



Parecer da APAV relativo ao Projeto de Lei n.º 350/XVI/1ª (PAN): prevê a criminalização da prática de “stealthing”



INTRODUÇÃO

Como nota prévia, a APAV defende que se deve o quanto antes abandonar a utilização da expressão “stealthing” para nomear a prática de remoção propositada e não consensual do preservativo, quer por não ser imediatamente apreensível pela maioria das pessoas, quer sobretudo por o seu significado (a palavra inglesa “stealth” significa “furtivo”, “dissimulado”) constituir, para muitos dos que praticam este ato, um reconhecimento, um elogio à sua capacidade para, arditosamente, sub-repticiamente, enganarem a vítima.

Muitas vezes justificado por quem o pratica pela vontade de obter mais prazer no ato sexual, a não utilização ou a remoção do preservativo contra a vontade da vítima constitui, na verdade a objetificação e um exercício de poder, de dominação sobre o corpo do outro, de atribuição de supremacia à sua vontade e de total desprezo pela vontade alheia. Sabendo-se que os agressores são maioritariamente homens e as vítimas mulheres, trata-se, conseqüentemente, de mais uma expressão da violência de género

O impacto psicológico nas vítimas é similar ao de outros crimes sexuais, designadamente a violação: sentimentos de confusão, raiva, humilhação e vergonha, para além do medo de ocorrência de uma gravidez indesejada ou de contração de uma infeção sexualmente transmissível, são frequentemente mencionados por quem sofre este ato.^{1 2}

¹ Shapiro, Mikaela (2021), Yes, “Stealthing” Is Sexual Assault... And We Need to Address It, Touro Law Review: Vol. 37: No. 3, Article 16, pg 3 e ss., disponível em: <https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol37/iss3/16>

² Blanco, Melissa Marie (2018) "Sex Trend or Sexual Assault?: The Dangers of "Stealthing" and the Concept of Conditional Consent," Penn State Law Review: Vol. 123 : Iss. 1 , Article 14, pg. 223, disponível em: <https://elibrary.law.psu.edu/pslr/vol123/iss1/14>



A REMOÇÃO NÃO CONSENTIDA DO PRESERVATIVO À LUZ DO DIREITO PENAL ATUAL

2

Antecipe-se desde já a posição que a APAV vem defendendo sobre esta matéria: a remoção não consentida do preservativo – à qual, do ponto de vista jurídico, deve equiparar-se a não utilização não consentida de preservativo e a sua danificação de modo propositado – preenche o tipo legal do crime de violação previsto no art.º 164º n.º 1 do Código Penal.

Analisando este comportamento à luz do nosso ordenamento jurídico-penal, comece por afirmar-se que o mesmo transforma um ato sexual consentido em não consentido. Trata-se de um comportamento que ataca um bem jurídico tutelado pela Código Penal, a liberdade sexual, entendida, na sua vertente positiva, como o direito que cada pessoa tem de determinar com quem, quando e em que circunstâncias pratica atos sexuais e, na sua vertente negativa, como o direito de recusar a prática de atos sexuais. Pode contudo, e à semelhança de outros crimes contra a liberdade sexual, atacar outros bens jurídicos, designadamente a liberdade de procriação e a saúde e integridade física, aspetos aos quais o ordenamento jurídico-penal atribui relevância em sede de circunstâncias qualificadoras.

É verdade que, nos casos de remoção não consensual do preservativo, o ato sexual inicia-se de forma consentida, e decorre sob uma aparência de consentimento. Sucede, contudo, que, a partir de um dado momento, esse consentimento assenta num logro, na medida em que um dos intervenientes julga que o outro mantém o respeito pela circunstância previamente acordada – e convém a este propósito recordar que qualquer ato sexual, seja no âmbito de uma relação estável, seja de um encontro casual, pressupõe uma base de confiança, pelo que não é exigível à vítima o dever de ir



confirmando o cumprimento do acordado -, mas tal não sucede. A partir desse momento, transita-se para um ato sexual diferente, porque não consentido, o que nos deve encaminhar para a atribuição de relevância penal ao fenómeno.

O tipo legal do crime de violação exige que a vítima tenha sido constrangida a sofrer ou a praticar os atos sexuais ali referidos, pelo que a questão fulcral para a assunção de uma posição sobre se a remoção não consentida do preservativo configura a prática deste crime decorre da interpretação que se fizer do conceito de constrangimento. Através do n.º 3 do art.º 164º do CP, o legislador traz alguma luz, ao definir constrangimento como qualquer meio empregue para a prática dos atos sexuais contra a vontade cognoscível da vítima, sendo que os meios mais graves, previstos no n.º 2 daquela norma – utilização de violência, de ameaça grave ou colocação em estado de inconsciência ou em situação de impossibilidade de resistir -, relevam enquanto circunstâncias qualificadoras do tipo base. Isto é: não bastando a ausência de consentimento, uma vez que se exige a utilização de um meio para constranger a vítima, da redação ampla do conceito de constrangimento pode concluir-se que o legislador quis estabelecer que todos os meios que, atuando a nível físico ou mental sobre a vítima, levem à prática do ato sexual contra a sua vontade, são aptos para preencher aquele tipo base. Logo, a definição de constrangimento assente exclusivamente numa ideia de utilização de algum tipo de força física é não só redutora face à definição de constrangimento adotada pelo próprio legislador, como esvazia de sentido normativo o preceito que estabelece as circunstâncias qualificadoras acima referidas.

Qual é então, no caso da remoção não consentida do preservativo, o meio empregue para constranger a vítima e, logo, consumir o crime de violação? É, salvo melhor opinião, o engano. É um meio que não atua sobre o corpo da vítima, mas sim sobre a sua mente. É através do engano que a vítima é transportada de um ato sexual que queria praticar para outro que recusaria, caso conhecesse uma circunstância essencial que o envolve: a não utilização de preservativo. O ato que se desenrola a partir desse momento é um ato violento, não porque seja utilizada força física mas na medida em que manipula a vítima



de modo a que esta participe contra a sua vontade. Através da manobra ardilosa do agressor, a vítima é colocada num ato sexual no qual nunca quis estar, e ao qual só adere porque desconhece um elemento que para si é, legitimamente, decisivo.

Pelo exposto, considera a APAV que a não utilização de modo não consensual, a remoção propositada e também não consensual ou a danificação propositada do preservativo num ato sexual configuram a prática do crime de violação, por preencherem o tipo legal do artigo 164º n.º 1 do Código Penal.

Mas reconhece-se que esta não é uma questão pacífica, encontrando-se fortes divergências na doutrina a este respeito.³ Sublinhe-se contudo que vários autores que já se debruçaram sobre o tema vão em sentido idêntico ao que a APAV aqui defende.

Acresce que, tanto quanto se sabe, ainda não existe jurisprudência sobre esta matéria. Suspeita-se contudo que, caso tenham de apreciar uma situação de remoção não consentida de preservativo, os tribunais muito provavelmente considerarão que esta não preenche o tipo legal de violação à luz do quadro legal atual, tendo em conta a interpretação – restritiva, na perspetiva da APAV - do conceito de constrangimento que vem sendo feito pelo julgador, no sentido de o entender essencialmente como um ato de natureza física.

Por estas razões, defende a APAV dever o legislador proceder a uma alteração ao tipo legal do crime de violação que, em consonância com o estabelecido na Convenção de Istanbul, substitua o constrangimento pelo não consentimento como elemento-chave do tipo e que explicita que o não consentimento respeita não apenas à decisão de praticar o ato, mas também às circunstâncias em que o mesmo ocorre.

³ para um breve resumo das posições de diversos/as autores/as sobre esta questão, vide Fernandes, Ana Rita Faria Lamego (2022): *Constrangimento e falta de consentimento livre serão conceitos equivalentes? O caso do stealthing*, Mestrado em Direito Faculdade de Direito, Escola do Porto, pg. 41 e ss. , disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/39844/1/203156102.pdf>



O PROJETO DE LEI N.º 350/XVI/1ª (PAN) – PREVÊ A CRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DE STEALTHING

A APAV congratula-se com toda e qualquer iniciativa que vise incrementar os direitos das vítimas de crimes e conferir-lhes maior proteção e apoio e, nesse sentido, saúda a intenção deste projeto de lei. Contudo, a sua apreciação fica pelo menos em parte prejudicada pela acima vertida posição da APAV sobre esta matéria.

Concordando-se, pelos motivos atrás expostos, com a necessidade de alterar a lei de forma a assegurar que a relevância penal da remoção não consentida de preservativo não levanta quaisquer dúvidas, preconiza-se no entanto uma solução diferente da proposta no projeto de lei em análise.

Em primeiro lugar, considera-se que este comportamento deve relevar em sede de crime de violação, e não de fraude sexual. Não se discorda do facto de o atual tipo legal do crime de fraude sexual carecer de alargamento de modo a cobrir outras situações de engano que não apenas a relativa à identidade pessoal. Mas esse alargamento não deve ser demasiado amplo, sob pena de abranger situações não merecedoras de proteção penal. Sendo eticamente condenáveis todas as mentiras utilizadas para influenciar a decisão de outra pessoa no sentido da concordância com a prática de atos sexuais, nem todas devem, contudo, ser consideradas penalmente relevantes. Nesse sentido, seriam de muito difícil interpretação e aplicação os conceitos de “falsificação, fraude ou ocultação de informações relevantes que condicionem o consentimento” constantes do texto proposto para o n.º 3 do art.º 167º do CP.

Por outro lado, no entendimento da APAV, a gravidade do engano consubstanciado pela remoção não consentida do preservativo justifica a sua cobertura pelo crime de violação, pela razão de que esse engano coloca a vítima num ato sexual que não consentiu, característica-chave do crime de violação. Acresce que o referido comportamento



constitui um ataque não apenas à liberdade sexual da vítima mas também ao seu direito de se proteger contra ataques a outros bens jurídicos penalmente protegidos – a liberdade de escolha sobre procriação e a saúde e integridade física -, o que lhe confere um desvalor acrescido.

Contrapor-se-á porventura que não é comparável a gravidade de um ato não consentido desde o seu início com outro que começa por ser consentido e que eventualmente mantém essa aparência de consentimento até ao fim, embora apenas porque a vítima não sabe que uma condição essencial para esse consentimento deixou, em certo momento, de ser respeitada. Ainda assim, a moldura penal prevista para o crime de violação é suficientemente ampla para o julgador poder traduzir essa eventual diferença na pena concretamente aplicada.

Como acima se afirmou, mais do que uma alteração cirúrgica somente para garantir a relevância penal da remoção não consentida do preservativo, impõe-se, até em virtude da obrigação de correto e cabal cumprimento da Convenção de Istanbul, a que Portugal está vinculado, uma mudança de paradigma, que passa essencialmente pela introdução do não consentimento como elemento decisivo do tipo legal do crime de violação, em substituição do atualmente vigente conceito de constrangimento. E é por esta via, complementada por uma correta descrição do que se entende por consentimento e pela exigência de que este abranja não apenas não apenas a participação no ato sexual mas também as condições essenciais que o envolvem, que se dissipará qualquer dúvida quanto à natureza criminosa e à qualificação jurídica do comportamento de remoção não consentida de preservativo.

Não se concorda que a definição de consentimento conste de legislação avulsa, devendo a mesma constar do n.º 3 do art.º 164º, em substituição do texto atual em que se define o conceito de constrangimento.



Concordando-se obviamente com o escopo dos propostos art.º 3º e 4º do projeto de lei em análise, entende-se contudo que são de evitar abordagens excessivamente compartimentadas. Atendendo, por exemplo, ao proposto art.º 3º n.º 1, não se descortina por que motivo é que especificamente as vítimas de fraude sexual deverão beneficiar das três medidas ali enunciadas, quando as mesmas também têm todo o cabimento relativamente a vítimas de outros crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual e, no caso das alíneas b) e c), vítimas de crimes contra outros bens jurídicos.

Preconiza-se, seja nas áreas da saúde e da educação, visadas neste projeto de lei, seja em outras áreas, uma abordagem integrada e coordenada que, dando cumprimento à Estratégia Nacional para os Direitos das Vítimas de Crimes, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 2/2024, de 5 de janeiro, promova legislação e políticas públicas que atribuam a todas as vítimas o que deve ser de todas e que, adicionalmente, confira de forma fundamentada a alguns grupos específicos as respostas de que estes careçam face às necessidades específicas que decorrem de determinados tipos de vitimação.

