MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
Secretário
Rua da Escola Politécnica, n.º 140, 1269-269 Lisboa-Portugal.
Tel: 213 921 900 Fax: 213 975 255 Email: correiopgr@pgr.pt

Exm.o(a) Sr.(a)
Assembleia da República- Comissão 1ª CACDLG XIII

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
CACDLG
Ofício 622974
Mensagem Correio n.º 65 Data: 16/01/2019

Ofício n.º 14963.19 de 16-01-2019 - DA n.º 17533/18

Assunto - ***Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN)***

Exmo. Senhor

Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

Prof. Dr. Bacelar de Vasconcelos

Por determinação superior, tenho a honra de remeter a Vossa Excelência, o **Parecer** elaborado pelo Gabinete da Senhora Conselheira Procuradora-Geral da República sobre o Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4ª (PAN) que procede à *"Alteração ao Código Penal (crimes de violação e coação sexual), adaptando a legislação à Convenção de Istambul,* o qual mereceu a sua total concordância.

Com os melhores cumprimentos,

O Secretário da Procuradoria-Geral da República

Carlos Adérito Teixeira

PARECER

Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN) – Alteração ao Código Penal (crimes de violação e de coação sexual), adaptando a legislação à Convenção de Istambul

A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou a emissão de parecer escrito sobre o Projeto de Lei n.º 1047/XIII, apresentado pelo Grupo Parlamentar PAN, que procede à alteração do Código Penal, modificando a redação dos seus artigos 163.º, 164.º, 177.º e 178.º e revogando os artigos 165.º e 166.º, assim como o n.º 2 do artigo 178.º.

De acordo com a exposição de motivos, esta alteração legislativa propõe-se adequar o texto legal às normas previstas na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (doravante denominada apenas como Convenção), adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 13/2013, de 14 de dezembro de 2012 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de janeiro), cujo início da vigência em Portugal data de 01.08.2014.

*

I. As propostas legislativas anteriores e a sucessão legislativa

As soluções consagradas no projeto de Lei remetido para parecer não constituem uma completa inovação no quadro das iniciativas legislativas apresentadas à Assembleia da República.

Na verdade, no decurso do ano de 2014 e em sede das iniciativas parlamentares que precederam à revisão do Código Penal operada pela Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto, foram propostos e discutidos os **projetos de lei n.º 522/XII/3.ª (BE), 664/XII/4.ª (BE) e 665/XII/4.ª (BE)**. Os dois primeiros visavam, também, a alteração do tipo objetivo dos crimes de violação e coação sexual; o último continha proposta de modificação da natureza do crime de violação, tornando-o público. Enquanto o projeto de Lei n.º 522/XII/3.ª acabou por ser rejeitado em Julho de 2014[1], após a discussão dos projetos de Lei n.º 664/XII/4.ª e 665/XII/4.ª[2] e a apresentação de propostas de substituição e de alteração, por parte dos grupos parlamentares PSD e CDS-PP, conjuntamente, e do grupo parlamentar do PS, acabou por ser aprovada a já referida Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto – que procedeu à 38.ª alteração do Código Penal, autonomizando o crime de mutilação genital feminina, criando os crimes de perseguição e casamento forçado e alterando os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual, em cumprimento do disposto na Convenção.

---

[1] Cfr. o histórico da análise parlamentar da proposta no link http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38267, sendo de destacar que, quanto a esta iniciativa legislativa, não foi solicitado nem à Procuradoria Geral da República nem ao Conselho Superior do Ministério Público a emissão de parecer.

[2] Cfr. o histórico da discussão conjunta das referidas propostas e das subsequentemente propostas de alteração e de substituição, que vieram a ser aprovadas, em https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=38692.

Mais recentemente, o projeto de Lei n.º 976/XIII/3.ª (BE)[3] propôs a alteração das molduras penais abstratas dos crimes de violência doméstica, de violação, de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e de abuso sexual de crianças. Como fundamentos desta proposta de alteração legislativa encontram-se o aumento número de ocorrências de crime de violação, o recurso maioritário à pena de prisão suspensa na sua execução e a necessidade de adequar as molduras penais às necessidades de prevenção geral.

Mais recentemente, ainda, o projeto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) propõe adequar a previsão dos crimes de coação sexual e de violação à Convenção, eliminando dos respetivos tipos a *violência ou ameaça grave* e convertendo-os em crimes públicos.

Assim, no que diz respeito aos crimes de violação e de coação sexual, a redação atual é a que resulta das alterações introduzidas ao Código Penal em 2015, pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto.

Em 1998, através da Lei n.º 65/98, de 02 de setembro, introduziu-se a punição dos crimes de violação e de coação sexual sem recurso a violência ou a ameaça grave, mas com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, que em 2007, pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, passa a incluir as relações familiares. Apenas com a Lei n.º 83/2015 é eliminada a referência ao abuso de autoridade no tipo de ilícito que prescinde de violência ou ameaça.

No que toca à moldura penal do crime de violação, o anterior artigo 201.º, n.º 1 do Código Penal, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro,

---

[3] Cfr. histórico da discussão conjunta com outras propostas de alteração legislativa, maioritariamente, relacionados com a temática da violência doméstica, disponível em https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42934.

previa uma pena de dois a oito anos de prisão, moldura que passou de três a dez anos com o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, no atual n.º 1 do artigo 164.º. Com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, com a mencionada alteração do n.º 2 daquele preceito, passa esta norma a prever uma moldura até três anos de prisão se a conduta típica for praticada com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior. A Lei n.º 83/2015 elimina deste n.º 2 o abuso de autoridade e eleva a moldura penal para pena de prisão de um a seis anos de prisão.

Já no que respeita às molduras das penas do crime de coação sexual, o n.º 1 do artigo 163.º mantém desde 1995 a moldura de um a oito anos de prisão. O n.º 2 previa pena de prisão até dois anos desde o seu aditamento pela já referida Lei n.º 65/98, passando esta moldura para pena de prisão até cinco anos com a Lei n.º 83/2015. Previamente à Reforma do Código Penal de 1995, o antigo artigo 205.º, n.º 1 do Código Penal, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, previa pena de prisão até três anos para o ilícito criminal de atentado ao pudor com violência.

*

II. O Projeto de Lei n.º 1047/XIII: objeto e motivação

No texto prévio às soluções legais que se visam introduzir através destes dois projetos legislativos, com interesse legitimador, diz-se:

i) *No crime de violação, a violência, tanto física como moral, representa um elemento constitutivo deste crime, sendo, pois, fundamental a verificação de violência para a verificação do crime de violação.*

ii) *A Convenção de Istambul visa combater a violência contra mulheres e a violência doméstica através da prevenção da violência, proteção das vítimas e eliminação da impunidade dos agressores.*

iii) *De acordo com o disposto no artigo 36.º da Convenção de Istambul, o que releva para o preenchimento do elemento objetivo dos crimes sexuais não é a existência ou não de violência, mas sim a existência ou não de consentimento por parte do sujeito passivo/vítima.*

iv) *O PAN considera que reveste particular essencialidade proceder a uma correta interpretação e aplicação do teor da Convenção de Istambul, no que concerne à definição do elemento típico objetivo destes crimes.*

v) *O relatório da Amnistia Internacional, de 24.11.2018, denominado "Right to be free from rape", concluiu que a legislação concernente ao crime de violação permanece "inadequada e ineficaz na maioria dos países europeus", dado que o tipo do crime de violação assenta ainda na violência física, ameaça ou coação, contrariando desta forma o previsto na Convenção de Istambul.*

vi) *O Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres aconselhou diversos países europeus, nos últimos anos, a adaptarem os respetivos ordenamentos jurídicos de forma a integrar plenamente as recomendações vertidas na Convenção de Istambul.*

vii) *Face ao exposto, o PAN entende que o Código Penal deve ser alterado no sentido de considerar como violação todo e qualquer ato sexual sem consentimento assente na cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, alterando desta forma a formulação do crime de violação.*

viii) *O PAN considera ainda que devem ser revogados os artigos 165.º e 166.º CP concernentes aos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e abuso sexual de pessoa internada, dado que estes devem ser integrados nos crimes de*

coação sexual e violação, mas funcionando como circunstâncias agravantes, uma vez que, se reportam a situações de pessoas com especial vulnerabilidade, onde a reprovação social e legislativa deve revestir maior intensidade.

ix) *Considerando os dados emanados pelo Ministério da Justiça, relativos às decisões tomadas pelos Tribunais de primeira instância em 2016, a pena de prisão suspensa foi aplicada em 58% das 404 condenações por crimes sexuais em que são conhecidas as sanções decretadas.*

x) São depois citados exemplos concretos de absolvições de alegadas violações, aparentemente, por ausência de elementos indiciadores de violência, representando *uma manifestação clara de uma conjuntura, atestada pelos dados históricos, assente numa híper valorização dos crimes contra a propriedade, em detrimento de outros crimes, como é o caso flagrante dos crimes de cariz sexual.*

xi) *O PAN considera que os limites mínimos e máximos relativos às molduras penais destes crimes deverão ser aumentados fazendo com que, por um lado, se fomente uma crescente consciencialização social (onde se incluem os Magistrados) da gravidade deste tipo de crimes, e por outro lado, obstar a que se possa recorrer ao instituto da suspensão da execução da pena de prisão nos casos mais graves no âmbito dos crimes tratados nesta sede.*

xii) Conjugando o artigo 46.º da Convenção com a necessidade de consciencialização social da gravidade destes crimes, o PAN considera que se afigura como fundamental proceder à alteração do leque de circunstâncias agravantes relativas aos crimes de coação sexual e de violação.

xiii) *O PAN considera que deve ser atribuída natureza pública aos crimes de coação sexual e violação,* sendo a atual natureza semi-pública *espelho da desconsideração com requintes de anacronismo legislativo face à realidade.*

*

III. Análise sequencial crítica

III.1. Do tipo objetivo dos crimes de coação sexual e de violação

Em primeiro lugar, cumpre realçar que o texto do projeto de Lei altera o elemento essencial do tipo objetivo dos ilícitos criminais de coação sexual e de violação para uma cláusula geral de não consentimento, a qual se mostra adequada a garantir a proteção do bem jurídico tutelado pelas normas incriminadoras – a liberdade sexual – e, bem assim, a cumprir o desiderato da Convenção. E nesta parte, a proposta de alteração legislativa merece a nossa total concordância.

Contudo, as alterações ao tipo objetivo não se quedam neste relevante aspeto.

A redação proposta para o n.º 1 do artigo 163.º, relativo ao crime de coação sexual, é a seguinte: «1 – *Quem, sem o consentimento da outra pessoa, praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.*»

Para o n.º 1 do artigo 164.º é proposta a seguinte redação: «*Quem sem o consentimento de outra pessoa:*

a) praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) proceder à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;

é punido com pena de prisão de seis a doze anos.»

Na redação atual do n.º 1 do artigo 163.º a ação típica consiste em *constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem.* Já o n.º 1 do artigo 164.º vigente criminaliza o ato de *constranger outra pessoa* [a)] *a sofrer ou a praticar consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral ou* [b)] *a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.*

Esta ação típica beneficia, já, de extensa densificação doutrinária e jurisprudencial e é, ademais, caracterizadora dos tipos de ilícito em análise.

A propósito do artigo 163.º do Código Penal, FIGUEIREDO DIAS[4] esclarece que «a distinção entre sofrer e praticar quer significar apenas a distinção entre um comportamento, do ponto de vista sexual, puramente **passivo** ou antes **activo** da vítima» (negrito no original). Deste modo, dúvidas não restam que o legislador entendeu como relevante, para efeitos de tipificação como coação sexual, a (mera) ação de tocar em certas partes do corpo da vítima – conduta que não implica qualquer *participação* desta, antes pressupõe a sua atitude verdadeiramente passiva.

Se interpretarmos com rigor gramatical e semântico a preposição "com"[5], da mesma não decorre de forma clara e evidente que estejam incluídas no tipo condutas que impliquem atitude passiva da vítima, daquele modo considerado. Na verdade, com a formulação típica vigente «podem bastar, para integrar o conceito de actos sexuais de relevo do art. 163.º, toques com *objectos* ou mesmo acções como as de ejacular (...) sobre a vítima (assim também a jurisprudência suprema

---

[4] *In Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 450.

[5] Distingue, também, de forma clara o ato de praticar atos sexuais *com* a vítima ou *sobre* a vítima, INÊS FERREIRA LEITE (*in* "A Tutela Penal da Liberdade Sexual", *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, janeiro - março de 2011, p. 68).

alemã: cf. M/S/MAIWALD I, 17 46). A expressão "sofrer" contida no art. 163.º dá perfeitamente azo a que se considere típica esta espécie de actos.»[6] (itálico no original). Já na redação proposta poder-se-á hesitar entre integrar ou não esta espécie de condutas no tipo de crime de coação sexual.

Ou seja, com a substituição da expressão "constranger" por "praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem", poderão ser suscitadas dúvidas sobre a alteração também do âmbito de ações típicas abrangidas por esta norma incriminadora. Na verdade, tratando-se do tipo criminal de *coação sexual*, a ação típica traduzir-se-ia, naturalmente, num ato de *constrangimento*[7] (da vontade ou da liberdade de atuação) dirigido à prática de ato sexual de relevo. De resto, salvo melhor opinião, a ausência da previsão de violência no novo tipo criminal, em harmonia com as normas da Convenção, não implica leitura diversa[8].

---

[6] FIGUEIREDO DIAS, *in Comentário Conimbricense...*, p. 451.

[7] Que se poderá traduzir, por si só, na ausência de consentimento para a prática ato sexual de relevo.

[8] Em harmonia com o artigo 36.º da Convenção, INÊS FERREIRA LEITE entendeu por adequado o emprego do verbo ***constranger*** na redação dos nºs. 1 e 2 dos artigos 163.º e 164.º, a par da eliminação de "dissentimento qualificado" – em parecer sobre a reforma do Código Penal, elaborado sobre o projeto de Lei n.º 664/XII e disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d527939456232 4e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c3249354d3255345a5452694c54557a4d4459744e444a6a4d7930354d6a41774c54426d596d59325a5445354f5467325a6935775a47593d&fich=b93e8e4b-5306-42c3-9200-0fbf6e19986f.pdf&Inline=true (consultado pela última vez a 28.12.2018)

Deste modo, não nos parece necessária nem (a mais) adequada à tutela dos bens jurídicos em causa a utilização da expressão "praticar com ela" no tipo objetivo do crime de coação sexual – que, aliás, mantém a sua epígrafe inalterada.

No nosso entendimento, a (louvável) eliminação do segmento «*por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir*» do texto do n.º 1 do atual artigo 163.º do Código Penal estará já em consonância com os elementos literal e teleológico da norma contida no artigo 36.º da Convenção . Esta supressão fora já proposta no acima mencionado projeto de Lei n.º 664/XII, apresentado pelo Grupo Parlamentar do BE, o qual não mereceu, nessa parte, reparo no parecer elaborado na Procuradoria-Geral da República – bem pelo contrário –, nele tendo merecido apenas crítica, quanto ao elemento objetivo do ilícito de coação sexual, a supressão do conceito de ato sexual de relevo.

III.2. Das circunstâncias agravantes

O projeto de Lei em análise adita nos **nºs. 2 e 3 dos artigos 163.º e 164.º** circunstâncias agravantes dos tipos de crime em análise, para além das previstas no artigo 177.º (cuja redação também é alterada).

A redação proposta para ambos os preceitos é idêntica, variando, apenas, na moldura penal aplicável e na previsão do resultado morte ou suicídio da vítima decorrente da prática dos atos tipificados como violação.

É a seguinte a redação proposta para o n.º 2 dos preceitos em apreço:

«2- Se os factos compreendidos no número anterior forem praticados por quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em:

a) Estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas da liberdade;

b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou

c) Estabelecimento de educação ou correcção;

o agente é punido com pena de prisão de três a nove anos (no caso do crime de coação sexual) e *com pena de prisão de seis a catorze anos* (para o crime de violação).»

Trata-se de circunstância agravante que atualmente integra o tipo autónomo de crime de abuso sexual de pessoa internada. Sem prejuízo dos considerandos e da análise crítica adiante expendida no ponto III.6. do presente parecer, onde apresentaremos as razões de discordância da revogação dos artigos 165.º e 166.º, cumpre realçar que o texto das alíneas importadas do atual artigo 166.º mereceria atualização nos termos que se passam a expor.

A alínea relativa aos «*estabelecimentos de educação ou de correcção*», referir-se-á estabelecimentos de ensino e aos atuais centros educativos onde se executam as medidas tutelares educativas de internamento; uma vez que as antes, vulgarmente, denominadas *medidas corretivas* correspondem atualmente, em rigor, às medidas tutelares educativas.

Acresce que, não obstante se fazer referência a estabelecimentos de ensino e a estabelecimentos destinados a assistência ou tratamento – estes últimos na alínea respeitante a estabelecimentos de saúde – não existe qualquer referência a casas de acolhimento residencial. Se os lares ou residências para idosos se poderão incluir nos estabelecimentos destinados a assistência ou tratamento, já as casas onde residem crianças e jovens em benefício de quem foi aplicada medida de promoção e proteção de acolhimento residencial não se mostra representada em

qualquer um dos locais elencados no projeto de Lei, sendo certo que, no nosso entendimento, por identidade de razão, ali deveriam ser incluídas.

Assim sendo, ousa-se sugerir a seguinte redação para o **n.º 2** dos **artigos 163.º e 164.º**[9] (a que acrescerá as molduras penais que se vierem a julgar adequadas): «Se os factos compreendidos no número anterior forem praticados por quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em **estabelecimento onde se executem reações criminais privativas da liberdade, estabelecimento de ensino, centro educativo, casa de acolhimento residencial, hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento, o agente é punido com pena de prisão de** (...)».

Já no que concerne ao n.º 3 dos artigos 163.º e 164.º é adotada a seguinte redação:

«3- Se os factos compreendidos nos números anteriores:

a) tiverem sido precedidos ou acompanhados de violência de considerável gravidade; ou

b) tiverem sido praticados em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade; ou

c) tiverem resultado em danos físicos ou psíquicos graves para a vítima; ou

Apenas prevista no artigo 164.º, para o **crime de violação:**

d) tiverem resultado no suicídio ou morte da vítima;

[9] Ou, caso não se venha a verificar a revogação do artigo 166.º, poderá a sugestão ser aproveitada para eventual revisão do texto daquele preceito.

o agente é punido com pena de prisão de cinco a dez anos (no caso do crime de coação sexual) e *com pena de prisão de seis a dezasseis anos* (para o crime de violação).»

A primeira e a terceira alíneas são a reprodução das alíneas f) e h), respetivamente, do já citado artigo 46.º da Convenção.

Contudo, tal como na segunda alínea, comportam cláusulas de agravação de manifesta abstração e imprecisão. Ora, a lei, apesar de clara e abstrata, por natureza, quando incriminadora, terá de se assumir minimamente concretizável, sob pena de indesejada compressão quer do princípio da legalidade[10] e do seu corolário da tipicidade (cfr. artigo 29.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, doravante, CRP) quer, de forma mais mediata, do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP) e dos direitos fundamentais de defesa (artigo 32.º da CRP).

Cremos que a função legitimadora do direito penal, de tutela de bens jurídicos (e sempre, por respeito, à dignidade da pessoa humana), e as finalidades preventivas da pena apenas se cumprirão se a lei penal resultar clara, inequívoca e certa para a generalidade dos cidadãos.

Assim, por respeito ao princípio da legalidade, as normas incriminadoras (incluindo as circunstâncias agravantes) devem ser objetivamente determináveis[11].

---

[10] No sentido de que *não há crime nem pena que não decorra de lei anterior, escrita, estrita e **certa*** e enquanto corolário do atual Estado de Direito democrático.

[11] De modo a que «se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos (...). Do mesmo modo, se é inevitável que a formulação dos tipos legais não consiga renunciar à utilização de elementos *normativos*, de conceitos *indeterminados*, de cláusulas *gerais* e de fórmulas *gerais de valor*, é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos, sob pena

Como tal, importará atribuir conteúdo determinável, de modo seguro e inequívoco, às circunstâncias agravantes que se pretendem aditar.

Neste sentido, seria, a nosso ver, de equacionar a substituição das alíneas a) e b) pela remissão para algumas das alíneas contidas no n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal ou, eventualmente, a transposição de alguns daqueles exemplos-padrão para as circunstâncias agravantes que se pretendem aditar aos crimes de coação sexual e de violação, conferindo, deste modo, maior concretização e certeza jurídica à previsão legal de agravação. De resto, naqueles exemplos-padrão de especial censurabilidade encontram-se circunstâncias que revelam violência de considerável gravidade, como o emprego de tortura ou a utilização de meios particularmente perigosos.

Relativamente à alínea c), somos do parecer que se poderá beneficiar, a este respeito da previsão legal expressa (no artigo 144.º do Código Penal) e, bem assim, de densificação doutrinária e jurisprudencial sedimentada a esse respeito. Ademais, naquele preceito estão já incluídos danos psíquicos como a *afetação, de maneira grave, das capacidades intelectuais, doença particularmente dolorosa ou permanente* e *anomalia psíquica grave ou incurável.*

Assim sendo, ousa-se sugerir que a expressão «*danos físicos ou psíquicos graves*» seja substituída por «**ofensa à integridade física grave**».

Sublinha-se, contudo, que a redação proposta para as normas em análise carece de harmonização com o previsto no atual **n.º 5** do **artigo 177.º** do Código

---

de violação irremissível, neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística. Nesta acepção se afirma, com razão, que a lei penal fundamentadora e agravadora da responsabilidade tem de ser uma lei **certa** e **determinada.**» - FIGUEIREDO DIAS, *in Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 186 (itálico e negrito no original).

Penal, que se mantém inalterado no projeto de Lei, passando, apenas, a figurar como n.º 6 do mesmo artigo, devido ao aditamento do novo n.º 1. No atual n.º 5 pode ler-se: «*As penas previstas nos artigos 163.º a 168.º e 171.º a 174.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima.*».

Deste modo, encontra-se, já, previsto no atual n.º 5 do artigo 177.º como circunstância agravante o resultado de lesão grave da integridade física, bem como o suicídio ou a morte da vítima.

Da atual agravação resultaria uma pena de um ano e seis meses a doze anos de prisão para o crime de coação sexual e de quatro anos e seis meses a quinze anos de prisão para o crime de violação. Com a redação proposta no projeto de Lei para os artigos 163.º e 164.º, por aplicação do n.º 5 (que passa a n.º 6) do artigo 177.º, a moldura a empregar no crime de coação sexual mantém-se a mesma, mas no caso do crime de violação encontrar-se-ia moldura de nove a dezoito anos de prisão (uma vez que a moldura penal do crime de violação pretendida pelo projeto de Lei é de seis a doze anos).

Ora, comparando com as molduras propostas para os nºs. 3 dos artigos 163.º e 164.º, verifica-se que em ambos o limite máximo fica aquém da moldura que resulta da aplicação do n.º 5 do artigo 177.º: no caso da coação sexual prevê-se de cinco a dez anos de prisão (por comparação com um ano e seis meses a doze anos) e no crime de violação moldura de seis anos a dezasseis anos de prisão (por comparação com nove anos a dezoito anos).

A menos que a intenção seja a de agravar – substancialmente, note-se – o limite mínimo e não também o limite máximo, parece-nos que a solução proposta acaba por se revelar incongruente com os considerandos legitimadores da iniciativa

de alteração legislativa e, bem assim, incoerente entre as várias molduras aplicáveis às citadas agravações.

Mais, observando-se duplicação de circunstâncias agravantes aplicáveis aos crimes de coação sexual e de violação, nos nºs. 3 dos artigos 163.º e 164.º e no n.º 5 do artigo 177.º, com molduras abstratas distintas, cria-se situação de desordem e de incerteza na lei penal, naturalmente, a evitar, desde logo porque desconformes com os mandatos constitucionais já acima aludidos.

No **artigo 177.º** são, também aditadas circunstâncias agravantes. No texto proposto para o novo **n.º 1** deste preceito pode ler-se:

> *«1- As penas previstas nos artigos 163.º e 164.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se os factos tiverem sido cometidos:*

a) contra o cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau;

b) se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, funções educativas ou assistenciais ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação[12]*;*

c) contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;

---

[12] Importa anotar que nestas situações de "aproveitamento" poderão existir casos de assentimento aparente ou *viciado* (INÊS FERREIRA LEITE, *in* "A Tutela Penal da Liberdade Sexual", *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, janeiro - março de 2011, pp. 75 a 81).

d) contra pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de dar o seu consentimento, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade;

e) de forma reiterada;

f) na presença de uma criança;

g) com utilização ou ameaça de arma aparente ou oculta;»

Não obstante ser de concordar, em abstrato, com o aditamento citado, importa chamar a atenção, desde logo, para a moldura penal do crime de violação por aplicação de qualquer uma destas circunstâncias agravantes, de acordo com a redação proposta para o artigo 164.º: o mínimo é elevado para oito anos e o máximo para dezasseis.

Quanto à reiteração, trata-se de conceito que poderá remeter ou para o concurso de crimes – ainda que superveniente – ou para o instituto da reincidência. Contudo, será punido a título mais severo do que o reincidente, uma vez que, neste caso, o limite máximo da moldura permanece inalterado (cfr. artigo 76.º, n.º 1 do Código Penal). Deste modo, por se tratar de circunstância com sérias repercussões na pena aplicável importará melhor definir o que se entenderá por reiteração, quer ao nível quantitativo – bastará reincidir por uma vez na prática do crime em causa? – quer ao nível do espaço temporal relevante – será ainda punido de modo agravado a conduta perpetrada dez anos após o crime precedente? – sob pena de se tratar, mais uma vez, de cláusula penal agravante excessivamente indeterminada.

Uma palavra, ainda, para sublinhar o carácter indefinido do conceito de criança, presente na alínea f), podendo existir dúvida se se poderão incluir todas as crianças ou jovens até aos 18 anos ou se se trata de previsão menos abrangente. Se a primeira leitura poderá merecer concordância, por conformidade com outras

normas[13] que assim definem o conceito de criança, a verdade é que se trata de circunstância agravante que protege, reflexamente a autodeterminação sexual das crianças. Nesse sentido, e tendo como pano de fundo os conhecidos fundamentos de legitimidade da intervenção penal – que se afastam da mera valoração moral das condutas –, fará sentido agravar a moldura penal perante a circunstância de os crimes sexuais em referência serem perpetrados perante criança ou jovem até aos dezoito anos quando o mesmo crime se praticado contra jovem com mais de dezasseis anos não merece, por si só, qualquer agravação?

Pelo exposto, com o devido respeito, constata-se que a simples transposição da alínea d) do artigo 46.º da Convenção para agravar a pena aplicável ao crime sexual praticado *perante criança* carece de harmonização, em particular, com a circunstância agravante de o crime sexual ser praticado *contra criança*, por respeito, também, ao critério legitimador da intervenção penal – a tutela de bens jurídicos.

Note-se, por fim, que as circunstâncias agravantes previstas no n.º 1 em análise apenas se aplicarão aos crimes de coação sexual, mantendo-se a redação do atual n.º 1 (n.º 2 do projeto de Lei) para os crimes de fraude sexual, procriação artificial não consentida, lenocínio, importunação sexual, abuso sexual de criança, abuso sexual de menores dependentes, atos sexuais com adolescentes, recurso à prostituição de menores, lenocínio de menores e pornografia de menores.

A única alínea comum é a alínea b), que se apresenta com igual redação em ambos os números.

[13] Veja-se, entre outros, o artigo 1.º da Convenção sobre os direitos da Criança, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12.09, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12.09, com início de vigência a 21.10.1990.

A este respeito cumpre salientar que a alínea a) do n.º 1 do projeto de Lei não abrange ascendentes, descendentes, adotantes, adotados, parentes ou afins até ao segundo grau do agente, ao contrário do que sucede com a atual alínea a) do n.º 1 vigente, aplicável a todos os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual (Capítulo V do Título I do Livro II do Código Penal) – com exceção do crime do crime de abuso sexual de pessoa internada, atendendo à sua especificidade. A alínea a) do n.º 1 do artigo 177.º, no projeto de Lei, agrava a moldura penal apenas quando o crime seja praticado contra quem mantenha ou tenha mantido relação de conjugalidade, de namoro ou análoga à conjugal (prescindindo da coabitação) ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau. Contudo, ascendentes, descendentes, adotantes, adotados, parentes ou afins até ao segundo grau do agente são insertos na alínea a) do n.º 2 do projeto de Lei.

Ora, não obstante a alínea b) do n.º 1 fazer referência às relações familiares, importa não esquecer que para o preenchimento desta cláusula de agravação não basta a existência desta relação [como acontece nas alíneas a) dos nºs. 1 e 2], é necessário que o crime tenha sido praticado com aproveitamento desta relação. Assim, atento o diferente âmbito de aplicação dos nºs. 1 e 2 do artigo 177.º, na redação do projeto de Lei, a circunstância de a vítima ser ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau do agente deixará de ser agravante, (apenas) para os crimes de coação sexual e de violação, quando não se prove que o agente tenha atuado com aproveitamento desta relação familiar.

Em face das afirmações contidas na exposição de motivos do projeto de Lei e na Convenção que o fundamenta, não terá sido este o resultado pretendido que, aliás, terá como efeito uma proteção menos abrangente e eficiente dos bens jurídicos cuja tutela está em causa.

Para além desta manifesta incongruência, merece, igualmente, crítica o facto de as circunstâncias estatuídas nas alíneas c) a g) do n.º 1 apenas serem aplicáveis aos crimes de coação e de violação e não também aos restantes crimes contra a liberdade a autodeterminação sexual.

De facto, concordamos que se revela oportuna a revisão das circunstâncias agravantes aplicáveis aos crimes sexuais, para maior salvaguarda dos bens jurídicos tutelados por estes crimes e melhor adequação das consequências jurídicas ao sentido de justiça comum da atual comunidade. Atendendo a tais fundamentos, torna-se incompreensível, com o devido respeito e salvo melhor opinião, do ponto de vista da realização da justiça e de idêntica proteção dos mesmos e exatos bens jurídicos, que as circunstâncias de o crime sexual ser perpetrado, por exemplo contra *pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez*, ou contra *pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de dar o seu consentimento, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade* sejam apenas aplicáveis aos crimes de coação sexual e de violação e não também, por exemplo, ao crime de lenocínio.

Razões pelas quais, seria de ponderar que as circunstâncias agravantes que o projeto de Lei se propõe aditar ao n.º 1 do artigo 177.º fossem, com as devidas adaptações[14], aplicáveis a todos os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. De resto, quando o artigo 46.º da Convenção impõe que se adotem medidas de agravação das penas aplicáveis, designadamente aos crimes sexuais praticados

[14] Designadamente, pelo facto de o projeto de Lei incluir no n.º 1 do artigo 177.º e nos nºs. 2 dos artigos 163.º e 164.º, respetivamente, os elementos típicos objetivos dos artigos 165.º e 166.º que se propõe revogar: os crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e o abuso sexual de pessoa internada. Opção legislativa que merecerá apreciação crítica em ponto autónomo do presente parecer.

contra as mulheres, não distingue, designadamente, entre violação e lenocínio, ou entre coação sexual e procriação artificial não consentida. São estas as "circunstâncias agravantes" elencadas no artigo 46.º da Convenção:

a) *Ter a infração sido praticada por um membro da família, uma pessoa que coabita com a vítima ou uma pessoa que abusou da sua autoridade contra o cônjuge ou ex-cônjuge, ou contra o companheiro ou ex-companheiro, tal como previsto no direito interno;*
b) *Ter a infração, ou terem as infrações conexas, sido repetidamente praticadas;*
c) *Ter a infração sido praticada contra uma pessoa que se tornou vulnerável devido a circunstâncias particulares;*
d) *Ter a infração sido praticada contra uma criança ou na sua presença;*
e) *Ter a infração sido praticada por duas ou mais pessoas agindo conjuntamente;*
f) *Ter a infração sido precedida ou acompanhada de uma violência de gravidade extrema;*
g) *Ter a infração sido praticada com a utilização ou a ameaça de uma arma;*
h) *Ter a infração causado danos físicos ou psicológicos graves à vítima;*
i) *Ter o perpetrador sido anteriormente condenado pela prática de infrações da mesma natureza.*

Analisado o elenco, verifica-se que nem todas as circunstâncias se encontram expressamente previstas no texto do projeto de Lei (nem nas normas atualmente em vigor)[15].

Pelos motivos expostos, salvo melhor opinião, mostrar-se-ia mais consentâneo com os mandados da Convenção e com a harmoniosa e igualitária

[15] Embora devam ser tidas em conta para efeitos de determinação da medida concreta da pena e tenham, algumas delas (como o facto típico ser praticado por duas ou mais pessoas, agindo conjuntamente), reflexo nas circunstâncias que revelem especial censurabilidade, por referência à alínea h) do n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal.

tutela dos bens jurídicos que as circunstâncias agravantes fossem previstas, sem distinção (ainda que com necessárias adaptações, sublinhe-se, novamente), para todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Por último, e ainda, quanto ao **artigo 177.º**, nos **números 7 e 8** (atuais nºs. 6 e 7, respetivamente) é apenas subtraída a referência ao artigo 165.º, cuja revogação é proposta no projeto de Lei em discussão, mantendo-se, no mais, a redação, ainda que com renumeração. A este propósito, aproveitamos, apenas, para reiterar a discordância manifestada aquando da emissão de parecer sobre o projeto de Lei n.º 664/XII/4.ª (BE), no sentido em que a circunstância de o ato ser cometido contra menor de 16 anos, que passará a figurar no n.º 7, se revela, salvo melhor opinião, repetitiva, face à que se elenca no n.º seguinte, ou seja, *o facto ser cometido contra menor de 14 anos*. Repetição que poderia ser evitada se no n.º 7 se previsse que as penas ***são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima tiver entre 14 e 16 anos***, o que se ousa sugerir.

III.3. Molduras penais

Quanto ao agravamento das molduras penais resulta da exposição de motivos que esta opção de política legislativa se encontra fundada na análise estatística das condenações pela prática dos crimes sexuais em referência e da natureza e medida das penas aplicadas, procurando-se, por um lado, reforçar o carácter intimidatório das penas – prevenção geral negativa – e, por outro lado, evitar a possibilidade da suspensão da execução da pena de prisão, elevando-se o limite mínimo para além dos cinco anos.

A este respeito, tomámos, recentemente posição, no parecer elaborado a propósito do projeto de Lei n.º 976/XIII (BE), a qual, resumidamente, aqui reproduzimos:

> "A propósito da função da pena, salienta PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO[16] que «De um ponto de vista pragmático e de eficácia, contrariando a ideia de que a criminalidade aumenta ou diminui em função da maior, ou menor, severidade das penas, tem sido demonstrado que os destinatários das normas penais não seguiam, normalmente, pelo conhecimento que possam ter dessas normas (até as desconhecerão, na maior parte dos casos), mas, antes, pela maior, ou menor, probabilidade de os seus actos virem a ser efectivamente detectados e perseguidos criminalmente. É intuitivo que o factor que pode demover, nesta perspectiva, um potencial homicida, não será tanto a probabilidade de a sua condenação ser de oito ou dezasseis anos (porventura, qualquer delas poderia demovê-lo, ou não) mas de ser, ou não, efectivamente condenado. Nesta perspectiva, o maior ou menor incremento da criminalidade não dependerá, tanto, da severidade das penas, como, sobretudo, dos mecanismos fiscalizadores que reforçam a probabilidade de efectiva aplicação da pena. Também é errado pensar que à decisão de prática do crime está sempre subjacente uma ponderação racional. Muitas vezes, trata-se de uma decisão fruto de um impulso momentâneo, alheio a qualquer ponderação racional de vantagens e inconvenientes futuros. E isso sucede, frequentemente, em crimes graves, como o de homicídio».»

[16] *In* "Os Fins das Penas e a Prática Judiciária — algumas questões" — texto que serviu de base a intervenção nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, CSM, 1 de julho de 2011.

Ali se relembra que no exercício de tipificação de conduta criminosa, atendendo à necessidade de tutela de determinado bem jurídico, e de fixação da moldura penal aplicável sempre deverá presidir o princípio da proporcionalidade. E a fim de se avaliar se a moldura a aplicar será a adequada e a (estritamente) necessária a salvaguardar os interesses a prosseguir, importa ter bem presentes as finalidades das penas, tal como aludidas, designadamente, no artigo 40.º do Código Penal. Desta norma (bem como de outras normas da dita Constituição penal - desde logo, do artigo 18.º da CRP) decorre que a prevenção geral surge num primeiro patamar do desígnio das penas.

Mas esta prevenção geral não poderá ser a negativa, senão a positiva, de integração, de reposição da confiança da comunidade na validade da norma jurídica violada e de reforço da consciência do *dever-ser*. Por respeito ao princípio da culpa (também com reflexos constitucionais e fundado, em última análise, na dignidade da pessoa humana), é afastada qualquer conceção retributiva da pena, impondo o Estado de Direito democrático um direito penal (re)socializador.

Tal como se anotou no citado parecer precedente, importaria, assim, aferir das condições de execução das penas aplicadas e da sua (in)capacidade de reintegração social e de prevenção da reincidência:

> «A moldura penal abstrata deverá responder às exigências de prevenção (e repressão) que abstratamente se façam sentir, criando um sistema punitivo coerente, que possibilite que o julgador encontre, nos limites abstratos e para o caso concreto, de acordo com os critérios legalmente fixados, a medida concreta da pena necessária e adequada às exigências de punição e prevenção que o caso demandar e, bem assim, a forma de cumprimento dessa pena.

«Salvo melhor opinião para que se possam fundamentar alterações como a proposta pelo projeto de Lei, importa que se avalie a medida em que cada um dos referidos planos responde, ou não, às finalidades e exigências de prevenção (e repressão) que se visam atingir.

«Desde logo, deverá avaliar-se se as penas concretas aplicadas e a modalidade fixada para o seu cumprimento poderão fundamentar a ideia de que de as penas abstratas fixadas pelo legislador não permitem a aplicação de uma pena com capacidade dissuasora, na perspetiva da prevenção, seja geral seja especial.

«Salvo melhor opinião e o devido respeito pela proposta apresentada, que assume uma preocupação que é de todos nós e que nos deve impulsionar no sentido da procura de uma resposta eficaz no combate aos fenómenos criminais em causa, afigura-se que os fundamentos invocados para o agravamento das penas, tal como configurado, não traduzem a real causa da dita incapacidade do sistema no combate àqueles crimes.»

Especificamente quanto ao objetivo de limitar a aplicação da suspensão da execução da pena de prisão, uma opção desta natureza importaria, também, como ali se disse, análise aprofundada nos seguintes planos: (i) comparação analítica dos casos em que são aplicadas penas de prisão suspensas na sua execução aos crimes sexuais com os casos de aplicação da mesma pena substitutiva a outros crimes com idêntica gravidade; (ii) avaliar os efeitos da suspensão da execução da pena de prisão nos crimes sexuais, nas suas diversas modalidades e condições, de forma a aferir em que medida as finalidades de prevenção, geral e especial, foram, ou não, alcançadas.

Estamos certos de que a resposta penal, abstrata (legal) e concreta (decisória), deverá ser efetiva e dissuasora; porém, importará ponderar seriamente

se o agravamento proposto das penas abstratas será solução adequada, necessária e proporcional, atendendo à natureza dos bens jurídicos a salvaguardar e às causas da sua lesão.

Salvo melhor opinião, as molduras ora propostas para os crimes de coação sexual e de violação contrastam com as molduras de outros ilícitos que atentam de modo grave contra bens jurídicos pessoais e, no limite, contra a dignidade da pessoa humana, como os crimes de escravidão e de tráfico de pessoas.

Mas mesmo no campo dos crimes sexuais, contra a autodeterminação sexual, resulta, no nosso entendimento, desequilibrada a solução quando comparada com as penas aplicáveis ao abuso sexual de crianças. Na verdade, natural seria que a reação penal se tornasse mais intensa quanto maior fosse a *vulnerabilidade* ou *fragilidade* do bem jurídico[17] – e não temos dúvidas quanto à maior *vulnerabilidade* da liberdade sexual, na vertente da autodeterminação sexual, quando as vítimas são crianças.

Vejamos, em quadro comparativo das molduras penais, uma imagem gráfica do que se acaba de transmitir[18]:

[17] Neste sentido, INÊS FERREIRA LEITE, *in* "A Tutela Penal da Liberdade Sexual", *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, janeiro - março de 2011, p. 78.

[18] As molduras que decorrem do texto do projeto de Lei (referido na tabela sob a sigla PJ) encontram-se a negrito.

	Coação Sexual	Violação	Abuso sexual de crianças	Escravidão	Tráfico de pessoas
n.º 1	1 a 8 anos	3 a 10 anos	1 a 8 anos	5 a 15 anos	3 a 10 anos
n.º 2	Até 5 anos	1 a 6 anos	3 a 10 anos		4A. a 13A. e 4m. [*n.º 4 do art. 160.º*]
n.º 1 [PJ]	**1 a 8 anos**	**6 a 12 anos**			
n.º 2 [PJ]	**3 a 9 anos**	**6 a 14 anos**			
N.º 3 [PJ]	**5 a 10 anos**	**6 a 16 anos**			
Art. 177.º, nºs. 1, 2, 4, 5 e 7 [PJ]	**1A. e 4m. a 10A. e 8 m.**	**8 a 16 anos**	**1A. e 4m. a 10A. e 8 m.**		
Art. 177.º, nºs. 6 e 8 [PJ]	**1A. e 6m. a 12 anos**	**9 a 18 anos** [19]	**1A. e 6m. a 12A.**		

Como se disse no anterior parecer, aqui já citado, «não se pretende, com o exposto, suscitar qualquer necessidade ou exigência de agravamento das penas daquele[s] crime[s] mas apenas assinalar a, pelo menos aparente, incoerência da proposta no âmbito de dois tipos de crime que justificariam uma mesma abordagem.».

[19] Moldura que excede, nos seus limites mínimo e máximo, a moldura aplicável ao crime de homicídio simples, punível com pena de prisão de 8 a 16 anos.

III.4. Natureza pública do crime de violação

O projeto de Lei em análise revoga o n.º 2 do artigo 178.º e altera a redação do n.º 1 deste preceito, adequando-a à revogação do artigo 165.º e transformando o crime de coação sexual e de violação em (verdadeiros) crimes públicos.

Tal como se referiu no primeiro ponto deste parecer, a alteração da natureza do crime de violação não constitui iniciativa legislativa nova. Trata-se de questão controversa e que foi amplamente discutida, designadamente, do projeto de Lei n.º 665/XIII/4.ª (BE), no projeto de Lei n.º 403/VII/2ª (PCP) e na proposta de Lei n.º 98/X/2ª (que deram origem, respetivamente, às alterações do Código Penal operadas pelas Leis n.º 65/98, de 02.09, e n.º 59/2007, de 04.09), bem como a propósito da reforma penal de 1995.

No anterior parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República, a propósito do projeto de lei n.º 665/XIII/4.ª (BE), defendeu-se solução híbrida. Teve-se em conta, por um lado, que nos crimes públicos o Estado se assume como o primeiro e único interessado na perseguição penal do facto, atendendo à gravidade e à repercussão social dos factos; e, por outro lado, que nos crimes sexuais haverá, ainda, que respeitar e considerar o interesse da vítima e os seus direitos fundamentais, potencialmente afetados com a necessária exposição no processo-crime da lesão da sua intimidade sexual. Na verdade, conforme ali se escreveu:

> «Se é certo que o sistema processual penal *latu sensu* tem contribuído para uma cada vez maior protecção das vítimas de crimes sexuais, não menos certo é a constatação que ainda assim os ofendidos deste tipo de ilícitos sofrem uma infindável intromissão na sua esfera privada por terceiros, e, onde, em diversos momentos, são obrigados a expor a sua intimidade sem que haja um verdadeiro respeito por se saber se é verdadeiramente essa a sua vontade esclarecida e livre..(...)

«É que, e é bom recordar, *nesta matéria estamos na presença de crime que contende de uma forma particular com a esfera da intimidade, pelo que à vítima cabe decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem, frustrar-se as intenções político criminais que, nestes casos, se pretenderam alcançar com a criminalização.*[20] » (itálico no original).

Com a certeza de que a solução ali aventada era a que se mostrava a mais equilibrada para os referidos interesses em balanço e a que iria ao encontro dos compromissos assumidos na Convenção de Istambul, mormente os traduzidos no seu artigo 55.º, n.º 1[21], optou-se por advogar «o regime híbrido que permita ainda assim que o Ministério Público possa, caso a caso, ponderar pela instauração e prosseguimento da acção penal, tendo sempre presente os especiais interesses da vítima».

Este mesmo regime acabou por ser aprovado pela Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto, que alterou a redação do n.º 2 do artigo 178.º do Código Penal, onde agora se lê: «*Quando o procedimento pelos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao mesmo, no prazo de seis*

---

[20] MARIA JOÃO ANTUNES, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, páginas 896 e 897.

[21] Para melhor compreensão, transcreve-se o conteúdo do citado preceito: «As Partes deverão garantir que as investigações das infrações previstas nos artigos 35.º, 36.º, 37.º, 38.º e 39.º da presente Convenção ou o procedimento penal instaurado em relação a essas mesmas infrações não dependam totalmente da denúncia ou da queixa apresentada pela vítima, se a infração tiver sido praticada no todo ou em parte no seu território, e que o procedimento possa prosseguir ainda que a vítima retire a sua declaração ou queixa». A adequada interpretação da norma parece não obrigar os Estados à afirmação da natureza exclusivamente pública do crime, porquanto ali se refere que as infrações não devem depender *totalmente* da denúncia ou da queixa apresentada pela vítima, o que permite questionar se o regime legal constante do artigo 178.º do Código Penal não respeitará, desde já, aquilo que é a determinação da Convenção.

meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe.»

Entendemos, tal como já havíamos afirmado no citado parecer, que, com o atual *regime híbrido*, mostra-se salvaguardado, de modo equilibrado – e de acordo com a lógica constitucional de concordância prática entre interesses conflituantes –, o interesse do Estado e da comunidade no exercício da ação penal quanto a crimes sexuais de manifesta gravidade, com respeito pelos interesses da vítima, que, muitas vezes, enfrenta consequências perniciosas e de "revitimização" com a investigação criminal. De resto, é manifestamente mitigada a atual natureza semi-pública dos crimes de coação sexual e de violação.

Ainda assim, caso venha a ser aprovada a natureza pública dos crimes de violação e de coação sexual, entendemos que solução idêntica à já vigente para o crime de violência doméstica, quanto à suspensão provisória a pedido da vítima, seria adequada a equilibrar os interesses em causa. Deste modo, ainda que a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação penal não ficasse dependente da vontade da vítima, atribuir-se-ia à mesma algum poder de decisão quanto ao desfecho do procedimento. Assim, evitar-se-iam (muitas d)as ditas consequências perniciosas e de "revitimização", que a dedução de acusação e a audiência de discussão e julgamento, muitas vezes, acarretam.

III.5. Da restrição da suspensão provisória

Pelo projeto de Lei é proposta a seguinte redação do n.º 4 do artigo 178.º:

«*4 - Nos crimes contra a liberdade autodeterminação sexual de menor, à excepção dos crimes de coacção sexual e de violação, não agravados pelo resultado, o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, pode determinar a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que não tenha sido aplicada anteriormente medida similar por crime da mesma natureza.*»

Conjugada a redação proposta com o teor da exposição de motivos, mostra-se claro que a intenção de afastar a possibilidade de determinação da suspensão provisória do processo no caso dos crimes de coação sexual e de violação corresponde à finalidade de maior severidade das consequências criminais a aplicar às mencionadas incriminações.

O atual n.º 4 do artigo 178.º possibilita que a qualquer crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor possa ser aplicada a suspensão provisória do processo, desde que não se mostrem agravados pelo resultado e que esta solução seja a adequada em face dos interesses da vítima. De resto, a determinação da suspensão provisória do processo dependerá sempre da concordância do arguido, da vítima maior de dezasseis anos ou do legal representante de vítimas menores de dezasseis anos, quando assumam a posição processual de assistentes, e a ausência de condenação e de suspensão provisória do processo pela prática de crime da mesma natureza.

Conforme se esclarece na Diretiva n.º 1/2014, da Procuradoria-Geral da República, publicada no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 17, de 24 de janeiro: «Na ponderação sobre o interesse da vítima deve atender-se, nomeadamente, ao que resultar da audição da criança, à idade desta no momento da decisão, ao tempo decorrido desde a prática dos factos, à proximidade e tipo de relações existentes entre a vítima e o arguido, às consequências dos factos que perdurem para a vítima, à sua situação socioeducativa e familiar actual e ao desenvolvimento de procedimentos judiciais ou outros no âmbito do direito da família e crianças e decisões que neles tenham sido proferidas.». É, pois, sempre o interesse da vítima que orienta quer a determinação da suspensão provisória do processo, quer a definição das concretas injunções ou regras de conduta a impor ao arguido.

Voltando ao texto do projeto de Lei, em primeiro lugar, saliente-se, com o devido respeito, que a localização na frase do trecho "não agravados pelo

resultado" não nos parece a mais adequada ao sentido que se pretende dar à alteração proposta. A inclusão deste trecho logo a seguir à referência dos crimes de coação sexual e de violação poderá levar a que se entenda que apenas estão excluídos da possibilidade de suspensão provisória do processo crimes de coação sexual e de violação não agravados pelo resultado. O que, aparentemente, não será a intenção da proposta. Deste modo, a redação mais consentânea com o espírito do projeto de Lei, atentos os seus fundamentos legitimadores, seria, parece-nos, a de excecionar os crimes de coação sexual e de violação após o trecho inicial «nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado» e não entre as expressões "crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor" e "não agravados pelo resultado".

Feito este reparo inicial, que ousamos apontar com todo o respeito pela proposta apresentada, não podemos manifestar concordância com a solução oferecida pelo projeto de Lei.

Na verdade, desta solução decorrerá que poderá ser aplicada a suspensão provisória do processo aos crimes contra menores como o abuso sexual de crianças, mas tal não será possível quanto aos crimes de violação e de coação sexual quando a vítima tenha, por exemplo, dezasseis anos de idade. Ora, pensamos que em ambos os casos deve o Ministério Público atuar quer como titular da ação penal e como principal (senão único) interessado na mesma (cfr. artigos 177.º, n.º 1 do Código Penal e 48.º do Código de Processo Penal), quer como defensor do superior interesse da criança e do jovem menor de idade.

Salvo melhor opinião, esta solução acaba por não corresponder, de modo coerente e sistemático, à salvaguarda dos (superiores) interesses de todas as vítimas menores de crimes contra a sua autodeterminação e liberdade sexual. Vítimas estas que, como se disse no ponto precedente deste parecer, enfrentam

consequências perniciosas, de *revitimização* e, as mais das vezes, de *culpabilização* pelas consequências que decorrem do processo-crime.

III.6. Da revogação dos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e de abuso sexual de pessoa internada

O artigo 3.º do projeto de Lei em análise propõe-se revogar os artigos 165.º e 166.º do Código Penal, normas que tipificam os crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência e de abuso sexual de pessoa internada. As ações típicas atualmente aí contidas passam, na proposta legislativa, a figurar como circunstâncias agravantes, quer nos nºs. 2 dos artigos 163.º e 164.º, quer no n.º 1 do artigo 177.º, como acima se viu.

Na exposição de motivos, o Grupo Parlamentar PAN justifica esta revogação considerando que as referidas incriminações «*se reportam a situações de pessoas com especial vulnerabilidade, onde a reprovação social e legislativa deve revestir maior intensidade*». Com o respeito que é devido, parece-nos que, pelo menos de modo aparente, tal fundamentação se apresenta contraditória, na medida em que é precisamente a maior intensidade da reprovação social que legitimou a consagração de tipos criminais autónomos, assim melhor se salvaguardando o valor social dos interesses cuja tutela se visa alcançar.

Ademais, pretendendo-se – como, aliás, reiteramos, é de aplaudir – a alteração do tipo objetivo dos crimes de coação sexual e de violação de modo a que a conduta seja típica independentemente de ameaça ou de violência, bastando a ausência de consentimento, diferente sempre será a circunstância de esse consentimento não poder sequer ser prestado, por falta de capacidade, física ou psíquica, para o efeito. Deste modo, entendemos que a prática de ato sexual (de relevo) com pessoa incapaz de manifestar, por qualquer modo, o seu consentimento deverá ser prevista e punida autonomamente, por se tratar de

circunstância diversa – e não mero *plus* perante as condutas típicas da coação sexual e de violação – e por lhe estarem associadas especiais censurabilidade e danosidade sociais, que impõem a sua punição em tipo próprio.

Acresce que este tipo merece, a este nível, algum paralelo com os crimes contra a autodeterminação sexual[22], designadamente com o crime de abuso sexual de crianças. Isto porque, em ambos os casos, é a *vulnerabilidade* da vítima e a sua *incapacidade para se autodeterminar*[23] que justificam uma tipificação própria, de molde a melhor salvaguardar este específico bem jurídico.

Aproveitamos o ensejo para referir que, de facto, o atual artigo 165.º merecerá, também, alteração legislativa por não se encontrar, no nosso entendimento, em harmonia com o texto da Convenção, uma vez que ao distinguir as situações em que a pessoa se encontra inconsciente ou *incapaz, por outro motivo, de opor resistência*, coloca, neste último caso, a tónica na incapacidade de resistência e não na capacidade de assentir. Na verdade, «o que importa considerar

---

[22] Mesmo para quem, como INÊS FERREIRA LEITE (*in* "A Tutela Penal da Liberdade Sexual", *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, janeiro - março de 2011, pp. 29-94), questione a autodeterminação sexual como bem jurídico autónomo tutelado pelos crimes sexuais contra menores, reconhece que aquela caracterização do bem jurídico advém de técnica legislativa adotada nos crimes sexuais contra menores de modo a prescindir de elementos típicos reveladores de qualquer restrição da vontade do menor (p. 37) e identifica na autodeterminação uma clara manifestação da liberdade, não a autonomizando desta – cfr. pp. 40 e ss..

[23] Como escreve MARIA DO CARMO SARAIVA DE MENEZES DA SILVA DIAS, «Quando se trata de *vítima menor*, está em causa a sua *fragilidade, vulnerabilidade* e *falta de capacidade para se auto-determinar,* factores que podem propiciar o *abuso ou a exploração sexual.*» – *in* "Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual", *in Revista do Ministério Público*, ano 34, n.º 136, p. 71.

é antes que são típicas tanto a situação de a vítima se encontrar **incapaz de formar a sua vontade**, como a de se encontrar **incapaz de exprimir a sua vontade**; sendo indiferente que a incapacidade fique a dever-se a *motivos psíquicos* ou antes a *motivos físicos*.»[24] (negrito e itálico no original).

Já quanto ao crime de *abuso sexual de pessoa internada*, «o denominador comum do bem jurídico que preside aos tipos contidos no preceito reside na ideia de que a **liberdade sexual de pessoas internadas** (...) **se encontra em princípio limitada e exige por isso uma particular protecção**.» [25] (negrito no original). Ainda que de modo subsidiário, dir-se-á que a incriminação em causa tem, ainda, a virtualidade de salvaguardar a «(...) **incolumidade do exercício de funções** no estabelecimento respectivo; é dizer, pelo entendimento de que o alcance das finalidades que o estabelecimento se propõe supõe a correcção dos procedimentos que aí tenham lugar em matéria sexual (..)»[26] (negrito no original). Neste sentido, embora não se eleve à categoria de bem jurídico a referida incolumidade do exercício de funções, certo é que estamos perante um bem jurídico mais complexo, pois que se tutela a liberdade ou a livre determinação sexuais de pessoa *inserida* em específicos estabelecimentos. E, como tal, perante circunstâncias muito próprias que contribuirão, também, para a sua acrescida *vulnerabilidade*.

Ademais, estamos perante um crime específico, na medida em que o agente do crime apenas poderá ser pessoa que exerça funções (ou *detenha lugar*) num dos estabelecimentos elencados nas alíneas da norma incriminadora.

Deste modo, tendemos a pender para uma solução que reformule a redação dos tipos de crime de abuso sexual de pessoa incapaz (de resistência ou, melhor, de *assentimento*) e de abuso sexual de pessoa internada, atualizando-os e

---

[24] FIGUEIREDO DIAS, *in Comentário Conimbricense...*, p. 477.

[25] FIGUEIREDO DIAS, *in Comentário Conimbricense...*, pp. 483 e 484.

[26] FIGUEIREDO DIAS, *in Comentário Conimbricense...*, p. 484.

adequando-os ao novo paradigma dos crimes contra a liberdade sexual – a ausência de consentimento; ao invés de os revogar, transformando-os em circunstâncias agravantes dos demais ilícitos.

*

Nada mais se nos apraz assinalar.

*