

do OSN e, nada sendo proposto
em 48 horas, remeter à entidade
adiciante.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Up. 19/07/2014

[Handwritten signature]

PARECER

Assunto: Projeto de Lei n.º 522/XII/3.ª (BE) que «Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal».

1. Objecto

Pelo Exmo. Senhor Presidente de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura, projecto de lei que visa alterar a previsão legal no Código Penal dos crimes de violação e de coação sexual.

Na sequência de despacho nesse sentido, veio a ser determinada a emissão de parecer sobre esta matéria, por comunicação electrónica recepcionada, pelo signatário, em 12 de Maio de 2014.

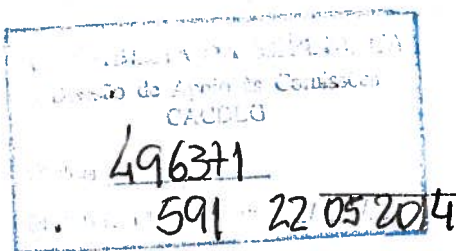
2. Apreciação formal

O presente projeto de lei visa introduzir alterações aos artigos 163.º, 164.º, 177.º e 178.º do Código Penal.

A exposição de motivos (que permite, de forma sintética, apreender a razão de ser das alterações projectadas) do projecto de lei e a ordenação de matérias – tendo o diploma apenas três artigos, claramente identificados (o artigo 1.º refere o objecto da alteração; o artigo 2.º contém quais são, de facto, as alterações que se visam introduzir no Código Penal; e o artigo 3.º regulando sobre a vigência da lei) - não merecem reparos.

3. Enquadramento das alterações projectadas

Nos termos da exposição de motivos, o presente projecto de lei enuncia o seguinte enquadramento motivador:





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

- a) A consideração de que, apesar de o tipo legal do crime de violação ser neutro, tal crime atinge, sobretudo, mulheres¹ e crianças²;
- b) Não obstante a gravidade que representa o cometimento do crime de violação, todavia, a média europeia de condenações é de 14%;
- c) Muitas lacunas do sistema derivam da prevenção e das visões sedimentadas de género, baseadas na dicotomia «sexo forte»/«sexo fraco»³;
- d) A falsa ideia de que o crime de violação é cometido por estranhos, quando sucede, na realidade, que a esmagadora maioria dos agressores se enquadra em relações de proximidade familiar ou de conhecimento;
- e) O tipo legal actual do crime de violação só reconhece o violador, pelo recurso a violência ou ameaça, quase impondo que exista um «ónus de resistência da vítima».

Perante este enquadramento, as alterações gizadas introduzir pelo presente projecto de lei são, fundamentalmente, as seguintes:

1. O reconhecimento de que os crimes de coação sexual e de violação assentam sempre no não consentimento para a prática do acto sexual, sendo neste (não consentimento) que radica a violência do acto ou a natureza do crime;
2. Em consequência do referido em 1., a “violência” ou “ameaça grave” devem deixar de ser elementos do tipo dos crimes em questão, para passarem a ser meras circunstâncias agravantes da pena;
3. Também em resultado do referido em 1. deriva a “reconfiguração” do cerne dos tipos legais dos crimes em questão, que passa a centrar-se no «ato

¹ «As mulheres parecem encarar a violação como o crime que mais temem ...» (assim, Margarida Berta, José Ornelas e Susana Maria; “Sobreviver ao medo da violação: Constrangimentos enfrentados pelas mulheres”, in *Análise Psicológica* (2007), 1 (XXV); p. 145, consultado em <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v25n1/v25n1a11.pdf>).

² Estima-se que 1 em cada 6 mulheres e 1 em cada 33 homens sofrerá uma violação sexual ao longo das suas vidas, sendo que, 1 em cada 4 meninas e 1 em cada 10 meninos serão vítimas de abuso sexual antes de atingirem os 18 anos de idade (Jan Welch; F.M.; “Rape and Sexual Assault”, in *BMJ Journal*, 2007, 334, pp. 1154-1158).

³ «Mitos como “se a mulher provoca e deixa as coisas andar é culpada se o parceiro a forçar a ter relações sexuais”, ainda fazem vacilar os decisores independentemente do seu grau de peritagem, especialmente quando a vítima é de estatuto sexual elevado...» (assim, Elizabeth Sousa, Filomena Mateus e Paulino Lopes; “Decisões em matéria penal: o caso da violação e o peso das variáveis extralegais”, in *Sociologia – Problemas e Práticas*, n.º 14, 1993, p. 152).





