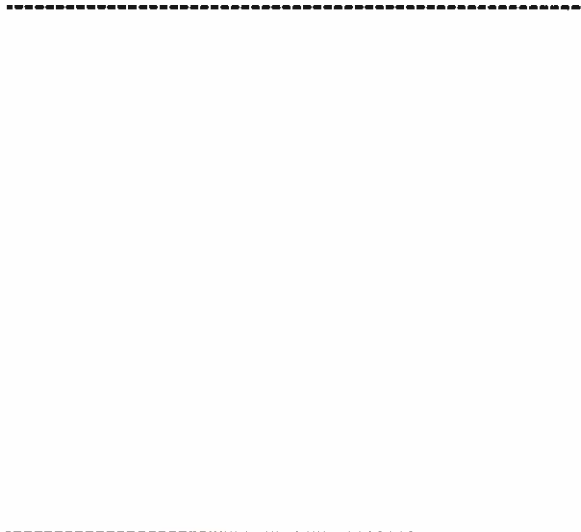




CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM



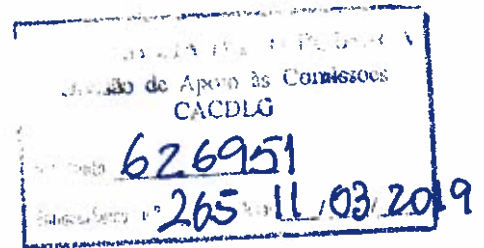
ASSUNTO:

Parecer: i) Projecto de Lei n.º1047/XIII/4.ª (PAN) – Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de violação, adaptando a legislação à Convenção de Istambul; ii) Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) – Procede à alteração dos crimes de violação e coacção sexual no código penal, em respeito pela convenção de Istambul

2018/GAVPM/5642
2019/GAVPM/0475

05.02.2019

PARECER



1. Objeto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foram remetidos ao Conselho Superior da Magistratura, os seguintes Projectos de Lei: i) Projecto de Lei n.º1047/XIII/4.ª (PAN) – Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de violação, adaptando a legislação à Convenção de Istambul; ii) Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) – Procede à alteração dos crimes de violação e coacção sexual no código penal, em respeito pela convenção de Istambul.

Foi determinada a elaboração de parecer que incluía as observações formuladas pela Sra. Juíza Desembargadora Maria Teresa Féria de Almeida.

2. Finalidade

Do preâmbulo dos diplomas resulta a pretensão de dar pleno cumprimento à convenção de Istambul alterando no ordenamento interno as disposições relativas aos crimes de coacção sexual, violação e outras disposições conexas.

*

3. Alterações legislativas

Em ambos os projectos legislativos são propostas alterações para os artigos 163.º, 164.º, 177.º e 178.º, do Código Penal.

*

No projecto de Lei n.º1047/XIII/4.ª (PAN):

«Artigo 163.º

[...]

1 – Quem, sem o consentimento da outra pessoa, praticar com ela ou levá-la a praticar com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

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

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

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

c) Estabelecimento de educação ou correcção;

o agente é punido com pena de prisão de três a nove anos.

3- Se os factos compreendidos nos números anteriores:

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

ou



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

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

*c) tiverem resultado em danos físicos ou psíquicos graves para a vítima;
o agente é punido com pena de prisão de cinco a dez anos.*

Artigo 164.º

[...]

1- Quem sem o consentimento de outra pessoa:

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

*b) proceder à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;
é punido com pena de prisão de seis a doze anos.*

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

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

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

c) Estabelecimento de educação ou correcção;

o agente é punido com pena de prisão de seis a catorze anos

3- Se os factos compreendidos nos números anteriores:

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

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

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

d) tiverem resultado no suicídio ou morte da vítima;

o agente é punido com pena de prisão de seis a dezasseis anos.

Artigo 177.º

[...]

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

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

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

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

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

e) de forma reiterada;

f) na presença de uma criança;

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

2- As penas previstas nos artigos 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:

a) [...]; ou

b) [...].

3- Anterior n.º 2.

4 – Anterior n.º 3.

5- Anterior n.º 4.

6- Anterior n.º 5.

7- As penas previstas nos artigos 163.º, 164.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 16 anos.



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

8- *As penas previstas nos artigos 163.º, 164.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.*

9- *Anterior n.º 8.*

Artigo 178.º

[...]

1 - *O procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 167.º, 168.º e 170.º depende de queixa, salvo se forem praticados contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima.*

2 - *Revogado.*

3 - *[...].*

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

5 - *[...].»*

O presente projecto propõe ainda a revogação dos artigos 165.º, 166.º e n.º 2 do 178 do Código Penal.

*

No Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE):

«*Artigo 163.º*

(...)

1 - *Quem constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.*

2 - *A tentativa é punível.*

Artigo 164.º

(...)

1 - 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.

2 - A tentativa é punível.

Artigo 177º

(...)

1 - As penas previstas nos artigos 163.º, 164.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, quando estejam em causa as seguintes circunstâncias agravantes:

a) Ter a conduta do agente sido precedida ou acompanhada de especial violência;

b) Ter sido cometido contra pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez;

c) A vítima ser ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau;

d) 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; e) 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; hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; estabelecimento de educação ou correção;

f) O ato ter sido cometido conjuntamente por mais de uma pessoa;

g) O ato ter sido cometido por pessoa portadora de doença sexualmente transmissível;

i) O ato ser cometido na presença de menor.



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

2 - As penas previstas nos artigos 163.º, 164.º e 167.º a 176.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, quando estejam em causa as seguintes circunstâncias agravantes:

a) Se do ato decorrer gravidez, ofensa à integridade física grave, dano psicológico grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima;

b) Se a vítima for menor de 14 anos.

3 - As agravações previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 não são aplicáveis nos casos da alínea c) do n.º 2 do artigo 169.º e da alínea c) do n.º 2 do artigo 175;

4 - (anterior n.º 8).

Artigo 178º

(...)

1 -O procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 167.º, 168.º e 170.º depende de queixa, salvo se forem praticados contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima.

2 - Revogado.

3 - O procedimento criminal pelo crime previsto no artigo 173.º depende de queixa, salvo se dele resultar suicídio ou morte da vítima.

4 - Revogado.

5 - Revogado.»

No referido projecto são ainda revogadas os artigos 165.º, 166.º e n.º 2, 4 e 5 do artigo 178.º do Código Penal.

4. Apreciação

No que respeita às alterações ao Código Penal, as alterações em causa poderão ser reconduzidas a três principais vectores.

O primeiro ponto será nos tipos objectivos com vista à eliminação ou reconfiguração do elemento típico de coacção ou violência para preenchimento do tipo e introdução de outros elementos agravantes.

O segundo ponto respeita a um agravamento das molduras penais para os crimes em causa.

O terceiro ponto será alteração quanto à legitimidade para a acção penal transmutando os crimes de semi-públicos para públicos.

*

4.1. Alteração dos elementos objectivos

No que se refere ao primeiro ponto as soluções são distintas para o art.163.º (coacção sexual) e para o art.164.º (violação) nos dois projectos.

*

No projecto do Projecto de Lei n.º1047/XIII/4.ª (PAN) o elemento típico do art.163.º, e do art.164.º passa a ser a ausência de consentimento. O uso de violência passaria a ser uma forma agravada do cometimento do crime (art.163.º, n.º3, al.a) e 164.º, n.º3, al.a), ambos do Código Penal).

No art.163.º, seria ainda eliminada a distinção entre graus de constrangimento físico que actualmente persiste entre o n.º1 e o n.º2.

Na redacção projectada é adicionado um novo n.º2 onde são descritas circunstâncias agravantes que tornam obsoleta a actual previsão do art.166.º, n.º1.

Propõe ainda um novo n.º3 no qual introduz um tipo agravado considerando o resultado da conduta para a vítima, e meio empregado e as circunstâncias no que respeita à perversidade ou censurabilidade.

*

No Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) o elemento típico do art.163.º e do art.164.º passa a ser “*constranger outra pessoa*”. O uso da violência acrescida passa a ser uma forma agravada do cometimento do crime

*



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

Na apreciação destas iniciativas terá de se ter em consideração o preceito da convenção de Istambul (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de Janeiro), que é assumido como a inspiração para as alterações propostas:

“Artigo 36.º

Violência sexual, incluindo violação

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.”

*

Na redacção actual dos tipos legais em causa a violência, ameaça de violência e outras circunstâncias que revelem a superação da resistência do ofendido fazem parte do tipo legal.

No actual quadro legislativo os tipos penais de coacção e violação são apenas preenchidos quando existe conduta típica de superação de resistência, ainda que contornos e gravidades distintos.

A definição nos tipos de coacção sexual e violação exigiam, desde a sua redacção originária a prática de um acto de coacção imediatamente dirigido à prática de um acto sexual de relevo (neste sentido veja-se Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, comentário ao art.163.º).

De facto, e ainda na redacção pretérita chegou a existir corrente jurisprudencial que considerava existir violência na ausência do consentimento. Contudo, tal interpretação foi terminantemente afastada pela doutrina em termos que cumpre assinalar:

“§19 Não basta nunca à integração do tipo objectivo de ilícito da coacção sexual que o agente tenha constrangido a vítima a sofrer ou a praticar acto sexual de relevo, isto é, que este acto tenha tido lugar sem ou contra a vontade da vítima (contrariamente a uma jurisprudência muito difundida dos nossos tribunais tanto a propósito da violação, como do atentado ao pudor com violência, que considerava existir “sempre” violência quando o acto tivesse sido praticado contra ou sem a vontade da(o) ofendida(o) – sic Ac. da RC de 17-2-93, CJ 1-19993 70 – ou “sempre” que o consentimento não tivesse sido “livre” – sic Ac. da RP de 6-3-91, CJ 2-1991 287. É certo que poderá dizer-se que logo que isto ocorra terá existido uma limitação da liberdade de determinação sexual da vítima. Mas o consabido carácter fragmentário da tutela penal leva ainda a exigir que a coacção ou constrangimento tenha ocorrido através da utilização de um meio típico de coacção: ou da violência, ou da ameaça grave ou de o agente ter tornado a vítima inconsciente ou a ter posto na impossibilidade de resistir (ao contrário do que preconiza uma jurisprudência e uma doutrina difundidas na vigência do CP de 1886: cf. Oliveira Matos, SIVr VII 505 ss.). Actos sexuais súbitos e inesperados praticados sem ou contra a vontade da vítima, mas aos quais não preexistiu a utilização de um daqueles meios de coacção, não integram o tipo objectivo de ilícito.” (Comentário Conimbricense *ob.cit.*)

Neste campo sempre se pretendeu como elemento essencial do tipo a violência, distinguindo-se a *vis absoluta* ou *vis compulsiva*.

Feito este breve apontamento cumpre notar que nada obsta à reconfiguração dos tipos penais em causa com a eliminação da exigência do uso de violência nas suas diversas formas.

Neste ponto será a distinção entre os dois projectos em apreço. Se no projecto de Lei n.º1047/XIII/4.^a (PAN) a ausência de consentimento será suficiente para preenchimento do tipo, no projecto de lei n.º 1058/XIII/4.^a (BE) continuaria a exigir-se uma forma de coacção “constranger” ainda que ampliada à coacção física e psicológica.



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

Admitindo que as duas opções serão opções de carácter político-legislativo chama-se apenas a atenção para no primeiro caso ser de repensar a epígrafe do tipo legal a qual poderia passar a denominar-se de Abuso Sexual.

Este CSM já em parecer anteriormente proferido (no processo legislativo referente aos Projectos de Lei n.º664/XII/4.ª (BE) e n.º 665/XII/4.ª (BE)) manifestou a sua concordância pela reconfiguração dos tipos legais em causa assente na cláusula geral do não consentimento ¹.

Nos projectos em apreço não se poderá deixar de manifestar preferência pela opção então preconizada e aqui corporizada no projecto de lei n.º1047/XIII/4.ª (PAN). De facto, e embora significasse um passo positivo a discussão do que será “constranger” poderá não evitar que a discussão se centre na suficiência ou não da coacção.

Conforme referido pela Juíza Desembargadora Maria Teresa Féria de Almeida “*tais conceitos – o constrangimento e o não consentimento – têm uma diferente esfera de compreensão, porque implicam atos ou condutas de natureza distinta e como tal não se confundem nem são idênticos.*

Assim, enquanto o primeiro conceito implica um ato ou conduta de coagir ou obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa, o conceito de não consentimento traduz-se numa não manifestação de vontade a que alguém faça ou não faça alguma coisa.

Como qualquer crime que se define e estrutura sempre em função da conduta do/a agente, não parece ser adequado ao fim pretendido pelo Projeto de Lei estabelecer, como elemento objetivo dos tipos em questão, o ato de constranger alguém a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem uma qualquer das condutas de natureza sexual indicadas no articulado.”

A posição então assumida no parecer já emitido não nos merece qualquer revisão.

¹ Parecer disponível: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a4a6c4f4463794f4455324c5449304e7a67744e474d35597930344f474d794c546b78597a59794f4442684d5751774e4335775a47593d&fich=2e872856-2478-4c9c-88c2-91c6280a1d04.pdf&Inline=true>

Na prática judiciária, e no domínio dos crimes sexuais, continua a assistir-se a um confronto evidente entre as legítimas expectativas dos cidadãos de punição de certas condutas socialmente desvaliosas e a rigidez dos tipos penais.

Ao julgador, no quadro actual, cabe a ingrata tarefa de descortinar se a verbalização do não consentimento implicou que o agressor tenha utilizado violência ou se a ameaça reveste gravidade suficiente para que o acto sexual manifestamente não consentido preenche o tipo legal.

As dificuldades interpretativas que poderão resultar da previsão do tipo com base no “*não consentimento*” não são superiores àquelas que são hoje sentidas com o que seja hoje violência ou ameaça grave.

Os tipos actuais exigem uma exegese dos tribunais sobre o que seja resistência suficiente, *vis absoluta* ou *relativa* que é socialmente tida como retrograda e machista.

Como já evidenciado em anterior parecer entende-se que só a referida alteração poderá actualizar o ordenamento nacional às obrigações resultantes da Convenção de Istambul.

*

Nas alterações ao tipo é ainda de sublinhar no projecto de lei n.º1047/XIII/4.ª (PAN) a previsão de dois tipos agravados respectivamente no n.º2 do art.163.º e n.º2 do art.164.º. Esta previsão consume o tipo do art.166.º, n.º1, sendo a distinção entre o art.163.º e 164.º a natureza do acto sexual efectivamente praticado.

No referido projecto é ainda criado um tipo qualificado no n.º3 de cada infracção. Quanto a este tipo a previsão da al.a) relativa à violência de considerável gravidade e às consequências do facto para a vítima (al.c) do art.163.º, e al.c) e d), do art.164.º) não suscitam qualquer dúvida. Sendo apenas de apontar uma aparenta omissão do equivalente à al.d) do art.163.º no art.164.º.

Já quanto às circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade (al.b) do n.º2, do art.163.º e do art.164.º) remete para uma cláusula geral que é, noutras disposições do código, acompanhada por um elenco não taxativo de exemplos padrão. Neste sentido veja-se o art.132.º, e art.145.º, n.º1 e n.º2, do Código Penal.

No âmbito do presente projecto essa solução levaria a uma repetição e cláusulas de agravação e de qualificação face à redacção proposta para o art.177.º



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

4.2. Agravamento das molduras penais

Em ambos os projectos são propostas alterações concretas no que respeita às molduras punitivas.

No projecto de lei n.º1047/XIII/4.ª (PAN) o crime de coacção sexual mantém a moldura punitiva de 1 a 8 anos eliminando, no entanto, a moldura mais atenuada actualmente prevista no n.º2.

Simultaneamente cria um tipo qualificado de 1 a 9 anos de prisão (n.º2) e um tipo qualificado do n.º3 de 5 a 10 anos de prisão.

O crime de violação passaria a ter uma pena no tipo simples de 6 a 12 anos ao invés dos actuais 3 a 10 anos. Simultaneamente é eliminado o tipo atenuado para o caso de uso reduzido de violência (actualmente de 1 a 6 anos de prisão).

São ainda criados duas qualificativas. No n.º2 a pena passaria a ser entre 6 e 14 anos de prisão. No n.º3 de seis a 16 anos de prisão.

É ainda de considerar a alteração ao art.177.º, sendo que a redacção do n.º1 não é perceptível a eliminação da actual al.a).

Por outro lado, e baseando-se os tipos ora previstos no não consentimento não é coerente a punição agravada proposta para a al.d), do n.º1 do art.177.º, que mais não será que uma forma típica de preenchimento do tipo.

*

No Projecto de Lei n.º 1058/XIII/4.ª (BE) são eliminados os tipos atenuados do n.º2 do art.163.º e 164.º, sendo que as agravações das penas são reservadas para o art.177.º.

A redacção proposta para o art.177.º, suscita reservas a redacção prevista para a al.d), por ser distinta, na sua formulação, da utilizada nos artigos 132.º, n.º2, al.b) e 152.º, n.º2, als.a) e b) do Código Penal, e por afastar a qualidade de progenitor de descendente comum em 1º grau.

Merece alguma reserva ainda a utilização do conceito vago de “especial violência”, constante da parte final da al.a).



*

A opção pelo agravamento das molduras punitivas corresponde a opções políticas e ideológicas sobre as quais não compete ao CSM pronunciar-se.

*

4.3. Natureza pública do crime

Em ambos os projectos é proposta a natureza pública dos crimes de coacção sexual e violação através da alteração ao art.178.º.

Conforme parecer já emitido por este CSM terá que se ter em consideração o efeito de retirar a decisão da acção penal à vítima. As hipóteses de vitimização secundária e institucionalização da legitimidade da acção penal (art.48.º, do CPP) terão de ser ponderadas.

Por outro lado, revestindo o crime natureza pública terá a vantagem de eliminar influencias negativas sobre o exercício de direito de queixa e a sua desistência em termos semelhantes com os já verificados para outros ilícitos que ocorrem no âmbito íntimo (v.g o crime de Violência Doméstica).

*

5. Conclusões

i) Os projectos legislativos em causa dão corpo a legítimas opções de política legislativa;

ii) É de sublinhar como positiva a opção pela configuração dos tipos objectivos do art.163.º e 164.º pelo não consentimento ao invés do actual uso da violência.

Lisboa, 7 de Março de 2019

Ruben Oliveira Juvandes

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



**Ruben Jorge
Marques Morais
de Oliveira
Juvandes**

Adjunto

Assinado de forma digital por Ruben
Jorge Marques Morais de Oliveira
Juvandes
4e4e030a3246516d20de165db1002a221fe0e1fd
Dados: 2019.03.08 13:49:45