.º), não se previa o "constrangimento à prática de acto sexual de relevo" e, tão

⁸⁵ RODRIGUES, Anabela, ob. cit., p. 540.

⁸⁶ RODRIGUES, Anabela, ob. cit., p. 534.

⁸⁷ RODRIGUES, Anabela, ob. cit., p. 537.

pouco se concretizavam aqueles quatro tipos de actos sexuais de relevo considerados como os mais graves.

De resto, não sendo as agravantes previstas no artigo 177.º, n.ºs 3 e 4 do CP aplicáveis ao crime de importunação sexual, também por aí se poderia chegar à conclusão que esse contacto de natureza sexual não podia ser tão grave como o mais simples acto sexual de relevo.

Aceitando a definição de Anabela Rodrigues⁸⁸ para a prática de "actos de carácter exibicionista", no sentido de envolverem "a prática de actos – ou gestos – relacionados com o sexo", importa caracterizar minimamente este novo conceito designado como "contacto de natureza sexual".

E, continuando a ter em vista a tal "inserção sistemática do crime", também podemos afirmar que "contacto de natureza sexual" é a prática, no corpo do sujeito passivo, de um acto (que associada ao constrangimento significa uma ofensa) com significado sexual.

Mas, voltando à justificação apresentada na Exposição de Motivos, quando se refere ao "constrangimento a contactos de natureza sexual que não constituam actos sexuais de relevo" não resistimos a criticar essa fórmula infeliz de exprimir a inovação introduzida quanto a esta incriminação.

Com efeito, a partir desse segmento do texto da dita Proposta de Lei, poder-se-ia fazer a seguinte leitura, que nos leva a esta interrogação: se os contactos de natureza sexual são aqueles que não constituam actos sexuais de relevo, então como justificar a incriminação?

É que não se tratando de uma ofensa grave ao bem jurídico da liberdade de determinação sexual então a mesma não tem dignidade suficiente para merecer a tutela penal, conhecida a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Mas, não terá sido essa a intenção governativa, não obstante a aparente contradição apontada.

O que se pretendeu transmitir (embora de forma algo imperfeita) foi que esse constrangimento a contacto de natureza sexual constituía ainda uma ofensa com significado sexual, cujo relevo merecia também a tutela penal, embora esse contacto não fosse tão grave como o do simples (por contraposição ao qualificado) acto sexual de relevo.

Por isso, não obstante a intenção que presidiu à criação desta nova categoria de acto sexual, o legislador não transpôs para a norma que se tratava de "contacto de natureza sexual que não chegasse a constituir acto sexual de relevo".

⁸⁸ RODRIGUES, Anabela, ob. cit., p. 533. Claro que, como assinala MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 238, há que distinguir do acto de carácter exibicionista, por exemplo, o caso do transeunte que, sem qualquer intenção de ofender a liberdade sexual, urina na via pública ou o daquela pessoa que toma banhos de sol no seu terraço privado completamente nua.

De qualquer forma, com esta nova figura, os actos com significado sexual que merecem a tutela do direito penal, atenta a distinta gravidade que representam em relação ao bem jurídico protegido, podem assumir agora uma das três seguintes categorias (em ordem crescente à medida que a ofensa à liberdade e autodeterminação sexual vai sendo mais intensa):

1. Em primeiro plano (representando os actos menos graves) e, no mesmo patamar, estão os "actos de carácter exibicionista" e "o contacto de natureza sexual";
2. Em segundo plano está o simples "acto sexual de relevo"; e
3. Em terceiro plano, os actos sexuais de relevo mais graves, a saber, a cópula, o coito anal, o coito oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Estas três categorias de actos, a partir do momento em que para o legislador assumem dignidade punitiva, merecem naturalmente censuras diferentes.

A razão de ser desta incriminação está na opção político-criminal (adequada ou não) de considerar digno de tutela penal, a importunação, quer com a prática, perante outra pessoa, de actos de carácter exibicionista, quer com o constrangimento a contacto de natureza sexual. Independentemente de o aplicador de direito ter de acatar esta opção do legislador, não deixaremos de expor as nossas críticas.

Essa opção (afirmação da dignidade punitiva), é de sentido contrário à tomada dez anos antes pelo legislador, quando rejeitou⁸⁹ a Proposta de Lei n.º 80/VII, de 11 de Abril de 1997, cujo artigo 171.º (actos atentatórios do pudor e actos exibicionistas) pretendia também punir a prática de actos sexuais (ali designados como actos atentatórios do pudor) com a vítima, como recorda Anabela Rodrigues⁹⁰.

Será que então, passados doze anos sobre a revisão aprovada pelo DL n.º 48/95 de 15 de Março, esta nova configuração do crime de importunação sexual, fazendo apelo a um constrangimento contido, justifica a incriminação dos comportamentos ali descritos?

Repare-se que a exigência clara de constrangimento reporta-se directamente (apenas) ao contacto de natureza sexual e não à prática perante a vítima de actos de carácter exibicionista.

E, ainda que se possa interpretar que a exigência legal de que o agente importune outra pessoa encerra a ideia de a vítima ser sujeita (obrigada) a presenciar o acto, contra vontade, a verdade é que o constrangimento implica algo mais do que o importunar e, por isso, também se distingue deste (o que, aliás, agora, resulta nitidamente do próprio preceito legal que utiliza esses dois termos de forma distinta).

Claro que, a conduta de importunar, atenta a configuração do tipo (até comparando com o disposto no artigo 171.º, n.º 3-a) do CP), inclui a prática de qualquer dos actos previstos no

⁸⁹ Rejeição na generalidade, com votos contra do PSD, do CDS-PP, do PCP e de Os Verdes e votos a favor do PS, conforme DAR I Série n.º 79 de 6/6/1997, p. 48.

⁹⁰ RODRIGUES, Anabela, ob. cit., p. 535.

artigo 170.º e, assim, importunar outra pessoa tanto pode significar praticar perante ela actos de carácter exibicionista, como constrangê-la a contacto de natureza sexual.

Aliás, era a exigência de importunação que, no anterior crime de "actos exibicionistas" emprestava gravidade suficiente à conduta descrita no tipo para se considerar como limitadora da liberdade de determinação sexual do "observador".

Hoje, tal como se mostra configurado o tipo do artigo 170.º do Código Penal, o elemento importunar é requisito essencial presente nas duas modalidades da acção nele incluídas.

Com efeito, o seu texto é claro nesse sentido (diferente seria se o artigo 170.º fosse do seguinte teor: "Quem importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exibicionista ou a constranger a contacto de natureza sexual...").

Assim, a segunda modalidade de acção incluída no crime previsto no artigo 170.º do CP só se consuma quando, além do constrangimento a contacto de natureza sexual, a vítima também ficar importunada.

O que não deixa de ser estranho uma vez que a exigência de "constrangimento" tem uma carga e significado muito superior ao de "importunar".

Ou seja, na segunda modalidade de acção incluída no artigo 170.º era perfeitamente prescindível a exigência de "importunar" a vítima.

Isso significa que o âmbito de protecção da norma, acaba por ser limitada (pela exigência da importunação também quanto à segunda modalidade de acção), embora de forma algo contraditória na medida em que então o constrangimento a contacto de natureza sexual só por si não será bastante para justificar a punição.

E, então, podemos ter situações em que haja constrangimento a contacto de natureza sexual, mas, porque tal não significou importunação para a vítima, essa conduta não é punida pelo crime previsto no artigo 170.º do Código Penal.

O que, até pela lógica, deixa transparecer alguma incoerência interna na própria modelação concreta do tipo legal em questão.

Além disso, anote-se que, ao contrário do que sucede noutros tipos legais (*v.g.* crimes de coacção, de coacção sexual e de violação, onde também se exige o constrangimento), no crime de importunação sexual não se indicam os meios de execução que levam ao constrangimento.

Constrangimento que supõe sempre coacção, mas em geral, obtida através de determinados meios que são especificados na lei.

Ora, ao não se especificar os concretos meios de execução, está a admitir-se que o constrangimento seja obtido por qualquer meio.

A incerteza que resulta da não especificação dos meios típicos que levam ao constrangimento, tornam difícil apurar quando é que o mesmo ocorre⁹¹. Mas, uma coisa é certa: se o constrangimento a contacto de natureza sexual ocorrer por meio de violência ou de ameaça com mal importante, então o agente passa a ser punido pelo crime de coacção previsto no artigo 154.º, n.º 1 do CP, que aqui está numa relação de especialidade em relação ao crime de importunação sexual e cuja moldura abstracta é mais grave do que a deste último.

De qualquer forma, com as diferentes exigências legais (consoante os tipos legais em questão), para que se considere verificada uma situação de constrangimento, sobressai ou sobra uma certa desarmonia em relação ao espírito do legislador das anteriores reformas.

Este contido alargamento da área de tutela típica (sob o pretexto de assim se "garantir a defesa plena da liberdade sexual") do crime de importunação sexual, recorda os antigos crimes de atentado ao pudor (artigo 206.º, n.º 2 do CP na versão aprovada pelo DL n.º 400/82 de 23 de Setembro⁹²) ou até mesmo de ultraje público ao pudor (artigo 212.º do CP na mesma versão de 1982⁹³), quando funcionavam como crimes residuais dos restantes crimes sexuais, por natureza mais graves.

Ou seja, antigamente, nesta área dos crimes sexuais, a conduta era sempre punida, quanto mais não fosse, pelos crimes de atentado ao pudor ou de ultraje público ao pudor.

Essa lembrança, não sucede por mera extravagância, mas antes porque não se mostra suficientemente justificada a incriminação da "importunação sexual".

⁹¹ Até se poderia questionar se, esta modalidade de acção, no crime de importunação sexual, não terá sido construída de forma a afrontar o princípio da tipicidade por, nessa parte, a sua configuração ser demasiadamente vaga e genérica e, portanto, não cumprir o dever de especificar (descrever no tipo legal) suficientemente os factos merecedores de censura penal.

⁹² Artigo 206.º (*atentado ao pudor em pessoa inconsciente*) do CP na versão de 1982:

1 - Quem praticar atentado ao pudor relativamente a pessoa inconsciente, incapaz de resistir fisicamente ou portadora de anomalia psíquica, que lhe tire a capacidade para avaliar o sentido moral do atentado ao pudor ou se determinar de harmonia com essa avaliação, será punido com prisão até 3 anos.

2 - Quem, independentemente das circunstâncias previstas no n.º 1 do artigo 205.º e no número anterior, praticar atentado ao pudor contra menor de 16 anos será punido com prisão até 1 ano.

Por seu turno, estabelecia o artigo 205.º (*atentado ao pudor com violência*) do mesmo código:

1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a tornar inconsciente ou a ter posto na impossibilidade de resistir, praticar contra outra pessoa atentado ao pudor, será punido com prisão até 3 anos.

2- Na mesma pena incorre quem, independentemente dos meios empregados, praticar atentado ao pudor contra menor de 14 anos.

3 - Entende-se por atentado ao pudor o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual.

⁹³ Artigo 212.º (*exibicionismo e ultraje público ao pudor*) do CP na versão de 1982: Quem, publicamente e em circunstâncias de provocar escândalo, praticar acto que ofenda gravemente o sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias. E, dispunha o artigo 213.º (*ultraje ao pudor de outrem*) do mesmo código:

1 - Quem ofender outra pessoa, praticando com ela, ou diante dela, acto atentatório ao seu pudor, será punido com prisão até 6 meses e multa até 60 dias.

2 - O procedimento criminal depende de queixa.

Com efeito, se podemos compreender essa incriminação quando estão em causa menores de certa idade (na medida em que nessa área o bem jurídico típico assume uma natureza complexiva específica porque aparece associado ao desenvolvimento da personalidade do menor, a qual se encontra em fase de crescimento e de maturação, pretendendo-se acautelar particularmente a futura plena capacidade de autodeterminação sexual do menor) ou incapazes (estes porque privados da capacidade de autodeterminação sexual), a verdade é que tal como está descrito o tipo legal previsto no artigo 170.º do CP, suscitam-se dúvidas se, afinal, o que se está a proteger é a sociedade e as suas valorações e representações colectivas, em vez de ser o próprio indivíduo.

Será que se justifica esta "válvula de segurança" do crime de importunação sexual em relação a adultos capazes?

Esta opção legislativa não será o resultado de uma «Visão paternalista» do Estado, esquecendo que o direito penal é um instrumento de tutela subsidiária de bens jurídicos?

Não estará por essa via o sistema penal a restringir mais a liberdade sexual da pessoa do que o próprio sistema social?

Claro que, em sentido contrário, sempre se poderá dizer que esta incriminação está justificada por, em parte (pelo menos quanto à segunda modalidade da acção), assentar na exigência do constrangimento.

Justificação que, ainda poderá encontrar algum suporte, nessa exigência do constrangimento a contacto de natureza sexual, na medida em que, por essa via, limita, de forma minimamente proporcionada (apesar da não concretização dos meios de acção que levam ao constrangimento), a tutela penal a conceder ao bem jurídico-penal da liberdade sexual.

Mas, podendo esse constrangimento a contacto de natureza sexual ser alcançado por qualquer meio de execução (até por meios de execução menos graves do que os previstos no crime de coacção, sendo estes, por sua vez, menos amplos do que os mencionados nos crimes de coacção sexual e de violação) será que, dessa forma, o resultado do comportamento danoso na esfera sexual da vítima de maior idade é suficientemente grave para levar à criminalização?

Ou seja, será que a necessidade de tutela acrescida da liberdade sexual justifica que seja indiferente o meio pelo qual se alcançou o constrangimento a contacto de natureza sexual?

E, será que dessa forma fica melhor garantida a pretendida tutela adicional?

Repare-se que o contacto de natureza sexual até pode ser concretizado, não através de constrangimento, mas de um abuso de pessoas indefesas de maior idade (v.g. pessoa incapaz de resistência, pessoa internada).

Sendo o abuso, nesses casos (distinto, portanto, do abuso de autoridade enquanto meio de execução por exemplo da coacção sexual ou da violação), diferente do constrangimento

(porque antes traduz o aproveitamento de um estado, de uma incapacidade, das funções do agente ou do lugar onde a pessoa internada se encontra, em particulares situações), como justificar, aí, a não punibilidade do contacto de natureza sexual assim cometido?

Deixa de fazer sentido dizer-se que, por esta via, se pretende tutelar de forma acrescida a liberdade sexual ("garantir a defesa plena da liberdade sexual"), quando se deixam de fora contactos de natureza sexual obtidos por meio de abuso de pessoas indefesas de maior idade (v.g. pessoa incapaz de resistência. pessoa internada).

Por outro lado. será que um contacto de natureza sexual cometido de surpresa preenche a exigência do constrangimento?

Estou a lembrar-me daquele caso de um indivíduo que meteu a mão por baixo da T-shirt que uma rapariga de 14 anos trazia vestida, tendo-lhe apalpado os seios, contra a vontade dela.

A Relação de Coimbra⁹⁴ entendeu que essa conduta havia sido cometida com violência e integrava o crime de coacção sexual previsto no artigo 163.º do CP. Diz-se, nessa decisão, que "a actuação do arguido encerra uma sujeição psíquica, uma humilhação, sempre algo de surpresa, porque não houve consentimento da ofendida".

Parece, assim, que foi o movimento rápido e de surpresa levado a cabo pelo arguido, que motivou o enquadramento dos factos no conceito de violência.

E, independentemente de se poder discutir se esse acto integra um acto sexual de relevo ou não (agora até um "contacto de natureza sexual"), não se pode deixar de criticar esta decisão uma vez que, tudo indica que se confundiu o imprevisto (surpresa) com a violência e, esta, com a falta de consentimento, quando é certo que se tratam de conceitos distintos e diversos.

Será que hoje o apalvão ou o beliscão, praticados em zona erógena, mas de surpresa, por exemplo no metro, em hora de ponta, integra o crime de previsto no artigo 170.º do CP?

Ou, em vez do apalvão, o caso do agente que, aproveitando o aglomerado de pessoas, numa festa popular, encosta o seu corpo ao de outra pessoa em busca de excitação sexual⁹⁵.

⁹⁴ Ac. do TRC de 12/1/96, CJ 1996, I, 35.

⁹⁵ Segundo o DSM.IV:TR, p. 570, "o foco parafílico do Frotteurismo implica tocar e roçar-se num sujeito que o não consente. O comportamento ocorre habitualmente em lugares com muitas pessoas das quais pode fugir mais facilmente à detenção (...) O sujeito roça os seus genitais nas coxas ou nádegas da vítima ou acaricia com as mãos os genitais ou os seios de uma mulher. Enquanto faz isso fantasia habitualmente uma relação possível exclusiva e carinhosa com a vítima. No entanto, reconhece que para evitar um procedimento criminal tem de evitar ser detectado depois de tocar a sua vítima. Habitualmente a perturbação inicia-se na adolescência. A maioria dos actos de roçar que ocorrem quando o sujeito tem entre 15 e 25 anos de idade, após o que há uma redução gradual na sua frequência".

