

ULP LAW REVIEW

REVISTA DE DIREITO DA UL-P

VOL. 18 N.1 e 2 [2024]

VARIA

Bruno de Oliveira Moura

O Chamado “*Stealth*ing” (A Remoção Do Preservativo Às Escondidas) Novos Rumos Para A Fraude Sexual No Direito Penal Português?



ULPLR

O CHAMADO “*STEALTHING*” (A REMOÇÃO DO PRESERVATIVO ÀS ESCONDIDAS) NOVOS RUMOS PARA A FRAUDE SEXUAL NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS?

BRUNO DE OLIVEIRA MOURA*

[HTTPS://DOI.ORG/10.60543/UL-PLR-RDUL-P.V1I2.10143](https://doi.org/10.60543/ul-plr-rdul-p.v1i2.10143)

RESUMO

A relevância criminal do “*stealthing*” (visto primariamente como remoção não-consensual do preservativo) é uma questão controvertida em muitos países. O presente artigo aborda este problema à luz do Direito Penal português, discutindo os seus possíveis enquadramentos *de lege lata* e as alternativas *de lege ferenda*. Conclui-se, a partir de pressupostos jurídico-dogmáticos, que as normas incriminadoras em vigor não permitem classificar o *stealthing*, enquanto tal, como facto penalmente relevante e que o ângulo mais adequado para o debate político-criminal sobre a necessidade de reforma do Direito Positivo não é a perspectiva dos crimes contra a liberdade sexual, mas a perspectiva dos crimes contra a integridade física (saúde) e a autodeterminação procriativa.

ABSTRACT

The criminal relevance of the so-called “*stealthing*” (primarily seen as non-consensual condom removal) is a controversial issue in several places around the world. This

article addresses the problem in the light of Portuguese Criminal Law, discussing its possible *lege lata* frameworks and *lege ferenda* alternatives. It is concluded, based on legal dogmatics requirements, that the incriminating norms in force do not allow classifying *stealthing*, *qua tale*, as a criminal offense and that the most appropriate angle for legislative politics debate on the need for reform of Statutory Law is not the perspective of crimes against sexual autonomy, but rather the perspective of crimes against physical integrity (health) and reproductive self-determination.

DESCRITORES

Direito Penal; liberdade sexual; acordo; preservativo; vontade cognoscível da vítima; engano; violação; fraude sexual; integridade física; saúde; autonomia procriativa; injúria.

PALAVRAS-CHAVE

Criminal Law; sexual autonomy; consent; condom; victim’s recognizable will; deception; rape; sexual fraud;

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (CUL). Investigador do CEAD Francisco Suárez. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5218-955X>. Contacto: bruno.oliveira.moura@ulusofona.pt

physical integrity; health; reproductive self-determination; insult.

1. APROXIMAÇÃO

Um dos tópicos que ocuparam a pauta da comunicação social nos meses de Novembro e Dezembro de 2024 foi o chamado «*stealthing*». O tema foi objecto de uma série de peças jornalísticas (algumas colhendo opiniões de juristas e penalistas¹), surgidas na sequência de notícia² sobre um alegado caso de *violação*, supostamente ocorrido em 2023,

onde um homem terá removido o preservativo masculino³ e retomado a penetração vaginal sem o conhecimento ou anuência da sua parceira, embora o uso da protecção tivesse sido previamente combinado por ambos. A mobilização em torno desse relato – com imediata denúncia de outros casos semelhantes no meio artístico português⁴ – culminou em uma petição pública de criminalização da conduta⁵ e na apresentação de um projecto de lei (ainda em apreciação) no mesmo sentido⁶.

O assunto não era uma novidade entre nós⁷. Pelo menos desde 2018 algumas decisões condenatórias de tribunais

1 Destacando-se as seguintes matérias em linha (acessos em 5.2.2025): Inês BANHA, «Penalista alerta para dificuldade de provar sexo sem preservativo», <https://www.jn.pt/2788354213/penalista-alerta-para-dificuldade-de-provar-sexo-sem-preservativo/>; Ana TORRES, «O que é o stealthing? A lei condena quem o faz? Como provar?», <https://www.publico.pt/2024/11/22/p3/perguntaserespostas/stealthing-lei-condena-faz-provar-2112830>; Helena BENTO / Joana ASCENSÃO, «O que é o “stealthing” e porque é que há dúvidas sobre se a lei portuguesa permite condenar pessoas por esta prática?», <https://expresso.pt/sociedade/2024-11-21-o-que-e-o-stealthing-e-porque-e-que-ha-duvidas-sobre-se-a-lei-portuguesa-permite-condenar-pessoas-por-esta-pratica--12eb8a48>.

2 Veja-se <https://www.publico.pt/2024/11/09/culturaipilon/noticia/caixa-pandora-assedio-jazz-portugues-aberta-acusacao-violacao-2111163?reloaded&rnd=0.3874901512281046> (5.2.2025).

3 Teoricamente, nada exclui que a questão também possa emergir (talvez com dificuldades empíricas acrescidas) na hipótese (pouco plausível na prática) de remoção *clandestina* do preservativo feminino pela mulher, o mesmo valendo para quando esta desde o início *oculta* a sua não-utilização.

4 Vejam-se: <https://www.publico.pt/2024/11/12/culturaipilon/noticia/cerca-80-denuncias-assedio-jazz-portugues-recebidas-dias-2111434>; <https://www.dn.pt/3321882018/denuncias-de-assedio-e-abuso-envolvem-27-alegados-agressores-do-meio-artistico/>; <https://observador.pt/2024/12/09/ministerio-publico-investiga-denuncia-de-violacao-contr-pianista-de-jazz/>; <https://expresso.pt/sociedade/2024-11-21-o-que-e-o-stealthing-e-porque-e-que-ha-duvidas-sobre-se-a-lei-portuguesa-permite-condenar-pessoas-por-esta-pratica--12eb8a48> (acessos em 5.2.2025).

5 «Criminalização do Stealthing em Portugal: Uma Luta pelo Consentimento Sexual», já contando, até ao momento, com 10638 assinaturas. Cf. <https://peticaopublica.com/?pi=PT123146> (5.2.2025).

6 Projecto de Lei 350/XVI/I. Sobre o processo legislativo em curso, já instruído com pareceres da Ordem dos Advogados (OA), do Ministério Público (MP) e do Conselho Superior da Magistratura (CSM): <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?--BID=304329> (5.2.2025).

7 Do ponto de vista mediático, importa não esquecer a repercussão mundial do caso do jornalista Julian Assange na Suécia: uma das denúncias envolvia precisamente a prática de *stealthing* nos idos de 2010.

estrangeiros⁸ ecoaram na comunicação social portuguesa, que veio dar conta de que o *stealthing* foi considerado crime à luz dos respectivos sistemas jurídicos, colocando a questão de saber se também *era* ou *deveria ser* assim no nosso Direito⁹. Nesta altura, perante as dúvidas sobre o alcance da tutela penal da liberdade sexual¹⁰, já se discutia – também no meio académico¹¹ – a necessidade de clarificação normativa da situação, através da eventual intervenção do legislador, com a previsão *expressa e específica* desta hipótese em algum preceito incriminador.

A questão permanece e está mais acesa do que nunca. A Ordem dos Advogados, o Ministério Público e o Conselho

Superior da Magistratura já manifestaram, no âmbito do processo legislativo em curso, as suas posições a este respeito¹². Não havendo tempo nem espaço para aqui reconstituir, em pormenores, cada um dos pontos de vista invocados no debate, o meu propósito, nas páginas que seguem, é recuperar os argumentos mais importantes e enquadrá-los no pano de fundo jusdogmático que não pode deixar de ser mobilizado mesmo (e precisamente) quando se trata de uma reivindicação temática que merece ser levada a sério, em um horizonte narrativo marcado (assumidamente ou não) pela perspectiva de género¹³.

8 Como Suíça, Alemanha, Espanha, Países Baixos, Reino Unido e Nova Zelândia. Para uma listagem de casos e decisões: Ana Rita Faria Lamego FERNANDES, *Constrangimento e falta de consentimento livre serão conceitos equivalentes? O caso do stealthing*, Dissertação de Mestrado, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2022, pp. 32 ss., disponível em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/39844> (5.2.2025). Merece destaque, por razões de semelhança do Direito Positivo (adiante, 3.1.2), a decisão do Tribunal da Câmara de Berlim, que condenou um *stealther* pela prática do crime de agressão sexual, tipificado no § 177 Abs. 1 do StGB (KG, Beschl. v. 27.07.2020 – (4) 161 Ss 48/20 (58/20)). Diversamente, em outro caso, o Tribunal Distrital de Kiel entendeu que aplicar o referido tipo legal de crime ao cenário de *stealthing* seria violar a proibição de analogia, uma vez que o preceito não criminaliza relações sexuais consensuais, punindo somente a opressão da vontade e não o engano (AG Kiel, Urt. v. 17.11.2020 – 38 Ds 559 Js 11670/18). Contudo, essa decisão viria a ser revogada pelo Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein, com o fundamento de que acto sexual sem preservativo difere significativamente do acto sexual com preservativo e constitui, portanto, um acto sexual independente na acepção daquela norma incriminadora, contrariando, assim, a “vontade cognoscível” da vítima (OLG Schleswig, Urt. v. 19.03.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21). Por fim, esse entendimento foi adoptado, em um processo judicial diverso, pelo *Bundesgerichtshof* (BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22). Cf. Marc BAUER, «Die Spezifität von Konsens im Sexualstrafrecht – zur Strafbarkeit von Stealthings», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2 (2023), pp. 96-100. Também em Espanha a jurisprudência vem caminhando na mesma direcção, como mostra a recente decisão do Tribunal Supremo, que classificou o *stealthing* como uma agressão sexual, em face do artigo 181.1 do Código Penal (actual artigo 179.1), na redacção vigente à época dos factos (ST, Sent. n.º 603 de 14.06.2024 – SP 6243/2021). Para a discussão na doutrina espanhola: Ivó COCA VILA, «Stealthing: ¿violación o agresión sexual?» – *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal - InDret* 4 (2024), pp. 478 ss.

9 Sem prejuízo de outras fontes: <https://www.publico.pt/2023/03/15/p3/noticia/jovem-holandes-ti-u-preservativo-consentimento-condenado-s-tealthing-2042514> ; <https://www.dn.pt/arquivo/diario-de-noticias/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html> ; <https://expresso.pt/internacional/2021-10-11-Na-California-tirar-o-preservativo-sem-consentimento-ja-e-crime-e91fc0dc> (5.2.2025).

10 Perante a distinção, claramente feita pelo legislador português, entre crimes que ofendem a «liberdade sexual» (praticados contra adultos ou menores que não querem o acto: CP, arts. 163.º a 170.º) e crimes que ofendem a «autodeterminação sexual» (praticados contra menores que querem o acto: CP, arts. 171.º a 176.º-C), fará pouco sentido considerar autonomamente (para os fins aqui propostos) este último grupo de delitos: nos casos de *stealthing* contra menores a conduta sempre será penalmente típica no que se refere àquele segundo bem jurídico, havendo controvérsia apenas no tocante ao primeiro (com as agravantes do artigo 177.º, n.ºs 7 e 8).

11 Cf. a dissertação de mestrado citada acima, na nota 8.

12 Vejam-se os pareceres mencionados supra, na nota 6.

13 Muito claramente: Alexandra BRODSKY, «“Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal», *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017), pp. 185 ss., 202 ss., procurando demonstrar as motivações de género subjacentes ao *stealthing*, com a caracterização do fenómeno como ocorrência misógina que promove os estereótipos de supremacia masculina de um modo igual ou pelo menos bastante semelhante ao que se verifica nos casos de “estupro conjugal” (*marital rape*), de “abuso de parceiro íntimo” (*intimate partner abuse*) ou ainda de “estupro em um encontro ou com alguém conhecido” (*date or acquaintance rape*): exemplo disso, nos casos de descarga do esperma na vagina, é a ideologia do suposto “direito natural do homem” (inspirado nos primitivos instintos biológicos) a “espalhar a sua semente” (pp. 188-189). Também classificando o *stealthing* como “violência sexual heteropatriarcal”: Kim Philip LINOH / Nico WETTMANN, «Sexuelle Interaktionen als objektuale Vertrauensbeziehung. Eine juristisch-soziologische Untersuchung des Phänomens Stealthings», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15 (2020), p. 384.

2. CARACTERIZAÇÃO DO FENÓMENO E GRUPOS DE CASOS

Muito comum em videojogos de combate e no mundo da aviação, o substantivo inglês “*stealth*” é utilizado, neste e noutros horizontes, com o significado aproximado de “furtividade” ou “modo furtivo” (clandestino, subreptício, oculto), em alusão a actividades ou métodos que operam “sorrateiramente” (sigilosamente, discretamente, secretamente), indicando condutas ou tecnologias capazes de passarem despercebidas (não serem detectadas) por um determinado observador ou por instrumentos de vigilância (radar, sonar, GPS, radiação infravermelha, etc.).

Em termos figurados, no contexto dos crimes sexuais o substantivo derivado “*stealth*” aponta, primeiramente, para a prática – que chegou a ser repercutida como uma nova «moda» ou «tendência» em matéria de sexualidade – de remoção¹⁴ não-consensual (unilateral) do preservativo pelo homem *na (durante a) relação sexual*, em desconformidade com aquilo que já havia sido acordado com a mulher e sem que esta se aperceba de imediato da ausência da protecção prometida. Temos, assim, um facto complexo, integrado por duas acções, que envolve não apenas o acto de remover o preservativo, mas também um acto de *repenetração*¹⁵ (cópula ou coito), isto é, a reintrodução do pénis

nos orifícios vaginal ou anal ou na cavidade bucal¹⁶, agora sem o invólucro.

No exemplo de partida há um *acordo condicional*, onde o uso do preservativo é imposto e aceite como uma condição essencial – um “*dealbreaker*”¹⁷ – para a prática do acto sexual:

Caso 1. Antes do início do acto sexual com Pedro, Joana comunica-lhe expressamente que só aceita a penetração com preservativo e que não abre mão disso em nenhuma circunstância, enfatizando que, de outro modo, não haverá qualquer intimidade: “isso não é negociável”, diz. Pedro concorda. Já durante o acto sexual e sem que Joana notas-se (porque, neste instante, estava de costas), Pedro remove o preservativo e retoma a penetração. Joana apenas se dá conta disso depois que Pedro ejacula dentro da sua vagina. Na verdade, Pedro havia mentido desde o primeiro instante para Joana: quando concordou com a condição, ele planeava incumpri-la assim que pudesse.

Contudo, ao contrário do que a designação corrente parece sugerir, o *stealth* não se reduz ao cenário de remoção não-consensual do preservativo. Pois também há *stealth* quando o homem – sempre em incumprimento clandestino do acordo sobre o uso da protecção – simplesmente abstém-se de colocar o preservativo *antes* do início do acto sexual:

14 Por remoção deve entender-se, neste contexto, o acto de retirar ou despir *deliberadamente* o preservativo, isto é, a sua extracção voluntária (não-acidental) ou (no pressuposto de que se trate de uma conduta objectivamente típica) “dolosa”. Como o *stealth* não se reduz às situações de fraude, não há nenhuma razão para excluir a possibilidade de actuação com “dolo eventual” na hipótese (adiante, *caso 4*) de simples incumprimento da promessa de utilizar a protecção, designadamente quando o preservativo se rompe ou escapa (escorrega) do pénis. De qualquer modo, na hipótese de fraude o “dolo” (directo) já poderia ser inferido (*eo ipso*) do próprio logro.

15 Felix HERZOG „Stealth“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, Stephan BARTON, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Fischer*, München: Beck, 2018, pp. 355 ss.

16 Sem excluir essa possibilidade, convém reconhecer que o coito oral só dificilmente será objecto idóneo da fenomenologia do *stealth*: apenas em situações muito peculiares – designadamente quando houver uma limitação severa da acuidade visual da mulher (quarto escuro, olhos vendados, etc.) – caberá cogitar a hipótese de realização do acto sexual sem que a remoção da cobertura peniana seja percebida pela outra parte.

17 No sentido de algo que é importante o suficiente para impedir que alguém manifeste a sua concordância ou aceitação: Rita VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13 (2018), p. 613.

Caso 2 (variação do caso 1). Ceteris paribus, apesar do combinado, Pedro penetra *ab initio* sem preservativo e sem que Joana notasse (porque, já nesse instante, estava de costas) a ausência da protecção. Ela só se dá conta disso alguns minutos depois e interrompe o acto sexual: “sem preservativo, não!”.

