As alterações de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais: os crimes de Coação Sexual e Violação (*)

Liliana Cristina Gomes Correia (**)

"Aprender com a experiência dos outros é menos penoso do que aprender com a própria."
José Saramago

Sumário: Introdução; 1. O direito penal sexual e o(s) bem(s) jurídico(s) protegido(s); 2. A reconstrução dos tipos legais de crime; 3. Continuidades e ruturas do crime de coação sexual; 3.1. A Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, e o atual n.º 1 do artigo 163.º; 3.2. A(s) modalidade(s) de ação; 3.3. O conteúdo da ação ilícita: consigo ou com outrem?; 4. O novo n.º 3 dos artigos 163.º e 164.º e a «vontade cognoscível»; 4.1. Considerações intercalares; 4.1.1. Os ataques surpresa; 5. Continuidades e ruturas do crime de violação; 5.1. A atual alínea *a)* do n.º 1 do artigo 164.º; 5.2. A atual alínea *b)* do n.º 1 do artigo 164.º; 5.3. Conclusão intercalar; Conclusão.

(*) O texto tem origem em relatório elaborado no âmbito da unidade curricular de Direito Penal, referente à parte letiva do Mestrado em Direito (Especialização em Ciências Jurídico-Criminais) no ano letivo 2019/2020, sob a regência do Excelentíssimo Senhor Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro.

(**) Mestranda em Direito com especialização em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e advogada-estagiária.

Introdução

O artigo que ora nos propomos realizar discorre sobre a relação enleada entre a expansão do Direito Penal e os Crimes Sexuais, uma matéria objeto de sucessivas (mas nem sempre profundas) reformas ao longo dos anos.

Referimo-nos, particularmente, às alterações impostas pela Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro nos crimes de Coação Sexual e Violação, à qual esteve subjacente o propósito de adequar a legislação penal portuguesa ao preceituado na Convenção de Istambul.

A escrupulosa reflexão a que nos alvitramos consiste em analisar os problemas decorrentes da redação atual dos preceitos: numa primeira abordagem, proceder a um breve enquadramento da evolução histórica e do bem jurídico protegido e, num segundo momento, descortinar as principais alterações operadas no regime, através da análise minuciosa de ambas as normas legais.

Com efeito, iremos tecer algumas considerações acerca do novo n.º 3 dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal. A vontade cognoscível da vítima, *punctum crucis* da nossa investigação e da mais recente Reforma, convocará a prévia compreensão do conceito "constranger", porquanto aquela manifestou ter por objetivo a sua definição. Procuraremos, por fim, apreciar criticamente a necessidade da presente iniciativa legislativa.

Incumbe-nos reconhecer que as questões que se fazem ecoar configuram uma problemática recente que, por esse motivo, não recebeu tratamento jurisprudencial, pelo que não deve o leitor surpreender-se pela abordagem doutrinal.

Chamemos à colação as palavras de Maria Fernanda Palma:"[é] *a expansão da democracia até ao quarto, à casa de família, ao canto escuro e à viela do bairro*" [1].

Esta ideia servir-nos-á de alicerce ao longo deste percurso, sob o desígnio das nossas conclusões imbuírem de igual sabedoria.

[1] 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, in* Revista Anatomia do Crime, N.º 9, Janeiro-Junho, 2019, p. 15.

1. O direito penal sexual e o(s) bem(s) jurídico(s) protegido(s)

Uma característica própria dos crimes sexuais é a sua vertente histórica. Ambos os tipos legais de crime (Coação Sexual e Violação) decorrem de cinco alterações legislativas, estando subjacente a todas elas a ideia de *reforçar a tutela penal da vítima*.

O Código Penal português inspira-se, desde 1995, na conceção de que os crimes sexuais, em geral, são crimes contra as pessoas[2], mais concretamente, *contra a liberdade e a autodeterminação sexual*. Rompe, assim, com a conceção baseada em *sentimentos gerais de moralidade sexual*[3]. É um dos campos do direito que mais evoluiu, dadas as assinaláveis alterações de que foi alvo.

A tendência é a de se afirmar que a liberdade sexual diz respeito aos adultos e que a autodeterminação sexual encontra o seu âmbito de aplicação nos menores, ilação que nos parece precipitada. São, no fundo, duas variações distintas do mesmo bem jurídico.

Os crimes contra a liberdade sexual aplicam-se universalmente, seja qual for a idade da vítima. Se um menor de treze anos for violado, é aplicado o artigo 164.º do CP agravado pelo n.º 6 do artigo 177.º, ou seja, a *menoridade* tem influência para *agravar a pena*, neste caso, do crime de violação.

Relativamente à autodeterminação sexual propriamente dita, a ideia latente aparenta ser diferente: o legislador entendeu que até certa idade os menores não têm direito à sua liberdade sexual positiva, pelo que o que está verdadeiramente em causa é o livre desenvolvimento daqueles na esfera sexual[4].

---

[2] Com a revisão operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março, o Código Penal deixa de considerar os crimes sexuais como "crimes contra valores e interesses da vida em sociedade". Cfr. R. CARMO/ I. ALBERTO/ P. GUERRA, O Abuso Sexual de Menores: Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia, Coimbra, 2006, 2ª Edição, Almedina, p. 38.

[3] J. FIGUEIREDO DIAS/ PEDRO CAEIRO, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, *in* Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado, Vol. 1, 2ª Edição, Lisboa: Editorial Verbo, 1997, p. 1395.

[4] "A proteção separada da liberdade e da autodeterminação sexual não significa que se trate de dois bens jurídicos distintos: ambas as secções tutelam a liberdade da pessoa na esfera sexual. Simplesmente, tal protecção é mais ampla relativamente aos menores, porque importa aí acolher essa liberdade na sua vertente de *livre desenvolvimento da vida sexual*. Por isso se incriminam na Secção II condutas que, quando praticadas entre adultos, não constituem crime, ou são tipificadas de forma mais restrita". *Vide* J. FIGUEIREDO DIAS/ PEDRO CAEIRO, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, *in* Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado, Vol. 1, 2ª Edição, Lisboa: Editorial Verbo, 1997, p. 1398.

Pretende proteger-se, na visão de Natscheradetz, «uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida, e apenas parcialmente autónoma, dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de acções sexuais bilaterais»[5]. Nesta ótica, revela-se imperioso enfatizar que, onde se lê «jovem» deve ler-se *qualquer outra pessoa maior igualmente vulnerável*.

Enquanto a liberdade é um estado, a autodeterminação materializa-se num caminho pautado, segundo Inês Ferreira leite, "não só [pela] inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também [pela] existência de condições que permitam uma livre formação da vontade". *Sem autodeterminação não poderá falar-se de uma verdadeira liberdade: a liberdade [...] reduzir-se-á a uma mera aparência* [itálico nosso][6].

Em síntese, explicitam Carmo, Alberto e Guerra que os crimes contra a liberdade sexual punem «comportamentos que atentam contra o direito de cada pessoa a decidir livremente da sua vida e prática sexuais», ao passo que os crimes contra a autodeterminação sexual punem «condutas que incidem sobre vítimas que, atendendo à idade, se entendeu não estarem ainda em condições de se autodeterminar sexualmente, pelo que, mesmo na ausência de qualquer meio explicitamente violento, de coacção ou fraudulento, serão susceptíveis de prejudicar o livre desenvolvimento da sua maturidade e vida sexuais»[7].

Os crimes de coação sexual (artigo 163.º) e violação (artigo 164.º) apresentam um estreito vínculo entre si, constituindo ambos os tipos legais o "núcleo de proteção da liberdade sexual"[8], e é acerca das alterações sobre estes que discorremos no presente trabalho.

