

SEDE | Head Office
Unidade Jurídica e de Contencioso | Litigation Law Unit
Rua José Estêvão 135-A | piso 1
1150 - 201 Lisboa | Portugal



T. + 351 21 358 79 20 | F. + 351 21 887 63 51 | apav.sede@apav.pt

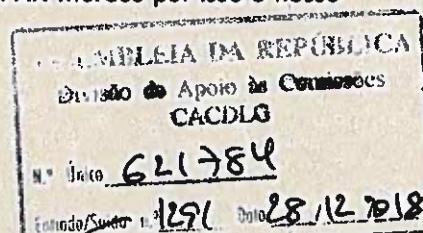
Contributo da APAV referente ao Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.ª (PAN)
“Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de violação, adaptando a legislação à Convenção de Istambul ratificada por Portugal”

INTRODUÇÃO

No seguimento de convite endereçado pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para a APAV dar o seu contributo sobre a iniciativa legislativa supra mencionada, a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) vem pronunciar-se nos seguintes termos:

Enquanto entidade prestadora de apoio às vítimas de todos os tipos de crime, a APAV louva qualquer iniciativa legislativa que vise melhorar o tratamento conferido a estas e desenvolver e aprofundar os seus direitos. A área dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual tem sido das mais debatidas em Portugal, quer em virtude da realidade nacional e do alarme social que este tipo de criminalidade causa, quer em consequência de alguma jurisprudência infeliz, quer ainda devido à necessidade de sintonizar o nosso ordenamento jurídico-penal com instrumentos jurídicos internacionais a que o nosso país está obrigado.

Deste debate vem resultando com crescente nitidez a necessidade de introduzir algumas alterações no quando legal português. A iniciativa legislativa do PAN merece por isso o nosso apreço, pela sua pertinência e actualidade.



Distribuído a 28-12-2018.

Instituição partilhada de Solidariedade Social, DR n.º 37, III Série, NIPC 503 547 293. Membro do Victim Support Europe Member, do European Forum for Restorative Justice, Membro da World Society of Victimology



Identificámos neste Projecto de Lei os seguintes aspectos fundamentais:

1. Questão do consentimento
2. Revogação dos artigos 165º e 166º do Código Penal
3. Aumento das penas previstas para os crimes de coacção sexual e de violação
4. Circunstâncias agravantes
5. Atribuição de natureza pública aos crimes de coacção sexual e de violação

1. QUESTÃO DO CONSENTIMENTO:

É transversal aos crimes de coacção sexual e de violação a ideia de resistência física por parte da vítima. Daí que os tipos legais de crime se socorram recorrentemente da ideia de violência, de impossibilidade de resistência ou da inconsciência da vítima. Consideramos que esta visão, ainda adoptada pela nossa lei, de necessidade de exteriorização veemente de resistência por parte da vítima, é manifestamente desajustada. Cada vítima, como decorre da sua condição humana, tem uma forma distinta de reagir perante a prática de um crime sexual. O medo e o sentimento de impotência podem determinar uma reacção de “congelamento”, normal e recorrente entre vítimas de violência sexual. Deste modo, não é de todo razoável que o preenchimento do tipo legal implique um esforço físico acrescido, impondo a quebra da barreira da resistência. A ausência de consentimento basta. Compreendemos que deste modo a prova da prática do crime se torna mais difícil, uma vez que o consentimento é um elemento subjectivo que reside no íntimo da vítima. Caberá ao julgador determinar, no caso concreto, face a todos os meios de prova que tenha à sua disposição, se há uma clara e evidente demonstração de consentimento por parte do ofendido. Caso contrário, a conduta é ilícita.

Assim sendo, manifestamos a nossa total concordância com a suficiência da falta de consentimento para a subsunção da conduta ao crime de coacção sexual ou de violação, subscrevendo toda a fundamentação aduzida no ponto II do Projecto de Lei ora em apreciação.



2. REVOGAÇÃO DOS ARTIGOS 165.º E 166.º DO CÓDIGO PENAL

Os tipos legais de crime p. e p. nos artigos 163.º e 164.º do CP são tipos fundamentais da Secção I do Capítulo V do CP português, sendo que os artigos 165.º e 166.º surgem como crimes sexuais “especiais”, porque praticados dentro de um quadro específico ao nível da censurabilidade da conduta do agente.

O art.º 165.º do CP tem como especificidade a desnecessidade de o agente ultrapassar a resistência oferecida pela vítima, devido ao seu estado prévio de incapacidade para resistir, seja por motivos físicos ou psíquicos. Nos crimes de coacção sexual (art.º 163.º/1) e de violação (art.º 164.º/1), exige a lei que o agente provoque o estado de inconsciência ou de impossibilidade de resistência. Já no crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, para que o tipo se encontre preenchido, é necessário que haja, por parte do agente, um aproveitamento do estado prévio de incapacidade da vítima, tornando possível, ou significativamente mais fácil, a prática de acto sexual de relevo.

O art. 166.º consubstancia igualmente uma forma particular de prática de crimes sexuais, desta feita com a especificidade de se exigir um aproveitamento do agente resultante do ascendente que, em princípio, exerce sobre a vítima. Este ascendente resulta das funções exercidas pelo autor do crime nos espaços ou estabelecimentos previstos nas alíneas a), b) e c) do art.º 166.º/1, frequentados pela vítima ou onde esta se encontra internada. A particular protecção merecida pelo art.º 166.º facilmente se explica pela maior limitação da liberdade sexual da pessoa internada.

Dito isto, há que distinguir: no entendimento da APAV, e a partir do momento em que os tipos fundamentais – coacção sexual e violação – se bastarem com a ausência de consentimento, a previsão do abuso sexual de pessoa incapaz de resistência torna-se desnecessária enquanto tipo autónomo. Na realidade, a expressão “sem consentimento” abarca quer a oposição quer o não consentimento, pelo que as condutas que actualmente se subsumem ao tipo do artigo 165º passarão a ser abrangidas ou pelo art.º 163º ou pelo art.º 164º. Concordamos por isso com a revogação daquela norma.



Já o tipo de abuso sexual de pessoa internada mantém, em nossa opinião, razão de ser nos termos da sua actual redacção, na medida em que o tipo não exige a ausência de consentimento. Isto é: pode o crime ser cometido com a concordância da vítima, mas essa concordância resultar do condicionamento resultante do poder do autor do acto. Refere Jorge de Figueiredo Dias que *“A existência de aproveitamento deve ser negada não só quando exista iniciativa da pessoa internada, mas sempre que esta tenha revelado íntima e aberta concordância com o acto sexual; no fundo, e mais exactamente, sempre que se não prove que foi a dependência física ou psíquica da vítima originada pelo seu internamento que conduziu à sua não resistência ao facto”* (in Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo I). A *contrario*, poderemos afirmar que haverá casos em que a vítima, muito embora manifestando a sua concordância, o faz não de forma íntima e aberta mas de algum modo motivada pela percepção de submissão de si própria relativamente ao autor do acto. Se se revogar o art.º 166º e se transferir para os artigos 163º e 164º, enquanto circunstância agravante, o corpo da norma, ficará este dependente da ausência de consentimento, o que poderá deixar de fora algumas situações actualmente abrangidas pelo tipo de abuso sexual de pessoa internada. Poder-se-á alegar que a concordância acima referida, sendo condicionada pela posição de poder de quem exerce funções em algum daqueles estabelecimentos, não é válida enquanto consentimento. Mas tal remeter-nos-ia para um conceito de consentimento, e sobretudo de manifestação de consentimento, que a jurisprudência não estará porventura ainda preparada para acolher.

3. AUMENTO DAS PENAS PREVISTAS PARA OS CRIMES DE COACÇÃO SEXUAL E DE VIOLAÇÃO

Não faz parte do paradigma de intervenção da APAV pugnar pelo aumento das penas, ainda mais quando sabemos que a prevenção geral depende mais da eficiência do sistema de justiça do que da maior ou menor severidade das sanções.

Verificamos contudo que, de uma leitura atenta da Parte Especial do CP português resulta evidente uma certa discrepância punitiva (pelo menos no plano abstracto das molduras penais aplicáveis), entre crimes patrimoniais e crimes que contêm com bens jurídicos



peçoalíssimos - enquadrando-se na última categoria os crimes contra a liberdade sexual -, disparidade esta que carece de correcção.

Reconhecemos ainda que, em decisões judiciais em matéria de crimes sexuais, a execução de penas de prisão é suspensa em muitas situações em que tal não deveria suceder, por vezes em decorrência de fundamentação não apenas difícil de compreender mas, sobretudo, de aceitar. Acórdãos como os mencionados no Projecto de Lei ora em análise são lamentáveis, iníquos e tiveram uma repercussão social bem demonstrativa da cada vez menor tolerância da sociedade portuguesa face a ideias e a juízos morais desajustados e anacrónicos.

Concedendo, portanto, que um ajustamento de molduras penais não é de todo descabido, considera a APAV que o principal problema na aplicação das penas em Portugal pela prática de crimes sexuais ainda continua a residir no momento da definição da medida concreta da pena. Não cremos que o recurso sistemático à pena de prisão suspensa na sua execução se deva às molduras penais abstractas previstas no Código Penal português. Caberá sempre ao julgador a determinação, no caso concreto, da maior ou menor conveniência da suspensão da execução da pena de prisão, segundo os critérios do art.º 50.º do CP. Segundo o princípio da livre apreciação da prova (art.º 127.º do CPP), em articulação com as regras vertidas nos artigos 70.º e 71.º do CP relativos aos critérios de escolha e determinação da pena concreta, compete ao aplicador a determinação, *in casu*, da maior ou menor adequação da pena definida em função das finalidades de punição a prosseguir (nomeadamente as necessidades de prevenção especial e geral). Algumas das decisões jurisprudenciais que têm vindo a lume fundamentam a aplicação da suspensão da pena de prisão no facto de o juízo de culpa global não ser elevado (quando efectivamente o é), bem como numa errada determinação do grau de ilicitude dos factos, numa lógica demasiado frequente de minimização do impacto da criminalidade sexual. Denota-se uma preocupante incapacidade por parte de alguns magistrados de compreenderem que o facto de um crime sexual não causar lesões graves e/ou permanentes sob o ponto de vista físico não significa que as consequências da vitimação não sejam devastadoras sob o ponto de vista psicológico, danificando, às vezes irremediavelmente, diferentes dimensões da vida da vítima, designadamente a nível familiar, social, laboral, etc.

Face a isto, a lei pouco ou nada pode fazer. As ferramentas fornecidas ao julgador deixam nas suas mãos a possibilidade de determinar se a pena de prisão efectiva cumpre ou não as



finalidades pretendidas. Vem por isso a APAV preconizando o incremento da componente multidisciplinar na formação dos magistrados, como forma de aumentar a sua capacidade de compreensão sobre a vitimação nas suas diversas vertentes. A presença de áreas como a vitimologia, a psicologia, a sociologia, entre outras, na formação das magistraturas, tão importante para um cabal entendimento sobre, por exemplo, as circunstâncias do crime, a personalidade do agente e as consequências da vitimação, factores decisivos para uma adequada escolha da pena e determinação da sua medida, é ainda manifestamente deficitária.

Acresce que algumas das propostas de aumento de penas vertidas no Projecto de Lei ora em apreciação, ao almejarem colocar o limite mínimo acima dos 5 anos como forma de obstar à suspensão da execução da pena, se afiguram desproporcionadas quando comparadas com outros crimes contra as pessoas: veja-se por exemplo a substancial diferença face ao crime de ofensa à integridade física grave e a equiparação, nalguns casos, em relação ao homicídio simples.

Em suma: não discordando a APAV da pertinência do ajustamento de algumas molduras penais abstractas tendente a dar maior coerência ao edifício jurídico-penal, mormente no que concerne a um maior equilíbrio entre a criminalidade pessoal e patrimonial, considera, no entanto, que não é esse o factor decisivo para uma melhor determinação das penas concretas aplicadas nos tribunais portugueses.

4. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

O Projecto de Lei ora em análise preconiza a introdução de profundas alterações ao nível das circunstâncias agravantes em casos de crimes sexuais. Essas alterações figuram na redacção proposta quer para os artigos 163º e 164º quer para o art.º 177º.

Concorda-se genericamente com as alterações propostas para o art.º 177º, muitas delas aliás fundamentais para ir ao encontro do estatuído na Convenção de Istambul. Apenas não se descortina a razão subjacente à previsão da alínea d) do n.º 1: a partir do momento em que a ausência de consentimento seja, tal como proposto, suficiente para o preenchimento do tipo dos arts.º 163º e 164º, não só não se afigura necessário introduzir uma distinção, ao nível da moldura penal, entre “sem consentimento” e incapacidade de dar consentimento” como,



sobretudo, não se compreende porque é que, por exemplo, um crime de violação é mais grave se cometido contra alguém que está inconsciente (não tendo o autor do crime contribuído para esse estado) do que contra alguém que exprime a sua oposição.

Relativamente às circunstâncias agravantes propostas para os artigos 163º e 164º, considera-se que, do ponto de vista sistemático, as mesmas deveriam ser inseridas não ali mas sim no art.º 177º, tendo em conta que este último preceito é, no texto legal actual, o repositório quase exclusivo dos factores de agravação e que é aí que, no Projecto em análise, se inserem, e bem, as circunstâncias referidas no parágrafo anterior.

A análise dos factores de agravação consagrados no texto proposto para o n.º 2 dos arts.º 163º e 164º fica prejudicada pelo que *supra* no ponto 2 se referiu a propósito da revogação do art.º 166º: discordando-se dessa revogação, na medida em que continua a encontrar-se utilidade naquela previsão enquanto tipo autónomo, não se acompanha o Projecto de Lei quando este os convola em circunstâncias agravantes.

Relativamente ao elenco de agravações proposto no n.º 3 daqueles artigos, concorda-se com a alínea a), deixando-se depois para construção jurisprudencial a delimitação do conceito de violência de considerável gravidade.

Concorda-se também com a ideia base da alínea b): a de agravar a moldura penal com base em factores que revelem particular censurabilidade ou perversidade, remetendo para o elenco constante do art.º 132º n.º 2 (embora o Projecto ora em análise não faça essa remissão). Sucede no entanto que algumas das circunstâncias ali referidas constituem já factores de agravação, nos termos do art.º 177º, enquanto outros não têm aplicação em sede de crimes sexuais, pelo que talvez conviesse seleccionar as circunstâncias aplicáveis e construir, no art.º 177º, uma enumeração exemplificativa especificamente ajustada a estes ilícitos, compatibilizando-a com os factores já ali referidos.

Relativamente à alínea c), parece-nos necessária e potenciadora de confusão a referência a danos físicos graves para a vítima, na medida em que a ofensa à integridade física grave enquanto resultado já se encontra previsto no art.º 177º n.º 5. Aplauda-se contudo a proposta de considerar os danos psíquicos graves como factor de agravação, devendo a mesma, pela



sua transversalidade, não só ser incluída no art.º 177º mas abarcar outros ilícitos contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

Finalmente, no que concerne à alínea d) do texto proposto para o n.º 3 do art.º 164º (não se compreende o porquê da ausência de idêntica previsão no texto do art.º 163º n.º 3, pelo que se presume tratar-se de um lapso), considera-se a mesma desnecessária uma vez que já se encontra prevista no art.º 177º n.º 5. Compreende-se a razão desta duplicação (bem como da referida no parágrafo anterior a propósito dos danos físicos graves): uma agravação de metade, nos seus limites mínimos e máximos (tal como previsto no art.º 177º n.º 5), das molduras penais propostas pelo Projecto de Lei ora em apreciação levariam as penas para patamares não sintonizados com o resto do nosso ordenamento jurídico-penal. E daí a necessidade de previsão específica destas agravações em casos de coacção sexual e de violação. Mas, em consonância com as reticências *supra* manifestadas no ponto 3 tendo em conta a desproporção que as molduras penais propostas consubstanciarão face a outros crimes contra as pessoas, defende-se como melhor solução um aumento menos substancial das penas para o tipo base e a manutenção de incrementos significativos quando em presença de factores de agravação.

5. ATRIBUIÇÃO DE NATUREZA PÚBLICA AOS CRIMES DE COACÇÃO SEXUAL E DE VIOLAÇÃO

Os crimes sexuais estão envoltos num silêncio ensurdecedor. O número de casos denunciados é gritantemente baixo, o que não equivale necessariamente a uma baixa incidência do fenómeno ou, menos ainda, a uma menor relevância do mesmo. Os crimes sexuais constituem grosseiras invasões da intimidade das suas vítimas, com consequências devastadoras para a sua saúde psíquica e são um problema real que afeta a sociedade como um todo.

O escasso número de denúncias destes crimes deriva da existência de vários obstáculos à revelação da experiência de vitimação. O facto de estarmos perante um núcleo tão delicado da intimidade pessoal, o medo de ser desacreditado ou desacreditada pelo sistema judicial, pelas estruturas de apoio e até pela própria família, a desvalorização social da violência sexual, frequentemente ligada a uma culpabilização da própria vítima ou desresponsabilização parcial



do agressor e o facto de, muitas vezes, o crime ocorrer no seio de uma relação de intimidade ou proximidade familiar explicam a renitência da vítima em denunciar um crime sexual.

A atribuição de natureza pública aos crimes de coacção sexual e violação traria a vantagem clara de diminuição, em grande medida, das cifras negras associadas a estes tipos legais de crime, uma vez que não dependeria apenas da vítima a participação destes crimes e o necessário impulso processual. Também se reconhece que, havendo um maior número de casos denunciados aos Órgãos de Polícia Criminal, a comunidade reforçaria os seus meios de prevenção e sensibilização, reduzindo porventura a ocorrência futura de muitos crimes desta natureza. Para além do reforço ao nível da prevenção geral, também com maior probabilidade o agressor sexual seria dissuadido da prática do crime, dado o carácter público deste.

No entanto, existem ainda razões ponderosas que justificam a permanência da natureza semi-pública destes tipos legais de crime. Não podemos olvidar que, para obtenção de prova indispensável à investigação criminal, a vítima será sujeita a exames médicos invasivos e inquirições que contendem com a sua mais profunda intimidade. O processo penal consubstancia-se, portanto, sob o ponto de vista da vítima, num processo de revivência de todos os episódios marcantes vividos, implicando a sua revitimização. A experiência prática, de atendimento diário a vítimas de crime, diz-nos que um número considerável de vítimas de crimes sexuais não deseja denunciar o crime ou prosseguir com o procedimento penal, seja porque pretende simplesmente esquecer o que aconteceu ou então evitar passar por um processo de exposição pública da sua intimidade perante as autoridades judiciais e policiais.

As entidades que prestam apoio às vítimas de crime assumem, nesta sede, um papel fundamental no processo de recuperação da vítima após a ocorrência de um evento traumatizante. Um apoio especializado contribui decisivamente, em grande parte das situações, para que a vítima encare o processo penal de um outro modo. Quanto mais precoce for esta intervenção especializada, com maior probabilidade a vítima logrará uma recuperação efectiva ou, pelo menos, uma mitigação do impacto de vitimação, com efeitos positivos para o próprio processo penal. Verificamos que é na clivagem entre os tempos judiciais e os tempos (de recuperação) da vítima que reside um dos maiores obstáculos para a denúncia efectiva de um crime de natureza sexual.



Por tudo o que acabou de explicar-se, afigura-se fundamental alcançar uma solução intermédia. Destarte, concordamos que os tipos legais de crime em causa assumam natureza pública, sendo no entanto necessário encontrar uma válvula de escape, através da qual se possa dar “voz” à vítima. Não se concorda por isso com a proposta de alteração do n.º 4 do art.º 178º, propondo-se, ainda, que seja proporcionada à vítima a faculdade de requerer o arquivamento do processo a todo o tempo, podendo o Ministério Público não arquivar apenas se o interesse da vítima assim o impuser. A vítima terá necessariamente que se manifestar de forma livre e informada, após lhe ser concedido todo o apoio e informação necessários para uma correcta formação da sua vontade. Ao Ministério Público será sempre facultada a possibilidade de rejeitar o arquivamento quando, fundadamente, considere que o pedido da vítima se deve a qualquer tipo de coacção ou condicionamento por parte do agressor ou terceiro para que aquela requeira o arquivamento. A par da rejeição do arquivamento, deve o Ministério Público nestas situações promover a aplicação de medidas necessárias e indispensáveis para uma efectiva protecção da vítima, contra eventuais retaliações resultantes do prosseguimento da acção penal.

APAV, Dezembro de 2018