Há ainda uma outra hipótese de fraude propriamente dita, onde a convicção de que o preservativo – enquanto condição essencial para a realização do contacto íntimo – será utilizado na penetração é astuciosamente provocada por uma encenação (*mise-en-scène*):

Caso 3. Na sequência do sexo oral e com premeditação, António abre uma embalagem de preservativo, tornando-o ostensivamente visível para Inês, esperando que ela venha a supor que a penetração será protegida e, por isso, aceite a prática deste acto sexual. De facto, é precisamente isso o que sucede. Todavia, António penetra *ab initio* sem preservativo e sem que Inês notasse a ausência da protecção (porque, já nesse instante, estava de costas). Embora tendo efectivamente suposto o uso do preservativo como condição sem a qual não teria concordado com a penetração, Inês só se dá conta da realidade quanto António ejacula dentro da sua vagina¹⁸.

Apesar de atingir foros de cientificidade (naquela aceção)¹⁹ apenas em 2017²⁰, o termo foi cunhado e divulgado pelos próprios adeptos daquela prática sexual, que chegou a ser objecto de um guião – então disponível em sítios eletrónicos já fora de linha – elaborado para a sua promoção²¹. Em termos sociológicos, o fenómeno começa a ganhar ressonância em fóruns *online*, onde pessoas (sobretudo mulheres) que tiveram sexo com *stealthers* partilhavam a experiência sofrida, narrando não apenas o estado de inquietação com a possibilidade de contágio por infeções ou doenças sexualmente transmissíveis (IST/DST) e de uma gravidez indesejada, mas também os sentimentos de traição, manipulação e desrespeito. Não tardariam a aparecer os primeiros estudos empíricos sobre o tema, com entrevistas sobre a prática na comunidade universitária norte-americana. A conclusão alcançada: embora não seja vivida como uma verdadeira violação, a remoção não-consensual do preservativo durante a relação sexual é tematizada pelas vítimas como uma acção “próxima” ou “adjacente” daquela (*rape-adjacent*), reveladora de grosseiro desprezo pelas suas escolhas, por isso se falando em uma “violação do consentimento” (*consent violation*)²².

São igualmente abrangidos – como situações equiparadas ou equivalentes à não-utilização (seja a não-colocação, seja a remoção) – os casos de *perfuração deliberada* do preservativo

18 Esse foi o caso versado na decisão do BGH (acima, nota 8), onde se deu como provado que a relação sexual desprotegida não teria sido uma opção para a vítima enganada.

19 É certo que alguns anos antes (pelo menos desde 2007) já se falava em *stealth* (ou *sneaking*) nas interações sexuais (mais concretamente no seio da comunidade *gay*), se bem que em uma aceção um pouco diversa, para designar a prática na qual um homem seropositivo tenta intencionalmente transmitir o VIH/SIDA a um homem seronegativo sem o conhecimento ou anuência deste último. Sobre isso, com referências: Hugh KLEIN, «Generation, Stealthing, and Gift Giving: The Intentional Transmission of HIV by HIV-Positive Men to their HIV-Negative Sex Partners», *Health Psychology Research*, 2/1582 (2014), pp. 54 ss., 59 ss.

20 Com o estudo de Alexandra BRODSKY (*op. cit.*). É do mesmo ano a primeira grande notícia sobre o fenómeno: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/22/stealthing-sex-trend-sexual-assault-crime> (5.2.2025).

21 Sobre tudo isso e apresentando cientificamente o conceito: Alexandra BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017) (cit.), pp. 183 ss.

22 Referência na nota anterior (pp. 187-188 e 190-191). Ainda a propósito dessa “quase-violação”: Johannes MAKEPEACE, «„I’m not sure this is rape, but...“. Zur Strafbarkeit von „Stealthing“ nach dem neuen Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift* 1 (2021), pp. 10 ss.; Andres WISSNER, «Das Phänomen „Stealthing“. Aufruf zum Diskurs und Darstellung eines Stealthing-Vorfalles», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2021), pp. 279 ss.

antes ou durante a relação²³. No mais, não obstante a tendencial associação à imagem do homem que remove clandestinamente o preservativo em prejuízo da vontade da mulher²⁴, a noção de *stealthing* é neutral quanto ao género: embora os *stealthers* quase sempre²⁵ sejam do sexo masculino, não se exclui que a vítima seja outro homem²⁶. Porém, há aspectos ainda bastante nebulosos nesta aproximação conceitual, principalmente do ponto de vista da dogmática jurídico-penal.

Não está claro²⁷ se o conceito abrange *unicamente* a “situação clássica de *stealthing*”²⁸, isto é, os casos de *fraude em sentido estrito* (erro astuciosamente provocado), onde a promessa de uso do preservativo é *ab initio* uma mentira – feita com *reserva mental*, isto é, com *premeditação* – para convencer a outra parte a concordar com o acto sexual e a sua remoção (ou não-colocação) actualiza no instante

da penetração uma decisão que já havia sido tomada *antes ou no momento* do acordo (casos 1, 2 e 3) *ou também* os casos de *simples engano* baseado no mero incumprimento da promessa de utilizar o preservativo, onde a decisão de remover (ou não-colocar) surge propriamente apenas *depois* do acordo. Para clareza da argumentação assumirei que o conceito acolhe ambas as situações²⁹:

Caso 4. (variação do caso 1). Ceteris paribus, Pedro agiu sem premeditação: a decisão de remover o preservativo foi tomada apenas no decorrer do acto sexual.

Tampouco está suficientemente esclarecido se o *stealthing* abarca *somente* os casos onde se sabe (de maneira objectivamente reconhecível) que a utilização do preservativo é uma

23 Barbara WIEDMER, «Manipulation des zum Geschlechtsverkehr verwendeten Kondoms als sexueller Übergriff – Anmerkung zu AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 LS-566 Js 962/21-476/21», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2 (2023), p. 101.

24 Para uma (ainda escassa) informação estatística: Kelly Cue DAVIS, et al., «A Scoping Review of Nonconsensual Condom Removal (“Stealthing”) Research», *Trauma Violence Abuse* 25 (2024), pp. 215 ss.

25 Com a excepção da hipótese de sabotagem que se acabou de indicar (mulher que perfura o preservativo do parceiro).

26 Nesta hipótese, entretanto, já não fará sentido ponderar a coordenada referente ao bem jurídico autodeterminação procriativa (a seguir, 3.2.1). O mesmo vale para os casos de *stealthing* envolvendo o coito anal ou oral com uma mulher.

27 Mesmo com a leitura do influente trabalho de Alexandra BRODSKY (*op. cit.*)

28 Anne SCHNEIDER, «Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 (Strafbarkeit von Stealthing)», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 16 (2023), p. 361.

29 Joachim RENZIKOWSKI, «Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung», Volker ERB / Jürgen SCHÄFER, (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4 Aufl., Band III, München: Beck, 2021, § 177, nm. 51. Na mesma trilha, ressaltando que a distinção não tem qualquer consequência na perspectiva da validade do acordo: Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealthing*: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa», nm. 2, em <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/pcaeiro/pt/notas> (5.2.2025). Também convocando a diferenciação, o parecer da Ordem dos Advogados (supra, nota 6, pp. 2 e 4) considera, entretanto, em sede de *lege ferenda*, que o cenário de logro (erro provocado) é mais grave – por carregar um maior desvalor da acção – do que o cenário de desrespeito do acordo sem premeditação e, por isso, deve ser objecto de agravação da pena. Para a distinção ao abrigo do artigo 167.º do CP: Anabela Miranda RODRIGUES / Sónia FIDALGO, «Fraude sexual», Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 167.º, §§ 8 e 9.

conditio sine qua non para a prática do acto sexual (acima, casos 1, 2, 3 e 4)³⁰ ou também os casos que não permitem (de maneira objectivamente reconhecível) concluir que o uso do preservativo, embora esperado ou inclusive pedido pela mulher, era mesmo indispensável para que a relação pudesse ocorrer.

Novamente, assumirei uma abordagem ampla do conceito, com algumas hipóteses de *stealth* fora do cenário de *dealbreaker*³¹. Na primeira delas a mulher se limita a pedir (sem exigir) que o homem utilize o preservativo:

Caso 5. Antes do acto sexual, Filipa pergunta: “podemos usar o preservativo”? Alexandre concorda. Já durante a relação e sem que Filipa notasse (porque, já nesse instante, estava de costas), Alexandre remove o preservativo e retoma a penetração. Filipa só se dá conta disso alguns minutos depois e interrompe o acto sexual: “sem preservativo, não!”, diz.

Na segunda hipótese não há nenhuma conversa prévia sobre o uso do preservativo, mas a outra parte pressupõe que ele será utilizado, o que, entretanto, não chega a acontecer:

Caso 6. Embora ninguém tenha tocado no assunto, Maria espera que Carlos utilize o preservativo na penetração que está prestes a iniciar-se. Todavia, Carlos penetra *ab initio* sem preservativo e sem que Maria notasse (porque, já nesse instante, estava de costas) a ausência da protecção. Ela só se dá conta disso depois que Carlos ejacula dentro da sua vagina.

Caso 7 (variação do caso 6). *Ceteris paribus*, Carlos inicia a penetração com o preservativo, mas sem que Maria notasse a sua utilização. Pouco tempo depois e também sem que Maria se apercebesse (porque, já nesse instante, estava de costas), Carlos remove a protecção e retoma a penetração. Maria só se dá conta de que o preservativo chegou a ser utilizado quando vê o invólucro jogado na cama e interrompe o acto sexual: “sem preservativo, não!”, diz.

Por fim, ainda haverá *stealth* quando, não obstante a ausência de acordo prévio sobre o tema, a penetração é iniciada com o preservativo e a sua presença é percebida pela outra parte, mas, depois, a protecção é clandestinamente removida:

30 Com essa restrição: Ana Margarida Vicente MONTEIRO, *Da relevância penal do Stealth no ordenamento jurídico português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 15, disponível em <https://repositorio.ulisboa.pt/handle/10451/44580> (5.2.2025), onde sistematiza os três elementos conceituais do *stealth*: “1) o uso do preservativo foi, de alguma forma, concebido como uma condição *sine qua non* para a prática do ato sexual; 2) a remoção ocorre, necessariamente, de forma oculta, isto é, sem que a vítima se consiga aperceber a tempo de interromper a relação sexual desprotegida e 3) o ato de remover o preservativo terá que ser um ato deliberado, isto é, fruto da vontade do agressor”. Há, contudo, duas imprecisões nessa formulação. Quanto ao primeiro elemento: é muito indeterminada a exigência de que preservativo seja, “de alguma forma, concebido” como condição *sine qua non*. Afinal, não basta que a sua essa essencialidade seja internamente assumida pela vítima: é preciso que ela tenha sido comunicada de maneira suficientemente clara à outra parte. Quanto ao segundo elemento: não há nenhuma razão para circunscrever o conceito de *stealth* aos casos onde a vítima só se dá conta da remoção do preservativo quando o parceiro expele o esperma ou apenas na manhã seguinte ou mesmo alguns dias depois. Ainda cabe falar em *stealth* quando a vítima se dá conta da remoção do preservativo no exacto momento da repenetração ou em qualquer outro instante antes do término do acto pela ejaculação ou por qualquer outra razão. Pois o que está em causa é a sua exposição aos *riscos especiais* – no tocante às chances de contágio por DST ou de gravidez indesejada – de uma relação sexual desprotegida e não a sua duração no tempo.

31 Kay H. SCHUMANN / Lukas SCHEFER, «Das sog. Stealth als Prüfstein des § 177 StGB n.F.», Martin BÖSE, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 818 ss. Com uma classificação semelhante à aqui trabalhada: Sebastian KESSLER, *Sexuelle Täuschungen. Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2021, pp. 337-338.

Caso 8. Embora ninguém tenha tocado no assunto, Rui utiliza o preservativo ao penetrar Sara, que percebe a sua utilização. Contudo, sem que ela notasse (porque, neste instante, estava de costas), Rui remove o preservativo e retoma a penetração. Sara só se dá conta disso alguns minutos depois e interrompe o acto sexual: “sem preservativo, não!”, diz.

3. CONSIDERAÇÕES DE LEGE LATA

Cumpramos sublinhar *quatro premissas* dogmáticas para o enquadramento do problema em face da lei em vigor. *Primeiro* (e para evitar os habituais deslizes da linguagem ordinária): o Direito Penal português parte do chamado «paradigma dualista» dos actos de concordância do titular do bem jurídico³², distinguindo entre o *consentimento* (em sentido estrito ou propriamente dito), enquanto *causa de justificação* prevista na Parte Geral do Código Penal (arts. 31.º, n.º 2, al. d), e 38.º) e o *acordo*, enquanto *causa*

de atipicidade que opera somente em alguns tipos legais de crime que pressupõem (explícita ou implicitamente) – *v.g.*, furto, furto de uso de veículo, coacção, sequestro, violação de domicílio, etc. – a realização da conduta contra ou sem a vontade daquele³³.

No consentimento há uma *renúncia* à protecção penal: a ofensa ao bem jurídico continua a existir mesmo com a concordância do titular, sendo apenas excepcionalmente autorizada pelo Direito (*v.g.*, nos crimes contra a integridade física). Por sua vez, no acordo nem sequer há, *ab initio*, uma ofensa ao bem jurídico. Pelo contrário: o valor protegido está justamente a ser fruído ou gozado pelo seu titular. É por isso que no acordo prepondera um “carácter fáctico”, que remete para a “vontade natural”, ao passo que o consentimento – por se tratar de um acto de disposição sobre posições jurídicas subjectivas – é mais “normativamente configurado”, exigindo uma vontade manifestada em moldes próximos às declarações negociais. É também por isso que no acordo – diversamente do que ocorre no

32 Sobre tudo com Friedrich GEERDS, «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 111 (1954), pp. 262 ss. Entre nós, é crucial a obra de Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 137 ss., 228 ss., 362 ss., sem excluir que se possa falar, no caso do acordo, em “consentimento-que-exclui-o-tipo”. Esquematicamente: José de FARIA COSTA, *Direito Penal. Parte Geral*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, pp. 329 ss. Com outras referências: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *Ilícitude penal e justificação. Reflexões a partir do ontologismo de José de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 208 ss.

33 Contrariamente, é conhecida a tese de que o consentimento nunca é uma causa de justificação, mas sempre e apenas uma situação na qual conduta coberta pela concordância da outra parte nem sequer preenche (*ab initio*) a factualidade descrita no tipo legal de crime. Na base disso está uma compreensão dinâmica (não-isolada ou referida-à-acção) do bem jurídico, onde a norma penal protege não só o objecto de disposição, mas também a própria faculdade de disposição. Por isso, o exercício da autodeterminação do titular do bem jurídico – como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade – faz cair, em concreto, a necessidade da sua protecção pelo Direito Penal. Paradigmaticamente: Claus ROXIN, «Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht», Robert HAUSER / Jörg REHBURG / Günter STRATENWERTH (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich: Schulthess, 1984, pp. 283 ss. Contudo, essa solução monista é incompatível com o Direito Positivo. Desde logo porque, em termos gerais, não se harmoniza com o disposto nos artigos 31.º, n.º 2, alínea d), e 38.º, n.º 1, do Código Penal. Além disso, a inclusão da faculdade de disposição como objeto da norma penal ignora que a autodeterminação pessoal não é protegida indiferenciadamente, mas somente em alguns tipos penais (*v.g.*, os arts. 156.º, 190.º e 203.º) que a assumem como bem jurídico individual: por exemplo, o tipo legal do crime de dano protege somente a propriedade da coisa, pois, do contrário, as coisas que (por qualquer razão) estão concretamente subtraídas à faculdade de disposição do proprietário (*res extra commercium*, monumentos protegidos, activos da massa insolvente, etc.) não poderiam ser objecto do delito; semelhantemente, o tipo legal do crime de ofensa à integridade física protege somente o corpo humano, pois, do contrário, nem a conduta de ferir a perna de um paraplégico, nem a conduta de ferir um bebé preencheriam a factualidade ali descrita. Para a crítica: Knut AMELUNG, *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, pp. 28 ss.

consentimento³⁴ – vale o princípio geral de que é irrelevante que a anuência tenha sido colhida mediante erro, engano ou fraude³⁵.

Segundo: os crimes contra a liberdade sexual são delitos de acordo excludente da tipicidade. O artigo 164.º do Código Penal pertence ao grupo de normas penais que se baseiam na superação da vontade contrária da vítima: quem aceita realizar um acto sexual não renuncia à sua liberdade sexual, mas antes está precisamente a exercê-la³⁶. Trata-se, contudo, de uma forma peculiar de acordo, que não se basta com a vontade natural, convocando, antes, uma “vontade cognoscível”³⁷. Para este efeito, a liberdade sexual é compreendida como o poder de decidir autonomamente sobre a própria sexualidade, definindo o «se», o «com quem», o «como», o «quando» e o «onde» do acto sexual, abrangendo – como os “dois lados de uma mesma medalha” – tanto a *vertente negativa* – o direito a não se envolver em actos sexuais contra a própria vontade – quanto a *vertente positiva* – o direito a ter uma vida sexual que atenda à sua concreta (individual) ordem de preferências³⁸.

