



PARECER

**PROJETO DE LEI QUE AUTONOMIZA O CRIME DE MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA E
PROJETO DE LEI QUE ALTERA OS CRIMES DE VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL
ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS, NA SEQUÊNCIA DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE
ISTAMBUL, DESIGNADAMENTE EM RELAÇÃO À MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA, ASSÉDIO
SEXUAL, VIOLAÇÃO E COAÇÃO SEXUAL, CASAMENTO FORÇADO E *STALKING* (CRIME DE
PERSEGUIÇÃO).**

**GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS
Junho de 2014**

1. Nota prévia

O presente Parecer da Associação Sindical de Juizes Portugueses (ASJP) insere-se no processo de audições despoletado pelo Grupo de Trabalho - Implicações Legislativas da Convenção de Istambul (Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias - Comissão), “acerca da eventual necessidade de alterações legislativas, na sequência da ratificação da Convenção de Istambul, designadamente em relação à mutilação genital feminina, assédio sexual, violação e coação sexual, casamento forçado e stalking (crime de perseguição), e nas iniciativas em discussão na Comissão: P/L 504/XII/3.^a (BE) - Altera o Código Penal, autonomizando o crime de mutilação genital feminina. -, 515/XII/3.^a (CDS/PP) - Procede à 31.^a alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, criando o crime de mutilação genital feminina -,517/XII/3.^a (PSD) - Autonomiza a criminalização da mutilação genital feminina - 31.^a alteração ao Código Penal. - e 522/XII/3.^a (BE)- Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal.”

Independentemente da pertinência do conjunto de alterações propostas, a ASJP sublinha, tal como tem feito em anteriores pareceres, que este tipo de alterações implica sempre alguma destabilização, não só em matéria de aplicação de lei no tempo, mas também no que respeita à necessidade de sedimentação interpretativa das novas soluções e à sua efetiva integração no conjunto mais vasto do universo temático onde se inserem. É necessário ponderar se os ganhos que se pretendem obter com alterações pontuais superam os prejuízos decorrentes da instabilidade inicial que provocam, não sendo de mais destacar ainda a importância que o rigor e ponderação na atividade legislativa assumem na prevenção de novas e sucessivas alterações. Aliás, lembre-se que alguns dos objetivos estratégicos para

a Justiça constantes do programa do Governo são justamente “*Estabilizar a produção legislativa (...) Sujeitar todas as leis à avaliação das respectivas eficácia e eficiência, princípio que se estende à avaliação dos projetos e das propostas de lei, impondo-se a prévia aferição da situação existente e dos custos, resultados previsíveis e interesses afectados pelas reformas a introduzir. A avaliação será levada a cabo no âmbito dos respectivos órgãos de soberania*”.¹

Pronunciar-nos-emos agora, separadamente sobre os projetos de lei, começando por uma breve introdução em cada uma das partes quando tal se justifique.

Terminaremos com um breve apontamento sobre a necessidade de efectuar alterações legislativas, na sequência da ratificação da Convenção de Istambul, em matéria de assédio sexual, casamento forçado e *stalking*.

2. Projetos de Lei n.º 517/XII, 515/XII e 504/XII (Crime de Mutilação Genital Feminina)

Os grupos parlamentares do BE, PSD e CDS, respetivamente, apresentaram os Projetos de Lei n.º 504/XII, 517/XII e 515/XII, para alteração do Código Penal, visando a autonomização do Crime de Mutilação Genital Feminina (MGF).

Importa começar por referir que se efetua uma análise global aos três projectos dado que todos eles justificam a introdução no ordenamento jurídico português do crime em questão essencialmente com base na mesma argumentação.

Assim, aponta-se a necessidade de autonomização do Crime de Mutilação Sexual como uma imposição da Convenção de Istambul – Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o Combate à Violência Contra as mulheres e a Violência Doméstica, adotada em 11 de maio de 2011 – que consagra, no seu artigo 38º, uma disposição relativa à mutilação genital feminina. Igualmente, se salienta, os diversos compromissos que Portugal tem assumido para lutar contra este atentado aos direitos humanos, que é a MGF.

¹ Parecer da ASJP sobre os projectos de alteração dos CP, CPP e CEP de 2013, que pode ser consultado em www.asjp.pt.

Num primeiro tópico saúda-se a introdução no ordenamento jurídico do tipo de crime em causa, na medida em que o fenómeno da mutilação genital feminina, sendo uma realidade global, poderá também ter algum significado efetivo em Portugal. Não se conhecendo a realidade nacional sobre a matéria (sem prejuízo do último relatório existente "*Current situation of the female genital mutilation in Portugal*" (Folha de Dados Portugal da autoria do EIGE-European Institute for Gender Equality, disponível in <http://www.apf.pt/index.php?area=004&mid=003&sid=002&page=3>), estando em curso o II Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina no âmbito do IV Plano Nacional para a Igualdade – Género, Cidadania e Não Discriminação (2011-2013), não se pode omitir que Portugal, sendo um país com grande tradição de imigração e também de tolerância a culturas diversas, parte dos quais com propensão cultural a esse tipo de práticas, deve estar preparado, com um quadro legal que não permita tolerar criminalmente o fenómeno.