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

- sexual não consentido», abandonando-se a qualificação atinente à prática de ato sexual «de relevo»;
4. Eliminação da previsão do artigo 164.º, n.º 2, do Código Penal (preceito onde, para os casos de violação proporcionada por «abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou» a moldura penal aplicável era sensivelmente inferior à estabelecida no n.º 1 do mesmo artigo);
 5. Ponderação das circunstâncias agravantes - em particular o cometimento do crime contra menores de 14 anos - que deixam de estar previstas no artigo 177.º do Código Penal, passando a integrar os artigos 163.º e 164.º do mesmo Código, ora projectados;
 6. Conversão do crime de violação em crime público (com a supressão da referência ao artigo 164.º do Código Penal do elenco previsto no artigo 178.º do mesmo Código).

4. Análise das alterações legislativas

Apreciemos, então, criticamente, as alterações legislativas ora projectadas, liminarmente se referindo que, em termos gerais, o projecto de diploma legal disponibilizado coaduna-se com as finalidades que visam a sua criação, cujos termos são afirmados na Exposição de Motivos.

Neste sentido, o projectado artigo 1.º do diploma não merece censura ou reparo, estando o texto das alterações gizadas de harmonia com o objecto definido em tal normativo.

Também no que ao artigo 3.º do projecto respeita - prevendo o mesmo que haja uma dilação de 60 dias após a data da publicação, para a entrada em vigor do diploma - parece-nos positiva a previsão de tal período temporal, o qual se mostra ajustado à plena compreensão dos efeitos decorrentes, para o quotidiano judiciário, das alterações projectadas introduzir num diploma base do ordenamento jurídico português, como o é o Código Penal.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Apreciemos, então, as alterações introduzidas nos aludidos artigos do Código Penal, a todas se dedicando o artigo 2.º do presente projecto de lei.

4.1. Dos crimes de violação e coação sexual, no âmbito dos crimes contra a liberdade sexual

Como se afirmou em sede dos trabalhos preparatórios do Código Penal de 1995, «o Direito Penal Sexual foi o que revelou uma maior evolução, a qual acarretou mesmo uma alteração quanto à protecção do bem jurídico.

Agora estamos perante a protecção da liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade.

Daí a importante e significativa alteração sistemática: inserido nos crimes contra a sociedade, vê-se agora colocado nos crimes contra as pessoas. Uma regra essencial da tipificação legal: não é crime qualquer actividade sexual (qualquer que seja a espécie) praticada por adultos, em privado, e com consentimento»⁴⁵.

«A diferenciação entre crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a auto-determinação sexual diz respeito à irrelevância do acordo da vítima, passando a ser crucial a imaturidade desenvolvimental desta e a sua incapacidade de consentimento. O facto de o valor tutelado ser a autodeterminação sexual significa que se considera que abaixo dos 14 anos as vítimas, atendendo à idade, não detém a capacidade de se auto-determinar sexualmente, pelo que, mesmo na ausência da utilização de qualquer meio violento, de coacção ou fraudulento, tais actos são susceptíveis de prejudicar o seu livre desenvolvimento»⁶.

⁴ Cfr. Actas e Projecto da Comissão de Revisão do Código Penal; Ministério da Justiça, 1993, pp. 246-247.

⁵ Em sentido concordante, vd. Teresa Beleza; “Sem sombra de pecado – O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, p. 159, considerando que «os crimes sexuais são talvez o ponto em que houve, nesta revisão de 1995, alterações mais profundas e em maior quantidade: os conceitos mudaram, os interesses a proteger são declaradamente outros, as penas foram alteradas e a maneira de dizer da lei filia-se num ideário diferente. O pecado – como sombra da censura social suportando padrões morais de comportamento – cedeu o passo à preservação da liberdade individual».