Claro que sempre podíamos dizer que esse tipo de actos em si contendem mais com a intimidade de cada pessoa, do que propriamente com a sua sexualidade, não obstante a zona erógena tocada.

Mas, a resposta irá depender do contexto e circunstâncias em que tudo se passa e da gravidade e intensidade do acto praticado, consoante tenha ou não capacidade para afectar de forma relevante a liberdade sexual do sujeito passivo.

De qualquer modo, colocam-se aqui duas questões, quanto a este tipo de contactos físicos, partindo da ideia de que para efeitos deste crime (artigo 170.º), contacto significa "tocar" e, portanto, tem de ser físico:

- Por um lado, saber se o acto praticado integra o conceito de contacto de natureza sexual;
- E, por outro, apurar se o aproveitamento desse aglomerado de pessoas para de surpresa praticar esse tipo de actos equivale a constrangimento.

O contacto físico com a vítima acarreta já por si um perigo para a sua liberdade de determinação.

Quanto à classificação do acto (contacto, toque) praticado terá de estar objectivamente relacionado com a esfera sexual da pessoa (sujeito passivo) para ser considerado com significado e, portanto, de natureza sexual.

Estará excluído do tipo legal previsto no artigo 170.º do CP todo o contacto físico que não assuma essa natureza sexual, tendo em vista o bem jurídico protegido.

Importa também tratar como atípicos aqueles actos que mais não representam do que uma "grosseria" ainda que com foros de natureza sexual⁹⁶.

Igualmente os contactos de natureza sexual insignificantes ou irrelevantes deverão ser excluídos, em nome do princípio da significância.

O mesmo deve suceder com aqueles contactos que são socialmente tolerados.

Efectivamente, uma determinada conduta pode, na sua literalidade, ser considerada típica, mas não ser punida por também ser socialmente adequada (o que tem a ver com a tolerância social e com a sua insignificância)⁹⁷.

⁹⁶ Parece-nos claro que os "piropos" (cfr. Parecer da ASMJP, de Setembro de 2006), mais ou menos grosseiros, não implicam "contacto" com o sujeito passivo. Quando muito, dependendo do seu teor, podem integrar crime de injúria.

⁹⁷ Isto, não obstante, ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, vol. I, pp. 292-297, concluir que a teoria da adequação social apesar de «[perseguir] o objectivo, em si mesmo correcto, de eliminar do tipo condutas não correspondentes ao específico tipo (classe) de ilícito, não constitui um "elemento" especial de exclusão do tipo e inclusivamente como princípio interpretativo pode ser substituído por critérios mais precisos».

A primeira dificuldade que encontramos é, assim, distinguir os contactos de natureza sexual relevantes dos irrelevantes.

Importa, por isso, saber que tipo de contacto de natureza sexual representa um perigo grave para a liberdade sexual da vítima.

E, essa distinção não pode ser feita partindo dos critérios da vítima, nem olhando aos motivos do agente e tão pouco apelando a representações colectivas de qualquer moralidade.

Antes terão de ser perspeccionados em termos objectivos, para que haja a necessária segurança jurídica nesta matéria.

O contacto considerado de natureza sexual para ter dignidade penal, portanto, para ser tipicamente relevante, deverá consistir numa conduta lesiva que assuma algum relevo, que tenha algum significado, que atinja aquele "limiar mínimo de danosidade social".

Ou seja, para ser um contacto de natureza sexual relevante tem de representar um ataque à liberdade sexual da vítima que assuma uma certa gravidade (e isto, atenta a natureza subsidiária do direito penal e a intenção do legislador, ao conformar os crimes sexuais, de proteger de forma fragmentária a liberdade e autodeterminação sexual).

Mas, a interpretação do que seja contacto de natureza sexual tipicamente relevante terá de ser distinta do conceito de acto sexual de relevo e não poderá esvaziar o conteúdo deste último.

Acto sexual de relevo que, na definição de Figueiredo Dias⁹⁸, será "todo aquele (comportamento activo, só muito excepcionalmente omissivo: talvez, p. ex., em certas circunstâncias, permanecer nu) que, de um ponto de vista predominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica", cujo relevo se traduz ou "representa um entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima".

Daí que se torne difícil estabelecer a fronteira entre o contacto de natureza sexual de relevo por um lado e, o acto sexual de relevo por outro.

A instantaneidade do contacto de natureza sexual isolado também lhe retira em princípio relevo.

O que lhe empresta relevo é o constrangimento.

Quanto ao constrangimento não me parece que possa ser confundido com a surpresa da conduta, nem tão pouco com a falta de consentimento (já suposta em princípio pelo agente, quando actua de surpresa, nessas circunstâncias, perante um estranho).

⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense*, tomo I, pp. 447 3 449.

Também não é pelo simples facto de uma pessoa ser sujeita inesperadamente a uma injúria, por exemplo, que passa a existir constrangimento. Por isso, como antes dizíamos, o constrangimento supõe coacção e, portanto, tratar-se-á de algo mais do que sujeitar-se (sem possibilidade de reagir dada a surpresa da conduta) a um contacto inesperado e instantâneo.

Assim, parece-nos que a instantaneidade e a surpresa do contacto de natureza sexual afastam por um lado a relevância desse contacto e, por outro, afasta a própria noção de constrangimento⁹⁹.

Isso não significa que a conduta não possa ser punida por outro tipo legal (tudo dependendo das particulares circunstâncias do caso concreto, pode por exemplo restar um crime de injúria por ter sido posta em causa a consideração devida àquela pessoa ou até sobrar um crime de ofensa à integridade física, no caso do beliscão).

De qualquer modo, o constrangimento, como acto de coacção implica uma agressão que visa a imediata prática daquele contacto de natureza sexual com outra pessoa (a tal relação meio/fim entre o constrangimento e o contacto de natureza sexual).

Qualquer dos meios típicos previstos nos crimes de coacção, coacção sexual ou violação levam ao constrangimento e também poderão ocorrer no crime de importunação sexual.

Mas, face à não limitação dos meios de execução (uma vez que não são indicados), muros existirão que levarão ao constrangimento típico previsto no artigo 170.º do CP.

A questão é saber que outros meios de acção são esses que assumem dignidade penal e são idóneos a criar uma situação de constrangimento. O que me parece é que não poderá haver confusão entre o conceito de constrangimento e outras descrições de condutas que não encerrem qualquer constrangimento (qualquer forma de coacção, de coarctar a liberdade sexual). Por exemplo, situações de engano, erro, manobras ardilosas ou fraudulentas (que têm capacidade para viciar a vontade e a liberdade de decisão da vítima), abuso da inexperiência, podendo ser aproveitadas pelo sujeito passivo, não equivalem a constrangimento.

Se a vítima for enganada e, por isso, aceitar o contacto de natureza sexual não há crime de importunação sexual.

O constrangimento é uma agressão, uma imposição, uma forma de pressão, que pressupõe que seja vencida a oposição (a reacção) oferecida pela vítima, por mínima que seja.

⁹⁹ Contudo, FONTÁN, María Viviana Caruso, *Nuevas Perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valência: Tirant lo blanch, 2006, p. 303, entende que os ataques de surpresa são similares ao uso de narcóticos, ambos impedindo a vítima de poder formar uma decisão, chegando a denominá-los como casos de “violência imprópria”. Nesta perspectiva poderiam conduzir ao constrangimento. Não se concorda com essa tese por afrontar o princípio da legalidade, quando na conduta em questão não tiver sido utilizado o meio de violência. Como di Figueiredo Dias, embora reportando-se ao crime de coacção sexual, *Comentário Conimbricense*, tomo I, p. 453, “actos sexuais súbitos e inesperados praticados sem ou contra a vontade da vítima, mas aos quais não preexistiu a utilização de um daqueles meios de coacção, não integram o tipo objectivo de ilícito”. Estas mesmas considerações têm plena aplicação, quando está em causa o crime previsto no artigo 170.º do CP.

Portanto, contende com a liberdade de acção e decisão e com a determinação da vontade da vítima, sendo uma forma de as limitar ou até anular.

Daí que, não obstante a exigência do constrangimento, que pode justificar pelo menos em parte o crime previsto no artigo 170.º do CP, a conclusão que no futuro se irá retirar é que pouco ou nada fica para punir com esta incriminação, tal como a mesma se encontra construída.

Assim, para saber se está perante um crime de importunação sexual que se traduza no constrangimento a contacto de natureza sexual, o intérprete terá de efectuar 5 operações, perguntando:

- (1) Houve contacto (toque) corporal, físico?
- (2) Esse contacto tem significado sexual, portanto, é de natureza sexual?
- (3) E é relevante na perspectiva do bem jurídico protegido, isto é, afecta de forma relevante a liberdade sexual da vítima, sem, contudo, assumir a gravidade do "acto sexual de relevo"?
- (4) O meio utilizado integra o conceito de constrangimento?
- (5) E essa conduta importunou a vítima?

Só respondendo positivamente a todas estas questões é que podemos concluir pela consumação do crime de importunação sexual.

Caso contrário (e não sendo a conduta punida por crime mais grave) não há crime de importunação sexual e a tentativa também não é punida.

Outra dificuldade que esta nova incriminação levanta tem a ver com a questão de saber se estará abrangido o constrangimento da vítima a praticar contacto de natureza sexual no agente ou em outrem ou o constrangimento ao autocontacto de natureza sexual.

A lei refere-se ao agente que importuna constrangendo a vítima a contacto de natureza sexual, não utilizando aqui a fórmula (como sucede nos crimes de coacção sexual e de violação) do agente "constranger a vítima a sofrer ou a praticar contacto de natureza sexual consigo ou com outrem".

Daí que não caiba no âmbito de protecção da norma situações em que o agente importune a vítima constrangendo-a a praticar contacto de natureza sexual em si próprio (no agente) ou em outrem.

Nesses dois casos, em que a vítima é importunada por ter sido constrangida a assumir um comportamento sexual activo (traduzido na prática de um contacto de natureza sexual no agente ou em outrem), apenas poderá verificar-se o crime de coacção previsto no artigo 154.º do CP, desde que preenchidos os demais elementos do tipo.

Resta a importunação através do constrangimento ao contacto de natureza sexual na própria vítima (autocontacto).

Por exemplo, o agente por meio de ameaça de matar alguém pertencente ao círculo existencial da vítima, constrange-a a, ela própria, com as suas mãos, tocar no seu corpo, de forma erótica, durante algum tempo para ser por ele observada.

Este acto forçado, que é um contacto da vítima em si própria e que tem natureza sexual (vamos colocar aqui entre parênteses a questão de saber se essa conduta se traduz também numa forma de humilhação ou de vexame ou então se tem já gravidade bastante para ser considerado como acto sexual de relevo), está abrangido no crime previsto no artigo 170.º do CP?

Ou será antes de exigir que seja o agente a praticar o contacto corporal de natureza sexual na vítima?

O crime do artigo 170.º do CP, tal como se mostra configurado nesta segunda modalidade de acção, exige um contacto de natureza sexual entre os sujeitos activo e passivo (do primeiro no segundo), o que exclui do seu âmbito o autocontacto (o mesmo se passando com o contacto com terceiro).

Como acima se deixou dito, também neste caso apenas poderá verificar-se (por sobrar o constrangimento) o crime de coacção previsto no artigo 154.º do CP, desde que preenchidos os demais elementos do tipo.

A intenção da norma incriminadora (artigo 28.º, n.º 1 do CP) leva à conclusão de que só são típicos (para efeitos do artigo 170.º do CP), os casos em que é o próprio agente que tem (executa) contacto de natureza sexual com a vítima.

Estamos, assim, em presença de um crime de mão própria, ficando excluída a possibilidade de co-autoria e de autoria mediata. Só a instigação e a cumplicidade são configuráveis nos termos gerais.

Por último, assinala-se que, quer o crime de importunação sexual, quer o crime de fraude sexual, tratados na Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto (define os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2007-2009, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, que aprova a lei Quadro de Política Criminal), como "pequena criminalidade", são objecto de orientações específicas que se destinam "a favorecer a reparação da ofensa causada à vítima do crime, a reintegração social do agente e a celeridade processual" (artigo 11.º-a) da citada Lei n.º 51/2007), devendo os Magistrados do Ministério Público privilegiar, "no âmbito das suas competências e de acordo com as directivas e as instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, a aplicação" das medidas previstas no artigo 12.º e de sanções não privativas de liberdade previstas no artigo 13.º da mesma Lei.

Entre as medidas indicadas no artigo 12.º da Lei n.º 51/2007 está precisamente a mediação penal.

Todavia, contraditoriamente, no artigo 2.º, n.º 3-b) da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho (cria um regime de mediação penal, em execução do artigo 10.º da Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativo ao estatuto da vítima em processo penal), exclui-se a mediação penal quando "se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual".

Ou seja, no espaço de pouco mais de dois meses, o legislador mudou de posição e ainda não teve o cuidado de voltar a alterar a Lei n.º 21/2007. Em conclusão: este crime de importunação sexual, tal como se mostra configurado, não será o sinal claro de uma criminalização excessiva quando a vítima é de maior idade?

É que esta incriminação, cuja punição não deixa de ser mais ou menos simbólica, parece ter uma eficácia preventiva duvidosa (se em causa estiverem adultos), acabando por poder ter um efeito contrário ao pretendido, na medida em que, de alguma forma, estigmatiza o que não devia ser estigmatizado.

De qualquer modo, será que, ainda assim, a própria moldura abstracta em si reduzida¹⁰⁰ poderá de alguma maneira «permitir uma intervenção ao nível dos motivos do comportamento sexual do agente»¹⁰¹ quando estão em causa os ditos "actos de carácter exibicionista"?

Nesse caso, não pelo comportamento sexual em si mas, por o mesmo consistir em meio utilizado pelo agente para satisfazer as suas fantasias sexuais, sabido que normalmente esses indivíduos não passam ao acto, isto é, "não há habitualmente qualquer tentativa para continuar a actividade sexual com o estranho"¹⁰².

Se assim for, pode indiciar-se que esse agente padece de transtornos psicopatológicos, que tem distorções cognitivas, o que deveria antes conduzir a uma intervenção que envolvesse, designadamente, apoio terapêutico (dependente do prévio consentimento), social e prestação de informação sexual.

¹⁰⁰ A própria Lei n.º 51/2007, de 31/8 reconhece que, nestes casos de pequena criminalidade, "a prisão efectiva não possui um efeito ressocializador".

¹⁰¹ RODRIGUES, Anabela, *Comentário Conimbricense*, tomo I, p. 536, argumentando ainda com «o conteúdo de socialização contido na reacção criminal», a propósito da "tese da criminalização restrita que o legislador consagrou no artigo 171.º (actos exibicionistas).

¹⁰² Assim, DSM-IV-TR, p.569, esclarecendo, ainda, que «o foco parafílico no Exibicionismo consiste na exposição dos genitais do próprio a um estranho. Por vezes o sujeito masturba-se enquanto se expõe (ou enquanto fantasia expor-se). (...) Nalguns casos o sujeito está ciente de um desejo de surpreender ou chocar o observador. Noutros casos o sujeito tema fantasia sexualmente excitante de que o observador ficará sexualmente excitado. O início ocorre habitualmente antes dos 18 anos, se bem que possa começar mais tarde».

Será duvidosa a eficácia da intervenção através da privação da liberdade¹⁰³, quando é certo que, nestes casos, também se está a lidar com a pequena criminalidade.

Outro indício da menor relevância social desta incriminação é a sua natureza, em princípio semi-pública (salvo verificando-se as excepções previstas no artigo 178.º, n.º 1 do CP), o que representa «um passo para a descriminalização, pois liberta a perseguição penal da obrigatoriedade do princípio da oficialidade. substituindo-o pelo princípio da livre decisão do ofendido»¹⁰⁴.

Também a circunstância da tentativa do crime de importunação sexual não ser punida, coloca dúvidas sobre a conveniência e necessidade político-criminal desta incriminação.

De resto, descriminalizando os comportamentos exibicionistas, sempre existia o crime de coacção (artigos 154.º e 155.º) para punir quem, por meio de violência ou de ameaça de mal importante, constrangesse outra pessoa a contacto de natureza sexual.

Tudo argumentos que apontam para o risco que o direito penal corre, quanto a esta incriminação prevista no artigo 170.º do CP, de se tornar simbólico e ineficaz, na medida em que acaba por punir determinados comportamentos de natureza sexual que, afinal, parecem não contender de forma grave e intolerável com o bem jurídico a tutelar, quando as vítimas são adultos, no pleno gozo das suas capacidades.

d) A agravação (artigo 177.º do CP)

No que respeita à agravação de penas nos crimes sexuais, o legislador introduziu algumas alterações, mas, no essencial, não se afastou muito do modelo anterior.

No n.º 1 do artigo 177.º do CP continua a prever-se situações de agravação das penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º que tratam das "relações especiais entre a vítima e o

¹⁰³ Colocamos em dúvida a possibilidade de, através da pena de prisão, ocorrer uma intervenção ao nível dos motivos do comportamento do agente, porque seguindo ROXIN, "El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo" (trad. Cast. De Manuel A. Abanto Vázquez, de "Zur Entwicklung des Strafrechts im Kommenden Jahrhundert", publ. Na recopilação "Aus der Problematik des Strafrechts und der Kriminologie", editado por Emil W. Plywaczewski, Universidade de Varsóvia, pp. 331-356) in *Dogmática Penal y Política Criminal*, Lima, Perú: IDEMSA, 1998, p. 451, «segundo o saber criminológico na pequena e média criminalidade, que constituem a maior quantidade dos crimes, é impossível uma (re)socialização por meio da privação da liberdade. Não se pode aprender bem como levar em liberdade uma vida fiel à lei mediante a privação da liberdade: a perda do posto de trabalho e a separação da família, vinculadas com a pena privativa de liberdade, tem um efeito dessocializador adicional. A evolução ou desenvolvimento político criminal seguirá afastando-se da pena privativa de liberdade». Igualmente, RODRIGUES, Anabela, *Novo olhar sobre a questão penitenciária (estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 45, recorda que «a criminologia tem revelado que a prisão, a pena em torno da qual gira o sistema punitivo, não só produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade».

¹⁰⁴ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología e al Derecho Penal*, Valência: Tirant lo blanch, 1989, pp. 147 e 148. Acrescentam estes autores que «o requisito da queixa permite finalmente realizar uma política criminal orientada para a vítima».

agente" (decorrentes de laços de parentesco ou quando o crime for praticado com aproveitamento, seja de relações familiares ou equiparadas – tutela e curatela – seja de relações que criem dependência hierárquica, económica ou de trabalho: portanto, procurando melhor proteger a vítima que se encontra em situação de subjugação em relação ao agente).

Olhando para os n.ºs 1 e 2 do artigo 177.º do CP e, conferindo-os com os anteriores n.ºs 1 e 5 do mesmo artigo, quanto aos crimes previstos nos artigos 163.º, n.º 2 e 164.º, n.º 2, deixou de funcionar a agravante resultante da simples relação de parentesco que ligava o agente à vítima.

Em nome da proibição da dupla punição (por causa do alargamento do meio de execução que acima designamos como de "abuso de autoridade"), as agravantes agora previstas no artigo 177.º, n.º 1-a) e b) do CP deixam de ser aplicáveis aos casos do n.º 2 do artigo 163.º, do n.º 2 do artigo 164.º, da alínea c) do n.º 2 do artigo 169.º e da alínea c) do n.º 2 do artigo 175.º.

Nesse aspecto, há uma restrição nas agravantes uma vez que antes da Lei n.º 59/2007, se fosse cometido, por exemplo, o crime de coacção sexual previsto no artigo 163.º, n.º 2 do CP pelo agente que, além de ter abusado da autoridade resultante de uma relação de trabalho com a vítima, fosse também seu pai, o que sucedia é que não podia ser punido pela agravante prevista no artigo 177.º, n.º 1-b) do CP (por força do n.º 5 do mesmo artigo e do subjacente princípio da proibição da dupla punição) mas já lhe era aplicável a agravante prevista no artigo 177.º, n.º 1-a) do CP.

Atualmente, nesse mesmo caso, não há qualquer agravação da respectiva moldura abstracta prevista no n.º 2 do artigo 163.º do CP.

E o mesmo se passa em relação aos demais casos indicados no mencionado artigo 177.º, n.º 2 do CP na sua versão actual.

A agravação prevista no n.º 3 do artigo 177.º do CP (de 1/3 nos limites mínimo e máximo da moldura abstracta) para os tipos dos artigos 163.º a 167.º e 171.º a 174.º, se o agente for portador de doença sexualmente transmissível, mantém-se de conteúdo idêntica ao anterior n.º 2 do mesmo artigo, não obstante a eliminação da referência final "nomeadamente doença venérea ou sífilítica" (o que não significa qualquer desagravamento uma vez que, essa doenças, antes indicadas exemplificativamente, são "doenças sexualmente transmissíveis").

Nesses casos, portanto, antes do "contacto sexual", o agente tem de ter conhecimento ou admitir a possibilidade de ser "portador de doença sexualmente transmissível" (que existe o risco de contaminação por via sexual).

Parte-se, assim, da seguinte proposição genérica (esquecendo agora os crimes sexuais): toda a pessoa que saiba ser portadora de doença sexualmente transmissível tem a obrigação (dever) de a divulgar antes de iniciar actividade sexual que possa conduzir à transmissão da doença. Esse dever de informar coloca-o em posição de garante, pelo que a omissão da informação, torna-o responsável pelo resultado típico (risco de contaminação). Se o agente não informa o

parceiro do seu estado de "infectado", então estará justificada a imputação do facto a título de agravante¹⁰⁵.

Schünemann defende que se a informação não for dada à vítima, mas o agente infectado tiver sexo seguro (protegido) não há risco de contaminação e, nessa medida, teria de ser afastada a agravação.

Pode-se dizer que, no caso do n.º 3 do artigo 177.º, o legislador está a punir a exposição da vítima ao risco de ser contaminada ainda que tal resultado (contaminação) não ocorra. Ou seja, existe aqui uma antecipação da tutela penal. Mas será então discutível que se verifique a agravante se o agente actuar protegido (fazendo sexo seguro).

Por sua vez o âmbito da agravante prevista no n.º 4 do mesmo artigo 177.º do CP, foi alargado com a substituição do elemento "transmissão de vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida ou de formas de hepatite" (anteriormente contida no n.º 3 do mesmo artigo) por "transmissão de agente patogénico".

Portanto, aqui foi alargada a área de tutela da agravação na medida em que outras transmissões de agente patogénico (para além do VIH ou de formas de hepatite) podem ser aqui abrangidas.

Neste caso do n.º 4 do artigo 177.º, pune-se a efectiva contaminação (porque ocorreu a transmissão efectiva da doença e, nessa medida, as vítimas passam também a ser agentes de disseminação do vírus, a não ser que o seu estado de seronegatividade seja confirmado) desde que exista criação de perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima.

Mas será que, atualmente, *v.g.* a transmissão do vírus da sida, importa a criação de um perigo para a vida ou antes a criação de um perigo para a saúde e um risco de prolongada enfermidade?

Dir-se-á que há ainda um perigo para a vida porque, apesar dos avanços da ciência, o que sucede é que a morte é adiada, mas sempre acaba por ocorrer.

Claro que apesar de, atualmente, a expectativa de vida continuar a aumentar e a Sida ser uma doença tratável, a verdade é que ainda não é curável.

Mas, existirá a obrigação do agente, que não sabe se está ou não contaminado (porque por exemplo até foi avisado dessa possibilidade por parceiro anterior que era portador do vírus), que tem dúvidas, de fazer o teste da Sida (mesmo o de rastreio, que não é um teste de diagnóstico) para confirmar se está ou não contaminado e, por exemplo, tomar precauções, fazendo sexo seguro, ainda que em contexto de um crime sexual?

¹⁰⁵ Ver SCHÜNEMANN, Berned (traduzido por Mir Puig), "Problemas jurídico-penales relacionados com el sida", in *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milénio*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 249, embora a propósito do VIH e da infecção por omissão. Sobre esta matéria, também com interesse, PALMA, Fernanda, "transmissão da sida e responsabilidade penal", in *Estudos de Direito de Bioética*, coord. José Oliveira Ascensão, Coimbra: Almedina, Fevereiro de 2005, p 113 e seguintes.

Segundo a Portaria n.º 258/2005, de 16 de Março (que alterou Portaria n.º 1071/98, de 31 de Dezembro) a infecção pelo VIH passou a integrar a lista de doenças de declaração obrigatória (quando é feito o diagnóstico e sempre que se verifique mudança de estadiamento ou morte).

Ou seja, através desse diploma, o médico passou a ter uma posição de garante. Trata-se de questão de saúde pública em que também existirá a obrigação (imposição) do médico de denunciar a contaminação e informar o doente dos riscos e forma de evitar a propagação da doença, *v.g.* a nível do comportamento sexual.

Mas, a verdade é que não há obrigação de fazer o teste do VIH (que afecta a liberdade de dispor do corpo e o direito à autodeterminação informacional, envolvendo uma restrição ao direito à intimidade da vida privada na medida em que se trata de informação relativa à saúde da pessoa)¹⁰⁶.

Daí que se possa defender que, estando o agente na dúvida sobre o seu estado de infectado, nem sequer se pode falar em actuação negligente se vem a contaminar a vítima sem ter a certeza do seu estado.

Tudo isto se relaciona também com as dificuldades que existem a nível da prova para estabelecer o nexo de causalidade entre a prática das relações sexuais (objecto do crime) e a contaminação da vítima, sendo certo que a transmissão efectiva da doença é uma lesão, um dano na saúde da vítima (claro que sempre se pode discutir se é preciso esperar que a doença se mostre "activa" ou se basta a simples contaminação, isto é, em que medida é de ter em atenção «O chamado "período de janela" entre a infecção vírica e o desenvolvimento da seropositividade»¹⁰⁷).

Passando, agora, para as agravantes previstas nos n.ºs 5 e 6 do artigo 177.º do CP, nota-se a preocupação de aumentar a protecção das vítimas que sejam menores de 16 anos e de 14 anos, respectivamente.

Segundo o n.º 5 do artigo 177.º do CP, as penas previstas nos artigos 163.º, 164.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º, são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, quando a vítima for menor de 16 anos (agravamento este que anteriormente não existia).

¹⁰⁶ COSTA ANDRADE, Manuel, *Direito Penal Médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, pp. 73 e 74, também trata como «ofensa corporal típica (...) o teste feito em processo criminal para confirmar a seropositividade de um arguido, acusado de ter transmitido o vírus à vítima». E, acrescenta mais à frente (ob. cit., p. 121): «o que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade». Adianta (ob. cit., p. 100), ainda que «deve ser punido por ofensas corporais o médico que, no contexto de uma organização pedófila, pratica o teste em menores, que só dão consentimento por terem sido fraudulentamente induzidos a acreditar que o teste tinha finalidade terapêutica».

¹⁰⁷ Ver Relatório n.º 49 do CNECV de Julho de 2006 elaborado por Rui Nunes e Oliveira Ascensão, sobre “a execução do teste de detecção do VIH após exposição ocupacional”.

Finalmente estabelece o n.º 6 do mesmo artigo 177.º, que as penas previstas nos artigos 163.º, 164.º, 168.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º, são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, quando a vítima for menor de 14 anos (este agravamento - que se estendeu também aos crimes hoje previstos nos artigos 175.º e 176.º, n.º 1- foi elevado uma vez que anteriormente era apenas de um terço).

Porém, o legislador ainda não se deixou sensibilizar pela especial vulnerabilidade da vítima quando estão em causa pessoas de certa idade (por exemplo superior a 65 anos), razão pela qual não há ainda uma particular agravação especial da pena nesses casos.

E, também, ainda não teve a coragem de alargar o leque das agravantes (como sucede noutros tipos legais), de forma a abranger situações, por exemplo:

- Em que o agente tem a qualidade de funcionário (conceito – artigo 386.º);
- De entre o agente e a vítima existir relação conjugal ou análoga, passada ou presente, mesmo entre pessoas do mesmo sexo (cfr. crime de homicídio qualificado previsto no artigo 132.º, n.º 2-b) e de ofensa à integridade física qualificada previsto no artigo 145.º, caso revelem especial censurabilidade ou perversidade);
- De a vítima ser pessoa particularmente indefesa em razão de deficiência (distinta da prevista no artigo 165.º), doença ou gravidez (cfr. artigos 132.º, n.º 2-c) e 145.º);
- De utilização de meios particularmente perigosos ou de o facto ser praticado conjuntamente por mais de duas pessoas (cfr. artigos 132.º, n.º 2-h) e 145.º);
- De serem utilizadas armas (que é tratada como circunstância qualificativa nos crimes de furto previsto no artigo 204.º, n.º 2-f) e roubo previsto no artigo 210.º, n.º 2-b), com referência àquele preceito e até, objecto de pena acessória, no crime de violência doméstica, conforme artigo 152.º, n.º 4);
- De a conduta típica ser precedida ou acompanhada de tratamento cruel, degradante ou desumano¹⁰⁸ (cfr. artigo 158.º, n.º 2-b) do CP, relativo ao crime de sequestro).

Parte destas circunstâncias agravantes, e outras, estão já previstas para determinados crimes sexuais, a nível do direito comparado, em países europeus, como por exemplo Espanha, França, Bélgica e Itália.

e) A queixa (artigo 178.º do CP)

A principal alteração a nível da "queixa" no que respeita aos crimes da I secção (crimes contra a liberdade sexual) consiste em retirar a natureza, em princípio semi-pública, aos crimes previstos nos artigos 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 170.º, quando forem praticados contra menores (não de 14 anos ou 16 anos como sucedia anteriormente, quando o Ministério Público tinha também de ponderar o interesse da vítima) de 18 anos (mantendo-se a natureza pública desses mesmos crimes quando deles resultar suicídio ou morte da vítima) – cf. n.º 1 do artigo 178.º do CP.

¹⁰⁸ Como sucede, por exemplo, em Espanha (cfr. artigo 180, n.º 1-1.º do CP). A este propósito ver alguma jurisprudência citada por GUIRAO, Rafael Alcácer, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Barcelona: Atelier Justicia Penal, 2004, pp. 22 a 31.

Ou seja, também por aqui se reforça a protecção dos menores, tendo em atenção os compromissos internacionais.

Da I secção deste capítulo V continuam a ser públicos apenas os crimes de abuso sexual de pessoa internada (artigo 166.º) e de lenocínio (artigo 169.º).

f) As penas acessórias (artigo 179.º do CP)

Entre nós, a pena acessória tem "um sentido e um conteúdo não apenas de intimidação da generalidade, mas de defesa contra a perigosidade individual"¹⁰⁹.

E, embora a sua aplicação dependa da condenação na pena principal¹¹⁰, tendo uma "função preventiva adjuvante da pena principal", a pena acessória é «uma "sanção [penal]" (ainda que acessória, mas submetida aos princípios gerais da pena, como os da legalidade, proporcionalidade, jurisdicionalidade), de duração variável, em função da gravidade do crime e/ou do fundamento que justifica a privação do direito»¹¹¹.

A nível das penas acessórias, nesta área dos crimes sexuais, mantém-se a "inibição do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela", acrescentando-se, agora, apenas "a proibição do exercício de funções", traduzida na "proibição do exercício de profissão, função ou actividade que impliquem ter menores sob a sua responsabilidade, educação, tratamento ou vigilância" (artigo 179.º-b) do CP).

Trata-se de um tímido alargamento das penas acessórias na medida em que podiam ter sido introduzidas outras medidas, também eficazes, tendo até em vista uma maior prevenção da criminalidade sexual e a própria protecção de potenciais vítimas.

A necessidade de maior ampliação do catálogo das penas acessórias previstas no Código Penal, justificava-se atentas as suas finalidades, bem como critérios que as podem justificar.

Por exemplo, dependendo das circunstâncias concretas em que o crime sexual tivesse sido cometido (independentemente de a vítima não ser menor), poder-se-ia justificar (consoante a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a personalidade do agente) a sanção acessória da «interdição de aparecer em certos lugares» (jardins públicos, escolas, campos de jogos, piscinas, praias), como sucede na Dinamarca¹¹².

¹⁰⁹ Assim, FUGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, Parte II, As consequências jurídicas do crime*, p. 97 e FARIA COSTA, José, "Penas acessórias – cúmulo jurídico ou cúmulo material? [a resposta que a lei (não) dá]", in RLJ 136.º, n.º 3945, Julho-Agosto de 2007, p. 325.

¹¹⁰ Como se diz no Ac. do TC n.º 202/2000, DR II de 11/10/2000, "as penas acessórias distinguem-se das penas principais uma vez que a condenação nestas é condição necessária (embora não suficiente) da sua aplicação, sendo, porém, ainda necessário que o juiz comprove, perante o facto, a existência de uma justificação material para a sua aplicação".

¹¹¹ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 338.

¹¹² Ver *Études de législation comparée n.º 133, mars 2004 – les infractions sexuelles commises sur les mineurs*, Service des Études Juridiques (mars 2004): Sénat Français (consultado em: <http://www.senat.fr/le/le133/le133.html>).

A nível dos crimes sexuais em geral, caso fossem utilizadas armas ou veículos, poderiam impor-se (complementarmente) penas acessórias como a privação de porte de arma e a proibição de conduzir veículos com motor¹¹³. Estas são algumas das penas acessórias que noutros países europeus são aplicadas nesta área.

Isto já para não falar na obrigação da frequência de programas específicos de prevenção da violência e abuso sexuais, medida esta equivalente à estabelecida pelo legislador português no artigo 152.º, n.º 4 do CP, relativo ao crime de violência doméstica.