A «excisão», «infibulação» ou «qualquer outra mutilação total ou parcial dos grandes lábios, pequenos lábios ou clitóris de uma mulher», e ainda a «clitoridectomia», estão claramente definidos nos tipos, sendo que os conceitos/práticas encontram-se bem densificados no projeto do Grupo Parlamentar do CDS (cfr. fls. 2, pese embora não se encontrarem definidos no artigo 3.º da Convenção de Istambul), e estão em linha com o conceito de MGF definida pela Organização Mundial de Saúde.

Antes de mais, convém relembrar, que os atos de mutilação genital feminina são hoje incriminados pelo artigo 144.º, al. b), do Código Penal, que, com a reforma de 2007 e justamente para acautelar este tipo de situações², passou a prever como crime de ofensas corporais graves, "*Quem ofender o corpo ou a saúde de outra*

² Como se escreveu na exposição de motivos, do anteprojeto das alterações propostas ao Código Penal, que culminaram com a reforma de 2007, "*O crime de ofensa à integridade física grave passa a comportar uma nova circunstância – a supressão ou afectação da capacidade de fruição sexual, que engloba práticas como a mutilação genital feminina.*"

*peessoa de forma a: (...) b) Tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de (...), **de fruição sexual**".*

Tal crime é punido com pena de 2 a 10 anos de prisão, que pode ser agravada para 3 a 12 anos de prisão (*cf.* artigo 145.º, n.º 1, al. b), do Código Penal), se a ofensa for produzida em condições que revelem especial censurabilidade ou perversidade, ou atenuada, se for praticada nas condições do art.º 133.º do Código Penal, caso em que é punido com pena de 6 meses a 4 anos. No caso de morte da vítima, a pena é agravada (artigo 147.º, n.º 1, do Código Penal).

No entanto, a densificação dos atos incrimináveis (com a consequente maior salvaguarda do princípio da tipicidade e legalidade), das diversas modalidades de autoria ou cumplicidade, da irrelevância do consentimento, e a própria autonomização de um crime com a denominação de "mutilação genital feminina", com os reflexos daí inerentes para a interiorização da gravidade da conduta (como sucedeu com o crime de violência doméstica), poderá ter uma maior aptidão dissuasora, e assim cumprir, na plenitude, os compromissos internacionais firmados pelo Estado Português, destarte a Convenção de Istambul.

A análise dos três projetos leva à conclusão de que o crime que agora se pretende introduzir de «Mutilação Genital Feminina» está definido em todos os eles.

No entanto, devemos fazer os seguintes considerandos, para a correta densificação e autonomização do crime em causa, e de molde a evitar interpretações dúbias.

Antes de mais, concordamos com a introdução de um número autónomo para este crime, atendendo a que se trata de um caso específico de ofensa à integridade física grave que, por razões de prevenção, e acatamento de compromissos internacionais, se afigura preferível estar contemplado num novo artigo do Código Penal, a introduzir³.

³ Outras soluções se poderiam equacionar, como seja introduzir esta incriminação como uma das causas de agravamento do artigo 144.º do Código Penal, ou, no art.º 145.º, como uma circunstância

Desta forma, se demonstrará claramente, a todo e qualquer cidadão, a existência de uma incriminação, autonomizada, em virtude das suas concretas especificidades.

No entanto, a localização da norma na sistemática do Código Penal onde deve ser inserida, tem uma relevância que não pode deixar de ser levada em conta.

Analizados os projetos, todos justificam o agravamento da pena pelo facto de se tratar de uma atuação que revela uma especial perversidade, ou censurabilidade, tratando-se, pois, de um caso de culpa agravada. De forma coerente com o artigo 145.º, n.º 1, al. b), do Código Penal, é proposta uma pena de 3 a 12 anos de prisão.

Sucedem que, ao contrário das condutas descritas no artigo 144.º, do Código Penal, que se reportam à ilicitude, competindo depois aferir se, em concreto, a atitude do agente, revela especial censurabilidade, nos termos do artigo 145.º do mesmo diploma, no crime de mutilação genital, que se pretende autonomizar, os elementos agravativos da culpa estão “incrustados” no tipo.

Ou seja, trata-se de um crime de ofensas corporais graves qualificadas (pela culpa), pelo que, tal como propõe o projeto do BE, a autonomização deverá ser feita *em relação* ao art.º 145.º do Código Penal, pois que, em termos sistemáticos, demonstra que se trata de uma situação *específica* de maior censurabilidade⁴.

