



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Camila Isabel Cecílio Carrola

O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Dissertação no âmbito do 2º ciclo de estudos do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, com a orientação da Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Coimbra, 31 de Outubro 2021



Camila Isabel Cecílio Carrola

O Crime de Importunação Sexual
The Crime of Sexual Importunity

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

Orientadora: Senhora Professora Doutora Sónia
Mariza Florêncio Fidalgo

Coimbra, 2021

AGRADECIMENTOS

À minha Mãe, por ser um verdadeiro porto de abrigo e fonte de amor incondicional, a quem tudo devo.

Ao meu Companheiro Bruno, por todo o apoio e amparo, que continuemos a celebrar todas as nossas conquistas, juntos.

Ao meu amigo Adriano, sem ti não teria sido possível.

À minha família e amigos, por toda a paciência e amizade.

À minha Orientadora, Sra. Professora Doutora Sónia Fidalgo, pela disponibilidade e pela sua imprescindível orientação.

RESUMO

É objeto do presente estudo o crime de importunação sexual, previsto e punível, pelo art.º 170.º do Código Penal.

Esta incriminação surge em 1995, sob a epígrafe “Atos Exibicionistas”. Posteriormente, em 2007, com a introdução de uma nova modalidade típica, de constrangimento a contacto de natureza sexual, o normativo foi renumerado e redenominado para “Importunação Sexual”. Com a Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto, última alteração de que foi alvo, foi incorporada a modalidade típica de “formulação de propostas de teor sexual”, que gerou particular agitação e desagrado na Comunidade.

Não se poderia deixar de atender nesta análise jurídica, ao bem tutelado pela norma incriminadora, uma vez que a função do Direito Penal se reconduz, apenas e só, à proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal, podendo avançar-se de antemão que, a nosso ver, o bem jurídico protegido é a liberdade e autodeterminação sexual, nas vertentes positiva e negativa.

Face à omissiva tipificação legal, transversal às três modalidades, procuraremos, igualmente, demarcar quais as condutas puníveis, em cada um dos ilícitos típicos previstos, dissecando os seus elementos, contrapondo-os com algumas conceções doutrinárias. E procuraremos saber se, atento o grau de lesão do bem jurídico, os mesmos configuram um crime de dano ou crime de perigo.

No que respeita, em particular, à formulação de propostas de teor sexual, não é possível deixar assinalar a importância que Convenção de Istambul assumiu na sua criminalização, tendo, neste conspecto, que ser abordada a questão da sua conformidade com a transposição comunitária.

Por fim, avaliar-se-á se existe ou não violação dos mais elementares princípios do Direito Penal, constitucionalmente consagrados, como são o da legalidade, tipicidade e da subsidiariedade da sua intervenção, para concluir se, a final, a norma é (in)constitucional e se deve a mesma permanecer no Ordenamento Jurídico Português, com a redação atualmente vigente.

Palavras-chave: Importunação Sexual; Bem jurídico; Atos Exibicionistas; Constrangimento a Contacto de Natureza Sexual; Propostas de Teor Sexual; Convenção de Istambul; (In)constitucionalidade.

ABSTRACT

The object of this study is the crime of sexual importunity, foreseen and punishable by article 170 of the Penal Code.

This incrimination appears in 1995, under the title "Exhibitionist Acts". Later, in 2007, with the introduction of a new typical modality, of constraint to contacts of sexual nature, the normative was renumbered and redennominated to "Sexual Importunity". With Law nr. 83/2015 of August 5th, which led to its last alteration, the typical modality of "formulation of proposals of a sexual nature" was incorporated, which generated particular agitation and displeasure in the Community.

In this legal analysis, it is impossible not to take into consideration the good protected by the incriminating rule, since the function of Criminal Law is solely and only the protection of legal goods endowed with penal dignity. As far as we are concerned, the protected legal good is sexual freedom and self-determination, in its positive and negative aspects.

In view of the omissive legal classification, transversal to the three modalities, we will also seek to outline which conducts are punishable in each of the foreseen typical offences, dissecting their elements and contrasting them with some doctrinal conceptions. We will also try to know if, considering the degree of damage to the legal good, they constitute a damaging crime or a crime of danger.

Regarding the formulation of proposals of sexual content, it is impossible not to highlight the importance the Istanbul Convention has assumed in its criminalisation and, in this aspect, the question of the conformity of the transposition of Community law will have to be addressed.

Finally, we will evaluate if there is or not a violation of the most elementary principles of Criminal Law, constitutionally safeguarded in the Constitution, such as legality, typicality, and subsidiarity of its intervention, to conclude if, in the end, the rule is (in)constitutional, and if it should remain, with the current wording, in the Portuguese Legal System.

Key Words: Sexual Importunity; Legal Good; Exhibitionist Acts; Constraint to Contacts of Sexual Nature; Proposals of Sexual Nature; Istanbul Convention; (Un)constitutionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

Art.º - Artigo

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – Confrontar

Convenção de Istambul – Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as mulheres e a Violência Doméstica

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

Ed. – Edição

LGBTQIA+ – Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais/transgéneros, queers, intersexuais, assexuais, plus.

N.º – número

N.ºs – números

Op. cit. - *Opus citatum*: na obra citada

P. – Página

P.e.p. – Previsto e punível

Pp. – Páginas

Proc. - Processo

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

RMP – Revista do Ministério Público

Ss. – seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação Do Porto

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

V.g – *Verbi gratia*: por exemplo

Vol. – Volume

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO	4
ABSTRACT	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	9
1. Evolução Legislativa no Ordenamento Jurídico Português do tipo legal previsto no art.º 170.º do Código	10
2. Do Crime de Importunação sexual – art.º 170.º do CP.....	14
2.1. Bem Jurídico Tutelado com a Incriminação	14
2.1.1. Vertente Positiva e Negativa do Bem Jurídico Liberdade e Autodeterminação Sexual	16
2.2. Considerações Gerais sobre a Incriminação	19
2.2.1. A importunação exigida pelo tipo legal	20
2.2.2. Os Sujeitos Ativo e Passivo e a Natureza do Crime	21
2.2.3. A Agravação prevista no art.º 177.º do CP	22
2.2.4. A pena acessória aplicável	23
3. Modalidades do Crime de Importunação Sexual	24
3.1. A prática de Atos Exibicionistas	25
3.1.1. Crime de Dano ou Crime de Perigo?	28
3.1.2. O problema da parafilia e a, possível, aplicação de sanção criminal	32
3.2. O Constrangimento a Contacto de Natureza Sexual	34
3.2.1. Categorias de Atos Sexuais com relevância penal	35
3.2.2. O contacto de natureza sexual, em si mesmo	38
3.2.3. O Constrangimento exigido pelo segmento típico	39
3.2.4. Sobre o modo de execução do contacto de natureza sexual	41
3.3. A Formulação de Propostas de Teor Sexual	44
3.3.1. O (in)cumprimento da Convenção de Istambul e a sua influência na criminalização das “propostas de teor sexual”	44
3.3.2. Propostas de teor sexual: conceptualização	46

3.3.3. Crime de Dano ou Crime de Perigo?	48
3.3.4. Quais as hipóteses práticas que configuram crime?	49
3.3.5. Crime de Injúria - alternativa plenamente válida e eficaz?	53
4. A (in)constitucionalidade do tipo legal de crime, nas diversas modalidades de ação	54
CONCLUSÃO.....	61
BIBLIOGRAFIA.....	62
JURISPRUDÊNCIA	65

INTRODUÇÃO

O presente estudo visará uma análise aprofundada do Crime de Importunação Sexual, que se encontra, atualmente, consagrado no art.º 170.º do Código Penal Português, enquadrado no Capítulo V, dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Dúvidas não restam que, nos últimos anos, temos assistido a uma transformação e progressiva consciencialização no que respeita ao direito à liberdade e autodeterminação sexual da pessoa humana, mudança a nível comunitário¹ que, inevitavelmente, se repercute na esfera nacional e que em muito se deve aos crescentes movimentos emancipadores das Mulheres, aos movimentos da comunidade LGBTQIA+ , bem como, à divulgação mediática da existência de predadores sexuais, que conduziu a uma “*espécie de histeria legislativa*”², com o propósito de extinguir e prevenir ações e condutas caraterizantes de uma sociedade patriarcal, onde o Homem, exerceu e exerce o seu domínio e supremacia sobre a Mulher, sobretudo, no que concerne à realidade sexual. Defendem alguns autores que o legislador se “corrompeu”, no sentido em que deixou de atender às necessidades político-criminais, legislando para satisfazer a sede pela igualdade, que a comunidade cada vez mais reclama.

Porém, será necessário indagar, criticamente, se não se terá ido longe demais com a tipificação do crime de importunação sexual, nos moldes em que o mesmo se encontra hoje tipificado e, deslindar, como alguns autores avançam, se se encontram criminalizadas condutas carecidas de dignidade penal, não olvidando o Direito Penal enquanto direito de *ultima ratio*, direito esse que se encontra apenas legitimado a intervir na defesa de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, quando os demais meios se revelem incapazes, inaptos e/ou insuficientes. Por outro lado, dever-se-á apurar, neste contexto, se para além da proteção de direitos constitucionalmente consagrados, como o é a liberdade sexual, nas suas

¹ “*nos últimos tempos se verificou uma sensível e generalizada alteração das concepções comunitárias sobre a dignidade penal dos factos contra a liberdade e autodeterminação sexual, no sentido da sua maximização. Tal foi fruto, por uma parte, da repercussão mundial que sobre a opinião pública tiveram casos de criminalidade sexual amplificados até ao paroxismo pelos meios de comunicação social (e de que são exemplos paradigmáticos, v.g. o “affaire Dutroux” na Bélgica ou o caso “Casa Pia” entre nós. Por outra parte, das pressões exercidas sobre as instâncias internacionais e nacionais, por ONGs e outros lóbis*”, DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*”, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 710.

² LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais: análise substantiva e processual*”, 1.^a Ed., Coimbra Editora, 2015, p. 13.

vertentes positiva e negativa, se o presente normativo não arrasta consigo um resquício da tutela da moral e dos bons costumes, que outrora era ostensivamente patente no nosso Ordenamento Jurídico.

Primeiramente, será feita uma breve referência à evolução legislativa da norma, tentando perceber, desde logo, o que esteve na origem do seu aparecimento e como chegámos àquele que é hoje o crime de importunação sexual. Para o efeito, será necessário compreender a mudança de paradigma que ocorreu com a Reforma de 1995, e a sua enorme repercussão em matéria dos crimes sexuais, nomeadamente, a passagem destes crimes do Capítulo relativo aos “crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, para o Capítulo dos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, que integram hoje o Título dos “Crimes contra as pessoas”, e neste contexto, considerar as alterações legislativas que lhe vieram a suceder.

Seguidamente, é imprescindível identificar o bem jurídico tutelado pela norma, bem como clarificar as três modalidades de ação, suscetíveis de integrar o tipo de ilícito, sendo elas: a importunação através da prática de atos de caráter exibicionista, através de constrangimento a contacto de natureza sexual e, por fim, mais recentemente, importunação sexual mediante a formulação de proposta de teor sexual.

É ainda imperativo ter em consideração o eco provocado pela Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, mais comumente designada por Convenção de Istambul, tendo a mesma passado a vigorar, em Portugal, a 1 de Agosto de 2014, e influenciado, notoriamente, a última alteração legislativa, operada pela Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, que reformulou o art.º 170.º do Código Penal.

Consequentemente, deve ser avaliada a legitimidade constitucional de cada um dos mencionados segmentos, porquanto, já na Doutrina se levantam dúvidas quanto à sua obediência aos princípios basilares da CRP, designadamente, princípio da legalidade e tipicidade (art.º 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa) e, ainda, princípio da necessidade da tutela penal, discutindo-se, desta forma, se tais modalidades podem e/ou devem constituir condutas criminalizadas, nos termos em que se encontram tipificadas, sendo fulcral, neste aspeto, atender ao Ac. do TC 105/2013³, que decidiu pela

³ Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=949&pagina=31&nid=10974.

constitucionalidade do segmento típico de constrangimento a contacto de natureza sexual, avaliando as premissas justificativas constantes daquela decisão que foi, no seio da Doutrina, no mínimo, controversa.

1. Evolução Legislativa no Ordenamento Jurídico Português do tipo legal previsto no art.º 170.º do CP

O crime de importunação sexual, encontra-se atualmente previsto no art.º 170.º do Código Penal, tendo sido, pela última vez, alterado por ocasião da trigésima oitava alteração ao Código Penal, determinada pela ratificação, por parte de Portugal, da Convenção de Istambul. A alteração legislativa foi operada pela Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto, que incorporou a modalidade típica de “formulação de propostas de teor sexual”, que se veio somar às modalidades anteriormente existentes de importunação sexual por meio de “atos exibicionistas” e “constrangimento a contacto de natureza sexual”, passando a norma a ter a seguinte redação: *“Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”*.

Não obstante a redação do tipo legal de crime como hoje a conhecemos, deveremos atender, ainda que de uma forma breve, aos primeiros indícios do aparecimento da incriminação em análise e à evolução legislativa subsequente, sendo certo que os crimes da esfera sexual nem sempre visaram a proteção do bem jurídico que hodiernamente temos como aceite, a liberdade sexual da pessoa humana. Da mesma forma, esta tipologia de crimes foi-se alterando ao nível do plano de inserção sistemático, mudanças que foram acompanhando a mutação da relação entre o Direito Penal e o campo da sexualidade.

Para este efeito, somos compelidos a recuar no tempo e atender à versão do Código Penal do ano de 1995, uma vez que nela *“radicam os antecedentes mais imediatos daquilo que é hoje o crime de importunação sexual”*⁴. Assim, é em 1995, com a profunda Reforma ao Código Penal, concretizada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março, que ocorre uma *“verdadeira rutura epistemológica neste domínio – em que a tipologia de crimes de carácter*

⁴ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, *“Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e Macau”*, RPCC, 26.º - n.º 1 a 4, 2016, p. 163.

sexual abandonou as tradicionais conotações moralistas, vinculadas aos sentimentos gerais de moralidade sexual”⁵.

Tal rutura é manifesta e evidente, quando confrontados com o desaparecimento de conceitos que, anteriormente, se multiplicavam ao longo Código Penal de 1982, em particular no tocante à matéria dos crimes sexuais, que dada a sua nítida desadequação àquela que já era a realidade sociocultural da época, se foram dissipando. Falamos de conceitos como “pudor”, “pudor público”, “moral”, “sentimentos gerais de moralidade sexual”, “escândalo”, “ultraje”, entre outros. De igual modo, extinguiram-se os crimes de “exibicionismo e ultraje público ao pudor”⁶ e “ultraje ao pudor de outrem”⁷, incriminações estas que, embora constantes na Secção dos Crimes Sexuais, se encontravam insertadas no título “dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”, em específico, no seu Capítulo I, dedicado aos “crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”.

Àquela data, abandonou-se a tutela de sentimentos comunitários de moral sexual, expurgaram-se as normais jurídico-penais que remetiam para concepções sociais arcaicas e assumiu-se uma vigorosa posição quanto ao bem jurídico preponderante a tutelar, pois *“passou a considerar-se unicamente legítima a incriminação de condutas do foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem jurídico eminentemente pessoal”⁸*, a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa humana.

Consequentemente, os remanescentes crimes na esfera sexual foram deslocados no plano sistemático, passando aqueles a serem considerados, no Título I, “crimes contra as pessoas”, em particular, designados no Capítulo V como “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Renega-se, desta forma, o pensamento obsoleto de que tais crimes constituíam uma ofensa à comunidade, à vida em sociedade, ao Estado, que desvalorizava e/ou ignorava as verdadeiras vítimas dos mencionados crimes.

Como afirma FIGUEIREDO DIAS, *“só a Reforma de 1995 fez dos chamados crimes sexuais autênticos (e exclusivos) crimes contra as pessoas e contra um valor*

⁵ RAPOSO, Vera Lúcia *“Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”*, *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 938.

⁶ Crime previsto no art.º 212.º do CP de 1982, que criminalizava a *“prática, em lugar público e em condições de provocar escândalo, de atos que ofendessem gravemente o sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual, com pena de prisão até 1 anos e multa até 100 dias”*.

⁷ Crime previsto no art.º 213.º do CP de 1982, que dispunha: *“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”*.

⁸ GARCIA, Miguel / RIO, J.M. Castela, *“Código Penal Parte Geral e Especial, com notas e comentários”*, 3.ª Ed. atualizada, Almedina, 2018, p. 774.

estritamente individual, o da liberdade de determinação sexual”⁹. Ora, é no seio daquela mudança radical de paradigma que surge, pela primeira vez, o tipo de crime de importunação sexual, à data sob a epígrafe “Atos Exibicionistas”, com previsão no art.º 171.º, tipificando apenas a modalidade que lhe deu nome. Surge integrado na Parte Especial do Código Penal, no Título I “dos crimes contra as pessoas”, Capítulo V, dedicado aos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, Secção I “crimes contra a liberdade sexual”, com a seguinte redação, dada pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março: “*Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter exibicionista, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.*”

Posteriormente, no ano de 2007, ocorre a vigésima terceira alteração ao Código Penal que, de entre as diversas mudanças que acarretou no âmbito dos crimes sexuais¹⁰ sendo, uma vez mais, “*visível a libertação das arcaicas ascendências moralistas que desde há muito dominavam os desígnios legislativos*”¹¹, veio, com a aprovação da Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, renumerar a incriminação, alterar a sua epígrafe e, ainda, introduzir uma nova modalidade típica.

Desta forma, a incriminação em apreço surge, designada como “Importunação Sexual”, localizada no art.º 170.º do Código Penal, e passou a prever e punir, subordinando à mesma epígrafe “*dois comportamentos cuja ilicitude típica é diferente. São ilícitos diferentes a importunação de outra pessoa através da prática, perante ela, de actos de carácter exibicionista, e a importunação de outra pessoa por meio de constrangimento a contacto de natureza sexual*”¹². Foi, ainda, incluída uma cláusula de subsidiariedade expressa¹³, na medida em que a incriminação de importunação sexual só pode ser chamada à colação se, por força de outra disposição legal aplicável, lhe não couber pena mais gravosa.

É então que, em 2007, o normativo passa ter a seguinte redação: “*Quem importunar outra pessoa praticando perante ela actos de carácter exibicionista ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual é punido 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.*”

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 708.

¹⁰ Destaca-se, para o efeito, a extinção, com a introdução da Lei n.º 59/2007, da discriminação punitiva entre atos homossexuais e heterossexuais, com a eliminação do art.º 175.º do CP, “*atos homossexuais com menores*”, na versão que lhe foi conferida pelo DL n.º 48/95, de 15 de Março.

¹¹ RAPOSO, Vera Lúcia, “*Da moralidade à liberdade...*” *op. cit.*, p. 938.

¹² RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*”, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 816.

¹³ CAEIRO, Pedro e FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 164.

Do ano de 2015 até à presente data, a incriminação não sofreu qualquer alteração legislativa, conservando-se a tipificação operada pela Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto, já referenciada.

2. Do Crime de Importunação sexual – art.º 170.º do CP

2.1. Bem Jurídico Tutelado com a Incriminação

Sendo o propósito do presente estudo a análise do crime de importunação sexual é crucial aludir, ainda que de forma breve, ao bem jurídico que com ele se visa tutelar, porquanto, para além de constituir um critério orientador na interpretação normativa, enquanto padrão-crítico, o bem jurídico assume, igualmente, uma função legitimadora de intervenção do Direito Penal.

Para o efeito, começaremos por atentar na mais elementar compreensão do conceito de bem jurídico, explorando, de seguida, as vertentes do bem jurídico em apreço: a liberdade sexual positiva e negativa, fazendo o contraponto com a visão de alguma Doutrina que considera, em relação a uma das modalidades previstas no 170.º, não existir uma ofensa à liberdade e autodeterminação sexual, mas antes à liberdade de ação e omissão.

Neste desígnio, FIGUEIREDO DIAS ensina-nos que a noção de bem jurídico não pode ser convertida num conceito fechado, suscetível de demarcar, sem sombra de dúvida, a intervenção do *ius puniendi* como legítima ou ilegítima, até porque o mesmo se encontra sujeito aos fenómenos de mutação histórica, cultural, social. Não obstante, existindo um largo consenso sobre o seu núcleo essencial, o Autor sustenta que o conceito de bem jurídico pode ser definido como a “*expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”¹⁴. Explicita, ainda, o Autor, advogando uma conceção teleológica-funcional e racional do bem jurídico, que os “*os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica. É por esta via – e só por ela, em definitivo – que os*

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal, Parte Geral*”, Tomo I, Questões fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.ª Ed., Gestlegal, 2019, p. 130.

bens jurídicos se «transformam» em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal, numa palavra, em bens jurídico-penais”¹⁵.

Numa visão mais simplista, JOANA AMARAL RODRIGUES identifica o bem jurídico como “*um valor fundamental reconhecido numa determinada sociedade e carente de conservação (...) densificado a partir da ideia essencial da mútua referência entre a ordem axiológico-constitucional e a ordem legal jurídico-penal*”¹⁶. Por seu turno, FÁRIA COSTA concebe bem jurídico como “*um pedaço de realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal*”¹⁷. TAIPA DE CARVALHO, afirma, neste enquadramento que “*só poderão ser considerados bens jurídico-penais os direitos inerentes à funcionalidade e justiça do sistema social*”¹⁸.

Em conclusão, o bem jurídico será sempre um interesse ou um valor, reconhecido pela própria Comunidade, como ponderoso e indispensável ao livre desenvolvimento, quer do indivíduo, (bem jurídico *supra* individual, v.g., a vida, integridade física, a liberdade em sentido amplo, o património), quer da própria Sociedade (bem jurídico afeto a toda a coletividade, v.g. saúde e ordem públicas), que revestindo dignidade bastante, apenas poderá ser salvaguardado pela lei penal, convertendo-se, desta forma, num verdadeiro bem jurídico-penal. Posto isto importa atentar agora, naquele que é o bem jurídico visado com o crime, p.e.p. no art.º 170.º do CP.

O que se se pretende tutelar com o crime de importunação sexual é “*a liberdade e a autodeterminação sexual das pessoas, expressão que tem por conteúdo a faculdade de escolher praticar ou não praticar, de forma livre, determinado acto sexual e de escolher o/a parceiro/a para tal fim, bem como, de forma mais geral, o direito de ordenar com autonomia e sem ilegítima intervenção de terceiros a própria vida sexual*”¹⁹. Por conseguinte, não são mais a moralidade e o pudor sexuais que se tutelam com a incriminação pois a evolução legislativa levada a cabo, sobretudo, com a Reforma de 1995, conseguiu romper, significativamente, com o designado “direito penal dos bons costumes”. Ainda assim,

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal, Parte Geral...*”, *op. cit.*, p. 137.

¹⁶ RODRIGUES, Joana Amaral, “*A teoria do bem jurídico-penal - várias dúvidas e uma possível razão*”, *RPCC*, Ano 23, nº 2, 2013, p. 183.

¹⁷ COSTA, José de Faria, “*Noções Fundamentais de Direito Penal*”, 4.ª Ed., Coimbra Editora, 2015, p. 258.

¹⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, “*Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*”, 3.ª ed., Universidade Católica Editora Porto, 2016, p. 63.

¹⁹ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 170.

percebe-se por que motivo a questão pode, ainda, ser levantada, uma vez que, particularmente, no que aos crimes sexuais diz respeito, a conduta que ofende o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual irá, coincidentemente, ofender moralidades. Não obstante, o que reveste fundamental importância é ponderar a danosidade que pode daquela ofensa resultar e, conseqüentemente, reclamar (ou não) a intervenção estadual.

Ora, como referimos *supra*, a Constituição assume a natureza de um autêntico critério referencial na concretização daquilo que são (ou não) bens jurídicos, dignos de tutela penal. Porém, no que à liberdade sexual diz respeito, a verdade é que na CRP não lhe é feita referência expressa e inequívoca, tendo aquele bem jurídico que emergir como decorrência natural, daquele que é um dos princípios conformadores de um Estado de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º CRP), assim como, em parte, do direito à liberdade, em sentido amplo (art.º 27.º CRP) e do direito ao desenvolvimento da personalidade (art.º 26.º CRP), que também àquele primeiro se reconduzem.

Cumpre, igualmente, esclarecer que, pese embora, nos deparemos com criminalização da importunação sexual, quer na secção dos crimes contra a liberdade sexual (art.º 170.º do CP), quer na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual (art.ºs 171.º, n.º 3, alínea a) e 172.º, n.º 2 do CP), tal não significa que se tutelam, consoante a sua inserção sistemática, bens jurídicos distintos entre si, pois *“a razão de ser da distinção é outra: a de que a Secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação sexual) de todas as pessoas, sem fazer acepção de idade; enquanto a Secção II estende essa proteção a casos 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; e estende a porque a vítima é uma criança ou um menor de certa idade”*²⁰.

2.1.1. Vertente positiva e negativa do Bem Jurídico Liberdade e Autodeterminação Sexual

É necessário atender às vertentes positiva e negativa em que se pode subdividir o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, para melhor perceber a forma como o mesmo pode ser atingido e, conseqüentemente, lesado.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Comentário Conimbricense do Código Penal...”*, op. cit. p. 711.

Neste sentido, na feliz formulação de ANA RITA ALFAIATE, temos que “*é possível identificar uma vertente negativa, estática, defensiva, amiúde único móbil audível da tutela penal, e que se traduz no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância. Mas a liberdade sexual encerra também uma outra vertente – positiva, dinâmica -, traduzida na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade*”²¹

A este propósito, sustenta, igualmente, MARIA DO CARMO DIAS que podemos, genericamente, traduzir a dimensão negativa “*como a liberdade de não suportar condutas que agridam ou constroem a esfera sexual da pessoa e, dimensão positiva como a liberdade de interagir sexualmente sem restrições*”²². Acrescenta, ainda, que “*estas duas vias de análise da liberdade sexual, são complementares e essenciais na concretização e na definição do bem jurídico tipicamente protegido, que desta forma ganhou autonomia no confronto com outros bens jurídicos de índole pessoal*”²³.

A nosso ver, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, compreende, assim, na sua vertente positiva, para o seu titular, o direito à livre interação sexual e disposição da mente, do corpo, do sexo, nas circunstâncias de tempo, modo e lugar, que aquele bem entender. Por seu turno, a vertente negativa, confere-lhe o direito a não sofrer ou suportar, na sua esfera sexual, ingerências de terceiros, não consentidas, qualquer que seja a forma que assumam, trata-se aqui de “*um direito a estar só, nesse reduto muito íntimo da personalidade que configura a sexualidade e o corpo, mesmo em lugares públicos*”²⁴. Naturalmente que, cada indivíduo, enquanto titular deste bem jurídico, deverá ter em linha de conta que a sua liberdade, em qualquer das vertentes, só poderá ser exercida livremente, na medida em que não comprometa, de forma grave, ilegítima e não consensual, a liberdade do outro.

A importância de atender a estas dimensões negativa e positiva, para além da compreensão das mesmas, prende-se com o facto de existirem modalidades na incriminação

²¹ ALFAIATE, Ana Rita, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, Coimbra Editora, 2009, p. 86.

²² DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual*”, *Revista do CEJ*, N.º 8, 1.º Semestre, 2008, p. 221.

²³ *Ibidem*.

²⁴ PEREIRA, André Dias, “*O Bem Jurídico Protegido No Crime De Importunação Sexual (Quota Parte)*”, *Capazes*, 2016, disponível em: <http://capazes.pt/cronicas/o-bem-juridico-protetido-no-crime-de-importunacao-sexual>.

em apreço que, ao contrário dos restantes crimes sexuais, “*não exigem o envolvimento da vítima na execução corporal de um acto sexual, bastando-se com a recepção, por parte dela, de actos comunicativos de teor sexual, sejam eles gestuais (actos exibicionistas) ou verbais (formulação de propostas de teor sexual)*”²⁵. Assim, encontrando-se a importunação sexual incriminada sob três formas distintas, em que apenas a modalidade de constrangimento a contacto de natureza sexual pressupõe, efetivamente, um contacto, deverá, nesse sentido, ser prestada atenção acrescida à vertente negativa que temos vindo a referir.

Defendendo a descriminalização da importunação sexual, que ocorre através da prática de atos exibicionistas perante a vítima (quando esta for adulta), temos MARIA DO CARMO DIAS, que avança a seguinte argumentação: “*o que está verdadeiramente em causa é a «liberdade pessoal de acção ou omissão» 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)*”²⁶, afirmando, desta forma, que não é o bem jurídico liberdade sexual que pode, potencialmente, ser lesado pela prática de atos exibicionistas.

Sem prejuízo de ainda não nos termos debruçado sobre a designada modalidade, consideramos, no que aqui interessa, que nas reflexões precedentes a cerca da dimensão positiva e negativa do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, ficou suficientemente explanado que, a nosso ver, existe um direito a não ser alvo de ingerências, não consentidas, por parte de terceiros, na esfera da sexualidade, o que abarca, necessariamente, o direito a não ter que presenciar a prática de um ato exibicionista. É assim a vertente negativa do bem jurídico que aqui sobressai, porquanto “*haverá sempre restrição da liberdade sexual, ou melhor, restrição da liberdade de não ser envolvido em contexto sexual imposto*”²⁷, não estando em jogo a liberdade (pessoal) de ação ou omissão. Não descuremos que a vítima pode, inclusivamente, constituir o objeto de prazer de quem pratica o ato exibicionista, razões pelas quais teremos de concluir que com a prática de tal ato, é a sua liberdade sexual que é atingida. E, admitindo que tal ato pode ser criminalizado

²⁵ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 170.

²⁶ DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007...*”, *op. cit.* p. 257. Perfilhando o mesmo entendimento, RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.* pp. 819 e 820.

²⁷ LEITE, Inês Ferreira, “*A tutela penal da liberdade sexual*”, II Curso Pós-graduado de aperfeiçoamento em direito da investigação criminal e da prova da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 26 e 27.

(porquanto a Autora sugere a autonomização do mesmo e inserção nos capítulos dos crimes contra a liberdade pessoal), apenas poderá sê-lo no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual, pois trata-se de uma conduta com conotação sexual suficiente, para ofender aquele bem.

2.2. Considerações Gerais sobre a Incriminação

Numa perspetiva generalizada sobre os crimes sexuais, MARIA DO CARMO DIAS, apresenta notáveis reflexões, que cremos serem extensíveis ao crime aqui em apreço, porquanto, em nossa ótica, o bem jurídico protegido é o mesmo. Desta forma, para a Autora, os crimes sexuais visam “*garantir a liberdade de expressão sexual, de quem é capaz e de quem é incapaz de se autodeterminar sexualmente, o que se relaciona quer com a dignidade humana (art. 1.º da CRP, que supõe também “deveres de proteção especiais”), quer com o bem-estar e qualidade de vida de cada um (art.9º,als.b) e d) da CRP) e especialmente com a protecção do direito ao desenvolvimento da personalidade (art.26º,69º,73º, nº2, da CRP) de forma livre e independente (liberdade de conformação e orientação da vida), sem perturbações ou ingerências*”²⁸.

No que concerne, em particular, à incriminação do art.º 170.º do CP, afirmam MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO que se pretendeu “*desde o primeiro momento, criminalizar todas as condutas que implicam desprezo pela vontade do sujeito que é contrária à ingerência de um terceiro na sua esfera sexual.*”²⁹.

Já na exposição de motivos da Proposta de lei n.º 98/x, que esteve na origem da Lei n.º 59/2007, de 04/09, onde se procedeu à renumeração do artigo 170.º do CP e ao aditamento de uma modalidade típica, foi também referido que a incriminação surgia com o propósito de “*garantir a defesa plena da liberdade sexual*”³⁰.

²⁸ DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”, RMP, Ano 34, N. 136, 2013, p. 70.

²⁹ GARCIA, Miguel / RIO, J.M. Castela, “*Código Penal Parte Geral e Especial...*”, op. cit., p.122. Ressalvam, ainda, os Autores que: “*a importunação não se centra apenas numa perspetiva subjetivista da vítima, pois que para além de se ter importunado em concreto aquela pessoa terá que avaliar-se o contexto e as circunstâncias de modo a não punir situações sem relevo em termos de tutela penal, pelo facto de a conduta não ter ressonância ético-social censurável, ou pelo menos ao ponto de exigir o exercício do ius puniendi estadual*”, op. cit., p. 126.

³⁰ Disponível para download em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiqLnkoe_yAhVPXsAKHXiCCrEQFnoECAMQAO&url=https%3A%2F%2Fapp.parlamento.pt%2Fwebutils%2Fdocs%2Fdoc.pdf%3Fpath%3D6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684d5a57

Assim, a criminalização dos crimes sexuais e, em particular, do crime de importunação sexual, prende-se todos os motivos *supra* mencionados, sendo certo que, o direito à liberdade e autodeterminação sexual, constitui uma extensão do direito fundamental da dignidade da pessoa humana e, ainda que se levantem questões múltiplas, quanto à conformidade da incriminação em apreço com os princípios constitucionais da legalidade, tipicidade, necessidade da tutela penal, questão sobre a qual nos debruçaremos adiante, acreditamos que o que se pretende será sempre conferir a proteção necessária à vítima, na esfera da sua sexualidade, pois que ninguém tem o direito de se intrometer num domínio tão íntimo e reservado, sem consentimento do visado.

2.2.1. A importunação exigida pelo tipo legal

Traçada a evolução legislativa da norma e, constatando que foi em 2007 que se procedeu uma redenominação do crime em apreço, atento o resultado típico que lhe subjaz - a importunação da vítima – deveremos refletir o que poderá a mesma significar.

Como referem MIGUEZ GARCIA, e CASTELA RIO, a importunação “*supõe a adequação da ação para prejudicar, de forma não irrelevante, a tranquilidade emocional de outrem*”³¹.

Por sua vez, podemos encontrar no dicionário da língua portuguesa, que o ato de importunar se reconduz às seguintes definições: “*incomodar, enfadar, causar transtorno, molestar, perseguir insistentemente ou com obsessão*”³² ou, ainda, “*provocar incómodo de forma persistente a alguém, geralmente através de pedidos inoportunos ou desagradáveis; aborrecer ou entediar; ocasionar um desconforto, causar incómodo a; provocar desgosto, adversidade ou contrariedade*”³³.

[63765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764e544e68597a517a4d3255744d32457a595330304d544a6c4c5746684f446b744f474e69596d4d774e4749334d7a42684c6d527659773d3d%26fi ch%3D53ac433e-3a3a-412e-aa89-8cbbc04b730a.doc%26Inline%3Dtrue&usg=AOvVaw3igmieTHMYwExvmN1zu2WW.](https://www.lexico.pt/importunar/)

³¹ GARCIA, Miguel / RIO, J.M. Castela, “*Código Penal Parte Geral e Especial...*”, *op. cit.*, p. 813.

³² Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, disponível em: <https://dicionario.priberam.org/importuna%C3%A7%C3%A3o>

³³ Dicionário de Português Online, disponível em: <https://www.lexico.pt/importunar/>.

Sendo que, quando em causa está a importunação, na esfera sexual, aquele “estado” traduzir-se-á num “*transtorno ou perturbação a terceiro, que, no caso, se produzem na relação da pessoa com a sua própria sexualidade*”³⁴.

2.2.2. Os Sujeitos Ativo e Passivo e a Natureza do Crime

Considerando o art.º 170.º, em conjugação com os artigos 171.º, n.º 3, alínea a) e 172.º, n.º 2 do CP, o sujeito passivo do crime de importunação sexual poderá ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino, adulto, menor de 14 anos ou menor de 18 anos. Todavia, a circunstância de o agente levar a cabo qualquer das condutas criminalizadas pelo art.º 170.º do CP, com um menor de idade é relevante, tanto para efeito da severidade da pena aplicável, como para efeito da própria natureza do procedimento criminal.

Podemos verificar que, em conformidade com o consagrado no art.º 178.º do CP, o crime de importunação sexual, em qualquer uma das modalidades, trata-se de um crime de natureza semipública, dependendo o procedimento criminal da apresentação de queixa por parte da vítima.

Só assim não será, se o crime for praticado contra menor ou, se dele resultar suicídio ou morte da vítima, hipóteses em que estaremos perante um crime público. Como bem ilustram SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES “*A necessidade de resguardo da vida privada e íntima de cada um volve-se, assim, em princípio mais importante do que o que preside ao poder punitivo do Estado, colocando-se na disponibilidade do ofendido a decisão de proceder ou não criminalmente contra o agente do delito. O Estado reserva-se o direito de agir apenas em situações particularmente graves, que o legislador entendeu não deverem confiar-se ao arbítrio do particular*”³⁵, como é o caso das ofensas perpetradas em menores de idade.

Do exposto resulta que, quando o crime é praticado pelo agente, contra pessoa adulta, a sua, eventual, punição ocorrerá por força do disposto no art.º 170.º CP. Diferentemente, quando o crime for praticado contra menor, teremos uma transposição normativa, passando a designada conduta a constituir, de acordo com as respetivas epígrafes, no caso de menor de 14 anos, um “crime de abuso sexual de crianças” p.e.p. pelo artigo

³⁴ CAEIRO, Pedro e FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, op. cit., p. 160.

³⁵ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado*”, Volume III, Rei dos Livros, 2016, p. 590.

171.º, n.º 3, alínea a) do CP e, no caso de menor entre os 14 e os 18 anos, um “crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável”, p.e.p. pelo artigo 172.º, n.º 2 do CP.

Evidentemente, a necessidade de tutela penal assume outra dimensão sempre que se conjectura a possibilidade de, em causa, se encontrarem vítimas menores de idade. Neste contexto, não se pode descurar que, tais vítimas, encontram-se em pleno processo de desenvolvimento da personalidade pelo que a sua sujeição a ingerências indevidas por parte de terceiros, provoca, de forma significativa, uma perturbação ao nível da estabilidade emocional e psicológica, afetando, por conseguinte, o seu natural crescimento enquanto ser humano. Como facilmente se compreende, a capacidade de autodeterminação sexual do menor não se encontra ainda consolidada, nem tão-pouco restará incólume perante tal intromissão ilegítima, podendo, a obtenção da sua plenitude, ficar irremediavelmente comprometida.

No que concerne ao sujeito ativo do crime, podemos classificar este crime como um crime comum, podendo o mesmo ser cometido por qualquer pessoa, não contendo a incriminação, quanto ao agente da prática do crime, qualquer especificação ou exigência típica. Não obstante, o legislador previu, no art.º 177.º do CP, uma censura penal distinta, agravada, se a prática do crime ocorrer em circunstâncias particulares.

2.2.3. A Agravação prevista no art.º 177.º do CP

O legislador considerou necessário censurar, mais intensamente, os delitos que ocorram num determinado quadro conjuntural e, neste âmbito, distinguiu dois domínios: o primeiro, relacionado com a esfera familiar e, o segundo que se identifica com um cenário de dependência hierárquica, económica ou laboral.

Assim, no que respeita à primeira hipótese, a elevação da censura penal “*pode resultar dos seguintes elos de ligação entre o agente e a vítima: filiação, adoção, parentesco ou afinidade até ao 2.º grau; tutela ou curatela*”³⁶. Por sua vez, no que à segunda hipótese diz respeito “*essa dilatação pode filiar-se numa de três dependências: hierárquica (v.g. dirigente e dirigido na função pública), económica (v.g. vítima que vive a expensas do*

³⁶ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “Código Penal Anotado...”, *op. cit.*, p. 579.

agente); *laboral* (v.g. *patrão e operário numa empresa*)”³⁷. Não obstante, não haverá lugar a agravamento, nos termos do art.º 177.º, se o crime não for praticado com aproveitamento das relações referidas *supra*, que pressupõem uma situação de vulnerabilidade e indefensabilidade para a vítima³⁸, isto é, só haverá lugar a agravação se o agente cometer o crime com aproveitamento das relações pré-estabelecidas com a vítima.

Matematicamente falando, a agravação pode traduzir-se, para o crime principal previsto no art.º 170.º do CP, numa ampliação da pena de prisão para 40 dias a 1 ano e 4 meses, e da pena multa para 13 a 160 dias.

Já se o crime for praticado contra menor de 14 anos, ao abrigo do art.º 171.º, n.º 3, al. a) do CP, que detém uma moldura simples de pena de prisão de 1 mês até 3 anos, a mesma pode ser aumentada, por força do art.º 177, n.º 1 e n.º 3, para uma pena de prisão de 40 dias a 4 anos e, ainda, para uma pena de prisão de 45 dias a 4 anos e 6 meses, se em causa estiver o agravamento previsto no art.º 177.º, n.º 4 do CP.

Por fim, se em causa estiver crime praticado contra menor, com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos, uma vez que a moldura simples, nos termos do 172.º, n.º 2, prevê pena de prisão de 1 mês a 1 ano, poderemos ter um agravamento da designada pena de 40 dias a 1 ano e 4 meses, de acordo com o consagrado no art.º 177.º, n.º 1 e n.º 3, e um agravamento, nos termos do art.º 177, n.º 4, da pena de prisão que poderá ir de 45 dias a 1 ano e 6 meses.

2.2.4. A Pena acessória aplicável

Outrora, poderíamos encontrar no Código Penal, na secção III, das “disposições comuns”, respeitantes às secções I e II, dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes contra a autodeterminação sexual, a previsão do art.º 179.º do CP, que estabelecia a “Inibição do poder paternal e proibição do exercício de funções”. Tal disposição foi revogada pela Lei n.º 103/2015, de 25/08, que procedeu trigésima nona alteração ao Código Penal, tendo sido aditados, simultaneamente, por força da mesma lei, o art.º 69.º-B, que prevê a “proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual” e o

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ A este propósito, DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007...*”, *op. cit.* p. 272, afirmando que o propósito da agravação do art.º 177.º do CP é o de “*melhor proteger a vítima que se encontra em situação de subjugação em relação ao agente*”.

art.º 69.º-C, que consagra a “proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais” ao Código Penal.

Assim, hoje temos que, as penas acessórias constantes destes normativos, poderão ter lugar sempre que o agente seja condenado por crimes com previsão nos arts.ºs 163.º a 176.º-A do Código Penal, determinando o art.º 69.º - B do CP, por um lado, que o agente poderá ser condenado numa pena acessória, com duração de dois a vinte anos ou de cinco a vinte anos consoante o crime seja praticado contra vítima adulta ou vítima menor de idade, respetivamente, de proibição do exercício de profissão, emprego, funções ou atividades, publicas ou provadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, caso se justifique atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente. Estipulando, por sua vez, o art.º 69.º - C do CP, que o agente pode ser proibido de assumir a confiança do menor, designadamente, nas relações de adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores, nunca olvidando a concreta gravidade do facto e à sua conexão com a função exercida pelo agente, durante o período de dois a vinte anos ou de cinco a vinte anos, consoante o crime seja praticado contra vítima adulta ou contra vítima menor de idade, respetivamente.

Embora dependente da condenação em pena principal, a circunstância de o crime do art.º 170.º constituir um crime contra o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, acarreta consigo uma, eventual, possibilidade, de aplicação das *supra* referidas penas acessórias, cuja duração mínima se traduz em dois anos ou cinco anos, não obstante ter que se verificar a concreta gravidade do facto, assim como, a sua conexão com a função exercida pelo agente. Sublinhe-se que as referidas penas acessórias não assumem um carácter insignificante ou leviano, podendo, na eventualidade da sua aplicação, ter repercussões consideráveis na vida do agente, o que muito surpreende quando atentamos na pena que a incriminação em apreço prevê, de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

3. Modalidades do Crime de Importunação sexual

Passaremos, de seguida, à enumeração e análise das modalidades típicas do art.º 170.º do CP que, como *supra* referido, se tratam de ilícitos autónomos com previsão na mesma norma, procurando identificar, em cada uma delas, quais as condutas que assumem

(ou não) relevância penal e, do mesmo modo, classificar os ilícitos, tendo em conta a conduta criminosa típica e a forma de proteção do bem jurídico, uma vez que a Doutrina assume divergências nestas matérias.

Poderemos avançar, de antemão, que em qualquer das modalidades, consideramos que este ilícito configura um crime de resultado, não bastando a mera ação para a consumação do ilícito, exigindo-se, sempre, a importunação da vítima; um crime de execução vinculada, dado que o modo de execução tem assento (ainda que omissivo) no tipo de crime; E por fim, um crime de dano, uma vez que a realização do tipo incriminador pressupõe a lesão efetiva do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual.

3.1. A Prática de Atos Exibicionistas

O normativo faz referência, *ab initio*, à modalidade de importunação sexual por meio da prática de atos exibicionistas, só podendo nós concretizá-la aqui, por referência às diversas correntes doutrinárias que foram emergindo ao longo dos anos, para condensar tal conceito.

Partindo da definição que nos é oferecida por ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, a prática de atos de carácter exibicionista envolve a prática de atos ou gestos relacionados com o sexo³⁹. No mesmo sentido, avançam MIGUEZ GARCIA e CASTELAR RIO, que a ação exibicionista consistirá “*no desvendar de «partes» sexuais perante um estranho, sem o seu acordo, só para satisfação do agente ou para observação das reações dessa outra pessoa*”, tratar-se-á de uma “*consciente exibição de órgão sexual por motivações igualmente sexuais*”⁴⁰.

Assim sendo, poderemos afirmar que estão excluídos do âmbito da incriminação a “*exibição de escrito, imagem ou objeto pornográfico pelo agente à vítima*”⁴¹, da mesma forma, consideramos serem alheias à incriminação quaisquer conversas sexualizadas ou obscenas, que não consubstanciem um ato ou gesto.

³⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.* p. 816; Acompanhando a definição, LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.* p. 123 e, também, SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado...*”, *op. cit.*, p. 531, considerando que “*por exibicionismo entende-se o comportamento de alguém que incomoda outrem através da prática directa do acto relacionado com o sexo*”.

⁴⁰ GARCIA, Miguel / RIO, J.M. Castela, “*Código Penal Parte Geral e Especial...*”, *op. cit.*, p. 122.

⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 3.^a Ed. atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, p. 676.

Ora, a ação *supra* mencionada deve ser praticada, como consagra o normativo, “perante a vítima”, o que significará que o agente da prática do crime, em princípio, não entrará em contacto direto com aquela⁴², (comportamento que aliás, a verificar-se, se excluirá deste âmbito, pela própria modalidade de “constrangimento a contacto de natureza sexual” que o art.º 170.º igualmente prevê, ou por via da cláusula de subsidiariedade expressa contida na norma), pelo que, para cometimento do crime, o agente pode “*utilizar o seu próprio corpo ou praticar actos ou gestos sexuais com um terceiro*”⁴³.

Como se disse, tais atos ou gestos devem ter um cariz sexual, que nos deve remeter, porque objetivamente identificável, para algo de natureza carnal, lasciva. Destarte, a ausência dessa nota caracterizante, assim como a inexistência de dolo, pois o tipo subjetivo do ilícito reivindica-o, em qualquer uma das suas modalidades previstas no art.º 14.º do CP, tem, como consequência, a sua não punição. Como, brilhantemente, ilustram MOURAZ LOPES e CAIADO MILHEIRO “*quando se comprove que o ato não tinha qualquer intuito sexual, pois do contexto e circunstâncias resulta que a exibição visava outros fins, nomeadamente, o insulto, o agente do crime pode ser punido pelo crime de injúrias, ou então a conduta ser atípica quando não exista nenhuma finalidade criminosa (exibição de órgãos genitais a médico/médica numa consulta, urinar na beira da estrada, em local escondido, em que não seria previsível as pessoas conseguirem ver o órgão genital, nudez em público para foto artística ou como forma de protesto*”⁴⁴. Assim todos os atos descritos *supra* não serão punidos por via desta incriminação ou sequer puníveis porque atípicos, muito embora, possam ser, por definição, considerados atos exibicionistas. Porém, apesar de o serem, em si mesmos, não são atos praticados com o dolo de importunar e, por isso, não constituem uma forma de ataque à liberdade sexual da pessoa que com a prática daqueles se depara.

Não podemos olvidar que é resultado típico deste crime a importunação da vítima, conseqüentemente, não se verificando o resultado típico, não existirá prática de crime. Por razões várias a importunação pode não ocorrer, tal poderá suceder, a título de exemplo, no caso em que “*a potencial vítima é cega e não pôde ver o acto exibicionista, ou porque,*

⁴² Da mesma forma, DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007...*”, *op. cit.*, p. 252 e LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.* p. 127.

⁴³ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.* p. 817.

⁴⁴ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.* pp. 127 e 128.

vendo-o, em vez de se sentir importunada, inverteu a situação a seu favor, ridicularizando o agente”⁴⁵.

Neste âmbito, é ainda referir que, nos espetáculos de “sexo ao vivo”, como refere PINTO ALBUQUERQUE⁴⁶, a tipicidade da conduta é, igualmente, afastada uma vez que a pessoa visada presta o seu acordo em assistir e estar diante a prática do ato exibicionista. Perfilhamos, uma vez mais, o entendimento do Autor quando convoca o afastamento da tipicidade, com base numa “cláusula de adequação social”, o que nos exemplos transcritos, avançados por FIGUEIREDO DIAS, sucederá, em praias de naturismo, sempre que um casal tiver relacionamentos sexuais no mesmo quarto em que se encontra um bebé de 6 meses de idade acordado, sempre que os pais tomarem banho juntamente com os seus filhos de 5 anos que, atenta a idade, não tem qualquer instinto ou sensibilidade sexual e que, por isso, não serão afetados aquela prática.

Posto isto, configuram atos exibicionistas suscetíveis de punição “*o desnudamento do agente perante a vítima ou a realização de ato sexual com terceiro diante a vítima, ou ainda a masturbação do agente consigo mesmo, diante a vítima*”⁴⁷. Estas são, no fundo, hipóteses em que se pune a conduta do agente que envolve um terceiro, sem a sua anuência, numa ação que tem, objetivamente, uma conotação sexual (sob pena de ser considerado um ato atípico), concretizada em atos ou gestos, que importunem a vítima, ofendendo um bem jurídico *supra* individual, a liberdade e autodeterminação sexual.

PEDRO CAEIRO e JOSÉ FIGUEIREDO, defendem nesta matéria que, quando o agente envolve um terceiro sem o seu consentimento, nessa envolvência a vítima dever-se-á sentir “cercada”, encurralada, tendo que suportar um ato que choça com aquilo que é a sua esfera sexual, com a sua liberdade num domínio tão íntimo como o é o da sexualidade, tendo que existir, para o efeito, um “*elemento de constrangimento, de ter de suportar, contra a vontade, aquele acto. Sem esse constrangimento não haverá importunação tipicamente relevante*”. Os Autores ilustram esse constrangimento, com o exemplo do agente que se exhibe, perante uma vítima, dentro de um espaço fechado, v.g., um elevador.

⁴⁵ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.* pp. 677 e 678. Em sentido integralmente concordante, LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.* p. 129.

⁴⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.* p. 676. Concordam os Autores, LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.* p. 127.

A este respeito, cumpre-nos dizer que compreendemos a chamada de atenção para tal exigência (de constrangimento), acrescentamos, inclusivamente, que apesar do exemplo avançado ser aquele que melhor ilustra a limitação com a qual a vítima se depara perante a prática pelo agente de ato exibicionista, estamos em crer que para a verificação do designado constrangimento, o ato exibicionista não terá que ocorrer, necessariamente, dentro um espaço fechado, pois que a vítima pode sentir-se atingida e cercada no seu direito, num espaço aberto, imagine-se, por exemplo, uma rua única de acesso a sua casa. Porém, em boa verdade, o constrangimento de que aqui se fala não é um elemento típico exigido nesta modalidade, motivo pelo qual, não estando contido na letra da lei, se poderá duvidar da legitimidade da sua exigência para a consumação do delito.

3.1.1. Crime de Dano ou Crime de Perigo?

Dos ensinamentos postulados por FIGUEIREDO DIAS, retiramos que, atendendo à forma como o bem jurídico é posto em causa pela atuação do agente, poderemos ter crimes de perigo ou crimes de dano. Ora, nos crimes de dano “*a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico*”⁴⁸. Por sua vez, nos crimes de perigo “*a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico*”⁴⁹, assim, a intervenção penal ocorre mesmo quando o bem jurídico não chega a ser afetado, sendo a conduta criminalizada por força da ameaça e perigosidade da ocorrência de lesão. Os crimes de perigo subdividem-se em crimes de perigo concreto, em que “*o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo*”⁵⁰, no fundo, aqui terá já que existir uma exposição do bem jurídico a um risco efetivo e real, e em crimes de perigo abstrato, onde “*o perigo não é um elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição (...) neste tipo de crimes são tipificados certos comportamentos em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma presunção inilidível de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter*

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal, Parte Geral...*”, *op. cit.*, p. 360.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

*criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico*⁵¹, determinando-se uma proteção antecipada.

No respeitante a esta modalidade, avança grande parte da Doutrina e Jurisprudência que se deverá proceder a uma interpretação restritiva da norma. Em conformidade, a importunação sexual, por via da prática de atos exibicionistas perante a vítima, configurará um crime de perigo concreto, na medida em que, a prática do ato exibicionista, deva representar para a vítima, um perigo de que se lhe siga a prática de ato de natureza sexual, que ofenda a sua liberdade sexual⁵².

Segundo a perspectiva de ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, a prática do ato exibicionista, *per si*, não é digna da tutela penal pois, esta apenas se justificará na medida em que a vítima, tema e represente, no momento em que encontra envolta na prática de um ato sexual que é alheio à sua vontade, que o agente que pratica o ato exibicionista, de seguida, vai assumir conduta mais gravosa, praticando um ato sexual que realmente agrida o bem jurídico em causa. Todavia, não podemos acompanhar as Autoras nesta compreensão, pois que, uma vez mais, não existe na incriminação qualquer referência ao perigo de cometimento de ato posterior mais gravoso, podendo nós estar diante de uma interpretação restritiva indevida. Além do mais, temos dúvidas na legitimidade, por parte da vítima, em levar a cabo este juízo de prognose, pois cada pessoa, deparada com o designado ato, representa coisa distinta, tratando-se de uma visão imensamente subjetivista.

Ademais, embora as Autoras apontem que “*há uma certa realidade que deve ser criminalizada*”⁵³, que é aquela em que a prática do ato exibicionista representa, para a pessoa perante o qual é praticado, um perigo de que se lhe siga a prática de um ato sexual mais gravoso que ofenda a sua liberdade, acrescentam, de seguida, que a descriminalização de comportamentos exibicionistas é desejável, porquanto, o sujeito ativo, sofrendo de uma

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Falamos de Autores como, RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.* p. 817, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.*, pp. 675 e 676, e, PATTO, Pedro Vaz, “*No cruzamento do direito e da ética*”, Almedina, 2008, p. 304. No mesmo sentido, encontramos o Ac. do TRP de 06/05/2009 e o Ac. do TRE de 07/01/2014, disponíveis, respetivamente, em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e81938e261555601802575b4005112ce?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/0AB242A0191C18A280257DE10056FCF5>. Assumidamente contra, uma vez que “*se estaria a tutelar um interesse demasiado longínquo e incerto*” DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007...*”, *op. cit.* p. 254.

⁵³ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.* p. 818.

parafilia, pratica tais atos agindo sobre impulsos não havendo, habitualmente, qualquer tentativa para continuar a atividade sexual com o estranho.

Sem prejuízo de entendimento diverso, estamos em crer que, atendendo à visão *supra* mencionada, nos deparamos com um certo contrassenso, pois: por um lado, temos que, só poderá haver punição se existir, por parte da vítima, o receio de que se lhe siga a prática de ato sexual mais grave e, por outro lado, que o comportamento exibicionista deveria ser descriminalizado uma vez que, se trata de uma parafilia e, mais das vezes, a pessoa que pratica o ato não terá intenção de prosseguir a atividade sexual com o estranho. Isto é, exige-se a representação de que venha a suceder a prática de um ato sexual mais grave, não bastando o ato exibicionista em si, uma vez que o mesmo não é passível de punição, mas confessa-se que, normalmente, quem pratica tais atos, não tem geralmente vontade de praticar, seguidamente, atos mais gravosos.

Ainda no respeitante à classificação do crime de importunação sexual, na modalidade de atos exibicionistas, cumpre atentar na desconstrução realizada por PEDRO CAEIRO e JOSÉ FIGUEIREDO, que clarificam a razão pela qual este é um verdadeiro crime de dano. Sinteticamente, explicitam estes Autores que, em princípio, os crimes de perigo concreto não são construídos para punir crimes subsequentes, cometidos pelo mesmo agente, contra o mesmo bem jurídico que, eventualmente, se venham a verificar. Esclarecem, de igual forma, que a criação de perigo concreto do cometimento de outro crime, já constitui um ato de execução desse mesmo crime, atento do disposto no art.º 22.º do CP, o que resultaria num total desuso, se esse fosse o caso, do art.º 170.º, pois seria uma norma “*aplicável apenas aos casos em que a tentativa de um certo crime sexual é executada através da importunação por atos exibicionistas, tentativa que, contudo, não é punível por força da moldura penal aplicável ao dito crime*”⁵⁴.

Neste contexto, impõe-se salientar a vigência, entre nós, do instituto da punibilidade da tentativa, previsto no art.º 23.º do CP, pretendendo o legislador, através da antecipação da tutela penal para o terceiro estágio do *iter criminis*, ou pelo menos para estágio anterior à consumação material do delito, punir, *per si*, determinados atos sem que se verifiquem, por qualquer razão, outros – mais graves – que se lhe sigam. Querendo com isto dizer que, se a *ratio legis* do crime de importunação sexual fosse punir determinados atos tendo como intuito impedir a prática de um crime mais grave, v.g. coação sexual ou violação, o mesmo

⁵⁴ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 177.

não teria qualquer utilidade prática, uma vez que os exemplos de factos ilícitos típicos avançados admitem a aplicação do instituto da tentativa, sobretudo, após a Revisão de 2015, que procedeu a um aumento generalizado das penas que lhes são aplicáveis. Além de que, aquando da realização da tarefa legislativa, tendo como propósito a antecipação da tutela penal de um determinado bem jurídico, o legislador, querendo prevenir uma lesão mais intensa do mesmo, constrói, via de regra, crimes de perigo abstrato⁵⁵, ao invés de crimes de perigo concreto.

Posto isto, salvo o devido respeito por doutra opinião diversa, somos em crer que a própria punição do ato exibicionista, tal qual como se apresenta, somente poderá revestir a natureza de um crime de dano. Pois que, o resultado típico será sempre a importunação, a “*perturbação negativa do estado psíquico da vítima na esfera da sua sexualidade, que subordina, como resultado que a lei quer evitar, todas as modalidades de ação*”⁵⁶, e este elemento é suficiente para qualificar todas as modalidades como um crime de dano⁵⁷, visto que, toda a vez que o resultado ocorre, seja porque a vítima é levada a presenciar atos exibicionistas praticados pelo agente, seja porque é constrangida a contactos físicos de natureza sexual e, mais recentemente, a ser destinatário de propostas de teor sexual, contra a sua vontade, a importunação ocorre “*independentemente da verificação de uma perigo concreto do cometimento subsequente de outro crime sexual*”⁵⁸.

Nesta direção surge, igualmente, o Ac. do TRP, de 09/03/2011⁵⁹, que assevera que “*a exigência desse fundado receio da prática subsequente de um acto sexual com a vítima não tem assento na descrição do tipo objectivo do crime do art. 170.º e é manifestamente*

⁵⁵ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁶ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁷ Em sentido concordante, SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado...*”, *op. cit.*, p. 531, afirmando que “*trata-se de um crime de resultado, no sentido em que para além da prática de atos exibicionistas, se exige também que a vítima se sinta importunada*”. Na mesma senda, GARCIA, Miguel / RIO, J.M. Castela, “*Código Penal Parte Geral e Especial...*”, *op. cit.*, p. 813. Assinalando onexo causal que deve existir entre a importunação e a prática do ato exibicionista ou do contacto de natureza sexual, LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.* p. 126.

⁵⁸ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁹ Ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ca4f236737bd44798025785600345f46?OpenDocument>. Ainda, no mesmo sentido, decidiram os Acs. do TRC, de 16/12/2014 e 15/03/2017, disponíveis, respetivamente, em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/53a03a6a806dad7480257c91005b828d?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/75260010e1833c96802580ea0040bb7c?OpenDocument>.

desadequado para a tutela do bem jurídico aqui em causa, por quatro ordens de razão. A primeira é porque o acto exibicionista de cariz sexual é, só por si, um acto de manifestação de sexualidade, que pode ou não ser consentido pela pessoa que o presencia. No primeiro caso é penalmente atípico, mas no segundo já não o é, na medida em que existe a imposição da observação de um acto, o de exhibir-se, a outro que não o deseja presenciar, colidindo, por isso, com a liberdade sexual da pessoa visada. A segunda é porque o consenso nos actos sexuais e a escolha do parceiro sexual, é uma das facetas mais importantes da liberdade sexual e sabido que o relacionamento sexual tem diversas facetas, mas para as quais, em regra, se procura a intimidade e um inultrapassável envolvimento, incluindo a sua visualização, de corpos consentidos e nunca impostos. A terceira é que quando ocorre um puro acto exibicionista de cariz sexual não se segue, em regra, qualquer outro acto sexual adicional com a própria vítima, pelo que aquela exigência acrescentada do perigo de se seguir um acto sexual de relevo ou um acto de cópula ou equiparado, deixaria sem tutela penal a violação do bem jurídico aqui em causa. Por último, tal posicionamento equipara actos exibicionistas a actos preparatórios [21.º Código Penal] dos demais crimes contra a liberdade de autodeterminação sexual, o que são realidades jurídico-penais distintas.”

3.1.2. O problema da parafilia e a, possível, aplicação de sanção criminal

Relativamente à problemática da sanção criminal subjacente a este ilícito típico, na modalidade da prática de atos exibicionistas suscitaram-se sérias dúvidas na Doutrina quanto a aplicabilidade de uma pena de prisão⁶⁰. Dúvidas essas que resultam do facto de alguns Autores considerarem que os agentes do crime são, na realidade, indivíduos portadores de um transtorno do foro psíquico, *id est*, de uma parafilia. Enquanto tal, a ser-lhes aplicável uma sanção pela prática do delito, nunca poderia a mesma constituir uma pena de multa, nem tão-pouco uma pena de prisão, só se podendo equacionar a aplicação de uma medida de segurança ⁶¹.

⁶⁰ Pugnando pela descriminalização da conduta, RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Comentário Conimbricense...”, *op. cit.*, pp. 818 e 819, bem como, DIAS, Maria do Carmo da Silva, “Repercussões da Lei n.º 59/2007...”, *op. cit.*, pp. 253 e 254.

⁶¹ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “Crimes sexuais...”, *op. cit.* p. 134, considerando que “são condutas porventura a necessitarem, mais do que uma pena, um tratamento médico adequado (...) importará por isso atentar na eventualidade de, em casos desta natureza, ser, eventualmente, de aplicar uma medida de segurança, nos termos do art.º 91”.

Neste sentido pronunciou-se VERA LÚCIA RAPOSO, considerando que “a principal origem destes comportamentos reside em parafilias de carácter médico, o desenlace mais proveitoso para estas situações seria a aplicação de uma medida de segurança e não de uma pena”. Acrescenta, ainda, a Autora que “embora o perigo seja usualmente inexistente, já que raramente o sujeito tenciona entrar em contacto sexual com a vítima – também não parece que a pena, ou o direito penal em si mesmo, represente melhor expediente”⁶². Da mesma forma, consideram ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO que “os agentes da prática deste crime são bem mais carecidos de tratamento médico do que merecedores de punição”⁶³.

No nosso entender, não podemos concordar, *ab initio*, com o pensamento de que todo o agente da prática de atos exibicionistas é, necessariamente, portador de uma doença do foro psiquiátrico. Claro está que, verificando-se no caso a existência de enfermidade, que deverá ser em sede própria devidamente comprovada, advogamos que ao agente apenas poderá ser aplicável uma medida de segurança, porquanto o mesmo, for incapaz de, no momento da prática do facto, avaliar da ilicitude da sua conduta, em estrito cumprimento do art.º 20.º do CP.

Da mesma forma, também não podemos aceitar a visão em que se assume que à prática do ato exibicionista não se lhe vai seguir ato sexual posterior, justificando que o sujeito que o pratica, sendo possuidor de uma patologia, em princípio, não o tencionará fazer. Acompanhar este entendimento, seria um retrocesso, porquanto regressaríamos à época da lógica aristotélica, utilizando, *in casu*, um raciocínio lógico-dedutivo que, partindo de premissas erradas, nos apresenta como resultado final, uma conclusão incorreta.

A este respeito, devemos atentar na distinção avançada por ASDRÚBAL DE AGUIAR⁶⁴, que distingue os exibicionistas “patológicos” e os “depravados”, sendo que, para o Autor, no primeiro grupo se inserem indivíduos com uma doença diagnosticada que, enquanto tal, “são em regra totalmente irresponsáveis, ou pelo menos quase totalmente, por serem vítimas dos impulsos irresistíveis da doença”, já no segundo grupo encontraremos indivíduos que executam o ato por depravação ou deboche, sendo que a sua “responsabilidade criminal é incontestável”, desconstruindo o Autor a tese *supra*

⁶² RAPOSO, Vera Lúcia, “Da moralidade à liberdade...” *op. cit.*, p. 951.

⁶³ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Comentário Conimbricense...” *op. cit.* p. 824.

⁶⁴ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “Código Penal Anotado...” *op. cit.*, pp. 531 e 532.

mencionada de que, todos aqueles que praticam atos exibicionistas deveriam receber tratamento médico, só lhes podendo ser aplicada uma medida de segurança. Deixa, assim, demonstrado que há quem pratique o ato por pura perversão, imiscuindo-se na esfera sexual da vítima, contra a sua vontade, não se tratando de impulsos incontrolláveis que na sua origem têm uma anomalia psíquica, que ultrapassa o domínio da vontade do próprio agente.

Assim, a nosso ver, ter-se-á que proceder a uma análise casuística, desde o começo. Primeiramente, para determinar se, atento o circunstancialismo em que foi praticado o ato exibicionista, os pressupostos típicos do crime se encontram preenchidos e, posteriormente, no que a uma eventual condenação diga respeito, analisar se se tratará de um indivíduo inimputável, que age sem culpa sendo o mesmo portador de doença do foro psíquico ou se, pelo contrário, será um indivíduo que, por razões de diversa ordem, que não a existência ou o diagnóstico de uma patologia, praticou o crime. Devendo, só neste momento, estabelecer-se se, em causa, estará a aplicação de uma pena de multa ou prisão ou, por sua vez, a aplicação de uma medida de segurança, nos termos do art.º 91.º do Código Penal.

3.2. O Constrangimento a Contacto de Natureza Sexual

No que concerne à modalidade típica, introduzida com a aprovação da Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, entendeu o legislador que, sempre que a importunação lograsse através de contacto de natureza sexual, que este último teria que ser alcançado “*por meio de constrangimento*”, introduzindo aqui uma exigência, suplementar, que se não reclama nos restantes ilícitos típicos compreendidos no art.º 170.º. Assim temos que, quem importunar outra pessoa, constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Bem sabemos que, a modalidade aqui em análise integra conceitos que encerram em si uma indeterminação considerável, não se tratando, de todo, uma configuração inteligível para o Homem médio, razão pela qual nos empenharemos na tarefa de a clarificar.

Nesta senda, tal como avançam MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO⁶⁵, na análise deste ilícito típico importa começar por atentar em duas questões fulcrais: em

⁶⁵ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.* p. 130.

primeiro lugar, deveremos tentar apreender o que é, afinal, um contacto de natureza sexual (distinguindo-o do ato sexual de relevo) e, seguidamente, descortinar em que se traduzirá o constrangimento a que a norma reivindica.

3.2.1. Categorias de Atos Sexuais com relevância penal

A partir do ano de 2007, passaram a existir no Ordenamento Jurídico Português, três tipos de atos sexuais que podem assumir relevância penal, são eles: 1) o “*ato sexual qualificado*”⁶⁶, “*atos sexuais de especial relevo ou, na designação de FIGUEIREDO DIAS, especiais atos sexuais de relevo*”⁶⁷; 2) O “*simples ato sexual de relevo*”⁶⁸; E, por último, 3) Os “*meros contactos de natureza sexual*”⁶⁹. Estas três categorias estão hierarquizadas, de forma decrescente, tendo em conta a gravidade que aqueles atos representam, *per si*, quando praticados, bem como a lesão que são suscetíveis de provocar no bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, da pessoa que os sofre.

Como bem denota INÊS FERREIRA LEITE, “*uma interpretação do conceito de “acto sexual de relevo” é tanto mais delicada quanto da mesma irá depender a delimitação típica entre o crime de coação sexual e o crime de importunação sexual*”⁷⁰, isto porque o legislador não querendo facilitar a tarefa do intérprete e do julgador, não procedeu à definição de nenhum dos conceitos *supra* mencionados, pese embora, tal determinação assumia vital importância. Ainda assim, na impossibilidade de elencar categoricamente o que caberá em cada um daqueles conceitos, será de alguma conveniência tentar delimitar o que pode ser o ato sexual de relevo e, por sua vez, o que poderá constituir o contacto de natureza sexual a que faz referência o normativo em estudo, sendo certo que, o concreto circunstancialismo em que o ato ilícito é praticado, terá sempre que ser atendido aquando da aferição do preenchimento do tipo⁷¹.

⁶⁶ Nomenclatura utilizada por DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Notas substantivas sobre...*”, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 641.

⁶⁸ DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Notas substantivas sobre...*”, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.* p. 828.

⁷⁰ LEITE, Inês Ferreira, LEITE, Inês Ferreira, “*A tutela penal da liberdade...*”, *op. cit.*, p. 26.

⁷¹ Neste sentido, será interessante notar o Ac. do TRG, de 17/12/2018, disponível em http://www.dgsi.pt/jtrg_nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9bb5ecbd278c3c5180258390003411a8?O=penDocument, que considerou que o atuação do pai que apalpa, por duas vezes, o seio da sua filha de 10 anos, constitui a prática de um ato sexual de relevo e, como tal, o agente pratica um crime de abuso sexual de crianças previsto no art.º 171.º, n.º 1 do CP, agravado nos termos do art.º 177.º, n.º 1, al. a), e não um crime de abuso sexual de crianças na vertente de importunação sexual, previsto no art.º 171.º, n.º 3, al. a) do CP. Afirma-se, para o efeito no Acórdão, que “*o que está em causa nos gestos punidos da sentença recorrida vai para lá dos*

Ora, a respeito do que pode ser o ato sexual do relevo, explica FIGUEIREDO DIAS que, não obstante ser tratar de um tema controverso e discutível, surgem três posições que podem ser defensáveis: uma interpretação objetivista “segundo a qual constitui acto sexual típico aquele que, atenta a sua manifestação externa, revela uma conexão com a sexualidade”⁷²; uma outra conceção mais estrita, que exige a conotação objetiva e subjetiva do conceito “traduzida na intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual, dita também intenção libidinosa”⁷³; uma conceção menos exigente que “defende ser o conceito integrado tanto pela sua aceção objectivista, como subjectivista”⁷⁴, afirmando, ainda, que deve ser conferida prevalência à interpretação objetiva, desconsiderando, neste âmbito, o motivo que levou o agente atuar.

Para o Autor, “acto sexual será assim todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objectivo e segundo uma compreensão natural, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica”⁷⁵. Por outras palavras, mas perfilhando o mesmo entendimento, INÊS FERREIRA LEITE, que sustenta que o ato sexual deve consistir numa “conduta com conotação sexual objetiva (identificável por um observador externo ou que seja abstractamente idónea à satisfação de instintos sexuais) e que seja apta a colocar em causa, de modo grave, a liberdade e autodeterminação sexual, sendo irrelevante saber se tal conduta foi, ou não, acompanhada da intenção de satisfazer os instintos sexuais”⁷⁶. Por conseguinte, FIGUEIREDO DIAS explica-nos também que, na descoberta do que pode configurar o ato sexual de relevo, devemos procurar ter sempre em vista a perspetiva do bem jurídico protegido, isto porque, na verdade, “é, pois, o grau de perigosidade da acção para o bem jurídico que – em função da sua espécie, intensidade ou duração – assume neste contexto valor decisivo”⁷⁷.

conceitos de incómodo ou transtorno típicos da importunação sexual. Não foram simples contactos de natureza sexual. Foram afirmações sem palavras, de um homem que se esqueceu que é pai daquela criança”.

⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, op. cit., 718.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, op. cit., pp. 718 e 719.

⁷⁶ LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade...”, op. cit., p. 25.

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, op. cit. p. 720. A este propósito, acrescenta, ainda, o Autor que “um simples beijo ou a sua tentativa, ou um simples toque nas pernas, nos seios ou nas nádegas de outrem, ou mesmo no sexo – diferentemente do que sucederá em regra com o “beijo lingual”, a “carícia insistente”, o “apalpão” – não integrarão em princípio o conceito típico de acto

Concluimos, desta forma, que o relevo do ato sexual se reflete na habilidade do mesmo para violar o bem jurídico aqui em causa, de forma preponderante. Acresce que, na distinção entre o que é ato sexual de relevo e contacto de natureza sexual, teremos que ter presente para além da espécie de ato que é praticado, a intensidade do mesmo, assim como a sua duração - todas estas condições orientarão a definição típica daqueles atos. *A priori*, poderíamos pensar que o ato sexual de relevo, porque capaz de violentar, significativamente, a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa que é por ele visada, fosse naturalmente identificável, porém, tal como apontado por diversos autores, nem sempre assim é, pois por vezes a fronteira entre estes dois conceitos revela-se muito ténue.

Não obstante a omissão legislativa, fruto do contributo doutrinal resulta que na categoria de ato sexual de especial relevo, por se tratarem atos nitidamente relacionados com a esfera da sexualidade e manifestamente graves, podemos abarcar a cópula, coito anal e oral, a penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo. Por sua vez, serão simples atos sexuais de relevo, aqueles que não possuam a mesma gravidade dos primeiros, mas que, todavia, não configurem meros contactos de natureza sexual.

As dificuldades com que nos deparámos ao tentar estabelecer esta diferenciação, serão exponenciadas quando transpostas para a aplicação ao caso concreto pois, como bem sabemos, a realidade é a mais fértil das imaginações, superando qualquer hipótese teórica que se possa avançar. O aplicador de Direito ver-se-á, muitas das vezes, numa encruzilhada na qualificação do crime quando confrontado com estes conceitos. Porém, apesar da lamentável e retraída configuração do crime, cremos que daí poderá advir algum “proveito”, uma vez que, a importunação sexual por meio de constrangimento a contacto de natureza sexual, poderá funcionar como uma “*safety network*”, uma espécie de rede de segurança (isto se verificados os restantes elementos típicos do crime), pois não configurando o crime de coação sexual, a atuação do agente poderá, em princípio, caber no crime de importunação, não caindo a conduta do agente num vazio punitivo, quando nenhuma outra norma se consiga fazer valer neste domínio. O Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02/05/2016⁷⁸, espelha, de certa forma, aquilo que acabamos de afirmar.

sexual de relevo: tudo o que poderá ficar em aberto em casos tais, se ficar, será, para além do crime geral de coação (art. 154º s.), o tipo legal da importunação sexual sob a forma de “contacto sexual”.

⁷⁸ Ac. disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/F2435124DA3D2B6580257FB00053889F>.

3.2.2. O contacto de natureza sexual, em si mesmo

Atendendo à definição oferecida por ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FILDAGO, constatamos que, com a incriminação, se visa “*punir a prática, por qualquer meio de contactos sexuais com a vítima, contra a sua vontade, que não constituem atos sexuais de relevo*”⁷⁹.

O referido contacto, nas palavras de PINTO DE ALBUQUERQUE, incluirá “*o toque (com objetos ou partes do corpo) da nuca, do pescoço, dos ombros, dos braços, das mãos, do ventre, das costas, das pernas e dos pés das vítimas*”⁸⁰. Porém, já não podemos concordar com o Autor, quando afirma que “*também constitui contacto de natureza sexual a aproximação física de modo a que quase se toquem, incluindo a aproximação frente a frente e da frente do agente às costas da vítima, mas excluindo a aproximação das costas do agente às costas da vítima*”⁸¹.

Apesar de percebermos que a iminência do contacto pode ser, *per si*, apta a importunar a vítima, a verdade é que não se efetivando esse mesmo contacto, não estará preenchido o elemento típico da norma, não configurando, por isso, o crime do art.º 170.º. Aliás, o facto de se exigir que o contacto de natureza sexual efetivamente ocorra, faz deste tipo de crime, um crime de dano, pois que aqui não se tenta antecipar a tutela penal, temendo o perigo da prática de ato sexual mais gravoso, uma vez que o contacto sexual que ocorre é um resultado punível. Por maioria de razão, se o contacto levado a cabo pelo agente não revestir, objetivamente, natureza sexual, como se lhe impõe, também aquela não será uma conduta punível ao abrigo deste tipo de crime.

Desta forma, por um lado, fica afastada a intervenção penal, sempre que exista um acercamento do agente à vítima, mas em que não haja lugar a qualquer contacto físico e, por outro, sempre que ocorra efetivamente um contacto, mas o mesmo não seja de índole sexual.

No tocante ao contacto de natureza sexual referem, ainda, MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO que, não revestindo a natureza de ato sexual de relevo, poder-se-ão

⁷⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.* p. 824; Em sentido concordante com a definição avançada pelas Autoras, SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado...*”, *op. cit.*, p. 534. Sublinhe-se, ainda, que o afastamento do ato sexual de relevo, da incriminação, ficou, desde logo, patente na Exposição de motivos da Lei 98/x, de Outubro de 2006, lei que conduziu à reformulação e renumeração do art.º 170.º.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.* p. 677.

⁸¹ *Ibidem.*

considerar os designados contactos, o vulgar “*apalpão*” ou o “*roçar*” ou *pressionar partes do corpo contra partes do corpo da vítima, por exemplo, nos transportes públicos ou em espaços fechados, que podem consubstanciar uma situação de “froteurismo” (de froter), perturbações que implicam roçar e tocar em sujeito que não consente, habitualmente em lugares com muitas pessoas, fantasiando o agressor relações com as vítimas*”⁸².

Sublinhe-se que, ao nível do tipo subjetivo do ilícito, também aqui é exigido dolo do agente, o que assume preponderante importância, uma vez que acreditamos que a maioria dos contactos que revestem natureza sexual, apesar de não consentidos, não podem configurar uma conduta criminosa, visto que acabam por suceder fortuitamente e/ou porque se não verifica o elemento do constrangimento, como é o caso de “*certo tipo de danças, certo tipo de contactos que ocorrem entre pessoas em espaços lúdicos, em transportes públicos ou em situações de aglomeração de pessoas*”⁸³.

3.2.3. O Constrangimento exigido pelo segmento típico

Como já mencionado, nesta modalidade, o resultado “importunação” terá que ser uma decorrência direta do constrangimento a contacto de natureza sexual, realizado pelo agente. Julgamos que, não estando elencados os meios típicos em que se pode concretizar o referido constrangimento, tal significará que o mesmo poderá revestir qualquer forma e ser ocasionado através de qualquer meio⁸⁴.

Destarte, o constrangimento reclamado pela incriminação “*traduz-se, assim em um acto de coacção imediatamente dirigido à prática de um contacto de natureza sexual*”⁸⁵. O constrangimento representará uma imposição daquele contacto, na esfera sexual, ocorrendo, no fundo, uma ilegítima “*supressão do sentido da vontade da vítima*”⁸⁶, que vê a sua liberdade sexual coartada, por ser compelida a suportar aquele contacto, em suma, a vítima “*não é tida nem achada*”, naquele que é o seu mais íntimo domínio.

⁸² LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, p. 130.

⁸³ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, pp. 130 e 131.

⁸⁴ No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 677, defendendo que “*o constrangimento pode ter lugar por qualquer meio, incluindo pressão física ou psicológica (constrangimento da vítima a suportar tal ação)*”; Assim como, DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007...*”, *op. cit.*, p. 261.

⁸⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.*, p. 828.

⁸⁶ LEITE, Inês Ferreira, “*A tutela penal da liberdade...*”, *op. cit.*, p. 27.

Sob diferente perspectiva, defendem SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, que “a noção de constrangimento trazida pela norma releva como exigência da ocorrência de imposição da vontade do agente, um acto agressivo seu; com efeito, constranger, significar forçar uma pessoa a realizar alguma coisa que a mesma não quer, obrigar, coagir ou impor”⁸⁷. Teremos que discordar com a delimitação do conceito de que os Autores avançam, uma vez que os mesmos apontam que, para a verificação de constrangimento terá que haver um ato agressivo por parte do agente. Ora, a ser assim, a concretização do constrangimento fica reduzida a esse mesmo meio típico – violência, ficando restringido o âmbito punitivo da incriminação, pois toda a vez que o constrangimento suceda de forma distinta, designadamente, através de uma conduta dissimulada do agente, quase calculista, em que a vítima é levada a suportar a conduta, sem uso de violência, não estará preenchido o referido elemento típico.

A este respeito, constatámos que diversos Autores, consideram que haverá preenchimento do elemento típico “constrangimento”, pelo simples facto de o contacto de natureza sexual ser imposto à vítima, pela surpresa⁸⁸. Pois bem, aqui teremos que acompanhar ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, quando afirmam que “a natureza súbita, inesperada ou instantânea do contacto sexual praticado contra a vítima é irrelevante para aferir da tipicidade da conduta. O facto de o contacto de sexual ser súbito, inesperado ou instantâneo não lhe confere imediatamente o carácter de coactivo, mas também não lhe retira necessariamente esse carácter”⁸⁹. Acrescentamos nós que, ainda que a surpresa e instantaneidade do contacto sexual assumam o meio através do qual o agente constrange a vítima, porque suprime o seu sentido de vontade, não estando a mesma à espera de suportar tal ato e, mais das vezes, não tendo sequer tempo para reagir, daí, também não decorre, matematicamente, a importunação da vítima.

Na linha do que vem sendo exposto, não revestirão a natureza de constrangimento, as situações de erro, engano⁹⁰, uma vez que, de acordo com o art.º 16.º do Código Penal, o

⁸⁷ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “Código Penal Anotado...”, *op. cit.*, p. 534.

⁸⁸ Entre os quais, LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade...”, *op. cit.*, p.27, e, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal...”, *op. cit.*, p. 677.

⁸⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Comentário Conimbricense...”, *op. cit.*, p. 828; Em sentido inverso, decidiu o Ac. do TRE, de 15 de Maio de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/7048E451287AF72480257DE10056F86D>, que perfilhou a Doutrina de MARIA DO CARMO SILVA DIAS, considerando que a instantaneidade ou surpresa do contacto afasta, quer a relevância típica desse mesmo contacto, quer a própria existência de constrangimento.

⁹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “Comentário Conimbricense...”, *op. cit.*, p. 828.

dolo de importunar encontrar-se-á excluído. Quanto às manobras arditosas ou fraudulentas⁹¹, a que aludem ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, não conseguimos perceber o seu alcance, isto é, não se concebe o que poderá ser, no contexto da prática de um contacto sexual, uma manobra astuciosa por parte do agente ou uma manobra cuja intenção é enganar a vítima. Parece-nos que, nestes casos, sempre haverá dolo de importunar e, além disso, sempre existirá uma supressão da vontade da vítima, porquanto a mesma estará a ser trapaceada.

3.2.4. Sobre o modo de execução do contacto de natureza sexual

Avulta na Doutrina, que o contacto de natureza sexual tem que ocorrer na vítima, ficando, desta forma, subentendido que o agente irá praticar, ele próprio, o ato sexual, e que, conseqüentemente, a vítima o sofrerá⁹².

Ora, diversamente, MARIA DO CARMO DIAS⁹³, levanta a pertinente questão de saber se com a incriminação estará somente em causa o constrangimento da vítima que pratica ato de natureza sexual no agente ou num terceiro, ou se também se incluirá um constrangimento a auto contacto de natureza sexual, parecendo indicar, que a seu ver, o contacto de natureza sexual vai, afinal, ser praticado pela vítima (e não pelo agente, como os restantes Autores).

Pois bem, tendo por referência o art.º 163.º do CP que, na parte que nos interessa, refere “*constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem*”, parece-nos que não são elencadas todas as hipóteses que podem estar abrangidas nesta modalidade, pois, por um lado, a Doutrina maioritária apenas parece considerar que o contacto de natureza sexual vai ser praticado pelo agente do crime e sofrido pela vítima, por outro lado, MARIA DO CARMO DIAS não faz referência a essa hipótese, referindo, tão-só, a possibilidade de ser a vítima a praticar o designado contacto.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Entendimento perfilhado, designadamente, por SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado...*”, *op. cit.*, p. 534; RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense...*”, *op. cit.*, p. 828; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 677; E, por fim, LEITE, Inês Ferreira, “*A tutela penal da liberdade...*”, *op. cit.*, p. 27.

⁹³ DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007...*”, *op. cit.*, p. 268.

Porém, a nosso ver, a vítima poderá ser constrangida a sofrer o contacto de natureza sexual, praticado pelo agente e, igualmente, constrangida a praticar o contacto, no agente, num terceiro ou, ainda, a realizar um auto contacto, de natureza sexual⁹⁴. Contra este entendimento, temos PINTO DE ALBUQUERQUE que afirma, perentoriamente, que “*não é punível a conduta do agente que leva a vítima a praticar com o agente ou com outrem contacto de natureza sexual*”⁹⁵.

Estamos em crer que, o legislador, apesar da já conhecida ausência de definição dos elementos típicos, ao não fazer menção a constranger outra pessoa a sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, contacto de natureza sexual, à semelhança do que faz nos arts.^{os} 163.º e 164.º do CP, não o fez inocentemente. Até porque quando configurou a modalidade de importunação sexual por meio de ato exibicionistas, fez questão de assinalar que tal ato teria que ocorrer “perante a vítima”, o que deixou claro que o ato exibicionista não pressuporia contacto com a vítima, mas seria praticado diante da mesma. Será plausível pensarmos que, em relação ao contacto de natureza sexual, o legislador simplesmente se esqueceu de concretizar de que forma poderia ser praticado?

Gostamos de pensar que não foi esse o caso. A verdade é que, o facto de, numa mesma incriminação, se encontrarem previstos três ilícitos típicos distintos, não facilita a tarefa de os definir e delimitar apropriadamente. Não obstante, cremos acreditar que foi intenção do legislador englobar todas as formas realizáveis de contacto de natureza sexual. Se pensarmos na aplicabilidade deste segmento, sobretudo quando o ilícito é praticado contra menores (art.º 171.º, n.º 3, alínea a) e art.º 172.º, n.º 2 do CP), fará todo o sentido que o contacto de natureza sexual, que configure a conduta criminosa, não se limite apenas ao contacto que tenha que ser sofrido pela vítima, pois, estes sujeitos passivos poderão, sob constrangimento, ser levados a praticar, eles próprios, o ato, sem aventar qualquer resistência. A inexperiência, a falta de maturidade sexual e a curiosidade, inerente à idade, poderá propiciar que seja a vítima a praticar o contacto no agente, num terceiro ou, até, em si própria, a “pedido” do agente.

Sem prejuízo de errónea interpretação da nossa parte, não acompanhamos a exposição de MARIA DO CARMO DIAS, nesta matéria. Primeiramente, a Autora afirma

⁹⁴ Em sentido concordante, encontramos LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, p. 131, avançando que o “*o constrangimento de que se fala, não implica apenas ‘sofrer’ (v.g. apalpar), mas ser constrangido a praticá-lo no agente ou terceiro (agarrar a mão da vítima para tocar nos seus genitais ou agarrar a vítima para apalpar terceiro) ou em si próprio.*”

⁹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.*, p. 677.

que não cabem no âmbito de proteção da norma situações em que o agente importuna a vítima, constringendo-a à prática de contactos de natureza sexual no agente ou em outrem, sendo que, nesse caso, só poderá punir-se a conduta do agente, com recurso ao art.º 154.º do CP – crime de coação, integrado no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal. Isto significa que, a Autora defende que quando a vítima é importunada a assumir um comportamento sexual ativo, praticando, ela mesmo, o contacto de natureza sexual no agente ou em outrem, estará em causa a sua liberdade de ação e decisão. Não obstante, afirma que ainda consegue compreender a 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*”⁹⁶. Então, o bem jurídico em causa é distinto consoante o sujeito passivo seja menor ou maior de idade?

Consequentemente, excluindo essa hipótese, só sobra o constringimento a contacto sexual na própria vítima (auto contacto), mas a Autora, uma vez mais sustenta que auto contacto está, igualmente, excluído, pois que apenas é crime o “*contacto de natureza sexual entre os sujeitos ativo e passivo (do primeiro no segundo)*”. Mas, neste último caso, também só se pode verificar a existência de um crime de coação do art.º 154.º, se preenchidos os demais elementos do tipo. Acaba, desta forma, por excluir todos as formas de contacto de natureza sexual do âmbito punitivo do 170.º, transferindo-o para o art.º 154.º do CP.

Finalizando, cremos que por mais desafiante que seja a determinação do que é afinal a conduta punível, nesta modalidade, a mesma se resumirá à importunação da vítima, em virtude da existência de contacto de natureza sexual, contacto esse que a vítima pode ser constringida a sofrer ou praticar. Porém, não se tratando de um ato sexual de relevo, sempre deverá estar em causa um contacto que ofenda, objetiva e substancialmente, o bem jurídico em causa, a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa visada.

Sem embargo de anterior dissidência, será de todo o interesse, para averiguar da existência da incriminação, fazer uso das questões colocadas por MARIA DO CARMO SILVA DIAS: “(1) *houve contacto (toque) corporal, físico?* (2) *esse contato tem significado sexual, portanto, é de natureza sexual?* (3) *e é relevante na perspetiva do bem jurídico protegido, isto é, afecta de forma relevante a liberdade sexual da vítima, sem contudo assumir a gravidade do “ato sexual de relevo”?* (4) *o meio utilizado integra o conceito de*

⁹⁶ DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007...*”, *op. cit.*, p. 262.

*constrangimento? (5) essa conduta importunou a vítima?”*⁹⁷. Obtendo-se resposta em sentido afirmativo a todas elas, com certeza, estaremos perante uma conduta punível ao abrigo do art.º 170.º do CP, na modalidade de importunação, por meio de constrangimento a contacto de natureza sexual.

3.3. A Formulação de Propostas de Teor Sexual

3.3.1. O (in)cumprimento da Convenção de Istambul e a sua influência na criminalização das “propostas de teor sexual”

A Convenção de Istambul, enquanto instrumento internacional, assumiu como finalidade a prevenção e abolição dos fenómenos de violência contra as Mulheres e de Violência Doméstica, implementando, para o efeito, um conjunto de medidas a adotar pelos seus signatários. Portugal, foi o primeiro Estado-Membro da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul⁹⁸, que passou a vigorar no Ordenamento Jurídico Português, a 1 de Agosto de 2014. Como decorrência direta daquela, procedeu-se à trigésima oitava alteração ao Código Penal, operada pela Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, que teve como contributos significativos a autonomização do crime de mutilação genital feminina (art.º 144.º-A), a criação dos crime de perseguição (art.º 154.º-A) e casamento forçado (art.º 154.º-B) e, alteração da redação dos crimes de violação (art.º 164.º), coação sexual (art.º 163.º) e, por fim, de importunação sexual (art.º 170.º).

Neste âmbito, importa-nos analisar o desiderato que esteve na base da alteração do crime do art.º 170.º do CP, aditando-lhe a modalidade de importunação sexual por meio da “formulação de propostas de teor sexual”. Assim, atentemos no art.º 40.º da Convenção de Istambul, com a epígrafe “assédio sexual”, que dispõe o seguinte: “*As Partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar que qualquer conduta indesejada verbal, não-verbal ou física, de carácter sexual, tendo como objectivo violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando esta conduta cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo, seja objecto de sanções penais ou outras sanções legais.*”

⁹⁷ DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007 ...*”, *op. cit.*, p. 268.

⁹⁸ A Convenção de Istambul foi aprovada por Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013 de 14 de Dezembro de 2012, ratificado por Decreto da Presidência da República n.º 13/2013, de 21 de Janeiro de 2013.

Para melhor compreensão do *supra* mencionado normativo, o *Explanatory Report*⁹⁹ veio clarificar a disposição comunitária. Tendo por referência o mesmo, PINTO DE ALBUQUERQUE, oferece a seguinte tradução: “o relatório explicativo no seu parágrafo 208.º, refere os três tipos de conduta cobertos pela disposição: a conduta de natureza sexual verbal, não verbal e física não querida (...) A conduta verbal refere-se a palavras ou sons exprimidos ou comunicados pelo agente, tais como piadas, questões, considerações e podem ser exprimidas oralmente ou por escrito (...) A conduta não-verbal cobre quaisquer expressões ou comunicações do agente que não envolvam palavras ou sons, como, por exemplo, expressões faciais, movimentos com as mãos ou símbolos (...) A conduta física refere-se a qualquer comportamento sexual do agente e pode incluir situações que envolvam contacto com o corpo da vítima (...) Estas condutas não devem ser queridas pela vítima, isto é, devem ser impostas pelo agente (...) e devem ter o propósito ou o efeito de violar a dignidade da vítima (...) como sucede quando a conduta em causa cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo (...) A disposição visa uma modelo de comportamento cujos elementos individuais, se tomados isoladamente, podem não ser puníveis. Tipicamente, estas condutas têm lugar no contexto de abuso de poder, promessa de recompensa, ameaça de represália”¹⁰⁰.

Primeiramente, resulta claro do exposto que a execução das medidas previstas na Convenção de Istambul ficou atribuída ao livre arbítrio do Estado-Membro signatário ou, mais propriamente, do legislador nacional, porquanto não se prevê no art.º 40.º da mesma, uma obrigatoriedade de criminalização, mas antes de adoção de medidas necessárias para abolição dos fenómenos já mencionados.

É consabido que a criminalização de qualquer conduta deve sempre obedecer aos diversos mandamentos constitucionais consagrados, sendo que na tarefa de transposição de um normativo, para além de ter que se observar aqueles, o legislador não poderá descurar, claro está, a *ratio legis* ínsita à norma comunitária. O que, vertendo-nos para o art.º 40.º da Convenção de Istambul e, posteriormente para o art.º 170.º do CP, cremos que não sucedeu, uma vez que legislador, à semelhança do que já havia feito nas restantes modalidades, furtou-

⁹⁹ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe Treaty Series - No. 210, p. 35, disponível para download em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0109&from=EN>*

¹⁰⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal...”, *op. cit.*, p. 642.

se à configuração típica da norma, ficando em aberto a conduta que se pretendia, verdadeiramente, criminalizar.

Talvez não possamos afirmar que existe, rigorosamente, um incumprimento nacional, face àquilo que a Convenção de Istambul dispôs. Não obstante, também não podemos asseverar a exatidão e fidelidade ao texto comunitário.

A nosso ver, o legislador usou da faculdade discricionária que lhe é conferida para a adoção de medidas, tendo tomado a iniciativa de criminalizar, sem, contudo, se preocupar sobre o que resultaria, a final, dessa incriminação como conduta punível. Até porque suprimiu um segmento integrante da norma comunitária que, do nosso ponto de vista, assume fundamental importância na delimitação do âmbito punitivo, uma vez que, atendendo ao disposto na Convenção de Istambul, o que se pretende erradicar são os comportamentos indesejados de natureza sexual, cujo propósito seja “*violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo*”.

3.3.2. Propostas de teor sexual: conceptualização

Das três modalidades abarcadas pelo tipo legal previsto no art.º 170.º, talvez esta seja a que, socialmente, assumiu maior repercussão, fruto da atuação dos órgãos de comunicação social que, com a entrada em vigor da Lei n.º 83/2015, prontamente apregoaram que o vulgar “piropo” passaria a ser uma conduta criminalizada, provocando na Comunidade uma certa conturbação e, até, indignação, não vivêssemos nós numa realidade em que o designado comportamento constitui prática reiterada, comunitariamente aceite. Sem prejuízo da confusão social promovida pelos media, que já nos acostumaram à sua atuação sensacionalista que menospreza a busca pela verdade, uma vez mais, a obscuridade da tipificação ou a ausência de definição daquilo que são, afinal, as propostas de teor sexual, contribuíram para esse mesmo fenómeno, pecando novamente o legislador à semelhança do que sucede nas restantes incriminações do art.º 170.º.

Nesta senda, cumpre averiguar quais as condutas que podem ser subsumidas ao crime de importunação sexual, por meio de “formulação de propostas de teor sexual”, fazendo-nos valer, de novo, do contributo da Doutrina, para a delimitação do conceito e da sua aplicabilidade.

Em primeira análise, este ilícito típico, tal qual as restantes modalidades, exige o resultado de importunação da vítima, logo, quaisquer que venham a ser as condutas potencialmente integradoras do mesmo, se a vítima não se sentir importunada, não existirá consumação do crime. O mesmo sucederá, se proposta realizada pelo agente não notabilizar caráter sexual.

Por outro lado, a letra da lei reivindica, para a punibilidade da conduta, a formulação de uma proposta, por parte do agente. Assim, terá sempre que existir uma sugestão, uma invitation, um desejo, à prática de determinado facto, *in casu*, um ato sexual, esperando-se uma resposta do interlocutor passivo¹⁰¹. Resulta, deste modo, a exclusão do âmbito típico da incriminação, do corriqueiro “*piropo*”¹⁰², enquanto palavra ou frase que dirigida a determinada pessoa, como forma de galanteio e demonstração de atração (sexual) pela mesma, das “*meras conversas de cariz sexual*”¹⁰³, das “*meras grosserias*”¹⁰⁴, provocações inócuas ou, simplesmente, fenómenos de má-educação e impolidez, ainda que envoltos de um teor sexual, mas que não sejam, contudo, objetivamente identificáveis com aquilo que é uma proposta¹⁰⁵.

PINTO DE ALBUQUERQUE, salienta que “*a formulação de propostas de teor sexual inclui piadas, questões, considerações, exprimidas oralmente ou por escrito, bem como expressões ou comunicações do agente que não envolvam palavras ou sons, como por exemplo, expressões faciais, movimentos com as mãos ou símbolos*”¹⁰⁶. Sem prejuízo do respeito devido pelo douto entendimento e apesar desta leitura ser congruente com o que é firmado no relatório explicativo da Convenção, não vislumbramos de que forma poderá uma

¹⁰¹ Entendeu o Ac. do TRL de 12/01/2021, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cc3b4a754ded0a48025866900412010?OpenDocument>, que a pessoa que aborda fisicamente uma mulher que, desde logo, rejeita essa aproximação de que está a ser alvo e, de seguida, lhe diz que “*quer uma quequinha*”, tem uma atuação que só pode ser entendida, no mínimo, como uma proposta de teor sexual. Neste seguimento, afirma-se no Ac. que “*A recorrente foi ofendida na sua liberdade sexual, que foi manifesta e claramente importunada pelo arguido. A recorrente foi importunada porque teve que se confrontar com uma abordagem de natureza sexual, para a prática de actos de extrema intimidade, sem qualquer solicitação e fora de um âmbito de adequação social.*”

¹⁰² Na mesma senda, SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado...*”, *op. cit.*, p.533. Assim, como, LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰³ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁴ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰⁵ Acrescentam, CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 187, “*esses atos comunicativos podem integrar outros crimes – como sempre sucedeu – se se verificarem os respectivos elementos típicos, em particular, o crime de Injúria*”.

¹⁰⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal...*”, *op. cit.*, pp. 676 e 677.

piada, enquanto “dizer engraçado” ou “anedota”, ou uma simples consideração, revestir, formalmente, uma proposta.

No que concerne, à forma de materialização da referida proposta, acompanhamos a visão de MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO, quando sustentam que a mesma “*pode assumir forma verbal, gestual, escrita ou qualquer outra forma de comunicação que não implique contacto físico*”¹⁰⁷. Porém, já não podemos subscrever estes Autores, quando afirmam que a “*configuração típica do ato deve, por isso sustentar-se na utilização de um tipo de linguagem (ou outra forma de expressão) baixa, ostensivamente sexual, rude*”¹⁰⁸, pois, estamos em crer que, embora o resultado importunação que a norma reclama se possa verificar, de forma mais imediata, na maioria das vítimas, com a utilização de um tipo de linguagem grosseira e/ou ordinária, tal exigência não decorre do tipo legal. Além do mais, nos dias de hoje, no seio de uma comunidade mais instruída, mais consciente do seu discurso, as aludidas propostas podem ser formuladas de forma mais engenhosa, com recurso a uma linguagem erudita e, ainda assim, ter aptidão para ferir a liberdade da vítima no âmbito sexual sem que ninguém ao redor, sequer, se aperceba.

Por conseguinte, a proposta de teor sexual residirá na comunicação de uma mensagem, sexualizada, que assume a estrutura formal de uma proposta, enquanto convite para a prática, passiva ou ativa, de atos sexuais¹⁰⁹. Desta forma, pode assumir relevância típica “*a proposta escrita num papel que o agente entrega ou exhibe a outra pessoa, bem como a mensagem enviada pelo correio ou por meios de comunicação à distância*”¹¹⁰, sublinhe-se, a frequência e facilidade com que, tais propostas, são veiculadas com a acessibilidade que hodiernamente existe aos meios informáticos e, sobretudo, às redes sociais. De modo idêntico, os “*gestos, (nomeadamente, as expressões faciais, os gestos manuais e os movimentos do corpo) também se mostram idóneos para formular propostas de teor sexual, bem como as representações gráficas (desenhos, fotografias, filmes, etc.*”¹¹¹.

3.3.3. Crime de Dano ou Crime de Perigo?

¹⁰⁷ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, 131.

¹⁰⁸ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, p. 132.

¹⁰⁹ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 186.

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Ibidem.*

Uma vez mais, também na modalidade em apreço¹¹², se levanta a questão de saber se, ao nível da lesão do bem jurídico, este será um crime de dano ou um crime de perigo. MOURAZ LOPES e TIAGO MILHEIRO avançam, a este propósito, que “*esta modalidade funciona como um crime de perigo abstrato para condutas mais gravosas, já que esse convite demonstra alguma perigosidade para a consumação do crime contra a liberdade e autodeterminação sexual mais gravoso*”¹¹³.

No mesmo sentido, alegam, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, que com trecho introduzido em 2015, se reforça a “*tese do perigo de que à importunação se siga a prática de um ato sexual ofensivo da liberdade e autodeterminação sexual. O aditamento concorre para desincentivar atos posteriores de assédio sexual, que a Convenção de Istambul encara como uma forma de discriminação contra as mulheres.*”¹¹⁴.

Reiteramos a nossa posição de que este é um crime de dano e não um crime de perigo, com aproveitamento das considerações já tecidas a respeito da modalidade de importunação sexual através da prática de atos exibicionistas. Em conformidade, não é a prática do cometimento, potencial, de atos sexuais ulteriores, necessariamente mais gravosos que se visa criminalizar, mas antes a lesão do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, que se verifica quando a vítima é confrontada com a designada proposta. Bem ou mal, a opção do legislador, tendo em vista o proclamado no art.º 40.º da Convenção de Istambul, foi a de criminalizar, *per si*, a conduta verbal ou não-verbal, indesejada – que configura uma das condutas previstas, naquele normativo, sob a epígrafe de assédio sexual - que tenha como objetivo violar a dignidade da pessoa, conseqüentemente, essa atuação, isoladamente, constitui já objeto de sanção penal. Desta feita, não podemos exigir ao tipo, aquilo que a norma matricial não exige, sob pena de tal interpretação desvirtuar aquilo que foi, comunitariamente, convencionado.

3.3.4. Quais as hipóteses práticas que configuram crime?

¹¹² Diferentemente, estamos em crer que, relativamente à modalidade de importunação sexual por meio de constrangimento a contacto de natureza sexual, não existe a mesma pertinência sobre a questão de saber se aquele ilícito constitui um crime de dano ou de perigo, uma vez que, tal modalidade pressupondo a existência de um contacto sexual efetivo, classifica a incriminação, seguramente, como um crime de dano, quanto a lesão do bem jurídico. Tudo isto sem prejuízo da defensabilidade da criminalização da modalidade, porquanto a mesma não implica a existência um ato sexual de relevo.

¹¹³ LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais...*”, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁴ GARCIA, Miguel / RIO, J.M. Castela, “*Código Penal Parte Geral e Especial...*”, *op. cit.*, p. 814.

Embora traçadas as linhas gerais sobre aquilo em que consiste a proposta de teor sexual e a forma que a mesma pode revestir é, ainda, necessário tentar descortinar as hipóteses práticas que devem caber no âmbito criminoso. Fazendo-nos valer, uma vez mais, da douta opinião de PEDRO CAEIRO e JOSÉ FIGUEIREDO, no que respeita à importunação sexual, por meio de formulação de propostas de teor sexual, entre adultos, na busca do que poderá revestir a ação típica, teremos que atentar nas doutrinas do risco permitido e da adequação¹¹⁵.

Como já referido, o indivíduo, enquanto titular do bem jurídico, deverá ter consciência que o exercício da sua liberdade e autodeterminação sexual, apesar de dever ser um exercício livre, poderá entrar em colisão, quando colocado em confronto, com a liberdade de outrem. No que à proteção desse bem jurídico, através da intervenção penal, diz respeito poderão ser determinadas certas barreiras, porém, as mesmas devem ser concebidas com contenção, sob pena de sacrificar, de forma desmedida, a liberdade de uns, em detrimento da liberdade de outros.

Tomando em consideração o sobredito, os Autores explicam-nos que certas propostas de teor sexual são formuladas ao abrigo, legítimo, da liberdade sexual positiva do proponente e, por esse motivo, integram o âmbito do risco permitido, não podendo tais propostas constituir a conduta punível. Note-se que, quando aqui se fala do risco, trata-se de um risco juridicamente permitido que, pelo facto de o ser, não concorre para produção do resultado típico, a importunação do visado com a proposta de teor sexual.

Ora, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “*o resultado só deve ser imputável à ação quando esta tenha criado (ou aumentado, ou incrementado) um risco proibido para o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito e esse risco se tenha materializado no resultado típico*”¹¹⁶. Assim, deverão ser criminalizadas as propostas de teor sexual que, por fatores múltiplos, deixam de integrar o âmbito do risco permitido, introduzindo-se, ilegitimamente, na zona do risco proibido, sempre que corporizem o resultado de importunação da vítima.

Essa transição ocorre, de acordo com PEDRO CAEIRO e JOSÉ FIGUEIREDO, quando tais propostas são formuladas com “*abuso da liberdade sexual positiva do proponente*”¹¹⁷, e quando a proposta ocorre num circunstancialismo muito próprio em que a

¹¹⁵ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal, Parte Geral...*”, *op. cit.*, p. 387.

¹¹⁷ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 191.

vítima tem “*uma pretensão legítima de não ser sexualizada*”¹¹⁸, v.g. relação profissional, laboral ou familiar.

Como bem assinalam os Autores, para que a designada proposta caiba no âmbito típico do art.º 170.º, a mesma terá que ser formulada sem constrangimento da vítima pois, se assim não for, pela via da cláusula de subsidiariedade revestirá, em princípio, uma tentativa do crime de coação sexual (p.e.p. art.º 163.º, n.º 2 do CP). Daqui resulta que, o cerceamento ou a restrição à liberdade sexual da vítima ocorre, por consequência das circunstâncias em que a mesma é formulada, bem como, pelo facto de a vítima não poder reagir de forma desafrentada à proposta que lhe é dirigida, seja porque, dado o contexto, receia possíveis represálias que dali advirão (v.g. interpretação errada por parte do proponente, no sentido da sua aceitação), seja porque era tão inesperado que a fosse receber que não consegue reagir¹¹⁹.

Será interessante notar que, existe uma correspondência bastante exata entre o que foi apontado como o cenário em que a vítima detém legítima pretensão a não ser sexualizada e os fundamentos previstos no art.º 177.º do CP, para a agravação das penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º. Deste modo, se é certo que “*se existe uma relação pessoal entre agente e vítima em moldes, essa relação e o seu tipo não pode deixar de ser considerado a par da proposta formulada e o contexto em que o foi, para se concluir pela punibilidade da conduta*”¹²⁰, tal faz-nos questionar se, sempre que tais propostas sejam formuladas, em contornos familiares ou em cenário de dependência hierárquica ou laboral, deverá, conseqüentemente, haver lugar a agravação.

No que concerne às propostas de teor sexual dirigidas a menores, atenta a faixa etária e à, presumível, falta de maturação do menor, encontrando-se aquele num processo de desenvolvimento da personalidade, quando formuladas constituirão um abuso da liberdade sexual positiva do proponente, em termos que justificam a sua punibilidade.

Rematando, perfilhamos o duto entendimento de PEDRO CAEIRO e JOSÉ FIGUEIREDO, quando afirmam que a conduta só será típica quando existir a formulação de uma verdadeira proposta, quando a mesma for apta a importunar o destinatário, quando a vítima se sinta, efetivamente, importunada e quando a proposta seja formulada com abuso da liberdade sexual positiva do proponente, penetrando a zona do risco proibido. Porém,

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Apontam, como caso paradigmático o do “*cliente que, num restaurante ou hotel, formula propostas de teor sexual ao/à funcionário/a que o/a atende*” - CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 192.

¹²⁰ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado...*”, *op. cit.*, 533.

temos dúvidas quanto à exigência que os Autores fazem, da mencionada proposta ter de se destinar à prática de atos sexuais de relevo.

Naturalmente, advogando estes Autores a ilegitimidade da incriminação quando em causa está a modalidade de constrangimento a contacto de natureza sexual – considerando aqueles tratar-se de uma conduta carecida de dignidade penal¹²¹, porquanto os designados contactos não assumem a gravidade de um ato sexual de relevo – é lógico que, também a proposta para a prática de atos que não constituam atos sexuais de relevo, não será para os mesmos “*idónea a causar uma perturbação da liberdade sexual digna de reação penal*”¹²².

Não obstante, não pretendemos aqui aferir da dignidade penal da modalidade em apreço e da, conseqüente, violação dos princípios norteadores do Direito Penal, como são o princípio da legalidade, da tipicidade e, ainda, o princípio da necessidade da tutela penal. Apenas estamos em crer que, na análise do que pode ser a ação típica de formulação de propostas de teor sexual, não se deveria, *ad inicum*, excluir a tipicidade de uma proposta que, porventura, vise a prática de contactos de natureza sexual, sob pena de se poder estar a interpretar restritivamente a incriminação.

Neste âmbito, afigura-se-nos claro que teremos de proceder a uma avaliação casuística. Pelo que, não olvidando o elemento subjetivo e resultado típico – a importunação da vítima – sempre se poderá equacionar se a proposta para a prática de meros contactos sexuais (que importune a vítima) pode lesar, *per si*, o bem jurídico em apreço e se, conseqüentemente, pode reclamar a intervenção penal. A título de exemplo, imaginemos A, pessoa do sexo feminino (que tenha sido anteriormente vítima de uma violação), é abordada por alguém no seu local de trabalho, que lhe dirige uma proposta, verbal ou não, para a prática de atos sexuais, como seja um apalpaço ou roçar do corpo do agente na vítima. Aquela proposta, naquele caso particular, em que a vítima vivenciou já uma experiência e lesão mais gravosa e marcante, poderá ser, potencialmente, apta a ferir a sua liberdade sexual. Pensemos agora na hipótese de B, homem de família, com mulher e filhos, que é funcionário de um bar, sendo que no decurso do seu trabalho, com caráter regular, dada a sua aparência atrativa, recebe propostas para a prática de contactos de natureza sexual (propostas sérias, no sentido em que os proponentes acreditam que com aquela pessoa há uma probabilidade de aceitação da proposta) que podem, inclusivamente, ser acompanhadas de contactos de natureza sexual,

¹²¹ CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 181.

¹²² CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam...*”, *op. cit.*, p. 197.

v.g. apalpões. Neste cenário, não poderá a reiteração das propostas, para a prática de atos que não constituam atos sexuais de relevo, ser apta a ferir o bem jurídico da liberdade sexual?

Sabemos que as hipóteses avançadas revestem um caráter exacerbado, mas apenas gostaríamos de demonstrar que, estando em causa um resultado típico – importunação – que encerra em si uma imensa carga subjetiva, talvez não se deva assumir, de imediato, que as propostas para a prática atos sexuais que não são de relevo, constitua uma conduta excluída. E, uma vez que, para preenchimento do crime terão que estar verificados quer os elementos objetivos, quer os elementos subjetivos, parece-nos que limitar estas propostas à prática de atos sexuais de relevo, excluindo desde início os contactos de natureza sexual, sem sequer olhar, posteriormente, à verificação do elemento subjetivo, poderá ser precipitado. Acrescentamos ainda a nota de que, a letra da lei não faz qualquer referência aos atos sexuais que devem revestir o teor da proposta. Da mesma maneira, da leitura que fazemos do art.º 40.º da Convenção de Istambul, assim como do relatório explicativo, não nos parece resultar essa obrigação.

3.3.5. Crime de Injúria - alternativa plenamente válida e eficaz?

Como vimos, o art.º 40.º da Convenção de Istambul incumbiu os seus Estados Signatários de tomarem medidas para “*assegurar que qualquer conduta indesejada verbal, não-verbal ou física, de carácter sexual, tendo como objectivo violar a dignidade de uma pessoa*” fosse alvo de uma sanção de uma qualquer natureza (v.g. contraordenacional ou criminal).

Posto isto, poder-se-ia equacionar se o crime de injúria, p.e.p. pelo art.º 181.º do CP, crime que se situa no Capítulo VI - “Dos crimes contra a honra”, poderia constituir uma alternativa válida e eficaz à criminalização que se operou, por via da “formulação de propostas de teor sexual”.

Ora, no crime de injúria visa-se proteger “*a dignidade individual do cidadão, expressa no respeito pela honra e consideração que lhe são devidas*”¹²³, sendo que este delito exige, para a sua verificação, que a conduta seja “*endereçada ao próprio ofendido e*

¹²³ SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado...*”, *op. cit.*, p. 623.

na sua presença”¹²⁴. Atentando a estas notas, nada parece obstar à solução alternativa avançada, pois também aqui se visa tutelar a “*dignidade de uma pessoa*” humana.

Contudo, ainda que se possa aceitar que, quando alguém é alvo de uma proposta com conotação sexual, se possa sentir, subjetivamente, ofendido na sua honra, considerando que a mesma, porque despropositada e insultuosa, constitui uma afronta à sua pessoa e dignidade, não podemos deixar de nos nortear pelo pensamento comunitário que visou, precisamente, proteger o bem jurídico de liberdade e autodeterminação sexual, que embora constituindo um bem jurídico *supra* individual, em muito se distingue do que é tutelado pelo crime de injúria (e, também pelo crime de difamação, p. e p. pelo art.º 180.º do CP), a honra e consideração.

Desta forma, atenta a distinção e diferenciação notórias entre os bens jurídicos acima mencionados, somos de rejeitar que o crime de injúria, p.e.p. pelo art.º 181.º do CP, tal como se encontra previsto no nosso Ordenamento Jurídico, seja apto a tutelar o que o art.º 40.º da Convenção pretende proteger.

4. A (in)constitucionalidade do tipo legal de crime, nas diversas modalidades de ação

A norma prevista no art.º 170.º do Código Penal, foi já objeto de um pedido de fiscalização de constitucionalidade, quando integrava apenas as modalidades de importunação sexual através da prática, perante a vítima, de atos exibicionistas e através de constrangimento a contacto de natureza sexual, redação vigente até ao ano de 2015. Pronunciou-se o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 105/2013, de 20 de Fevereiro¹²⁵, no sentido da inexistência de violação de qualquer parâmetro constitucional pela norma do art.º 170.º, no respeitante ao segmento de importunação sexual através de constrangimento a contacto de natureza sexual, que no caso mereceu a sua atenção, tendo sido julgado improcedente o recurso interposto naquela instância, ficando, desta forma, atestada a constitucionalidade, de tal modalidade, pelo mais ilustre Tribunal do Sistema Judiciário Português.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Ac. disponível para consulta em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130105.html>.

A averiguação da constitucionalidade da incriminação tem que ser forçosamente convocada por nós, quer porque nela culmina o trabalho que nos propusemos apresentar, quer porque as razões avançadas pelo Tribunal Constitucional para pugnar pela validade do art.º 170.º do CP foram alvo de profunda crítica pela Doutrina¹²⁶, quer, por último, pela razão de não ter sido visada a modalidade de importunação através de atos exibicionistas, nem a modalidade de formulação de propostas de teor sexual (inexistente à data do Ac. do TC n.º 105/2013).

Assim, em consonância com o que se pretendeu ver sindicado naquele recurso, revisitaremos o postulado princípio da tipicidade, enquanto decorrência imperativa do princípio da legalidade, e, ainda, o princípio da necessidade da tutela penal, procurando descortinar se o art.º 170.º, na redação atualmente vigente, se encontra ou não ferido de inconstitucionalidade por violação daqueles. Importa sublinhar que as considerações por nós tecidas neste âmbito, serão transversais às três modalidades previstas no normativo em apreço, embora tenhamos como referente o Ac. do TC e as críticas apostas ao mesmo, que recaem apenas sobre o ilícito de importunação por meio de constrangimento à prática de contacto de natureza sexual.

Ora, uma das questões suscitadas no *supra* referido Acórdão, foi, como dissemos, a violação do princípio da legalidade (art.º 29.º CRP), em especial, do princípio da tipicidade que o integra, pois que não pode haver crime nem pena, que não resulte de *lex scripta, stricta, proevia et coerta*. Neste sentido, cumpre atentar nos ensinamentos de TAIPA DE CARVALHO, que nos explica que por detrás da exigência de determinabilidade ou tipicidade da lei, subsiste uma razão jurídico-política, sustentando o Autor que o “*corolário nuclear da função de garantia jurídico-política do cidadão frente ao poder punitivo estatal é a exigência feita ao legislador penal de que, na criação da lei penal, descreva o facto punível da forma o mais possível precisa. É necessário e constitucionalmente imposto que a conduta qualificada como crime seja objetivamente determinável pelos destinatários da norma penal, os cidadãos, em primeiro lugar e o julgador, no segundo momento da aplicação da lei penal*”¹²⁷. Deste modo, encontrando-se o Estado e o seu manto punitivo numa relação de natural supremacia em relação ao comum dos cidadãos, a única forma que

¹²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda, “*sobre o crime de importunação sexual*” – Anotação ao Acórdão de 20 de Fevereiro de 2013 do Tribunal Constitucional, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 143.º, n.º 3987, Coimbra Editora, Julho-Agosto de 2014, pp. 430 a 443.

¹²⁷ CARVALHO, Américo Taipa de, “*Direito Penal Parte Geral...*”, *op. cit.*, pp. 171 e 172.

existe de conferir a estes proteção e defesa contra a discricionariedade, opressão e abuso de poder do primeiro, é através da definição e delimitação exaustiva daquilo que é a conduta punível no direito criminal.

Neste conspecto, o Autor assinala, ainda, uma razão político-criminal, que assume uma função preventiva, uma vez que *“visando a lei penal prevenir a prática de condutas lesivas ou suscetíveis de lesar os valores fundamentais para a vida da pessoa e comunitária, através da motivação e dissuasão da prática de tais condutas, então a lei penal deve caracterizar estas condutas de modo a que não haja dúvidas sobre a “matéria da proibição”, isto é, sobre os factos que constituem crime”*¹²⁸, pois que se os cidadãos são obrigados a nortear a sua conduta de acordo com a lei, o mínimo que se lhes deve ser oferecido é clareza na mesma, para que possam apreender o propósito de tal censura, e para que se determinem perante a mesma, não atuando em erro ou sob desconhecimento.

Por sua vez, FIGUEIREDO DIAS, acrescenta, a este propósito, a ressalva de que ainda que seja inevitável a utilização de conceitos vagos e de alguma forma dúbios, o que importa, a final, é que dessa utilização não decorra uma indeterminabilidade objetiva das condutas punitivas e dos demais elementos de punibilidade *“sob pena de violação irremissível, neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística”*¹²⁹.

Tudo o que se acaba de afirmar foi enunciado, similarmente, pelo ilustre TC que, após recorrer aos contributos da Doutrina para densificação das ações enquadráveis na modalidade de constrangimento a contacto sexual, concluiu que o princípio da legalidade criminal não se mostra violado com a incriminação, pois considerou não existir dúvida quanto à definição dos elementos da infração, afirmando que, pese embora, *“possa existir um certo grau de indeterminação no que respeito aos meios pelos quais pode ser exercido o constrangimento e incómodo da vítima, a descrição dos comportamentos tipificados encontra-se formulada de maneira, tanto quanto é possível, precisa e clara”*¹³⁰. Melhor concretizou, afirmando que *“apesar do uso de conceitos como “constrangimento”, “importunar”, ou “contacto de natureza sexual” sem especificação dos concretos meios utilizados nesse contacto, é possível extrair, quanto mais não seja, do conjunto da*

¹²⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, *“Direito Penal Parte Geral...”*, op. cit., p. 172.

¹²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *“Direito Penal, Parte Geral...”*, op. cit., p. 213.

¹³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, *“sobre o crime de importunação...”*, op. cit., p. 427.

regulamentação típica da matéria dos crimes sexuais, a delimitação da área de proteção e dos comportamentos típicos abrangidos pela norma”¹³¹.

Na esteira de pensamento de ANABELA RODRIGUES, julgamos desrazoável tentar suprir e compensar a falta de definição e concretização típica da norma, com a invocação do conjunto da regulamentação típica da matéria dos crimes sexuais e afirmar veemente que, através dessa “consulta” o cidadão já poderá orientar a sua conduta, pois “*com alguma ironia sempre se poderia dizer que, para poderem orientar a sua conduta de acordo com o «juízo de censura penal», os cidadãos teriam de conhecer uma parcela do Código Penal!*”¹³².

Em face do exposto, estamos em crer que, contrariamente ao entendimento do TC e às justificações avançadas para o efeito o art.º 170.º do CP, na sua redação atual, constitui uma violação flagrante do princípio da legalidade consagrado constitucionalmente (art.º 29.º da CRP), em especial, do princípio da tipicidade. Ao longo da nossa exposição fomos, inclusivamente, sublinhando as dúvidas e dificuldades interpretativas que nos surgiram no escrutínio de cada uma das modalidades do crime, com que o Julgador certamente também se depara, em virtude da omissiva configuração típica e da utilização de conceitos vagos e indeterminados pelo legislador. É manifesto que o presente normativo não se afigura inteligível aos seus destinatários, já que em nenhuma das modalidades se pode apontar, indubitavelmente, qual o comportamento punível. cremos que da tipificação legal vigente, resulta uma indeterminabilidade objetiva da conduta punitiva, uma insuficiência e inexactidão na tipificação legal do crime, só se podendo concluir, deste modo, pela violação da necessidade de descrição e determinação exigida pelos mais elementares princípios constitucionais, *supra* aludidos, que redundam na inconstitucionalidade material do art.º 170.º do CP¹³³.

Uma outra questão abordada no Acórdão, que também aqui deve ser visada, prende-se com a violação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, enquanto direito de

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² RODRIGUES, Anabela Miranda, “*sobre o crime de importunação...*”, *op. cit.*, p. 435.

¹³³ Em sentido discordante, dispõe LEITE, André Lamas – “*As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas*”, *Revista JULGAR*, N.º 28.º, Coimbra Editora, 2016, p. 65, afirmando “*que não se exorbitou o critério crítico da legitimação material de todo o Direito Penal, pelo que a norma se justifica político-criminalmente, o que não significa que os termos latos em que o legislador se expressou não venham a colocar ao intérprete dificuldades hermenêuticas de não pena monta. Todavia, nada apto a vulnerar os componentes do princípio da legalidade ou outras travesmeiras da intervenção do nosso ramo de Direito*”.

ultima ratio, considerando o recorrente que o constrangimento a contacto de natureza sexual consubstancia uma conduta não merecedora de tutela penal, sem o mínimo de dignidade penal, afirmando a existência de confusão entre a necessidade de intervenção do direito penal com a moral e os bons costumes, pugnando, conseqüentemente, pela violação do princípio da proporcionalidade e necessidade da intervenção penal.

O TC, na abordagem desta matéria, considerou premente atentar nos limites que a CRP impõe ao conteúdo dos crimes, apreciando se a norma em causa teria por fim assegurar a proteção de bens jurídicos e, em caso afirmativo, se para esse efeito se mantém ou não dentro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade – art.º 18.º, n.º 2 da CRP, nas vertentes da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Avançou, assim, que “*o bem jurídico tutelado pelo tipo legal em causa é inquestionavelmente dotado de dignidade bastante para ser merecedor de tutela penal*”¹³⁴ e acrescentou, igualmente, que “*embora as condutas objeto de criminalização no referido tipo legal possam estar próximas do limiar mínimo no que respeita à carência de tutela penal, não se pode esquecer que essa “menor” dignidade penal ou menor danosidade de tais condutas encontra-se refletida na sanção prevista*”¹³⁵, não se podendo, de igual modo, afirmar que a intervenção do direito penal se revela excessiva. Concluindo pela não violação de qualquer princípio constitucional, designadamente, do art.º 18.º, n.º 2 da CRP.

Ora, tal como nos ensina COSTA ANDRADE, enquanto “*a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente e superior dignidade devem gozar de proteção penal. Ou, reflexamente, de que só os sacrifícios dos bens jurídicos que configurem manifestações de danosidade social podem fazer jus às reacções criminais*”¹³⁶, a carência de tutela penal “*dá expressão ao princípio de subsidiariedade ou de ultima ratio do direito penal. Assim só se deve recorrer ao direito penal quando a sua intervenção se revelar idónea, porque eficaz, na proteção dos bens jurídicos e seja, para além disso, necessária quando não for possível assegurar a protecção dos bens jurídicos por meios menos gravosos para a liberdade*”¹³⁷.

¹³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, “*sobre o crime de importunação...*”, *op. cit.*, p. 429.

¹³⁵ *Ibidem.*

¹³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Constituição e Legitimação do Direito Penal*”, Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal, Renovar, 2004, p. 55.

¹³⁷ *Ibidem.*

Posto isto, apesar de a norma, a nosso ver, ser materialmente inconstitucional pela violação do princípio da legalidade não devendo, atenta à redação vigente, continuar a subsistir no Ordenamento Jurídico Português, no que à questão da violação do princípio de intervenção mínima diz respeito, pendemos para a orientação firmada pelo Tribunal Constitucional.

É para nós claro qual o bem jurídico que se visa proteger¹³⁸ em todas as modalidades integrantes do art.º 170.º, pois como já tivemos oportunidade de afirmar, a previsão daquele ilícito visa assegurar o exercício da liberdade sexual, na sua dimensão positiva e negativa, traduzida no direito do seu titular escolher praticar, com pessoa que lhe aprouver, determinado ato sexual e o direito a não sofrer, de forma não consentida, na sua esfera sexual ingerências de terceiros, qualquer que seja a forma que assumam.

Debruçando-nos sobre os ilícitos típicos que integram o capítulo dos crimes sexuais, embora se verifique uma coincidência relativamente ao bem jurídico que se tutela, é evidente que a incriminação do art.º 170.º do CP se afigura muito distinta, estando-lhe subjacente, comparativamente com os demais, um grau de lesão do bem jurídico com um peso muito inferior. Sabemos que qualquer bem jurídico pode ser sujeito a ataques vários, porém, a conduta que concretiza esse ataque pode revelar-se mais ou menos gravosa e isso significa que poder-se-ão obter diferentes níveis de ofensa e lesão desse mesmo bem, que, naturalmente, tal como aponta o TC, se refletirão na pena que lhes é aplicável.

Ora, até ao surgimento do crime de importunação sexual, em matéria de crimes sexuais, foi-se sempre exigindo um grau de gravidade máximo de lesão da liberdade e autodeterminação sexual. A violação desse bem jurídico teria que encerrar, em si mesma, uma violação ponderosa, não se levantando, por esse motivo, dúvidas quanto à dignidade da ofensa. Todavia, cremos que essa exigência que se postulava e que continua a ser defendida pela Doutrina maioritária, não deve ser afetada só porque, hodiernamente, existe uma tutela destinada a um ataque diminuído daquele bem jurídico, a uma agressão menos gravosa do mesmo que, ainda assim, se revela apta a lesá-lo e, como tal, é também merecedora da intervenção penal.

¹³⁸ Em sentido discordante, RODRIGUES, Anabela Miranda, “sobre o crime de importunação...”, *op. cit.*, p. 435, afirmando que “a não descrição da norma, pelo legislador, da acção proibida, de forma clara e precisa, através do enunciado dos meios típicos de acção – não permite que se diga que a incriminação, em concreto, protege um bem jurídico, no caso, a liberdade sexual”.

No âmbito da discricionariedade que é conferida ao legislador ordinário, designadamente, sob a égide das opções político-criminais que, inevitavelmente, acompanham a mutação evolutiva dos tempos e do pensamento, parece-nos legítimo que este possa responsabilizar criminalmente, aquele que pratique as condutas previstas no art.º 170.º, porquanto as mesmas, na sua ótica, possam revestir uma gravidade tal que deva ser merecedora de tutela. O que é certo é que a análise casuística nunca poderá ser dispensada, sob pena de punirem condutas que não assumem essa gravidade, assumindo aqui o julgador um papel determinante, nessa avaliação. Tudo isto não significa, forçosamente, que estaremos a cair, de novo, num direito da moral e dos bons costumes, pois se é certo que, por um lado, o Direito Penal só pode intervir em *ultima ratio*, certo também será que sempre que exista uma ofensa a um bem jurídico, com dignidade penal suficiente, deve aquele ser chamado à colação.

CONCLUSÃO

Gostaríamos de começar por dizer que a liberdade e autodeterminação sexual nunca mereceram tanta atenção, como nos dias de hoje. Como já tivemos oportunidade de mencionar a divulgação exaustiva dos media quanto à prática de crimes sexuais, assim como o crescendo dos movimentos emancipadores, contribuíram significativamente para esse resultado. Existe hoje uma sensibilidade no respeitante à esfera sexual que nunca existiu, quer-se assegurar cada vez mais a proteção das vítimas. E se os tempos e as mentalidades mudam, não consideramos que a criação do crime de importunação sexual signifique um retrocesso, mas antes uma evolução, em grande parte civilizacional, que se não pode identificar com o que se apelidava de moral sexual e direito penal dos bons costumes.

No crime de importunação sexual o bem jurídico protegido é a liberdade e autodeterminação sexual que compreende, na sua dimensão positiva, o direito à livre interação sexual e disposição da mente, do corpo, do sexo, nas circunstâncias de tempo, modo e lugar escolhidas e, na sua dimensão negativa, o direito a não sofrer ou suportar, na esfera sexual, ingerências de terceiros, não consentidas, qualquer que seja a forma que assumam. Esta proteção destina-se tanto a adultos (art.º 170.º do CP), como a menores de idade (art.º 171.º, n.º 3, alínea a) e o art.º 172.º, n.º 2 do CP).

Neste estudo, podemos constatar que, em termos de *praxis* judiciária, o crime de importunação sexual, quando em causa estão vítima menores de idade, assume a sua exponencial importância. Já esperávamos que assim fosse, pois encontrando-se estas vítimas em pleno processo de desenvolvimento da personalidade, a sua sujeição a ingerências indevidas por parte de terceiros afeta-as de forma particularmente grave, com sérias repercussões ao nível da estabilidade emocional e psicológica das mesmas, razão pela qual, o crime assume, nesta esfera, maior dimensão. Porém, foram poucas as condenações que conseguimos apurar quando este crime, em qualquer uma das suas modalidades, é praticado contra pessoa adulta, o que nos revela uma certa residualidade na sua aplicação.

No que, em particular, diz respeito à introdução do segmento típico de formulação de propostas de teor sexual no crime de importunação, poderemos afirmar que, só em parte, se deveu à transposição da Convenção de Istambul para o Ordenamento Jurídico Português. Isto porque o desiderato que esteve na sua origem (art.º 40.º) não previa uma obrigatoriedade de criminalização, mas antes de adoção de medidas necessárias, legislativas ou outras, para

assegurar que qualquer conduta indesejada verbal, não-verbal ou física, de carácter sexual, que tivesse como objetivo violar a dignidade da pessoa humana, fosse objeto de sanção penal ou outra sanção legal. Na criminalização residuiu a opção do legislador que, à semelhança do que já havia feito nas restantes modalidades, se furtou à configuração típica, ficando em aberto a conduta que se pretendia, verdadeiramente, criminalizar.

No desenvolvimento do presente estudo, concluímos, por fim, pela inconstitucionalidade material da norma, por violação do princípio da legalidade, em especial, do princípio da tipicidade, previsto no art.º 29.º da CRP. Como referido, a redação do art.º 170.º do CP não se afigura inteligível aos seus destinatários - que são obrigados a nortear a sua conduta de acordo com a lei - já que em nenhuma das modalidades se pode apontar, indubitavelmente, qual o comportamento punível (constatação que, de resto, resulta das diversas orientações doutrinárias de que nos fizemos valer). Estamos em crer, desta forma, que da tipificação legal vigente resulta uma indeterminabilidade objetiva da conduta punitiva, uma insuficiência e inexatidão na tipificação legal do crime, que necessariamente acarreta a violação necessidade de definição e delimitação exaustiva daquilo constitui conduta punível no direito criminal. Ademais, acreditando o legislador que, perante as condutas criminalizadas, a intervenção penal é necessária adequada e proporcional, não se deveria ter furtado à descrição precisa da ação típica, para melhor fazer valer a sua opção de política-criminal.

Apesar desta ausência de tipificação, esforçamo-nos para tentar traçar os comportamentos puníveis em cada um dos ilícitos típicos que compõem o art.º 170.º do CP, porém, várias dúvidas subsistem. Referir ainda que, somos de admitir que as condutas criminalizadas, tal como considerou o legislador, podem, em certos casos, ser aptas a lesar o bem jurídico tutelado e, por isso, merecedoras da intervenção do *ius puniendi*.

Deste modo, contrabalançando, por um lado, a inconstitucionalidade que fere o art.º 170.º do CP e, por outro, o propósito para o qual este foi concebido – uma tutela mais abrangente das lesões de que o (preponderante) bem jurídico de liberdade sexual pode ser alvo, somos em crer que este último se deverá sobrepor ao primeiro. Todavia, para esse efeito, será imperativo proceder a uma reformulação das modalidades típicas previstas, de modo a que se respeite a exigência de *lex scripta, stricta, proevia et coerta*.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 3.^a Ed. atualizada, Universidade Católica Editora, 2015.

ALFAIATE, Ana Rita, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”, Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa, “*Constituição e Legitimação do Direito Penal*”, Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal, Renovar, 2004.

CAEIRO, Pedro / FIGUEIREDO, José Miguel, “*Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e Macau*”, RPCC, 26.^o - n.^o 1 a 4, 2016.

CARVALHO, Américo Taipa de, “*Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*”, 3.^a Ed., Universidade Católica Editora Porto, 2016.

COSTA, José de Faria, “*Noções Fundamentais de Direito Penal*”, 4.^a Ed., Coimbra Editora, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*”, Tomo I, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal, Parte Geral*”, Tomo I, Questões fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, 3.^a Ed., Gestlegal, 2019.

DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual*”, *Revista do CEJ*, N.º 8, 1.º Semestre, 2008.

DIAS, Maria do Carmo da Silva, “*Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”, *RMP*, Ano 34, N. 136, 2013.

GARCIA, Miguel / RIO, J.M. Castela, “*Código Penal Parte Geral e Especial, com notas e comentários*”, 3.^a Ed. atualizada, Almedina, 2018.

LEITE, Inês Ferreira, “*A tutela penal da liberdade sexual*”, II Curso Pós-graduado de aperfeiçoamento em direito da investigação criminal e da prova da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais: análise substantiva e processual*”, 1.^a Ed., Coimbra Editora, 2015.

PATTO, Pedro Vaz, “*No cruzamento do direito e da ética*”, Almedina, 2008.

RAPOSO, Vera Lúcia “*Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*”, *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda, “*sobre o crime de importunação sexual*” – Anotação ao Acórdão de 20 de Fevereiro de 2013 do Tribunal Constitucional, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 143.º, n.º 3987, Coimbra Editora, Julho-Agosto de 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*”, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2012.

RODRIGUES, Joana Amaral, “*A teoria do bem jurídico-penal - várias dúvidas e uma possível razão*”, *RPCC*, Ano 23, n.º 2, 2013.

SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel, “*Código Penal Anotado*”, Volume III, Rei dos Livros, 2016.

JURISPRUDÊNCIA

- Ac. do TC n.º 105/2013, de 20 de Fevereiro, proc. n.º 716/12, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=949&pagina=31&nid=10974
- Ac. do TRC de 26 de Fevereiro de 2014, proc. n.º 17/11.0GBAGD.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/53a03a6a806dad7480257c91005b828d?OpenDocument>
- Ac. do TRC de 15 de Março de 2017, disponível para consulta em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/75260010e1833c96802580ea0040bb7c?OpenDocument>
- Ac. do TRE de 15 de Maio de 2012, proc. n.º 37/11.4GDARL.E1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/7048E451287AF72480257DE10056F86D>
- Ac. do TRE de 7 de Janeiro de 2014, proc.º n.º 59/11.5GDPTG.E1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/0AB242A0191C18A280257DE10056FCF5>
- Ac. TRG de 2 de Maio de 2016, proc. n.º 73/12.3GAVNC.G1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/F2435124DA3D2B6580257FB00053889F>
- Ac. TRG de 17 de Dezembro de 2018, proc. n.º 216/15.5T9AVV.G1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9bb5ecbd278c3c5180258390003411a8?OpenDocument>
- Ac. do TRP de 6 de Maio de 2009, proc. n.º 598/06.0JAPRT.P1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e81938e261555601802575b4005112ce?OpenDocument>

- Ac. do TRP de 9 de Março de 2011, proc. n.º 329/09.2PBVRL.P1, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ca4f236737bd44798025785600345f46?OpenDocument>
- Ac. do TRL de 12 de Janeiro de 2021, proc. n.º 1784/17.2T9AMD.L2-5, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ccc3b4a754ded0a48025866900412010?OpenDocument>