Por isso, se concluiu que a visão do legislador a nível das penas acessórias foi demasiado redutora.

3. CONCLUSÃO

Será que, nesta área dos crimes contra a liberdade sexual, foram alcançados os objectivos anunciados quando se avançou com esta reforma penal?

Ou existe ainda um longo caminho a percorrer que vai exigir uma total reestruturação dos crimes sexuais?

De qualquer modo, não se pode deixar de exigir, nesta área tão sensível, que se atinjam níveis mais elevados (e, em consequência, mais eficazes) de protecção, assistência e reparação das vítimas de crimes sexuais.

¹¹³ À semelhança do que sucede por exemplo em França (cfr. artigos 222.º-24 e 222.º-44 do CP).

7. ABUSO SEXUAL E DEFICIÊNCIA MENTAL*

Filipa Marques Maroco*
Rui Abrunhosa Gonçalves**

- I. Resumo
- II. Introdução
- 1. A sexualidade do indivíduo com deficiência mental
- 2. Características e dinâmicas do abuso sexual em situações de deficiência mental
 - 2.1. Definição e prevalência
 - 2.2. Factores de vulnerabilidade da vítima
 - 2.3. Características do ofensor
 - 2.4. Factores de risco ambiental e situacional
 - 2.5. Modelos integrados do risco
- 3. Impacto do abuso sexual em vítimas com deficiência mental
- 4. Especificidades na avaliação forense
- 5. Respostas institucionais, prevenção e intervenção psicológica
- 6. Considerações finais

I. RESUMO

A vitimação sexual de indivíduos portadores de deficiência mental consiste numa problemática que tem vindo a adquirir um progressivo reconhecimento nos domínios psicológico, clínico, jurídico e sociopolítico, sendo que diversas investigações encetadas neste âmbito são unânimes ao concluir que esta população encontra-se particularmente susceptível de ser vítima de múltiplas formas de negligência e abuso, nomeadamente violência sexual, decorrente de uma complexa dialéctica entre constrangimentos pessoais, familiares, institucionais e culturais.

Não obstante a proliferação de estudos realizados nas últimas décadas, o reduzido número de denúncias às autoridades competentes, associado à diminuta resposta dos profissionais e técnicos intervenientes, dificultam uma compreensão mais minuciosa acerca do abuso sexual de pessoas com défices cognitivos, pelo que permanece premente a necessidade de quantificar objectivamente a sua prevalência, analisar as dinâmicas inerentes à experiência sexual abusiva e averiguar o seu impacto nas vítimas, visando a implementação de programas preventivos e de intervenção psicoterapêutica e educacional eficazes, que minimizem o risco de vitimação sexual e atenuem eventuais sequelas suscitadas pela mesma.

O presente trabalho objectiva proceder a uma revisão da literatura relativa a esta temática, incidindo na constelação de factores individuais e ambientais que precipitam e perpetuam o fenómeno de abuso sexual em indivíduos com diagnósticos de deficiência mental, bem como nas especificidades subjacentes à avaliação forense e à panóplia de metodologias e estratégias de prevenção e tratamento actualmente disponíveis no apoio a estas vítimas, reflectindo ainda sobre algumas limitações das mesmas e evidenciando necessidades de investigação adicionais.

* Este texto encontra-se publicado *In*: Revista do CEJ. - [Lisboa]: CEJ. - ISSN 1645-829X. - N.º 10 (2.º semestre 2008), p.165-197

*Professora Universitária – Departamento de Psicologia da Universidade do Minho - filipamarquesmaroco@gmail.com.

**Professor Universitário – Departamento de Psicologia da Universidade do Minho. - rabrunhosa@iep.uminho.pt.

ABSTRACT

Sexual Abuse and mental handicap

The sexual victimization of the mentally retarded represents a problem which has been progressively acknowledged in the psychological, clinical, legal and sociopolitical domains. Many researches on this subject unanimously conclude that this population is particularly susceptible of becoming a victim of multiple kinds of neglect and abuse, such as sexual abuse, which is based on complex dynamics between personal, familiar, institutional and cultural constraints. Despite the countless studies conducted on this topic in the last decades, the few charges reported to the authorities, combined with an inadequate response provided by professionals, make the better understanding of this phenomenon more difficult. Therefore, the need to objectively quantify the prevalence of sexual abuse of the mentally retarded, as well as to analyze the dynamics underlying the abusive experience and its impact on the victims remains, so that effective preventive programs and psychotherapeutic and educational interventions can be implemented, minimizing the risk of sexual victimization and its consequences. The purpose of this study is to review the literature concerning this subject, reflecting on the individual and environmental variables which precipitate and maintain the abusive behavior, the specificities of its forensic evaluation, the multiple methods and strategies of prevention and treatment currently available, as well as its limitations, and suggestions for future research.

II. INTRODUÇÃO

No decurso da História, crianças e adultos com deficiência mental¹ têm vindo a ser estigmatizados e marginalizados pelas sociedades onde se inserem, sendo substancialmente mais vulneráveis a condutas maltratantes e negligentes, das quais se destacam o abuso e exploração sexuais². Indubitavelmente, este facto associa-se a uma partilha de atitudes e crenças depreciativas acerca da condição de deficiência sustentadas pela comunidade, geradoras de preconceitos e estereótipos sociais que restringem os direitos e necessidades especiais da população deficiente³.

¹ Apesar da sua definição não ser ainda conclusiva, registando-se uma constante evolução nos paradigmas relativos à sua objectivação e clarificação, segundo a American Psychiatric Association, e em consonância com a American Association on Mental Retardation e a Organização Mundial de Saúde, a deficiência mental caracteriza-se por um funcionamento intelectual global significativamente abaixo da média. traduzível por um resultado igual ou inferior a 70, obtido num teste de quociente intelectual administrado individualmente, surgindo antes dos 18 anos de idade e podendo apresentar diferentes níveis ou graus de gravidade, categorizando-se como ligeira, moderada, grave ou profunda, conforme os resultados variem entre 50-55 e 70, 35-40 e 50-55, 20-25 e 35-40 e inferior a 20-25, respectivamente, sendo que, em indivíduos não testáveis, a deficiência mental é classificada de não especificada; concomitantemente, o funcionamento adaptativo actual deverá estar comprometido por défices ou insuficiências em, pelo menos, duas das seguintes áreas: comunicação, cuidados pessoais, vida familiar, social/aptidões interpersonais, uso de recursos comunitários, auto-controlo, aptidões escolares funcionais, trabalho, ócio, saúde e segurança.

² Cf. VERDUGO, M., ALCEDO, M., BERMEJO, B. & AGUADO, A. (2002). Sexual abuse of people with mental retardation. *Psicothema*, 14 (Suppl.), 124-129; THARINGER, D., HORTON, C. & MILLEA, S. (1990). Sexual abuse and exploitation of children and adults with mental retardation and other handicaps. *Child Abuse and Neglect*, 14 (3), 301-312.

³ Cf. NETTELBECK, T. & WILSON, S. (2002). Personal vulnerability to victimization of people with mental retardation. *Trauma, Violence, & Abuse*, 3 (4), 289-306; SZOLLOS, A. & MCCABE, M. (1995). The sexuality of people with mild intellectual disability: Perceptions of clients and caregivers. *Australia & New Zealand Journal of Development Disabilities*, 20 (3), 205-222.

De acordo com Petersilia⁴, referências pioneiras relativas à vitimação de indivíduos deficientes remontam a 1948, por von Hentig, tendo este autor proposto que os mesmos, a par das crianças, idosos e mulheres, revelariam maior propensão para serem expostos a diferentes tipos de violência.

Contudo, somente a partir de 1960 esta temática foi objecto de estudo mais pormenorizado, que permitiu estabelecer uma sólida associação entre deficiência e vitimação pela documentação de elevados índices de perturbações desenvolvimentais, físicas e comportamentais em crianças vítimas de abuso.

Inversamente, investigações subsequentes demonstraram uma significativa prevalência de episódios de abuso em crianças com deficiência, evidências que suscitaram o controverso debate acerca da deficiência como causa ou consequência do maltrato, concluindo-se posteriormente que a mesma representaria um factor de vulnerabilidade e risco do abuso, podendo constituir-se, simultaneamente, enquanto génese e efeito do mesmo⁵.

Contrariando a tendência de investigação vigente nas décadas de 70 e 80 do século XX, sobretudo centrada no estudo dos fenómenos de abuso perpetrados em crianças deficientes, no início da década de 90 assistiu-se a um incremento das pesquisas especificamente direccionadas para o abuso sexual de deficientes mentais adultos, destacando-se os estudos desenvolvidos por Furey⁶ e Sobsey⁷.

Nos seus trabalhos, os autores concluíram que indivíduos com défices cognitivos são mais frequentemente submetidos a violência sexual, comparativamente com a restante população, situação que pode verificar-se de forma repetida e continuada no tempo, ocorrer em diferentes contextos (e.g., institucional, familiar, comunitário, hospitalar) e comportar um vasto espectro de ofensores (e.g., familiares, técnicos de saúde, auxiliares, outros cuidadores, vizinhos, pacientes com patologia mental).

Estes dados favoreceram uma maior consciencialização por parte da comunidade científica e sociedade em geral relativamente a uma problemática complexa e polémica, impulsionando gradualmente a assumpção de um conjunto de procedimentos legislativos, políticos, sociais e terapêuticos que salvaguardassem a integridade e o bem-estar físico e psicológico das vítimas, medidas estas que se revelam ainda bastante escassas e insuficientes para colmatar as necessidades das mesmas⁸.

Embora urjam investigações complementares que aprofundem vários aspectos referentes ao abuso sexual de deficientes mentais, bem como subsistam obstáculos à obtenção de informação e dados epidemiológicos fidedignos, o crescente corpo de literatura desenvolvido

⁴ Cf. PETERSILIA, J. (2001). Crime victims with developmental disabilities. *Criminal Justice and Behavior*, 28 (6), 655-694.

⁵ Cf. CANMA, J. (2008). A criança vítima de violência. In C. Machado & R. Gonçalves (Coords.), *Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 - Crianças (p. 15-37). Coimbra: Quarteto; VERDUGO, M. & BERMEJO, B. (1997). The mentally retarded person as a victim of maltreatment. *Aggression and Violent Behavior*, 2 (2), 143-165; FUREY, E. (1989). Abuse of persons with mental retardation: A literature review. *Behavioral Residential Treatment*, 4 (2), 143-154.

⁶ Cf. FUREY, E. (1994). Sexual abuse of adults with mental retardation: Who and where. *Mental Retardation*, 32 (3), 173-180.

⁷ Cf. DAVIS, L. (2005). People with intellectual disabilities and sexual violence. *The Arc*. Acedido em 27 de Abril de 2021, em <http://www.thearc.org/faqs/sexualabuse.doc>.

⁸ Cf. MORANO, J. (2001). Sexual abuse of the mentally retarded patient: Medical and legal analysis for the primary care physician. *Primary Care Companion Journal of Clinical Psychiatry*, 3 (3), 126-135; PILLAY, A., SARGENT, C. (2000). Psycho-legal issues affecting rape survivors with mental retardation. *South African Journal of psychology*, 30 (3), 9-13; TYSKA, C. (1998). Working with victims of crime with disabilities. Office for Victims of Crime. Acedido em 27 de Abril de 2021, em https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/factsheets/disable.htm.

nas últimas décadas tem possibilitado uma compreensão mais abrangente desta problemática, sobre a qual o presente trabalho almeja debruçar-se.

1. A sexualidade do indivíduo com deficiência mental⁹

A abordagem do abuso sexual de indivíduos com deficiência mental reveste-se de especificidades, implicando o imperativo de conjugar o direito que estas pessoas possuem de expressar a sua sexualidade com a capacidade de as mesmas manifestarem consentimento num envolvimento de cariz sexual¹⁰.

Szollos e McCabe¹¹ postulam que a sociedade tende a veicular sentimentos e expressões de ambivalência e confusão conceptual face a esta problemática, sendo as necessidades sexuais dos deficientes mentais recorrentemente ignoradas ou menosprezadas, perdurando um manancial de mitos e crenças sociais erróneas acerca da vivência da sexualidade dos deficientes mentais, que sustentam uma concepção deturpada sobre a condição de deficiência e que interferem com a adequada prevenção, identificação, denúncia e intervenção em situações de abuso sexual, podendo camuflá-lo e, no limite, legitimá-lo¹².

Não obstante evidências contrárias, os deficientes mentais são comumente conotados de assexuados ou sexualmente infantilizados ou, inversamente, considerados hipersexualizados, sequiosos de contacto e satisfação sexuais, com um fraco controlo dos impulsos libidinosos e hábitos sexuais perversos, estereotipando-se os homens como sexualmente agressivos e as mulheres como sexualmente promíscuas¹³.

Horton e Kochurka¹⁴ mencionam alguns dos principais mitos associados ao abuso sexual de crianças portadoras de deficiência, referindo-se que as mesmas apresentariam um baixo risco de vitimação sexual, em virtude de sentimentos de pena e compaixão que desencadeariam nas pessoas, advindos da sua situação deficitária.

Na realidade, a existência de deficiência constitui um factor de vulnerabilidade para a ocorrência do abuso, sendo estas vítimas percepcionadas enquanto submissas, dependentes e incapazes de resistir ou revelar as investidas sexuais dos seus ofensores, podendo ainda ser perspectivadas enquanto sexualmente atraentes para os mesmos¹⁵.

Outro mito enunciado pelas autoras relaciona-se com a possibilidade de eliminar o risco de violência sexual ao restringir o contacto destas crianças com pessoas desconhecidas, hipótese

⁹ Note-se que, na literatura psicológica consultada relativa ao abuso sexual de deficientes mentais, a designação *mental retardation* é frequentemente preterida por *developmental disabilities* ou *learning disabilities*, terminologias que contemplam um espectro mais vasto de perturbações cognitivas e comportamentais, nas quais se inclui o diagnóstico de deficiência mental.

¹⁰ VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 5.

¹¹ SZOLLOS et al., cf. op. cit., nota 3.

¹² Cf. BALADERIAN, N. (1991). Sexual abuse of people with developmental disabilities. *Sexuality and Disability*, 9 (4), 323-335; THARJINGER et al., cf. op. cit., nota 2.

¹³ Cf. RAMOS, M. (2005). Sexualidade na diversidade: Atitudes de pais e técnicos face à afectividade e sexualidade do jovem com deficiência mental. Lisboa: Secretariado Nacional para a reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência; TANG, C. & LEE, Y. (1999). Knowledge on sexual abuse and self-protection skills: A study on female Chinese adolescents with mild mental retardation. *Child Abuse & Neglect*, 23 (3), 269-279.

¹⁴ Cf. HORTON, C. & KOCHURKA, K. (1995). The assessment of children with disabilities who report sexual abuse: A special look at the most vulnerable. In T. Ney (Ed.), *True and False Allegations of Child Sexual Abuse: Assessment and Case Management* (p. 275-289). New York: Brunner/Mazel.

¹⁵ BALOGH, R, BRETHERTON, K., WHIBLEY, S., BERNEY, T., GRAHAM, S., RICHOLD, P., WORSLEY, C. & FIRTH, H. (2001). Sexual abuse in children and adolescents with intellectual disability. *Journal of Intellectual Disability Research*, 45 (3), 194-201.

que se afigura implausível visto que os episódios de abuso sexual são sobretudo perpetrados por familiares, colegas, profissionais de saúde, professores e outros cuidadores da confiança da vítima¹⁶.

Uma noção amplamente difundida é a de que, uma vez que as crianças com deficiência mental sexualmente abusadas desconhecem aquilo que lhes está a suceder, não irão sofrer o impacto adverso resultante da experiência abusiva, ideia que se revela incomprovada dado que o surgimento de repercussões nefastas na criança não depende tanto da sua deficiência, mas antes do seu grau de resiliência, funcionamento e ajustamento psico-emocionais prévios, grupo etário e co-morbilidade com patologia psiquiátrica¹⁷.

Por fim, o mito de que uma criança deficiente mental vítima de violência sexual consegue defender-se e recusar permanecer nesta dinâmica abusiva subsiste, embora se admita que as mesmas, pelas restritas competências cognitivas e interpessoais que exibem, bem como pela escassa informação e educação sexuais de que dispõem, dificilmente quebram este ciclo de ofensas sexuais¹⁸.

Ínfimos estudos reportaram a percepção que indivíduos com deficiência mental possuem acerca do comportamento sexual em geral e, especificamente, sobre a sua própria sexualidade, sugerindo a literatura que os mesmos suportam atitudes conservadoras e negativas relativamente à actividade sexual e às manifestações da sua sexualidade, evidenciando poucos conhecimentos em domínios como a contracepção, gravidez, doenças sexualmente transmissíveis, homossexualidade ou interacções e scripts sexuais¹⁹.

Embora possam demonstrar conhecimentos grosseiros sobre as principais diferenças anatómicas entre ambos os sexos, estes indivíduos exibem noções vagas e distorcidas no que concerne à vivência da sexualidade, advindas dos seus recursos intelectuais, comunicacionais e educacionais empobrecidos²⁰.

As atitudes e práticas comportamentais e educativas de pais e outros cuidadores desempenham um papel preponderante no ajustamento psico-sexual do indivíduo deficiente mental, sendo que muitos dos mesmos procuram negar a sexualidade daquele, recusando admitir as suas necessidades afectivas e sexuais ou providenciar-lhes educação sexual, crendo que a informação veiculada poderia estimular a sua libido ou promover a curiosidade sexual e acreditando que a ignorância e o desconhecimento preveniriam os contactos sexuais²¹.

Por exemplo, um estudo de Ramos²² considera que os pais de deficientes mentais são propensos a demonstrar atitudes super-protectoras e dessexualizadoras face aos seus filhos, revelando falta de informação sobre esta temática e ansiedade perante a possibilidade da ocorrência de abusos sexuais, enquanto nas instituições, pela suas características organizacionais intrínsecas, os técnicos tendem, sistematicamente, a não conferir ou a violar a

¹⁶ BALADERIAN, cf. op. cit., nota 12; SULLIVAN, P., BROOKHOUSER, P., SCANLAN, J., KNUTSON, J. & SCHULTE, L. (1991). Patterns of physical and sexual abuse of communicatively handicapped children. *Annals of Otolaryngology and Laryngology*, 100 (3), 188-194.

¹⁷ Cf. FIRTH, H., BALOGH, R., BERNEY, T., BRETHERTON, K., GRAHAM, S. & WHIBLEY, S. (2001). Psycho-pathology of sexual abuse in young people with intellectual disability. *Journal of Intellectual Disability Research*, 45 (3), 244-252; MANSELL, S., SOBSEY, D. & MOSKAL, R. (1998). Clinical findings among sexually abused children with and without developmental disabilities. *Mental Retardation*, 56 (1), 12-22.

¹⁸ PILLAY et al., cf. op. cit., nota 8; BROWN, H. & TURK, V. (1994). Sexual abuse in adulthood: Ongoing risks for people with learning disabilities. *Child Abuse Review*, 3, 26-35.

¹⁹ Cf. CUENG, M. & UDRY, J. (2005). Sexual experiences of adolescents with low cognitive abilities in the U.S. *Journal of Developmental and Physical Disabilities*, 17 (2), 155-172; SZOLLOS et al., cf. op. cit., nota 3.

²⁰ TANC; et al., cf. op. cit., nota 13.

²¹ SZOLLOS et al., cf. op. cit., nota 3.

²² RAMOS, cf. op. cit., nota 13.

privacidade dos seus utentes, mediante a supervisão e a admoestação de manifestações de teor sexual.

Recorde-se ainda que, sobretudo em contexto institucional, procedimentos como a esterilização ou a castração cirúrgicas foram propostos para restringir a vida sexual e reprimir quaisquer expressões afectivas e sexuais em deficientes mentais, inclusive masturbação, com o intuito de evitar situações polémicas, tais como gravidezes indesejadas ou a propagação de patologias infecto-contagiosas, que minariam a reputação da instituição²³.

Ironicamente, as medidas restritivas implementadas contribuem para o aumento da vulnerabilidade destes indivíduos ao abuso, competindo aos familiares e restantes cuidadores educar e modelar atitudes e condutas sexualmente salutaras, preventivas da vitimação sexual²⁴.

Efectivamente, as pessoas com deficiência mental revelam atrasos no seu desenvolvimento psico-sexual, variando o momento do despertar e maturação sexuais consoante a gravidade da perturbação, embora não difiram da restante população no que concerne à vivência das diferentes etapas ao nível da sexualidade²⁵.

Habitualmente, as mulheres evidenciam menstruação regular, fertilidade e capacidade de gestação, não diferindo significativamente os impulsos sexuais de deficientes mentais dos de sujeitos sem défices, à excepção das notórias lacunas na sua capacidade para avaliar estímulos e interações sociais, facto que pode favorecer a eclosão de condutas sexuais moral e socialmente inapropriadas em portadores de deficiência mental²⁶. Exemplificativo disto é o saliente número de contactos sexuais homossexuais em deficientes mentais, que poderão não constituir verdadeiras orientações sexuais, mas antes serem produto de fenómenos institucionais e da inabilidade para discriminar parceiros sexuais apropriados, situações que geram ambiguidades na identificação sexual e na assimilação de papéis de género²⁷.

Apesar de os dados empíricos obtidos em diversas pesquisas não serem ainda suficientemente conclusivos, Szollos e McCabe²⁸ referem um estudo de Murphy, Coleman e Abel que demonstrou que sujeitos com deficiência mental não têm maior probabilidade de perpetrar ofensas sexuais quando comparados com indivíduos sem esta deficiência, correlacionando-se mais o cometimento das mesmas com a existência de co-morbilidade psiquiátrica, historial de vitimação sexual prévia e a presença de condições psicossociais adversas²⁹.

Investigações atestam que muitos deficientes mentais são sexualmente activos e consideram que a sexualidade representa um vector importante nas suas vidas, embora rendam a relatar menos experiências sexuais e relações de intimidade satisfatórias, assim como a alegar uma expressiva incidência de abusos sexuais³⁰.

²³ Cf. GUST, D., WANG, S., GROT, J. RANSOM, R. & LEVINE, W. (2003). National survey of sexual behavior and sexual behavior policies in facilities for individuals with mental retardation/developmental disabilities. *Mental Retardation*, 41 (5), 365-373; TANG et al., cf. op. cit., nota 13.

²⁴ MORANO, cf. op. cit., nota 8; FUREY, cf. op. cit., nota 6.

²⁵ RAMOS, cf. op. cit., nota 13.

²⁶ MORANO, cf. op. cit., nota 8.

²⁷ CHENG et al., cf. op. cit., nota 19.

²⁸ SZOLLOS et al., cf. op. cit., nota 3.

²⁹ Cf. LINDSAY, W. (2002). Research and literature on sex offenders with intellectual and developmental disabilities. *Journal of Intellectual Disability Research*, 46 (Suppl.), 74-85.

³⁰ Cf. AHEGRIM-DELZELL, L. & DUDLEY, J. (2001). Confirmed, unconfirmed, and false allegations of abuse made by adults with mental retardation who are members of a class action lawsuit. *Child Abuse & Neglect*, 25, 1121-1132.

Importa ainda referir um aspecto primordial aquando da abordagem dos envolvimento sexuais em deficientes mentais adultos, relativo ao consentimento dos mesmos para enveredarem nesse tipo de condutas.

Não transponível, segundo o enquadramento jurídico-penal, para populações infanto-juvenis (consideradas imaturas do ponto de vista desenvolvimental e incapazes de fornecer consentimento), a questão da anuência em deficientes mentais cinge-se a adultos cuja condição de debilidade lhes permita compreender o comportamento sexual e dispor de informação e educação sexual suficientes para que, autónoma e conscientemente, se emancipem e autodeterminem sexualmente, pelo que este elemento deverá ser devidamente analisado aquando da avaliação psicológica forense de alegadas vítimas de abuso sexual³¹.

2. Características e dinâmicas do abuso sexual em situações de deficiência mental

2.1. Definição e prevalência

O início das investigações conduzidas no âmbito do abuso sexual de deficientes mentais coincidiu com o período mais profícuo no que concerne a estudos relativos ao abuso e negligência de crianças, essencialmente compreendido entre as décadas de 80 e 90 do século XX.

Tal como sucede com a definição de abuso sexual de crianças, não existe uma designação consensual para a vitimação sexual em deficientes mentais, sendo que diferentes autores recorrem a nomenclaturas e critérios díspares³².

De acordo com o actual Código Penal português, esta tipologia particular de abuso sexual identifica-se de "abuso sexual de pessoa incapaz de resistência", caracterizando-se pela prática de actos sexuais de relevo com uma pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, retirando o ofensor usufruto do seu estado ou incapacidade.

Alternativamente, o abuso sexual de deficientes mentais poderá ser categorizado de "abuso sexual de pessoa internada", caso a vítima se encontre institucionalizada e o agressor se aproveite do seu título ou funções nessa mesma instituição (e.g., estabelecimentos educativos, hospitalares e prisionais) para cometer os actos sexuais intrusivos³³.

A investigação quantitativa respeitante ao abuso sexual de indivíduos com deficiência mental tem permitido clarificar com maior rigor a magnitude desta problemática através da recolha de um conjunto de dados epidemiológicos, obtidos em diversos momentos por diferentes autores. Uma amostra norte-americana obtida por Baladerian³⁴ revelou que crianças e jovens com défices cognitivos apresentam taxas de abuso sexual 4 a 10 vezes superiores à restante população, prevendo-se que 39 a 83% das raparigas e 16 a 32 % dos rapazes serão abusados sexualmente, mesmo antes de completarem 18 anos de idade.

Este autor salienta ainda que 97 a 99% dos ofensores sexuais são conhecidos e da confiança da vítima, estimando-se que 32% dos mesmos sejam familiares e 44% sejam outros cuidadores e funcionários institucionais. Sobsey e Doe³⁵ investigaram padrões de vitimação sexual em

³¹ MORANO, cf. op. cit., nota 8; BROWN et al, cf. op. cit., nota 18.

³² Cf. MACHADO, C. (2008). Abuso sexual de crianças. In C. Machado e R. Gonçalves (Coords.), *Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 - Crianças (p. 39-93). Coimbra: Quarteto.

³³ Cf. ALMEIDA, C. & VILALONGA, J. (2005). *Código Penal*. Coimbra: Almedina.

³⁴ BALADERIAN, cf. op. cit., nota 12.

³⁵ DAVIS, cf. op. cit., nota 7.

crianças e adultos com deficiência, num total de 162 casos de abuso reportados, verificando que, em vítimas com uma média de idades de 19.2 anos (flutuando entre os 18 meses e os 57 anos), 81.7% das mesmas eram do sexo feminino, pertencendo 90.8% dos ofensores ao sexo masculino, sendo 28% dos ofensores profissionais médicos e membros do staff da instituição, 19% familiares, 15.2% vizinhos e amigos da família, 9.8% outros cuidadores e prestadores de serviços (e.g., babysitters, motoristas) e 3.8% dates³⁶.

Atendendo a que a 96% dos perpetradores constituíam familiares, companheiros, cuidadores e prestadores de serviços à vítima, os autores vaticinaram que 49% das vítimas com défices cognitivos experimentarão pelo menos 10 episódios de abuso sexual ao longo da sua vida.

Concretamente, 79% das vítimas eram sexualmente revitimadas, não lhes tendo sido disponibilizado suporte adequado em 73% dos casos.

Noutra investigação, Sobsey³⁷ contabilizou que, somente nos Estados Unidos da América, 15000 a 19000 pessoas com deficiência mental e outras perturbações desenvolvimentais são anualmente vítimas de abuso sexual, sendo estas ofensas cometidas, predominantemente, em residências privadas (49.8%) e instituições (15.8%).

Considera-se que é o isolamento social a que esta população é votada que predispõe a vitimação sexual, sendo 2 a 5 vezes mais susceptível de abuso do que a população normativa.

Na senda das investigações desenvolvidas por Sobsey, Furey³⁸ examinou 171 casos confirmados de vitimação sexual em deficientes mentais no estado norte-americano de Connecticut, debruçando-se que 72% das vítimas eram mulheres (com uma idade média de 30 anos), evidenciando poucos problemas comunicacionais e perturbações concomitantes, e 88% dos abusadores eram homens, sobretudo familiares, amigos, vizinhos, cuidadores profissionais, técnicos e auxiliares do *staff* institucional e outras pessoas institucionalizadas com deficiência mental, sendo que somente em 8% dos casos estes ofensores se afiguravam desconhecidos da vítima.

Furey, Granfield e Karan³⁹ verificaram que 56% dos ofensores correspondiam a cuidadores (familiares e profissionais) da vítima, 42% a adultos com deficiência mental e apenas 2% a pacientes com outras perturbações mentais, todos eles utentes residentes na instituição que albergava a vítima.

Imprevisivelmente, os resultados alcançados indicam que os homens são frequentemente vitimados (44%) por outros homens institucionalizados com deficiência mental, em contraposição com o restrito número de vítimas masculinas (15%) abusadas sexualmente por familiares e restantes cuidadores, constituindo as instituições, lares e centros de acolhimento cenários propícios para o aumento do risco de negligência e abuso em ambos os sexos, perpetrado tanto por utentes como por técnicos⁴⁰.

O estudo registou ainda percentagens mais elevadas de vitimação em deficientes mentais ligeiros e moderados, que reportaram como seus ofensores outros utentes (72.7%) e cuidadores (78.8%), situação possivelmente explicável pelo facto de pacientes com deficiências mentais severas e profundas, que mencionaram menos ofensas por parte de utentes (27.3%) e

³⁶ Dada a inexistência de uma tradução portuguesa para o termo, e a sua não total correspondência ao conceito de namoro, optou-se por preservar a designação inglesa original.

³⁷ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

³⁸ FUREY, cf. op. cit., nota 6.

³⁹ Cf. FUREY, E. GRANFIELD, J. & KARAN, O. (1994). Sexual abuse and neglect of adults with mental retardation: A comparison of victims characteristics. *Behavioral Interventions*, 9 (2), 75-86.

⁴⁰ Cf. FUREY, E., NIESEN, J. & STRAUCH, J. (1994). Abuse and neglect of adults with mental retardation in different residential settings. *Behavioral Interventions*, 9 (4), 199-211.

cuidadores (21.3%), evidenciarem substanciais dificuldades comunicacionais que os impedem de denunciar o abuso, não significando, porém, que não possam ser vítimas do mesmo em idêntica ou superior proporção.

Contrariamente ao previsto, no referido estudo não foram mencionadas muitas situações de abuso sexual em contexto comunitário, nomeadamente em residências privadas, facto que leva os autores a teorizar que o mesmo carece de investigações adicionais que explorem a veracidade desses dados⁴¹.

Ao analisar situações de abuso sexual ocorridas em contexto institucional, Furey e Niesen⁴² salientaram que homens e mulheres portadores de deficiência mental encontram-se em idêntico risco de vitimação sexual por parte de ofensores também com deficiência mental, sendo que 92% destes perpetradores pertenciam ao sexo masculino, enquanto que, relativamente aos profissionais e técnicos ofensores, 84% eram do sexo masculino, pertencendo a maioria das suas vítimas ao sexo feminino.

Por fim, os ofensores pertencentes ao núcleo familiar da vítima (21.8%) mais recorrentes eram o progenitor, membros da família alargada, padrastos e irmãos.

Um estudo exploratório britânico de Brow e Turk⁴³ subordinado ao tema do abuso sexual em adultos com dificuldades de aprendizagem verificou que, em 84 casos de vitimação provada ou altamente provável, 78 envolviam um perpetrador do sexo masculino (93%), 4 apresentavam dois ou mais homens perpetradores (5%), 1 comportava grupos familiares de ambos os sexos (1%) e 1 envolvia uma mulher ofensora (1%), sendo 81% dos crimes perpetrados por conhecidos da vítima, 35 ofensas sexuais foram praticadas por outros utentes com deficiência, 15 por familiares da vítima, 12 por profissionais, staff e voluntários da instituição e os restantes por outras pessoas conhecidas e da confiança do deficiente, tais como amigos da família e vizinhos, sendo rara a vitimação por estranhos ou em locais públicos.

Com uma média de idades de 31 anos (compreendidas entre 18 e 61 anos), a maioria das alegadas vítimas de abuso sexual pertenciam ao sexo feminino (73%) e apresentavam diferenças no que concerne ao nível de gravidade da deficiência (19.6% profunda ou severa, 40.2% moderada e 40.2% ligeira), envolvendo o tipo de contacto sexual cometido o coque (87%), a masturbação (31%) e a penetração (67%).

Outras investigações foram desenvolvidas para o estudo dos crimes sexuais em amostras específicas de deficientes mentais, concretamente populações infanto-juvenis e mulheres. Assim, e no seguimento das investigações de Sullivan e colaboradores⁴⁴, que destacaram que 97.2% das crianças com deficiência eram abusadas por familiares, cuidadores e utentes da mesma instituição, Balogh e colegas⁴⁵ verificaram uma prevalência de 14% de abusos sexuais num departamento psiquiátrico para crianças e jovens com défices cognitivos, em 43 pacientes com idades compreendidas entre os 9 e os 21 anos, ocorrendo vitimação em 21 dos casos, perpetração em 6 e ambas em 16 casos.

Foram detectados 17 perpetradores masculinos e 5 femininos, sendo a maioria das vítimas adolescentes (62%), das quais 17 casos de vitimação eram relativos a rapazes e 21 a raparigas.

⁴¹ FUREY et al., cf. op. cit., nota 39.

⁴² Cf. FUREY, E. & NIESEN, J. (1994). Sexual abuse of adults with mental retardation by other consumers. *Sexuality and Disability*, 12 (4), 285-295.

⁴³ BROWN et al., cf. op. cit., nota 18.

⁴⁴ SULLIVAN et al., cf. op. cit., nota 16.

⁴⁵ BALOGH et al., cf. op. cit., nota 15.

Estatísticas diversificadas exclusivamente centradas na população feminina demonstram que 68 a 83% das mulheres com deficiência intelectual serão sexualmente abusadas, apresentando uma elevada probabilidade de serem revitimadas, sobretudo por familiares, profissionais e funcionários institucionais, contrapondo-se aos menos pessimistas resultados obtidos por autores como Szollos e Chamberlin⁴⁶, que situam a prevalência deste abuso nos 50% e 33%, respectivamente⁴⁷.

Na sequência dos dados veiculados, Morano⁴⁸ ressalva que a expressiva variância exibida aquando da comparação da prevalência do abuso sexual em pessoas com deficiência mental nos diversos estudos, que oscila entre os 25 e os 85%, emana da natureza recôndita e subtil deste tipo de abuso, indelevelmente associada às idiosincrasias evidenciadas pelo indivíduo deficiente mental e às dinâmicas que o mesmo estabelece com o meio familiar e social envolvente.

2.2. Factores de vulnerabilidade da vítima

A vitimação sexual em deficientes mentais revela inúmeras particularidades inerentes à condição e severidade da deficiência mental, fornecendo a literatura vários motivos justificativos para o facto de esta população ser significativamente mais vulnerável a diferentes manifestações de abuso e negligência. De facto, estes indivíduos demonstram dificuldades cognitivas e adaptativas ao nível das inteligências prática (e.g., competências sensório-motoras, cuidados pessoais e de segurança) e social (e.g., capacidade de compreender comportamentos, pistas e expectativas sociais, e de julgar formas adequadas de conduta em situações sociais), que interferem com a sua apetência para avaliar e verbalizar os seus próprios pensamentos e sentimentos⁴⁹.

Com redes de suporte familiar e social frequentemente deficitárias, a permanente dependência física, psico-emocional e económica do deficiente mental de outras pessoas que assegurem o seu bem-estar e os esforços que o mesmo requer, encorajam comportamentos de conformidade, submissão e impotência, inclusive em deficientes mentais adultos que poderiam desenvolver níveis de autonomia e independência consideráveis⁵⁰.

Com efeito, saliente-se que, de acordo com a American Psychiatric Association⁵¹, cerca de 85% dos indivíduos dos indivíduos com o diagnóstico de deficiência mental inserem-se na categoria de deficiência mental ligeira, com dificuldades mínimas no domínio sensório-motor, desenvolvendo competências comunicacionais significativas e capacidades sociais e vocacionais que permitem relativos níveis de autonomia, não obstante a necessidade de apoio, supervisão e assistência em situações críticas de stress pessoal, familiar ou social.

Contudo, habituados a aquiescer e a não desafiar ou questionar a autoridade dos cuidadores, estes indivíduos revelam-se passivos e pouco assertivos, confiando demasiado nas pessoas, incluindo desconhecidos, mostrando concordância face aos seus pedidos e exigências na

⁴⁶ SZOLLOS et al., cf. op. cit., nota 3.

⁴⁷ Cf. ELMAN, R. (2005). Confronting the sexual abuse of women with disabilities. National Online Resource Center on Violence Against Women. Acedido em 28 de Abril de 2021, em https://vawnet.org/sites/default/files/materials/files/2016-09/AR_SVDisability.pdf; TYSKA, cf. op. cit., nota 8.

⁴⁸ MORANO, cf. op. cit., nota 8.

⁴⁹ DAVIS, cf. op. cit., nota 7; VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 2.

⁵⁰ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3; VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 5.

⁵¹ Cf. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. (1996). DSM-IV: Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais (4ª Ed.). Lisboa: Climepsi Editores.

ausência de uma correcta discriminação entre comportamentos apropriados e inapropriados⁵². Esta falta de discernimento na análise de motivações e intenções dos outros torna os deficientes mentais mais sugestionáveis e susceptíveis de serem sexualmente vitimados, incapacitando-os de resguardar a sua intimidade e proteger-se perante situações potencialmente perigosas que, muitas vezes, não são percebidas pelos mesmos enquanto tal, sendo mais facilmente manipuláveis e persuadidos pelo ofensor⁵³.

Evidenciando competências linguísticas limitadas, muitos deficientes mentais apresentam défices comprometedores da comunicação verbal e da utilização de vocabulário adequado, sendo ilustrativo o estudo de Verdugo, Bermejo e Fuertes⁵⁴, que registou que 75% das vítimas pertencentes à amostra demonstravam problemas sérios na linguagem e na capacidade para relatar as experiências abusivas⁵⁵.

Devido à escassez de recursos e informação disponíveis, os deficientes mentais evidenciam um enorme desconhecimento em matérias de relacionamento interpessoal, sexualidade e abuso sexual, revelando ingenuidade, inseguranças emocionais e sociais, necessidade de aceitação por parte dos outros e uma tendência para manifestações exacerbadas de afecto e contacto físico, condições que, cumulativamente, predisõem e precipitam a vitimação sexual⁵⁶.

De facto, Nettelbeck e Wilson⁵⁷ reportam-se a pesquisas recentes para demonstrar que comportamentos da vítima sugestivos de fracas competências sociais, concordância com pedidos inapropriados e respostas comportamentais agressivas, desafiantes e evocativas podem desencadear situações de vitimação.

Apesar de os estudos não serem ainda completamente conclusivos, vários autores consideram que indivíduos com deficiência mental ligeira ou moderada são mais frequentemente vítimas de abuso sexual do que deficientes mentais profundos ou severos.

Por outro lado, a co-morbilidade com patologia psiquiátrica ou problemas comportamentais constituem agravantes para o cometimento do abuso sexual enquanto que, em virtude da constância da deficiência mental, a vulnerabilidade a este tipo de ofensas não decresce com o progressivo aumento da idade⁵⁸.

Paralelamente, dados epidemiológicos sugerem que o sexo feminino é mais recorrentemente vítima de abuso sexual do que o sexo masculino, apesar de este último experimentar um incremento do número de episódios de vitimação sexual em contexto institucional, o que permite concluir que tanto homens como mulheres deficientes mentais encontram-se em risco de ofensas sexuais⁵⁹.

Face ao exposto, o deficiente mental assume uma posição desfavorecida e de circunscrito poder e expressão na sociedade, constituindo o isolamento social e a falta de oportunidades e experiências interpessoais estimulantes os pilares das fragilidades por si demonstradas, sendo que fenómenos como a institucionalização impedem a adequada assimilação e

⁵² FUREY et al., cf. op. cit., nota 39.

⁵³ MORANO, cf. op. cit., nota 8.

⁵⁴ VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 5.

⁵⁵ Cf. MCCREARY, B. & THOMPSON, J. (1999). Psychiatric aspects of sexual abuse involving persons with developmental disabilities. *Canadian Journal of Psychiatry*, 44 (4), 350-355; BURKE, L., BEDARD, C. & LUDWIG, S. (1998). Dealing with sexual abuse of adults with developmental disability who also have impaired communication: Supportive procedures for detection, disclosure and follow-up. *Canadian Journal of Human Sexuality*, 7(1), 79-91.

⁵⁶ MORANO, cf. op. cit., nota 8; TANG et al., cf. op. cit., nota 13.

⁵⁷ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

⁵⁸ AHLGRIM-DELZELL et al., cf. op. cit., nota 30; PETERSILIA, cf. op. cit., nota 4; FUREY, cf. op. cit., nota 6; FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

⁵⁹ DAVIS et al., cf. op. cit., nota 7; FUREY et al., cf. op. cit., nota 42.

desenvolvimento de competências pessoais e relacionais, mediante modelagem e treino de papéis sociais⁶⁰.

Contudo, e apesar embora as características e restrições desenvolvimentais do indivíduo com deficiência mental que fomentam o seu potencial de risco de vitimação sexual, o mesmo encontra-se igualmente associado a características do próprio ofensor e a variáveis ambientais.

2.3. Características do ofensor

Atendendo às suas características singulares previamente referidas, os indivíduos com deficiência mental constituem um alvo preferencial para os perpetradores sexuais, que tendem a seleccionar vítimas percebidas enquanto vulneráveis, indefesas, sem recursos e incapazes de acusá-los criminalmente⁶¹.

Normalmente, estas situações de abuso são reiteradas no tempo e advêm do diferencial de poder existente entre vítima e ofensor, mormente assente na suposta confiança e dependência face ao mesmo, que tende a persuadir, manipular ou coagir a vítima para que esta não revele o delito⁶².

Estudos no âmbito dos perfis de ofensores sexuais sublinham a importância das crenças e distorções cognitivas dos mesmos, sendo que muitos agressores interpretam erradamente o comportamento do deficiente mental, entendendo a sua postura expansiva e afectuosa como uma pista incitadora e concordante com o abuso⁶³.

Para Sobsey⁶⁴, existiriam dois perfis básicos aplicáveis a cuidadores abusivos, concretamente os cuidadores predadores e os cuidadores corrompidos.

Em relação aos cuidadores predadores, estes procuram obter um emprego que lhes permita estar em contacto directo com as suas vítimas, pelo que tipicamente planeiam e organizam as suas ofensas, embora possam analogamente cometer crimes impulsivos.

Estes indivíduos tendem a evidenciar fortes sentimentos de desadequação pessoal e social, falta de controlo sobre os outros e uma premente necessidade de exercer poder e controlo em pessoas vulneráveis.

Por outro lado, os cuidadores corrompidos habitualmente não projectam ou idealizam as suas ofensas podendo, em diversas circunstâncias, exhibir boas competências na prestação de cuidados e serviços à população deficiente.

No entanto, a carência de formação, treino e supervisão adequados, aliados ao surgimento de sentimentos inapropriados de raiva ou atracção sexual ante um utente, poderão precipitar a ocorrência da ofensa sendo que, apesar de a maioria destes cuidadores reconhecer a inadequação destes impulsos, alguns poderão sobrepor-se a esta censura de forma gradual ou súbita, culminando em abuso.

De acordo com informações do Seattle Rape Relief Developmental Disabilities Project⁶⁵, 99% dos ofensores sexuais seriam pessoas conhecidas da vítima, incluindo elementos familiares, médicos, enfermeiros e outros profissionais de saúde, professores e educadores, vizinhos,

⁶⁰ PILLAY et al., cf. op. cit., nota 8; FUREY et al., cf. op. cit., nota 39.

⁶¹ PILLAY et al., cf. op. cit., nota 8; FUREY, cf. op. cit., nota 6.

⁶² MACHADO, cf. op. cit., nota 32; FIRTH et al., cf. op. cit., nota 17.

⁶³ DAVIS, cf. op. cit., nota 7.

⁶⁴ PETERSILIA, cf. op. cit., nota 4.

⁶⁵ VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 5.

utentes com psico-patologia, auxiliares e voluntários institucionais, pertencendo a expressiva maioria ao sexo masculino.

Contrariamente às investigações de Furey⁶⁶ e Sobsey⁶⁷, que constataram que a maioria dos episódios abusivos decorriam na casa das vítimas, outros estudos⁶⁸ verificaram que este abuso sexual ocorria, sobretudo, em instituições, *community training homes, group homes e supervised apartments*⁶⁹, facto hipoteticamente atribuível à menor quantidade de denúncias de abuso em residências privadas, perpetrado por cuidadores familiares.

Apesar de tais discrepâncias, a literatura descreve um vasto número de ofensas sexuais praticadas em ambiente institucional, identificando-se como perpetradores múltiplos técnicos e funcionários, mas, principalmente, utentes institucionalizados diagnosticados com deficiência mental ou outras perturbações psiquiátricas, sendo residual a vitimação sexual por parte de desconhecidos da vítima⁷⁰.

Estas evidências permitem salientar um aspecto importante, mas frequentemente omitido ou negligenciado pelos diversos cuidadores e staff das instituições, relativo à actividade sexual abusiva entre utentes com perturbações mentais, práticas muitas vezes ocultadas ou, inclusivamente, imperceptíveis para estes profissionais, revelando-se as instituições locais privilegiados para o cometimento de crimes sexuais contra deficientes mentais, constituindo a mera oportunidade um factor importante neste tipo de abuso⁷¹.

O estudo desenvolvido por Balogh e colaboradores⁷² permitiu verificar que, quando a vítima apresentava défices cognitivos, uma significativa proporção dos seus ofensores revelava igualmente deficiência mental, sendo que muitos destes perpetradores, independentemente do seu género, também já tinham sido anteriormente expostos a diferentes tipos de vitimação.

Nettelbeck e Wilson⁷³ postulam que existe um conjunto de atributos relativos a ofensores sexuais deficientes que carecem de institucionalização, relacionados com o historial de vitimação sexual prévia, com dificuldades comunicacionais e respostas comportamentais desajustadas ante interacções sociais com o seu grupo de pares que, frequentemente, tendem a manifestar reacções violentas e prejudiciais, em virtude de dificuldades ao nível da inibição e controlo dos impulsos de raiva e agressividade⁷⁴.

Embora não seja correcto afirmar que a prevalência destes abusadores sexuais é significativamente superior à de perpetradores sexuais sem atraso mental, devido à escassez de amostras empíricas adequadas, Lindsay⁷⁵ enfatiza que os mesmos apresentam, diversas vezes, um notório historial de abuso e exploração sexuais na infância e juventude.

À semelhança dos restantes agressores sexuais, reincidem frequentemente, mas as suas vítimas são mais heterogéneas do que as de ofensores sexuais sem distúrbios cognitivos, discriminando-as menos em função de uma série de características, incluindo o seu sexo⁷⁶.

⁶⁶ FUREY, cf. op. cit., nota 6.

⁶⁷ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

⁶⁸ DAVIS, cf. op. cit., nota 7; FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

⁶⁹ Na impossibilidade de uma completa correspondência dos termos utilizados para a língua portuguesa, optou-se pela sua não tradução.

⁷⁰ AHLGRIM-DELZELL et al., cf. op. cit., nota 30; FUREY et al., cf. op. cit., nota 39.

⁷¹ VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 5.

⁷² BALOGH et al., cf. op. cit., nota 15.

⁷³ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

⁷⁴ FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

⁷⁵ LINDSAY, cf. op. cit., nota 29.

⁷⁶ FUREY et al., cf. op. cit., nota 42.

De um modo genérico, e apesar de escassearem investigações que caracterizem especificamente o perfil do ofensor sexual de indivíduos com deficiência mental, equaciona-se que o mesmo não deverá diferir significativamente do de abusadores sexuais de crianças, isto é, maioritariamente pertencentes ao sexo masculino, independentemente do sexo da vítima, e mantendo uma relação de proximidade com aquela⁷⁷, na medida em que, à semelhança das crianças, também os deficientes mentais são considerados "alvos fáceis", sendo perspectivados enquanto vulneráveis, dependentes, sexualmente inexperientes e incapazes de oferecer resistência e de denunciar a experiência abusiva.

2.4. Factores de risco ambiental e situacional

A literatura psicológica enumera várias hipóteses explicativas para o aumento do risco de abuso em pessoas com deficiência mental, identificando um conjunto de características familiares e institucionais associadas à ocorrência do mesmo.

Assim, a deficiência mental tende a ser concebida enquanto uma situação geradora de incómodo e perturbação no seio do agregado familiar do indivíduo deficiente, podendo simbolizar um castigo ou fracasso nas aspirações e expectativas parentais, virtualmente conducente à rejeição afectiva e a dificuldades relacionais entre pais e filho deficiente⁷⁸.

Na óptica de Sobsey⁷⁹, a existência de um elemento familiar portador de deficiência mental altera profundamente os papéis e rotinas familiares, que necessitam de sofrer significativos ajustamentos e adaptações, desenvolvendo-se elevados níveis de stress quando as exigências ultrapassam a capacidade de resposta familiar e esgotam os seus recursos financeiros, socio-económicos e sociais.

Com efeito, a vivência familiar tende a restringir-se e a centrar-se primordialmente nas necessidades do deficiente, pelo que um factor que poderá contribuir para o abuso é o isolamento familiar em relação à comunidade, existindo um menor suporte e apoio ambientais disponíveis.

Embora os estudos não sejam ainda conclusivos, Verdugo e Bermejo⁸⁰ realçam que indivíduos com deficiência mental ligeira ou moderada evidenciam um maior risco de vitimação comparativamente com deficientes mentais profundos ou severos, visto que os familiares atribuem o comportamento disruptivo daqueles aos óbvios défices apresentados, e não ao próprio deficiente.

Lidam assim mais facilmente com a sua condição de enfermidade, sem possuir expectativas irrealistas sobre o seu nível de funcionamento ou evolução do seu quadro clínico e, face à maior gravidade da patologia, estas famílias tendem igualmente a dispor de mais recursos comunitários e a usufruir de mais acompanhamento e supervisão.