Ademais, ao se agravar a pena, justamente por se entender que revela maior censurabilidade, ou perversidade, não se afigura compatível, neste segmento, o projeto do PSD, quando no art.º 145.º do Código Penal, agrava *novamente* a pena do crime de mutilação genital feminina.

Consubstancia uma dupla valoração da conduta, em termos de culpa, para efeitos de agravamento da pena, não admissível.

Ou seja, se na construção da norma “matricial”, já se atende, para a autonomização do crime, à especial perversidade e censurabilidade da conduta, com

reveladora de especial censurabilidade e perversidade, dos actos de afectação grave da fruição sexual, previstos no art.º 144.º, al. b) do Código Penal.

⁴ A inserção da norma nestes termos - art.º 145.º-A do Código Penal - , permite percepcionar, desde logo, aos destinatários da norma, bem como as interpretes da mesma, que se trata de um caso específico de maior censurabilidade, para além daqueles outros a que se refere o art.º 145.º.

reflexos na pena tipificada, não se poderá agravar novamente a pena com base nos mesmos motivos.

Assim, afigura-se preferível a autonomização do crime num “artigo 145.º-A do Código Penal”⁵. Caso existam outras circunstâncias agravantes da culpa, como as previstas no n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal, naturalmente que, dentro da moldura abstracta fixada pelo legislador, relevarão para a determinação da medida concretada pena (*cf.* artigo 71.º, do Código Penal).

No que se reporta à “construção” do tipo, deverá respeitar-se a Convenção de Istambul. Porém, tendo em consideração a harmonia que se deverá preservar no âmbito do Código Penal e face ao princípio da tipicidade, deve o normativo a introduzir ser bastante claro e preciso, para que depois, com a implementação da lei, não se suscitem interpretações que não estavam na mente do legislador.

Vejamos.

O artigo 38.º da Convenção de Istambul estabelece que, *“As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:*

a) Praticar a excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial da labia majora, da labia minora ou do clitóris de uma mulher;

b) Constranger ou criar as condições para que uma mulher se submeta a qualquer um dos atos enumerados na alínea a);

c) Incitar, constranger ou criar as condições para que uma rapariga se submeta a qualquer um dos atos enumerados na alínea a).”

⁵ Repare-se que, clarificando que se trata de um comportamento que o legislador considera especialmente censurável, obviamente que fica afastada a aplicabilidade do artigo 146.º do Código Penal.

Atendendo à *ratio* da incriminação, o tipo matricial deverá ser construído como um crime comum (qualquer pessoa pode cometer este crime), que pode consistir numa ação, ou omissão⁶, um crime de dano e de resultado.

Nesta perspectiva, os projetos do PSD e BE, ao aludirem a “*quem proceder*”, ou “*quem praticar*”, poderão suscitar dúvidas, se estamos perante um crime de mão própria.

É preferível a redação proposta pelo grupo parlamentar do CDS, ao iniciar a norma com “*Quem mutilar genitalmente*”.

Deste modo fica claro que não se pretende apenas punir o agente que executou a mutilação, mas também os instigadores, autores mediatos, co-autores, cúmplices e os omitentes que tinham um dever jurídico de agir.

Repare-se ainda que, a Convenção de Istambul impõe a criminalização de *quem intencionalmente mutilar*. Transposto para a ordem jurídica portuguesa, cremos que deve ficar bem patente, *o dolo de mutilar*, em consonância com o *nomen jûris* do crime, que se pretende adoptar (mutilação genital feminina).

Ao iniciar-se a norma nestes termos, coloca-se em evidência que é a mutilação genital feminina a *ratio* para a autonomização da norma, mutilação que poderá ser praticada através de várias condutas que na norma se exemplificam.

Simultaneamente, como mencionámos, também se torna claro que é este *dolo de mutilação genital feminina*, que o permite distinguir de outros atos que afetam a fruição sexual (previstos no artigo 144.º, n.º 1, al. b), do Código Penal), mas cuja intenção não era mutilar, e cujo consentimento poderá relevar (veja-se, por exemplo, as situações de colocação de piercings nos lábios genitais, com consentimento da mulher, ou casos em que uma mulher, que se identifica em termos

⁶ Exemplo: Os pais, sabendo que a filha irá ser submetida a mutilação sexual, podendo e devendo impedir a sua prática e nada fazendo, revelam uma conduta tão ou mais censurável do que a do indivíduo que pratica a mutilação.

psicossomáticos como homem, extrai o clitóris, e faz modificações no órgão genital, antes da mudança definitiva do sexo).

Por seu turno, também é esta intenção de mutilar (do agente) ou de se auto-mutilar (da vítima) que torna injustificável o comportamento, em virtude de atentar contra os bons costumes, e que permite uma censura.

Entendemos, pois, que a redação da norma matricial, proposta pelo CDS^{7 8}, é a que melhor acautela todas estas questões, para além se ser suficientemente ampla e abrangente para tutelar todas os casos da vida real de mutilação genital feminina.

Igualmente se entende que a norma relativa à mutilação genital feminina, deverá contemplar todas as suas especificidades, designadamente as modalidades, as penas e a impossibilidade de consentimento, razão pela qual se discorda do projeto do PSD, que *dispersa* normas relativas a este crime de mutilação genital feminina pelos artigos 144.º-A, 145.º e 149.º do Código Penal.

Creemos que a concentração de todas as especificidades do tipo de crime de mutilação genital feminina numa só norma como faz o projeto do CDS, permite uma melhor autonomização, percepção e apreensão da disciplina legal que o legislador pretende impor.

Relativamente à autoria, deveremos ter presente que a parte geral permite estender o crime aos autores mediatos, co-autores, instigadores ou cúmplices daqueles que praticaram a mutilação, bem como aos omitentes que tinham o dever de impedir, e não o fizeram.

⁷ *Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino, através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.*

⁸ *Embora se deva discutir, se não deverá, tal como conta da Convenção, acrescentar o intencionalmente: “Quem intencionalmente mutilar genitalmente (...)”.*

Contudo, a Convenção de Istambul, também impõe a criminalização daqueles que incitam, constrangem ou criam condições para que a ofendida se submeta a tal auto-mutilação.

Tal previsão apenas é coerente com o facto de se considerar nestes casos a integridade física não disponível, como chamam a atenção, os projetos do PSD e CDS.⁹

No entanto, por coerência sistemática, nunca a punição do incitamento ou ajuda da ofendida na mutilação genital feminina, deve ser superior ao incitamento ao suicídio ¹⁰.

Em termos de métrica das penas e harmonização destas, considerando que a vida é o bem jurídico supremo, a punição deverá ser inferior.

Igualmente, introduzindo coerência interna no Código Penal, a redação deve ser semelhante à utilizada naquela norma.

Consideramos, pois, que o projeto do CSD, nos propostos n.ºs 3 e 4 do artigo 144.º-A, é a que melhor se aproxima das sugestões acima expostos, com duas pequenas alterações. As penas, pelos motivos expostos, deverão ser inferiores ao incitamento ao suicídio, e tal como neste crime, a conduta apenas deve ser punida, *se a mutilação genital feminina vier efetivamente a ser tentada ou a consumir-se.*

Existe outra modalidade de ação que a Convenção de Istambul aponta para a incriminação, que é o constrangimento (da ofendida).

⁹ Devendo essa não disponibilidade da integridade física relativamente a este crime, ficar consagrada na norma onde se descreve o crime de mutilação genital, de modo a ficar patente as suas especificidades, como o faz o projeto do CDS.

¹⁰ **Artigo 135º**

Incitamento ou ajuda ao suicídio

1- Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efetivamente a ser tentado ou a consumir-se.

2 - Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Neste caso, o projeto do PSD aponta para uma pena igual à norma matricial (3 a 12 anos), tal como o BE. Já o grupo parlamentar do CDS propõe pena até 3 anos de prisão.

Considera-se que, num primeiro apontamento, a utilização apenas da expressão “constranger”, não concretiza suficientemente o tipo. Se analisarmos o Código Penal, no seu todo, percebemos que nos deparamos com um caso de coacção: através de violência física ou psíquica, ou ameaça de mal importante, condiciona-se a vontade da vítima, obrigando-se a mesma ao acto que não pretende.

Assim, em coerência com o que dissemos, e atento as normas do art.º 153.º, n.º 1 e 155.º, n.º 2 do Código Penal, deveria adotar-se *redação e pena semelhante*.

Igualmente se concorda com a adoção de uma norma como a proposta pelo CDS, *relativa à mutilação genital a pedido*, pelos mesmos motivos, que relativamente ao bem jurídico fundamental, se impõe uma redução da pena. Na verdade, se no que se reporta à vida, o legislador releva em termos da pena, o pedido sério, instante e expresso da vítima, em coerência, deverá ter postura semelhante perante uma lesão da integridade física (ainda que grave).

Ou seja, se quanto ao crime de mutilação genital feminina, tanto os projetos do PSD e CDS, consideram, e bem, que o consentimento não releva, deverá existir uma “válvula de segurança”, quando o “circunstancialismo da vida real”, a “imagem global da atuação”, implica uma atenuação das razões de prevenção geral e especial, bem como diminuição da ilicitude e da culpa.

Assim, nos casos em que a vítima não se limita a consentir na atuação, antes instiga terceiro a praticar mutilação sexual, deverão corresponder a um ilícito distinto, e punido com pena inferior.

Os requisitos do pedido devem ser similares aos previstos no crime de homicídio a pedido, p. e p. pelo art.º 134.º do Código Penal. Ou seja, será a atuação da vítima que determina o ilícito do agente, a mutilação genital tem que ser praticada

na pessoa que solicita a mutilação, o pedido deve ser inequívoco e intenso, no sentido de determinar outrem a aceder à insistência da ofendida, pode ser revogável a todo o tempo, tem de corresponder a uma vontade livre e esclarecida, sendo irrelevante o pedido dos menores de 14 anos ou daqueles que não têm capacidade de discernimento para avaliar o sentido e alcance do pedido, este.

Perante este circunstancialismo, em termos similares ao artigo 134.º do Código Penal, e considerando-se não disponível a integridade física nestes casos, justifica-se a proposta do CDS, no sentido de destrinçar este comportamento, já que perante situações desiguais, deverá a lei punitiva reagir de forma distinta.

Contudo, pelos mesmos motivos, deverá a pena ser inferior à relativa ao homicídio a pedido (já que nestes casos, reportamo-nos ao bem jurídico fundamental: a vida).

Por fim, atendendo as razões de prevenção geral, e o desvalor de ação que se acentua nesta criminalidade, justifica-se a proposta do CDS, no sentido de que a tentativa será sempre punível (mesmo que pena seja igual ou inferior a três anos).

Perante tais considerações, a norma poderá aproximar-se da redação do projeto do CDS, com as seguintes alterações:

Artigo 145.º-A

(Mutilação genital feminina)

1. Quem intencionalmente, mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino, através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.

2. Quem por meio de violência ou de ameaça com mal importante, constranger outra pessoa a suportar os actos descritos no número um, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

3. Quem incitar ou prestar ajuda à prática de mutilação genital feminina é punido com pena de prisão até 2 anos, se a mesma vier a ser tentada ou consumar-se.

4. Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

5. Quem praticar qualquer dos atos previstos no número um determinado por pedido sério, instante e expresso da vítima, é punido com pena de prisão até 2 anos.

7. A tentativa é punível.

Sublinha-se, finalmente e de uma forma positiva, a alteração proposta no projeto de Lei n.º 517/XII relativo à alteração ao artigo 5º do Código Penal.

2. Projeto de lei n.º 522/XII, do grupo parlamentar do BE, relativo à alteração dos crimes de violação e coação sexual

a) O projeto de lei em apreciação introduz alterações relevantíssimas à disciplina normativa dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, atualmente tipificados no capítulo V do Título I da parte Especial do Código Penal.

Como nota prévia importa referir que a matéria dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual foi objecto de uma alteração profundíssima em 1995, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março.

A matriz atualmente estabelecida no Código Penal, no que respeita aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, resulta efetivamente dessa alteração substancial, que veio colocar exatamente onde deveria estar, a questão da criminalização sexual: a violação da liberdade e autodeterminação sexual como bens jurídicos a proteger.

Afastou-se, então, definitivamente, toda e qualquer conotação moralista que até aí presidia à criminalização de muitos crimes, como era, por exemplo o chamado «atentado ao pudor».

Foram entretanto efetuadas três alterações com alguma relevância aos crimes em causa, nomeadamente em 1998, 2001 e 2007, respectivamente com a

Lei n.º 65/98 de 2 de setembro, a Lei n.º 99/2001 de 25 de agosto e a Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro. Em todas estas alterações o legislador pretendeu corrigir algumas questões técnicas ou adaptar alguns crimes a novas realidades ou compromissos internacionais entretanto assumidos. No entanto manteve, na sua essência, a matriz estabelecida e consensualizada em 1995 relativamente ao que estava em causa: os bens jurídicos liberdade e autodeterminação sexual atingidos por comportamentos que os afetavam de forma substancial.

A relevância desta pequena nota prende-se com o facto de ter sido exatamente em 1995 que se introduziu o «conceito chave» (nas palavras de Figueiredo Dias *in* «O Código Penal de 1982 e a sua Reforma», Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 1999, Ano 3 n.º 2 e 4) de «ato sexual de relevo», conceito em torno do qual foram definidos os vários tipos de crime estabelecidos no Código.

Recorde-se que este conceito tem vindo a ser densificado pela doutrina e jurisprudência nos últimos dezoito anos, podendo dizer-se que está, neste momento, absolutamente pacificado.

Também em 1995 se discutiu e assumiu a estrutura do crime «matricial» dos crimes sexuais no tipo «coação sexual».

Finalmente, mas não menos importante, o legislador sempre entendeu, na sequência de posição sustentada na dogmática, de forma claramente maioritária, que o carácter fragmentário da tutela penal, através da criminalização de atos sexuais entre adultos, só faz sentido quando a liberdade de cada um não é respeitada e posta em causa através de um meio típico de coação.

Algumas críticas a este princípio, sustentadas em algumas limitações que a lei impunha – com justeza – foram aliás objecto de posterior alteração com a reforma de 2007 que veio criar o número 2 do artigo 163.º (e também aplicável à violação conforme decorre do n.º 2 do artigo 164.º), que se aproxima de um crime de abuso sexual, onde está prevista uma hipótese de aproveitamento de uma situação do sujeito decorrente de um ato coactivo – o temor criado- para a vítima. E por isso,

ainda aqui, se respeitou esse princípio de *ultima ratio*. Este intróito é relevante para se analisar a proposta agora em discussão.

b) Assim, e desde logo, questiona-se a opção pela abolição do conceito chave que se referiu (de «ato sexual de relevo») e a sua substituição pelo conceito de «ato sexual». Esta restrição (que elimina o «relevo»), coloca em causa, exatamente, o princípio da função de *ultima ratio* e fragmentariedade, que deve subjazer ao direito penal. Há um conjunto de atos sexuais (v.g. um beijo, um toque em determinada parte do corpo) que, não deve, só por si, merecer a dignidade penal, por muito lamentáveis e socialmente reprováveis que sejam (sem prejuízo de, verificados os respectivos pressupostos se poderem integrar em outros crimes, como os de importunação sexual, injúrias ou coação). A não ser assim, entra-se num «estado penal» que constrange em demasia os direitos fundamentais e, de todo, sustenta as finalidades que devem nortear o direito penal. Questiona-se, por isso, a alteração substancial agora proposta que substitui o conceito de «ato sexual de relevo» pelo conceito de «ato sexual».

c) Em segundo lugar, e questão mais relevante, prende-se com as consequências da ratificação, por Portugal, da Convenção de Istambul, de 11 de maio de 2011, relativa ao Combate à Violência contra as Mulheres, na qual consta uma norma – o artigo 36.º - onde expressamente se estabelece que «1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última;

b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa;

c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro.

2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes. »

Esta norma comporta a adopção de um critério típico do crime de violação (e, por uma questão sistémica em relação ao Código Penal Português, do crime de coação sexual) com uma outra configuração dogmática onde já não pode subsistir a questão da necessidade de um meio típico de coação, v.g. violência, ou ameaça grave, que faça parte do tipo de crime. É no “não consentimento da vítima” (vd. n.º2 do artigo 36.º) que radica a fronteira entre o ilícito e o não ilícito. Sendo assim, a atual configuração do crime de violação, e mesmo do crime de coação sexual, nos termos estabelecidos no Código Penal, de alguma maneira colide com a referida norma da Convenção.

Nesse sentido a proposta, agora em apreciação, está de acordo com o quadro estabelecido na Convenção.

d) Assumindo o legislador esta perspectiva, a alteração proposta altera toda a estrutura dos dois crimes matriciais, concretamente a coação sexual e a violação.

e) Por isso, e em relação à proposta agora objecto de análise referente ao crime de coação sexual, concretamente no seu número 2, parece omitir-se uma agravação para o caso de os factos ocorrerem «por meio de violência». Esta objecção também se reflete no crime de violação.

f) Quanto ao crime de violação, coloca-se ainda uma questão jurídica mais complexa com a proposta. Trata-se da natureza pública do crime que agora é introduzida.

A questão tem sido objeto de discussão teórica e alguma doutrina (ainda que minoritária) vem defendendo tal posição. No entanto as razões (absolutamente maioritárias na doutrina) que têm defendido a natureza semi-pública do crime não parecem abaladas, quer pelas razões teóricas que sustentam posições contrárias, quer pela dimensão prática que tem perpassado pela jurisprudência. Recorde-se que «estamos «*nesta matéria 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» (Maria João Antunes, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, p. 586). Ou seja, alerta-se para que esta mudança de paradigma, para além das razões referidas, pode trazer enormes problemas às próprias vítimas, decorrentes de uma vitimização acrescida que não seria de todo pensada pela própria vítima.

No entanto, cremos que é possível uma solução normativa que atenda à vontade da vítima, no sentido de *não se querer* expor num processo criminal, de *forma consciente e autodeterminada*, mas *salvaguardando* outras situações, em que em virtude de condicionamentos de ordem psicológica, a mesma não apresenta queixa (pense-se nos casos de violência doméstica que se prolongam no tempo).

Tal será possível se o Ministério Público (MP) puder dar início ao procedimento criminal, *no interesse da vítima, mesmo que esta não apresente queixa*.

Ou seja, naquelas situações em que o MP percebe que a vítima se sente coagida a não expressa livremente a sua vontade, e é do seu interesse a descoberta da verdade e punição do agente, dar-se-ia início ao processo sem queixa.

Já naqueles outros em que a vítima, de forma perfeitamente livre e consciente, não quer o processo, para evitar a sua vitimização ou porque, por opção pessoal, entende que o seu sofrimento será mais agudizado, o processo não seria iniciado (o Estado não pode ultrapassar a vontade de quem foi mas prejudicado pelo ato criminoso).

De todo o modo, todos estes casos ficariam sujeitas a análise do MP.

3. A necessidade de alterações legislativas, na sequência da ratificação da Convenção de Istambul, em relação ao assédio sexual, casamento forçado e *stalking*.

Não existindo iniciativas legislativas, as considerações serão necessariamente breves, já que não se pretende entrar no domínio legislativo.

a) Assédio sexual:

Nos termos do artigo 40.º da Convenção de Istambul *“As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que qualquer tipo de comportamento indesejado de natureza sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo, seja passível de sanções penais ou outras sanções legais.”*

Neste domínio, o ordenamento jurídico português, disponibiliza um conjunto de reações criminais, laborais e civilísticas.

Assim, para além de estes comportamentos serem geradores de responsabilidade civil e consistirem em infracções laborais da entidade patronal (quando o assédio ocorre no local de trabalho), o Código Penal prevê um conjunto de crimes consoante a gravidade do assédio: coação sexual (artigo 163.º, n.º 2 do Código Penal), ameaça à autodeterminação sexual (artigo 153.º do Código Penal, por exemplo no envio de mensagens de cariz sexual), importunação sexual (artigo 170.º do Código Penal), injúrias, por palavras, gestos, imagens, ou qualquer meio de expressão, que atenta contra a honra e consideração da vítima (artigos 181.º e 182.º do Código Penal), etc.

A discussão sobre a autonomização de um crime de assédio sexual deverá, pois, partir da análise dos tipos de crimes existentes, sendo certo que tal autonomização só se justifica se estes crimes não tutelarem já os comportamentos sexuais indesejados que atentam contra a dignidade da vítima e não protegem os bens jurídicos dignos de reacção penal.

Nunca se poderá, contudo, criminalizar condutas de assédio sexual indesejadas que não ultrapassem a grosseria ou má-educação¹¹. Deverá ter-se presente, o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa. O comportamento deve ser de tal modo grave e atentatório da autodeterminação sexual, liberdade sexual, vida privada, paz e sossego, honra e consideração, que se imponha uma reação estadual punitiva.

b) Casamento forçado:

Nos termos do artigo 37.º da Convenção de Istambul “1. *As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente forçar um adulto ou uma criança a contrair matrimónio.* 2. *As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente atrair uma criança ou um adulto para o território de outra Parte ou de outro Estado que não aquele onde residam, com o intuito de os forçar a contrair matrimónio.*

No que se reporta ao artigo 37.º, n.º 1 da Convenção, situações de casamento forçado (*forçar intencionalmente um adulto ou criança a contrair matrimónio*), poderia preencher, em abstracto, os crimes de coação, sequestro, ameaças, escravidão, violência doméstica, coação sexual, violação ou, no caso dos menores, abuso sexual.

Não existe, contudo, reação punitiva específica, relativamente a casos que, em virtude de aspectos culturais ou religiosos, se impõe o casamento, independentemente da vontade, muitas das vezes atraindo os nubentes de terceiros países.

¹¹ E repare-se que tal também é subjetivo, e pode variar de acordo com o circunstancialismo concreto. Por ex. um “piropo”, verbal ou por gestos, poderá ser ofensivo da honra e consideração, ou pelo contrário, não ter dignidade penal. Depende do modo, local, forma de execução, sensibilidade do/a visado/a, local do país, etc.

Existem países como a Inglaterra e o País de Gales que, recentemente, criminalizaram a conduta (em comunidades como a indiana ou paquistanesa o fenómeno seria comum)¹². A nível nacional, a discussão terá que ser “aberta”, dependendo muito de qual a realidade “no terreno” neste domínio, que desconhecemos.

c) Stalking:

Nos termos do artigo 34.º da Convenção de Istambul *“As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente ameaçar repetidamente outra pessoa, levando-a a temer pela sua segurança.”*

¹² Veja-se a este propósito, recente notícia no jornal i, online, de 16 de Junho de 2014, consultado em <http://www.ionline.pt/artigos/mundo/nova-lei-britanica-pune-7-anos-prisao-quem-forcar-alguem-casar-se>. “Nova lei britânica pune com 7 anos de prisão quem forçar alguém a casar-se *“Os casamentos forçados são uma tragédia para cada uma das vítimas e a sua natureza leva a que muitos casos não sejam conhecidos”*, disse a ministra do Interior britânica, Theresa May. Na Inglaterra e no País de Gales forçar alguém a casar-se é a partir de hoje passível de uma condenação a sete anos de prisão, com a entrada em vigor de uma nova lei. A legislação considera um crime forçar um cidadão britânico a casar-se, mesmo que tal aconteça fora do território nacional, dando resposta aos casos de muitos jovens que são levados para o estrangeiro para casar, sobretudo para o Paquistão, Índia e Bangladesh. Perto de dois terços dos casos tratados pelo organismo governamental encarregado da questão, a Forced Marriage Unit (FMU), dizem respeito às comunidades do sul da Ásia. Os ativistas congratularam-se com a nova legislação, que consideram “um enorme passo em frente”, esperando o governo que ela possa proteger as potenciais vítimas. *“Os casamentos forçados são uma tragédia para cada uma das vítimas e a sua natureza leva a que muitos casos não sejam conhecidos”*, disse a ministra do Interior britânica, Theresa May. *“A criminalização, a partir de hoje, é mais um passo dado por este governo para garantir que as vítimas são protegidas pela lei e que têm a confiança, a segurança e a liberdade para escolher”*, adiantou. A exposição dos casamentos forçados tem vindo a aumentar na última década. O ano passado a FMU tratou de 1.300 casos, 18 dos quais de homens. Quarenta por cento das vítimas tinham até 17 anos, três quartos tinham menos de 22. Os casos envolviam 74 países diferentes, embora 43 por cento estivessem ligados ao Paquistão, 11 por cento à Índia e 10 por cento ao Bangladesh. Outros países com numerosos casos incluem o Afeganistão, Somália, Iraque, Nigéria, Arábia Saudita, Iémen, Irão e Tunísia.

O crime de *stalking*, ou perseguição, pode consistir em diversas condutas, eventualmente enquadráveis nos crimes de ameaças, ofensas, coação, violação do domicílio ou perturbação da vida privada, devassa da vida privada, devassa por meio informático, violação da correspondência ou das telecomunicações, gravações e fotografias ilícitas, acesso ilegítimo a computador, importunação sexual, injúrias ou difamação.

Normalmente, as condutas de *stalking* (perseguição), quando estamos no domínio do casamento, união de facto, namoro, ou após o findar destas relações, enquadram-se no crime de violência doméstica. Por exemplo, a persistência na procura do ex-cônjuge, no local de trabalho, locais de lazer ou outros, mesmo que não fale com a mesma, poderá ser susceptível de atingir a sua estabilidade emocional.

Quando se trata de pessoas que nunca tiveram tais relações, então, ou a conduta se enquadra em alguns dos crimes mencionados, ou não será punível. A questão do *stalking* tem sido muito discutida, bem como a necessidade da sua autonomização, já que a perseguição pode consistir num conjunto de condutas, que isoladamente não são graves, mas que no seu conjunto, atingem emocionalmente um cidadão.

Por exemplo, alguém que envia um e-mail todos os dias a outra pessoa, dizendo que a “quer conhecer”, ou que “gosta muito dela”, se persistir no tempo, poderá perturbar o paz e sossego do/a visado/a. Repare-se que, a tutela penal, poderia passar pelo alargamento do art.º 190.º, n.º 2 do Código Penal (que está desatualizado, já que devia expressamente prever o envio de sms, mails, ou outros contactos por meios telefónicos, de internet ou informáticos).

Pense-se em outro exemplo. Essa mesma pessoa, todos os dias, espera o visado/a no seu local do trabalho. No mesmo local, à mesma hora, mantendo-se em silêncio, apenas olhando. O visado/a, sente receio e temor.

O comportamento é de um *stalker*. Não existindo as relações que permitam a subsunção no crime de violência doméstica, a conduta poderá, porventura, enquadrar-se na ameaça. Se assim não for, ficará impune.

Outro domínio onde o *stalking* está presente é no comportamento escolar, podendo consubstanciar um caso de *bullying*.

Contudo, como dissemos, a propósito do assédio sexual, a discussão sobre a autonomização de um crime de *stalking*, deverá ser feita a partir da análise da panóplia de crimes existentes e da verificação se estão nela previstos todos os actos ou omissões de perseguição, que atentam gravemente contra bens jurídicos, como seja, a liberdade pessoal ou vida privada. Se assim não for, justifica-se a autonomização de tal crime ¹³.

¹³ Importante, para este aprofundamento, o e-book do Centro do Estudos Judiciários: “*Stalking*: abordagem penal e multidisciplinar”, que pode ser consultado no site daquela instituição.

Uma proposta de criminalização, ali mencionada (O *stalking* no quadro do Direito Europeu, Convenções do Conselho da Europa e jurisprudência do TEDH – Plácido Conde Fernandes), tendo por fonte o art.º 612 – BIS *Codice Penale Italiano*: 1 - *Quem, de modo reiterado, e por qualquer forma, controlar, perseguir, manter sob vigilância ou observação ou importunar a tranquilidade de outra pessoa, contra a vontade desta, provocando-lhe fundado medo, ansiedade ou receio para a sua segurança ou de pessoas que lhe sejam próximas, ou levando-a a alterar o seu estilo de vida, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.* 2 - *No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor é punido com pena de prisão de 1 a 4 anos.* 3 - *Se através da conduta referida no n.º 1, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.* 4 - *Se dos factos previstos no n.º 1 resultar: a) Ofensas à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 7 anos; b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 9 anos.* 5 - *Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e de porte de armas, pelo período de 6 meses a 5 anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da perturbação da tranquilidade (“stalking”), com um período máximo de 2 anos.”*