



PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e
Garantias
Assembleia da República
Palácio de S. Bento

1249 – 068 LISBOA

SUA REFERÊNCIA:
Of.º n.º 975/XII

SUA COMUNICAÇÃO DE:
01/10/2014

NOSSA REFERÊNCIA:
Of.º n.º 22752/2014
Proc.º n.º 208/2006 – L.º 115

NOSSA COMUNICAÇÃO DE:
27/10/2014

ASSUNTO: **Solicitação de parecer sobre os Projectos de Lei n.ºs. 664/XII (BE) e 665/XII (BE)**

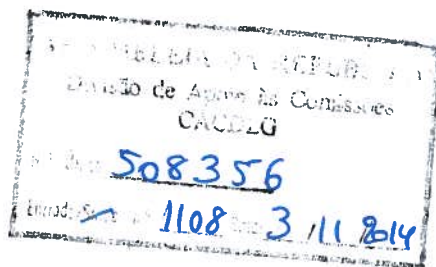
Em cumprimento do superiormente determinado, junto se envia o parecer emitido no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público.

Com os melhores cumprimentos.

O SECRETÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Carlos Adérito Teixeira
(Procurador da República)

721244
BBF



Circula pela reunião
votais do C.S.T.P.
e Após reunião - t. 24
tema Constitucionais.

Parecer do Conselho Superior do Ministério Público

J.V.
2014/10/24

Solicitou a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias a emissão de parecer sobre o Projecto de Lei 664/XII/4ª, que altera a previsão legal dos crimes de coacção sexual e violação no Código Penal e o Projecto de Lei 665/XII/4ª, que altera a natureza do crime de violação.

Sobre a mesma temática e com a mesma abrangência tinha já sido apresentado, também pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, um projecto de lei (projecto de lei nº 522/XII/3ª) que na altura não obteve aprovação na Assembleia da República.

Segundo o seu autor, os projectos de lei ora em análise pretendem dar corpo às recomendações da "Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica", referenciada como Convenção de Istambul, em vigor desde o dia 1 de Agosto de 2014, o que suscita desde logo a questão de saber se a opção tomada será a mais adequada, se considerarmos que a transposição para o nosso ordenamento jurídico da Convenção de Istambul implica alterações de outros normativos do Código Penal Português para além das agora preconizadas e eventual criação de novos tipos legais de crime.

Com efeito, cite-se tão só a título de exemplo a necessidade de proceder a alterações à norma incriminadora da violência doméstica do art. 152º, do Código Penal (atento o disposto no art. 3º alínea b) da Convenção que define que "violência doméstica abrange todos os actos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima") porquanto constituindo a violência económica instrumento frequente de violência contra as mulheres e idosos, não integra a tipicidade do ilícito; ou a necessidade de previsão no ordenamento jurídico-penal da violência de género contra as

mulheres, tal como resulta da Convenção, designadamente de acordo com a definição dada no mesmo art. 3º, alínea d): "violência contra as mulheres baseada no género designa toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afecte desproporcionadamente as mulheres"; ou ainda a necessidade de legislar de forma consequente sobre novos tipos de crime para tornar exequível, por exemplo, o disposto nos art. 34º ou 40º da mesma Convenção.

Vale isto por dizer que a falta de uma apreciação global do quadro normativo pode gerar incoerência no sistema, entendendo-se como mais lógico que as alterações a operar ocorram em conjunto e de forma estruturada.

O Projecto de Lei n.º 664/XII

Este projecto visa a alteração dos artigos 163º, 164º e 177º, do Código Penal.

Realça-se na respectiva exposição de motivos "...a exigência de fazer reconhecer que um ato sexual sem consentimento é um crime de violação ou de coação sexual. É no não consentimento que radica a violência do ato e a natureza do crime. Neste sentido, a existência de violência ou ameaça grave não devem ser meios típicos de constrangimento, mas circunstâncias agravantes da pena.

Com efeito, a exigência de um processo cumulativo de violência (o agressor que só o é quando exerce violência, a vítima que só o é quando dá provas de lhe resistir, preferencialmente com violência) destitui o cerne da sua natureza: um ato sexual não consentido é, de per si, um ato de violência. É pois no "não consentimento" que se configura o atentado à autodeterminação e liberdade sexual, e as demais formas de violência usadas para a consecução do ato só podem ser entendidas como agravantes".

O projecto, segundo o seu autor, dá corpo às recomendações da Convenção de Istambul, designadamente ao seu art. 36º, e coloca no "não consentimento" a pedra de toque do atentado à liberdade sexual, e nessa

vertente deve ser avaliado, “extirpado de todas as tipificações que ocultam, hoje, a sua verdadeira dimensão, onerando as vítimas”.

Visa, ainda a eliminação do actual n.º 2 do artigo 164º do Código Penal, “pelos equívocos que estabelece, como se houvesse uma legitimação da violação pelo uso da autoridade ou da dependência, eliminando ambiguidades interpretativas e esta incompreensível gradação de um crime que, em qualquer dos casos, é cometido “sem consentimento”.

Por fim, “reconhecendo-se os limites etários para o consentimento, no âmbito do Código Penal, mantêm-se as circunstâncias agravantes para os menores de 16 anos, conforme previsão do artigo 177º do mesmo Código.”

Apreciação

Os crimes de coacção sexual e de violação (art. 163 e 164º do Código Penal) são, dogmaticamente, crimes contra a liberdade sexual e, num e noutro caso, traduzem-se no constrangimento do agente passivo à prática ou sujeição de actos sexuais de relevo. É a gravidade desses actos que distingue os ilícitos, fazendo da violação um caso qualificado de coacção sexual; nesta trata-se de actos sexuais graves enquanto que na violação estão em causa actos sexuais especialmente graves, por intrusivos, que ficam fora da tipicidade da coacção sexual estrita e constituem categorias penais de dimensão superior, traduzidos, sempre, na penetração do corpo.

Em ambos os casos a tipicidade decorre do constrangimento e do conseqüente não consentimento. Não consentimento que se revela na manifestação desfavorável à prática do acto pretendido pelo constrangedor, a discordância, a não permissão.

É certo que na formulação típica em vigor estão presentes quer o constrangimento quer o consentimento; mas o constrangimento deve revelar-se através de um acto de violência física ou ameaça séria sobre alguém e corresponde-lhe, do lado do constrangido, o não consentimento, a manifestação desfavorável à prática do acto pretendido pelo constrangedor, manifestação que tem sido entendida como necessariamente positiva, inequívoca e, de

preferência, ela própria violenta. Aliás o próprio conceito do elemento do tipo violência pressupõe uma resistência activa da vítima, que se tem entendido algumas vezes como não se bastando com uma mera recusa verbal ou falta de adesão ao acto.

Ora, ao deslocar o ponto fulcral do tipo do ilícito para uma cláusula geral de não consentimento, retirando o “ónus de resistência” da vítima, o projecto de lei pugna de forma adequada pela protecção do bem jurídico em causa – a liberdade sexual – pelo que, nesta parte, deve merecer total acolhimento.

De repensar será porventura o abandono da menção categorial de acto sexual de relevo, reduzindo-a a acto sexual, na medida em que o conceito de “acto sexual de relevo” está já relativamente sedimentado na doutrina e jurisprudência e a nova formulação gerará necessariamente dificuldades interpretativas e permitirá eventualmente uma abrangência desproporcional do tipo.

Uma última nota para referir que, em termos de técnica legislativa, não nos parece fazer sentido a consagração expressa e autónoma da punibilidade da tentativa (artigos 163º nº 4 e 164º nº 4, na redacção proposta) visto o disposto no artigo 23º nº 1 do Código Penal (“...a tentativa... é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”) e as molduras penais cominadas na proposta.

O Projecto de Lei n.º 665/XII

O projecto visa a alteração da natureza do crime de violação, tornando-o crime público, por supressão da referência ao art. 164º no corpo do art. 178º, ambos do Código Penal.

Na exposição de motivos expressa-se ser essa uma solução necessária para protecção das vítimas, reconhecendo contudo que “...este caminho não se faz apenas com alterações do quadro penal e que ele é muito mais exigente – quer na alteração do quadro das perícias e ao Estatuto de Vítima, quer na criação de centros de atendimento, que acompanhem e preservem a segurança das

vítimas, quer no trabalho profundo que deve ser feito a todos os níveis contra todas as formas de violência sexual, a começar pela escola”.

Apreciação

Estamos nesta matéria em presença de crimes que contêm de uma forma muito particular com a esfera da intimidade. Em causa estão essencialmente bens jurídicos individuais - a liberdade sexual - e não bens supra individuais da comunidade ou do Estado e, havendo o legislador nacional (pelo menos, desde o Código Penal de 1982) procurado obedecer, neste domínio, a uma racionalidade orientada por e para a tutela autónoma do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, parece incongruente que a intervenção do direito penal na matéria vá além dos campos da protecção e promoção e salte para o plano em que a vontade do titular do bem jurídico tutelado se apresente de todo irrelevante, ou seja mesmo contrariada.

Se é certo que a alteração agora proposta pode eventualmente contribuir para diminuir as estatísticas deste tipo de crimes, importa equacionar se essa alteração não terá o efeito pernicioso de obstar à satisfação da protecção dos direitos fundamentais da vítima e ao restabelecimento da paz jurídica.

Acresce, por outro lado, não parecer justificar-se a divergência de tratamento entre os crimes de coacção sexual e violação, no que à natureza do crime diz respeito.

Opinamos no sentido de manter a natureza semi-pública do crime de violação, com as excepções actualmente vigentes (se praticado contra menor - emergente de uma opção de política criminal tendente ao reforço da tutela da minoridade - ou se dele resultar suicídio ou morte da vítima - decorrente da lesão do bem jurídico vida), a que se poderão aditar porventura outras, em situações em que se verificarem determinadas circunstâncias agravantes das enumeradas na alteração agora proposta para os art. 163º, 164º e 177º do Código Penal.

Esta metodologia não colidiria com o estatuído no art. 55º da Convenção de Istambul, que tem uma formulação suficientemente flexível (“...essas

infracções não dependam totalmente da denúncia ou da queixa apresentada pela vítima...) para comportar tal opção.

*

Lisboa, 23.10.2014