---

[5] NATSCHERADETZ, KARL PRELHAZ, O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites, Almedina, Coimbra, 1985, p. 153.
[6] INÊS FERREIRA LEITE, *A Tutela Penal da Liberdade Sexual, in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, N.º 1, 2011, Coimbra Editora, p. 41.
[7] R. CARMO/ I. ALBERTO/ P. GUERRA, *op. cit*. (nota 2), p. 36.
[8] J. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário ao artigo 163º do Código Penal, in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, TOMO I, artigos 131º a 201º, Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 716.

2. A reconstrução dos tipos legais de crime

A primeira alteração objeto da nossa análise, comum a ambos os tipos legais de crime, prende-se com a reordenação destes.

Com a redação pretérita da disposição legal previa-se, no n.º 1 do artigo 163.º, o crime de Coação Sexual[9] como um crime de *execução vinculada*, cujos meios de constrangimento típicos eram a violência, a ameaça grave, a inconsciencialização da vítima ou a colocação daquela na impossibilidade de resistir. O n.º 2, por sua vez, consagrava a Coação Sexual como um crime de *execução livre*, na medida em que permitia a possibilidade de a vítima ser constrangida mediante qualquer meio não previsto no n.º anterior.

Esta arquitetura da tutela típica foi desconstruída pela Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, ao inverter a ordem dos dois tipos legais – modificação que merece o nosso cabal reconhecimento.

Socorrendo-nos das palavras de Pedro Caeiro, as quais subscrevemos integralmente, "o *tipo fundamental* de ambas as infrações consiste no constrangimento através de qualquer meio, sendo o emprego de violência ou ameaça grave uma qualificativa do ilícito (um tipo qualificado), que merece uma punição mais pesada."[10]. Isto porque, o recurso a meios de constrangimento mais graves, acrescenta o Autor, implica, por um lado, uma redução substancial da capacidade de resistência da vítima e, por outro, uma ofensa mais intensa ao bem jurídico protegido (a *liberdade sexual*)[11].

É interessante notar que, já Teresa Pizarro Beleza, através da analogia com o crime de Violação de domicílio ou perturbação da vida privada (artigo 190.º), em que o tipo-base consiste na entrada em casa de alguém contra a sua vontade e a violência constitui uma

[9] Apesar da concreta referência ao crime de Coação Sexual (artigo 163.º do CP), dirigimo-nos, simultaneamente, ao crime de Violação (artigo 164.º do CP).

[10] PEDRO CAEIRO, *Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica, in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), Ano 29, N.º 3, 2019, p. 643.

[11] É de salientar que não se trata, aqui, tal como se acentua, de meras circunstâncias agravantes, atinentes à gravidade do facto total, mas de uma exasperação do ilícito-típico do crime sexual. *Ibidem*, p. 643.

circunstância agravante, questionava porque não seria assim no que respeita à *entrada em corpo alheio*[12].

À questão de saber se a lei penal portuguesa cumpre a exigência da Convenção de Istambul[13] de que os crimes de violência sexual, incluindo a violação (artigo 36.º) assentam em atos não consensuais, respondemos de forma afirmativa. A Lei n.º 83/2015, de 05/08, com a introdução do n.º 2, visou, precisamente, estabelecer a necessária adequação com a Convenção, incriminando o constrangimento a ato sexual levado a cabo por quaisquer meios, *v.g.*, através de ameaça considerada não grave, mas adequada, a coartar a vítima.

O constrangimento exigido no n.º 2 da anterior redação dos artigos 163.º e 164.º do CP requeria, somente, uma oposição íntima (vontade contrária) da vítima à prática sexual[14]. Neste sentido, afigurava-se, de facto, necessário, reordenar os tipos de forma congruente, o que sucedeu com a presente intervenção legislativa.

De tudo quanto foi exposto, resulta que esta é uma alteração positiva e consentânea com a correta formulação dos tipos legais.

3. Continuidades e ruturas do crime de coação sexual

3.1. A lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, e o atual n.º 1 do artigo 163.º

Atualmente, no n.º 1 do artigo 163.º – alvo de três alterações significativas – pode ler-se o seguinte: "Quem, *sozinho ou acompanhado por outrem,* constranger outra pessoa a praticar ato sexual de relevo é punido com pena de prisão até cinco anos."

A primeira, prende-se com o facto de o legislador ter aditado ao preceito o inciso «*sozinho ou acompanhado por outrem*»[15], novidade que nos impõe problematizar

[12] TEREZA PIZARRO BELEZA, *"Consent – It's a 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. Maria da Conceição Ferreira Cunha, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p. 22.

[13] A Convenção do Conselho da Europa para Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011, foi ratificada por Portugal a 21 de janeiro de 2013 e entrou em vigor a 1 de agosto de 2014.

[14] PEDRO CAEIRO, *op. cit.* (nota 10), p. 676.

[15] Cumpre sublinhar que esta mudança ocorre na fase final da redação no parlamento, oralmente, por sugestão do BE e do PCP à proposta de texto único do PS, tal como pode comprovar-se através da consulta do texto, disponível em: https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=43523.

conjeturas diversas. Mais concretamente, por ex., se está subjacente a este enxerto, o intuito de ilustrar que a Coação Sexual não é um crime de mão própria[16].

Efetivamente, a Coação Sexual é um *crime comum*, cuja punibilidade não depende da existência de uma relação especial entre o autor e a vítima[17], ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Acresce ainda o facto de a ilicitude do tipo já não se centrar, como outrora, no ato físico do contacto sexual do agente com a vítima, mas na *violação* da *liberdade sexual* desta última[18], a qual tem lugar, quer o agente pratique o facto por si, quer o pratique por intermédio de outra pessoa.

Os crimes de mão própria[19], na realidade, não fazem muito sentido, nomeadamente quando pensamos num modelo de autoria centrado no domínio do facto[20] (não no modelo causal), pois pode haver outras pessoas que tenham o domínio de facto para além do agente que executa corporalmente. Curiosamente, os crimes sexuais começaram por ser crimes de mão própria, todavia hoje a lei afastou, claramente, essa conceção.

Na verdade, a desnecessidade da prática do crime por pessoa investida de uma certa qualidade verificava-se já na anterior redação, que consagrava, inclusive, a *prática conjunta* do crime por duas ou mais pessoas, enquanto agravante à luz do artigo 177.º, n.º 4, do CP, nos termos do qual eram (e são) agravadas de um terço as respetivas penas, nos seus limites mínimo e máximo.

Relativamente à autoria paralela – a qual supõe que os vários autores do crime atuem com desconhecimento dos contributos dos restantes – cumpre sublinhar que esta

[16] J. MOURAZ LOPES/ TIAGO C. MILHEIRO, Crimes sexuais: análise substantiva e processual, 2ª Edição, Almedina, 2019, p. 54.

[17] O elemento do tipo-de-ilícito deixou de ser exigido com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, a qual veio eliminar a referência ao elemento adicional «(...) e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou (...)».

[18] PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, p. 640.

[19] "(...) caracterizar-se um crime como de mão própria só permite afastar a possibilidade de ser ele praticado em co-autoria ou em autoria mediata (...), mas não impede que um terceiro possa ser responsabilizado pela infracção verificada por nela ter participado como instigador ou cúmplice." *Vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Secção Criminal, de 24 de Novembro de 2004 (Proc. n.º 0443152), relatado por Pinto Monteiro.

[20] Nas palavras de J. FIGUEIREDO DIAS, de acordo com a teoria do domínio do facto, só é autor "(...) quem toma a execução '*nas suas próprias mãos*' de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica". Direito Penal: Parte Geral, Tomo I., 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 765.

não era, à luz da redação de 2015, uma hipótese afastada. Por esse motivo, cremos não ter sido esta a causa impulsionadora de tal intervenção legislativa.

Pedro Caeiro na sua exposição, adverte para o facto de a nossa lei não permitir a punição do agente que explora a situação de constrangimento provocada por um terceiro: o caso típico do cliente que tem relações sexuais com um/a prostituto/a previamente ameaçado/a pelo/a proxeneta, de forma a garantir a não recusa da prática do ato[21]. Na visão do Autor, punia-se somente o agente que *constrangia* a vítima à prática de atos sexuais (consigo ou com outrem), mas já não o sujeito que *explorava* esse constrangimento. Note-se, porém, que este terceiro pode desconhecer a situação de constrangimento e não ser comparticipante da prática do crime.

Fazemos esta observação sem prejuízo, evidentemente, de se verificarem os requisitos da coautoria. Considera-se coautor tanto aquele que se limita a usar o meio de constrangimento e não participa no ato sexual, como, inversamente, aquele que pratica o ato sexual, mas não participa no ato de constrangimento.

Neste último caso – *o do coautor que leva a cabo apenas o ato sexual de relevo* – afigura-se necessário que o constrangimento exercido por outrem lhe possa ser pessoalmente imputado, *v.g.*, através de acordo. É certo que o aproveitamento por parte de quem pratica o ato sexual da situação para ele criada, por acordo, basta para fundar a coautoria, mas já não a que tenha sido criada em termos que lhe sejam estranhos.

Os dizeres «sozinho ou acompanhado por outrem» podem ter surgido sob o desígnio de dar resposta ao problema existente na situação supramencionada e punir, a título de agente, aquele que se aproveita do constrangimento da vítima para a prática sexual. No entanto, se assim foi, evidencia tratar-se de uma tentativa falhada, pois do ponto de vista da incriminação nada alterou, o que significa que o problema permanece carecido de solução legal.

Sublinhe-se, por fim, que este acrescento se fez apenas na Coação Sexual, não tendo sido colocado no crime de Violação (artigo 164.º), o que pode desencadear interpretações díspares por parte dos intérpretes do Direito, fomentando as suas questões, seguramente,

[21] PEDRO CAEIRO, *op. cit.* (nota 10), p. 660.

acerca da motivação do legislador implícita a este tratamento diferenciado. Poderá equacionar-se, desde logo, se a referida alteração é fruto de um erro de redação.

Diga-se, ainda assim, que este foi o aspeto "positivo" da alteração: a ser desprovida de utilidade, foi-o apenas para efeitos do crime de Coação Sexual (artigo 163.º do CP).

Somos levados a concluir pela existência de um erro manifestamente material.

3.2. A(s) modalidade(s) de ação

A Reforma de 2019 veio, ainda, no domínio do tipo matricial de todo este quadro normativo, eliminar alguns segmentos do anterior n.º 2 do preceito, que dispunha o seguinte: "Quem (...) constranger outra pessoa *a sofrer* ou a praticar ato sexual de relevo, *consigo ou com outrem* (...)" [itálicos nossos].

Ora, de acordo com Pedro Caeiro – linha de pensamento que seguimos – a expressão "constranger a sofrer ou a praticar ato sexual" representa (i) a prática de atos de natureza coerciva que (ii) conduzem a vítima a praticar ou a sofrer um ato sexual (iii) contra a sua vontade[22].

A distinção terminológica dos conceitos *sofrer* e *praticar*, afirma Figueiredo Dias, "quer significar [...] a distinção entre um comportamento, do ponto de vista sexual, puramente **passivo** ou antes **ativo** da vítima"[23], entendimento subscrito, igualmente, por Paulo Pinto de Albuquerque[24] e Inês Ferreira Leite[25].

Com a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, eliminou-se a modalidade de ação «*sofrer*», pelo que, de acordo com uma interpretação literal da atual disposição, apenas preencherá o tipo objetivo do crime de Coação Sexual, o ato de constranger outra pessoa a *praticar* – *consigo ou com outrem* é uma outra questão – ato sexual de relevo.

---

[22] *Ibidem.*, p. 654.

[23] J. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, (nota 8), p. 722.

[24] Neste sentido, assevera "que a vítima assume uma posição sexual ativa (constranger a "praticar") ou passiva (constranger a "sofrer")". PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.* (nota 18), p. 646.

[25] Segundo a Autora, "o legislador quis deixar clara a larga amplitude destes crimes: *i)* por um lado, pode o agente
obrigar a vítima a "sofrer" a prática de actos sexuais - o que nos remete para um estado de passividade da mesma -, sendo os actos sexuais praticados "sobre" a vítima, ao invés de "com" a vítima; *ii)* por outro lado, pode o agente "praticar" actos sexuais com esta, o que já nos dá indicação de uma envolvência sexual de carácter bilateral.". INÊS FERREIRA LEITE, *op.cit.*, (nota 6), p. 68.

A tese que sustenta o raciocínio de que o conceito «praticar» envolve, em si mesmo, um sofrimento e que, por isso, a modalidade de ação «sofrer» permaneceria abrangida pela norma incriminadora, não colhe entre nós. Torna-se simples ilustrar os frutos que, com esta interpretação, podemos colher.

Atentemos na hipótese do agente que pratica um ato sexual de relevo *na* vítima, ou seja, ***i)*** *A*, sujeito do sexo masculino, num concerto, apalpa, por debaixo da roupa, os seios/a púbis de *B*, do sexo feminino, contra/sem a sua vontade; ou, então, ***ii)*** *A*, sujeito do sexo masculino, beija *B*, do mesmo sexo, enquanto se masturba até ejacular, contra/sem a vontade deste.

À luz da redação pretérita da disposição[26] verificar-se-ia, em ambos os casos, a prática de um crime de Coação Sexual por parte de *A*, sendo a vítima *B*, dado que o primeiro havia constrangido a segunda a *sofrer* ato sexual de relevo.

Todavia, de acordo com a redação atual do artigo, os atos praticados não são passíveis de enquadrar o crime de Coação Sexual, uma vez que a vítima foi constrangida, não a ter uma posição sexual ativa, mas a assumir uma posição passiva do ponto de vista sexual.

A diferença (substancial, note-se) reside no facto de a anterior formulação abranger tanto a situação em que o agente constrange a vítima a suportar a prática de atos, por outra pessoa, no seu próprio corpo, como aquela em que a vítima é constrangida a participar ativamente no ato sexual (com o agente ou com um terceiro); ao passo que a atual formulação deixa a coberto do Direito a primeira situação – em que o agente pratica atos sexuais de relevo *na* vítima – ficando tal conduta sem provimento legal.

Quer dizer, não sendo os referidos atos suscetíveis de integrar, segundo a interpretação acima propugnada, o conceito «praticar», verifica-se a emergência de uma *lacuna de punibilidade*. O ato de constranger outra pessoa a sofrer ato sexual de relevo deixa de ser considerado, aos olhos do legislador, um ato ilícito-típico, a par da vítima que surge, de certo modo, objetificada – visão que denegamos subscrever.

[26] Anterior n.º 2 do artigo 163.º: "Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a *sofrer* ou a *praticar* ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos."

Por fim, o legislador reservou a modalidade do sofrimento para o n.º 2 do preceito. Partindo da premissa de que apenas «sofre» *a vítima que não está consciente*, sendo que a que se encontra consciente, quanto muito, «pratica» contra a sua vontade, pode surgir a tese de que o propósito terá sido o de circunscrever a referida modalidade às situações em que a vítima é colocada na impossibilidade de resistir. Este é um critério complicado de aceitar, porquanto não é, em nosso entender, o mais acertado e poderá acarretar resultados indesejados, como adiante melhor se demonstrará a propósito do crime de Violação.

Trata-se, de facto, de um erro de raciocínio. Posto isto, cumpre dizer que *depois de se ter considerado a vítima como um sujeito de direitos, é preciso tratá-la como tal!*

3.3. O conteúdo da ação ilícita: consigo ou com outrem?

Havia sido constatada, por alguns autores[27], uma *lacuna de punibilidade,* traduzida no facto de não caber, na área da tutela típica, as situações em que a vítima de Coação Sexual era constrangida a praticar ato sexual de relevo *em si mesma*, ou seja, no seu próprio corpo (*v.g*, a masturbar-se). Tal sucedia por se exigir, desde a Reforma de 1995, que o ato fosse praticado «consigo [com o agente] ou com outrem [com um terceiro]».

Julgamos não errar ao dizer que o ato de especificação evidenciava uma clara e forte ofensa à *liberdade sexual*. Tendo isto presente, o facto de não ter sido objeto de alteração ao longo de mais de vinte anos não é isento de críticas. Aliás, é tão, ou mais criticável do que se tivesse sido fruto da redação imposta pela intervenção legislativa de 2015.

A Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro veio, justamente, eliminar o inciso – mudança, em nosso entender, louvável – permitindo colmatar a referida lacuna.

[27] Cfr. J. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.,* (nota 8), p. 723 e J. MOURAZ LOPES/ TIAGO C. MILHEIRO, *op.cit.*, (nota 16), p. 53.

4. O novo n.º 3 dos artigos 163.º e 164.º e a «vontade cognoscível»

No âmbito da mais recente reforma operada nos crimes sexuais, a alteração mais significativa dá-se com o surgimento do novo n.º 3 nos crimes de Coação Sexual e Violação[28], do qual consta a definição de constrangimento.

O n.º 3 da norma legal estipula o seguinte: "*Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática de ato sexual de relevo contra a vontade cognoscível da vítima*."

Relativamente ao entendimento da Doutrina acerca do termo «constranger», Figueiredo Dias sustenta que "a conduta típica ("constranger") traduz-se em um acto de **coacção** imediatamente **dirigido** à prática, activa ou passiva, de um acto sexual de relevo."[29]. Simas Santos e Leal-Henriques, por seu turno, entendem que "constranger é obrigar, submeter à sua vontade, sem que a vítima tenha liberdade de determinação"[30]. Por fim, nas palavras de Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, "o ato de constrangimento pressupõe sempre uma dimensão coativa – ainda que não violenta – que deve ocorrer e que, por isso, deve ser manifestada"[31]. Não obstante as diversas conceções, seguimos, integralmente, a linha de pensamento de Pedro Caeiro, segundo o qual "constranger, no âmbito dos crimes sexuais, é *obrigar outra pessoa a praticar ou a sofrer um acto sexual contra a sua vontade*."[32].

O referido constrangimento, enquanto elemento típico, pode ser operado tanto pelos meios consagrados no n.º 2 do preceito, como por qualquer outro meio não previsto. Outrossim, a contrariedade da vontade engloba todas as situações em que o ato sexual de relevo não coincide com a vontade real da vítima, seja por ausência de vontade ou porque a vontade estava, de alguma forma, condicionada[33]. No fundo, existe uma falta de conformidade entre a prática sexual e a *vontade íntima*, o que revela uma clara limitação

[28] Com o intuito de facilitar a compreensão do leitor, dirigir-nos-emos ao crime de Coação Sexual, querendo abranger, com as necessárias adaptações, o crime de Violação.
[29] *Op. cit.,* (nota 8), p. 724.
[30] M. SIMAS SANTOS/ M. LEAL-HENRIQUES, Código Penal Anotado, Vol. 3, 4ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, p. 465.
[31] J. MOURAZ LOPES/ TIAGO C. MILHEIRO, Crimes Sexuais: análise substantiva e processual, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2015, p. 47.
[32] PEDRO CAEIRO, *op. cit.* (nota 10), p. 644.
[33] Neste sentido, J. MOURAZ LOPES/ TIAGO C. MILHEIRO, *op.cit*., (nota 16), p. 70.

do bem jurídico (*liberdade sexual*). Além disso, a vontade contrária da vítima tem de ser *cognoscível*, ou seja, esta tem de agir de forma a dar a conhecer a sua recusa perante o ato, através da verbalização (um "não"), do choro, da própria linguagem corporal, etc.

A cognoscibilidade prende-se com a existência de factos e/ou circunstâncias que demonstrem – possam demonstrar – conhecimento por parte do agente de que a vítima tem a sua vontade limitada ou que nem sequer tem condições de transmitir a sua vontade real. Não significa que o *agente* tem de conhecer, significa apenas que tem de *poder conhecer*.

Ora, o legislador tentou seguir a forma do direito penal sexual alemão, mormente do §177 (1) do Código Penal[34], ao introduzir esta figura. Temos, no entanto, sérias dúvidas sobre a bondade da solução de remeter o constrangimento para esta noção porque, contrariamente ao ordenamento alemão, onde vigora o Modelo do Dissentimento, entre nós manteve-se o Modelo do Constrangimento. E há, de facto, uma diferença importante que explica a redação da lei alemã no emprego da vontade cognoscível.

É que, quando dizemos "*quem constranger*" a execução do constrangimento não são os atos sexuais de relevo. Existe o constrangimento a praticar os atos sexuais, através de ameaça, violência ou de qualquer outro meio. A modalidade da ação típica consiste no emprego de um qualquer meio que leva a vítima a praticar atos sexuais. Já quando dizemos "praticar atos sexuais *contra a sua vontade*", a modalidade da ação típica reside na própria prática de atos sexuais.

Quando colocamos a execução típica nos atos sexuais emerge, outrossim, a questão de saber o que é que resulta como desvalor do crime. Os atos sexuais, por si, não são maus nem censuráveis. Constranger é sempre desvalioso, mas praticar atos sexuais não, é normal e socialmente adequado. O desvalor do crime fica muito claramente apenas na partícula «contra a sua vontade», ou seja, *a conduta só é desvaliosa porque é contra a vontade da vítima*, e quando o desvalor da conduta assenta exclusivamente na contrariedade da vontade estamos a apontar para um *elemento interior*. Quer dizer que o desvalor seria composto por um *elemento subjetivo* da vítima de não estar de acordo com aqueles atos.

[34] Onde consta a expressão "*erkennbaren Willen*".

Por isso é que, neste contexto, seria importante, como o legislador alemão fez, dar um pouco mais de exteriorização e objetividade a este elemento – daí o emprego da vontade cognoscível – pois a cognoscibilidade acrescenta um elemento objetivo de exterioridade ao desvalor social.

De outra forma, o desvalor do ilícito residiria apenas numa disposição interior, e daí que a manutenção da modalidade típica no Constrangimento, como foi o caso, não carecia deste incremento.

A solução terá tido, na sua base, a ideia de vincar que o constrangimento não exige, necessariamente, força física ou resistência por parte da vítima[35], procurando responder às apreciações tecidas pelo GREVIO em 2019, o qual, atenta a manutenção do termo "constranger", considerou que a intervenção legislativa de 2015 não se havia revelado suficiente para cortar definitivamente com a enraizada prática dos tribunais portugueses de exigirem prova da resistência da vítima de forma a condenarem o perpetrador[36]. Foi, então, recomendado que a legislação portuguesa fosse ajustada no sentido de os crimes sexuais passarem a basear-se na falta de consentimento da vítima[37].

No entanto, tal esclarecimento não era necessário e deste podem advir consequências indesejadas. Primeiramente, não conseguimos acompanhar a tese de que o termo «constranger» apontava para o meio da resistência. Ainda que assim fosse, a redação anterior já impunha que a recusa da vítima fosse cognoscível, na medida em que para se preencher o tipo subjetivo era indispensável que o agente agisse com dolo – o que só seria possível se o agente representasse o respetivo dissentimento. Outro fator de ordem lógica se afigura fundamental convocar: o Modelo do Constrangimento, tal com demonstrado

[35] Tal como evidenciado na Exposição de motivos do projeto de lei n.º 1155/XIII/4.ª do PS: "Procura-se responder muito especialmente ao reparo feito pelo GREVIO segundo o qual a alteração legislativa operada em 2015 não se terá revelado suficiente para cortar definitivamente com a prática de longa data dos tribunais portugueses de exigirem prova da resistência da vítima para a condenação do perpetrador do crime".

[36] «GREVIO notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb "constrain". GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim's resistance in order to sentence the perpetrator.» Relatório disponível em https://rm.coe.int/grevio-reprton-%20portugal/168091f16f, p. 49.

[37] «GREVIO urges the Portuguese authorities to [...] amend their criminal legislation on sexual crimes to ensure that such offences are based on the absence of the free consent of the victim».

supra, ao exigir implicitamente que o agente represente a vontade contrária da vítima, impõe que esta seja, de alguma forma, demonstrada.

Se a intenção do legislador era a de colmatar a principal objeção apontada pelo GREVIO, cremos não ter sido bem sucedido nessa tarefa, pois não eliminou o termo "constranger" do preceito. Limitou-se – num esforço tanto ou nada imerecido – a criar o n.º 3 ousando definir o conceito que, para o efeito, reteve.

Desta associação podemos antecipar, desde logo, o efeito do surgimento de um ónus de exteriorização da vontade contrária, via através da qual os atos sexuais transporão o risco proibido, o que pode levar a soluções não pretendidas nem pensadas pelo legislador (*v.g.*, se o agente souber que a vítima não quer (em concreto), mas a vontade não for cognoscível). É que *a vontade não tem de ser cognoscível apenas para o agente:* o critério é o do homem médio colocado naquela posição, que se concebe como um ser razoável, prudente, com o mínimo de escrutínio para compreender a situação.

Outro aspeto que devemos levar em consideração é que a associação da vontade cognoscível da vítima ao constrangimento existe «*para efeitos do n.º 1*». Desta forma, e apesar de compreendemos o propósito de consagrar a definição a partir do n.º que não implica o emprego de violência, etc., alguns reparos importa fazer.

A cognoscibilidade da vontade, enquanto elemento do tipo objetivo, assume especial relevância em *zonas cinzentas*. Não se afigura necessário recorrer à figura aquando da utilização dos meios mais gravosos pelo agente (n.º 2), os quais já são vistos pela generalidade das pessoas como aptos a condicionar a vontade da vítima. Ou seja, *quanto mais gravoso for o meio* empregue, mais *cognoscível* (do latim *cognosicibĭle)* será a sua *força para constranger* a vítima. Isto significa que a peculiar eficácia da cognoscibilidade reside, muito claramente, "nos casos mais dúbios em que existiu interação sexual e os elementos factuais para apurar a contrariedade da vontade são mais escassos".[38]

Trata-se de um aspeto que pode ser interpretado pelos aplicadores e intérpretes do Direito da seguinte forma*: o constrangimento tem, agora, dois significados distintos?* Não nos parece que, de facto, assim seja. A ideia basilar consiste na prática de atos atentatórios

[38] Neste sentido, J. MOURAZ LOPES/ TIAGO C. MILHEIRO, *op.cit.*, (nota 16), p. 72.

da liberdade sexual. No entanto, a construção frásica não é, em nosso entender, a mais acertada.

4.1. Considerações intercalares

A matéria dos crimes sexuais, *maxime* da Coação Sexual e da Violação, é uma matéria delicada e profundamente exigente. Afigura-se essencial compreender as categorias e conceções que envolve para as poder, posteriormente, relacionar.

O denominado Modelo Híbrido/Misto, resultado da conjugação entre categorias nitidamente não compreendidas pelo legislador é, como se disse, redundante e não contribuirá, na nossa humilde opinião, para uma melhor jurisprudência[39]. A utilidade do incremento da vontade cognoscível residiria apenas na hipótese de se ter adotado o Modelo do Dissentimento após o abandono do Modelo do Constrangimento, no sentido das sugestões do GREVIO.

Cremos ter sido esta a linha de pensamento seguida por Pedro Caeiro, a 31 de maio, na audição conjunta perante o Grupo de Trabalho da CACDLG, contrariamente ao asseverado por Mouraz Lopes e Tiago Milheiro[40]. É certo que o Autor teceu críticas à redundância presente nos Projetos de Lei, mas não sugeriu que se procedesse à definição de "constrangimento" com recurso à "vontade cognoscível". Não obstante a influência decisiva da Audição na redação atual dos preceitos, podemos seguramente afirmar que esta é fruto de uma errónea e deturpada interpretação daquela.

Assemelha-se a uma *cebola [jurídica]* composta por várias *camadas*: a violência, o constrangimento, o dissentimento, a falta de assentimento (do ponto de vista concetual),

[39] Em sentido oposto, a Sr.ª Deputada Isabel Alves Moreira (do PS), *in* Texto de substituição apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, p. 13, disponível em http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e455445637652473960a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d4644623231706333 4e686279387759 6a45314e6d4a6d5a69316d5a6d45774c5451324e6a45745954557a4f53316a4d4463344e545a6c5a6a59354d4441756347526d&fich=0b156bff-ffa0-4661-a539-c07856ef6900.pdf&Inline=true.

[40] Segundo os quais, "Propôs assim o Autor a introdução do conceito de "vontade cognoscível", inspirado na lei alemã, por melhor permitir identificar e triar as situações de constrangimento assentes num dissenso da vítima. É justamente este conceito de "vontade cognoscível" que surge na redação final da norma. Manteve-se a noção de constrangir, mas conexionado umbilicalmente com a vontade cognoscível da vítima.", *op.cit.*, (nota 16), p. 53.

etc. Surge, agora, outra categoria que não faz parte da mesma lógica – a vontade cognoscível – e que o legislador parece, lamentavelmente, ignorar, o que é patente na redação atual.

4.1.1. Os ataques surpresa

Nesta sequência, evidenciam-se os *ataques surpresa*, os quais levantam alguns problemas para o modelo do Constrangimento. É que este coloca a tónica no modus operandi do constrangimento, e já não na velocidade do modus operandi, nem na "captura" de vítimas desprevenidas[41].

Se atentarmos no caso da vítima que está num concerto e é apalpada na vagina (ou que está a dormir e é penetrada), independentemente do meio empregue, facilmente percebemos que há, nestas situações, uma *questão temporal quase coincidente*: a vítima, perante o momento de surpresa, não tem tempo para se autodeterminar sexualmente. Para ela não é expectável deparar-se com um ato sexual de relevo por si não querido. Isto releva na medida em que existem dois momentos importantes para aferir a vontade da vítima: o *antes* e o *durante* a prática sexual (o *depois* não tem relevância jurídica).

Ora, o agente explora um momento de surpresa para constranger outra pessoa a sofrer/praticar atos sexuais, ficando comprometido o ónus mínimo de proteção e prudência que recai sobre a vítima de expressar a recusa perante uma conduta sexual indesejada (*v.g.*, pedir auxílio). É neste sentido que surge o conflito, porque não há, nestes casos, expressão de uma vontade contrária – não pode haver.

De facto, deve respeitar-se a rejeição expressa verbalmente ou através de qualquer outro meio comunicativo, porque o cerne da infração penal é a recusa do agente em respeitar o direito à liberdade sexual negativa. Assim sendo, o Direito Penal deve centrar a sua atenção, não só na conduta daqueles que impedem a resistência e a fuga da vítima através de força ou ameaça, mas também na dos que, aproveitando-se do fator surpresa,

[41] TATJANA HÖRNLE, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, *in* German Law Journal, Vol. 18, Nº 6, November 2017, p. 13.

colocam a vítima sem possibilidade de formar essa mesma vontade interior (e exterior, de reação) atempadamente.

É notória a necessidade de criminalizar este tipo de factos. A utilidade do emprego da vontade cognoscível manifesta-se, pois é cognoscível para o homem médio, colocado naquela situação, que a vontade da vítima é adversa à prática sexual. Todavia, como já tivemos oportunidade de desenvolver, esta devia surgir associada a um Modelo de Dissentimento (§177 (2), Number 3, STGB).

Equacionar-se-ia, com a devida pertinência, se isto é um caso de *incapacidade de opor resistência*. Não é, salvo o devido respeito por entendimento diverso, pensado para isso. Nesses casos, a pessoa é incapaz porque apresenta uma quase total diminuição das suas capacidades para avaliar o sentido e alcance dos atos sexuais de relevo que lhe são pessoalmente dirigidos por outrem. *A vítima de um ataque surpresa não é incapaz*, ela apenas se encontra numa situação de especial vulnerabilidade que impede a livre manifestação da sua vontade. *O agente*, por seu turno, não se aproveita da incapacidade da vítima, *aproveita-se do fator surpresa*.

5. Continuidades e ruturas do crime de violação

5.1. A atual alínea *a)* do n.º 1 do artigo 164.º

A redação desta alínea dispõe, atualmente, o seguinte: "Quem constranger outra pessoa a: a) *praticar* consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral, será punido com pena de prisão de um a seis anos." (itálico nosso).

Devemos, desta leitura, depreender que, preenche o tipo objetivo do crime de Violação o ato de constranger outra pessoa a *praticar* consigo (o agente) ou com outrem (um terceiro) cópula, coito anal ou coito oral. De forma inversa ao estipulado pela Lei 83/2015, de 05 de agosto[42], que previa e punia não só o ato do agente constranger a vítima a *praticar*, mas também a *sofrer*, os referidos atos de natureza sexual.

[42] Anterior alínea a) do n.º 2 do artigo 164.º: "Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa: a) a *sofrer* ou a *praticar*, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral."

Assim, afigura-se absolutamente necessário compreender a distinção terminológica dos conceitos *sofrer* e *praticar*, bem como a relevância que dela podemos extrair. Para o efeito, convocamos, novamente, o entendimento de Figueiredo Dias já plasmado *supra* no *ponto 3.2*, o qual é acompanhado, não só por Paulo Pinto de Albuquerque[43] e Inês Ferreira Leite[44], tal como havíamos frisado, mas também por Mouraz Lopes e Tiago Milheiro[45].

Fica, na verdade, evidenciada a forma consensual como a Doutrina vem interpretando a disparidade dos conceitos e influenciando o legislador no sentido de tratar-se de situações/incriminações que não se confundem e que importa diferenciar.

Não obstante, cremos que a atual redação da alínea antecipa resultados manifestamente perigosos, mormente, a descriminalização de determinadas condutas. Senão vejamos: ***i)*** *A*, indivíduo do sexo masculino, estando sozinho com *B*, do mesmo sexo, no quarto de uma casa onde decorre uma festa de estudantes, constrange aquele, por qualquer meio, a sofrer coito anal; ***ii)*** *A*, do sexo masculino, estando em iguais circunstâncias com *B* e *C*, do sexo masculino e feminino, respetivamente, constrange *B*, por qualquer meio, a praticar cópula com *C*.

À luz da anterior redação, no primeiro exemplo, verificar-se-ia um crime de Violação, dado que *A* havia constrangido *B* a sofrer coito anal. No segundo exemplo, teríamos dois crimes de Violação, cujo agente seria *A*: o primeiro, em relação a *B*, constrangido por si a praticar cópula com outrem; o segundo, em relação a *C*, por ter sido constrangido a sofrer cópula por parte de *B*.

No entanto, o desfecho altera-se, drasticamente, com a reformulação desta alínea.

O primeiro caso deixa de representar um crime de Violação, uma vez que *B* foi constrangido a *sofrer* coito anal, ou seja, a assumir uma postura *passiva* – e não ativa, como se exige agora – perante a prática do ato sexual. Este comportamento não é visto, pelo legislador, como um ato ilícito-típico, facto que merece a nossa absoluta reprovação.

---

[43] *Vide* nota 24.
[44] *Vide* nota 25.
[45] Os quais afirmam que "a vítima pode ser constrangida a assumir um papel ativo, sendo obrigada a "praticar" cópula, coito anal ou oral com o agressor sexual ou terceira pessoa. Ou ser constrangida a assumir um papel passivo, sendo obrigada a sofrer cópula, coito anal ou oral." J. MOURAZ LOPES/ TIAGO C. MILHEIRO, , *op. cit.* (nota 16), p. 67.

No segundo caso, existe a prática de apenas um crime de Violação, relativamente a *B,* por ter sido constrangido a *praticar* cópula com outrem. Já a situação de *C*, que fora constrangida a *sofrer/suportar* o ato sexual referenciado, não é suscetível de enquadramento legal, pois, uma vez mais, apenas se incrimina a conduta de quem constrange outra pessoa a assumir um papel ativo na relação sexual.

A eliminação da modalidade de ação "sofrer" e a sua substituição pelo ato de "praticar" é uma alteração da qual podem advir, tal como ilustrado supra, significativas *lacunas de punibilidade* com consequências insustentáveis e injustas.

Atendendo à intenção político-criminal subjacente, cremos não ter sido intencionado pelo legislador, mas resultado da falta de atenção [e reflexão] aquando da redação da alínea, um procedimento que requer rigor.

5.2. A atual alínea *b)* do n.º 1 do artigo 164.º

Importa, desde logo, frisar, que a atual alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º foi alvo de duas alterações importantes.

A primeira, à semelhança do que sucedeu com a alínea a), diz respeito às modalidades de ação. O ato de "constranger outra pessoa a *sofrer* introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos"[46] deixa de ser considerado típico, passando a incriminar-se exclusivamente a conduta de quem constranger a vítima a *praticar* em si, com agente ou com terceiro os mesmos atos de natureza sexual[47].

Não obstante termos analisado e desenvolvido as consequências derivadas desta alteração no ponto anterior, cumpre, ainda assim, tecer algumas considerações.