Terceiro: tal como descrito no artigo 167.º do Código Penal, o crime de fraude sexual está circunscrito à hipótese de aproveitamento de erro (incluindo o astuciosamente provocado) sobre a *identidade pessoal* do parceiro, onde o

agente se passa por alguém com quem a vítima está disposta a interagir sexualmente, por exemplo, no caso caricato e novelesco³⁹ daquele que se faz passar pelo irmão gémeo idêntico (monozigótico), conseguindo ter uma relação sexual consensual com alguém que não quer tê-la consigo, mas com outra pessoa. Portanto, a prática de remover sorrateiramente o preservativo (ou não o colocar *ab initio*) durante o acto sexual, quando o seu uso foi previamente combinado ou pelo menos pedido, é um facto penalmente atípico *sub specie* fraude sexual.

Quarto: as situações de *stealth* pressupõem a furtividade da prática, isto é, que a não-utilização (remoção ou não-colocação) do preservativo não tenha sido imediatamente (sensorialmente) percebida pela mulher enquanto decorre a penetração. Não problematizarei as nuances empíricas que isso pode apresentar no caso concreto. Basta aqui assumir que os preservativos são industrialmente produzidos para serem utilizados não como um corpo estranho que possa ser sentido no acto sexual, mas como algo que, nas suas propriedades – lubrificação, sensibilidade, etc. – comercialmente destacadas, simula mecanicamente o contacto sexual directo (natural, orgânico) e, assim, pretende precisamente passar despercebido⁴⁰.

34 Eduardo CORREIA, *Direito Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 1965, pp. 26-27: “qualquer erro em que o agente faça cair aquele que consente exclui o consentimento”.

35 Sobre tudo isso, com referências: Armin ERLÄNDER, «Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.», Holger MATT / Joachim RENZIOWSKI (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Vahlen, 2013, nn. 14 e 21 (pp. 392, 393 e 395). Para eventuais desvios ao princípio geral quando, excepcionalmente, o acordo se referir à intervenção em posições jurídicas subjectivas (v.g., o direito ao domicílio): Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2017, pp. 120-121, onde acrescenta importantes distinções no tocante à capacidade de discernimento e à necessidade de declaração.

36 Kevin FRANZKE, «Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealthings“», *Bonner Rechtsjournal*, 2 (2019), p. 116.

37 Destacando essa especificidade comunicacional do acordo no Direito Penal sexual nuclear: Cf. Marc BAUER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2 (2023) (cit.), p. 98.

38 Brigitte SICK / Joachim RENZIOWSKI, «Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung», Andreas HOYER, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg: Müller, 2006, pp. 604-605, onde ressaltam que o Direito então em vigor já pressupunha que “um ‘não’ é um ‘não’ (...)”.

39 E recordando o mito grego do Anfitrião, marido de Alcmena: sem saber, esta deita-se com Zeus, que assumira a forma do primeiro, induzindo-a em erro sobre a identidade do cônjuge.

40 Falando em “quase-violação”: Felix HERZOG, *Festschrift für Thomas Fischer* (cit.), p. 357.

3.1. UM CRIME DE VIOLAÇÃO (OU OUTRO DELITO SEXUAL)?

Para a opinião dominante – aparentemente também entre nós⁴¹ – nas situações de *dealbreaker* (casos 1, 2, 3 e 4) a prática do *stealththing* já configura uma conduta típica do crime de violação⁴² (CP, art. 164.º, n.ºs 1 e 3). Este enquadramento tem vantagens inegáveis: além de poupar a necessidade político-legislativa de introdução ou alteração de normas penais, ela parece ser, do ponto de vista simbólico, uma resposta mais alinhada com a Convenção de Istambul. Contudo, é preciso examinar de perto os *três argumentos* centrais desta orientação.

3.1.1. O ARGUMENTO DA CISÃO: A DIVERSIDADE DO ACTO SEXUAL

O primeiro é o argumento da cisão (ou do *aliud*) e pode ser assim formulado: a (*posterior*) penetração sem o preservativo tem uma natureza substancialmente distinta da (*anterior*) penetração com o preservativo. Curto: são *actos sexuais diversos*⁴³. Seja porque (i) o contacto com a pele do pénis é sensorialmente distinto do contacto com o revestimento em látex. Seja porque (ii) este último não carrega (ou carrega em um grau muito menor) os riscos associados ao toque directo entre as membranas mucosas do corpo humano, sobretudo das

41 Assim, vendo no engano induzido pelo *stealthther* um meio de constrangimento relevante para o crime de violação: Ana Margarida Vicente MONTEIRO, *Da relevância penal do Stealththing no ordenamento jurídico Português* (cit.), pp. 87 e ss.; Ana Rita Faria Lamego FERNANDES, *Constrangimento e falta de consentimento livre serão conceitos equivalentes? O caso do stealththing* (cit.), pp. 43, 46 e 47; João Pedro Pereira CARDOSO, «“O golpe da barriga” e o paradigma das antinomias de género no consentimento sexual viciado», Inês Fernandes GODINHO / Beatriz GARCÍA SÁNCHEZ (Dir.), *Violência de género, mulher e Direito Penal*, Coimbra: Editora D'Ideias, 2024, pp. 130 e 142. Contrariamente, negando a punição *de lege lata*, mas a favor da punição *de lege ferenda*: Gil Duarte Miranda RIBEIRO, *Deficiências do crime de violação à luz da Convenção de Istambul: Stealththing - Consentimento versus Constrangimento*, Dissertação de Mestrado, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2019, pp. 43 ss., disponível em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/30203> (5.2.2025); Maria da Conceição FERREIRA DA CUNHA, «A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da convenção de Istambul», CEJ (Org.), *Crimes Sexuais*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021, pp. 24-25 e 31.

42 No Direito alemão, sustentando a punibilidade do *stealththing* ao abrigo do § 177 (1) do StGB (“agressão sexual”): Felix HERZOG, *Festschrift für Thomas Fischer* (cit.), pp. 355 ss.; Rita VAVRA, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13 (2018) (cit.), pp. 612, 614 e 617; Thomas Michael HOFFMANN, «Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 39 (2019), pp. 16 ss.; Gereon WOLTERS, «Das gesetzliche Merkmal „gegen den erkennbaren Willen“ in der Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB», Jan Christoph BUBLITZ (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Merkel*, Band I, Berlin: Duncker & Humblot, 2020, pp. 964 ss.; Kim Philip LINOH / Nico WETTMANN, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15 (2020) (cit.), pp. 390 ss.; Sebastian KESSLER, *Sexuelle Täuschungen* (cit.), pp. 340 ss.; Johannes MAKEPEACE, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 1 (2021) (cit.), pp. 11 ss.; Joachim RENZIOWSKI, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*⁴ (cit.), § 177, nm. 51; Beatriz Corrêa CAMARGO, «Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts – Ein Beitrag zur Diskussion über die Strafbarkeit sexueller Täuschung und zur Auslegung von § 177 StGB», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 134 (2022), pp. 352, 355 ss., 375 ss.; Tatjana HÖRNLE, «Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung», Gabriele CIRENER, et al. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 13. Aufl., Band 10, Berlin: Walter de Gruyter, 2023, § 177, nm. 35, pp. 202-203; Thomas FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen Kommentar*, 70. Aufl., München: Beck, 2023, § 177, nm. 2e. Aparentemente também, mas ainda com dúvidas em face da proibição de analogia: Karl LACKNER / Kristian KÜHL / Martin HEGGER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl., München: Beck, 2023, § 177, nm. 5a. Embora o § 177 (1), esteja no centro do debate, também se discute se o *stealththing* constitui ou não um “caso especialmente grave” previsto no § 177 (6), n.º 1 (estupro). Cf. Anne SCHNEIDER, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 16 (2023) (cit.), pp. 367 ss.

43 Esse foi o aspecto considerado decisivo pelo BGH na decisão acima mencionada (nota 8). Entre nós, enfatizando a mesma coordenada: Ana Margarida Vicente MONTEIRO, *Da relevância penal do Stealththing no ordenamento jurídico português* (cit.), p. 19 ss., 26 ss., referindo-se – na comparação com a “sabotagem contraceptiva” – à imprescindibilidade do uso do preservativo como aspecto, elemento ou característica “essencial” da relação sexual concretamente acordada.

genitálias⁴⁴. Por conseguinte, a existência de uma barreira física adicional que impede o contacto directo com o pénis altera a qualidade (*espécie*) do acto sexual, o mesmo valendo, inversamente, para a remoção daquele limite (*casos 1 e 4*).

Haveria uma “cisão” jurídico-penalmente relevante entre dois momentos: a retirada do preservativo transforma a penetração em um *outro* acto sexual – caracterizado pela “troca de fluidos corporais”⁴⁵ – que está fora do que foi querido pela vítima e que, por isso, ofende a sua liberdade sexual. Afinal, ao contrário do que acontece, por exemplo, na «mentira da pílula» ou quando ambos os parceiros incumprem a promessa de tomar comprimidos de profilaxia de pré-exposição ao VIH/SIDA⁴⁶, no *stealth*ing o esforço de decompor o acto sexual unitário efectivamente realizado em dois componentes separados – a penetração permitida e o incumprimento da condição do preservativo – seria uma construção muito artificial⁴⁷, alheia à natureza das coisas: o “sexo protegido” (*safer sex*) não é igual a “sexo desprotegido” – este é um *aliud* – e quem diz “sim” apenas para o primeiro, diz “não” para o segundo⁴⁸. A mesma argumentação valeria, *mutatis mutandis*, para a hipótese de não-colocação do preservativo antes da penetração (*casos 2 e 3*).

Aqui ganha ênfase uma perspectiva *objectual* ou *quase-institucional* do preservativo: o invólucro de borracha flexível e extensível que envolve o pénis durante o acto sexual é mais do que uma mera coisa, corpo ou objecto (fiscalidade), pois serve como *método de prevenção de infeções sexualmente transmissíveis* e como *método contraceptivo*, sendo essa dupla função uma base geradora de confiança necessária para as interações sexuais (mais ou menos casuais), e, deste jeito, uma fonte para a generalização de expectativas normativas reciprocamente vinculantes neste contexto. Tendo em conta que a (re) penetração sem preservativo tende a implicar *riscos especiais* (*acrescidos*) – e, por isso, *juridicamente relevantes* – de *contaminação por doenças venéreas* e de *gravidez indesejada*, que não se fazem presentes (na mesma medida) na penetração com preservativo, quem concorda apenas com a realização *deste* acto não concorda também com a realização *daquele* acto. E, não estando coberto pela vontade do titular do bem jurídico, o segundo acto preenche o tipo legal do crime de violação⁴⁹. Portanto, o *stealth*ing deveria receber o mesmo tratamento dado ao incumprimento da promessa do *coitus interruptus*⁵⁰.

Essa abordagem evita a discussão sobre a *validade* do acordo enganosamente obtido, antecipando a solução para o

44 Já assim: Alexandra BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017) (cit.), pp. 185 ss., 190 ss., se bem que preferindo a primeira razão (ali designada de “abordagem literal”), não só por entender que ela é mais propensa a repercutir nos tribunais, geralmente pouco receptivos a alegações de fraude contraceptiva ou de ocultação de DST, mas também em virtude dos perigos que a abordagem do risco pode suscitar, especialmente no que tange à uma excessiva demanda por transparência, quer em matéria reprodutiva, quer em matéria de doenças venéreas (pp. 192 ss.).

45 Joachim RENZIOWSKI, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*⁴ (cit.), § 177, nm. 51. Veja-se ainda a generalidade dos autores citados supra, na nota 42.

46 Em ambos os cenários a natureza (*espécie*) do acto sexual não seria alterada, pois sempre continuaria a ser um acto de troca de fluidos corporais: Barbara WIEDMER, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2 (2023) (cit.), p. 102.

47 Thomas Michael HOFFMANN, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 39 (2019) (cit.), p. 17: o uso da pílula não chega a alterar o acto sexual, pois a medida contraceptiva ocorre com alguma distância temporal no campo prévio da penetração.

48 Johannes MAKEPEACE, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 1 (2021) (cit.), pp. 12 e 13.

49 Assim, vendo uma “confiança reflexiva” institucionalmente mediada por uma “socialidade referida ao objecto”, evidenciada, por exemplo, na compra conjunta do preservativo ou na sua entrega antes do acto sexual: Kim Philip LINO / Nico WETTMANN, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15 (2020) (cit.), pp. 385 ss., 389 ss.

50 Anne SCHNEIDER, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 16 (2023) (cit.), p. 365.

plano da própria *existência* do acordo⁵¹ e deixando intacto o princípio geral de que o acordo viciado por erro é eficaz e exclui a tipicidade do facto⁵²: se a mulher não conhece (não representa) o acto sexual (distinto) que está a ser executado, não há, por definição, nenhuma situação de erro no seu psiquismo⁵³. Contudo, a tese em exame não sobrevive aos testes lógico-analíticos demandados pelo princípio da legalidade penal.

Por um lado, não há como negar que estão em causa actos *fenomenologicamente* distintos. Todavia, do ponto de vista da essência, isto é, sob o prisma da sexualidade, não são actos *numenologicamente* diversos. É claro que não se deve esquecer a *relatividade da descrição intencional* das condutas humanas, uma peculiar característica da linguagem imputacional (adscritiva), ilustrada pelo chamado «efeito-acordeão»⁵⁴: uma acção pode ser submetida a diferentes descrições (interpretações), algumas mais complexas, outras mais simples, mas todas igualmente válidas⁵⁵. Todavia, é preciso considerar ainda o *princípio da referência*⁵⁶.

Por definição, enquanto categoria dogmática, o *acordo* tem por *objecto* os actos que, sem a concordância da outra parte, preencheriam o respectivo tipo legal de crime. Ora, em face do artigo 164.º do Código Penal temos a seguinte moldura de interpretação possível: apesar de o n.º 1 contemplar um crime de realização livre (quanto ao *meio* de constrangimento), a descrição típica *não se refere a quaisquer* actos sexuais de relevo, mas apenas a *determinadas modalidades comportamentais* (classes de acção) ali elencadas em cumprimento do princípio da legalidade⁵⁷: “cópula, coito anal ou coito oral”, bem como “introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos”. Se assim não fosse, teríamos grandes dificuldades de delimitação que abalariam a determinabilidade típica⁵⁸.

É por isso, *u.g.*, que há uma conduta típica de violação quando, tendo concordado apenas com a cópula (penetração vaginal), a mulher é surpreendida por um coito anal (penetração anal) contra a sua vontade cognoscível. Diferentemente, «penetrar com preservativo» e «penetrar sem preservativo» só são descrições intencionais igualmente válidas perante aquele

51 Afinal, só cabe falar em engano se o seu ponto de referência for um único e mesmo acto sexual. Porém, se forem considerados dois actos sexuais diversos (*aliud*), então ambos precisam ser cobertos pelo acordo da mulher. Mas isso significa abandonar o campo da validade (eficácia) do acordo e recolocar o problema no campo da sua *existência*: Andres WISSNER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2021), p. 282.

52 Acima, *primeira premissa*. Cf. ainda Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8 Aufl., München: Vahlen, 2017, p. 326.

53 Felix HERZOG, *Festschrift für Thomas Fischer* (cit.), p. 357. Esse foi também um dos fundamentos da citada decisão do BGH (acima, nota 8). Destacando este aspecto: Marc BAUER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2 (2023) (cit.), p. 98.

54 Também se fala, a este propósito, em um modelo de “árvore de acções”, sendo a chamada “acção-de-base” o fragmento comportamental mínimo, cuja decomposição já não faz sentido: Urs KINDHÄUSER, «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», Hans-Ullrich PAEFFGEN, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, pp. 44 ss. Esse atributo da linguagem também é relevante na discussão, em matéria de causalidade, sobre a chamada “teoria do resultado na sua concreta configuração”. Veja-se Ingeborg PUPPE, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92 (1980), pp. 870 ss.

55 Com referências: Bruno de OLIVEIRA MOURA, «Regras de conduta e regras de imputação: algumas dificuldades do adscritivismo no Direito Penal», *Revista de Estudos Criminais*, 75 (2019), pp. 90 ss.

56 Simplificadamente: a culpa refere-se ao ilícito, o ilícito refere-se ao tipo e o tipo refere-se ao facto, o mesmo valendo para as causas de desculpa, as causas de justificação e as causas de atipicidade. Sobre as implicações práticas desse axioma: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *A conduta prévia e a culpa na participação*, Lisboa: Âncora, 2022, pp. 342 ss.

57 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, «Violação», IDEM (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 164.º, pp. 750-751 (§§ 14 e 16): é por isso que o coito vulvar ou vestibular (contacto externo entre os órgãos sexuais masculino e feminino, com *emissio seminis*) não é punível *sub specie* violação.

58 Admitindo essas dificuldades: Alexandra BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017) (cit.), p. 191: tocar o seio esquerdo seria um acto sexualmente diverso de tocar no seio direito?

preceito legal porque não alteram a natureza da penetração *qua tale*: o revestimento do pénis pelo invólucro de látex é uma circunstância penalmente irrelevante *sub specie* violação, em nada alterando a natureza ou a qualidade do acto típico à luz do artigo 164.º, n.º 1, do Código Penal⁵⁹.

Em síntese: *na perspectiva do ilícito de violação*, a relatividade da descrição (interpretação) relevante está circunscrita pela taxatividade do tipo legal de crime⁶⁰. O que é altamente artificial – com quebra da unidade de sentido da relação sexual enquanto um facto do mundo vivido – não é a separação entre o *acordo* (no sentido jurídico-penal) quanto ao *acto sexual* legalmente tipificado e o *acordo* (na acepção atécnica da linguagem ordinária) quanto à *utilização do preservativo*, mas a separação entre aqueles dois actos a partir de aspectos circundantes ou envolventes, isto é, de circunstâncias objectivamente acidentais (não-essenciais) – o uso ou não uso da protecção – que não passam de “condições-quadro” (*Rahmenbedingungen*) da relação sexual consensualizada⁶¹.

O mesmo vale para a distinção entre penetração com ejaculação (*emissio seminis*) no corpo da parceira e penetração

sem essa ejaculação. Na verdade, os tais especiais riscos que o uso da protecção pretende evitar *só são juridicamente relevantes na perspectiva de outros bens jurídicos* que não a liberdade sexual⁶², designadamente à luz da *integridade física (saúde)* e da *autodeterminação procriativa* da mulher⁶³. O que desloca a análise para o horizonte dos crimes contras esses específicos valores (infra, 4.2). Essa conclusão fica ainda mais nítida na hipótese de *stealth*ing reverso (invertido)⁶⁴:

Caso 9. Fátima esclarece a Miguel que só aceita⁶⁵ ser penetrada sem preservativo. Concordando com isso, Miguel inicia a penetração. Receando o contágio por DST e com medo de se tornar pai, Miguel aproveita a mudança de posição de Fátima e coloca o preservativo, sem que ela se apercebesse (porque, neste instante, estava de costas). Ele faz a repenetração, agora protegida. Pouco depois, Fátima nota que algo está diferente e interrompe a relação: “com preservativo, não!”, diz.

Para ser coerente, a tese do *aliud* deveria afirmar que a conduta de Miguel preenche o tipo legal do crime de

59 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealth*ing: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.), nm. 2: “o uso ou não uso de preservativo não é, *da estrita perspectiva da liberdade sexual*, um elemento essencial do acto sexual”, pelo menos não a ponto de “a respectiva remoção gerar um acto sexual *diverso* e carecido de consentimento específico sob pena de se cometer um crime de violação” (itálicos no original).

60 Também assim, embora classificando o delito de violação como “crime de execução vinculada”: José Mouraz LOPES / Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, p. 102: “não nos referimos aos *meios* para constranger, relativamente ao qual existe apenas um ‘elenco’ no tipo qualificado do n.º 2 (violência ou grave ameaça), mas sim ao objecto da constricção, ou seja, a execução do crime deverá envolver uma penetração (cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos).

61 Moritz DENZEL / Renato KRAMER, «Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 6 (2019), p. 354.

62 Assim, tratando unitariamente todos os riscos em questão na perspectiva da integridade física: Kevin FRANZKE, *Bonner Rechtsjournal*, 2 (2019), p. 120, ao conceber a gravidez indesejada como possível resultado de ofensa corporal, em virtude das dores provocadas ao longo do processo gestacional, incluindo as dores do parto (adiante, 3.2).

63 Chamando a atenção para este aspecto: Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealth*ing: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.), nm. 4.

64 Admitindo esta dificuldade, mas aplicando o “correctivo normativo” do limiar de relevância (§ 184h (1) do StGB), negando o “relevante” do acto sexual: Thomas Michael HOFFMANN, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 39 (2019) (cit.), pp. 17 s.

65 Por exemplo, porque sofre de alergia ao contacto com o látex ou por qualquer outra razão.

violação⁶⁶: afinal, também aqui existiria uma quebra de acordo através da prática de um acto sexual diverso daquele que Fátima anuiu⁶⁷. Todavia, reconhecer uma ofensa à liberdade sexual nesse caso seria pouco compreensível⁶⁸ e quase ninguém⁶⁹ parece disposto a fazê-lo. Contra isso não cabe invocar que a colocação clandestina do preservativo não é um desvio jurídico-penalmente relevante sob o prisma da liberdade sexual porque constitui um acto que afecta a esfera física (íntima, sensorial) de maneira menos intensa do que a actividade sexual acordada⁷⁰. Pois tal raciocínio só tem sentido (prático-normativo) na perspectiva dos riscos para outros bens jurídicos.

Pela mesma razão, o *stealthing* tampouco seria uma conduta tipicamente relevante de *coacção sexual*, tal como definida pelo artigo 163.º, n.º 1, do Código Penal: por si só, a retirada do preservativo (ou a sua não-colocação) *não é um acto sexual*, menos ainda *um acto sexual de relevo*, não só porque falta a intenção libidinosa, mas também e sobretudo porque não é um “comportamento que, do ponto de vista predominantemente objectivo e segundo uma compreensão natural,

assume uma *natureza*, um *conteúdo* e um *significado* directamente relacionados com a esfera da sexualidade”⁷¹.

É claro que a penetração é um acto sexual de relevo. Todavia, ela foi autonomizada pelo legislador no artigo 164.º, em virtude da sua maior relevância para o bem jurídico ali tutelado. Por isso o artigo 163.º não pode ser usado como um tipo penal reserva (de «cobertura» ou «recolhida»): havendo penetração (com ou sem preservativo), teremos sempre um acto sexual de relevo acrescido ou especial, que faz a análise se deslocar do artigo 163.º para o artigo 164.º. Em outras palavras: o único acto sexual de relevo no *stealthing* é a penetração vaginal, anal ou oral. De qualquer maneira, ainda que assim não fosse, sempre haveria – por força do n.º 3 do artigo 163.º – a posterior questão da contrariedade à vontade cognoscível (a seguir, 3.1.2).

Mutatis mutandis, o mesmo pode ser dito quando o *stealthing* é acompanhado pela *ejaculação interna* (casos 1 e 3): em si mesma, a liberação do esperma *não é um acto sexual*, menos ainda *um acto sexual de relevo*, mas somente uma consequência natural ou orgânica – mais ou menos mecânica ou reflexa e,

66 E dificilmente seria aplicável uma justificação pelo direito de necessidade (CP, art. 34.º). Pois se o agente sabe que a mulher tem alguma doença venérea, o perigo é removível de outro modo: basta omitir a realização do acto sexual. Além disso, a realização do acto sexual propriamente dito nunca seria um meio adequado para afastar o perigo. Cf. Sebastian KESSLER, *Sexuelle Täuschungen* (cit.), p. 344 (nota 214).

67 Um pormenor do Direito Positivo português: é certo que o artigo 164.º do Código Penal refere ainda actos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos (n.º 1, al. b)). Mas não parece que a penetração com preservativo (visto na sua dimensão objectual) seja abarcada pelo âmbito de protecção da norma, que tem em mira os casos de introdução de objectos que fazem as vezes do órgão sexual masculino e não a introdução de um objecto que reveste o pénis como uma «segunda pele». Algo similar pode ser dito sobre o sémen nos casos de ejaculação no interior da mulher: embora o esperma seja um ‘objecto’ no sentido filosófico e uma ‘parte do corpo’ no sentido biológico, do ponto de vista da norma trata-se apenas de uma *substância* cuja introdução é penalmente atípica.

68 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealthing*: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.), nm. 2.

69 Diversamente, sustentando que também nessa hipótese se trata de um desvio (risco) relevante para a liberdade sexual: Anne SCHNEIDER, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 16 (2023) (cit.), p. 367.

70 Com esse argumento, entretanto: Kim Philip LINOH / Nico WETTMANN, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15 (2020) (cit.), p. 283; Beatriz Corrêa CAMARGO, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 134 (2022) (cit.), pp. 375–376, sublinhando a vertente de fisicalidade da liberdade sexual, para a qual importam apenas as condições que limitam o grau (extensão ou dimensão) do contacto; Tatjana HÖRNLE, *Leipziger Kommentar*¹³ (cit.), § 177, nm. 35.

71 Jorge de FIGUEIREDO DIAS, «Coacção sexual», IDEM (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 164.º, p. 718 (§ 9), com negritos no lugar dos itálicos. Pelo mesmo fundamento, cumpre afastar a aplicação do tipo legal do crime de importunação sexual, descrito pelo artigo 170.º, na vertente do contacto de “natureza sexual”.

portanto, uma não-acção (em sentido atributivo)⁷² – de um acto sexual que, nos cenários em estudo, só pode ser a penetração (da vagina, do ânus ou da boca)⁷³. Portanto, no Direito português o *stealththing* recebe o mesmo tratamento dado aos casos de quebra – seja por fraude, seja por mero engano – da promessa de um coito interrompido: a atipicidade⁷⁴.

3.1.2. O ARGUMENTO DO CAMPO PRÉVIO: A CONTRARIEDADE À VONTADE COGNOSCÍVEL DA VÍTIMA

No pressuposto – acima refutado – de que a penetração sem preservativo é um acto sexual *tipicamente* diverso da penetração com preservativo, a tese dominante só fica completa com um segundo argumento: ao fixar *previamente* uma condição essencial (*casos 1, 2, 3 e 4*) para a interacção, a mulher exerceu, em termos vinculantes para o *futuro* comportamento do homem, isto é, para *todo o período de tempo* que o acto sexual venha a durar (salvo revogação da autorização concedida), o seu direito de delimitar *se e como* o

contacto poderia ocorrer. Quem desrespeita tal estipulação constrange a vítima, agindo “contra a sua vontade cognoscível” (CP, art. 164.º, n.º 3)⁷⁵.

Apesar da sua aparente evidência, essa argumentação não convence. Aqui o determinante será um outro aspecto lógico-analítico: o *princípio da simultaneidade*. Segundo este, não basta que os elementos que integram o conceito ou a estrutura do delito se refiram uns aos outros. É preciso também que eles coincidam temporalmente (fazendo-se presentes) no *momento da prática do facto* (que é a ocasião decisiva para a intencional não-avoidance da conduta típica), o mesmo valendo, inversamente, para os contra-elementos, isto é, para as situações ou categorias que afastam ou impedem a configuração do crime, como o próprio acordo⁷⁶.

A lei portuguesa – praticamente copiando o modelo fundamental⁷⁷ consagrado na reforma do Direito Penal sexual alemão (2016), se bem que fazendo a contrariedade à vontade cognoscível da vítima equivaler juridicamente ao conceito de “constrangimento”⁷⁸ – adoptou a chamada “solução do não-acordo” (“não significa não”)⁷⁹, que impõe

72 Veja-se a citada (acima, nota 8) decisão do OLG Schleswig (Urt. v. 19.03.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21): “focar exclusivamente na ejaculação como um acto sexual não coberto pelo acordo também parece duvidoso, porque se trata principalmente de uma reacção corporal de base biológica, concretamente já não mais voluntária”. Com efeito e no limite, até um homem vítima de violação pode ejacular durante a agressão. Porém, tal não significa que a liberação do esperma não possa ser considerada (como consequência do facto) para fins de dosimetria da pena.

73 Isso torna-se evidente na comparação com a cópula vulvar ou vestibular: também aqui a *emissio seminis* não possui nenhuma autonomia adscritiva (imputacional), pois o único acto sexual de relevo é contacto externo dos órgãos sexuais masculino e feminino. Com outra opinião, vendo na ejaculação um acto sexual autónomo: Sebastian KESSLER, *Sexuelle Täuschungen* (cit.), pp. 342-343.

74 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealththing*: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.) nm. 2.

75 Veja-se novamente a generalidade dos autores citados acima, na nota 42.

76 Sobre o papel do princípio da simultaneidade na estrutura do crime: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *A conduta prévia e a culpa na participação* (cit.), pp. 204 ss.

77 Embora o «não significa não» seja a regra, a lei prevê uma excepção que consagra o «somente sim significa sim»: quem se aproveitar de alguém que esteja significativamente restringido na formação ou expressão da sua vontade devido à sua condição física ou psicológica só não preencherá o tipo legal de crime se se certificar da concordância dessa pessoa (StGB, § 177 (2), n.º 2). Trata-se, assim, na verdade, de um modelo combinado ou misto.

78 Sobre essa técnica legislativa, não vendo diferenças relevantes entre o “modelo do constrangimento” e o “modelo do dissentimento”: Maria da Conceição FERREIRA DA CUNHA, *Crimes Sexuais* (cit.), pp. 27 ss., destacando (pp. 22 s.) que o artigo 165.º completa a tutela nos casos de debilidade que implicam uma verdadeira incapacidade.

79 *Nichteinverständnislösung* („Nein-heißt-Nein“), abandonando-se, assim, o tradicional modelo baseado na força (violência), que exigia a superação da resistência física da vítima. Veja-se o correspondente informe do Parlamento Alemão: BT-Drucksache 18/9097, p. 21, disponível em <https://dserver.bundestag.de/btd/18/090/1809097.pdf> (5.2.2025).

às pessoas adultas que não pretendam aceitar a investida de outrem a *incumbência* ou *ônus* de trazer ao mundo exterior a sua vontade contrária⁸⁰, manifestando claramente (sem ambivalências) que o contacto – em qualquer das suas dimensões (“se”, “quando”, “como”, “com quem”, “onde”) – não deve acontecer.

Parte-se do princípio de que, tratando-se de pessoas adultas, o acto sexual é autorizado, a não ser que a outra parte comunique de maneira reconhecível – não é necessária a rejeição *expressis verbis* (um verbal «não!»), bastando a recusa concludente, isto é, a existência de sinais de linguagem corporal ou qualquer outro fator que permita inferir inequivocamente a rejeição: choro, grito, reação de nojo, tremor, afastar as mãos do agente, esquiva, fuga, tapar a boca, juntar as pernas, contrair as nádegas, etc. – o seu dissenso (dissentimento ou desacordo) perante este acto⁸¹. Logo, há dois elementos que devem estar presentes no momento da prática do facto: (i) a vontade íntima (natural) de rejeição do acto sexual; (ii) a cognoscibilidade dessa posição interior, avaliada objectivamente⁸², na perspectiva de um terceiro, como observador sensato, atentas todas as circunstâncias subjacentes.

É neste segundo ponto que o problema se coloca: embora a vontade contrária à penetração sem preservativo tenha sido manifestada no *campo prévio*, ou seja, antes da relação sexual, a verdade é que, *no momento da prática do facto*, ou seja, no instante do início da penetração desprotegida, a mulher simplesmente não possui nenhuma vontade interna contrária a *este* acto sexual, precisamente porque supõe, de maneira equivocada (em falsa representação da realidade), que está a ser penetrada com o preservativo (conforme combinado)⁸³.

Contra essa objecção se diz que a vontade objectivamente cognoscível no campo prévio continua a surtir efeito durante todo o decurso do acto sexual: seria irrealista esperar da mulher uma constante renovação da vontade e uma permanente vigilância sobre o uso do preservativo, servindo o acordo prévio exactamente para desonerá-la dessa actualização contínua⁸⁴. E que o acordo condicionado só surte efeito quando se cumpre a condição: se o preservativo não é usado, o acordo é ineficaz⁸⁵. Porém, esse raciocínio contradiz o próprio ponto de partida assumido pela tese do *aliud*: no momento do *novo acto* não há nenhuma vontade interna contrária à sua realização, sobre a qual se pudesse fazer

80 Tatjana HÖRNLE, «#MeToo – Implications for Criminal Law?», *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 6 (2018), pp. 130 (nota 41) e 131. Entre nós, falando em “ônus de comunicar o dissentimento” enquanto “ônus mínimo de auto-protecção dos seus interesses”: Pedro CAEIRO, «Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29 (2019), pp. 650 e 652.

81 Ao invés de muitos: Gereon WOLTERS, *Festschrift für Reinhard Merkel* (cit.), p. 955.

82 Agora também assim, mudando a sua anterior posição (juízo do ponto de vista subjectivo): Theo ZIEGLER, «Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung», Bernd von HEINTSCHEL-HEINEGG / Hans KUDLICH (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar StGB*, 63. Aufl., München: Beck, 2024, § 177, nm. 8 e 9. Na verdade, um juízo do ponto de vista subjectivo – bastando que a vontade contrária fosse *individualmente* cognoscível para o *concreto* agente – implicaria punir verdadeiras situações de negligência, o que em momento algum foi pretendido pelo legislador.

83 Elisa HOVEN / Thomas WEIGEND, «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 3 (2018), pp. 158 e 160.

84 Felix HERZOG, *Festschrift für Thomas Fischer* (cit.), pp. 356 e 357; Johannes MAKEPEACE, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 1 (2021) (cit.), pp. 12 e 13; Anne SCHNEIDER, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 16 (2023) (cit.), pp. 365-366.

85 Kim Philip LINOH / Nico WETTMANN, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15 (2020) (cit.), p. 390.

um juízo de cognoscibilidade referido precisamente a este *acto diverso*⁸⁶. E isso vale igualmente para o *campo posterior*: o arrependimento (remorso) subsequente (retrospectivo) não é comparável à experiência de ter vivido um acto sexual sob constrangimento⁸⁷.

Tudo fica mais claro quando a mulher não se apercebe que a penetração foi iniciada sem preservativo (*caso 6*) ou quando ela não se apercebe nem que a protecção foi utilizada, nem que foi removida neste íterim (*caso 7*), bem como no cenário de comunicação tardia (*caso 8*). E mesmo que a vontade interna contrária à não-utilização do preservativo tivesse existido no momento do facto, ela nunca chegou a ser comunicada atempadamente ao parceiro: quando veio a ser externalizada, o acto sexual foi imediatamente interrompido (*casos 7 e 8*)⁸⁸.

A ausência dessa vontade individual actualizada no instante decisivo não pode ser substituída – como se tratasse de um *Surrogat* que pudesse habilitar a imputação em termos extraordinários – por uma vontade declarada antecipadamente, nem por uma vontade abstracta definida socialmente (ou mesmo estatisticamente) como a posição dominante, *v.g.*, a partir da constatação de que o uso do preservativo é o comportamento padrão em matéria de prevenção (*safer*

sex), sendo a não-utilização uma conduta desviante carente de explicação⁸⁹. Pois isso significaria burlar não só o espírito, mas também a própria letra da lei: seria deixar entrar pela janela os factos que o legislador democraticamente legitimado decidiu claramente expulsar pela porta.

Essa afirmação pode ser generalizada⁹⁰ tanto para o cenário de *dealbreaker* (*casos 1, 2, 3 e 4*) quanto para o cenário de simples pedido (*caso 5*): em todas essas hipóteses falta a actualidade da manifestação da vontade contrária. Mesmo que tenha havido um acordo prévio a impor o uso do preservativo como condição essencial para o acto sexual, essa vontade contrária *antecipada* não prolonga efeitos no tempo, pois o dissenso tem de ser trazido ao mundo – pelo menos de forma concludente – no momento da prática do facto. Por outras palavras ainda: a clandestinidade do *stealth* – implicando necessariamente o desconhecimento da outra parte – é incompatível com a cognoscibilidade *hic et nunc* de uma vontade contrária ao acto sexual⁹¹.

Nessa esteira, punir o *stealth* seria ficcionar a tipicidade da conduta com base em uma vontade contrária meramente hipotética ou presumida⁹². Ademais, se o aspecto determinante fosse a vontade contrária antecipada no campo prévio, isso implicaria admitir que circunstâncias futuras teriam

86 De resto, a tese da extensão temporal (prospectiva ou «para frente») do acordo prévio enfrenta dificuldades sistemáticas à luz do Direito Positivo alemão, pois acabaria por tornar supérfluo (esvaziando o seu sentido útil) o § 177 (2) do StGB, onde o legislador pretendeu regular precisamente os casos onde o homem se aproveita de uma pessoa que, em virtude de limitações permanentes ou transitórias da sua capacidade física ou psicológica, não está em condições de formar ou externalizar a sua vontade contrária (n.ºs 1 e 2). No mais, o *stealth* tampouco entra no âmbito de protecção do preceito que pune quem explora o efeito surpresa (n.º 3): afinal, por definição, um dos elementos daquele é precisamente a sua clandestinidade. Sobre tudo isso, à luz da letra da lei e da vontade histórica do legislador, reconhecendo uma lacuna punibilidade a ser fechada por aquele: Andres WISSNER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2021), p. 283, 285 e 286.

87 Veja-se a referência citada na nota 83. Também assim: Moritz DENZEL / Renato KRAMER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 6 (2019) (cit.), p. 351.

88 Tatjana HÖRNLE, *Leipziger Kommentar*¹³ (cit.), § 177, nm. 35.

89 Sebastian KESSLER, *Sexuelle Täuschungen* (cit.), pp. 338–339.

90 Contra essa generalização, entretanto, considerando o *stealth* uma conduta típica de violação em ambos os cenários: Sebastian KESSLER, *Sexuelle Täuschungen* (cit.), pp. 340 ss.

91 Kay H. SCHUMANN / Lukas SCHEFER, *Festschrift für Urs Kindhäuser* (cit.), pp. 818 ss., 821 ss.

92 Mohamad EL-GHAZI, «Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12 (2017), pp. 163, 164 e 166.

influência na validade do acordo feito *ex ante*: o uso do preservativo seria uma *condição resolutiva*, cujo incumprimento faria decair *ex post* a eficácia do acordo, prejudicando *retroactivamente* quem confiou na sua existência⁹³. Portanto, em nenhum daqueles casos há uma conduta típica à luz do artigo 164.º do Código Penal⁹⁴. E, ainda que houvesse, o regime de exclusão do dolo continuaria sendo aplicável se, no momento da prática do facto, o agente tivesse representado erroneamente a não-contrariedade à vontade cognoscível da vítima (art. 16.º, n.º 1).

Contra essa conclusão não cabe dizer que aquele preceito incriminador deve ser objecto de uma interpretação conforme à Convenção de Istambul, com aproximação ao modelo do consentimento (assentimento ou acordo afirmativo: «somente sim significa sim»)⁹⁵, supostamente

imposto pelo seu artigo 36.º. Primeiro porque, como visto, isso seria uma analogia proibida pelo princípio da legalidade criminal⁹⁶. Segundo porque não é líquido⁹⁷ que tal preceito imponha um tal paradigma de consenso: os termos utilizados nos originais (em inglês e francês) do documento – “*non-consensual*”, “*consent*”, “*non consentis*”, “*consentement*” – admitem diferentes interpretações à luz da dogmática jurídico-penal. Ou seja: a própria convenção é lacunosa nesse tocante⁹⁸.

Aliás, já após a introdução do n.º 3 do artigo 164.º do Código Penal, o Parlamento Europeu sinalizou que, ao fornecer uma “definição de consentimento” a partir da noção de constrangimento, o Direito português está alinhado com o Direito da União Europeia⁹⁹. Igual diagnóstico recebeu o Direito alemão¹⁰⁰, onde o legislador nacional¹⁰¹

93 Em termos gerais, a propósito das situações de erro em retrospectiva: Hans-Heiner KÜHNE «Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts», *Juristenzeitung*, 34 (1979), pp. 245 ss.

94 Nem à luz do artigo 163.º, que também mobiliza (n.º 3) a fórmula “contra a vontade cognoscível da vítima”.

95 Adoptado, por exemplo, no Reino Unido, onde a secção 1 do Sexual Offences Act (2003) define a violação como a penetração sem que o agente tenha um motivo razoável para acreditar que a outra parte consente: Elisa HOVEN / Thomas WEIGEND, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 3 (2018) (cit.), p. 156. Desde a reforma de 2022, o Código Penal espanhol (art. 178. 1) também requer um assentimento positivo: Bruno de OLIVEIRA MOURA, «Os crimes contra a liberdade sexual no contexto da violência doméstica: a falta de acordo da vítima e a sua prova», Inês Fernandes GODINHO / Beatriz GARCIA SÁNCHEZ (Dir.), *Violência de género, mulher e Direito Penal*, Coimbra: Editora D’Ideias, 2024, pp. 243-244 (nota 30).

96 Mohamad EL-GHAZI, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12 (2017) (cit.), p. 159. Igualmente, mas propondo a “universalização do paradigma do consentimento” como próximo passo ao qual o legislador português deve aderir por uma “questão de civilização”: Maria Fernanda PALMA, «Os crimes sexuais na reforma penal portuguesa: novas compreensões do humano e o princípio da necessidade de pena», *Anatomia do Crime*, 15 (2022), pp. 19-20. Similar, com um argumento de maioria de razão: João Pedro Pereira CARDOSO, *Violência de género, mulher e Direito Penal* (cit.), pp. 127 e 128: se o legislador emprega o modelo de consentimento na configuração típica de crimes axiologicamente menos graves (como aqueles descritos nos artigos 156.º, 190.º a 196.º e 199.º do Código Penal), então deveria utilizá-lo também na tipificação da violação. Contudo, esse raciocínio ignora a dinâmica própria das relações sexuais.

97 Não por acaso, o parecer do Conselho Superior da Magistratura (supra, nota 6, p. 13) não arrisca ir além da afirmação de que o “modelo de ‘consentimento’ (...) parece ser propugnado pela Convenção” (itálico meu).

98 Cf. infra, na nota 101. Contra: Maria da Conceição FERREIRA DA CUNHA, *Crimes Sexuais* (cit.), pp. 29, 31 e 36.

99 *Definitions of rape in the legislation of EU Member States* (Janeiro de 2024), pp. 19 e 28, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/757618/EPRS_IDA\(2024\)757618_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/757618/EPRS_IDA(2024)757618_EN.pdf).

100 Veja-se o relatório citado na nota anterior, pp. 13, 14 e 25.

101 É certo que também na Alemanha se discutiu vivamente sobre o cumprimento das obrigações assumidas no quadro daquele instrumento de Direito internacional. Identificando as lacunas do Direito anterior em face da convenção: Tatjana HÖRNLE, «Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10 (2015), pp. 206 ss., se bem que admitindo (p. 213) que do artigo 36.º não decorre nenhuma imposição de um modelo geral de permissão afirmativa (solução “somente sim significa sim”). Contra a tese das lacunas do Direito anterior em face da convenção, apontando o carácter lacunoso do próprio artigo 36.º: Thomas FISCHER, «Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention. Entgegnung auf Hörnle, ZIS 2015, 206», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10 (2015), pp. 312 ss., 317 ss.

preferiu introduzir o modelo negativo («não significa não») exactamente por considerar aquele outro paradigma (o positivo) muito menos claro, além de ser alheio à realidade da vida e incluir factos que não merecem punição (situações ambivalentes)¹⁰². Não há, pois, nenhuma razão evidente para duvidar de que a solução portuguesa – copiando a cláusula “*gegen den erkennbaren Willen*” do § 177 (1) do StGB e fazendo o constrangimento corresponder ao dissenso¹⁰³ – esteja em harmonia com o texto da convenção.

Por fim, o *stealthing* tampouco preenche o tipo legal do crime de violação de pessoa posta na impossibilidade de resistir, previsto no n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal. É certo que, ao desconhecer a ausência actual do preservativo, a parceira não é capaz de manifestar, no momento do facto, a sua vontade contrária ao acto sexual *sem preservativo*. Contudo, para a norma o que importa é a impossibilidade de resistir ao *acto sexual* (a penetração) e, neste tocante, a mulher não se encontra em nenhuma situação de incapacidade física ou psíquica (inconsciente, dopada, amarrada, etc.).

O mesmo deve ser dito em face do tipo legal do crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, descrito no artigo 165.º, n.º 2. Ainda que assim não fosse, sempre caberia objectar que, não obstante a cláusula – vertida no

n.º 1 – da incapacidade de opor resistência “por outro motivo” (que não o estado de inconsciência), o preceito se aplica apenas às impossibilidades pré-existentes que decorram de um facto independente da vontade do homem e não às impossibilidades por ele preordenadamente criadas com o fim de realizar o acto sexual¹⁰⁴.

3.1.3. O ARGUMENTO DA VALIDADE DO ACORDO: A ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO ESTIPULADA

Quanto ao cenário de *dealbreaker*, há quem tente fundamentar a punição do *stealther* no plano da validade (eficácia) do acordo, recorrendo à dogmática dos vícios da vontade do titular do bem jurídico: tendo esse sido enganado, através de uma promessa incumprida, sobre uma condição sem a qual o acto sexual não teria acontecido (*casos 1, 2, 3 e 4*), o acordo dado para a prática do mesmo é *ineficaz* (*inválido*), o que torna a penetração desprotegida uma conduta típica *sub specie* violação. Pois quem é ludibriado sobre uma contrapartida necessária para a interacção não decide autonomamente sobre a sua sexualidade: ao fim e ao cabo, quem decidiu sobre isso foi o próprio promitente¹⁰⁵.

102 Cf. o relatório final da Comissão de Reforma do Direito Penal Sexual (19 de Julho de 2017), pp. 50 ss., 392 ss., em https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/181/file/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf (5.2.2025).

103 Para a discussão em torno da reforma de 2019, apontando as fragilidades do “modelo de consentimento” e a suficiência do “modelo de dissenso” à luz da Convenção de Istambul: Pedro CAEIRO, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29 (2019) (cit.), pp. 648-655 e 676-677, sublinhando (pp. 649 e 652) que a regra «somente sim significa sim» acabaria por transformar os crimes sexuais em delitos de perigo abstracto, antecipando excessivamente a tentativa punível: em situações de indecisão da mulher, o mero começar a despi-la já seria – havendo pelo menos o dolo na forma de assunção do risco de avançar – um acto de execução dos crimes de coacção sexual ou violação. Ainda a este propósito, concluindo que a lei em vigor “cumpre em termos de literalidade a Convenção de Istambul”: José Mouraz LOPES / Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais* 4 (cit.), p. 75.

104 Em termos gerais, sem mencionar o *stealthing*: Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022, pp. 726 (nm 13) e 739 (nm. 5). O parecer do Conselho Superior da Magistratura (acima, nota 6, pp. 15-16) também rejeita a aplicação do artigo 165.º aos *stealthers*. Já assim: Ana Margarida Vicente MONTEIRO, *Da relevância penal do Stealthing no ordenamento jurídico português* (cit.), pp. 17-18. Deixo em aberto a questão de saber se há, no nosso sistema jurídico, alguma lacuna de punibilidade nos casos em que o agente aproveita o efeito surpresa. Como já referido, existe uma discussão semelhante no Direito alemão (acima, nota 86).

105 Rita VAVRA, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13 (2018) (cit.), pp. 615 e 618, concluindo que as situações de fraude já são puníveis sob a letra do § 177 (1) do StGB.

Porém, outra vez nos deparamos com uma fundamentação dificilmente sustentável. Desde logo por força do princípio geral de que nas situações de acordo excludente da tipicidade o erro do titular do bem jurídico – mesmo quando astuciosamente provocado pelo agente – é um vício irrelevante: o acordo obtido mediante fraude ou engano é válido e eficaz¹⁰⁶. É certo que esse princípio não é isento de crítica. E até se poderia dizer que as situações de *stealthing* são uma boa razão para desviar dele. Porém, as dificuldades permanecem. Retornemos ao *princípio da referência*.

Segundo um entendimento mais moderado e ainda dominante na doutrina, pelo menos nas situações de acordo¹⁰⁷ o erro (incluindo a fraude e o engano) só será um vício relevante, invalidando (tornando ineficaz) a expressão de vontade, se for um *erro referido ao bem jurídico*, isto é, se disser respeito ao “significado” – incluindo o “alcance” – do interesse jurídico-penalmente protegido¹⁰⁸. Ora, isso não se verifica nos cenários de *stealthing*, onde há apenas um *erro não-referido ao bem jurídico*, ou seja, um erro que tem por objecto circunstâncias acessórias actuais ou futuras (consequências esperadas) que motivaram – em concreto: a promessa de uma contraprestação

– o acordo, sendo, portanto, um mero e irrelevante *erro sobre os motivos*.

O acordo requer *que* seja formada uma vontade que corresponda à interacção sexual, não importando o *porquê* da sua formação. No *stealthing* a mulher quer *que* haja o acto sexual, mas o quer (não só, mas também) *porque* o homem prometeu o uso do preservativo: a pessoa enganada não erra sobre o sentido ou o alcance¹⁰⁹ do acto sexual, que é, em si mesmo, querido por ela, errando somente sobre uma contrapartida que, embora podendo estar referida a outros bens jurídicos, não diz respeito ao exercício autónomo da sexualidade. Pois “a validade do acordo não depende da verificação de condições e circunstâncias que envolvem o acto, mas que não o integram, mesmo quando sejam (subjectivamente) essenciais para uma das partes”¹¹⁰.

É verdade que a distinção nem sempre é clara e facilmente realizável na prática¹¹¹, como mostra, por exemplo, o erro sobre a identidade do parceiro, que é, precisamente, um dos aspectos que estarão mais intimamente ligados ao acto sexual. Contudo, isso ainda não constitui uma razão suficiente para abandoná-la. Além disso, a mesma conclusão também poderia ser obtida sem o critério geral da referência ao bem jurídico (*Rechtsgutsbezogenheit*), designadamente

106 Acima, *segunda premissa*. Esse princípio reconduz-se a Friedrich GEERDS, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 111 (1954) (cit.), pp. 264 ss. Diversamente, no consentimento o engano ou fraude é sempre relevante e invalida a declaração da vontade.

107 Diversamente, aceitando o critério do erro-referido-ao-bem-jurídico apenas para o consentimento e propondo uma solução casuística e diferenciadora (no seio da interpretação do desenho de cada tipo legal de crime) para o acordo: Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (cit.), pp. 642 ss., 668 ss.

108 Elaborando a teoria, mas aplicando-a também ao consentimento: Gunther ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Frankfurt: Athenäum, 1970, pp. 19 ss., 29 ss., onde destaca (pp. 17 ss.) que – apenas como algumas poucas excepções (como no delito de burla) – o Direito Penal protege as pessoas somente no que diz respeito à existência dos seus bens jurídicos (*Bestandsschutz*) e não também no tocante à sua liberdade (função ou valor) de troca (*Tauschfreiheit*). Contra: AMELUNG, Knut, *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten* (cit.), pp. 21 ss.

109 Ao contrário do que aconteceria, por exemplo, se a vítima fosse engada sobre a menor profundidade na penetração. Considerando o “*deep throat*” um acto sexual diverso punível à luz do § 177 (1) do StGB: Johannes MAKEPEACE, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 1 (2021) (cit.), pp. 13 e 14.

110 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealthing*: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.), nm. 2.

111 Rita VAVRA, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13 (2018) (cit.), p. 614. Também críticas: Beatriz Corrêa CAMARGO, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 134 (2022) (cit.), pp. 366 ss.; Tatiana BADARÓ, «A mentira que invalida o consentimento sexual: limites à criminalização do estupro mediante fraude», *Revista do Instituto de Ciências Penais*, 8 (2023), pp. 309-400.

com uma abordagem casuística e diferenciadora da relevância do vício da vontade ao longo da Parte Especial¹¹², *i.e.*, em função do específico sentido hermenêutico do tipo penal em questão¹¹³.

Com efeito, nos tipos penais que se baseiam na superação da vontade contrária da vítima o acordo só será inválido ou ineficaz se estiver eivado exactamente pelo vício que o agente produz através do seu comportamento típico. Nessa escora, o único vício relevante à luz do artigo 164.º é o constrangimento (n.º 3): quem engana a mulher sobre uma contra-prestação para a prática do acto sexual *não a constrange tipicamente*¹¹⁴. Curto: no *stealth*ing há um erro (fraude, engano) irrelevante à luz da cláusula “contra a vontade cognoscível”¹¹⁵.

Também é certo que – se conhecida – a não-utilização do preservativo teria impedido a realização do acto sexual, pois, nessa hipótese, a parceira se teria recusado a praticá-lo. Porém, essa hipotética recusa não seria uma recusa do acto sexual em si mesmo, mas apenas a recusa da sua realização em circunstâncias que são normativamente relevantes somente para fins de prevenção de DST e de uma gravidez indesejada¹¹⁶. Ademais, ao abrir a porta do Direito Penal sexual para

uma punição ilimitada dos casos de engano¹¹⁷, o argumento em exame habilita resultados infundados¹¹⁸.

Como qualquer fraude sobre qualquer condição subjetivamente necessária e objectivamente estipulada prejudicaria o autónomo exercício da liberdade sexual, a mentira sobre circunstâncias mais ou menos arbitrárias – idade, estado civil, altura, estado de saúde, tatuagens, sentimentos (*v.g.*, uma declaração de amor), esterilidade (*v.g.*, a vasectomia), paternidade, desejo de procriar, gostos musicais ou literários, adesão futebolística, profissão, rendimentos, património, signo astrológico, nacionalidade, origem familiar, ideologia política, filiação partidária, crença religiosa, as próprias predilecções sexuais (posição durante o acto, tamanho do pénis, etc.), entre tantos outros aspectos, desde que considerados determinantes pela mulher e comunicadas ao homem – sempre seria uma conduta típica de violação. O mesmo vale para manipulações mediante falsas promessas – *v.g.*, de namoro ou casamento, de viagens, de recompensa económica¹¹⁹, de promoção profissional ou de favores de qualquer outra índole, incluindo fetiches¹²⁰ – ou de promessas verdadeiras que, entretanto, terminam frustradas¹²¹.

112 Supra, nota 107.

113 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealth*ing: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.), nm. 2.

114 Assim, com uma análise diferenciadora: Urs KINDHÄUSER, *AT*⁸ (cit.), p. 120, onde sistematiza (pp. 117 ss.) diferentes grupos de crimes e os respectivos critérios.

115 Na mesma linha: Mohamad EL-GHAZI, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12 (2017) (cit.), p. 164.

116 Moritz DENZEL / Renato KRAMER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 6 (2019) (cit.), p. 353.

117 Marc BAUER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2 (2023) (cit.), p. 99.

118 “Bizarros” ou “grotescos”: Moritz DENZEL / Renato KRAMER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 6 (2019) (cit.) p. 350.

119 No clássico exemplo da prostituta que é premeditadamente enganada quanto ao pagamento dos seus serviços: a sua expectativa quanto à contraprestação só é penalmente tutelável como ofensa ao património, na sua aceção jurídico-económica. Nesse caso, o agente realiza uma conduta típica do crime de burla (CP, art. 217.º, n.º 1). Cumpre assinalar que a lei alemã de protecção das pessoas que trabalham na prostituição (*Prostituiertenschutzgesetz*) impõe às prostitutas e aos clientes o dever de uso do preservativo, sujeitando apenas os primeiros ao pagamento de uma coima em caso de infracção (ProstSchG, § 32). Porém, deste *Kondompflicht* não se deduz nenhuma consequência para o enquadramento do *stealth*ing: a finalidade precípua do legislador não é tutelar a liberdade sexual, mas a saúde pública e as condições de trabalho. Ademais, o facto de o incumprimento daquele dever poder ser um critério de dosimetria da pena só mostra que não se trata de um problema de tipicidade. Cf. Marc BAUER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2 (2023) (cit.), p. 97.

120 Teríamos uma conduta típica de violação, por exemplo, se a mulher pedisse ao homem, como condição essencial para a prática do acto sexual, que vestisse uma máscara de látex para encobrir parcialmente o rosto durante todo o acto e se este viesse a remover discretamente – porque, neste instante, a parceira estava de costas – o disfarce.

121 Também vendo que isso é ir longe demais: Andres WISSNER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2021) (cit.), pp. 282-283.

Tudo fica pior se pensarmos nas consequências para a dogmática do delito tentado: quem mente sobre uma condição que erroneamente supõe ser uma condição essencial para que a parceira concorde com o acto sexual deve já neste momento responder por tentativa impossível punível (CP, art. 23.º, n.º 3)¹²². Por razões de igualdade, esses resultados contraproducentes também aparecem quando é uma mulher a induzir um homem em erro essencial: como seria possível afastar a tipicidade *sub specie* violação nos casos de engano deliberado sobre a fertilidade (*v.g.*, a laqueadura) ou o uso de métodos contraceptivos femininos (*v.g.*, a «mentira da pílula»)?

Especialmente preocupante, em tempos de intolerância, são os riscos de instrumentalização do Direito Penal para legitimar discriminações persecutórias com base em razões juridicamente censuráveis. Não custa recordar, a este propósito, a decisão de um tribunal de Israel que – ao abrigo do critério do engano astuciosamente provocado sobre a identidade pessoal – condenou, pela prática do crime de violação, um homem de ascendência e religião árabes que se passou por judeu perante uma mulher judia, para quem a partilha da mesma origem étnica e da mesma fé era uma condição essencial para o acto sexual¹²³. Teria Fausto praticado um crime sexual se, mentindo, desse à pergunta de Gretchen – “Diz-me pois, como é com a religião?” – a resposta que ela esperava – “sou católico” – para superar o obstáculo ao amor de ambos?¹²⁴

De resto, o argumento falha do ponto de vista sistemático¹²⁵. Com efeito, em princípio, a liberdade sexual é protegida contra modalidades de agressão dirigidas ao *pilar volitivo* (querer) da decisão do titular do bem jurídico. A protecção contra modalidades de agressão dirigidas ao *pilar cognitivo* (saber) – quando concedida pelo legislador – é excepcional, como mostra o próprio artigo 167.º do Código Penal¹²⁶. Portanto, bem vistas as coisas, ao incluir no crime de violação – em virtude da alegada ineficácia ou invalidade do acordo – a tutela penal da pretensão de observância de toda e qualquer condição previamente estipulada pelo titular do bem jurídico, a tese da essencialidade faz tábula rasa da opção legislativa de tratar a fraude sexual fora do regime da violação – justamente por considerar que o engano não afecta o acordo prestado para o acto – e de circunscrever o engano jurídico-penalmente relevante – como crime autónomo sujeito a penas brandas – à hipótese de provocação ou aproveitamento de erro sobre a identidade da vítima¹²⁷.

Afinal, ingressariam no âmbito do artigo 164.º não só as situações de erro sobre as *qualidades* da pessoa (*v.g.*, a sua profissão, a sua religião, a sua origem, etc.) – ostensivamente excluídas do âmbito do artigo 167.º – mas também qualquer outra situação de erro relativamente a qualquer outra circunstância imposta pela outra parte como condição de realização do acto sexual. O que só seria compreensível à luz de uma abordagem civilística do acordo como fonte de direitos e obrigações reciprocamente vinculantes, uma

122 Assim, rejeitando expressamente a relevância criminal do *stealth*: Claus ROXIN / Luís GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl., München: Beck, 2020, p. 700.

123 Criticamente: Elisa HOVEN / Thomas WEIGEND, 3 (2018) (cit.), pp. 157 e 160.

124 Claus ROXIN / Luís GRECO, *AT*⁵ (cit.), p. 700.

125 Supra, nota 86. Veja-se ainda Elisa HOVEN / Thomas WEIGEND, 3 (2018) (cit.), p. 158.

126 Algo semelhante já se observava na originária versão do Código Penal (art. 203.º), que circunscrevia a fraude sexual à hipótese de provocação ou aproveitamento de erro sobre o carácter conjugal da cópula.

127 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealth*: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.), nm. 2.

perspectiva que, evidentemente, não pertence ao Direito Penal¹²⁸. Outra vez: em verdadeira fraude à lei, a argumentação em exame faz entrar pela janela aquilo que o legislador democraticamente legitimado claramente expulsou pela porta.

Só muito excepcionalmente – como evidencia, no âmbito da tutela do património, o crime de burla (CP, art. 217.º, n.º 1) – é que o Direito Penal protege as pessoas contra erros astuciosamente provocados. Por isso há uma grande relutância em mobilizar o *jus puniendi* para tutelar a liberdade sexual em situações semelhantes. Prepondera a ideia de que, no autónomo exercício da sua sexualidade através de actos de intimidade física em espaços de privacidade, as pessoas adultas correm e assumem o risco de que seus parceiros possam trair a suas expectativas com uma frequência não negligenciável, de tal modo que o *jus puniendi* não deve intervir para protegê-las contra os perigos de uma relação sexual consensualizada na sua dimensão nuclear¹²⁹.

Sustentar o contrário significa postular uma “compreensão solipsista” daquele bem jurídico: o autónomo exercício da sexualidade não pode ser realizado exclusivamente segundo as instruções do «eu» isolado, mas apenas na relação do «ser-com-o-outro», de tal modo que o «eu» não pode exigir uma garantia jurídico-criminal ampla ou absoluta contra os riscos da fruição da sua liberdade sexual, devendo,

antes, aprová-los como o «outro lado da medalha» daquela. Comparando com outra violação, agora do domicílio (CP, art. 190.º, n.º 1): tampouco é violada a reserva da vida privada quando o suposto amigo que teve permissão para entrar em casa na verdade não é amigo algum¹³⁰.

No final das contas, a abordagem da *conditio sine qua non*¹³¹ pressupõe que, para fins do Direito Penal, o acordo, enquanto figura que afasta a tipicidade do facto, deve ser tratado quase¹³² como um negócio jurídico – sendo o sentimento de “quebra do contrato” algo frequente nas vítimas de *stealthing* – regido pelos quadros do Direito Civil, onde o critério da essencialidade ainda cumpre um importante papel na atribuição de relevância ao erro sobre os motivos (CC, art. 252.º). O que seria ignorar a distinção entre acordo e consentimento na dogmática jurídico-criminal¹³³.

Em síntese: como qualquer outra expressão da autonomia humana, a começar pela própria liberdade geral de acção (CP, art. 154.º, n.º 1), a liberdade sexual não é protegida em termos absolutos: a sua tutela jurídico-penal – sobretudo na sua vertente positiva – é fragmentária. Por conseguinte, a conduta de quem incumpe o acordo sobre o uso do preservativo não ofende tipicamente o valor tutelado pelo artigo 164.º do Código Penal. Contra isso não cabe dizer que se trata da autonomia para definir o próprio «se» da interacção sexual. Pois, apesar de ser estipulada como condição

128 Se o titular do bem jurídico pudesse negociar sinalgmaticamente a sua fruição, impondo as mais diversas contrapartidas e sendo penalmente protegido nessa ilimitada liberdade de troca, a sistematização da Parte Especial em função da tutela autonomizada dos diferentes bens jurídicos não teria mais nenhum sentido: Gunther ARZT, *Willensmängel bei der Einwilligung* (cit.), p. 20.

129 Kim Shayo BUCHANAN, «When is HIV a Crime? Sexuality, Gender and Consent», *Minnesota Law Review*, 99 (2015), p. 1285, destacando que essa tendência é ainda mais forte no contexto das fraudes contraceptivas.

130 Tudo isso em: Claus ROXIN / Luís GRECO, *AT*⁵ (cit.), p. 700. Também comparando ambas as «violações», se bem que em um sentido diverso, com o intuito de aproximar a descrição típica do artigo 164.º do Código Penal – por meio da introdução da cláusula “sem consentimento” – à descrição típica do artigo 190.º: Teresa Pizarro BELEZA, «Violação e morte a pedido: consentimento e liberdade», *De Legibus*, 4 (2022), p. 45.

131 O que se acabou de dizer para o «se» vale, por maioria de razão, para o «como» da interacção sexual: a relevância jurídico-penal desta vertente está delimitada pela própria modelação dos comportamentos típicos pelo legislador (acima, 3.1.1).

132 Dado que, ao abrigo da tese do *aliud*, o negócio jurídico teria um objecto ilícito (o acto sexual), por isso sendo nulo (CC, arts. 280.º e 281.º). Cf. Alexandra BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017) (cit.), pp. 205 ss.

133 Acima, *primeira premissa*.

(subjectivamente) essencial para a penetração, essa condição só é (objectivamente) pertinente na perspectiva da integridade física (saúde) e autodeterminação procriativa (feminina). Somente quanto ao aumento dos riscos associados a estes bens jurídicos é que há engano.

3.2. ALGUM CRIME DE NATUREZA NÃO-SEXUAL?

Por força do artigo 177.º, n.ºs 2 e 5.º, do Código Penal, as penas do crime de violação devem ser agravadas se o agente for portador de doença sexualmente transmissível ou se do facto típico resultar gravidez, ofensa à integridade física grave ou perigo para a vida ou morte da vítima. Contudo, a omissão clandestina do uso do preservativo durante a relação sexual, com quebra da promessa de utilizá-lo, não preenche o tipo legal do crime de violação, nem qualquer outra descrição típica do Direito Penal sexual. Isso vale não só quando o uso da protecção foi imposto pela mulher como condição essencial (*casos 1, 2, 3 e 4*) para a prática do acto, mas também para todos os outros cenários de *stealth* acima delineados (*casos 5, 6, 7 e 8*).

E o que dizer das normas penais que protegem outros bens jurídicos eventualmente ofendidos pelo *stealth*? No que diz respeito às incriminações que protegem a integridade física (saúde)¹³⁴: nenhuma delas abrange o fenómeno do *stealth* como tal. No extremo, elas até poderão ser

aplicadas neste contexto, mas apenas a factualidades estruturalmente compostas e parcialmente diversas – onde o *stealth* não passará de um *meio de execução de outro crime* – e desde de que estejam preenchidos os demais elementos da respectiva infracção:

Caso 10 (variação do caso 3). Ceteris paribus, Inês contrai VIH/SIDA.