Por outro lado, na medida em que o deficiente mental carece de múltiplos e recorrentes cuidados médicos e educativos no decurso da vida que o impelem a ausentar-se de casa por longos períodos, a separação prolongada da família torna-se, muitas vezes, impeditiva do desenvolvimento de uma vinculação segura, dotando os pais de uma diminuída sensibilidade às manifestações comportamentais e sinais físicos do seu filho sendo este, conseqüentemente, menos responsivo àqueles.

⁷⁷ MACHADO, cf. op. cit., nota 32.

⁷⁸ VERDUGO et al, cf. op. cit., nota 5.

⁷⁹ FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

⁸⁰ VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 5.

Aspectos adicionais relacionados com situações de abuso no deficiente mental associam-se a condições socio-familiares adversas e a factores inerentes aos pais e outros familiares cuidadores, designadamente o consumo e abuso de substâncias, a presença de psicopatologia ou de alguns traços de personalidade, tais como défices cognitivos, impulsividade, ansiedade, baixa auto-estima e autoritarismo, e a adopção de crenças e atitudes pejorativas e de desvalorização para com a pessoa deficiente mental⁸¹.

Finalmente, algumas características familiares recorrentemente associadas ao abuso sexual de crianças (e.g., modelo familiar patriarcal, baixo rendimento familiar, presença de um substituto paterno, falta de afecto físico e emocional parental, relações incestuosas entre membros familiares, inadequação da relação conjugal, punitividade em relação à abordagem de temas sexuais, pobreza ou dificuldades emocionais da mãe) poderão ser também transpostas para a realidade familiar da pessoa deficiente mental⁸².

Pese embora estas evidências, investigações continuam a sugerir que a casa é o local mais seguro para o indivíduo com deficiência, ainda que se possa especular que um dos motivos pelo qual o abuso intra-familiar é pouco reportado prende-se exclusivamente com o reduzido número de participações às autoridades competentes sendo que, quando tal sucede, este é sobretudo denunciado por profissionais e técnicos cuidadores, em detrimento da vítima⁸³.

Apesar de a família ser o contexto mais estudado ao nível da prática de maus-tratos e negligência em deficientes, assiste-se a um crescente número de investigações em ambiente institucional, registando-se nos mesmos uma elevada prevalência de abusos sexuais, que permitem admitir que tanto a vivência em isolamento como em congregação fomentam o risco de vitimação dos utentes, quer por parte de funcionários como por parte de outros utentes, sublinhando-se que quanto maior a extensão e gravidade da deficiência apresentada pelo indivíduo, maior a propensão ao abuso⁸⁴.

Na sua revisão de literatura, Furey⁸⁵ reporta-se às causas do comportamento abusivo, subdivididas em três categorias, designadamente variáveis organizacionais (e.g., ausência de uma selecção dos profissionais com base nas suas qualificações, falta de treino adequado dos funcionários, contratos precários de trabalho, burocracias que limitam a flexibilidade da administração e dos profissionais e técnicos), características do *staff* (e.g., incapacidade para gerir o stress institucional, sobrecarga laboral, atitudes depreciativas face à deficiência) e características dos utentes (e.g., comportamentos auto-destrutivos, agressividade, dificuldades comunicacionais).

Autores como MacNamara⁸⁶ identificam ainda outros factores relacionados com personalidades patológicas, ambientes desequilibrados, falta de privacidade, serviços deficitários de suporte aos cuidadores, supervisão técnica inapropriada, acompanhamento ineficaz dos casos, intervenções prematuras, avaliações e apoios institucionais escassos ou inexistentes, e políticas administrativas, jurídicas e institucionais coniventes com situações de abuso sexual, ignorando-as ou minimizando-as.

⁸¹ RAMOS, cf. op. cit., nota 13; VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 2.

⁸² MACHADO, cf. op. cit., nota 32.

⁸³ FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

⁸⁴ FUREY et al., cf. op. cit., nota 39; FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

⁸⁵ FUREY, cf. op. cit., nota 6.

⁸⁶ VERDUGO et al., cf. op. cit., nota 5.

Ilustrativamente, e à semelhança do estudo de Zemp⁸⁷, que possibilitou constatar que 64 % das mulheres e 50% dos homens institucionalizados com deficiência incluídos na amostra teriam sido objecto de ofensas sexuais, Gust e colaboradores⁸⁸ detectaram que 63 % dos deficientes mentais mantinham contactos sexuais ocasionais ou regulares entre si, pelo que a vivência da sexualidade do indivíduo deficiente mental institucionalizado, e principalmente os fenómenos de abuso sexual, não deverão constituir realidades silenciadas.

2.5. Modelos integrados do risco

Paralelamente ao surgimento de modelos conceptuais no âmbito do abuso sexual de crianças, conceberam-se diversos modelos explicativos especificamente relacionados com a vitimação em indivíduos deficientes⁸⁹.

De acordo com o pioneiro modelo comportamental de Sparks⁹⁰, o deficiente mental seria mais vulnerável à vitimação devido às suas características intrínsecas, prevalecendo seis estilos comportamentais, que podem ser objecto de sobreposição, e que contribuem para o aumento da probabilidade de vitimação, concretamente:

- Precipitação (i.e., comportamentos da vítima e ofensor interpretados por este como concordantes ou encorajadores do contacto sexual),
- Facilitação (i.e., comportamentos da vítima percebidos pelo ofensor como aceitantes do abuso),
- Vulnerabilidade (i.e., características que definem a condição de debilidade física e mental da vítima),
- Oportunidade (i.e., comportamentos que expõem a vítima ao ofensor),
- Atractividade (i.e., características da vítima que a tornam um alvo desejável) e
- Impunidade (i.e., características da vítima que reduzem a probabilidade do ofensor ser capturado e detido).

Outra teoria da vitimação explicativa destas dinâmicas abusivas é a teoria das actividades rotineiras ou do estilo de vida de Felson⁹¹, que interpreta que os deficientes enfrentam riscos de vitimação elevados, devido às suas características demográficas e rotinas habituais, que fomentam a sua exposição a contextos de risco e a potenciais ofensores.

Assim, as pessoas com deficiências desenvolvimentais que se encontram próximas de ofensores, e para os quais as mesmas poderão constituir um objecto preferencial de interesse sexual, afiguram-se mais vulneráveis e acessíveis para o agressor, encontrando-se menos protegidas contra diversas formas de vitimação devido ao seu difícil recurso aos sistemas de justiça e apoio social, reunindo assim critérios considerados essenciais para que sejam consideradas um grupo populacional em risco.

Por exemplo, a assistência institucional poderia aumentar a exposição do deficiente a hipotéticos ofensores e isolá-lo ou restringi-lo a fontes de protecção, tais como as autoridades

⁸⁷ Cf. ZEMP, A. (2002). Sexual violence against people with handicaps in institutions. *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie*, 5/ (8), 610-625.

⁸⁸ GUST et al., cf. op. cit., nota 23.

⁸⁹ FIRTH et al., cf. op. cit., nota 17.

⁹⁰ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

⁹¹ PETERSILIA, cf. op. cit., nota 4.

policiais, podendo o perpetrador seleccionar uma vítima deficiente ao acreditar que a possibilidade de ser detido ou punido com severidade diminui consideravelmente.

Neste mesmo sentido, o modelo ecológico de Sobsey⁹² procura explicar a vitimação através de uma interacção entre factores individuais e sociais, argumentando que o motivo pelo qual os deficientes mentais estão mais expostos à vitimação relaciona-se com a sua relativa falta de poder, competências e controlo sobre as suas vidas e sobre o meio, negando o possível contributo do comportamento coercivo ou precipitante da vítima nos episódios abusivos.

Mais recentemente, o modelo multifactorial de Sobsey e Calder⁹³ foi proposto para conceptualizar o risco de violência em pessoas com deficiência mental, incorporando atributos relativos à vítima e ao ofensor, bem como variáveis ambientais e socioculturais determinantes nas interacções entre ambos, sendo uma abordagem essencialmente descritiva e ainda não empiricamente testada.

No seu seguimento, Nettelbeck e Wilson⁹⁴ propuseram um esquema interactivo da vitimação de cariz comportamental para explicar a prevalência de vitimação em sujeitos deficientes, integrando influências psicossociais, factores ambientais e situacionais, características de personalidade individuais e competências interpessoais, que confluem na conduta da vítima e do ofensor e culminam na experiência de vitimação.

Com efeito, visto que os deficientes mentais evidenciam maior propensão a diferentes tipos de vitimação, os autores indagam a possibilidade de dadas características inerentes aos mesmos e ao seu comportamento poderem incitar ou atrair o perpetrador, facto que concomitantemente explicaria o motivo pelo qual estes indivíduos são repetidamente vitimados, envolvendo-se em padrões de interacção similares com os seus ofensores em diversas e sistemáticas ocasiões.

3. Impacto do abuso sexual em vítimas com deficiência mental

Enquanto os efeitos do abuso sexual em crianças encontram-se bem documentados na literatura, o impacto da vitimação sexual no indivíduo com deficiência mental não está devidamente estudado, permanecendo por aflorar diversos processos e manifestações, sobretudo psicológicas, subjacentes à experiência sexual abusiva nesta população específica.

As poucas investigações efectuadas neste âmbito não são consensuais, acreditando alguns autores que os efeitos do abuso sexual são idênticos aos sentidos pelas vítimas sem deficiência, enquanto outros sugerem que os mesmos poderão agravar-se, precisamente em função das limitadas competências pessoais e sociais, mecanismos de *coping* e recursos disponíveis pelos indivíduos com deficiência mental⁹⁵.

Constituindo uma avassaladora intrusão na vida da vítima, a violência sexual pode conduzir ao desenvolvimento de uma constelação de sintomatologia física, psicológica e comportamental, diferindo a sua ressonância consoante o grau de gravidade da deficiência mental.

⁹² NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

⁹³ PETERSILLA, cf. op. cit., nota 4.

⁹⁴ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

⁹⁵ Cf. MATICH-MARONEY, J. (2003). Mental health implications for sexually abused adults with mental retardation: Some clinical research findings. *Mental Health Aspects of Developmental Disabilities*, 6(1), 11-20; MANSELL et al., cf. op. cit., nota 17; THARINGER et al., cf. op. cit., nota 2.

Deste modo, embora algumas vítimas possam não exibir alterações significativas, em virtude da sua eventual capacidade de resiliência ou porque não adquirem consciência de que foram objecto do crime de abuso sexual, outras poderão experimentar intenso sofrimento e desenvolver uma noção de desamparo e impotência, baseados na incapacidade para conseguir escapar aos contactos sexuais indesejados. Inicialmente, e à semelhança de muitas outras vítimas de abuso, os indivíduos com deficiência mental revelam uma sensação de choque, descrença e negação de que o abuso tenha ocorrido, seguida pela intensificação de sentimentos de confusão, medo, raiva, culpa, desconfiança, humilhação, pesar, vulnerabilidade e, inclusive, ambivalência ou negatividade relativamente ao seu próprio corpo, podendo algumas destas reacções exacerbar-se pelo facto de as vítimas já se sentirem estigmatizadas pela sociedade, possuindo índices de auto-estima e auto-eficácia reduzidos⁹⁶.

Investigações relativas a este tipo de vitimação constataam que se encontram diferenças entre vítimas com e sem deficiência mental no que concerne aos níveis de depressão, desajustamento sexual, uso de medicação e co-morbilidade psicopatológica, sendo estes tendencialmente mais elevados em pessoas com deficiência⁹⁷.

Tal como sucede com vítimas não deficientes, verifica-se que a exposição a abusos sexuais violentos, a longo prazo, praticados por um cuidador da suposta confiança da vítima e desde idades mais precoces, tende a causar mais danos psico-emocionais⁹⁸.

Outras evidências sintomáticas encontradas nas vítimas foram alterações comportamentais (e.g., agressividade, condutas disruptivas e de oposição), queixas de ansiedade, fobias e manifestações psicossomáticas diversificadas⁹⁹, tendo um estudo de FIRTH e colaboradores¹⁰⁰ constatado que apenas uma reduzida parcela das vítimas portadoras de deficiências intelectuais evidenciava perturbação de stress pós-traumático.

No limite, e dadas as dificuldades que muitos deficientes mentais possuem ao nível da revelação das práticas sexuais abusivas, as vítimas poderão engravidar ou contrair uma doença venérea advinda do envolvimento sexual desprotegido com o ofensor, pelo que revela-se impreterível atender a um conjunto de sinais físicos (e.g., lesões genitais), comportamentais (e.g., comportamento sexual desajustado, desobediência, isolamento, condutas de internalização, evitamento do ofensor) e situacionais (e.g., historial de abusos prévios) demonstrados pela vítima, reactivos ao abuso sexual¹⁰¹.

4. Especificidades na avaliação forense

Somente parte das situações de abuso sexual são sinalizadas e referenciadas às instâncias policiais e jurídicas, sendo sobretudo detectadas mediante a revelação verbal da vítima deficiente, por denúncias de familiares, profissionais ou outros cuidadores e pela realização de exames clínicos de rotina ou de despiste de evidências físicas ou comportamentais anómalas¹⁰².

⁹⁶ TYSKA, cf. op. cit., nota 8; BALADERIAN, cf. op. cit., nota 12.

⁹⁷ MATICH-MARONEY, cf. op. cit., nota 95.

⁹⁸ DAVIS, cf. op. cit., nota 7; BALADERIAN, cf. op. cit., nota 12.

⁹⁹ PETERSILIA, cf. op. cit., nota 4; FUREY et al., cf. op. cit., nota 39; BROWN et al., cf. op. cit., nota 18.

¹⁰⁰ FIRTH et al., cf. op. cit., nota 17.

¹⁰¹ BURKE et al., cf. op. cit., nota 55; ELVIK, S., BERKOWITZ, C, NICHOLAS, E., LIPMAN, J. & INKELIS, S. (1990). Sexual abuse in the developmentally disabled: Dilemmas of diagnosis. *Child Abuse and Neglect*, 14 (4), 497-502.

¹⁰² BROWN et al., cf. op. cit., nota 18; ELVIK et al., cf. op. cit., nota 101.

Com efeito, Ahlgrim-Delzell e DudJey¹⁰³ estimam que apenas 20% dos episódios abusivos são denunciados, tendo constatado que as queixas de abuso sexual não confirmadas são as mais frequentes, que as mulheres com deficiência mental apresentam mais alegações de abuso do que os homens, que outros deficientes mentais são os mais recorrentemente acusados de abusos sexuais confirmados e que o staff institucional tende a ser acusado por alegações de abuso sexual falsas.

São diversos os motivos pelos quais os actos abusivos tendem a não ser participados pela vítima, sendo que muitas desconhecem os seus direitos, consideram que devem aquiescer às investidas do perpetrador ou simplesmente não têm consciência de que foram sexualmente abusadas, tendendo os próprios contextos familiar e institucional a abafar e a gerir internamente tais situações abusivas¹⁰⁴.

Obstáculos adicionais à revelação advêm do facto de algumas vítimas recearem não ser perspectivadas enquanto testemunhas credíveis ou poderem vir a sofrer repercussões familiares, institucionais, jurídicas e sociais adversas, optando por omitir o abuso sexual na expectativa de serem desacreditadas, incompreendidas ou considerar-se que fantasiaram ou interpretaram mal o sucedido, temendo represálias tais como a alienação ou o abandono por parte dos cuidadores¹⁰⁵.

Caso as situações de abuso sexual sejam denunciadas e julgadas criminalmente, é frequente o tribunal solicitar a colaboração de peritos nos domínios médico e psicológico, para que avaliem e respondam a questões relativas ao despiste de diagnósticos de deficiência mental ou outras psicopatologias, à capacidade da vítima para testemunhar e determinar-se sexualmente, e ao impacto e extensão causados pelo alegado abuso na vítima¹⁰⁶.

De um ponto de vista psicológico, compete avaliar a capacidade de adaptação e funcionamento da suposta vítima, através de uma entrevista com a própria, com os seus pais e com outros prestadores de cuidados, pela observação directa das suas interacções e pela aplicação de provas e testes avaliativos.

Diversos indicadores potencialmente reveladores do abuso deverão ser considerados e investigados, sendo necessário recorrer a psicólogos treinados em avaliação e entrevista forense e especializados em temáticas como a sexualidade, o abuso sexual e a deficiência mental¹⁰⁷.

No decurso do processo avaliativo, torna-se imprescindível promover um ambiente genuinamente empático e securizante para a vítima, estabelecendo um clima de confiança e aceitação e assegurando-lhe direitos de privacidade, confidencialidade, dignidade e neutralidade, devendo o género do psicólogo corresponder ao da vítima¹⁰⁸.

Este técnico deverá recorrer a uma abordagem individualizada e adaptada ao nível de funcionamento do examinando, podendo ser útil proceder à inclusão de uma pessoa de suporte e referência para a vítima ou à presença de um intérprete, assegurando que estes não

¹⁰³ AHLGRIM-DELZELL et al., cf. op. cit., nota 30.

¹⁰⁴ DAVIS, cf. op. cit., nota 7; NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

¹⁰⁵ PILLAY et al., cf. op. cit., nota 8; FUREY et al., cf. op. cit., nota 39.

¹⁰⁶ MORANO, cf. op. cit., nota 8.

¹⁰⁷ Cf. CAMPBELL, J. & CARLSON, K. (1995). Training and knowledge of professional on specific topics in child sexual abuse. *Journal of Child Sexual Abuse*, 4 (1), 75-86; HORTON et al., cf. op. cit., nota 14; BALADERIAN, cf. op. cit., nota 12.

¹⁰⁸ BURKE et al., cf. op. cit., nota 55.

mantêm uma relação privilegiada com o presumível ofensor, de modo a que não se instalem conflitos de lealdade.

Durante a avaliação pré-desenvolvimental, o psicólogo deverá mencionar à vítima o imperativo de esta relatar a verdade dos factos e enfatizar que não existem respostas correctas, sendo aceitável que possa não se recordar de algumas informações, alertando-a de que poderá corrigi-lo ou interrompê-lo sempre que necessitar.

A comunicação entre ambos assume particular relevância, devendo recorrer-se a uma linguagem simples e acessível ao nível cognitivo da vítima, centrando o diálogo em aspectos concretos e factuais e adoptando um formato de entrevista baseado em perguntas abertas e directas, evitando questões complexas e fechadas (e.g., escolha múltipla, sim ou não), dado que os deficientes mentais tendem a aquiescer, independentemente de estarem a ser incongruentes.

Deste modo, é possível testar a apetência da alegada vítima para responder às questões formuladas, incitando-a a desenvolver aspectos virtualmente mais perturbadores relacionados com as experiências abusivas através do recurso a métodos representativos, tais como desenhos e bonecas anatomicamente correctas¹⁰⁹.

Durante a avaliação, o psicólogo depara-se com algumas dificuldades práticas, designadamente a inexistência de um protocolo de avaliação direccionado para vítimas com deficiência mental, lacuna que implica a adopção de uma metodologia que se ajuste às capacidades e limitações do examinando.

O número e duração total das sessões avaliativas tende a ser maior com esta população, existindo maior propensão para estados de fadiga, quer da parte do avaliador como da vítima.

Sublinhe-se que, aquando da recolha de informação junto de familiares e outros cuidadores, o técnico não deverá confiar inteiramente nos depoimentos prestados relativamente ao historial sexual do deficiente, visto que existe o risco de estes dados serem imprecisos ou incorrectos, podendo mesmo encobrir o ofensor ou compactuar com a sua versão dos acontecimentos¹¹⁰.

Paralelamente, algumas das principais dificuldades específicas encontradas prendem-se com o facto de o deficiente mental nem sempre relatar os sentimentos associados às experiências abusivas ou conseguir atribuir-lhes um significado, relacionando-se o cometimento de tais actos abusivos à interiorização de uma percepção de incapacidade e fracasso.

Importa finalizar este tópico referindo que, não obstante a discussão acerca da legitimidade do testemunho de pessoas com deficiência mental, alguns aurores defendem uma mudança de paradigma, substituindo o termo competência (i.e., capacidade legal para fornecer decisões racionais e informadas) pelo conceito de credibilidade (i.e., capacidade para prestar declarações válidas em tribunal, avaliada pelo juiz ou magistrado), garantindo assim que muitas destas vítimas possam prestar testemunho em audiência jurídica, atendendo a que o diagnóstico de deficiência mental é uma categoria heterogénea¹¹¹.

Para tal, é vital que o sistema judiciário esteja ciente das reais limitações destes indivíduos ao nível das suas aptidões cognitivas, interpessoais, linguísticas e conhecimentos na esfera sexual, de modo a minimizar as condições desencadeadoras de stress (e.g., interrogatórios policiais,

¹⁰⁹ HORTON et al., cf. op. cit., nota 14.

¹¹⁰ MORANO, cf. op. cit., nota 8; PILLAY et al., cf. op. cit., nota 8.

¹¹¹ MORANO, cf. op. cit., nota 8.

comparências em tribunal) a que os mesmos se encontram sujeitos no decorrer de todo o processo legal, atenuando assim o impacto nefasto resultante desta vitimação secundária.

5. Respostas institucionais, prevenção e intervenção psicológica

Nas últimas duas décadas, as sociedades ocidentais têm vindo a efectuar significativos progressos no âmbito da legislação, assistência e apoio a vítimas de crimes com deficiências, objectivando conferir às mesmas um tratamento mais justo e equitativo.

Para este efeito, algumas instituições sociais, sobretudo nos domínios da Educação, Medicina e Direito, têm convergido esforços para conceber formatos de tratamento e intervenção menos discriminatórios para pessoas com perturbações desenvolvimentais, embora estes permaneçam insuficientes, inadequados e inconsistentes, particularmente no que concerne às respostas dos sistemas de justiça criminal e respectivos enquadramentos jurídicos, quer se trate de um indivíduo com deficiência mental vítima ou acusado de cometer um crime¹¹².

Vários autores propõem que se assegure a criação de serviços específicos e treino de profissionais (e.g., polícias, investigadores criminais, advogados, juizes), descrevendo Sobsey cinco áreas que deveriam ser incorporadas na formação de agentes e inspectores policiais que contactam com vítimas deficientes mentais: treino de atitudes, consciencialização das necessidades médicas e legais desta população, trabalho de equipa multidisciplinar, orientação para a vítima com deficiência em tribunal e treino de consultadoria especializado¹¹³.

Contudo, o deficiente mental habitualmente não recebe qualquer tipo de assistência especial no decurso da investigação e julgamento, sendo que os próprios abusadores sexuais, quando condenados, tendem a receber penas mais reduzidas, facto explicável pela maior dificuldade na investigação destes casos, pela falta de treino adequado dos profissionais de polícia e por estereótipos sociais negativos sustentados face à população com atraso mental.

Brown e Turk¹¹⁴ salientam a importância de conectar a vítima deficiente mental com um espectro alargado de recursos comunitários, defendendo o seu direito de acesso aos sistemas jurídico, médico, psicológico e educacional, urgindo a necessidade de estipular um referencial jurídico-legal que proteja estes deficientes, disponibilizando-se treino específico e a implementação de programas educativos e formativos contínuos direccionados para profissionais e cuidadores¹¹⁵.

Deste modo, os técnicos deverão estar aptos a reconhecer, reportar e intervir em situações de abuso sexual, possuindo sólidos conhecimentos no domínio da sexualidade e deficiência mental.

Concomitantemente, torna-se premente conceber, monitorizar e actualizar políticas e procedimentos relativos à denúncia e investigação destes crimes, bem como clarificar os papéis dos profissionais e fornecer-lhes directrizes que possibilitem estabelecer um intercâmbio entre instituições e serviços, assegurando que as vítimas recebem uma intervenção adaptada às suas necessidades¹¹⁶.

De facto, é ainda frequente as estruturas administrativas ignorarem e desrespeitarem alguns dos direitos dos deficientes mentais, através da imposição de normas e procedimentos institucionais morosos e complexos.

¹¹² PETERSILIA, cf. op. cit., nota 4.

¹¹³ MORANO, cf. op. cit., nota 8.

¹¹⁴ BROWN et al., cf. op. cit., nota 18.

¹¹⁵ CAMPBELL et al., cf. op. cit., nota 107.

¹¹⁶ THÁRINGER et al., cf. op. cit., nota 2.

Para minimizar a ocorrência de situações de abuso sexual e/ou promover a sua revelação, Furey¹¹⁷ propõe uma selecção vocacional e treino adequados dos funcionários no momento da sua contratação, uma supervisão regular das interacções entre staff e utentes e reuniões frequentes entre os diversos elementos constituintes da instituição (i.e., profissionais, supervisores e utentes), assim como diminuir a lotação de pacientes nas diferentes secções e serviços para que possam receber um acompanhamento diferenciado, reduzindo assim o potencial de abuso.

Em paralelo, e uma vez que os deficientes com escassas competências verbais revelam maior tendência para serem abusados, deverão ser implementados programas que visem o treino comunicacional e a aprendizagem de modos mais adaptativos para lidarem com o ambiente circundante, promovendo a melhoria da sua auto-imagem e conferindo-lhes uma relativa noção de autonomia e responsabilidade pelas suas condutas¹¹⁸.

Progressivamente, os técnicos deverão adquirir maior sensibilidade e formação no acompanhamento e tratamento a pessoas com deficiência mental, revelando-se fulcral a sua atitude empática e colaborante para assegurar a atenuação do impacto negativo resultante da vitimação sexual.

Estudos comprovam a eficácia do treino de competências de familiares, profissionais e outros cuidadores para uma eficaz gestão dos recursos disponíveis e atenuação dos agentes stressores, favorecendo o ajustamento cognitivo dos mesmos e proporcionando um serviço comunitário com maior qualidade, assente na tolerância e na consciencialização dos direitos da pessoa com deficiência mental¹¹⁹.

Deste modo, os programas de prevenção dos fenómenos de abuso sexual nesta população deverão adequar-se às exigências com as quais estes indivíduos são confrontados, incidindo no treino assertivo e no desenvolvimento de skills e estratégias interpessoais, permitindo o fortalecimento de relações afectivas e de intimidade seguras e satisfatórias¹²⁰.

Em virtude da crescente tendência para um movimento de desinstitucionalização e inclusão socioprofissional dos cidadãos com deficiência mental, participação na vida social esta que, inevitavelmente, comporta uma maior exposição a situações sociais complexas e potencialmente ameaçadoras, torna-se indispensável conferir-lhes competências de auto-subsistência e interpessoais.

Dotar estes indivíduos de maior controlo e empowerment deverá constituir-se tarefa prioritária, apostando na educação sexual (e.g., aprendizagem de vocabulário; compreensão de conceitos; clarificação de mitos) e no desenvolvimento de atitudes positivas face à sexualidade, que estimulem a auto-determinação e a auto-protecção sexuais e permitam que os mesmos possam reconhecer, resistir e reportar mais facilmente situações abusivas, identificando as dinâmicas constitutivas do abuso e quais as acções a desenvolver para minimizar os seus riscos¹²¹.

¹¹⁷ FUREY, cf. op. cit., nota 6.

¹¹⁸ DAVIS, cf. op. cit., nota 7; SZOLLOS et al., cf. op. cit., nota 3; FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

¹¹⁹ PETERSILIA, cf. op. cit., nota 4.

¹²⁰ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3; SZOLLOS et al., cf. op. cit., nota 3.

¹²¹ RAMOS, cf. op. cit., nota 13; TANG, C. & LEE, Y., cf. op. cit., nota 13.

As poucas investigações centradas na averiguação da eficácia deste tipo de intervenções psico-educacionais preventivas¹²² revelam, contudo, resultados pouco animadores, demonstrando estes indivíduos uma fraca capacidade de generalização dos conteúdos e *skills* adquiridos mediante treino comportamental, dificilmente transpondo-os para situações concretas em contexto natural ou mediante metodologias de exposição e *role-play*.

Contudo, tais programas de treino cognitivo-comportamental para prevenção da vitimação sexual nesta população não se encontram ainda suficientemente avaliados do ponto de vista empírico, baseando-se essencialmente na aferição de conteúdos e conhecimentos dos participantes ao invés da sua performance em competências específicas¹²³.

Autores como Nettelbeck e Wilson¹²⁴ adiantam que o treino cognitivo poderá revelar-se uma área de intervenção promissora para suprimir as lacunas existentes nos métodos de modificação de comportamentos específicos de cariz estritamente comportamental.

Por outro lado, embora os benefícios da psicoterapia com vítimas de abuso sexual deficientes mentais tenham sido questionados no passado, presentemente considera-se de suma pertinência a intervenção psiquiátrica e psicológica com as mesmas¹²⁵.

Para tal, torna-se indispensável disponibilizar um espaço e profissionais especializados que acolham os receios, dúvidas e preocupações da vítima, favorecendo a redução da sintomatologia associada à vitimação sexual e o conseqüente retorno ao nível de funcionamento prévio, otimizando-se os meios sociais e legais de apoio a esta população¹²⁶.

Todavia, muitas destas vítimas continuam a não solicitar este tipo de recursos e serviços terapêuticos, quer por os mesmos não estarem devidamente difundidos na comunidade, quer por não se encontrarem adaptados para intervir com utentes com deficiência mental¹²⁷.

6. Considerações finais

A investigação direccionada para a análise dos fenómenos de abuso sexual em indivíduos deficientes mentais permanece ainda em fase embrionária, sendo que muitas questões requerem respostas e esclarecimentos adicionais que evidenciem consistência teórica e aplicabilidade prática.

Com efeito, evidências sugerem que o isolamento e a segregação institucional conduzem à criação de oportunidades de vitimação sexual em ambos os sexos, embora não se ofereçam explicações empiricamente testadas para o facto de os deficientes mentais masculinos institucionalizados relatarem tão poucos actos abusivos, comparativamente com o sexo feminino.

Para justificar esta discrepância, também extensível às diminutas denúncias masculinas efectuadas em contexto familiar, autores como Furey, Niesen e Strauch¹²⁸ referem o receio dos mesmos serem considerados homossexuais e possuírem mais constrangimentos sociais,

¹²² Cf. MILTENBERGER, R., ROBERTS, J., ELLINGSON, S., GALENSKY, T., RAPP, J., LONG, E. & LUMLEY, V. (1999). Training and generalization of sexual abuse prevention skills for women with mental retardation. *Journal of Applied Behavior Analysis*, 32 (3), 385-388.

¹²³ Cf. LUMLEY, V., MILTENBERGER, R., Long, E. RAPP, J. & ROBERTS, J. (1998). Evaluation of a sexual abuse prevention program for adults with mental retardation. *Journal of Applied Behavior Analysis*, 31(1). 91-101.

¹²⁴ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3.

¹²⁵ Verdugo et al., cf. op. cit., nota 5.

¹²⁶ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3; BALADERIAN, cf. op. cit., nota 12.

¹²⁷ TYSKA, cf. op. cit., nota 8.

¹²⁸ FUREY et al., cf. op. cit., nota 40.

dado que a esmagadora maioria dos ofensores pertence ao sexo masculino, hipótese que permanece meramente especulativa.

Por outro lado, as investigações desenvolvidas não permitiram ainda justificar claramente o motivo pelo qual os escudos referem poucas vítimas com deficiência mental severa e profunda, embora teoricamente se saiba que se encontram em elevado risco de abuso devido à gravidade da sua patologia, sendo apontada pela literatura como explicação mais plausível o limitado número de denúncias efectuadas pelas mesmas.

Importa também explorar aspectos associados ao baixo número de denúncias de abuso sexual cometidos no seio da família da vítima, contexto habitualmente pouco permeável à realização de estudos que promovam uma maior clarividência nesta matéria.

Outra interrogação pertinente prende-se com a percepção de em que medida deve considerar-se abuso o envolvimento de um deficiente mental em contactos sexuais, uma vez que o consentimento é subjectivo e dificilmente avaliável nesta população.

Com o progressivo reconhecimento do papel que as características inerentes à pessoa deficiente mental desempenham no processo de vitimação, aumentando a sua vulnerabilidade ao abuso, torna-se premente delinear estratégias de intervenção que objectivem reduzir a incidência do abuso sexual (e.g., treino de competências pessoais e sociais, educação sexual) e que maximizem a eficácia dos resultados obtidos com vítimas deste tipo de experiência abusiva em acompanhamento psicológico (e.g., treino de resolução de conflitos, incremento da auto-estima, auto-conceito e auto-controlo).

Contudo, e uma vez que a maioria das evidências psicoterapêuticas extraídas com esta população repousam ainda nos resultados clínicos alcançados com vítimas de abuso sexual sem deficiência¹²⁹, serão profícuas investigações vindouras que permitam uma maior compreensão das dinâmicas subjacentes ao abuso sexual e que sinalizem um leque mais abrangente de variáveis passíveis de intervenção terapêutica, visando a identificação de factores que contribuem para o aumento da vulnerabilidade e, conseqüentemente, que possibilitem uma actuação profiláctica.

Para finalizar, revela-se evidente que o abuso sexual de deficientes mentais constitui um terreno de estudo fértil, numa sociedade ainda pouco sensibilizada para esta problemática, regida por mitos e sentimentos díspares face ao atraso mental, que oscilam entre a repulsa, a indiferença e a super-protecção e que, no limite, culminam no afastamento e exclusão social do indivíduo com deficiência mental e na sua agravada vulnerabilidade face à violência e exploração.

¹²⁹ NETTELBECK et al., cf. op. cit., nota 3; Verdugo et al., cf. op. cit., nota 5.

Título:
Crimes sexuais
– 2.^a edição –

Ano de Publicação: 2021

ISBN: 978-989-8908-81-0

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt