

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Exm.º Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Prof. Doutor Bacelar de Vasconcelos

Of.º n.º 66684.19 de 01-03-2019-DA n.º 1556/19

Assunto: Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) Proceder à alteração dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal, em respeito pela Convenção de Istambul (47.ª alteração ao Código Penal)

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 1058XIII/4ª (BE) que procede à alteração dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal, em respeito pela Convenção de Istambul (47.ª alteração ao Código Penal)**, o qual mereceu a sua total concordância.

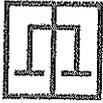
Com os melhores cumprimentos,

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Carlos Adérito Teixeira

(Procurador da República)





MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

DA n.º 1356/19

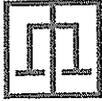
PARECER

Projeto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) – 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 1058/XIII, apresentado pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, 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 os n.ºs. 2, 4 e 5 do artigo 178.º.

Na medida em que esta proposta de alteração legislativa será discutida em conjunto com o projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN), sobre o qual emitimos, recentemente, parecer, publicado no *site* da Assembleia da República, retomaremos as posições aí assumidas, no que toca às matérias comuns às duas propostas de alteração legislativa.

De acordo com a exposição de motivos, este projeto de Lei propõe 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.

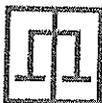
Na medida em que as soluções nele vertidas são próximas das apresentadas no projeto de Lei n.º 1047/XIII, remetemos para descrição da sucessão legislativa sobre a matéria, constante de igual capítulo do parecer elaborado a propósito daqueloutro projeto de Lei.

*

II. O Projeto de Lei n.º 1058/XIII: objeto e motivação

No texto prévio às soluções legais que se visam introduzir através deste projeto legislativo, com interesse legitimador, diz-se:

- i) O crime de violação atinge, sobretudo, mulheres e crianças e configura um atentado aos direitos humanos.*
- ii) O quadro legal é ineficiente e impõe-se um sinal inequívoco da condenação deste crime e dos restantes crimes sexuais.*
- iii) A esmagadora maioria de agressores enquadra-se em relações de proximidade familiar ou de conhecimento.*
- iv) Neste quadro, sublinha-se a débil neutralidade da nossa lei penal que interioriza a noção instalada de ser o violador um estranho, que só assim é reconhecido pelo recurso da violência e da ameaça.*



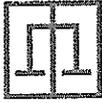
- v) *Importa clarificar a lei, estipulando-se que é na inexistência de consentimento e não na existência de violência que deve radicar a natureza do crime. Um ato sexual não consentido é, de per si, um ato de violência.*
- vi) *O comando do artigo 36.º da Convenção de Istambul que, com a epígrafe, "violência sexual, incluindo violação", insta à revisão dos quadros legais no sentido da criminalização de todas as condutas intencionais que impliquem penetração (vaginal, anal ou oral) não consentida, bem como de outros atos, de carácter sexual, não consentidos*
- vii) *É de inteira justiça que se proceda também a uma alteração da natureza destes crimes, passando de semi-públicos, para crimes públicos.*
- viii) *O recurso às penas suspensas a agressores condenados por crimes sexuais continua a ser a norma.*
- ix) *Transmite-se um sentimento de impunidade quanto a este tipo de crimes, não só para os agentes do crime, como também para as vítimas e para a sociedade em geral e que, portanto, a força da censura de ultima ratio não tem tido a contundência suficiente.*
- x) *O n.º 2 do artigo 164.º dá origem a ambiguidades interpretativas e a incompreensível gradação de um crime que, em qualquer dos casos, é cometido "sem consentimento".*

*

III. Análise sequencial crítica

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

O texto do projeto de Lei pretende alterar o elemento essencial do tipo objetivo dos ilícitos criminais de coação sexual e de violação para uma cláusula de não consentimento ou de constrangimento, 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.

Fá-lo através da 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». Isto é, elimina o modo de execução do *constrangimento*, deixando, pois, os tipos de serem classificados como crimes de execução vinculada.

De resto, esta supressão fora já proposta no projeto de Lei n.º 664/XII/4.^a, apresentado pelo Grupo Parlamentar do BE, o qual não mereceu, nessa parte, reparo no parecer elaborado na Procuradoria-Geral da República, nele tendo sido alvo de crítica apenas quanto ao elemento objetivo do ilícito de coação sexual, no que respeita à eliminação do conceito de ato sexual de relevo.

Ainda sobre o tipo objetivo, para o n.º 1 do **artigo 164.º** é proposta a seguinte redação: «*Quem constranger outra pessoa, nomeadamente:*

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral;
ou

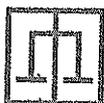
b) A sofrer introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de cinco a dez anos.»

A utilização do advérbio *nomeadamente* é, com o devido respeito, infeliz e desnecessária.

Em primeiro lugar, por imposição do princípio da tipicidade (corolário do princípio constitucional da legalidade), a definição do tipo objetivo do crime deve ser delimitada com suficiente grau de certeza.

A técnica legislativa de elenco exemplificativo será admissível em direito penal, a nosso ver, em casos muitos específicos em que seja necessário densificar



conceitos indeterminados, designadamente, no que respeita a circunstâncias agravantes ou atenuantes. A este respeito poderemos exemplificar com as circunstâncias que justificam juízo de especial censurabilidade (cfr. n.º 2 do artigo 132.º).

No nosso entendimento, trata-se de técnica legislativa a evitar quanto à definição das condutas suscetíveis de integrar a prática de determinado ilícito criminal, por respeito ao princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa. Nesses casos é exigida certeza e segurança na concreta delimitação do tipo.

Sobretudo, como é o caso, quando existe concorrência de normas para a mesma conduta ou condutas semelhantes – como poderá suceder, em muitos casos, entre os crimes de coação sexual e de violação.

Melhor explicando. O crime de coação sexual tipifica a prática de atos sexuais de relevo. E o crime de violação incrimina, com moldura penal mais grave, a prática de atos sexuais mais gravosos – como a cópula, o coito oral e o coito anal, bem como a introdução vaginal, anal ou oral de objetos.

Ora, indicar tais atuações mais gravosas com precedência de advérbio que, usualmente, é interpretado no sentido de se seguir elenco exemplificativo, poderá originar interpretações, desde logo, conflitantes com o próprio crime de coação sexual.

Para além de que, não resultando do projeto de Lei, mormente da sua exposição de motivos, a intenção de alargar o tipo de crime de violação a outros atos sexuais, a utilização do advérbio *nomeadamente* revela-se desnecessária.

Motivos pelos quais ousamos sugerir a sua eliminação.

Por outro lado, o projeto de Lei elimina o crime específico contido no n.º 2 daqueles preceitos. O que merece a nossa concordância, na medida em que a



supressão do modo de execução da conduta descrita nos respetivos n.º 1 assim o impõe.

*

III.2. Da punibilidade da tentativa

Em parecer anterior, a propósito do projeto de Lei n.º 664/XII/4.^a foi anotado o facto de a previsão expressa da punibilidade da tentativa, no então n.º 4 dos artigos 163.º e 164.º, se revelar desnecessária.

A mesma técnica legislativa é agora utilizada no n.º 2 dos mesmos preceitos.

Com o devido respeito, reiteramos a ausência de necessidade e, bem assim, de sentido nesta previsão legal, «porquanto, face à moldura penal abstracta cominada para cada um dos ilícitos, sempre a tentativa será alvo de punição nos termos gerais (artigo 23.º, do Código Penal).»

*

III.3. Das circunstâncias agravantes

O projeto de Lei em análise adita no artigo 177.º várias circunstâncias agravantes.

Vejamos cada uma delas.

*

Na **alínea a)** do **n.º 1** do **artigo 177.º** é adita a circunstância de «*Ter a conduta do agente sido precedida ou acompanhada de especial violência*». Pela similitude, verifica-se que a mesma resultará de transposição da alínea f) do artigo 46.º da Convenção, onde se lê «*As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para garantir que as circunstâncias que se seguem, na medida em que ainda não façam parte dos elementos constitutivos da infração, possam, nos*



termos das disposições pertinentes do direito interno, ser tidas em conta como circunstâncias agravantes na determinação da pena aplicável às infrações previstas na presente Convenção: (...) f) Ter a infração sido precedida ou acompanhada de uma violência de gravidade extrema.»

Em primeiro lugar, cumpre salientar que tanto o conceito de *especial violência*, inserido na nova alínea a) do n.º 1 do artigo 177.º, como o conceito de *violência de gravidade extrema* se revelam verdadeiros conceitos indeterminados. A este propósito relembramos, uma vez mais, que a lei, apesar de geral e abstrata, quando incriminadora, terá de revelar conteúdo claro, preciso e concretizável, sob pena de manifesto desrespeito pelo princípio da legalidade e do seu corolário da tipicidade (cfr. artigo 29.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa)¹.

Por outro lado, importa notar que o mesmo preceito, na alínea a) do n.º 2, agrava a moldura penal em metade dos limites mínimos e máximos quando do facto tenha resultado ofensa à integridade física grave.

Deste modo, não só poderá existir conflito de normas entre as duas referidas agravações – o que é, no nosso entendimento, perfeitamente evitável – como do confronto entre as mesmas não resulta esclarecido o conceito de *especial violência*. Na verdade, numa leitura sistemática – isto é, conforme com a unidade do sistema – não se poderá dali retirar um real carácter *especial* ou *extremo* de violência, uma vez que no caso de resultar ofensa à integridade física grave² a moldura penal é agravada de metade, mas no caso de *especial violência* a agravação é fixada num terço da pena.

¹ Como, aliás, se havia anotado, também, no parecer elaborado sobre o projeto de Lei n.º 1047/XIII/4,^a (PAN).

² Conceito já suficientemente concretizado através da previsão contida no artigo 144.º.



Ademais, efetuando esforço de interpretação literal e procurando densificar o conceito de *especial violência*, podemos facilmente concluir que este resultado merecerá já tratamento – a nosso ver, autónomo – por outras normas incriminadoras. Ou seja, sendo o desvalor associado à violência de tal modo significativo, porque *especial* (ou *extremo*), o mesmo mereceria, de acordo com os princípios gerais do direito penal e com a função legitimadora do direito penal, de tutela de bens jurídicos, punição autónoma, verificando-se, nesse caso, concurso efetivo de crimes³.

O que ocorrerá sempre que o resultado ou o dano causado pela atuação do agente não esteja contido no juízo de ilicitude e na esfera dos bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora do ato sexual. Quando assim não seja e não se integre, também, esse resultado no conceito de *ofensa à integridade física grave*, deverá, no nosso entendimento, ser valorado (como já é) na moldura penal concreta⁴.

Desta forma, com o devido respeito, parece-nos que, na tentativa de adequar o direito penal português à Convenção de Istambul, esquece-se que o nosso sistema penal, no seu todo, comporta já inúmeras soluções conformes ao texto da Convenção. E a punição da (real) *especial violência* que preceda ou acompanhe os atos sexuais criminosos, parece-nos, que caberá já, consoante os casos, em diversos tipos de ilícitos penais. De resto, recorde-se, o artigo 46.º impõe que se adotem medidas de agravação dos ilícitos «*na medida em que ainda não façam parte dos elementos constitutivos da infração*». O que deverá ser lido no sentido em que a agravação apenas se impõe quando o ato ou o resultado não seja já punido de

³ Entre crimes sexuais e crimes de ofensa à integridade física ou crimes contra a liberdade (como os crimes de sequestro ou de rapto, por exemplo)

⁴ O que não contraria o texto da Convenção, que se refere a um *extremo*, certamente contido naquelas outras situações.



modo autónomo ou não esteja já expressamente prevista forma de agravação da moldura penal aplicável.

Pelo exposto, entendemos que, quanto à alínea a) do n.º 1 do artigo 177.º, a cláusula de agravação aditada assume conteúdo verdadeiramente indeterminado e, na medida do descrito, de modo desnecessário, uma vez que a violência ali prevista será já objeto de agravação ou de punição própria, em concurso de crimes.

*

Ao n.º 1 do **artigo 177.º** é, também, aditada, na **alínea b)** a seguinte circunstância agravante: *«o ato ter sido cometido contra cônjuge, ex-cônjuge, no seio de uma relação análoga ao dos cônjuges ou contra pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de intimidade, ainda que sem coabitação, ou numa relação de tutela ou curatela.»*

O atual n.º 1 do artigo 177.º prevê que *«As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:*

- a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou*
- b) Se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.»*

A atual alínea a) corresponde à alínea c) no texto do projeto de Lei em análise.

Quando comparado com o texto da Convenção de Istambul, verificamos que a alínea d) terá sido inspirada na alínea a) do artigo 46.º daquela Convenção – a qual estatui: *«As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem*



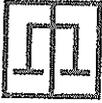
necessárias para garantir que as circunstâncias que se seguem, na medida em que ainda não façam parte dos elementos constitutivos da infração, possam, nos termos das disposições pertinentes do direito interno, ser tidas em conta como circunstâncias agravantes na determinação da pena aplicável às infrações previstas na presente 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».

Ainda assim, o projeto de Lei acaba por ser menos exigente (do ponto de vista dos requisitos da agravação), na medida em que prescinde do *abuso de autoridade*.

E, agora por comparação com a redação vigente, pretende prescindir, também, do *aproveitamento da relação familiar, de tutela, curatela ou, em geral, de dependência hierárquica, económica ou de trabalho*.

Entendemos, porém, que, não obstante os aditamentos propostos no projeto de Lei em análise, com os quais somos concordantes, não será de perder a agravação pelo *aproveitamento de relação familiares* não previstas nas restantes alíneas e, bem assim, de *dependência hierárquica, económica ou de trabalho*.

Tais circunstâncias não encontram previsão em nenhuma das alíneas do artigo 177.º, no texto do projeto de Lei em análise. E trata-se de circunstâncias que não apenas revelam graus de culpa e de ilicitude acrescidos como poderão, em regra, revelar que a vítima, por força da relação em que se insere, estaria mais vulnerável ao abuso e menos livre para manifestar de modo livre e sem receios a sua vontade.



Neste sentido, ousamos sugerir o aditamento de alínea ao n.º 1 do artigo 177.º que mantenha agravação das referidas relações familiares e de dependência, nos seguintes termos: «**A vítima se encontrar numa relação familiar, de coabitação ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.**»

*

Algumas das circunstâncias agravantes aditadas ao preceito em análise resultam da revogação dos artigos 165.º e 166.º.

O *abuso sexual de pessoa internada* (atualmente incriminado de modo autónomo no artigo 166.º) passa a constar como circunstância agravante na alínea e) do n.º 1 do **artigo 177.º**. Consequentemente, a pena a aplicar a esta conduta será superior àquela que hoje resulta daquele preceito.

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, merece concordância o agravamento da moldura penal aplicável ao *abuso sexual de pessoa internada*.

Cumprе, no entanto, realçar que o texto importado do atual artigo 166.º mereceria atualização nos termos que se passam a expor.

Conforme se anotou no parecer elaborado sobre o projeto de Lei n.º 1047/XII/4.ª (PAN), a referência a "*estabelecimentos de educação ou de correção*" dirá respeito aos «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 a alínea e) do n.º 1 do artigo 177.º⁵: «O ato ter sido cometido por quem, aproveitando-se das suas funções ou do lugar que, a qualquer título, exerça ou detenha 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**».

*

Ainda, no n.º 1 do **artigo 177.º**, é aditada a **alínea i)**, que agrava a moldura penal aplicável sempre que o facto tenha sido praticado na presença de menor. Trata-se de circunstância agravante que protege, reflexamente, a autodeterminação sexual das crianças.

Nesse sentido, relembramos a interrogação deixada no parecer sobre o projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a (PAN): «tendo como pano de fundo os conhecidos

⁵ 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.



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?».

Em nome da coerência valorativa da nossa lei penal e da unidade do sistema, iremos, agora, um pouco mais longe.

Esta circunstância agravante – com a qual, apesar das observações tecidas, se concorda – correspondente à alínea d) do artigo 46.º da Convenção relativa às infrações praticadas *contra uma criança ou na sua presença*.

Perante a interrogação atrás transcrita (do anterior parecer) e a possível resposta positiva à mesma, e, bem assim, em face do texto da Convenção, importará, sim, harmonizar a agravação ora aditada com as normas relativas aos crimes de cariz sexual perpetrado *contra criança*, seja ao nível da sua previsão ou tipificação propriamente dita, seja no campo das molduras penais aplicáveis.

Trata-se de sério e ponderoso empreendimento legislativo, que não se completa eficazmente com uma mera tarefa de transposição das normas da Convenção⁶ e exigirá comparação analítica entre todas as normas relativas aos crimes sexuais, em particular no que respeita àqueles em que está em causa a autodeterminação sexual de criança ou jovem até aos dezoito anos de idade.

⁶ Redigida, de resto, de modo (ainda mais) abstrato de modo a adequar-se às especificidades de cada concreto ordenamento jurídico de cada um dos Estados parte.



Sublinhe-se, ainda, que o conceito de criança deverá ser interpretado – como nos parece que é feito no projeto de Lei em análise – como agregador de toda a criança e jovem menor de dezoito anos⁷.

Em sinal contrário à harmonia que se acaba de defender, e não obstante o n.º 2 do artigo 177.º manter a agravação dos crimes sexuais quando praticados contra menor de 14 anos, deixa de existir idêntica norma para jovens vítimas entre os 14 e os 16 anos de idade, atualmente prevista no n.º 6 do artigo 177.º.

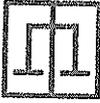
Feitas estas observações, e sendo a intenção do legislador uma maior adequação do direito penal português com as normas da Convenção de Istambul, impõe-se coerência na pretendida transposição do conteúdo da citada alínea d) do artigo 46.º da Convenção para o direito interno.

Pelas razões aduzidas nos últimos parágrafos (e porque não vislumbramos justificação para a revogação da circunstância agravante *supra* referida – em sentido contrário, aliás, ao movimento de toda a proposta de alteração legislativa), ousamos sugerir que ao n.º 1 seja aditada alínea que preveja agravação da moldura penal nas situações em que **a vítima tenha entre 14 e 18 anos de idade**.

*

Na **alínea a)** do n.º 2 do **artigo 177.º** é aditado ao elenco de circunstâncias agravantes o *dano psíquico grave*, que surge logo a seguir à *ofensa à integridade física grave*. Não obstante se nomear como *física*, o conceito penal de *ofensa à integridade física*, tal como é densificado pelo artigo 144.º, já inclui danos psíquicos como a

⁷ Tal como é definido no 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.



afetação, de maneira grave, das capacidades intelectuais, doença particularmente dolorosa ou permanente e anomalia psíquica grave ou incurável.

Deste modo, a menos que se queira, assumidamente, acrescentar àquele elenco que resulta já das alíneas b) e c) do artigo 144.º, todo e qualquer dano psíquico grave, será de ponderar harmonização entre a alínea a) do n.º 2 do artigo 177.º e o disposto no artigo 144.º.

*

Por último, ao contrário do que se verifica com o abuso sexual de pessoa internada, quanto ao *abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*, à revogação do artigo 165.º não correspondeu o aditamento de circunstância agravante no artigo 177.º. Opção que nos parece ser de criticar, na medida em que, não obstante a (boa) mudança de paradigma dos crimes sexuais, não deixa de se revelar penalmente censurável o abuso sexual de pessoa impossibilitada de dar o seu consentimento.

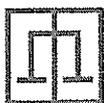
O atual artigo 165.º reporta-se, de resto, a circunstâncias de particular vulnerabilidade das vítimas que, claramente, justificam um juízo de censura e de ilicitude penal - e que se justificam mesmo com as alterações propostas aos crimes de coação sexual e de violação.

Naturalmente que a formulação do tipo previsto no atual artigo 165.º teria de sofrer as adaptações que, adiante, no ponto III.7, melhor se mencionarão. Quer do ponto de vista da caracterização da *pessoa inconsciente*, quer na perspetiva da moldura penal aplicável.

*

III.4. Moldura penal - crime de violação

Quanto ao agravamento do limite mínimo da moldura penal relativa ao crime de violação, resulta da exposição de motivos que esta opção de política legislativa

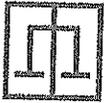


se encontra fundada na análise estatística das condenações pela prática dos crimes sexuais em referência e da natureza e medida das penas aplicadas, procurando-se, por um lado, reforçar o carácter intimidatório das penas – prevenção geral negativa – e, por outro lado, evitar a possibilidade da suspensão da execução da pena de prisão, elevando-se o limite mínimo para os cinco anos.

A este respeito, tomámos posição, quer no parecer elaborado a propósito do projeto de Lei n.º 976/XIII (BE), quer no parecer sobre o projeto de Lei n.º 1047/XIII (PAN). Relembramos, nesta sede, o nosso entendimento sobre a matéria:

“A propósito da função da pena, salienta PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO⁸ 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

⁸ *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.



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».

Reforça-se, ainda, 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 [projeto de Lei n.º 976/XIII (BE)], 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.

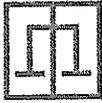
«Estamos certos de que a resposta penal, abstrata (legal) e concreta (decisória), deverá ser efetiva e dissuasora; porém, importará ponderar seriamente se o agravamento proposto das penas abstratas será solução adequada, necessária e proporcional, atendendo à natureza dos bens jurídicos a salvaguardar e às causas da sua lesão.»

No nosso entendimento, a moldura abstrata do crime de violação, quando comparada com as aplicáveis aos crimes contra a autodeterminação sexual – em particular, o crime de abuso sexual de crianças –, resulta desequilibrada, no seu limite mínimo. «Na verdade, natural seria que a reação penal se tornasse mais intensa quanto maior fosse a *vulnerabilidade* ou *fragilidade* do bem jurídico⁹ – e não temos dúvidas quanto à maior *vulnerabilidade* da liberdade sexual, na vertente da autodeterminação sexual, quando as vítimas são crianças.»

Como se disse nos anteriores pareceres, já citados, «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.»

*

⁹ 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.



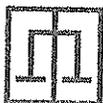
III.5. Natureza pública do crime de violação

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 os crimes de coação sexual e de violação em (verdadeiros) crimes públicos.

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. Mais recentemente foi, novamente, suscitada a questão pelo projeto de Lei n.º 1047/XIII (PAN).

Conforme se realçou no parecer sobre este último projeto de Lei, 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 infundável 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 conseqüente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem, frustrar-se as intenções político criminais que, nestes casos, se pretenderam alcançar com a criminalização.*⁽¹⁰⁾” (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 1¹¹, 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*

¹⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo I, páginas 896 e 897.

¹¹ 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.»

Reforçamos, pois, que, com o atual *regime híbrido*, mostra-se salvaguardado o equilíbrio entre o interesse do Estado e da comunidade no exercício da ação penal, quanto a crimes sexuais de manifesta gravidade, e o respeito pelos interesses da vítima – que, muitas vezes, enfrenta consequências perniciosas e de “revitimização” com a investigação criminal.

Na verdade, ao contrário do que parecer fazer crer a exposição de motivos, com a norma prevista no n.º 2 do artigo 178.º, *a violação e a coação sexual não ficarão por investigar* – a menos que o interesse da vítima assim, claramente, o imponha.

De resto, no atual regime é mitigada a atual natureza semi-pública dos crimes de coação sexual e de violação, podendo o Ministério Público dar início ao procedimento criminal *sempre que o interesse da vítima o aconselhe*.

Ainda assim, conforme se defendeu no parecer sobre o projeto de Lei em discussão conjunta, já citado, «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 das) ditas consequências perniciosas e de “revitimização”, que a dedução de acusação e a audiência de discussão e julgamento, muitas vezes, acarretam.»

*



III.6. Da restrição da suspensão provisória

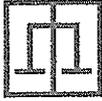
Contudo, o projeto de Lei revoga os números 4 e 5 do artigo 178.º.

Na sequência do exposto no ponto imediatamente anterior, o reforço de um regime que permita, amplamente, mas sempre no interesse da vítima, o recurso à suspensão provisória do processo, quando a vítima o requeira e não haja antecedentes criminais (incluindo a anterior aplicação de igual instituto) pela prática de crime de idêntica natureza, será a solução que melhor se adequa, do ponto de vista do equilíbrio dos interesses em jogo – e, sobretudo, de salvaguarda dos direitos e dos interesses da vítima – a um cenário de natureza pública dos crimes de coação sexual e de violação.

Mais uma vez se relembra que, de acordo com o teor da exposição de motivos, pretende-se maior severidade das consequências criminais a aplicar aos crimes sexuais.

Porque também se trata de tema objeto do parecer anteriormente citado, sobre o projeto de lei n.º 1047/XIII (PAN), recuperamos o entendimento ali expandido:

“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.”

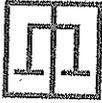
Tendo presente estes princípios orientadores que, de resto, legitimaram a alteração do Código Penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, cremos que a revogação dos n.ºs. 4 e 5 do artigo 178.º poderá corresponder a menor ou menos eficaz salvaguarda dos (superiores) interesses de todas as vítimas, em particular as vítimas menores de crimes contra a sua autodeterminação e liberdade sexual. Vítimas que, sublinhe-se, novamente, enfrentam consequências perniciosas, de *revitimização* e, as mais das vezes, de *culpabilização* pelas consequências que decorrem do processo-crime.

Pelo que entendemos dever ser o *superior interesse* das vítimas a presidir à séria ponderação sobre uma alteração deste teor.

*

III.7. 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, também, os artigos 165.º e 166.º do Código Penal, normas que tipificam os crimes de abuso



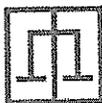
sexual de pessoa incapaz de resistência e de abuso sexual de pessoa internada.

Tal como defendemos no anterior parecer sobre o projeto de Lei n.º 1047/XIII, «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».

Com efeito, 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, «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 sexual¹², designadamente com o crime de abuso sexual de crianças. Isto porque, em ambos os casos, é a *vulnerabilidade* da vítima e a sua

¹² 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..



*incapacidade para se autodeterminar*¹³ que justificam uma tipificação própria, de molde a melhor salvaguardar este específico bem jurídico.»

Ainda sobre o artigo 165.º, e caso se venha a ponderar a sua manutenção em vigor:

«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 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*.»¹⁴ (negrito e itálico no original).

Neste sentido, ousamos sugerir que, caso o **artigo 165.º** se venha a manter em vigor, passe a prever como vítima **pessoa inconsciente ou impossibilitada, por outro motivo, de manifestar consentimento ou oposição**. E, bem assim, que as molduras penais se adequem ao juízo de especial censurabilidade que, a nosso ver, se verifica nestes casos e cujo limite mínimo (por comparação com as molduras previstas para os crimes de coação e de violação) não reflete, atualmente.

¹³ 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 autodeterminar*, 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.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, in *Comentário Conimbricense...*, p. 477.



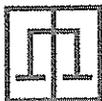
No que respeita ao crime de *abuso sexual de pessoa internada*, também neste caso as específicas circunstâncias que o rodeiam fundamentam juízos de especial censurabilidade e de danosidade social, que justificam a sua punição em tipo próprio. Como se salientou no anterior parecer já abundantemente citado, «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.**»¹⁵ (negrito no original). Pelo que, «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 (...)»¹⁶ (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.»

Motivos pelos quais, como já se defendeu, «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 adequando-os ao novo paradigma dos crimes contra a liberdade sexual – a ausência de consentimento [e, bem assim, quanto à eventual

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *in Comentário Conimbricense...*, pp. 483 e 484.

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, *in Comentário Conimbricense...*, p. 484.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

revisão das molduras penais aplicáveis]; ao invés de os revogar, transformando-os [pelo menos, quanto ao abuso sexual de pessoa internada] em circunstâncias agravantes dos demais ilícitos.»

*

Nada mais se nos apraz assinalar.

*