

NU. 679833
914/1-CACDLG/XIV
22/06/2021



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Dr. Luís Marques Guedes
Email: 1CACDLG@ar.parlamento.pt

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Ofício n.º	Data:
483/1.º CACDLG/2021	26-05-2021	2021/GAVPM/1781	2021/OFC/03679	22-06-2021

ASSUNTO: **Projeto de Lei n.º 852/XIV/2.º (PAN) - NU: 677150**

No seguimento do ofício identificado em epígrafe, remete-se a V. Exa., em conformidade com o solicitado, parecer sobre a iniciativa legislativa supra identificada.

Com os melhores cumprimentos,



**Afonso Henrique
Cabral Ferreira**
Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Afonso
Henrique Cabral Ferreira
8b4f064234d2b66ec75db8b0c2b866fdcccb97e4
Dados: 2021.06.22 12:24:46



ASSUNTO: Projeto de Lei n.º 852/XIV/2.ª (PAN) – “Prevê o crime de assédio sexual, procedendo à quinquagésima terceira alteração ao Código Penal e à décima oitava alteração ao Código do Trabalho”.

Proc. 2021/GAVPM/1781

16-06-2021

PARECER

**

1. Enquadramento

1.1. A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou ao Conselho Superior da Magistratura a emissão de parecer em relação ao Projeto de Lei acima melhor identificado.

1.2. A presente iniciativa legislativa pretende tipificar o crime de assédio sexual.

*

1.3. Nos termos do artigo 155.º, alínea b), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, cabe ao Conselho Superior da Magistratura emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização

judiciária e ao Estatuto dos Magistrados Judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça.

*

1.4. Na apreciação deste diploma cumpre observar que o Conselho Superior da Magistratura emitiu parecer, sobre idêntica temática, na fase de Projeto de Lei n.º 661/XIV/1.^a (BE).

2. Análise formal

2.1. O presente projeto pretende aditar ao Código Penal¹ um novo artigo [163.º-A], com vista a criminalizar o “assédio sexual”, e, ainda, alterar o artigo 178.º e o artigo 29.º, este do Código de Trabalho.

Para fundamentar as medidas propostas pode ler-se na Exposição de Motivos o seguinte: *«Estima-se que uma em cada três mulheres tenha sido ou é, presentemente, vítima de assédio sexual no local de trabalho.*

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) constitui o assédio sexual como um dos cinco principais fatores que afetam a saúde de trabalhadores e trabalhadoras em todo o mundo.

O assédio sexual é um grave problema social que, para além de violar direitos fundamentais, é um comportamento que produz elevados danos na vítima, nomeadamente psíquicos, económicos e sociais.

Sendo uma das diversas formas de violência de género, que afeta sobretudo as mulheres, reveste contornos insidiosos, quer no espaço público, quer nos locais de trabalho, onde assistimos a uma quase total impunidade para os agressores e à falta de proteção para as vítimas.

Enuncia-se também como enquadramento motivador a ausência de condenações e cumprimento de penas efetivas [que] desvirtuam o objetivo das sanções penais, nomeadamente a sua prevenção geral e especial e a sua capacidade para defesa de bens jurídicos essenciais, demonstrando à sociedade uma desvalorização da violência sexual e do impacto desta na vida das vítimas.

O mesmo acontece quando se transfere para qualquer comportamento da vítima a tentativa de justificação que conduza à atenuação da culpa do agressor quanto a atos sexuais não consentidos, perpetuando a existência de um sistema judicial misógino e que menoriza e desconsidera os crimes de natureza sexual, os danos morais, físicos, emocionais e psicológicos provocados às vítimas.

¹ Diploma a que doravante se referem todas as normas sem menção de fonte.

Apela-se ainda para o *princípio da dignidade da pessoa humana e a superioridade inerente em relação ao património* [que] *impõem que os crimes contra a liberdade sexual das pessoas não possam ter penas efetivas semelhantes a crimes patrimoniais pouco graves ou “bagatelas” penais.*

Argumenta-se, para justificar a necessidade de criação de um novo tipo penal incriminador, que *as alterações legislativas efetuadas em 2015, que abrangeram os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual, pretenderam dar cumprimento ao disposto na Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica.*

Porém, a figura da importunação sexual, revestida de conceitos amplos, indeterminados e de natureza e gravidades diversas, é a norma jurídica que é quase sempre utilizada quando se fala de assédio sexual. Tal não é suficiente.

E continua [o] *Código do Trabalho prevê, no seu artigo 29.º, a proibição da prática de assédio, conferindo à “vítima o direito de indemnização” e subsumindo-o, do ponto de vista contraordenacional, a uma contraordenação muito grave, “sem prejuízo da eventual responsabilidade penal prevista nos termos da lei”.*

A mencionada norma do Código de Trabalho parece, ela própria, lançar o mote para a necessidade de uma formulação similar e correlacionada no Código Penal português, nomeadamente para a eventual criação de uma norma autónoma, tal como já se verifica noutros ordenamentos jurídicos, como é o caso do Código Penal Francês e Espanhol.

É essencial ressaltar que está em causa a violação de direitos fundamentais das vítimas, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à integridade pessoal, que incluem a liberdade e autodeterminação sexual (artigos 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa), bem como o direito ao trabalho, (artigo 58.º, n.º 1) e o direito à igualdade de oportunidades na escolha da profissão (artigo 58.º, n.º 2).

O assédio sexual condiciona o acesso ao emprego, à manutenção do emprego ou promoções profissionais, e cria um ambiente de trabalho hostil e intimidatório.

O assédio sexual nos locais de trabalho assume contornos de gravidade superior ao praticado noutros contextos, na medida em que a vítima vive dependente, para a sua sobrevivência económica e da sua família, da manutenção do seu posto de trabalho, o que leva a que na maioria das vezes estas vítimas não se defendam nem apresentem a devida queixa.

Pretende-se, todavia, que se estenda, tal como faz o Código Penal Espanhol, o assédio sexual às relações laborais, docentes ou de prestação de serviços, não se limitando, evidentemente, o assédio sexual no trabalho à existência ou não de um contrato de trabalho ou da existência de subordinação jurídica, bem como

a situações de trabalhadores e trabalhadores liberais e prestadores de serviços, e ainda nas relações de docentes e alunos e alunas, chamando desta forma à colação a conhecida existência de assédio sexual nas Universidades.

Mais adiante, para justificar a natureza pública que se pretende conferir ao novo tipo legal de crime, argumenta-se que *[o] constrangimento causado pelo crime na vítima, o receio de voltar a enfrentar o agressor, a exposição pública da sua intimidade perante as autoridades públicas e policiais e o receio da revitimização associada ao processo, levam a que, nestes casos, as vítimas acabem por optar pelo silêncio e impunibilidade do agressor à denúncia do crime e impulso do processo penal.*

Entende-se que a atribuição de natureza pública aos crimes sexuais, no presente caso, o crime de assédio sexual, reforça a protecção da vítima e contribui para a redução deste tipo de crimes. (...)

Tendo em conta o anteriormente exposto e a necessidade de assegurar o pleno cumprimento da Convenção de Istambul, refere-se, por fim, na exposição de motivos com pertinência para as concretas alterações propostas no presente projeto, que o PAN, propôs que todos os crimes contra a liberdade sexual, à excepção do crime de importunação sexual de pessoas maiores de idade, passem a ter a natureza pública, e desta feita, o crime de assédio sexual, prevendo-se, contudo e em linha com o que defendeu a APAV, que nos procedimentos iniciados pelo Ministério Público relativamente estes crimes contra pessoas maiores de idade, a vítima possa, a todo o tempo, requerer o arquivamento do processo e que tal requerimento só possa ser recusado pelo Ministério Público quando, de forma fundamentada, se considere que o prosseguimento da acção penal é o mais adequado à defesa do interesse da vítima e que o pedido se deveu a qualquer tipo de condicionamento por parte do arguido ou de terceiro, caso em que deverá promover sempre a aplicação das medidas necessárias à sua protecção contra eventuais retaliações (...).»

2.2. A iniciativa legislativa é composta por cinco artigos que se encontram claramente identificados, chamando-se apenas a atenção para o lapso na numeração do último artigo.

3. Apreciação

3.1. Com tal enquadramento motivador, propõe-se no projeto em análise o aditamento à secção I, do capítulo V, do título I, do livro II do Código Penal, do artigo 163.º -A, com a seguinte redação:

«Artigo 163.º - A

Assédio Sexual

1. *Quem, de forma reiterada, fizer uma proposta, solicitar favores de natureza sexual, para si ou para terceiro, ou adotar um comportamento de teor sexual indesejado que humilhe, intimide, ofenda ou coloque em causa a dignidade da pessoa humana incorre na prática de crime de assédio sexual punido com pena de prisão até 3 anos.*

2. *Quem, no âmbito dos números anteriores, assediou sexualmente pessoa especialmente vulnerável em razão da idade, da saúde, deficiência física ou mental, gravidez ou da sua situação económica e social, ou tiver cometido o facto prevalecendo-se de dependência económica da vítima ou de uma situação de superioridade laboral, hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, ou de docência ou com o intuito expresso ou tácito de causar à vítima um mal relacionado com as legítimas expectativas que aquela possa ter no âmbito de referida relação, será punido com uma pena de prisão até cinco anos.*

3. *São equiparados ao assédio sexual os comportamentos que, ainda que não sejam reiterados, constituam uma forma de pressão para obter, a seu favor ou de terceiro, uma simulação ou um ato real de natureza sexual.*

4. *Incorre na pena prevista no número 2, quem praticar o ato em co-autoria ou cumplicidade.*

5. *O crime de assédio sexual não está dependente de queixa.*

6. *Sem prejuízo do disposto no número anterior, nos procedimentos iniciados pelo Ministério Público relativamente ao crime de assédio sexual e que não tenham sido praticados contra menor ou deles não tenha resultado suicídio ou morte da vítima, a vítima pode, a todo o tempo, requerer o arquivamento do processo, só podendo o Ministério Público rejeitar tal requerimento quando, de forma fundamentada, considere que o prosseguimento da acção penal é o mais adequado à defesa do interesse da vítima e que o pedido se deveu a qualquer tipo de condicionamento por parte do arguido ou de terceiro, caso em que deverá promover sempre a aplicação das medidas necessárias à sua protecção contra eventuais retaliações».*

3.1.1. Mais se propõe a alteração do artigo 178.º, o qual passará a ter a seguinte redação:

«Artigo 178.º

Queixa

1 - *O procedimento criminal pelos crimes previstos nos artigos 163.º, 164.º, 165.º, 167.º, 168.º e 170.º, depende de queixa, salvo se forem praticados contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima.*

2 - (...).

3 - (...).

4 - (...).

5 - (...).».

3.1.2. Por fim, propõe-se ainda que o artigo 29.º do Código de Trabalho, passe a ter a seguinte redação:

«Artigo 29.º

Assédio

1 - (...).

2 - (...).

3 - Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com os objetivos ou o efeitos referidos no número anterior, ou com o objectivo de afectar a liberdade ou autodeterminação sexual da pessoa.

4 - (...).

5 - (...).

6 - (...).».

3.2. Visa-se, desta forma, (i) criar um tipo legal autónomo, integrado nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, epigrafado “assédio sexual”; (ii) alterar a redação do art.º 178.º, por forma a que o novo tipo legal assumira natureza pública; (iii) alterar a atual redação do n.º 3 do art.º 29.º do Código de Trabalho, no qual será aditado o segmento “ou com o objetivo de afectar a liberdade ou autodeterminação sexual da pessoa”.

3.3. O Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial, e atento o princípio constitucional da separação de poderes, tem vindo a abster-se de tomar posição sobre questões que se prendam com opções de cariz eminentemente político, que extravasam as atribuições do poder judicial e incumbem exclusivamente ao poder legislativo.

Assim, não tomando qualquer posição sobre matérias que constituem uma opção de política legislativa de cariz eminentemente político, apenas se tecem considerações

ponderadas à luz do ordenamento jurídico-legal e constitucional em vigor, devendo, pois, ser percecionadas como tal.

3.4. Pretende o projeto em análise, como referido, criar um novo tipo incriminador que abranja as condutas acima mencionadas, e inseri-lo, sistematicamente, no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, mais concretamente na secção I do capítulo V do Código Penal, ou seja, nos crimes contra a liberdade sexual.

3.4.1. A revisão do Código Penal de 1995, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15-03, “alterou profundamente o enquadramento legal da criminalidade sexual. Os crimes sexuais deixam de ser crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social (...) para passarem a ser crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima.”²

Conforme foi referido em sede dos trabalhos preparatórios, «o *Direito Penal Sexual* foi o que revelou uma maior evolução, a qual acarretou mesmo uma alteração quanto à protecção do bem jurídico. Agora estamos perante a protecção da Liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade. Daí a importante e significativa alteração sistemática: inserido nos crimes contra a sociedade, vê-se agora colocado nos crimes contra as pessoas»³.

Com a referida Revisão de 1995, operou-se, na verdade, uma mudança de paradigma em relação aos crimes sexuais, abandonando-se a “tutela de sentimentos coletivos da moral sexual dominante”, passando a salvaguardar-se a liberdade sexual do indivíduo: “(...) passou a considerar-se unicamente legítima a incriminação de condutas do foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem jurídico eminentemente pessoal, correspondente à liberdade de expressão sexual”.⁴

Em termos sistemáticos, os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima passaram a estar previstos no capítulo V, secções I e II do Código Penal, respetivamente, com a previsão de disposições comuns a ambos os crimes nos arts 177.º e 178.º.

No conceito de crimes sexuais incluem-se, então, os crimes que o legislador subdivide entre crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual.

² Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, p. 501.

³ Cfr. *Actas e Projecto da Comissão de Revisão do Código Penal*, Ministério da Justiça, 1993, pp. 246-247.

⁴ Cfr. M. Míguez Garcia e J.M. Castela Rio, *Código Penal, Parte geral e especial*, 2014, p. 677.

Conforme explica Paulo Pinto de Albuquerque⁵, *[o]s crimes contra a liberdade sexual — onde se incluem, os crimes de cocção sexual (art.º 163.º), violação (art.º 164.º), abuso sexual de pessoas incapaz de resistência (art.º 165.º), abuso sexual de pessoa internada (166.º), fraude sexual (art.º 167.º), procriação artificial não consentida (art.º 168.º), lenocínio (art.º 169.º), importunação sexual (art.º 170.º) — são crimes cometidos contra adultos ou menores sem o consentimento destes. O cerne do ilícito nestes crimes reside na violação da liberdade sexual da vítima, ou seja, do poder de disposição do corpo pela pessoa. Por sua vez, “[o]s crimes contra a autodeterminação sexual — crimes previstos nos arts 171.º a 176.º-A — são crimes cometidos contra menores de modo consensual, com “consentimento” destes. O cerne do ilícito nestes reside na violação do livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual.*

Escreveu também a este propósito, com muita pertinência, Mafalda Santos Costa⁶ que *«Esta conceção, designada por Figueiredo Dias como “proposição político-criminal, própria de um Estado de Direito democrático, laico e pluralista”, é penalmente relevante em matéria sexual, uma vez que só constituem crime as condutas que digam respeito a relações sexuais não consentidas, a exploração por terceiros e as cometidas contra vítimas que a lei considera mais vulneráveis. Nos restantes casos, deve sempre prevalecer o direito à liberdade e à intimidade das pessoas. Entendendo-se, pois, que a punição de atividades sexuais entre adultos, na esfera da sua privacidade, agindo de livre vontade “significaria uma intromissão intolerável na vida íntima de cada um.*

Já não eram a moral ou os bons costumes que determinavam a intervenção penal, mas sim a pessoa do ofendido, sempre que posta em causa a expressão da sua liberdade sexual, entendida como um direito e uma condição para o seu normal e livre desenvolvimento».

3.4.2. Feitas estas considerações gerais e tendo presentes os ensinamentos acima resumidamente referenciados, preconizando o projeto sob análise a criação do tipo legal «assédio sexual», a questão que se coloca é a de saber se, face ao conjunto alargado de crimes que a lei penal prevê e à mudança de paradigma alcançada com a Reforma de 1995, se justifica, ainda assim, um tipo autónomo de crime de assédio sexual.

Estabelece a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, no seu art.º 40.º, sob a epígrafe “Assédio sexual” que: *«As Partes deverão adotar as*

⁵ *Ob. cit.*, p. 501.

⁶ A NOVA INCRIMINAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL – RETORNO AO DIREITO PENAL DOS BONS COSTUMES? Dissertação de Mestrado em Direito Criminal apresentada na Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, maio 2016.

medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que qualquer tipo de comportamento indesejado de natureza sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo, seja passível de sanções penais ou outras sanções legais».

Se é certo que a Convenção, enquanto instrumento jurídico vinculativo, contém deveres jurídicos para os Estados Partes, não é menos verdade que o disposto no mencionado artigo 40.º não implica *necessariamente* que haja um crime designado de *assédio sexual*, mas sim que a legislação permita punir esse assédio sexual, o que pode ser efetivado através de outros tipos legais de crime ou “outras sanções legais”, como o possibilita a própria Convenção.

O nosso Código Penal não consagra um crime específico de “assédio sexual”. Todavia, como referem José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro⁷, “(...) prevê, um conjunto de crimes, que variam consoante a gravidade do assédio, como seja a coação sexual (art. 163.º, n.º 1 do Código Penal), a ameaça à autodeterminação sexual (art. 153.º do Código Penal, p. ex. no envio de mensagens de cariz sexual), a importunação sexual (art. 170.º do Código Penal), as injúrias, por palavras, gestos, imagens, ou qualquer meio de expressão, que atenta contra a honra e consideração da vítima (arts. 181.º e 182.º do Código Penal)”, os atos reiterados de perseguição ou assédio de outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a prejudicar a sua liberdade de determinação (art.º 154.º-A).

Para além dessas reações criminais, como, outrossim, fazem notar os mesmos Autores, o ordenamento jurídico português disponibiliza ainda um conjunto de reações laborais (cfr. art.º 29.º do Código de Trabalho) e civilísticas que também tutelam os interesses aqui protegidos.

Ou seja, o legislador português, em linha com a Convenção, já sanciona as situações onde a reprovação social e legislativa deve revestir maior severidade, e fá-lo, de resto, nalguns casos, sensível ao fenómeno que nos ocupa, através de normas que consagram uma ampla tutela da liberdade sexual, como sucede no crime de importunação sexual previsto e punido no já mencionado art.º 170.º, no qual se tutelam *condutas próximas do limiar mínimo no que respeita à carência de tutela penal*⁸.

Nesta norma, tipificam-se as situações de *exibicionismo*, ou seja, «condutas em que o autor trata de envolver um terceiro numa ação sexual sem o seu consentimento ou

⁷ *Crimes sexuais, Análise Substantiva e Processual*, 3.ª edição, 2021, Almedina, p. 164.

⁸ Ver, com interesse, acórdão do TC 105/2013, TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 105/2013.

menosprezando a sua falta de maturação para decidir com liberdade, convertendo-o num mero objeto de prazer sexual alheio»⁹; os *contatos sexuais* não consentidos sem configurarem, no entanto, atos sexuais de relevo¹⁰; as *propostas de teor sexual*, onde se incluem as «condutas em que a vítima é confrontada com uma linguagem verbal, gestual ou escrita de teor sexual não desejada e que não tem vontade nem possibilidade de rejeitar, afrontando-a e importunando-a¹²»¹³.

A Convenção não foi, pois, esquecida pelo nosso legislador, simplesmente este considerou – e bem – que, se uns casos reclamam a intervenção do direito penal, outros há que, por não atingirem o *limiar mínimo no que respeita à carência de tutela penal*, não deverão ser criminalizados sob pena de violação dos princípios constitucionais da adequação, necessidade e proporcionalidade, a que, como o impõe o art.º 18.º, n.º 2, da CRP, devem obedecer quaisquer leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias.

Na verdade, tendo em consideração que «as sanções penais só se justificam quando indispensáveis, isto é, indispensáveis tanto na sua existência como na sua medida à conservação e à paz da sociedade civil»¹⁴, não se afigura, nem a exposição de motivos o fundamenta suficientemente, que a realidade social reclame, para além do quadro legal já vigente, a necessidade de criação de um novo tipo de crime ou a criminalização de outras condutas para além daquelas que já são passíveis de ser sancionadas, podendo tal intervenção do direito penal revelar-se excessiva¹⁵.

Conforme se pronunciou Tribunal Constitucional no acórdão n.º 108/99¹⁶: «O direito penal, enquanto *direito de protecção*, cumpre uma função de *ultima ratio*. Só se justifica,

⁹ Conde, Francisco Muñoz, *Derecho Penal, Parte Especial*, 9.ª edición, Tirant Lo Blanch, Valência, 1993, p. 416, citado por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, *Ob. cit.*, p. 163.

¹⁰ Segmento introduzido pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, cuja razão de ser assentou para o legislador na necessidade de reforçar a tutela da liberdade sexual – *vide*, José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, *Ob. cit.*, p. 163.

¹¹ Como escreveram os mesmos Autores, «*Algumas dúvidas suscitadas sobre a ampla tutela [que este crime de importunação sexual] trouxe para o direito penal português, à face dos parâmetros constitucionais, foram (...) constitucionalmente superadas pela apreciação da incriminação efetuada pelo Tribunal Constitucional que sublinhou que neste tipo de crime está, ainda, em causa o bem jurídico da liberdade sexual. Assim, segundo o Tribunal Constitucional, a tipificação do crime, na versão vigente até 2015, não colide com o princípio da necessidade da tutela penal que subjaz à liberdade sexual (Ac. n.º 105/2013)*».

¹² José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, *Ob. cit.*, p. 164.

¹³ Sobre as condutas integráveis neste tipo de crime, ver com interesse, na doutrina, Inês Ferreira Leite *A tutela Penal da Liberdade Sexual*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 1, janeiro-março 2011; Miguez Garcia e Castela Rio, *Ob. cit.*, pp. 812 e ss. Na jurisprudência, a título de mero exemplo, acórdãos do TRP de 06-05-2009, do TRP de 09-03-2011, do TRE de 15-05-2012, do TRP de 28-11-2012, do TRC de 26-02-2014 e do TRG de 17-12-2108, in www.dgsi.pt.

¹⁴ Sousa Brito, *A lei penal da Constituição, Estudos sobre a Constituição*, 1978, Vol. II, p. 218.

¹⁵ Contra a criminalização do denominado “piropo”, *vide*, Inês Ferreira Leite, *O Piropo*. In: *Capazes*. Lisboa, 2015. Disponível em <https://www.capazes.pt/cronicas/o-piropo-por-ines-ferreira-leite/view-all/>.

¹⁶ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990108.html>.

por isso, que intervenha para proteger *bens jurídicos* - e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos *violentas* do que as sanções criminais. É, assim, um direito enformado pelo *princípio da fragmentariedade*, pois que há-de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à protecção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. E enformado, bem assim, pelo *princípio da subsidiariedade*, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para protecção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais hão-de constituir sempre o último recurso».

Doutra parte, não importando aqui fazer uma análise pormenorizada dos elementos constitutivos dos tipos de crime acima mencionados, bastará fazer uma análise comparativa entre os comportamentos que se visam punir com a nova incriminação e aqueles que já são sancionados no nosso ordenamento jurídico para concluir que as condutas penalmente relevantes que não sejam socialmente toleráveis já são passíveis de ser integradas e punidas no âmbito de aplicação de outras incriminações, muito em particular no âmbito do crime de importunação sexual previsto e punido no art.º 170.º [com as agravantes previstas no art.º 177.º], pelo que não se justificará uma sobreposição de normas, sempre geradora de oscilações interpretativas e de problemas ao nível do concurso de crimes, que embaraçam inevitavelmente a realização da justiça.

3.5. Sem prejuízo do que acima se deixou exposto, relativamente às concretas alterações propostas, e não se questionando as opções de índole político-legislativas salientes no projeto, cumpre chamar a atenção para alguns fatores a ter em consideração.

3.5.1. Uma primeira observação será a de que se suscitem algumas reservas quanto à formulação proposta para o n.º 1 da nova norma incriminadora que se pretende introduzir.

Propõe-se para o mencionado n.º 1 a seguinte redação: *“Quem, de forma reiterada, fizer uma proposta, solicitar favores de natureza sexual, para si ou para terceiro, ou adotar um comportamento de teor sexual indesejado que humilhe, intimide, ofenda ou coloque em causa a dignidade da pessoa humana incorre na prática de crime de assédio sexual punido com pena de prisão até 3 anos”*.

Afigura-se-nos que a redação proposta para o preceito sob análise, ao separar com uma vírgula o segmento relativo a *“uma proposta”* e o segmento relativo a *“solicitar favores de natureza sexual”*, corre o risco de ser interpretada como exigindo o requisito *de natureza sexual* tão-somente em relação aos *favores*. Já as *propostas* podem ser de qualquer natureza, o que

redundará num conceito de tal forma abrangente e indeterminado que não permitirá ao destinatário da norma saber quais são os atos proibidos, o que colidirá com o princípio da tipicidade enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade (artigo 29.º, n.º 1, da Constituição).

Acresce que uma incriminação com essa amplitude pode revelar-se excessiva por ofender outros direitos fundamentais e abranger condutas sem qualquer relevância penal, o que não passará no crivo dos princípios constitucionais da necessidade e da proporcionalidade.

Por outro lado, mesmo admitindo que o legislador quis dizer “fizer uma proposta ou solicitar favores de natureza sexual” [o que terá que ser clarificado no tipo legal], face à forma como a norma se encontra construída, parece não se exigir, para que o agente esteja comprometido com a prática do crime nas modalidades de ação típica contempladas no primeiro segmento [*“Quem, de forma reiterada, fizer uma proposta, solicitar favores de natureza sexual para si ou para terceiro”*], que o comportamento seja indesejado — como o exige o art.º 40.º da Convenção de Istambul —, ou que haja qualquer importunação ou constrangimento da liberdade sexual da vítima, o que, para além de poder conflitar com os princípios da necessidade e subsidiariedade da tutela penal, nas relações sexuais entre adultos, deixa sérias dúvidas sobre qual será o bem jurídico que nesse caso se quer proteger¹⁷.

No que respeita ao termo “reiteração” e ao segundo segmento previsto no referido n.º 1 [*“ou adotar comportamento de teor sexual indesejado que humilhe, intimide, ofenda ou coloque em causa a dignidade da pessoa humana”*], socorremo-nos do que a propósito do crime de assédio sexual, proposto pelo BE¹⁸, afirmou Inês Ferreira Leite.

Escreveu esta Autora¹⁹ que *«(...) o mesmo corresponde à incriminação de constatações sociológicas, e nem sequer absolutamente comprovadas ou consensualmente integradas no imaginário social. Se o comportamento é “comportamento de teor sexual indesejado”, para quê a exigência de “atentando contra a dignidade da pessoa humana”? Parece que se está aqui a exigir do legislador uma tomada de posição sobre o assédio sexual – como conduta contrária à dignidade da pessoa humana – quando a mesma tomada de*

¹⁷ Sendo que, não havendo bem jurídico, a norma será materialmente inconstitucional Cfr., neste sentido, Acórdão do TC n.º 179/2012, *Diário da República* n.º 78/2012, Série I de 19-04-2012, apelando ao ensinamento de Figueiredo Dias: *“toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque materialmente inconstitucional.”*

¹⁸ Portal da Assembleia da República, Projeto de Lei n.º 661/XII/4.ª.

¹⁹ Contributos, Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais, <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38689>.

posição não é feita em relação a crimes muito mais graves, como o homicídio... Mais, não há acordo sobre o que seja um atentado à dignidade humana, nem no plano constitucional, sendo por isso muito indesejável a construção de um tipo penal – área do direito em que se exige a máxima clareza, certeza e consenso – de âmbito e aplicação tão duvidosos».

Por outro lado, continua, *“qualquer referência à reiteração como elemento do tipo é altamente indesejável em Direito Penal, por também ser geradora de dúvidas de aplicação, de decisões contraditórios, injustiça do caso concreto e incerteza quando ao âmbito da lei. Penso que o melhor é manter o assédio sexual como uma forma de constrangimento que decorre do abuso de posição de domínio, apesar de não haver um dissentimento expresso da vítima. É também mais adequado fazer uma ligeira alteração ao crime de importunação sexual, deixando claro que não é preciso um contacto físico. Assim, passaríamos a ter duas formas de assédio sexual: com maior gravidade, porque consumado de alguma forma (163.º), com menor gravidade, porque se ficou no plano da proposta ou da intimidação sexual (170.º).*

Para o caso de vingar a presente iniciativa legislativa, alerta-se, conforme já foi feito no parecer emitido por este Conselho no âmbito do Projeto Lei n.º 661/XII/4.^a (BE), em que foi proposta uma norma com uma formulação muito similar, que carecem de rigorosa concretização concetual as expressões indeterminadas *proposta, solicitar favores de natureza sexual*, ou, ainda, *adotar um comportamento de teor sexual indesejado*, pois, como aí se disse, «sob pena de, em nome da protecção de determinados interesses e bens jurídicos se cair no extremo oposto de comprimir desmesuradamente a liberdade individual, importará definir com rigor os contornos das condutas típicas penalmente relevantes(...)».

Por fim, e ainda quanto ao referido número, merece reparo a inserção no tipo legal da expressão *“incorre na prática de crime de assédio sexual”*, a qual se traduz numa desnecessidade²⁰ e não tem paralelo em qualquer outra norma do Código Penal.

3.5.2. Também a formulação proposta para o n.º 2 do novo tipo incriminador suscita algumas reservas.

Propõe-se nesse novo preceito que: *«Quem, no âmbito dos números anteriores, assediar sexualmente pessoa especialmente vulnerável em razão da idade, da saúde, deficiência física ou mental, gravidez ou da sua situação económica e social, ou tiver cometido o facto prevalecendo-se de dependência económica da vítima ou de uma situação de superioridade laboral, hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, ou de docência ou com o intuito expresso ou tácito de causar à vítima*

²⁰ Seria o mesmo que dizer, por exemplo, no art.º 131.º, epígrafado “Homicídio”, o seguinte: “Quem matar outra pessoa incorre na prática do crime de homicídio punido com pena de prisão de 8 a 16 anos”.

um mal relacionado com as legítimas expectativas que aquela possa ter no âmbito de referida relação, será punido com uma pena de prisão até cinco anos».

Ora, face à arrumação sistemática já consolidada no Código Penal e tendo em vista a boa harmonização do sistema, afigura-se que melhor seria inserir as circunstâncias agravantes previstas para o n.º 2 do novo tipo legal de crime no art.º 177.º, donde constam as agravantes dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e onde, de resto, já figuram algumas das agravantes agora propostas [cfr. art.º 177.º, n.º 1, als. b) e c)²¹], evitando assim, em relação a essas, uma duplicação de previsões agravantes e eventuais dúvidas interpretativas que a mesma geraria.

3.5.3. Cumpre ainda observar que a consagração legal de conceitos tão abrangentes e abertos como os propostos para o n.º 3 impõe igualmente um papel reforçado ao aplicador do direito na sua interpretação e nada beneficiam a exigível certeza jurídica, carecendo, por exemplo, de rigorosa concretização concetual a expressão *“ainda que não sejam reiterados, constituam uma forma de pressão”*, conforme este Conselho já observou no parecer acima mencionado em relação ao Projeto Lei n.º 661/XII/4.^a.

3.5.4. Propõe-se ainda para o referido art.º 163.º-A um número 4 com a seguinte redação: *“Incorre na pena prevista no número 2, quem praticar o ato em co-autoria ou cumplicidade”*.

Ora, conforme se observou no parecer emitido por este Conselho acima mencionado, «na determinação da medida da pena, o artigo 71.º do Código Penal, manda atender à culpa do agente e às exigências de prevenção, devendo o tribunal, na determinação concreta da pena, atender a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele (...)». O modo de execução do crime — em co-autoria ou cumplicidade — deverá, pois, como aí também se disse, «ser entendido na graduação da medida concreta da pena, não se justificando que, autonomamente, deve ser considerado como agravante do crime em questão».

²¹ Prescreve o art.º 177.º, n.º 1, que: “As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º (...) são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:

a) (...); ou

b) Se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação.

c) For pessoa particularmente vulnerável, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez”.

Para além disso, importa fazer notar que o n.º 4 do art.º 177.º já prevê como circunstância agravante os casos em que o crime seja cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas, relativamente aos crimes dos artigos 163.º a 168.º (onde se incluirá o art.º 163.º-A).

3.5.5. Prevê-se, por fim, a inserção no normativo em análise dos números 5 e 6, com o seguinte teor:

«(...) 5. O crime de assédio sexual não está dependente de queixa.

6. Sem prejuízo do disposto no número anterior, nos procedimentos iniciados pelo Ministério Público relativamente ao crime de assédio sexual e que não tenham sido praticados contra menor ou deles não tenha resultado suicídio ou morte da vítima, a vítima pode, a todo o tempo, requerer o arquivamento do processo, só podendo o Ministério Público rejeitar tal requerimento quando, de forma fundamentada, considere que o prosseguimento da ação penal é o mais adequado à defesa do interesse da vítima e que o pedido se deuen a qualquer tipo de condicionamento por parte do arguido ou de terceiro, caso em que deverá promover sempre a aplicação das medidas necessárias à sua protecção contra eventuais retaliações (...).»

Em regra, ensina Jorge Figueiredo Dias²², «a existência de um processo penal é determinada pelo MP através do *princípio da oficialidade*: aquele tem de investigar oficiosamente todos os crimes de que tenha notícia; e, em caso de indícios suficientes – ressalvadas as limitações derivadas do reconhecimento legal do princípio da oportunidade -, tem de deduzir a respectiva acusação (CPP, arts. 48.º, 262.º-2 e 283.º-1)».

No nosso direito penal, por norma, os crimes revestem natureza pública.

Assim, sempre que a lei penal nada estabelecer num determinado tipo legal de crime relativamente ao procedimento criminal, o crime é público, competindo ao Ministério Público, titular da ação penal, uma vez adquirida a notícia do crime, iniciar e dar andamento ao procedimento criminal.

Daqui decorre que, em termos de técnica legislativa, não se mostra acertada a norma projetada para o n.º 5, na medida em que, como ocorre com os outros tipos legais, não existindo na lei penal norma que atribua ao crime natureza semipública ou particular [note-se que o próprio projeto lei em apreço exclui o art.º 163.º-A do elenco dos crimes previstos no art.º 178.º], o crime será público.

²² *Direito Penal Português, Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, p. 664.

Visa o projeto de lei em apreciação conferir natureza pública ao crime de “assédio sexual”.

A definição de um crime como público, semipúblico ou particular é inquestionavelmente uma opção de política criminal, sobre a qual não caberá ao CSM emitir parecer, pelo que nos limitaremos, igualmente, neste particular, a fazer breves considerações duma perspetiva de coerência do sistema jurídico-penal.

De acordo com o projeto sob análise, bastará a notícia do crime para que o Ministério Público possa desencadear a ação penal, sem que para tanto seja necessária qualquer manifestação de vontade por parte da vítima.

No que tange à função da exigência de queixa e/ou de acusação particular para determinados tipos de crimes, doutrina Jorge Figueiredo Dias que “pode o **significado criminal relativamente pequeno do crime** (bagatelas penais e pequena criminalidade) tornar aconselhável, de um ponto de vista político-criminal, que o procedimento penal respectivo só tenha lugar se e quando tal corresponder ao interesse e à vontade do titular do direito de queixa, nomeadamente da pessoa ofendida (...).

Por outro lado, continua, a existência de crimes semipúblicos e estritamente particulares serve a função de evitar que o processo penal, prosseguindo sem ou contra a vontade do ofendido, possa, em certas hipóteses, representar uma inconveniente (ou mesmo inadmissível) intromissão na esfera das relações pessoais que entre ele e os outros participantes processuais intercedem.

E, finalmente, pode servir, diz ainda, “a função de específica **proteção da vítima** (ofendido) do crime”, dando como exemplo “os crimes que afectam de maneira profunda a **esfera da intimidade** daquela. Quem seja vítima de um crime que penetre profundamente em valores da intimidade — nomeadamente, mas não só, da esfera sexual ou familiar [cf., *v. g.*, os arts. 178.º e ss. (...)] — deve poder, em princípio, decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e a consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem frustra-se as intenções político-criminais que, nesses casos, se pretenderam alcançar com a criminalização”.

Também Maia Gonçalves²³, pronunciando-se em concreto em relação aos crimes sexuais, afirmou que “[O] fundamento da natureza semi-pública destes crimes continua a ser o querer a lei dar à pessoa ofendida ou ao seu representante a possibilidade de escolha entre

²³ *Código Penal Português, Anotado e Comentado e legislação complementar*, 5.ª ed. – 1990, p. 473.

a perseguição do crime, com o conseqüente escândalo que, em regra, lhe está ligado, e o esquecimento e recato.”

A razão de tal opção legislativa prende-se, como igualmente, refere Paulo Pinto de Albuquerque²⁴, com o facto de se tratar de crimes que tutelam a “esfera mais íntima da personalidade”.

Na realidade, nos casos em que a intimidade da vítima é atingida de forma mais intensa, vê-se com dificuldade que se retire à vítima ou ao titular do direito de queixa — maior de idade e no uso pleno das suas capacidades para optar, livre e conscientemente, pelo exercício desse direito — o poder de decidir sobre o início da ação penal, sendo-lhe perfeitamente legítimo preferir o esquecimento à estigmatização a que normalmente está associado este tipo de processos.

A imposição da «vontade» do Estado na revelação do crime e na perseguição criminal do agressor, obrigando a vítima a participar num processo contra a sua vontade, pode gerar mais danos do que aqueles que visa evitar. Basta pensar que a perseguição penal do agressor pode potenciar, como o reconhece a própria exposição de motivos, a revitimização e ter o efeito perverso de perpetuar o sofrimento da vítima e a estigmatização emergente da publicidade do crime. Parafraçando Costa Andrade, “a intervenção do direito penal neste domínio pode ser mais prejudicial do que benéfica, quando for contra a vontade da vítima (...)”²⁵

Naqueloutros casos em que, para utilizar as palavras de Miguez Garcia e Castela Rio²⁶, a “fronteira do punível será bastante ténue”, não se vislumbra qualquer razão, tendo presente os ensinamentos doutrinários acima referidos, para atribuir natureza pública ao dito crime de assédio sexual, não parecendo, por outro lado, acertado distingui-lo, a este nível, do crime de importunação sexual, ao qual é conferida natureza semipública nos termos do art.º 178.º.

3.6. A fixação de molduras penais nos tipos de crime é sempre uma opção de política criminal, sobre a qual não caberá ao CSM emitir parecer.

²⁴ *Comentário do Código Penal*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, p. 556.

²⁵ *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, p. 268. No mesmo sentido, Maria João Antunes, citando Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, 1999, p. 596.

²⁶ *Ob. cit.*, p. 814. Defendem estes Autores a atribuição de natureza particular ao crime de importunação sexual, quando a “vítima” for “um adulto importunado”.

Todavia, e de modo a salvaguardar, também aqui, a coerência de todo o sistema legislativo, não pode deixar de se chamar a atenção para alguns pontos a considerar.

Conforme se escreve no Acórdão do TC n.º 298/2005²⁷, “O legislador (...) há-de (...) ter em conta que a ideia de necessidade da pena leva implicada a da sua adequação e proporcionalidade. Ou seja: na previsão das penas, deve ele procurar uma justa medida - uma adequada proporção - entre as penas e os factos a que elas se aplicam: a gravidade das penas deve ser proporcional à gravidade das infracções”. É o que resulta também do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, que condiciona a legitimidade das restrições de direitos à necessidade, adequação e proporcionalidade das mesmas.

Partindo desta ideia fundamental, e perante as alterações gizadas pelo presente projeto, uma primeira observação que cumprir fazer será a de que a pena de 3 anos de prisão e a não previsão como pena principal (também) da pena de multa, que se propõe para o n.º 1 do novo art.º 163.º-A, a manter-se o quadro legal atual, poderá revelar-se desadequada e desproporcional em relação à punição prevista para outros tipos de crime, desde logo para o crime de importunação sexual previsto no n.º 1 do art.º 170.º e punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Mais: a vingar a moldura penal abstrata proposta, passará a ser mais severamente punido o tipo-base de assédio sexual do que o crime de importunação sexual agravado (cfr. arts. 170.º e 177.º).

De igual modo, considerando que as penas estão sujeitas ao princípio da culpa — o que significa que em caso algum a medida da pena pode ultrapassar a medida da culpa —, parece excessiva a pena de 5 anos de prisão prevista para o n.º 2, onde estão abrangidas situações enquadráveis na pequena e média criminalidade, a qual se poderá ainda mostrar desproporcionada face às exigências de reinserção do agente na sociedade visada com a aplicação da pena (art.º 40.º do Código Penal).

Observa-se ainda que, no que tange ao limite máximo, a punição proposta poderá criar assimetrias de difícil justificação em relação a outros crimes atualmente sancionados com a mesma pena, como sucede, a título de mero exemplo, com os crimes de homicídio privilegiado, de infanticídio ou de violência doméstica, punidos respetivamente, nos artigos 133.º, 136.º e 152.º, n.º 1.

²⁷ Diário da República n.º 144/2005, Série II, de 2005-07-28.

Por último, faz-se notar que se prevê que o novo crime (quer o tipo fundamental, quer o tipo qualificado) seja unicamente punido com pena de prisão, deixando de ser possível a aplicação da pena de multa, em alternativa à prisão, a título de pena principal.

Esta solução de política criminal desvia-se, em matéria de consequências jurídicas do crime, do sentido que tem sido seguido desde a aprovação do Código Penal de 1982.

Na verdade, uma das opções fundamentais de política criminal do Código Penal de 1982, norteadas pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e da subsidiariedade, foi a “*de fazer da multa a pena legalmente preferida, face à de prisão*”²⁸.

A Reforma Penal de 2007 acentuou, nessa mesma linha, a restrição da aplicabilidade da pena de prisão à criminalidade mais grave e a diversificação das penas não privativas da liberdade para a pequena e média criminalidade, de modo a reforçar progressivamente o propósito da integração social e reduzir a utilização da pena de prisão.

Com a presente iniciativa legislativa, o crime em análise passa a ser punido unicamente com a pena mais estigmatizante de todas as sanções jurídicas, retirando ao juiz a possibilidade de, em casos de pequena e média criminalidade, optar por aplicar, a título principal, uma pena de multa, como sucede no regime atual, quando, no processo de escolha da pena, seja de supor que aquela permitirá satisfazer de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, o que sugere maior ponderação face às condutas suscetíveis de integrar este tipo de crimes.

**

4. Conclusão

O projeto legislativo em causa dá corpo a legítimas opções de política legislativa, sobre as quais não compete ao Conselho Superior da Magistratura pronunciar-se.

Nas matérias que respeitam à prática judiciária, o Conselho Superior da Magistratura apresenta apenas as observações *supra* exaradas, salientando que algumas das modificações preconizadas poderão suscitar mais problemas do que aqueles que visam resolver, bem como dúvidas interpretativas que se afigura, desde já, deverem ser atalhadas.

De todo o modo, coloca-se à superior consideração de Vossa Excelência a ponderação dos comentários e sugestões acima expedidos.

²⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, p. 120.

 **Graça Maria
Andrade Paula
Pissarra**
Adjunta

Assinado de forma digital por Graça Maria
Andrade Paula Pissarra
f428cb8f8e44025fd16ae3cd40de6c6e6ebdbdf6
Dados: 2021.06.16 21:03:00