

Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica

Enviado à Subcomissão de Igualdade, integrada na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos Liberdades e Garantias, no âmbito da consulta pública, apresentado publicamente a 6 de Junho de 2014, em sede de audição parlamentar conjunta, promovida pela Subcomissão de Igualdade, na Assembleia da República, em Lisboa.

No seguimento da Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de Janeiro, que aprova a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul), e no sentido de contribuir com o seu conhecimento de terreno para a análise da necessidade de proceder a alterações legislativas decorrentes da vigência deste instrumento de direito internacional no ordenamento jurídico português, a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) vem apresentar algumas considerações que julga oportunas.

Em primeiro lugar cumpre destacar a importância deste momento histórico que estabelece o primeiro conjunto de normas juridicamente vinculativas em matéria de prevenção e combate à violência contra as mulheres e violência doméstica na Europa. A Convenção de Istambul traz uma definitiva e relevante alteração de paradigma quanto à forma como a Europa responde ao flagelo da violência contra as mulheres e da violência doméstica e todas as suas vítimas, com particular destaque para as mulheres, grupo mais afetado por este tipo de violência, para tal requerendo uma abordagem integrada e interdisciplinar da temática, impondo obrigações de política coordenada aos Estados e inclusivamente estabelecendo um mecanismo próprio de monitorização com elevado número de competências.

Breves notas para análise comparada com a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção às vítimas da criminalidade:

A Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção às vítimas da criminalidade pela União Europeia (doravante, Diretiva), estabelece direitos fundamentais de todas as vítimas de crime, e bem assim também necessidades de vítimas de violência contra as mulheres e violência doméstica. Importa por isso proceder a uma leitura simultânea destes diplomas para a correta transposição de ambos, permitindo um enquadramento jurídico que não acarrete uma hierarquia normativa de vítimas desadequada às necessidades das mesmas e vise, outrossim, na conformação das disposições legais portuguesas vigentes, a identificação daqueles que são os direitos que devem assistir a todas as vítimas de crime e a motivação específica que justifique a diferença de tratamento das vítimas de violência contra as mulheres e violência doméstica.

Essa análise permitirá evitar situações de desproteção e incoerência do sistema pelo não estabelecimento de um quadro normativo global.



Apresentaremos de seguida aquele que se pretende que seja o impulso a uma análise comparativa mais aprofundada, e na qual a própria APAV está a trabalhar, das necessidades de conformação de Portugal a estes normativos internacionais, tanto a nível legislativo como ao nível das políticas públicas, da cooperação e da padronização de comportamentos.

Direito à informação

A Convenção determina, no art. 19º, a obrigação de adoção de medidas legislativas ou outras que garantam que as vítimas recebem informação adequada e atempada sobre serviços de apoio e medidas legais e que essa informação seja transmitida numa língua que compreendam.

Já a Diretiva estabelece ainda, nos arts. 3º a 7º, um mínimo de informação a receber e normas relativas à forma e momento de transmissão dessa informação. Nomeadamente no que diz respeito a garantias de comunicação, destaca-se o direito a que a quantidade e o volume da informação transmitida dependa das necessidades especiais e circunstâncias específicas da vítima ou da natureza do crime, implicando a necessidade de as autoridades conduzirem uma avaliação individualizada de necessidades de informação.

Esta disposição deve ser particularmente tida em conta perante vítimas dos fenómenos de violência previstos ao abrigo desta Convenção.

No Direito nacional, grande parte da informação essencial prevista na Diretiva, mas não toda, encontra-se prevista somente no âmbito da violência doméstica, pela Lei 112/2009, de 16 de Setembro. Será, assim, essencial alargar a quantidade de informação transmitida a todas as vítimas de crime, nomeadamente alterando o art. 247º do Código de Processo Penal, no sentido de nele incluir todos os elementos integrantes do art 4º da Diretiva, relativo à informação mínima sobre acesso a direitos, e do art. 6º respeitante à informação essencial a transmitir sobre o andamento do processo.

Particularmente importante será a previsão legal da notificação do ofendido do despacho que decreta a aplicação de medida de coação, o que, mesmo no âmbito da violência doméstica, é feito somente perante solicitação da vítima. Justifica-se uma alteração neste sentido devido à afetação direta da esfera da vítima e à importância de assegurar a paz e segurança da mesma.

Mais complicado será garantir a qualidade da prestação da informação. O direito de receber informação previsto na Diretiva não implica somente um dever de transmitir informação, antes implica uma atitude proactiva por parte das autoridades. Impõe-se por isso a adoção de uma estratégia de informação padronizada e generalizada.

Direito a serviços de apoio

A Convenção determina no art. 20º a obrigação de adoção de medidas legislativas ou outras que garantam às vítimas de violência o acesso a serviços que permitam a recuperação das consequências daquela, abrangendo uma série de serviços gerais e especializados, desde o aconselhamento jurídico e apoio



psicológico à formação e apoio na procura de emprego e ao acesso a cuidados de saúde. Prevê ainda, no art. 18º, que os serviços devem ser prestados independentemente da apresentação de queixa e que as vítimas devem ser encaminhadas para serviços de apoio geral e especializado de forma ativa, inclusive pelas autoridades. As vítimas de violência sexual deverão ser apoiadas pela criação de centros de crise, de acordo com o previsto no art. 25º. A Convenção prevê ainda a alocação de recursos, inclusivamente financeiros, para o combate à violência contra as mulheres também através de apoio a ONGs que trabalham no terreno (arts. 8º e 9º), de forma especializada na defesa dos direitos e no apoio a estas vítimas, com longa experiência e oferecendo serviços que, de outra forma, encontrariam vazios e que devem por isso ser valorizadas. O apoio psicológico às crianças testemunhas é também expressamente previsto no art. 26º.

Já a Diretiva estabelece, nos arts. 8º e 9º, direitos em tudo semelhantes no que respeita ao tipo de apoio a ser prestado, definindo mínimos de serviços e de qualidade dos mesmos, devendo o acesso a tais serviços ser também gratuito e confidencial e independente da denúncia do crime. O diploma detém-se, particularmente, sobre vítimas de violência sexual, violência doméstica e violência de género, nomeadamente no que diz respeito às suas particulares necessidades de apoio psicológico.

A nível nacional, grande parte dos direitos consagrados em ambos os diplomas estão previstos para as vítimas de violência doméstica, mas na falta de um estatuto de todas as vítimas de crime, que estabeleça um património de direitos fundamentais das mesmas, persistem lacunas relativas às restantes formas de violência abrangidas pela Convenção e a outras vítimas especialmente vulneráveis.

A título de exemplo, importa desde já legislar no sentido de alteração ao Decreto-Lei 113/2011, de 29 de Novembro visando dispensar as vítimas de crimes violentos, nomeadamente às vítimas de crimes sexuais, da cobrança de taxas moderadoras no acesso a cuidados de saúde.

Proteção

A Convenção prevê no art. 56º, sob a epígrafe “Medidas de Proteção”, um conjunto de direitos que vão desde direitos de informação a direitos de participação no processo. Prevê, também, medidas de proteção de privacidade e de segurança motivadas pela participação no processo, incluindo medidas especiais para crianças vítimas e testemunhas.

Estas medidas são em tudo similares às medidas previstas na Diretiva (art. 18º a 24º), indo esta última mais além ao nível da proteção, especificamente no âmbito da proteção garantida no decurso do processo penal, tanto quanto a direitos para todas as vítimas de crime, como ao nível dos direitos de vítimas com necessidades especiais de proteção, entre as quais deverão ser consideradas as vítimas de violência contra as mulheres e vítimas de violência doméstica.

A Diretiva coloca particular ênfase na avaliação individualizada das necessidades de proteção das vítimas de crime de acordo com as suas características pessoais, natureza e circunstâncias do crime. As vítimas de violência de género, violência sexual e violência doméstica merecem particular atenção à luz da Diretiva e,



normalmente, caem na categoria de vítimas com especiais necessidades de proteção por via desta avaliação.

A necessidade individualizada de avaliação de risco também é prevista ao nível da Convenção, no art. 51º, dando-se destaque à necessidade de atentar à detenção de armas de fogo por parte do agressor. O mesmo artigo prevê ainda que, na gestão do risco, se proporcione segurança e apoio à vítima de forma coordenada.

A Lei de Proteção de Testemunhas (Lei nº 93/99, de 14 de Julho) prevê um extenso leque de medidas de proteção para testemunhas. Veja-se que frequentemente é nesta qualidade que a vítima participa no processo judicial. Contudo, estas medidas de proteção são escassamente aplicadas na prática, por uma interpretação restritiva da natureza excecional da lei. A Diretiva prevê precisamente que algumas medidas de proteção devam ser aplicadas independentemente de avaliação de risco e outras o sejam na dependência desta. O direito da vítima de se fazer acompanhar por pessoa à sua escolha sempre que seja ouvida pelas autoridades judiciais é direito que cabe à vítima independentemente do resultado de avaliação de risco. A lei portuguesa atualmente vigente apenas prevê a possibilidade de acompanhamento da vítima no âmbito da violência doméstica nos termos do nº 3 do art. 33º da Lei 112/2009, de 16 de Setembro, para vítimas especialmente vulneráveis nos termos do art. 27º da Lei de Proteção de Testemunhas e para a realização de perícias médico-legais nos termos do nº 3 do art. 6º da Lei 45/2004, de 19 de Agosto. Parece-nos urgente proporcionar esta oportunidade em qualquer caso às vítimas dos fenómenos de violência abrangidos pela Convenção, dadas as características do tipo de vitimação sofrido.

Outro aspeto que nos parece relevante em termos de proteção, e com vista a minimizar fenómenos de vitimação secundária, será a inclusão no nº 1 do art. 271º do Código de Processo Penal da possibilidade de prestação de declarações para memória futura por parte das vítimas de todos os crimes abrangidos pela Convenção, bem como todas as vítimas a quem, através da referida avaliação, em concreto se conclua que semelhante tratamento se justificará, dado que atualmente somente as vítimas de violência doméstica, face à Lei 112/2009, e as vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual poderão ser ouvidas nestes termos.

A Convenção coloca particular destaque à necessidade de adoção de medidas de proteção imediata, prevendo no âmbito das medidas cautelares a possibilidade de emissão de medidas ex parte (nº 2 do art. 53º) e apontando no sentido da criação de *emergency barring orders*, já existentes noutras jurisdições (Art. 52º).

De facto, os tempos judiciais não se coadunam com as necessidades de segurança e proteção das vítimas dos crimes mais violentos. O crescente número de mulheres mortas num contexto de violência doméstica apesar de todos os mecanismos existentes é alarmante e denota a evidência de que, apesar da evolução, aumento e melhoria das respostas do sistema tanto a nível legislativo como de políticas no âmbito deste crime, os mecanismos de proteção continuam a não ser suficientes para, em tempo útil e adequadamente, responder a este imenso flagelo social.



Assim, à semelhança do que ocorre noutros sistemas judiciais inclusivamente próximos ao nosso, e por não ser de resto uma total novidade nem mesmo no cerne do ordenamento jurídico português (considerem-se as modalidades de intervenção no âmbito da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo), propomos que se legisle no sentido de criar medidas de proteção de cariz administrativo, atribuindo aos órgãos de polícia criminal a possibilidade de emitir uma ordem de afastamento imediato que pode corresponder ao afastamento de residência ou a uma proibição de contactos sob qualquer forma. Esta medida poderá estar sujeita a confirmação pelo tribunal (por exemplo no prazo de 48 horas, o mesmo fixado para a aplicação de medida de coação urgente para o crime de violência doméstica – art. 31º da Lei 112/2009, de 16 de Setembro) ou ter limite máximo de duração legalmente estabelecido. Parece-nos ser esta medida constitucional por ser orientada para as necessidades de proteção da vítima (avaliada de acordo com mecanismos de avaliação de risco adequados) e ser menos gravosa do que a detenção fora de *flagrante delicto*.

Uma nota particular deve deixar-se ao art. 48º da Convenção que estabelece a proibição de processos alternativos de resolução de conflitos. Conhecendo-se, de uma forma geral, os benefícios que, a vários níveis, podem advir do recurso a processos alternativos de resolução de conflitos, e reconhecendo-se concretamente o impacto positivo que as práticas de Justiça Restaurativa podem ter junto das vítimas de crime e de violência, considera-se contudo que o recurso a estes mecanismos nunca deve ter natureza obrigatória. As condições para recurso a práticas de Justiça Restaurativa deverão obedecer aos critérios estabelecidos no art. 12º da Diretiva. A participação da vítima deve ser sempre precedida do seu consentimento, prestado de forma livre e informada e passível de ser retirado em qualquer momento do processo.

Será essencial proceder a uma transposição coordenada e equilibrada dos dois instrumentos, atribuindo a todas as vítimas de crime um património universal de direitos na decorrência da Diretiva e dentro do seu espírito proceder à discriminação positiva das vítimas de violência doméstica e de violência contra as mulheres, na observância também da Convenção, dando às vítimas destes crimes as respostas de que realmente necessitam.

Implicações gerais da Convenção de Istambul e alguns aspetos particulares na conformação do ordenamento jurídico português:

A Convenção, no seu art. 1º, nº 1, alínea c), aponta no sentido da criação de um quadro normativo global, pensado de forma holística para a prevenção e proteção às vítimas de violência contra as mulheres. Esta abordagem é particularmente importante para garantir que não persistam espaços vácuos de resposta e que as políticas implementadas são construídas de forma a promover a mutação social. As modificações legislativas a operar devem ser pensadas de forma global, numa estratégia eficaz e não numa ótica de remédios pontuais.

No que diz respeito à violência doméstica e todas as suas vítimas, este é um dos principais problemas, gerado sobretudo pela falta de comunicação e articulação entre jurisdições que acarreta problemas



gravíssimos no plano prático. Face à fraca comunicabilidade na aplicação da lei, é preciso pensar como podem ser os mecanismos de proteção existentes efetivos. A realidade é que a vida das pessoas implica diversas dimensões em simultâneo e um caso de violência doméstica julgado no âmbito de um processo penal terá implicações de outro cariz, notoriamente de carácter civil e muito em particular de regulação de responsabilidades parentais. A circulação de informação é essencial para garantir a coerência das decisões, bem como a sua adequada fundamentação, e urge encontrar soluções para este estado de coisas dentro de um quadro constitucionalmente adequado.

Relativamente a alguns aspetos mais específicos, esta Convenção obriga a algumas alterações que nos parecem particularmente importantes. Referimo-nos a alterações aos regimes de indemnizações e à tipificação de alguns fenómenos de violência contra as mulheres.

No art. 30º, referente à indemnização às vítimas de violência contra as mulheres e violência doméstica, o seu nº 1 impõe aos Estados que tomem medidas para assegurar que a vítima efetivamente recebe a indemnização que lhe é devida. Artigo este que consideramos ser importante para todas as vítimas de crime, em particular para todas as vítimas de crimes violentos.

Estando as vítimas dos crimes em questão em situação de particular vulnerabilidade, e considerando os elevados custos que as ações executivas acarretam, é premente encontrar mecanismos para retirar da vítima o ónus do impulso processual da ação executiva. Afigura-se por isso defensável a criação de uma figura que permita que as sentenças executórias sejam oficiosamente executadas, à semelhança do que ocorre já relativamente à execução das custas processuais.

No que diz respeito às vítimas de crimes violentos e à indemnização que lhes é devida por parte do Estado, há muito defendemos que o apoio económico de que estas devem beneficiar em consequência da desorganização que o crime sofrido causou à sua vida deve consubstanciar-se em prestações sociais. Pensamos que esta será uma boa oportunidade de proceder a esta transformação.

Novas tipificações penais:

Face à maturidade conceptual que apresentam e à especial relevância social do reconhecimento destes fenómenos de violência no contexto nacional, somos de opinião de que devem ser alvo de tipificação penal autónoma as seguintes formas de violência:

Stalking/Assédio Persistente

Grangeia e Matos (2010) definem *stalking* como sendo uma “modalidade de vitimação [que] corresponde à experiência de alguém que é alvo, por parte de outra pessoa, de comportamentos de perseguição, intimidação, ameaça e/ou contactos e comunicações indesejadas, de forma continuada e persistente”. Assim, a epígrafe atribuída ao artigo 34º na tradução portuguesa do texto da Convenção de Istambul (*Perseguição*) não reflete a totalidade da abrangência do fenómeno, sendo por isso conveniente a utilização de nomenclatura já densificada pela produção científica elaborada nesta matéria em Portugal, designadamente o termo ‘assédio persistente’.



Decorre do art. 34º da Convenção a necessidade de legislar relativamente ao fenómeno do assédio persistente, bem como à tentativa da prática de condutas de assédio persistente por via do art. 41º da referida Convenção.

Atualmente, algumas das condutas que compõem o conceito de assédio persistente já se encontram tipificadas no Código Penal português (vide arts. 190º, nº2, 192º, nº 1, 193º, 194º e 199º). Todavia, embora estas condutas estejam já tipificadas, não estão criminalizadas no âmbito do conceito de assédio persistente, o qual pressupõe um contexto de práticas reiteradas conducentes ao temor da vítima pela sua segurança. Assim, não são também previstas quaisquer medidas de proteção e penas acessórias que façam face às concretas necessidades levantadas por este fenómeno. Por outro lado, muitos dos comportamentos pelos quais o agente se pode servir para assediar a vítima não se encontram tipificados no Código Penal Português, assim como não se encontram previstas as particularidades associadas a este fenómeno, nomeadamente, o seu prolongamento no tempo e a sua decomposição, muitas vezes, em condutas aparentemente inofensivas.

Entendemos que é necessária a criação de um tipo autónomo para responder às lacunas legislativas existentes.

Cremos que este novo crime deverá constar no Livro II – Parte Especial, Título I – Dos crimes contra as pessoas, Capítulo IV – Dos crimes contra a liberdade pessoal, tendo em conta o bem jurídico protegido: liberdade de decisão e de ação, visto que este fenómeno é gerador de medo ou insegurança, afetando a paz individual e consequentemente a liberdade de autodeterminação.

Como elementos do tipo legal consideramos essenciais a reiteração da(s) conduta(s) e o possível impacto causado na vítima. As condutas que componham o crime de assédio persistente terão de ser praticadas de modo adequado a causar medo ou inquietação ou a prejudicar a liberdade de determinação da vítima. Cria-se, assim, um tipo legal de crime de mera atividade e de perigo.

A necessidade de uma enumeração não taxativa de condutas que podem consubstanciar o assédio persistente é referida na Resolução 1962 (2012) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na qual se apela não só à tipificação penal do assédio persistente como à emissão de instruções para investigação policial e à implementação de medidas de proteção adequadas.

Entendemos que esta enumeração de condutas deverá ser o mais exaustiva possível, fornecendo ao julgador a informação necessária para aplicar o tipo legal com segurança, correspondendo cada alínea a uma classe de comportamentos, mas contendo também uma cláusula aberta que permita o enquadramento neste âmbito de qualquer conduta que assuma contornos de assédio persistente, praticada de forma a causar medo ou inquietação ou a prejudicar a liberdade de determinação da vítima, e que não tenha sido antecipada pelo legislador, face ao carácter eminentemente criativo dos comportamentos dos *stalkers*.



Importante será ainda abranger-se o *stalking indireto*, isto é, as condutas geradoras de medo ou inquietação na vítima, e que pretendem atingi-la, são perpetradas não contra a pessoa da vítima mas contra pessoas que lhe são próximas ou outrem, de forma a causar impacto sobre a vítima.

Como fatores de agravação será importante ter em consideração o disposto no art. 46º da Convenção em tudo o que seja de relevo para as características do assédio persistente, contudo parece-nos essencial que, à semelhança da legislação belga, sejam integrados como fatores de agravação a particular vulnerabilidade da vítima e o ódio como motivação (nos mesmos termos em que o é atualmente para o homicídio qualificado – alínea f) do nº 2 do art. 132º do Código Penal), bem como, na senda da legislação alemã, as graves lesões físicas e o resultado morte. Cremos ser ainda de acrescer a mudança significativa da rotina diária, nomeadamente, a perda de emprego.

Em termos de proteção aplicar-se-iam as medidas de proteção constantes do art. 52º do Código Penal, do art. 200º e do art. 281º do Código de Processo Penal, acrescidas das que constam do art. 31º da Lei 112/2009, de 16 de Setembro, decalcando desta também o carácter urgente destas medidas, assim como a possibilidade de utilização de meios técnicos de controlo à distância para fiscalizar o cumprimento das medidas e penas acessórias, prevista no art. 35º e de instalar, assegurar e manter em funcionamento sistemas técnicos de teleassistência, faculdade acautelada pelo nº 5 do art. 20º da mesma Lei.

Afigura-se adequada a pena de 1 a 5 anos, permitindo a suspensão provisória do processo (art. 281º do Código de Processo Penal) e as medidas que lhe são subjacentes, configurando a mesma moldura penal do crime de violência doméstica.

Deverão ser ainda previstas penas acessórias como as constantes do art. 152º do Código Penal, permitindo, por exemplo, a aplicação simultânea com a pena principal de penas de proibição de contacto com a vítima.

Assédio sexual

Obrigação emanada da Convenção de Istambul é também a necessidade de legislar no âmbito do assédio sexual, assegurando que comportamentos indesejados de natureza sexual sob qualquer forma (física, verbal ou não verbal) que visem ou tenham o efeito de criar um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo são passíveis de sanções legais.

Particularmente num contexto de exercício de autoridade (mais notoriamente de âmbito laboral mas não exclusivamente), as consequências graves que produzem comportamentos de natureza sexual que não se subsumem aos tipos previstos no Código Penal nos arts. 163º, nº 2 e 164º, nº 2 ou ao crime de importunação sexual previsto no art. 170º (notoriamente o abuso verbal), nomeadamente para a saúde psíquica da vítima, justificam a necessidade de uma intervenção que vá além do ilícito de mera contra ordenação (previsto na lei laboral no art. 29º do Código de Trabalho).

Em Portugal, e segundo dados de inquérito promovido pela Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE), 25,5% das mulheres entrevistadas afirmaram ter sido vítimas de assédio no local de



trabalho por parte de colegas, 13, 6% por parte de superiores hierárquicos (vistas como as situações mais graves) e 7% por clientes ou fornecedores. O estudo revela ainda que o assédio acentua a insegurança no emprego, dificulta a progressão na carreira e o desempenho no trabalho. A ausência de consciência dos seus direitos e a dificuldade na afirmação da sua posição, motivada por um sentimento de impotência face às circunstâncias, criam na vítima uma passividade de reação.

Estamos cientes da divisão doutrinária face a esta temática, questionando alguns autores, como Figueiredo Dias, a necessidade desta tipificação (crendo que as condutas que o caracterizam caem já noutros tipos, ou indagando até qual o bem jurídico protegido e inclusivamente se possui dignidade penal), ou até mesmo se essa tipificação não constituiria a tutela de uma determinada moral, enquanto outros, nomeadamente Maria Clara Sottomayor, apoiam a criação de um novo tipo de assédio sexual no trabalho e nas ruas por se tratar de ofensas a bens pessoais violando os direitos à liberdade humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e inclusivamente à livre circulação.

Somos de opinião que a realidade fática implica uma tomada de posição sobre esta matéria que acarreta reais situações de vitimação. Persistem em Portugal conceções erróneas sobre este tipo de violência, conexas com uma confusão conceptual entre assédio e sedução. O art. 29º do Código do Trabalho Português proíbe o assédio sexual (assim como o assédio moral) no local de trabalho, no entanto persiste uma cultura generalizada de 'normalização' destas condutas que a não criminalização pode ajudar a perpetuar. Acreditamos que os efeitos dissuasores da tipificação legal, mensagem clara da reprovação social destes atos, conduzirão a uma maior proteção dos direitos fundamentais das vítimas, nomeadamente o livre desenvolvimento da personalidade (Art. 25º da Constituição da República Portuguesa - CRP), o direito à integridade pessoal (art. 26º CRP), incluindo a liberdade e autodeterminação sexual da vítima.

Necessitaremos ainda de trabalhar mais no sentido de conformar uma opinião sobre a melhor forma de tipificação desta infração, não nos restando todavia dúvidas quanto à sua dignidade penal.

Uma possibilidade a ser estudada e, a ser seguida, aprofundada seria a criação de um tipo autónomo de assédio sexual no Livro II – Parte Especial, Título I – Dos crimes contra as pessoas, Capítulo V – Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual, Secção I – Crimes contra a liberdade sexual.

Consideramos que a legislação francesa pode servir de base, dado a clareza e a abrangência que a caracterizam. A União de Mulheres Alternativa e Resposta tem já sólido trabalho desenvolvido nesta matéria, partindo também da lei francesa como base, pelo que julgamos que poderá ser esta uma boa proposta base para a análise da melhor forma de legislar sobre esta temática.

Casamento forçado

O art. 37º da Convenção exige que os Estados signatários adotem as medidas necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem forçar um adulto ou uma criança a contrair matrimónio, bem como de quem atrair uma criança ou um adulto para o território de outra Parte ou de outro Estado que não aquele



onde residam, com o intuito de os forçar a contrair matrimónio – trata-se da criminalização dos casamentos forçados.

Na legislação portuguesa, não há nenhum tipo penal que criminalize tais condutas, ou eventuais condutas preparatórias relacionadas aos casamentos forçados. Assim, por exigência da Convenção, é necessária a introdução no ordenamento jurídico-penal da criminalização dos casamentos forçados.

Relativamente a esta que constitui uma violação de direitos humanos e uma prática tradicional nefasta, cremos que podem existir dois caminhos legislativos possíveis.

A opção da tipificação autónoma afigura-se válida e adequada ao reconhecimento social da oposição a práticas atentatórias de direitos humanos. Todavia, estando a questão dos casamentos forçados intimamente relacionada com o crime de tráfico de seres humanos, previsto e punido pelo art. 160º do Código Penal, consideramos que esta também poderá ser uma via para a criminalização do fenómeno. Será portanto necessário um mais aprofundado estudo destas vias legais para concluir qual a melhor solução no plano nacional, mas imperativo será a sua criminalização a curto prazo.

Exporemos brevemente porque julgamos que pode a inclusão no tipo legal de tráfico de seres humanos ser uma solução.

Internacionalmente tem sido defendido que os casamentos forçados devem ser considerados uma forma de exploração no âmbito do crime de tráfico de seres humanos, enquadrando assim as condutas de oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa com o fim de a submeter a um casamento forçado.

Sendo as condutas relacionadas aos casamentos forçados de facto uma forma de exploração, na medida em que implicam a subjugação da vontade da vítima e o condicionamento, ao menos, dos seus direitos civis, que são afetados pela constituição do matrimónio. Para além disto, a prática dos casamentos forçados frequentemente precede outras formas de exploração, como a servidão doméstica e a exploração sexual, e por isto a sua inclusão na criminalização do tráfico de seres humanos também seria relevante para impedir a ocorrência destas outras formas de exploração.

As situações de casamento forçado geralmente implicam a prática de uma ou mais das condutas típicas previstas no crime de tráfico de seres humanos (oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa), envolvendo necessariamente a coação da vítima (com ou sem uso de violência), a fim de a forçar a contrair o casamento. São, portanto, verificados todos os requisitos do tráfico de seres humanos: a ação, o meio (coação) e a finalidade (exploração através do casamento forçado).

A inclusão desta forma de exploração no crime de tráfico de seres humanos também é relevante para possibilitar a criminalização de condutas anteriores ou auxiliares à prática do casamento forçado, como o transporte de uma vítima de um local para outro com a finalidade de a submeter a esta prática.

Esta tipificação permitiria uma criminalização mais alargada incluindo qualquer forma de casamento precoce, face ao postulado no nº 2 do art. 160º.



Comentários aos projetos de lei apresentados:

Violação e coação sexual

O projeto de Lei nº 522/XII/3ª do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda vem responder a uma necessidade urgente da lei penal portuguesa face à Convenção de Istambul e ao princípio da dignidade humana fixado no art. 1º da Constituição da República Portuguesa, assim como aos direitos à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade pessoal, abrangendo o direito à autodeterminação sexual, previstos constitucionalmente, e respetivamente, nos arts. 25º, nº 1, art. 26º, nº 1 e ao art. 27º, nº1 e consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem nos arts. 3º e 5º.

A Convenção de Istambul, no seu art. 36º, adota uma noção de consentimento da vítima avaliado de acordo com o contexto em que as circunstâncias do crime ocorreram, seguindo assim o sentido da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (notoriamente em *M.C. v. Bulgária* entendendo que o uso ou ameaça de uso de violência demonstram inequivocamente a ausência de consentimento mas não são *per se* elementos constitutivos do crime de violação e que o não consentimento não tem de ser expresso por resistência física, bastando palavras ou gestos), bem como o teor da Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados membros sobre proteção das mulheres contra a violência, na qual se instam os Estados membros a legislar penalizando “*qualquer ato de carácter sexual cometido contra uma pessoa sem o seu consentimento, mesmo que esta não dê sinais de resistência*”.

Em Portugal, alguma jurisprudência e parte da doutrina¹ têm interpretado o conceito legal de violência de forma restritiva, do qual frequentemente resulta, nas palavras de Maria Clara Sottomayor, a imposição de um “*ónus de resistência da vítima*”.

Enquanto Associação de Apoio às Vítimas de Crime, e perante as necessidades das vítimas de crimes sexuais com que nos deparamos no nosso trabalho quotidiano, consideramos premente clarificar na lei penal que o não consentimento não depende da manifestação de resistência física por parte da vítima, para assim combater a desproteção na prática atualmente existente.

¹ Cfr. Figueiredo Dias; *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Artigo 164º, Coimbra, 1999, defende ser necessário o exercício de um meio típico de coação, não bastando o ato ser contrário à vontade da vítima (por esta revelar verbalmente que não o deseja ou simplesmente não revelar vontade de os praticar), para que se realize o crime de coação sexual. Em sentido contrário, defendendo que há violência sempre que o ato é praticado contra ou sem a vontade da vítima: Maria Clara Sottomayor, *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011*, in Revista do Ministério Público, nº 128, Out.-Dez. 2011.



Consideramos por conseguinte pertinente o projeto de lei em análise, alterando a atual tipificação penal dos crimes de coação sexual (art. 163º, nº 1) e de violação (art. 164º, nº1) no sentido de tornar claro que o não consentimento basta para a verificação do crime, passando o exercício de violência, ameaça grave ou utilização de meios para conduzir a estado inconsciente ou de impossibilidade de resistir a constituir formas de agravação da pena.

Relativamente ao crime de coação sexual, importa ainda louvar o afastamento da expressão ato sexual de relevo que vem sendo interpretada de forma restritiva por parte da jurisprudência, importando deixar claro na letra da lei que para o preenchimento do tipo legal somente releva a falta de consentimento e a conotação sexual do comportamento.

Sendo de louvar a exclusão na letra dos arts. 163º e 164º na versão do presente projeto de lei da expressão “consigo ou com outrem” permitindo que sejam incluídas condutas como, por exemplo, constranger a vítima à prática de masturbação, situação frequente em casos de violência sexual em contexto familiar, consideramos contudo importante sublinhar a necessidade de abranger o constrangimento à prática de atos sexuais com terceiros.

Quanto aos fatores de agravação, para garantir a conformidade com o art. 46º da Convenção de Istambul, deverão ser também tidas como circunstâncias agravantes o ato ser praticado na presença de menor, o perpetrador ter já anteriormente sido condenado por prática de infração da mesma natureza ou o ato ser praticado contra pessoa que se torne vulnerável em função de circunstâncias particulares. Ademais consideramos que não só a vulnerabilidade circunstancial deve ser considerada para efeitos de agravação, como também toda a vulnerabilidade estrutural da vítima que não seja já considerada no âmbito de outros ilícitos penais, incluindo assim, por exemplo, também as vítimas idosas ou mulheres grávidas.

Importa ainda incluir nas alíneas d) dos nºs. 2 dos arts. 163º e 164º, na redação do projeto de lei apresentado, a utilização de violência física e psíquica como fatores de agravação da pena, além da ameaça grave e da utilização de meios para conduzir a estado inconsciente ou de impossibilidade de resistir.

No que diz respeito às alíneas h) dos arts. 163º e 164º, e com o fito de abranger todo o espectro de proteção do art. 46º da Convenção, deverá ser acrescentado como fator agravante o dano psicológico grave.

Tememos contudo que a não exigência de violência, ameaça ou colocação em estado inconsciente ou de impossibilidade de resistir, bastando-se o preenchimento dos tipos com ausência do consentimento elimine a possibilidade destes crimes se aplicarem agravados a menores ou incapazes. Isto porque o consentimento dos menores e incapazes é juridicamente irrelevante (nº 3 do art. 38º do Código Penal).

Ora veja-se este exemplo: face à lei penal, a criança de 10 anos com quem for praticada penetração vaginal verá ser aplicado o art. 171º, nº 2, ao seu agressor. Caso esta prática seja acompanhada de ameaças verá ser aplicado o crime previsto no art. 164º, nº 1, agravado nos termos do art. 177º, nº 6. Face ao projeto de lei, quando é que se aplica a agravação ao art. 164º, tendo em conta que o consentimento da criança é irrelevante?



A confirmarem-se as dúvidas que apresentamos, melhor solução nos pareceria ser fazer constar a agravação motivada pelo uso da violência, ameaça ou colocação em estado de inconsciência ou impossibilidade de resistir nos crimes de abuso sexual de crianças e de adolescentes, afastando-nos dos crimes contra a liberdade sexual e da sua tónica no consentimento.

Quanto às alínea f) dos arts. 163º e 164º parece-nos relevante alterar a letra do preceito nos seguintes termos: *o ato ser cometido no abuso de autoridade ou de confiança, numa relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou numa relação de coabitação ou familiar, nomeadamente contra o cônjuge ou ex-cônjuge, pessoa com quem mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, numa relação de tutela ou curatela, sendo a pena de (...).*

Finalmente, quanto à alteração da natureza do crime de violação previsto no art. 164º, Relativamente à natureza pública atribuída ao crime de violação, a APAV acompanha as preocupações manifestadas pelo Conselho Superior de Magistratura quanto à natureza pública deste crime quando cometido sobre adultos, por não estarmos certos de que essa seja a melhor forma de acautelar os interesses da vítima. Todavia, é nosso entendimento que esse é o sentido da Convenção de Istambul e que essa poderá ser a forma mais eficaz de proteger a liberdade e segurança da vítima.

Mutilação Genital Feminina

Relativamente ao Projeto de Lei n.º 504/XII/3.ª, de iniciativa do Grupo Parlamentar Bloco de Esquerda, ao Projeto de Lei n.º 515/XII, apresentado pelo Grupo Parlamentar CDS-PP, e ao Projeto de Lei n.º 517/XII, de autoria do Grupo Parlamentar do PSD, referentes à tipificação autónoma do crime de mutilação genital feminina, a APAV congratula estas iniciativas pelo mérito de destacarem a importância do reconhecimento social desta prática cultural nefasta, de consequências graves, permanentes e irreversíveis para a saúde física e psíquica das suas vítimas, colmatando ambiguidades e equívocos anteriormente verificados na interpretação da lei vigente e cumprindo o previsto no n.º 1 do artigo 45.º da Convenção de Istambul.

Todas as propostas apresentadas para a autonomização deste tipo legal de crime permitem a criação de um regime que considera crime público qualquer mutilação genital independentemente da lesão, conferindo-lhe uma moldura penal superior à da ofensa à integridade física grave, em consonância com a dignidade do bem jurídico diretamente protegido.

Face às propostas apresentadas, gostaríamos somente de destacar algumas questões:

1. Um aspeto que nos parece essencial é a necessidade de proceder à alteração do artigo 5º, n.º 1, alínea d) do Código Penal de forma a permitir que a lei penal portuguesa continue a ser aplicável em casos de mutilação genital feminina a factos cometidos fora do território nacional quando a vítima do crime for menor, nos termos em que o prevê o supra mencionado artigo, exigência, de resto, do artigo 44.º da Convenção de Istambul.



2. As crianças são o grupo afetado por excelência por esta prática, ainda que possa também ser praticada já sobre mulheres adultas, pelo que o conceito de mulher adotado pela Convenção abrange menores de 18 anos, todavia esse termo não encontra equivalente exato na legislação portuguesa parecendo-nos preferível a adoção da designação *pessoa do sexo feminino*.
3. Sendo que o consentimento, e bem, nunca deverá relevar para efeitos de mutilação genital feminina, será porventura importante tentar perceber que práticas se pretende punir. A Organização Mundial de Saúde prevê quatro tipos de mutilação genital feminina, apenas três deles implicando corte. O quarto tipo refere-se a outras práticas como o alongamento dos pequenos lábios, empurrar o clítoris para dentro da vagina, algumas práticas sadomasoquistas ou o *piercing* genital. Será importante acautelar que este último tipo de mutilação também seja abarcado. Apesar de no meio científico se falar da eventual necessidade de rever a noção de mutilação genital feminina no que se refere a este tipo IV, importante será que ele não seja esquecido para fins de tutela penal. Todavia, pensamos que será necessário compreender que práticas se pretende abranger com a incriminação quando falamos de vítimas em idade adulta. Não tendo a APAV vasta experiência nesta matéria concreta, alertamos somente para a necessidade de apurar conceitos e medir a extensão da intervenção penal dado que práticas como o *piercing* genital são atualmente lícitas podendo a redação do texto legal gerar problemas similares aos que foram levantados pela doutrina espanhola.

Contudo, importa ressaltar que, não obstante a importância desta autonomização para permitir uma real punição deste crime, esta não será mais eficaz na erradicação do fenómeno se não for acompanhada de políticas estruturadas de prevenção, de formação consistente e coordenada de profissionais relevantes e envolvimento das comunidades praticantes. A aposta na prevenção é essencial para consciencializar da ilicitude desta prática e do porquê dela ser efetivamente nociva, uma violação de direitos humanos e prejudicial para as suas vítimas. A tutela penal é essencial para promover esta mudança mas deve ser assegurado que não se conduza à estigmatização de certas comunidades.

Para a boa transposição e implementação da Convenção de Istambul será crucial a que uma comissão de acompanhamento alargada, com a participação das organizações de relevo nesta matéria, nomeadamente as associações de apoio à vítima e associações de mulheres, participem ativamente, na monitorização e em boas práticas de governação, numa visão não estatizante deste acompanhamento.

© APAV, junho de 2014