Quanto ao efectivo contágio por DST, estando em causa o risco criado para uma *pessoa determinada* (individualizada), cabe pensar – no pressuposto de que não venham a incidir as normas do delito de propagação de doença contagiosa (CP, art. 283.º, n.º 1, *a*), n.ºs 2 e 3, e 285.º), pois este, enquanto delito de perigo comum, abrange tão-só o risco criado para *pessoas indeterminadas*¹³⁵ – nos crimes de ofensa à integridade física simples, seja por dolo (art. 143.º, n.º 1)¹³⁶, seja por negligência (art. 148.º, n.º 1).

Tratando-se da efectiva contaminação por VIH/SIDA (*caso 10*), o facto poderá configurar o crime de ofensa à integridade física grave, com perigo (concreto) para a vida¹³⁷, seja na forma negligente (CP, art. 148.º, n.º 3), seja na forma dolosa (art. 144.º, al. *d*)¹³⁸. Havendo dolo, a ofensa grave ainda poderá ser qualificada (art. 145.º, n.º 1, al. *c*)), caso se entenda que o contágio através do *stealth* foi concretamente revelador de especial censurabilidade ou perversidade do agente.

134 E, no limite (por força da eventual progressividade da ofensa), mesmo a vida humana.

135 José Manuel DAMIÃO DA CUNHA, «Propagação de doença, de análise ou de receituário», Jorge de FIGUEIREDO DIAS, et al. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Volume II, 2.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2022, art. 283.º, §§ 7, 20 e 43.

136 Nesta hipótese não sendo punível a mera tentativa (art. 23.º, n.º 1).

137 Sem mencionar o *stealth*: Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos* 5 (cit.), pp. 624 (nm. 2), 627 (nm. 20 e 21) e 1113-1114 (nm. 2-4, 6 e 10).

138 Nesta hipótese sendo também punível a mera tentativa (art. 23.º, n.º 1). Convém não esquecer que o caso de ofensa à integridade física grave (eventualmente qualificada) através da transmissão do VIH/SIDA suscita dificuldades em sede de imputação do dolo (onde é comum empregar o critério do “perigo doloso”), o mesmo valendo para o cenário de homicídio (consumado ou tentado): Wagner MARTELETO FILHO, *Dolo e risco no Direito Penal. Fundamentos e limites para a normatização*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2020, pp. 453 ss.

O quadro é ainda mais parco no tocante à autodeterminação procriativa, entendida como “*liberdade de e para a maternidade*”¹³⁹:

Caso 11 (variação do caso 3). Ceteris paribus, Inês fica grávida e o bebé nasce.

Existe apenas uma norma penal voltada especificamente para a tutela deste bem jurídico, que define como crime a procriação artificial não-consentida (CP, art. 168.º), cuja aplicabilidade no contexto do *stealthing* – tendo em conta o conceito técnico (médico-jurídico) de reprodução assistida – é simplesmente impensável. Por outro lado, é no mínimo controverso sustentar que as consequências corporais (orgânicas) negativas associadas à gravidez já seriam um resultado tipicamente relevante ao abrigo das normas que definem o crime de ofensa à integridade física¹⁴⁰: enquanto fenómeno natural da biologia feminina, a gestação não é uma enfermidade, ainda que possa gerar dores corporais consideráveis, em particular no momento do parto. Sem falar que o processo gestacional não raramente está associado à produção de estados de bem-estar físico, o que inviabilizaria a contagem de um «saldo negativo» suficiente para fundamentar a punição.

Por fim, há quem entenda que o *stealthing* pode configurar uma conduta típica do crime de injúria (equiparada) por acto não-verbal, isto é, por gesto ou qualquer outro meio de expressão (CP, art. 181.º, n.º 1, e 182.º). À partida, não cabe excluir, em abstracto, que um acto sexual penalmente irrelevante do ponto de vista do livre

exercício da sexualidade possa ser, em circunstâncias bem específicas, uma ofensa tipicamente relevante para a honra da mulher. Designadamente se o acto sexual for praticado com o evidente propósito de humilhação ou se a parceira for degradada em mero objecto sexual, por exemplo, quando o homem ejacula deliberadamente e sem assentimento no seu rosto. Se isso for correcto para a *ejaculação externa*, também o será, por maioria de razão, para a *ejaculação interna* (casos 1, 3 e 6). O problema estará, mais uma vez, em saber se a ejaculação – embora podendo ser o desejado resultado de um acto sexual pelo menos anteriormente controlado pela vontade – está mais próxima de um mero acto reflexo (incontrolável) do que de uma acção no sentido jurídico-penal do termo¹⁴¹ (acima, 3.1.1).

4. CONSIDERAÇÕES DE *LEGE FERENDA*

Recapitulando: nenhuma das normas em vigor no sistema jurídico português abrange o *stealthing*, enquanto tal, como um ilícito penal. Esse diagnóstico encaminha-nos para algumas reflexões *de lege ferenda*. E apenas – se ainda fosse preciso – para dissipar qualquer dúvida: na maioria das hipóteses acima analisadas a clandestina remoção ou não-colocação do preservativo pelo homem, contrariando a vontade cognoscível da mulher, é censurável não apenas do ponto de vista da moral sexual, mas também do ponto de vista ético-social. Assim, tudo indica que pelo menos nos casos 1, 2, 3, 4 e 5 podemos estar diante de uma prática que *merece* ser punida pela lei. Todavia, segundo os princípios gerais de legitimação do *jus puniendi*, isso ainda não basta para que uma conduta

139 Perante a antiga versão do artigo 214.º, na redacção original do CP de 1982 (inseminação artificial não-consentida): Manuel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (cit.), p. 499.

140 Supra, nota 62.

141 Sobre tudo isso: Kevin FRANZKE, *Bonner Rechtsjournal*, 2 (2019) (cit.), p. 122.

seja criminalizada pelo legislador. É preciso que a sua punição seja mesmo *necessária*¹⁴².

4.1. UMA NOVA REFORMA DO DIREITO PENAL SEXUAL, EM PARTICULAR DO CRIME DE FRAUDE?

Na discussão actual o caminho preferido para combater os *stealthers* parece ser a proposta de mais uma¹⁴³ reforma do Direito Penal sexual. Também a este propósito já é comum ouvir que o Direito português não está a cumprir o artigo 36.º da Convenção de Istambul, por isso sendo imperiosa uma nova alteração da lei para que seja adoptado o modelo do consentimento (assentimento ou acordo afirmativo)¹⁴⁴. Já vimos que essa tese de incumprimento é mais do que duvidosa (acima, 3.1.1). Ademais, uma mudança para o paradigma positivo¹⁴⁵ não resolveria o problema, pois ajudaria apenas no plano do segundo argumento acima analisado: a punição do *stealth* ainda tropeçaria nas dificuldades enfrentadas pelos demais argumentos.

O facto é que, até agora, não se conhece nenhuma ordem jurídica que tenha autonomizado, em termos expressos

e específicos, o crime de *stealth*. E o que dizer sobre a via ensaiada pelo Projecto de Lei 350/XVI/1? A proposta pretende ampliar a malha do artigo 167.º do Código Penal, com o acréscimo de um novo número: “*Quem praticar ato sexual mediante falsificação, fraude ou ocultação de informações relevantes que condicionem o consentimento, é punido com pena de prisão até 3 anos*”. Isso significaria passar de um «modelo modesto» (minimalista) para um «modelo radical» (maximalista)¹⁴⁶, aumentando-se ainda mais a distância sobre um «modelo nulo» (como o alemão), que não tipifica nenhuma forma de fraude sexual. Aparentemente, a cláusula “que condicionem o consentimento” permitiria punir pelo menos as situações de *dealbraker* (casos 1, 2, 3 e 4).

Contudo, ao convocar o Direito Penal para garantir todas as predilecções ou reservas pessoais dos cidadãos nos seus contactos sexuais, o projecto de lei¹⁴⁷ traz à tona os apontados perigos de «ruptura de dique» ou de «rampa escorregadia» ou de «passos sucessivos» (supra, 3.1.3). Já vimos que a intervenção do *jus puniendi* para assegurar o cumprimento de condições subjectivamente impostas para o acto sexual seria muito fluida, permitindo uma passagem difusa e incontrolável entre a protecção da vontade revelada no

142 Trata-se da observância dos critérios do *merecimento* (dignidade) e da *necessidade* (carência) da tutela penal: José de FARIA COSTA, *Direito Penal* (cit.), pp. 194 ss.

143 Cumpre recordar as duas mais recentes reformas, feitas pela Lei n.º 83/2015, de 05 de Agosto, e pela Lei n.º 101/2019, de 06 de Setembro.

144 Gil Duarte Miranda RIBEIRO, *Deficiências do crime de violação à luz da Convenção de Istambul: Stealth - Consentimento versus Constrangimento* (cit.), p. 48. Essa é uma opinião que vem repercutida, por exemplo, nas peças jornalísticas de Ana TORRES e de Helena BENTO e Joana ASCENSÃO, acima citadas (nota 1). Na mesma direcção, mas de maneira menos incisiva, com uma abordagem mais geral sobre as situações de erro, incluindo o *stealth*: Maria da Conceição FERREIRA DA CUNHA, *Crimes Sexuais* (cit.), pp. 24-25 e 31. Ainda a propósito do modelo do consenso afirmativo, mas sem menção ao *stealth*, falando em uma “recepção incompleta” da Convenção de Istambul no nosso sistema jurídico: Teresa Pizarro BELEZA, *De Legibus*, 4 (2022) (cit.), p. 44.

145 Ao final também sugerida por Alexandra BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017) (cit.), pp. 208-209.

146 Já consagrado, por exemplo, no Brasil, onde o Código Penal contém uma definição amplíssima do crime de violação sexual mediante fraude (“estelionato/burla sexual”): “Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa”. Sobre os problemas dessa solução e contra uma tutela alargada da liberdade sexual positiva, propondo a redução teleológica do tipo: Tatiana BADARÓ, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, 8 (2023) (cit.), pp. 399 ss., alertando para a dificuldade de definir se a fraude do uso do preservativo se refere ao grau de intromissão no bem jurídico ou apenas às consequências do acto sexual.

147 Sem falar na nítida indeterminação do preceito, já apontada nos pareceres mencionados supra, na nota 6.

acordo sobre o acto sexual e a protecção da vontade revelada no *acordo sobre aspectos circundantes* ao acto sexual. Mesmo assim e ao contrário de outros sistemas jurídicos do mesmo círculo cultural, a lei portuguesa assegura alguma tutela penal neste campo, punindo, ainda que muito residualmente, determinadas hipóteses de fraude sexual.

Retornando à actual conformação normativa do artigo 167.º do Código Penal: aparentemente, a construção do tipo legal de crime como engano sobre a identidade (*error in persona*) consagra uma fraude que não é referida ao bem jurídico e, por isso, deveria ser imune à incriminação como delito sexual¹⁴⁸. Todavia, estaremos, aqui, em uma situação-limite, pelo menos se admitirmos que a escolha do parceiro (o «com quem») é um aspecto essencial da liberdade sexual (*intuitu personae*)¹⁴⁹.

Idealmente, apenas os casos de engano sobre a *natureza* do acto sexual devem ser fraudes puníveis¹⁵⁰. Todavia, bem vistas as coisas, nesta hipótese já teríamos *ab initio* uma situação de *ausência* de acordo, por realização do acto sexual contra a vontade cognoscível da vítima, punível como violação (art. 164.º, n.º 1, b))¹⁵¹. Quanto à *extensão* do acto sexual, as situações de quebra de promessa quanto

a uma menor profundidade na penetração (incluindo o caso do “*deep throat*”)¹⁵² já fundamenta a invalidade do acordo ao abrigo do critério do erro referido ao bem jurídico.

4.2. UM OUTRO CAMINHO: A REORIENTAÇÃO DO PROBLEMA PARA O PONTO DE VISTA DA TUTELA JURÍDICO-PENAL DA INTEGRIDADE FÍSICA (SAÚDE) E DA AUTODETERMINAÇÃO PROCRATIVA (FEMININA)

É sabido que, no horizonte de um Estado de Direito, compete ao legislador democraticamente legitimado identificar lacunas de punibilidade e ponderar se o fechamento das mesmas é necessário e oportuno. No contexto aqui analisado e tendo em conta os bens jurídicos em jogo (a integridade física e a autodeterminação procrativa), um caminho alternativo poderá passar pelo debate sobre a eventual criação de novos tipos penais com a estrutura de ilícito dos *crimes de perigo abstracto*¹⁵³, capazes de acomodar a punição de alguns cenários de *stealth*ing.

148 Podendo até “dizer-se que a manutenção deste crime *frustrou a geral intenção de descriminalização* que presidiu à feitura do capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”: Anabela Miranda RODRIGUES / Sónia FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (I)² (cit.), art. 167.º, § 1.

149 Elisa HOVEN / Thomas WEIGEND, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 3 (2018), pp. 157, 160 e 161.

150 Por exemplo, quando um ginecologista oculta o carácter sexual da sua intervenção, simulando a necessidade médica de um procedimento de estimulação, com os seus dedos, da vagina da paciente e esta, que só aceita a introdução daqueles por acreditar nas razões terapêuticas apresentadas, simplesmente não sabe que está em causa a sua liberdade sexual: Moritz DENZEL / Renato KRAMER, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 6 (2019), p. 354.

151 Diversamente do que se verifica no crime de importunação sexual (CP, art. 170.º), onde o tipo penal exige apenas a contrariedade à vontade natural da vítima. Sobre isso, com uma interessante proposta de análise de casos de vício de vontade em relação a actos sexuais sem relevo para os crimes de coacção e violação: Beatriz Correia CAMARGO, «A fraude e o abuso de um ambiente coercitivo como meios de constringer a vontade da vítima no crime de importunação sexual mediante o contacto físico: Manuel de Almeida DAMÁSIO / Fabio Roberto D’AVILA (Dir.), *José de Faria Costa. Estudos por ocasião dos seus 75 anos*, Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2025, pp. 162 ss., 166 ss.

152 Claro que, havendo lesão corporal, o “*deep throat*” também poderá constituir uma ofensa à integridade física.

153 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealth*ing: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procrativa» (cit.), nm. 4. Rejeitando essa via, por entender que ela ignora a dimensão de instrumentalização (humilhação) sexual do outro e que o uso do preservativo não é apenas uma barreira mecânica, mas também uma barreira mental importante para afastar uma intimidade mais próxima: Felix HERZOG, *Festschrift für Thomas Fischer* (cit.), pp. 353-354, onde aponta ainda que, no tocante ao *stealth*ing, os crimes de perigo abstracto não cumpririam a função de facilitar a prova do dolo.

É nessa ponderação que devem ser sopesados aspectos tão distintos como a grandeza dos riscos associados ao acto sexual desprotegido¹⁵⁴, as desvantagens – em termos de saúde pública e de privacidade – de uma excessiva demanda por transparência em matérias de reprodução e de doenças venéreas¹⁵⁵, os mencionados perigos de instrumentalização do Direito Penal como meio de garantia da satisfação sexual ou de discriminação, bem como as eventuais dificuldades de prova¹⁵⁶.

Quanto à autodeterminação procriativa, uma eventual intervenção do legislador poderia aproveitar a oportunidade para reforçar a autonomia do bem jurídico já tutelado pelo artigo 168.º do Código Penal: se o valor protegido é a liberdade de e para a maternidade – nas vertentes negativa (não querer ser mãe) e positiva (querer ser mãe)¹⁵⁷ – e não a liberdade sexual da mulher, a localização sistemática daquele preceito no capítulo dos crimes sexuais é simplesmente incompreensível e só contribui para os problemas de referência aqui discutidos¹⁵⁸.

De qualquer modo, não se compreende tamanha pressa na reivindicação de uma nova reforma nessa matéria. Dado

que o Direito (mesmo o Direito Penal) não se resume à lei, encontrando nas decisões judiciais um também importante estrato ou momento da sua realização prático-normativa, seria prudente pelo menos aguardar que o problema do *stealth* chegue efectivamente à consideração dos tribunais e aí mereça o juízo que se considere institucionalmente adequado à luz do princípio da legalidade e das exigências de justiça.

Já não surpreende que a narrativa do Direito Penal seja automaticamente convocada nesse horizonte, sem que ao menos se discuta previamente – ignorando o princípio da subsidiariedade – se e em que medida outros ramos do ordenamento jurídico – incluindo eventuais políticas públicas nas matérias de saúde e educação, que promovam a literacia sexual – poderão actuar eficazmente. Mais uma vez, ao invés de *ultima*, o Direito Penal tende a ser mobilizado como *prima* ou mesmo *sola ratio* em termos de resposta a problemas da contemporaneidade.

Antes de recorrer – provavelmente de maneira precipitada – ao «canhão» do Direito Penal, seria importante perceber, por exemplo, como o Direito Civil, em particular o

154 Enquanto as chances de gravidez (em condições de fertilidade ideais) rondam os 27,7% por ciclo menstrual, as chances de transmissão do VIH oscilam entre 0,1% e 1% por contacto sexual desprotegido. Sobre isso, nos quadros da tentativa (idónea) de lesão à integridade física: Kevin FRANZKE, *Bonner Rechtsjournal*, 2 (2019) (cit.), p. 122.

155 Acima, nota 44.

156 Embora esse último aspecto não seja nenhuma peculiaridade do *stealth*. Sobre isso e as situações de “palavra contra palavra”: Bruno de OLIVEIRA MOURA, *Violência de género, mulher e Direito Penal* (cit.), pp. 233 ss. O fundamental aqui é que tenha sido superada a triste época de preconceito quanto à palavra da mulher, claramente revelada em Adelino da Palma CARLOS, *Do erro judiciário*, Lisboa: J. Rodrigues Editor, 1927, pp. 41-42: “«A mulher é inclinada às mentiras de toda a natureza e principalmente à simulação, à dissimulação e à invenção. A sua instabilidade mental pode acarretar-lhe a falta de espírito lógico, de senso crítico, de precisão e, conseqüentemente, de veracidade.» E, assim, o testemunho da mulher é particularmente perigoso, tanto mais que ela é depoente imperturbável, sempre disposta a garantir por todas as formas de exactidão do que afirma, e a quem a clara evidência que esmagaria o homem mais teimoso não faz render”.

157 E também cumpriria avaliar se a tutela penal deveria se estender aos casos nos quais o homem é vítima de *stealth* (por perfuração deliberada do preservativo) ou outras situações que ofendam a autodeterminação procriativa masculina (mentira da pílula, etc.). Sobre essa questão, relativamente ao cenário do “golpe da barriga”, embora considerando que esta hipótese já preenche o tipo legal do crime de violação, eventualmente agravado (art. 177.º, n.º 5): João Pedro Pereira CARDOSO, *Violência de género, mulher e Direito Penal* (cit.), pp. 131 ss., 148 ss.

158 Assim, propondo a transposição do tipo para o capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal: Anabela Miranda RODRIGUES / Sónia FIDALGO, «Procriação artificial não consentida», Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 168.º, §§ 12 e 13. Similar, contra a tese da “violação sem pénis” (confusão entre sexualidade e reprodução): Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (cit.), art. 168.º, nm. 2.

regime de responsabilidade por danos patrimoniais – com a cobertura de eventuais custos de acesso à contracepção de emergência e à profilaxia pós-exposição a DST ou ainda ao apoio psicológico profissionalizado e ao acompanhamento médico integrado – e não-patrimoniais (morais) – na dimensão dos direitos de personalidade afectados – indemnizáveis, estaria em condições de reagir adequadamente aos casos de *stealth* provados segundo o *standard* probatório – menos exigente do que o aplicado no Direito Penal – da probabilidade meramente preponderante¹⁵⁹.

5. BALANÇO

Existem diferentes cenários de clandestina não-utilização do preservativo pelo homem durante o acto sexual. Embora sendo, na grande maioria das vezes, uma prática moralmente condenável e ético-socialmente reprovável, nenhuma das hipóteses de *stealth* acima discutidas (*casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9*) constitui, *qua tale*, um facto penalmente típico no Direito português.

Nem os preceitos que tutelam a liberdade sexual (CP, arts. 163.º, 164.º, 165.º e 167.º), nem os preceitos que tutelam a integridade física (saúde) e a autonomia procriativa (feminina) abarcam aquela prática enquanto tal. Quanto a este segundo grupo de normas, cabe admitir que algumas delas até poderão incidir lateralmente, em factuais compostas, desde que verificados outros elementos (*casos 10 e 11*), não se excluindo a possibilidade de responsabilização por ofensa à integridade física a título negligente ou mesmo doloso, nesta última hipótese não se afastando também a punição por tentativa. O tipo legal do crime de injúria também só será aplicável residualmente.

Pelo menos as hipóteses de sorrateira remoção ou não-colocação do preservativo quando o seu uso foi previamente exigido ou pedido pela mulher (*casos 1, 2, 3, 4 e 5*) poderão merecer punição *de lege ferenda*, mas (de preferência) fora do quadro do Direito Penal Sexual. Contudo, tampouco as eventuais inovações normativas em sede de protecção da integridade física (saúde) e da autonomia procriativa (feminina) estarão isentas de dificuldades.

Por certo, não se ignora que, do ponto de vista político-criminal, há uma discussão muito inflamada sobre o assunto. Porém, ainda falta um debate jurídico-dogmático mais rigoroso. Esta é a tarefa do jurista e, em particular, do penalista, que deve cumpri-la também – e sobretudo – em uma época na qual a defesa de qualquer ponto de vista mais ou menos crítico ou divergente ou até mesmo o mero lançar de dúvidas a propósito de uma matéria delicada como os crimes sexuais correm muito facilmente o risco de serem tachados de “misoginia”¹⁶⁰.

Por isso tem razão o Conselho Superior da Magistratura, quando, a respeito do projecto de lei que se encontra em apreciação na Assembleia da República, alerta para a precocidade da intervenção legislativa neste momento: “o fenómeno é relativamente novo no mundo jurídico, não se conhecendo em Portugal – nem a exposição de motivos o refere – estudos, designadamente sociológicos ou criminológicos, sobre a realidade subjacente que, porventura, seriam de grande importância para um aprofundamento das reflexões sobre esta matéria, antes de se avançar com alterações legislativas imediatas, ainda mais quando a doutrina ainda debate e aprofunda o tema e se desconhece a posição da jurisprudência nestes casos”¹⁶¹.

159 Com o cuidado de propor esse exercício: Alexandra BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017) (cit.), pp. 109 ss.

160 Relembrando esse perigo doutrinal: Felix HERZOG, *Festschrift für Thomas Fischer* (cit.), p. 352.

161 Parecer supracitado (nota 6), p. 5.

A democrática e republicana prudência no juízo de necessidade da criação de novas normas penais continua a ser a melhor forma de evitar as precipitações de uma legislação “à flor da pele”¹⁶². Uma dessas precipitações poderá resvalar para uma falácia naturalista, isto é, o perigo de superestimar a dimensão empírica e esquecer que na dimensão normativa o *stealthing* é neutral em termos de género, de tal modo que “[c]onvinha por isso rever o discurso correntio e não misturar os planos: o conservadorismo e o tradicionalismo estão nos argumentos que procuram firmar certos regimes jurídicos sobre a reprodução acrítica dos estereótipos da mulher-vítima e do homem-agressor”¹⁶³.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.

AMELUNG, Knut, *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

ARZT, Gunther, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Frankfurt: Athenäum, 1970.

BADARÓ, Tatiana, «A mentira que invalida o consentimento sexual: limites à criminalização do estupro mediante fraude», *Revista do Instituto de Ciências Penais*, 8 (2023), pp. 390-424.

BELEZA, Teresa Pizarro, «Violação e morte a pedido: consentimento e liberdade», *De Legibus*, 4 (2022), pp. 41-51.

BAUER, Marc, «Die Spezifität von Konsens im Sexualstrafrecht – zur Strafbarkeit von Stealthing. Anmerkung zu BGH,

Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR. 372/22», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2 (2023), pp. 96-100.

BRODSKY, Alexandra, «‘Rape-Adjacent’: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal», *Columbia Journal of Gender and Law*, 32 (2017), pp. 183-210.

BUCHANAN, Kim Shayo, «When is HIV a Crime? Sexuality, Gender and Consent», *Minnesota Law Review*, 99 (2015), pp. 1231-1342.

CAEIRO, Pedro, «A relevância criminal do *stealthing*: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa», em <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/pcaeiro/pt/notas>.

—, «Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29 (2019), pp. 631-679.

CAMARGO, Beatriz Corrêa, «Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts – Ein Beitrag zur Diskussion über die Strafbarkeit sexueller Täuschung und zur Auslegung von § 177 StGB», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 134 (2022), pp. 351-390.

—, «A fraude e o abuso de um ambiente coercitivo como meios de constranger a vontade da vítima no crime de importunação sexual mediante o contacto físico: DAMÁSIO, Manuel de Almeida / D’AVILA, Fabio Roberto (Dir.), José de Faria Costa. *Estudos por ocasião dos seus 75 anos*, Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2025, pp. 157-177.

CARDOSO, João Pedro Pereira, «“O golpe da barriga” e o paradigma das antinomias de género no consentimento sexual viciado», GODINHO, Inês Fernandes / GARCÍA SÁNCHEZ, Beatriz (Dir.), *Violência de género, mulher e Direito Penal*, Coimbra: Editora D’Ideias, 2024, pp. 115-152.

162 Na conhecida expressão de Manuel da Costa Andrade.

163 Pedro CAEIRO, «A relevância criminal do *stealthing*: preferências sexuais, saúde e autodeterminação procriativa» (cit.), nm. 3.

- CARLOS, Adelino da Palma, *Do erro judiciário*, Lisboa: J. Rodrigues Editor, 1927.
- COCA VILA, Ivó, «Stealththing: ¿violación o agresión sexual?», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal – InDret* 4 (2024), pp. 478–487.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 1965.
- COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel, «Propagação de doença, de análise ou de receituário», FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, et al. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Volume II, 2.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2022, art. 283.º.
- DAVIS, Kelly Cue, et al., «A Scoping Review of Nonconsensual Condom Removal (“Stealththing”) Research», *Trauma Violence Abuse* 25 (2024), pp. 215–230.
- DENZEL, Moritz / KRAMER, Renato, «Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 6 (2019), pp. 347–354.
- EL-GHAZI, Mohamad, «Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12 (2017), pp. 157–168.
- ERGLÄNDER, Armin, «Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.», MATT, Holger / RENZIOWSKI, Joachim (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München: Vahlen, 2013.
- FARIA COSTA, José de, *Direito Penal. Parte Geral*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.
- FERNANDES, Ana Rita Faria Lamego, *Constrangimento e falta de consentimento livre serão conceitos equivalentes? O caso do stealththing*, Dissertação de Mestrado: Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2022, em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/39844>.
- FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição, «A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da convenção de Istambul», CEJ (Org.), *Crimes Sexuais*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021, pp. 15–37.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, «Violação», IDEM (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 164.º.
- , «Coacção sexual», IDEM (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 164.º.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen Kommentar*, 70. Aufl., München: Beck, 2023.
- , «Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention. Entgegnung auf Hörnle, ZIS 2015, 206», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10 (2015), pp. 312–319.
- FRANZKE, Kevin, «Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealththings“», *Bonner Rechtsjournal*, 2 (2019), pp. 114–122.
- GEERDS, Friedrich, «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht», *Goldsammer’s Archiv für Strafrecht*, 111 (1954), pp. 262–269.
- HERZOG, Felix, «„Stealththing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?», BARTON, Stephan, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Fischer*, München: Beck, 2018, pp. 351–360.
- HOFFMANN, Thomas Michael, «Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 39 (2019), pp. 16–18.
- HÖRNLE, Tatjana, «Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 10 (2015), pp. 206–216.
- , «Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung», CIRENER, Gabriele, et al. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 13. Aufl., Band 10, Berlin: Walter de Gruyter, 2023, § 177.

- , «#MeToo – Implications for Criminal Law?», *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice* 6 (2018), pp. 115–135.
- HOVEN, Elisa / WEIGEND, Thomas, «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 3 (2018), pp. 156–161.
- KESSLER, Sebastian, *Sexuelle Täuschungen. Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2021.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2017.
- , «Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff», Hans-Ullrich PAEFFGEN, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Puppe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, pp. 39–63.
- KLEIN, Hugh, «Generationing, Stealthing, and Gift Giving: The Intentional Transmission of HIV by HIV-Positive Men to their HIV-Negative Sex Partners», *Health Psychology Research*, vol. 2:1582 (2014), pp. 54–59.
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8 Aufl., München: Vahlen, 2017.
- KÜHNE, Hans-Heiner, «Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts», *Juristenzeitung*, 34 (1979), pp. 241–246.
- LACKNER, Karl / KÜHL, Kristian / HEGER, Martin, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30 Aufl., München: Beck, 2023, § 177.
- LINOH, Kim Philip / WETTMANN, Nico, «Sexuelle Interaktionen als objektuale Vertrauensbeziehung. Eine juristisch-soziologische Untersuchung des Phänomens Stealthing», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 15 (2020), pp. 383–396.
- LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes Sexuais*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023.
- MAKEPEACE, Johannes, «„I’m not sure this is rape, but...“: Zur Strafbarkeit von „Stealthing“ nach dem neuen Sexualstrafrecht», *Kriminalpolitische Zeitschrift* 1 (2021), pp. 10–15.
- MARTELETO FILHO, Wagner, *Dolo e risco no Direito Penal. Fundamentos e limites para a normativização*, Madri / São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- MONTEIRO, Ana Margarida Vicente, *Da relevância penal do Stealthing no ordenamento jurídico Português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual*, Dissertação de Mestrado, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2019, em <https://repositorio.ulisboa.pt/handle/10451/44580>.
- OLIVEIRA MOURA, Bruno de, *Ilicitude penal e justificação. Reflexões a partir do ontologismo de José de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- , *A conduta prévia e a culpa na comparticipação*, Lisboa: Âncora, 2022.
- , «Regras de conduta e regras de imputação: algumas dificuldades do adscritivismo no Direito Penal», *Revista de Estudos Criminais*, 75 (2019), pp. 81–106.
- , «Os crimes contra a liberdade sexual no contexto da violência doméstica: a falta de acordo da vítima e a sua prova», GODINHO, Inês Fernandes, / GARCIA SÁNCHEZ, Beatriz (Dir.), *Violência de género, mulher e Direito Penal*, Coimbra: Editora D’Ideias, 2024, pp. 233–273.
- PALMA, Maria Fernanda, «Os crimes sexuais na reforma penal portuguesa: novas compreensões do humano e o princípio da necessidade de pena», *Anatomia do Crime*, 15 (2022), pp. 11–21.
- PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92 (1980), pp. 863–911.
- RENZIKOWSKI, Joachim, «Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung», ERB, Volker / SCHÄFER, Jürgen, (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4 Aufl., Band III, München: Beck, 2021, § 177.
- RIBEIRO, Gil Duarte Miranda, *Deficiências do crime de violação à luz da Convenção de Istambul: Stealthing - Consentimento versus Constrangimento*, Dissertação de Mestrado, Porto:

Universidade Católica Portuguesa, 2019, em <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/30203>.

RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, «Fraude sexual», FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 167.º.

RODRIGUES, Anabela Miranda / FIDALGO, Sónia, «Fraude sexual», «Procriação artificial não consentida», FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, art. 168.º.

ROXIN, Claus, «Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht», HAUSER, Robert / REHBERG, Jörg / STRATENWERTH, Günter (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich: Schulthess, 1984, pp. 275-294.

ROXIN, Claus / GRECO, Luís, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl., München: Beck, 2020.

SCHNEIDER, Anne, «Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 (Strafbarkeit von Stealthing)», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 16 (2023), pp. 360-371.

SCHUMANN, Kay H. / SCHEFER, Lukas, «Das sog. Stealthing als Prüfstein des § 177 StGB n.F.», BÖSE, Martin, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 811-825.

SICK, Brigitte / RENZIKOWSKI, Joachim, «Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung», HOYER, Andreas, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg: Müller, 2006, pp. 603-619.

VAVRA, Rita, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13 (2018), pp. 611-618.

WIEDMER, Barbara «Manipulation des zum Geschlechtsverkehr verwendeten Kondoms als sexueller Übergriff – Anmerkung zu AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls-566 Js 962/21-476/21», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2 (2023), pp. 101-102.

WISSNER, Andres, «Das Phänomen „Stealthing“. Aufruf zum Diskurs und Darstellung eines Stealthing-Vorfalles», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 5 (2021), pp. 279-286.

WOLTERS, Gereon, «Das gesetzliche Merkmal „gegen den erkennbaren Willen“ in der Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB», BUBLITZ, Jan Christoph, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Merkel*, Band I, Berlin: Duncker & Humblot, 2020, pp. 951-972.

ZIEGLER, Theo, «Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung», VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd / KUDLICH, Hans (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar StGB*, 63. Aufl., München: Beck, 2024, § 177.

Data de submissão: fevereiro de 2024