Em 2007 o legislador português havia estabelecido que qualquer introdução por via vaginal ou anal de *partes do corpo* ou *objetos* consubstanciava uma equiparação – não integral, como veremos – ao crime de Violação[48]. Sucede que, ao contrário do disposto na al. a) do antigo n.º 1, onde se punia não só o ato de «sofrer» como o de «praticar» – consigo

[46] Redação da anterior alínea b) do n.º 2 do artigo 164.º.
[47] Leia-se, na atual redação da alínea b) do n.º 1 do artigo 164.º: "Quem constranger outra pessoa a: b) *praticar* atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos."
[48] Cfr. J. MOURAZ LOPES/ TIAGO C. MILHEIRO, *op.cit.*, (nota 16), pp. 87 e 88.

ou com outrem – cópula, coito anal ou coito oral, relativamente à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos punia-se unicamente o ato de quem *sofre*.

Isto significa que, na redação anterior do preceito, existia já uma *lacuna de punibilidade*[49], pois o ato de alguém ser constrangido a *praticar*, com o agente ou com outrem, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos não constituía crime de Violação.

Ora, a Lei 101/2019, de 6 de setembro, vem colmatar – e bem, em nosso entender – a referida lacuna. É caso para dizer: *fecha-se uma porta* [à lacuna de punibilidade] *e abre-se uma janela*, justamente por deixar de ser criminalizada a constrição da vítima a *sofrer* introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos por parte de outra pessoa – solução que não podemos, de forma alguma, louvar.

A segunda modificação da alínea prende-se com o conteúdo da ação ilícita. Este é atualmente composto, não só pela introdução vaginal ou anal[50], mas também *oral,* de partes do corpo ou objetos (*v.g.*, um pénis artificial)[51]. A equiparação não absoluta implícita à Revisão de 2007 foi completada com esta alteração, porquanto equiparou ao coito oral, a introdução por via *oral* de partes do corpo ou objetos, à qual está subjacente – em nossa opinião – uma intenção libidinosa.

Poderá questionar-se, pertinentemente, se este alargamento é motivado pelo cumprimento da Convenção de Istambul, mormente pelo disposto no seu artigo 36.º, n.º 1[52]. Todavia, tal não impõe que se transcreva a Convenção de forma literal, até porque, como sabemos, as categorias assumem, a nível nacional, significados jurídicos distintos e

[49] Neste sentido, J. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário ao artigo 164º do Código Penal, in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, TOMO I, artigos 131º a 201º, Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 751.

[50] Artigo 164.º Violação [versão da Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto]
2 – Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:
b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.".

[51] Pode ler-se, na atual redação do preceito: "1- Quem constranger outra pessoa a: b) praticar atos de introdução
vaginal, anal ou *oral* de partes do corpo ou objetos."

[52] Segundo o qual, as Partes devem assegurar a criminalização da conduta de quem, intencionalmente, praticar a penetração vaginal, anal ou *oral*, de natureza sexual, de *quaisquer partes do corpo* ou *objetos* no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última [itálico nosso].

consequências significativas, como é o caso do *consentimento*. A questão é essa: não podemos ver nas Convenções autênticos Códigos Penais.

Cumpre frisar, no entanto, que não existia, à semelhança dos exemplos anteriores, uma autêntica lacuna de punibilidade. Na verdade, a conduta referida podia considerar-se um ato sexual de relevo e, assim, encontrar provimento legal ao abrigo do crime de Coação Sexual (anterior n.º 2 do artigo 163.º).

Não obstante, a diferenciação dos conteúdos de ilícito, no sentido em que a introdução oral do órgão sexual masculino consubstanciava um crime de Violação, enquanto a introdução oral de um objeto (*v.g.*, um pénis artificial, um vibrador) era "somente"[53] considerada Coação Sexual é uma solução que nos oferece sérias reservas.

Posto isto, somos levados a julgar de forma positiva a equiparação realizada.

5.3. Conclusão intercalar

Por fim, evidencia-se necessário realizar um breve confronto entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 164.º do CP, de forma a ilustrar as inconsistências resultantes da Alteração de 2019.

No que às modalidades de ação diz respeito, cumpre notar que a supressão da diferenciação hipoteticamente intencionada pelo legislador entre os conceitos «sofrer» e «praticar» é um argumento que não nos convence. Se assim fosse, o legislador não teria mantido inalterado o n.º 2 do preceito, fazendo dele constar ambos os termos e condutas abrangidas pelos mesmos – quer ativas, quer passivas, da vítima – o que revela a subsistência da distinção.

Atentemos na seguinte hipótese: *A*, indivíduo do sexo masculino, constrange por meio de *ameaça grave, B,* do sexo feminino, a sofrer coito anal. À luz da redação atual da alínea a) do n.º 2 do artigo 164.º[54], existe a prática do crime de Violação, cujo agente é *A*.

[53] Com a mesma orientação, *vide* J. FIGUEIREDO DIAS, *op.cit.*, (nota 49), p. 747.
[54] "2 - Quem, por meio de violência, *ameaça grave*, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou *coito oral* [...]" (sublinhado nosso).

Veja-se, agora, outra situação: *A*, indivíduo do sexo masculino, constrange por *qualquer outro meio, B*, do sexo feminino, a sofrer coito anal. De acordo com a alínea a) do n.º 1 do artigo 164.º, não se verifica, neste caso, um crime de Violação, pois a vítima foi constrangida a *sofrer,* e não a praticar, coito anal. A solução é a mesma à luz da alínea a) do n.º 2, dado que o meio de constrangimento empregue para a prática do ato típico não foi nenhum dos previstos no preceito.

No fundo, a mesma conduta típica – constranger alguém a sofrer coito anal, que é, *de per si*, atentatória da liberdade sexual do sujeito – tem desfechos diametralmente opostos consoante o meio de constrangimento utilizado[55], solução que não podemos acompanhar.

Repare-se que, apesar da inserção na alínea b) do n.º 1 da introdução *oral* de partes do corpo ou objetos, não se alterou o n.º 2 da disposição legal. Isto significa que não é criminalizada a constrição da vítima a *sofrer* (pelo agressor ou por terceiro) *introdução oral* de partes do corpo ou objetos, quer esta seja praticada com violência – uma vez que o n.º 2 não prevê a modalidade de introdução oral – ou sem ela – pois o n.º 1 cobre unicamente as situações em que a vítima tem, como já tivemos oportunidade de acentuar, uma postura ativa na prática sexual.

Relativamente a este último ponto, e na sequência da nossa exposição oral, entendemos que a solução deverá passar pela interpretação extensiva, por parte dos aplicadores do Direito, do conceito «*praticar*», com o fim de este abarcar, quer as condutas em que a vítima é constrangida a adotar uma posição ativa, quer passiva, perante o ato de cariz sexual.

No que à introdução *oral* propriamente dita diz respeito, não somos capazes de conceber uma resposta apta a evitar uma lacuna de punibilidade, dado que a *analogia* – para efeitos de qualificar um facto como crime – é proibida em Direito Penal (artigo 1.º, n.º 3, do CP).

[55] Idêntica diferenciação se verifica a propósito da Coação Sexual (artigo 163.º, n.ºs 1 e 2), pois as hipóteses referenciadas, devidamente adequadas [à constrição da vítima a sofrer, neste caso, a prática de um ato sexual de relevo] obtêm resultados idênticos.

Importa salientar que ***a posição jurídica da vítima não pode estar a coberto do direito, deve antes ser coberta pelo direito.***

Conclusão

Finda esta investigação, cumpre, antes de mais, sublimar o longo percurso trilhado: mais extenso do que havíamos inicialmente delineado, mas, em igual medida, complexo, ambicioso e desafiante.

Importa, desde logo, enaltecer o triunfo dos direitos humanos, *maxime* os direitos das mulheres, veemente defendidos pelo legislador português, evidenciado pelo facto de Portugal ter sido o primeiro Estado-Membro da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul.

Relativamente à oportunidade da Reforma, dizer que, tendo o legislador em 2015 alterado os crimes sexuais com vista a adequá-los ao preceituado na Convenção, torna-se difícil apreender a necessidade de ter de se proceder a mais uma alteração ao Código Penal, com base no *mesmo* fundamento[56].

A Coação Sexual e a Violação alcançaram, com a Reforma de 2015, a tão ambicionada ampliação da tutela penal das vítimas, na qual se definiu, ainda, o *consentimento* como o epicentro desta matéria.

Por conseguinte, assumem especial relevância as críticas tecidas pelo GREVIO que, salvo o devido respeito por entendimento diverso, carecem de fundamento para sustentar uma nova intervenção legislativa. É que a redação anterior da lei não acarretava, contrariamente ao asseverado pelo Grupo, um ónus de resistência por parte da vítima. Não foi, nitidamente, este o entendimento do legislador que, em vez de abandonar o Modelo do Constrangimento, procurando dar resposta ao apontado espetro da resistência, manteve-o.

Não obstante, procedeu à definição do termo «*constranger*» com recurso à *vontade cognoscível,* resultando um inovador e redundante Modelo Misto. I.e., quem constrange, fá-lo para impor a sua vontade sobre a de outra pessoa, o que impõe implícita e

[56] Neste sentido, cf. PEDRO CAEIRO, *op. cit.* (nota 10), p. 635.

inevitavelmente que esta seja *contrária* e *demonstrada*, de forma a que o dissentimento perante a prática sexual possa ser *cognoscível* e que, consequentemente, o agente tenha a faculdade de representar a oposição da vítima e de se determinar/agir de acordo com ela.

Note-se, uma vez mais, que a supramencionada ligação umbilical é, em nosso entender, fruto da errónea e deturpada interpretação das referências ao Modelo Alemão efetuadas por Pedro Caeiro, julgando o legislador que o Autor havia sugerido a solução alcançada com a Lei n.º 101/2019, onde se conjuga o «constrangimento» com a «vontade cognoscível».

Cabe, ainda, realçar o facto das alterações ao nível do conteúdo e das modalidades de ação previstas e punidas nos artigos 163.º e 164.º – contrariamente ao novo n.º 3 – não haverem sido intencionadas pelo legislador, mas o mero resultado da falta de atenção e leitura aquando da redação das normas legais, um procedimento que requer rigor. O legislador parece ter sido muito – demasiado – modesto neste âmbito, dada a perigosa e significativa multiplicidade de resultados lacunosos que antecipamos advirem com a redação atual. Estamos em condições de afirmar: *fecha-se uma porta* [à lacuna de punibilidade] *e abre-se uma janela!*

Para finalizar, a arquitetura da tutela típica foi desconstruída com a inversão da ordem de ambos os tipos legais, passando a constar do n.º 1 dos artigos 163.º e 164.º o *tipo fundamental* do ilícito, e do n.º 2 o *tipo qualificado*, uma alteração não só necessária, mas mais lógica e consentânea com a boa técnica legislativa[57]. Esta é, certamente, a modificação imposta pela mais recente Reforma, que merece o nosso cabal reconhecimento.

No fundo, a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro trata de alterações aos crimes de Coação Sexual e Violação que, por um lado, espicaçam o estatuto jurídico da vítima e, por outro, desafiam a particular exigência e ponderação que este terreno arenoso exige. A alteração de 2019 ao Código Penal em matéria de crimes sexuais, além de desprovida de necessidade, não se escora numa mudança de realidade que justifique um reexame profundo.

[57] PEDRO CAEIRO, *op. cit.* (nota 10), p. 643.

Assistimos, em nosso entender, ao tradicional fenómeno de *legislar à flor da pele*. Do ponto de vista político, é compreensível que a Reforma tenha sido levada adiante rapidamente. Do ponto de vista jurídico, a pressa é lamentável. Nesta ótica, revela-se imperioso caminhar numa direção que não propugne um esquecimento da vítima.

Coloquemos a tónica nas palavras de Pedro Caeiro: "*O direito penal não vive bem com reformas avulsas e frequentes.*". Não podemos senão censurar o método subjacente à Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro como a sentença de morte dos direitos das vítimas e da natureza do próprio Direito Penal. É caso para dizer: *até que o mediatismo nos separe.*

Após uma análise conjugada, crítica e comparada, cumpre reiterar o nosso profundo desagrado perante a mais recente Reforma do Código Penal, a qual se revela carecida de soluções consistentes. Cremos, todavia, que a vida social julgada pelos tribunais nos dará – ou então não – uma resposta mais precisa às inquietações provindas da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro relativamente aos crimes de Coação Sexual e Violação.

Terminamos como começámos: ***depois de se ter considerado a vítima como um sujeito de direitos, é preciso tratá-la como tal.***

(Julho de 2020)

Bibliografia

Albuquerque, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3ª Edição, Universidade Católica Editora

Beleza, Tereza Pizarro *"Consent – It's a 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. Maria da Conceição Ferreira Cunha, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 15-26

Caeiro, Pedro, *Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica, in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Jorge de Figueiredo Dias (Dir.) Ano 29, N.º 3, 2019, pp. 631-679

Carmo, Rui/ Alberto, Isabel/ Guerra, Paulo, O Abuso Sexual de Menores: Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia, Coimbra, 2006, 2ª Edição, Almedina

Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, (Coord.) Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, Universidade Católica Editora, Porto, 2016

Dias, Jorge de Figueiredo, *Comentário ao artigo 163.º do Código Penal, in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, TOMO I, artigos 131º a 201º, Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012

, _ *Comentário ao artigo 164º do Código Penal, in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, TOMO I, artigos 131º a 201º, Jorge de Figueiredo Dias (Dir.), 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012

, _ Direito Penal: Parte Geral, Tomo I., 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007

Dias, Jorge de Figueiredo/ Caeiro, Pedro, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, in* Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado, Vol. 1, 2ª Edição, Lisboa: Editorial Verbo, 1997, pp. 1394-1403

Hõrnle, Tatjana, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment, in* German Law Journal, Vol. 18, Nº 6, November 2017, pp. 1309 a 1330.

leite, Inês Ferreira, *A Tutela Penal da Liberdade Sexual*, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, N.º 1, 2011, Coimbra Editora, pp. 29-94

Lopes, José Mouraz/ Milheiro, Tiago Caiado, Crimes sexuais: análise substantiva e processual, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2015

, _ Crimes sexuais: análise substantiva e processual, 2ª Edição, Almedina, 2019

Natscheradetz, Karl Prelhaz, O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites, Almedina, Coimbra, 1985

Palma, Maria Fernanda, *Os temas e os problemas das propostas legislativas de 2019 sobre violência doméstica e crimes sexuais – O Direito Penal da intimidade sexual e familiar, in* Revista Anatomia do Crime, N.º 9, Janeiro-Junho, 2019

Santos, Manuel Simas/ Leal-Henriques, Manuel, Código Penal Anotado, Vol. 3, 4ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, pp. 465 e 466

Legislação

Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de Janeiro (que aprova a Convenção de Istambul), disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis, e na sua versão originária, https://rm.coe.int/168008482e

Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2381&tabela=leis&ficha=1&

Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, disponível em https://dre.pt/home/-/dre/124500715/details/maximized

Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4.ª (PS), disponível em http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c75615735705932 6c6864476c3259584d7657456c4a5353393055868306233 4d76634770734d5445314e53315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1155-XIII.doc&Inline=true