⁶ Assim, Cátia Solange Dias; Uma pergunta ao sistema penal e os direitos das crianças vítima de crimes sexuais?, UCP, Porto 2012., p. 26, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11413/1/Tese%20Completa%20Final.pdf>.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Na Comissão de Reforma que precedeu a publicação da versão original do Código Penal (aprovado pelo D.L. n.º 48/95, de 15 de Março), o «edifício» dos crimes em presença foi *«construído da seguinte forma:*

- o tipo fundamental é o abuso sexual, evitando-se assim o tradicional atentado ao pudor;

- essa solução permite que outros tipos tradicionais possam ser reconduzidos ao seu figurino (tradicional), como é o caso da violação. Os actos análogos ou são violação ou então abuso sexual»⁷⁸.

4.2. Dos crimes de coacção sexual e de violação com a configuração legal actual

O crime de violação, embora constitua o tipo central dos crimes contra a liberdade sexual (a partir do qual se delimitam os demais tipos de outros crimes desta natureza) não é o primeiro tipo legal dos crimes que integram a Secção I («Crimes contra a liberdade sexual») do Capítulo V do Código Penal.

De facto, é o artigo 163.º do Código Penal, dedicado ao crime de coacção sexual, que abre uma tal Secção.

Tal terá uma explicação histórica e base doutrinal⁹, mas, certo é que, pelo menos, por razões relacionadas com a continuidade normativa ligada a uma numeração de preceitos já consolidada (com relevo no quotidiano prático do intérprete e do aplicador do Código), não se mostra prevista, neste conspecto, qualquer renumeração dos preceitos.

A razão da ordem dos preceitos está relacionada com a própria configuração dos tipos legais: *«Materialmente, a violação é agora um caso especial, qualificado, de*

⁷ Cfr. Actas e Projecto da Comissão de Revisão do Código Penal; Ministério da Justiça, 1993, p. 247.

⁸ Vindo, todavia, a previsão legal do crime de «abuso sexual» a transmutar-se no crime de «coacção sexual» (vd. sobre o ponto as referidas Actas, p. 252).

⁹ «Uma das consequências e das concretizações do pensamento que sistematiza os crimes sexuais como atentados à liberdade é, aparentemente, a substituição do tipo básico da violação pelo da coacção sexual. É interessante verificar que, no seio da Comissão Revisora, a discussão sobre a precedência sistemática entre estes dois tipos foi viva, acabando com a manutenção, na versão de 1991, do lugar de abertura do capítulo com o tipo incriminador da violação» (assim, Teresa Belezza; «Sem sombra de pecado – O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal», in Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, p. 166).





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

coacção sexual, em que o acto sexual de relevo é a cópula e a vítima do sexo feminino»¹⁰¹¹.

4.3. Da superação, no projecto de lei, das noções de «acto sexual de relevo», de «violência» e «ameaça grave»

O «acto sexual de relevo» era, na configuração existente, dos crimes em presença, o princípio genérico delimitador dos tipos: «*Só uma acção de alguma importância, só um acto sexual de relevo, será susceptível de incriminação face à generalidade dos tipos legais*»¹².

Desde cedo se divisaram os problemas interpretativos relacionados com este conceito legal¹³¹⁴.

Perante o tipo legal qualificado que a violação representava – consistente no particular relevo do acto sexual praticado (assente na cópula com mulher, ou no coito anal com qualquer pessoa) – também desde cedo se registou a dificuldade de delimitação conceptual das várias previsões legais¹⁵.

Na realidade, o Código Penal revisto em 1995, ao erigir em tipo principal, não a violação (mediante cópula), mas a coacção sexual (mediante acto sexual de relevo, em que se incluem, entre outros, a cópula e os actos de envolvimento sexual análogos ou equiparáveis), deslocou o núcleo do desafio à jurisprudência para a concretização do que é (ou vai ser) o acto sexual de relevo nos vários tipos de

¹⁰ Cfr. Teresa Beza; “*Sem sombra de pecado – O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal*”, in Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, p. 167.

¹¹ Como se referiu no Acórdão do STJ de 02/10/2003 (proc.º n.º 03P2606) «*há uma relação de especialidade entre as normas dos arts. 163.º e 164.º. A violação é uma coacção sexual agravada, dado que a cópula e o coito são actos sexuais de relevo com especial intensidade*».

¹² Escrevia Teresa Beza (Ob. Cit., p. 167) em 1996.

¹³ «*Um beliscão passageiro não preencherá o tipo; mas, por exemplo, já serão incrimináveis a manipulação e o coito anal...*» (assim, Teresa Beza; Ob. Cit., p. 168).

¹⁴ Assinalando, igualmente, tal dificuldade, vd. Sénio Alves; Crimes Sexuais – Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Almedina, 1995, p. 9 e ss.

¹⁵ Sobre o ponto, vd., em particular, Carmona da Mota; “*Crimes contra a liberdade sexual – Crimes contra a autodeterminação sexual*”, in Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal – Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial, vol. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1999, pp. 112 e ss.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

crime: «Trata-se de um conceito que, embora indeterminado, se pretendeu essencialmente liberto de conteúdos moralistas»¹⁶.

Repare-se que «a violência sexual é uma atividade criminosa e a sua gravidade torna-a num problema social e requer uma atenção e um tratamento especial.

A pessoa vítima de um crime sexual enfrenta, depois desse acontecimento, uma mistura de sentimentos e de preocupações da qual irá ser penoso libertar-se. Talvez a reacção imediata seja a confusão, na qual parece não saber a quem dirigir-se ou pedir ajuda. Prevaecem também, a acompanhar esta desorientação inicial, grande medo e grande ansiedade.

A vítima tende frequentemente a temer as consequências da revelação do crime que sofreu, pensando nas eventuais retaliações de que pode ser alvo por parte do agressor, principalmente quando esta violência é perpetrada por alguém próximo dela. A pessoa vítima teme também a desacreditação ou mesmo a condenação daqueles que venham eventualmente a tomar conhecimento do crime, preocupando-se ainda com o que acontecerá se apresentar uma queixa-crime, como será a intervenção da polícia e o desenvolvimento do processo-crime»¹⁷.

A jurisprudência manifestou, porém, a dificuldade de aplicação de tal conceito¹⁸ e de o articular com as exigências previstas nos tipos legais de coacção sexual e de violação relacionadas com a necessidade de tais crimes se praticarem «por meio de violência»/«ameaça grave».

De facto, na aplicação da lei, os problemas jurídicos tratados relativamente a estes crimes, «residem na questão do ónus de resistência da vítima, como se a vítima, se não defender o seu corpo e a sua autonomia com energia, agredindo o violador,

¹⁶ Assim, Mouraz Lopes; Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal Após a Revisão de 1995, Coimbra Editora, 1995, p. 15.

¹⁷ Como se lê no relatório da APAV sobre violência sexual, com dados reportados a 2012 (disponível em http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_ViolenciaSexual_2012.pdf).

¹⁸ Cfr., entre outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/07/2005 (Processo: 05P2442, Relator: SIMAS SANTOS), o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/03/2013 (Processo: 1159/11.7JAPRT.P1, Relator: ALVES DUARTE), o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/04/2013 (Processo: 441/11.8JALRA.C1, Relator: BELMIRO ANDRADE) e o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05/06/2013 (Processo: 204/10.8TASEI.C1, Relator: MARIA PILAR DE OLIVEIRA), todos na base de dados, disponível em <http://www.dgsi.pt>.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

merecesse ser violada ou a sua liberdade deixasse de ser tutelada pelo direito penal»¹⁹.

A previsão legal existente encontra-se, de facto, ainda marcada de diversos preconceitos relacionados com uma visão “machista” dos géneros, com uma noção retrógrada do papel preponderante do sexo masculino na sociedade e tutelando sem sentido plausível esferas do respectivo poder de actuação²⁰, com o mito de que a violação é, em regra, praticada por estranhos que usam de violência física ou ameaça para praticar um acto sexual no corpo da vítima²¹, exigindo a lei, ainda, que a ameaça seja reputada de «grave», «*abrindo a porta a concepções subjectivas de quem julga e avalia os factos, e á visão da agressão sexual como “sedução”*»²².

«A jurisprudência chega ao contra-senso de aplicar a exigência de uma “oposição resolvida e séria” quando está em causa um tipo legal de acto sexual com adolescente (abuso de inexperiência), que pressupõe o consentimento da vítima e, portanto, não exige violência. Todas estas decisões se caracterizam pela completa falta de empatia com o sofrimento da vítima e pela incapacidade de compreender os sentimentos de uma criança ou de uma mulher, colocada perante um ataque tão brutal e aterrorizador como a violação»²³.

Recentemente, tais perplexidades resultaram patentemente evidenciadas no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011²⁴, que *«absolveu um*

¹⁹ Assim, Maria Clara Sottomayor; *“O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista”*, in Revista do Ministério Público, n.º 128, Out.-Dez. 2011, pp. 274-275.

²⁰ Recorde-se que, há não muitos anos a esta parte, em crimes relacionados com a liberdade e autodeterminação sexual, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores fazia apelo a conceitos relacionados com a «provocação» ou «contributo» da vítima para a realização do crime perpetrado na «coutada do macho ibérico» (vd. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/10/1989, in BMJ 390.º, p. 160).

²¹ Cfr. Figueiredo Dias; Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Coimbra, 1999, considerando que a oposição da vítima apenas por palavras, mas sem resistência corporal, exclui o dolo do agente, se este actua convencido de que a objecção da vítima não é séria!

²² Cfr. Maria Clara Sottomayor; Ob. Cit., p. 275.

²³ *Idem*, p. 276.

²⁴ Proferido, com voto de vencido, no processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, relator Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt>, tendo tal acórdão o seguinte sumário: *«I - O crime de Violação, previsto no artigo 164.º, n.º 1, do CP, é um crime de execução vinculada, i.é., tem de ser cometido por meio de violência, ameaça grave ou acto que coloque a vítima em estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistir. II - O agente só comete o crime se, na concretização da execução do acto sexual, ainda que tentado, se debater com a pessoa da vítima, de forma a poder-se falar em “violência”. III - A força física destinada a vencer a resistência da vítima pressupõe que esta manifeste de forma positiva, inequívoca e relevante a sua oposição à prática do acto. IV - A recusa meramente verbal ou a ausência de vontade, de adesão ou de consentimento da ofendida são, por si só, insuficientes para se julgar verificado o crime de Violação».*





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

arguido, médico psiquiatra, do crime de violação de uma paciente, mulher grávida em fim de tempo e emocionalmente frágil, porque padecia de depressão. Apesar de o Tribunal considerar provada a falta de consentimento da mulher, entender que não estava preenchido o requisito de “violência”, para o efeito do artigo 164.º, n.º 1, fundamentando-se na falta de resistência da vítima...»²⁵.

A “reconfiguração” legal dos tipos de crime projectada, assente na cláusula geral do «**não consentimento**» - e, concomitantemente, abandonando as noções “qualificativas” ou “gradativas” dos tipos legais, inerentes aos conceitos de «acto sexual de relevo», «violência» e «ameaça grave» - , se bem que possa gerar dificuldades interpretativas e de aplicação que não se devem menosprezar²⁶²⁷, tem o mérito de «recolocar», no seu devido lugar, os termos em que se giza a protecção do bem jurídico - liberdade sexual - que subjaz à previsão legal, assumindo, claramente, como se refere na Exposição de Motivos, que «*é no não consentimento que radica a violência do ato e a natureza do crime*».

Trata-se de uma alteração que se encontra em linha com o preconizado nas convenções internacionais firmadas por Portugal, em particular, com a Convenção de Istambul²⁸.

²⁵ Cfr. Maria Clara Sottomayor; Ob. Cit., p. 277.

²⁶ Carecendo de densificação jurisprudencial a sua relação, desde logo, em confronto com a causa de exclusão da ilicitude regulada no artigo 31.º, n.º 2, al. d) do Código Penal, atinente ao «*consentimento do titular do interesse jurídico lesado*», sabendo-se que, nos crimes sexuais, o agir contra a vontade do lesado «*conforma um elemento do tipo objectivo de ilícito e em que, por isso, nesta acepção, o “consentimento” constitui uma causa de atipicidade ou de “exclusão” da tipicidade*» (cfr. Figueiredo Dias; Direito Penal I, 2.ª Ed., 2007, p. 473).

²⁷ Outra dificuldade evidente assentará, decerto, na difícil prova inerente à aplicação de um tal conceito.

²⁸ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de Janeiro, cujo artigo 36.º - com a epígrafe «Violência sexual, incluindo violação» - tem o seguinte teor:

«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.

3. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as disposições do n.º 1 também se aplicam a atos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros, em conformidade com o direito interno».





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

4.4. Da previsão de «circunstâncias agravantes» nos tipos dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal

Parece-nos, em geral, positiva a clarificação pretendida introduzir nos tipos legais dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal, com a enumeração de diversos casos em que, determinada circunstância, implicará a consideração da aplicação de uma moldura penal agravada²⁹³⁰.

As situações previstas nas várias alíneas do n.º 2 do artigo 163.º ora projectado, assim como, do n.º 2 do artigo 164.º correspondente, mostram-se, no geral, adequadas, justificando-se, nas mesmas, a agravação considerada.

Adequada se mostra, igualmente, a cláusula de «salvaguarda» que já provinha do artigo 177.º, n.º 7, do Código Penal vigente, agora, «replicada» nos projectados n.ºs. 4 dos artigos 163.º e 164.º.

Compreende-se, em consequência, a alteração projectada introduzir no artigo 177.º, n.ºs. 3, 4, 5 e 6, uma vez que, no que aos artigos 163.º e 164.º do Código Penal respeita, as situações aí reguladas já se mostram inseridas na previsão normativa de tais crimes.

Contudo, causa alguma perplexidade a conjugação da previsão da projectada alínea b) do n.º 2 do artigo 163.º – onde se considera que o crime de coacção sexual, se cometido contra menor de 16 anos de idade, será punido com uma pena de prisão entre 2 a 10 anos – com a prevista para o n.º 3 do mesmo artigo (e, iguais considerações, são de efectuar relativamente à alínea b) do n.º 2 do artigo 164.º, que contém norma paralela, quando em confronto com o n.º 3 do mesmo artigo).

Na realidade, no artigo 163.º, n.º 3, objecto do presente projecto, prevê-se o seguinte: *«Quando o ato seja cometido contra pessoa que tenha idade igual ou superior a 14 anos e não tenha autodeterminação sexual, a pena é de prisão de 3 a 12 anos».*

²⁹ Trata-se na realidade da previsão dos denominados «crimes qualificados», gerados com base no tipo de «crime fundamental». A distinção é de Figueiredo Dias (Direito Penal I, 2.ª Ed., 2007, p. 313) que refere: *«Os crimes fundamentais contêm o tipo objectivo de ilícito na sua forma mais simples, constituem, por assim dizer, o mínimo denominador comum da forma delictiva, conformam o tipo-base cujos elementos vão pressupostos nos tipos qualificados e privilegiados».*

³⁰ Contudo, crê-se, não se tratar nos normativos em questão, das circunstâncias a que se refere o artigo 71.º do Código Penal, a incidir sobre a aplicação da pena concreta, por as previstas nos projectados n.ºs. 2 dos artigos 163.º e 164.º se inscreverem no próprio tipo de crime previsto.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Ora, desde logo se verifica uma “zona de concorrência” entre os dois normativos – a al. b) do n.º 2 e o n.º 3 – se se considerarem os casos em que a vítima do crime correspondente tenha idade igual ou superior a 14 anos de idade e ainda não tenha completado 16 anos. É certo que, no n.º 3 se prevê que o preceito só terá actuação no caso de o menor de idade igual ou superior a 14 anos, se não tiver - cumulativamente «autodeterminação sexual».

Esta noção envolve, aqui inserida e sem outro elemento normativo que a permita concretizar, alguns problemas.

Desde logo, como resulta do presente Capítulo (V) do Código Penal, o mesmo abrange a temática «dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», que, por sua vez, são tratados em duas Secções, a, primeira, dedicada aos «crimes contra a liberdade sexual» (artigos 163.º a 170.º) e, a segunda, aos «crimes contra a autodeterminação sexual» (artigos 171.º a 179.º).

Se bem se atentar na Secção que contém a previsão dos «crimes contra a autodeterminação sexual», entre o objecto dos mesmos consta sempre um menor («menor de 14 anos» no artigo 171.º, um «menor entre 14 e 18 anos» nos artigos 172.º e 174.º, um «menor entre 14 e 16 anos» no artigo 173.º ou um “simples” menor (de 18 anos de idade) nos artigos 175.º e 176.º, todos do Código Penal)³¹.

Por outro lado, nos termos da lei civil – muito embora nela se regule a incapacidade geral resultante da menoridade para o exercício de direitos (cfr. artigos 122.º e ss. do Código Civil) – nela não se encontra qualquer referência ao conceito de «autodeterminação sexual».

Aliás, o artigo 126.º do Código Civil expressa que, *«em tudo quando não seja ilícito ou imoral, devem os menores não emancipados obedecer a seus pais ou tutor e cumprir os seus preceitos»*.

Não nos parece assim, que o aludido conceito de «autodeterminação sexual» seja compatível com o estado de menoridade.

³¹ Como refere Ana Sofia Almeida Costa (Os crimes contra a autodeterminação sexual na Justiça Penal Portuguesa, Universidade Fernando Pessoa, 2012, p. 6, disponível em http://www.bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3364/3/T_21898.pdf): *«Os crimes contra a autodeterminação sexual, previstos no Código Penal (do artigo 171.º ao 176.º) são comportamentos criminosos e são caracterizados pela violência sexual exercida contra crianças ou jovens, sendo constituída por atos de carácter sexual, implicando interações entre essa criança e um adulto (...)*».





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

É certo que, não se desconhece que, fruto da evolução social nas sociedades contemporâneas, o menor, ainda que sob a tutela inerente ao poder paternal, muitas vezes, já “adquiriu” completa “autonomia” sexual.

Contudo, não nos parece que a segurança jurídica que a lei penal deve conferir nas suas estatuições deva estabelecer um tipo agravado, no que concerne aos crimes de coacção sexual e de violação, fundado neste fluido e impreciso conceito de «autodeterminação sexual» de um menor.

4.5. Da supressão da previsão do n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal

Outra sensível alteração introduzida pelo presente projecto de lei traduz-se na eliminação do n.º 2 do artigo 164.º do Código Penal.

Neste preceito, referente aos casos de violação proporcionada por «abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou» a moldura penal aplicável era sensivelmente inferior à estabelecida no n.º 1 do mesmo artigo.

Esta situação não tinha, efectivamente, razão de ser, por, na realidade, os casos que contemplava não evidenciarem, as mais das vezes, justificação para uma tal diferença de moldura penal a considerar. É, pois, positiva a alteração preconizada.

4.6. Da alteração da natureza do crime de violação para crime público

Uma outra alteração de relevo projectada consiste na alteração da natureza do crime de violação, que passará a ter a natureza de crime público (sendo eliminada a referência à necessidade de queixa, quanto a tal crime, do rol previsto no artigo 178.º do Código Penal).

Na Comissão Revisora que deu origem ao Código Penal de 1995, apesar de ter sido assinalada a necessidade de conversão em públicos, relativamente a alguns crimes, tal não sucedeu relativamente ao crime de violação³².

³² Cfr. Actas, pp. 268-269.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Ora, de acordo com o modelo projectado, para a acção penal basta a notícia do crime, assumindo, assim, o Estado, positivamente, o seu papel interventor no que concerne à investigação e punição de crimes desta natureza que causam elevado alarme social.

Contudo, muitas vezes sucede, nestes casos, que o ofendido, apesar do constrangimento pessoal negativo que sofreu na sua pessoa, prefere o seu silêncio, designadamente para não ter que voltar a enfrentar o seu agressor, admitindo, ainda que pessoalmente, uma situação de impunibilidade do agente.

Esta situação é, nos termos do projecto profundamente alterada, passando o Ministério Público a ter, de *per si*, legitimidade para promover o processo penal correspondente (cfr. artigo 48.º do Código de Processo Penal), independentemente de qualquer manifestação de vontade – ou mesmo contra a vontade – do ofendido nesse sentido.

Ora, se é certo que, esta alteração pode, por um lado, contribuir para diminuir, de forma sensível, as estatísticas dos crimes contra a liberdade sexual, por outro lado, pode acarretar, para o ofendido, consequências ainda mais perniciosas do que aquelas que são decorrentes do cometimento do próprio crime. A liberdade (sexual) pretendida tutelar fica, em face desta alteração e, nos aludidos casos em que o ofendido não pretende procedimento criminal, nas mãos de outrem que não a própria vítima.

Pense-se, desde logo, na situação em que a vítima, vexada, não pretende, fundadamente, expor-se à *via cruxis*, normalmente psicologicamente³³ dolorosa, que uma investigação criminal sempre acarreta, com a sua sujeição a exames médicos geralmente necessários, com a sua submissão a inquirições que visam explorar todos os elementos da intimidade da sua vida pessoal e profissional, com a sua sujeição a inspecções em diversas fases processuais, etc., entre outros actos

³³ «As vítimas que sobrevivem ao ataque de um criminoso sexual ...em geral podem padecer por longo tempo as consequências psíquicas do mesmo. Na imensa maioria dos casos, o dano psíquico emergente que apresentam traduz-se em perturbações mentais que requerem tratamento psiquiátrico. As sequelas habituais podem ser fobias com perturbações sexuais quantitativas de tipo disfuncional. As denúncias que as vítimas fazem de um agressor... podem trazer efeitos perniciosos, já que o interrogatório, as declarações, o reconhecimento de suspeitos, o ter que aportar provas, os exames periciais, etc., a obrigam a reviver o facto. A curiosidade mórbida das pessoas, de conhecidos, e até de amigos e familiares ainda que manifestem boa intenção, actuam como factor traumático que impedem a resolução mais rápida do trauma psíquico (...)» (assim, Ilídia Piairo de Abreu; Delitos Sexuais, 2005, p. 23, consultada em <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0042.pdf>).





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

processuais que, directamente, a envolvam e que se poderão conjecturar. Será que, nestas situações, a «vontade» do Estado, de descoberta da verdade material - ainda que, é certo, com o nobre objectivo de se obter Justiça e a punição do responsável - se justifica e deverá suplantar a da própria vítima?

Será que a alteração da natureza do crime, para crime público, satisfará as outras finalidades inerentes a um qualquer processo penal: A realização da justiça, a protecção dos direitos fundamentais das pessoas envolvidas no processo e o restabelecimento da paz jurídica?

A resposta, em nosso entender, não pode deixar de ser negativa. Deverá ser à vítima que deve caber sempre a decisão sobre se pretende que a acção penal se inicie e desenvolva, ponderando esta - e não um terceiro por si (o Ministério Público) - os prós e os contras de um processo e de um julgamento por um crime sexual, com tudo o que de negativo nele se contém.

Ressalva-se no projecto a necessidade de queixa quanto ao crime de coacção sexual, não se vislumbrando, liminarmente, motivação para tratamento diferenciado dos crimes de violação e de coacção sexual, no que a este respeito se refere, sendo certo que, agora, as situações a que aludirá a previsão do crime de coacção sexual passarão a ser descortinadas por exclusão de partes face ao crime de violação («*Quem, sem consentimento, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar atos sexuais não previstos no artigo 164.º, que atentem contra a liberdade e autonomia sexual...*»³⁴), podendo dar-se o caso, por exemplo, de se iniciar a investigação de um alegado crime de violação, a qual venha a redundar na aferição de um crime de diversa natureza, relativamente ao qual o ofendido não pretende procedimento criminal, com o tendencial dispêndio inusitado de meios, que sempre são escassos para as necessidades.

5. Conclusão.

A configuração dos crimes contra a liberdade sexual, em particular dos crimes de coacção sexual e de violação, resultante da reforma do Código Penal de 1995 continha diversos factores que contribuiram para uma deficiente tutela das vítimas de tais crimes, que, perante os tipos legais, se viam constrangidas a assumir um

³⁴ Assim, o n.º 1 do artigo 163.º do Código Penal, nos termos do presente projecto de lei.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

iníquo «ónus de resistência», atribuindo-lhes o encargo de demonstrarem ter procedido activamente para que o resultado não se verificasse.

A “reconfiguração” legal projectada introduzir nos aludidos tipos legais de crimes, baseada na prática de um acto sexual «não consentido» constitui, na sua globalidade, um quadro globalmente positivo para a superação dos problemas assinalados permitindo, decisivamente, contribuir para uma melhor tutela dos bens jurídicos pretendidos proteger pelas previsão da lei e, bem assim, para uma melhor aplicação prática dos comandos normativos.

Embora à primeira vista se possa pensar que a melhor tutela dos bens jurídicos a que subjaz a previsão da punição é melhor conseguida com a alteração da natureza do crime de violação para crime público – alteração que também é gizada no presente projecto de lei - , a mesma não salvaguarda, de facto, os interesses da vítima, não se tutelando, de forma alguma, a vontade da mesma em não pretender desencadear a acção penal.

Quanto ao mais, sem prejuízo da superior consideração de Vossa Excelência, com vista ao aprimoramento do projecto legislativo disponibilizado, sugere-se sejam tomadas em conta os comentários e sugestões supra assinalados.

Lisboa, 18 de Maio de 2014.

Carlos Gabriel Donoso Castelo Branco

Juiz de Direito

Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM

