



associação sindical
dos juizes portugueses

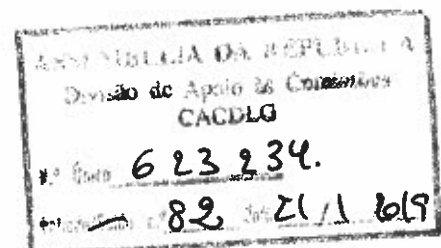
PARECER

PROJECTO DE LEI 1047/XIII/4ª

ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL – CRIME DE VIOLAÇÃO

JANEIRO DE 2019

GABINETE DE ESTUDOS E OBSERVATÓRIO DOS TRIBUNAIS



I. ENQUADRAMENTO

O Projecto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a (doravante PL) visa, no essencial, alterar o Código Penal (doravante CP), nomeadamente no que respeita ao crime de violação, adaptando-o à Convenção de Istambul (doravante CI), através da eliminação dos elementos típicos da violência, ameaça grave, redução à incapacidade de resistência ou ao constrangimento dos tipos fundamentais de coacção sexual (art. 163.º CP) e de violação (art. 164.º CP) e à própria eliminação dos crimes de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º CP) e de abuso sexual de pessoa internada (art. 166.º CP), enquanto crimes autónomos, integrando-os nos referidos crimes de coacção sexual e violação, propugnando um geral aumento das molduras penais, em especial as mínimas, e tornando-os públicos, e por consequência o procedimento criminal independente de queixa.

A justificação do PL assenta (1) na necessidade de conformação da lei penal às exigências da CI, em especial do seu art. 36.º, que postularia como única exigência da criminalização da acção dolosa de “violência sexual, incluindo violação”, a falta de consentimento da vítima, que só será válido se prestado voluntariamente como manifestação de vontade livre, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes, pois só assim se ultrapassariam as deficiências da casuística jurisprudencial nacional que exigiria da banda da vítima manifestações activas de discordância, ou mesmo resistência, diante de agressões sexuais; (2) na necessidade de elevação das molduras penais com o objectivo explícito de obstar à suspensão da execução de penas de prisão, que na PL se reputa de aplicação excessiva no plano comparado; e, finalmente (3), em que a desnecessidade de queixa da vítima seria imposta para ultrapassar a legislativa “desconsideração [“dos interesses públicos que se prendem nomeadamente com a segurança da sociedade e a paz pública”] com requintes de anacronismo (...) face à realidade”.

A ASJP não toma partido sobre a oportunidade da iniciativa legislativa nem sobre o mérito das concepções ideológicas que lhe estão subjacentes, não apenas porque se trata de matéria que tem suscitado vivo debate público, muitas vezes ao sabor da análise casuística e nem sempre bem informada de casos concretos, que por isso mesmo aconselha maior pru-

dência, mas, sobretudo, porque não está no objecto da representação dos juízes tomar posição em questões ideologicamente fracturantes.

Portanto, o presente parecer incide apenas sobre os aspectos técnico-legislativos do PL e alerta para um conjunto de dificuldades que as soluções preconizadas suscitam, tendo em vista, sobretudo, a harmonia do sistema jurídico.

II. ANÁLISE

Ninguém duvidará que numa sociedade de corte liberal o consentimento e sua quebra são as pedras de toque do relevo criminal das condutas sexuais. Ninguém duvidará, além disso, que o consentimento para o acto sexual, melhor, a aferição dele, não é matéria que em geral se possa dilucidar com a clareza que em muitos outros domínios da vida cabe esperar. Trata-se de uma área que releva da esfera nuclear da personalidade humana, singularmente íntima, e em que aquele consentimento é fenomenologicamente marcado, muitas vezes, por formas de expressão tácita da vontade. É uma evidência das coisas humanas que a CI reconhece na parte final do n.º 2 do art. 36.º ao dispor que aquele consentimento será “avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”.

Dito isto, não se nos afigura correcto sustentar, como se faz no PL, e em termos gerais, com base em análise casuística, que os tribunais portugueses exijam da vítima, para concluírem pela prática dos crimes de coacção sexual ou violação, uma posição activa de resistência. Essa afirmação não tem uma sustentação credível. De todo o modo, ainda que isso fosse verdade, onde essa exigência fosse feita, ela desconsideraria os dados legais vigentes; e, por outro lado, mal se percebe como é que retirando aos tipos de crimes mencionados os elementos da violência, ameaça grave, redução à incapacidade de resistência ou constrangimento se poderá corrigir uma tal jurisprudência. Na verdade, o que fará será tornar a aplicação dos preceitos em causa ou seus sucedâneos ainda mais insegura e incerta, lançando a jurisprudência na procura de novos critérios para sinalizarem a quebra do consentimento, deitando-se sobre os tribunais o odioso público dessa incerteza.

Com efeito é naquela observação (a putativa exigência de resistência da vítima) que cremos residir um largo equívoco no PL. A centralidade da violência, ameaça grave, redução à incapacidade de resistência ou constrangimento nos tipos em causa não está formulada como um qualquer agravo à vítima e menos ainda, obviamente, como uma exigência de resistência dela. Do que se trata é de consagrar mecanismos que de forma mais objectiva possível, por acção do agente do crime, sinalizam, exteriorizam, a quebra de consentimento da mesma. A lei vigente, ao contrário do que se postula no PL e de acordo com o que é o direito sexual numa sociedade liberal, já funda na falta de consentimento o relevo dos crimes sexuais. Mas não prescinde, conforme evidentes necessidades de segurança jurídico-penal, decorrentes do princípio da legalidade na modalidade da determinação da matéria proibida (art. 29.º/1/3 da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), também ele um princípio liberal, de objectivar as modalidades de acção. Pois bem, sendo suficiente a falta de consentimento como elemento fundante da incriminação, exigem-se elementos que a exteriorizem, a sinalizem, enfim sejam índices semióticos dessa falta. É este o sentido desses elementos: uma exigência de legalidade. Nisto, ao contrário do que se pressupõe no PL, o legislador português já cumpre a CI, pois ele mesmo, em consonância com a tradição de legalidade penal nacional, encontrou formulações que dão cor à exigência convencional de o consentimento ser avaliado “de acordo com as circunstâncias envolventes” (art. 36.º/2 CI).

A não serem consagradas formulações mínimas equivalentes às já previstas na nossa lei, e acima várias vezes citadas, pode afectar gravemente a lógica de um princípio constitucional de corte iluminista – o da legalidade na dimensão da determinabilidade da matéria proibida – que surgiu precisamente para fazer face à possibilidade do arbítrio na aplicação da lei penal, pois quanto mais vaga for a descrição de elementos típicos mais o poder legislativo flui da sua sede própria (o parlamento) para uma sede imprópria (os tribunais). A não exigência de elementos que de forma racional e intersubjectivamente controlável exteriorizem, sinalizem, a falta de consentimento, presta-se mesmo, com relevo, à violação prática de outros princípios constitucionais, como é o caso do da presunção da inocência

(art. 32.º/2 CRP), deslocando para o arguido o ónus de provar o consentimento da vítima (a questão tem sido suscitada nos poucos ordenamentos que consagram solução do género da agora proposta).

Do ponto de vista político-criminal, esta espécie de transmutação do próprio bem jurídico protegido, que é a incolumidade do consentimento no plano sexual, em directo elemento do tipo, reduzindo-o à sua mínima expressão, resultará por certo (necessária e logicamente) num exponencial aumento de condenações por criminalidade sexual – mas quedando saber, e saber com a segurança que as matérias penais reclamam (art. 29.º/1/3 CRP), se nesse aumento realmente se trataria de condutas merecedoras da censura penal à luz do critério do bem jurídico (art. 18.º/2 CRP)¹.

Expressamente o PL afirma serem suaves as penas previstas no ordenamento jurídico português de criminalidade sexual e em especial que o generoso regime da pena suspensa obsta a que muitos condenados cumpram pena efectiva de prisão, sendo que de acordo com os números do Ministério da Justiça as penas de prisão efectiva montaram a 37% do total dos agressores sexuais. Desde logo resulta difícil qualquer análise comparada, porque o leque de penas alternativas à prisão, nos diversos países do Conselho da Europa (doravante, CE) varia significativamente, uns aplicando menos penas suspensas mas muitas outras penas não privativas da liberdade – e as próprias modalidades de suspensão divergem apreciavelmente. Em qualquer caso, se atentarmos nos dados disponíveis para o ano de 2016 para os países do CE fica tudo menos claro que haja uma diferença significativa relativamente aos padrões europeus; se tomarmos como referência um país populacionalmente similar (a Bélgica) então conclui-se que se aplicam entre nós muito menos penas não privativas da liberdade²; e curiosamente, precisamente a respeito da violação, uma breve busca remete para a menção jornalística de números de condenações em penas de prisão

¹ Para colocar a questão mais clara, talvez, e apenas para isso, imagine-se que as acções dos vários crimes patrimoniais previstos no Título II do CP perdessem a sua autonomia relativa, com multímodas e minuciosas descrições, e passassem a ser abrangidas em um tipo que sancionasse directamente a “agressão a património alheio”.

² (cf. http://wp.unil.ch/space/files/2018/03/SPACE_II_report_2016_Final_100320.pdf, quadro de pp. 19 e 20)

efectivas idênticos ou até mais baixos do que entre nós³. Dificilmente se poderia atribuir essa coincidência a uma pressuposta tradição nacional de leniência face aos crimes sexuais.

Note-se ainda, para vincar o sentido dos números mencionados no ponto antecedente, que seria de esperar que entre nós, numa análise comparada, se aplicassem muitíssimas mais penas de prisão suspensas na sua execução do que nos nossos parceiros do CE. Com efeito, não se olvidará que, com a isolada excepção da França, em nenhum outro país europeu o limiar da admissibilidade da suspensão da execução da pena de prisão chega aos 5 anos. (assim, e p. ex., o limite é o de dois anos em Espanha, na Alemanha e na Suíça – nossos modelos – sendo que no caso da Alemanha a regra é a de um ano e no caso suíço apenas, e por princípio, se nos cinco anos anteriores o condenado não tiver beneficiado de outra pena suspensa; é de três anos, como era o nosso, na Itália). Essa opção político-criminal, tornada em letra de lei, foi longamente debatida e culminou um objectivo de contenção do que durante anos se entendeu generalizadamente como excesso de aplicação de penas privativas da liberdade que afectava o nosso sistema penal. A mais disso, não é apenas a fixação de um limiar singularmente alto em si mesma que justificou um acréscimo de suspensão de execução de penas: é que essa mudança transmitiu um sinal político-criminal ao aplicador do direito que este, querendo manter-se fiel à lei, não poderia ter deixado de interiorizar.

Afastada pois, por indemonstrada, uma especial prevalência da suspensão da pena de prisão em termos comparados, mormente em crimes sexuais, importa dizer que, a querer-se endurecer a resposta criminal, como aberta e legitimamente se pretende no PL, então seria mais racional reponderar aquele limiar geral da admissibilidade da suspensão da pena – sendo difícil de vislumbrar neste plano qualquer singularidade da criminalidade sexual diante da demais criminalidade violenta.

³ (cf., p. ex., o caso irlandês e suíço em <https://www.independent.ie/irish-news/courts/revealed-one-in-three-rape-offences-result-in-partially-suspended-sentence-36498669.html> e <https://www.thelocal.ch/20161009/one-in-three-rapists-isnt-locked-up-statistics>, acesso em 3.1.2019)

A proposta ínsita no PL encerra o objectivo de garantir como regra a aplicação de penas de prisão efectiva para um amplíssimo e heterógeno leque de condutas no plano sexual, para tanto recorrendo à técnica de equalização delas, aglutinando-as em poucos tipos, e elevando os limites, especialmente os mínimos, das molduras penais acima daquele limiar que consente a suspensão. Deve, no entanto, em primeiro lugar, começar-se por ponderar se tal intenção não está em contraciclo com a realidade criminológica (sobre a qual se hão-de erigir, para serem racionais, as políticas criminais e, na decorrência destas, as leis), não apenas europeia, mas especialmente com a nacional, que se algum traço marcante terá é o do consistente declínio do crime violento grave ao longo das últimas décadas – ao ponto de Portugal ser considerado, hoje, um dos países mais seguros do mundo.

A circunstância de, em face dos últimos dados nacionais disponíveis se ter verificado um aumento comparativo (com o ano anterior) dos crimes sexuais, mostra-se um argumento que precisa de melhor consolidação. Primeiro porque é metodologicamente insustentável definir uma potencial tendência relevante com dados de tão curto ciclo, exíguo mesmo, e para mais inverso a vários anos anteriores, em que se registou descida. Depois, é preciso não desconsiderar o efeito que certamente terá a pretendida redução dos elementos típicos dos crimes-base de coacção sexual e violação, já que é mera implicação lógica que a ela corresponderá forçosamente uma maior abrangência de condutas no foco das incriminações. A aceitação desse caminho, a mais de todas as objecções acima referidas (incluindo de natureza constitucional), poderá gerar o empolamento do fenómeno em autoalimentação, com aumento da massa das condutas incriminadas (com progressiva redução dos elementos típicos) e assim impulsionando a exigência mediática de mais endurecimento da resposta penal.

Um último alerta à projectada elevação das penas. Certamente o legislador democrático tem o poder de fixar penas para as condutas que incrimina, como único representante que é da vontade popular. Todavia, ao fazê-lo, está ele mesmo obrigado a mover-se em quadros constitucionais que implicam uma certa coerência e racionalidade desde logo diante do princípio da proporcionalidade (art. 18.º CRP) de que se depreende não somente a neces-

sária relação de congruência entre o desvalor do facto e o da pena, mas ainda uma relação da mesma natureza entre a gravidade das penas para os diversos factos no contexto geral das normas criminais e à luz das ponderações constitucionais. Assim, e a título de ilustração, mesmo desconsiderando a plêiade de circunstâncias agravantes projectadas e os seus meandros, dificilmente se furtaria à censura da desproporcionalidade, e seguramente na última das dimensões atrás referidas, uma novidade traduzida em punir a violação “simples” em qualquer das modalidades de acção previstas no art. 164.º/1, do CP como projectado (isto é: sem violência, ameaça grave, redução à incapacidade de resistência ou constrangimento) com pena que logo no seu mínimo (seis anos de prisão) é superior em triplo (!) à prevista para a privação de uma perna, de um rim ou de um olho, a colocação da vítima em doença permanente, anomalia psíquica grave e incurável, a afectação da capacidade de procriação ou fruição sexual, etc. (art. 144.º CP), superior ao mínimo da cominada para a escravidão (art. 159.º CP), ao próprio máximo da tortura simples (art. 243.º/1 CP) e ao mínimo da tortura grave (art. 244.º/1 CP). E tudo isto a título meramente exemplificativo e para não espalhar aqui um largo cortejo de comparações similares.

Por fim, mesmo nesta necessariamente fragmentária apreciação do PL, não pode deixar de destacar-se a pretensão de transmutar os crimes de coacção e violação sexual em crimes públicos, quer dizer não carecendo de manifestação de vontade da vítima para prossecução do procedimento criminal. A razão de ser dessa exigência, na lei vigente, radica na consideração óbvia, já acima a florada, de que o bem jurídico é de natureza íntima. A vítima, não a comunidade, é seguramente a melhor juiz da conveniência ou não de desencadear o procedimento e a ela mesma, asseguradas condições de inteira liberdade, compete balancear as vantagens ou desvantagens inerentes – e é aquela natureza que, a despeito da gravidade dos crimes, aconselha se defiram à vítima esses poderes. De resto, a lei consagra já, no actual artigo 178.º/2 CP, um regime equilibrado, que permite ao MP dar início ao procedimento sem prévia manifestação de vontade daquela, mas contingente essa eventualidade de uma correcta avaliação do seu interesse e, por último, da sua não oposição. A proposta em causa, porventura em nome do interesse de uma vítima sem rosto, abstracta, en-

carnada na comunidade, traduz-se no fim de contas em irrelevar o interesse e vontade da vítima de carne e osso, concreta, arrastada para um procedimento em que a sua intimidade é exposta sem ser tida e achada sobre o ponto. Breve, funcionalizada ao interesse comunitário na punição generalizada de crimes sexuais.

III. CONCLUSÃO

Extraíndo conclusões da apreciação técnica não exaustiva que antecede e sem prejuízo da legitimidade da opção política que venha a ser tomada, considera a ASJP que:

- A aglutinação de condutas punidas sob designação genérica de “sem consentimento” e sem descrição de acções que objectivem ou sinalizem a sua quebra, encerra um forte potencial de insegurança jurídica susceptível de brigar até com o princípio da legalidade criminal na dimensão de determinação da matéria proibida, previsto no art. 29.º/1/3 da CRP, prestando-se na sua aplicação prática à eventual consagração fenomenológica de menoscabo do princípio da presunção da inocência (art. 32.º/2 CRP), deslocando para o arguido o ónus de provar o consentimento da vítima.
- Não existe evidência de que no plano comparado e no contexto europeu sejam aplicadas em Portugal mais penas de prisão suspensas na sua execução, e seguramente um maior caudal de outras penas não privativas da liberdade, do que na generalidade dos demais países, sendo certo que a singular elevação do limite de admissibilidade da suspensão da execução de pena de prisão vigente entre nós resultou de opção político-criminal longamente maturada.
- Alguns dos aumentos das molduras penais, como acima referidos, implicam incongruências entre a gravidade das penas assinaladas aos vários ilícitos penais, sendo questionável à luz do princípio da proporcionalidade previsto no art. 18.º da CRP, e mais ainda quando assumido expressamente como expediente para afastar a possibilidade de suspensão de execução da prisão.

- A conversão dos crimes de coacção sexual e violação em crimes para cujo procedimento se dispensa o concurso da vontade da vítima desconsidera a natureza sumamente íntima da agressão por ela sofrida e funcionaliza os seus interesses ao clamor popular pela punição.

A legislação penal vigente relativamente aos crimes de coacção sexual (art. 163.º CP), de violação (art. 164.º CP), de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º CP) e de abuso sexual de pessoa internada (art. 166.º CP) contem elementos objectivos que permitem distinguir cuidadosamente entre condutas de diverso relevo, servindo de muito útil orientação ao aplicador do direito. À luz da tradição constitucional portuguesa, não é seguro que a legislação, se correctamente interpretada e aplicada, careça de ser alterada para se conformar com as exigências da Convenção de Istambul. Se do que se trata, porém, é de “corrigir” a jurisprudência, está por demonstrar que esta em geral não aplique correctamente a lei e a CRP e que, nos casos onde pontualmente não o faça, os mecanismos de reparação de erros de que o sistema dispõe sejam insuficientes.