

Revisita Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 29 N.º 3 | Quadrimestral | setembro - dezembro 2019

SEPARATA


idpee
INSTITUTO DE DIREITO PENAL
ECONÓMICO E EUROPEU

GESTLEGAL

Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica *

Sumário: Nota prévia; I. Oportunidade e método da reforma; II. A construção dos tipos legais da *Coacção sexual* e da *Violação*; 1. Os elementos relevantes; 2. O constrangimento exige o exercício de violência ou a resistência da vítima?; 3. Constrangimento, dissentimento e falta de “consentimento” da vítima; 3.1. O posicionamento da vítima perante o acto sexual e o bem jurídico protegido; 3.2. A ordenação da interacção com terceiros na esfera sexual (delimitação do risco proibido); 3.3. A formulação da conduta típica: constrangimento *versus* prática de actos sexuais recusados pela vítima; III. A exacerbação punitiva da reforma; 1. A preferência dos projectos de lei pela pena de prisão efectiva; 2. A privação da liberdade em Portugal, no contexto dos países do Conselho da Europa e da União Europeia; 3. Conclusão intercalar; IV. O salutismo penal e a expropriação de direitos da vítima; 1. A conversão de certos crimes semi-públicos em crimes públicos; 2. A eliminação da suspensão provisória do processo nos crimes de violência doméstica; 3. A destituição do direito de recusa de depoimento (art. 134.º, n.º 1, do CPP); 4. Conclusão intercalar; V. Conclusões.

Nota prévia

As observações seguintes devem ser lidas como *reflexões liminares* sobre os traços principais de alguns dos dezoito projectos de

* As presentes observações foram enviadas ao Grupo de Trabalho — Alterações Legislativas — Crimes de Perseguição e Violência Doméstica, da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República, como complemento da audição que teve lugar no dia 31-05-2019 sobre o tema em epígrafe. O documento encontra-se disponível no sítio da AR, na página respectiva (<<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?-BID=112563>>). Procede-se agora à sua publicação, com ligeiríssimas adaptações que em nada modificam o sentido do documento original.

Agradeço às Senhoras Prof.^a Doutora Maria João Antunes e Prof.^a Doutora Sónia Fidalgo as trocas de impressões generosas e descomprometidas sobre algumas das questões aqui envolvidas. Agradeço também ao Lic. Tiago Norte o auxílio na síntese dos diplomas e na identificação dos principais problemas por eles suscitados. Eventuais lapsos e erros de análise são da minha inteira responsabilidade.

Por opção do autor o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

lei que nos foram enviados para análise, no dia 15 de Maio de 2019, pelo Grupo de Trabalho — Alterações Legislativas — Crimes de Perseguição e Violência Doméstica da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, e que foram apreciados na audição conjunta realizada pelo mesmo Grupo no dia 31 de Maio de 2019 ¹.

¹ *Projeto de Lei n.º 976/XIII/3 — Altera o Código Penal, reforçando o combate à violência doméstica, sexual e sobre menores (46.ª alteração ao Código Penal);*

Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4 — Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de violação, adaptando a legislação à Convenção de Istambul ratificada por Portugal;

Projeto de Lei n.º 1058/XIII/4 — Procede à alteração dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal, em respeito pela Convenção de Istambul (47.ª alteração ao Código Penal);

Projeto de Lei n.º 1089/XIII/4 — Altera o Código de Processo Penal prevendo a imposição de condutas ou a proibição de contacto quando há fortes indícios de prática de crime de perseguição (Procede à 39.ª alteração ao Código de Processo Penal);

Projeto de Lei n.º 1105/XIII/4 — Possibilita a aplicação de imposição de condutas ou a proibição de contacto quando há fortes indícios da prática do crime de perseguição (33.ª alteração ao Código de Processo Penal);

Projeto de Lei n.º 1111/XIII/4 — Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de perseguição, permitindo a aplicação da medida preventiva de proibição de contacto com a vítima;

Projeto de Lei n.º 1113/XIII/4 — Determina uma maior protecção para as crianças no âmbito de crimes de violência doméstica;

Projeto de Lei n.º 1147/XIII/4 — 47.ª Alteração ao Código Penal, criando restrições à suspensão da execução da pena de prisão nos processos por crime de violência doméstica e elevando a moldura penal deste crime;

Projeto de Lei n.º 1148/XIII/4 — 32.ª Alteração ao Código de Processo Penal, impedindo a recusa de depoimento por parte da vítima de violência doméstica e proibindo a suspensão provisória dos processos por crime de violência doméstica;

Projeto de Lei n.º 1149/XIII/4 — 32.ª Alteração ao Código de Processo Penal, permitindo a aplicação da medida de coação de proibição e imposição de condutas quando houver fortes indícios da prática do crime de perseguição;

Projeto de Lei n.º 1150/XIII/4 — 3.ª Alteração à Lei n.º 2/2008, de 14 de janeiro (regula o ingresso nas magistraturas, a formação de magistrados e a natureza, estrutura e funcionamento do Centro de Estudos Judiciários), assegurando formação obrigatória aos magistrados em matéria de violência doméstica;

A exiguidade do tempo disponível, conjugada com tarefas profissionais inadiáveis, tornam estas observações necessariamente incompletas (versam apenas alguns dos tópicos relevantes), lacunosas (não esgotam o tratamento de cada tópico), generalizadoras (não analisam cada projecto de lei de maneira individualizada) e, em vários pontos, carecidas de maior ponderação e fundamentação. É, por isso, o contributo possível no contexto de urgência legislativa que nos foi comunicado na audição conjunta.

I. Oportunidade e método da reforma

1. Em 2016, a Alemanha aprovou uma reforma (parcial) dos crimes sexuais previstos no Código Penal alemão (StGB), cujo regime não era significativamente alterado desde 1997. Para esse efeito, o

Projeto de Lei n.º 1151/XIII/4 — 6.ª Alteração à Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas;

Projeto de Lei n.º 1152/XIII/4 — Reforça os mecanismos legais de proteção das vítimas de violência;

Projeto de Lei n.º 1155/XIII/4 — Reformula os crimes de violação, coação sexual e abuso sexual de pessoa inconsciente ou incapaz no Código Penal, ao abrigo do disposto na Convenção de Istambul, e alarga o âmbito de aplicação da medida de coação de proibição de contacto aos crimes de ameaça, coação e perseguição (stalking);

Projeto de Lei n.º 1165/XIII/4 — Assegura formação obrigatória aos magistrados em matéria de igualdade de género e de violência doméstica (3.ª alteração à Lei n.º 2/2008, de 14 de janeiro);

Projeto de Lei n.º 1166/XIII/4 — Consagra a natureza de crimes públicos dos crimes de ameaça e de coação, adequando-os ao crime de violência doméstica (quadragésima sétima alteração ao Código Penal);

Projeto de Lei n.º 1178/XIII/4 — Consagra a natureza de crime público do crime de perseguição, verificadas determinadas circunstâncias agravantes, bem como a possibilidade de aplicação de medidas preventivas (47.ª alteração ao Código Penal e 31.ª alteração ao Código de Processo Penal);

Projeto de Lei n.º 1183/XIII/4 — Protege as crianças que testemunham crimes de violência doméstica e torna obrigatória a recolha de declarações para memória futura no decorrer do inquérito (6.ª alteração ao regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e à assistência das suas vítimas).

Ministro da Justiça Heiko Maas nomeou uma comissão em Fevereiro de 2015, que apresentou parte do seu projecto em 25 de Abril de 2016 ². O Parlamento alemão introduziu várias modificações e a lei de reforma foi aprovada em Julho de 2016. A pressa (relativa!) com que o processo foi conduzindo mereceu críticas da doutrina:

“From a political perspective, it is understandable that this reform was pushed forward quickly. From a legal point-of-view, the hastiness is regrettable. It would have been preferable to strive for a comprehensive reform, based on a careful examination of the entire Sect. on sexual offenses in the StGB, which encompasses many more offenses than Sect. 177” ³.

A comissão ministerial prosseguiu com os seus trabalhos e produziu um relatório final, em 19 de Julho de 2017, com 1399 páginas; mais de uma terça parte do volume (550 páginas) consiste em pareceres de académicos e especialistas ⁴. De acordo com a mesma Autora, não é provável que este relatório inspire novas alterações num futuro próximo, porque “a polícia, o Ministério Público, os tribunais e os advogados de defesa precisam de tempo para se adaptarem ao novo e bastante complicado § 177 do StGB. Uma nova reforma na área dos crimes sexuais encontraria uma resistência séria” ⁵.

2. Em Portugal, a revisão do Código Penal (CP) de 1995 consagrou uma profunda reforma dos crimes sexuais, transformando-os em verdadeiros crimes contra a pessoa (liberdade e autodeterminação sexual) ⁶.

² Deutscher Bundestag. 18. Wahlperiode. Gesetzentwurf der Bundesregierung. *Drucksache* 18/8210, 25.04.2016.

³ TATJANA HÖRNLE, “The new German law on sexual assault and sexual harassment”, *German Law Journal* 18-6 (2017), p. 1315 e s.

⁴ *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas am 19. Juli 2017 vorgelegt*, disponível em <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf;jsessionid=2E-D60B8E4113CA6D4279B6EBAA505B05.2_cid289?__blob=publicationFile&v=1>.

⁵ TATJANA HÖRNLE, *últ. loc. cit.*

⁶ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*, Vol. 1, 2.ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1997, p. 1394-1403.

O regime foi depois sucessivamente modificado em cinco ocasiões, duas das quais em 2015 ⁷.

Nos últimos vinte anos, o regime do crime de violência doméstica foi também alterado em cinco momentos distintos ⁸.

Prepara-se agora nova reforma.

2.1. Será relativamente consensual a ideia de que o CP, especialmente no que diz respeito aos crimes mais emblemáticos (onde se integram seguramente a coacção sexual e a violação, bem como, dada a sua cada vez maior visibilidade mediática, a violência doméstica), não deve ser alvo de constantes modificações, sob pena de se cair naquilo que começou a designar-se, em tom jocoso, por “processo legislativo em curso”. Tendo já sido aprovada legislação para dar cumprimento à Convenção de Istambul, torna-se difícil para os cidadãos compreender que o legislador invoque de novo os *mesmos* motivos para alterar o CP. Nesta matéria, não se pode legislar por tentativa e erro.

Alterações com tal relevância necessitam de verdadeiros pactos de regime e não podem ficar à mercê de maiorias conjunturais, que se fazem e desfazem em menos de uma legislatura, para satisfação deste ou daquele grupo de interesses. A vontade dos cidadãos — sempre tão invocada nas exposições de motivos dos projectos legislativos — é a de que o Parlamento leve tanto tempo quanto necessário para estudar adequadamente a necessidade de alterações legislativas e depois actue em

⁷ Lei n.º 65/98, de 02/09, Lei n.º 99/2001, de 25/08, Lei n.º 59/2007, de 04/09, Lei n.º 83/2015, de 05/08 (que visou dar cumprimento ao disposto na Convenção de Istambul) e Lei n.º 103/2015, de 24/08 (transposição de uma directiva da UE). Sobre esta evolução mais recente, e em particular sobre o processo de aprovação da Lei n.º 83/2015, vd. PEDRO CAEIRO / JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, “Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau”, in Tong Io Cheng / Hugo Duarte Fonseca (coord.), *Um Diálogo Consistente: Olhares Recentes Sobre Temas do Direito Português e de Macau*, vol. I, Associação de Estudos de Legislação e Jurisprudência de Macau, 2016, p. 191 e ss. [publicado também na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 26 (2016), p. 235-294], com outras referências bibliográficas.

⁸ Lei n.º 65/98, de 02/09, Lei n.º 7/2000, de 27/05, Lei n.º 59/2007, de 04/09, Lei n.º 19/2013, de 21/02 e Lei n.º 44/2018, de 09/08.

conformidade, de uma forma que se deseja tendencialmente “definitiva”, até que uma alteração substancial da *realidade* ou dos *deveres* internacionais / europeus do Estado exija nova intervenção.

2.1.1. Os projectos de lei em análise não se escoram numa mudança da realidade (social ou judiciária) que justifique modificações profundas da lei.

Por um lado, não se apresentam dados empíricos fiáveis que permitam concluir pela existência de um aumento *real* dos crimes sexuais e de violência doméstica. Trata-se de uma questão que pode ser respondida, com razoável segurança, através de estudos criminológicos. Importaria saber, p. ex., até que ponto certos índices de criminalidade com expressão mais elevada se devem a uma diminuição de cifras negras (por aumentar a taxa de participações); ou até que ponto esse “aumento” se deve, muito simplesmente, às sucessivas ampliações dos tipos legais e consequente dilatação da mancha de punibilidade (a “criação de crime” pelo legislador). Não se pretende com isto afirmar que essas *são* as causas do aumento dos valores nominais de certos crimes (que aliás é simplesmente pressuposto nas exposições de motivos), mas apenas sublinhar que, atendendo ao tipo de criminalidade em causa, se trata de fenómenos plausíveis, sendo necessário estudar o problema com rigor antes de avançar as vias da sua solução.

Por outro lado, mesmo que se desse um aumento real deste tipo de criminalidade, ou que se pretendesse reduzi-lo através de nova intervenção legislativa, os projectos de lei não identificam estudos que corroborem a capacidade dos mecanismos propostos (em especial, a elevação das molduras penais e aquilo que pode designar-se por “preferência pela pena de prisão efectiva”⁹) para contrariar aquela putativa tendência.

Como se diz expressamente na exposição de motivos de alguns deles, legisla-se para as “percepções” do público e para as “expectativas” das vítimas. Num dos projectos que nos foram submetidos, referem-se mais de 400 decisões de condenação por crimes sexuais — mas seleccionam-se apenas, para fundamentar a necessidade de intervenção

⁹ Vd. *infra*, III-1.

em certo sentido, três ou quatro decisões controversas, que em dado momento fizeram as capas dos jornais sensacionalistas e a abertura dos programas da manhã na televisão.

Ora, a lei não pode ser pensada para resolver este ou aquele caso. Nem é constitucionalmente admissível que a restrição de direitos ínsita nas penas criminais tenha como fundamento o “envio de sinais” ou “mensagens” para a sociedade, ou o propósito de evitar a “frustração das expectativas” das vítimas ou de terceiros. A restrição de direitos implicada nas penas criminais só estará de acordo com os princípios da proporcionalidade e necessidade contidos no art. 18.º, n.º 2, da Constituição se tiver por fundamento a protecção de bens jurídico-penais¹⁰ contra condutas com dignidade penal e carecidas de pena¹¹. Neste aspecto, é crucial distinguir o plano do *regime jurídico-constitucional* que vincula o legislador penal¹² daquele outro em que se movem as *construções doutrinárias*, que gozam da maior liberdade e podem perfeitamente atribuir às penas (e ao direito penal) outros fundamentos e finalidades (a retribuição, a estabilização contrafáctica de expectativas comunitárias, etc.).

Não existe um estalão, nacional ou internacional, que defina taxas ideais de prisão efectiva / penas alternativas para os crimes sexuais (ou quaisquer outros). Consequentemente, e a título de exemplo, a proposição segundo a qual os tribunais “exageram” na frequência da substituição da pena de prisão pela suspensão da respectiva execução

¹⁰ Cf., por todos, a lição de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais — A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 119 e ss.

¹¹ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2 (1992), p. 178 e ss.

¹² Como o Tribunal Constitucional já fez questão de deixar claro em várias ocasiões: vd. só, a título de exemplo, a saga da fracassada criminalização do enriquecimento ilícito / injustificado e as decisões do Tribunal Constitucional que sobre ela recaíram (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, de 4-04-2012, e n.º 377/2015, de 27-07-2015); vd. também, no mesmo sentido da inconstitucionalidade daquelas normas incriminadoras por inexistência de um bem jurídico digno de tutela, PEDRO CAEIRO, *Quem Cabritos Vende e Cabras Não Tem...*, Instituto Jurídico, 2015, p. 9 e ss. (disponível em <https://ij.fd.uc.pt/publicacoes/escritosbreves/escritos_breves_n1.pdf>).

só poderia fundamentar-se na demonstração de uma aplicação incorrecta da lei estatisticamente significativa. Para esse efeito, seria necessário proceder a um levantamento tendencialmente exaustivo das decisões dos últimos anos e dos respectivos pressupostos de facto, pois só assim seria possível concluir por um desvio flagrante entre a maneira como os tribunais aplicam a lei e o sentido intencionado pelo legislador. Nada disto consta, salvo erro da nossa parte, dos trabalhos preparatórios: apenas percepções e os casos trazidos pela espuma dos dias.

Além disso, deve notar-se que uma eventual aplicação incorrecta da lei pelos tribunais tem os seus remédios próprios (o sistema de recursos e as avaliações dos magistrados), inerentes à independência do poder judicial, e o legislador não deve, em princípio, invadir esse domínio reservado. Só não será assim em casos excepcionais, onde se consolide uma corrente jurisprudencial (nomeadamente nos tribunais superiores) que o legislador entenda ser incompatível com a ordenação desejada.

2.1.2. Por último, parte das novas propostas apresentadas — nomeadamente, a reformulação dos tipos legais da *Coacção sexual* e da *Violação* e a respectiva transformação em crimes públicos — invocam a necessidade de cumprir os deveres decorrentes da Convenção de Istambul.

Como dissemos, o legislador nacional já se entregou a essa tarefa em 2015, com a Lei n.º 83/2015, de 05/08, que, *inter alia*, modificou os tipos legais da *Coacção sexual* e da *Violação*, de maneira a que a conduta típica não exigisse necessariamente a violência ou a ameaça grave.

Neste contexto, só circunstâncias excepcionais podem justificar novas modificações da lei. Essas circunstâncias incluem, decerto, a verificação de uma situação de incumprimento de obrigações internacionais, que todavia implicará, no caso, o concomitante reconhecimento político de que o legislador de 2015 falhou no seu objectivo de adaptar a lei nacional ao direito internacional — comprovando-se assim o perigo já mencionado de as reformas parcelares e pouco amadurecidas se transformarem num processo legislativo contínuo e interminável.

2.2. Pelas brevíssimas razões expostas, uma reforma do regime dos crimes em causa não me parece dever ser feita de uma maneira apresada e pouco fundamentada. A vertigem da intervenção legislativa contínua, sem a devida identificação e avaliação dos *resultados* de reformas anteriores, é altamente pernicioso para o direito penal.

Sem prejuízo, naturalmente, de — num tempo mais longo — se identificarem com rigor os problemas efectivamente existentes e se ponderarem as melhores vias para a respectiva solução. De outra forma, o legislador ver-se-á, num futuro próximo, na mesma contingência em que se encontra agora: intervir novamente, com os mesmos propósitos. E assim sucessivamente.

II. A construção dos tipos legais da *Coacção sexual* e da *Violação*

1. Os elementos relevantes

1.1. O art. 163.º do Código Penal dispõe o seguinte:

Artigo 163.º Coacção sexual

1. Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos.

1.2. O art. 164.º do Código Penal dispõe o seguinte:

Artigo 164.º Violação

1. Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

- b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; é punido com pena de prisão de três a dez anos.
- 2. Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa:
 - a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou
 - b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

1.3. A *Convenção de Istambul*¹³ prevê, nesta matéria, as seguintes obrigações:

Article 36 Sexual violence, including rape

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:
 - a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
 - b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
 - c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.
2. Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.
3. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.

1.4. O *Relatório Explicativo* da Convenção tece, a este propósito, as seguintes considerações:

Article 36 Sexual violence, including rape

189. This article establishes the criminal offence of sexual violence, including rape. Paragraph 1 covers all forms of sexual acts which are

¹³ *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 12 April 2011 (CETS 210).

performed on another person without her or his freely given consent and which are carried out intentionally. The interpretation of the word “intentionally” is left to domestic law, but the requirement for intentional conduct relates to all the elements of the offence.

190. [...].

191. When assessing the constituent elements of offences, the Parties should have regard to the case-law of the European Court of Human Rights. In this respect, the drafters wished to recall, subject to the interpretation that may be made thereof, the *M.C. v. Bulgaria* judgment of 4 December 2003, in which the Court stated that it was “persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member states’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim” (§ 166). The Court also noted as follows: “Regardless of the specific wording chosen by the legislature, in a number of countries the prosecution of non-consensual sexual acts in all circumstances is sought in practice by means of interpretation of the relevant statutory terms (‘coercion’, ‘violence’, ‘duress’, ‘threat’, ‘ruse’, ‘surprise’ or others) and through a context-sensitive assessment of the evidence” (§ 161).

192. Prosecution of this offence will require a context-sensitive assessment of the evidence in order to establish on a case-by-case basis whether the victim has freely consented to the sexual act performed. Such an assessment must recognise the wide range of behavioural responses to sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behaviour in such situations. It is equally important to ensure that interpretations of rape legislation and the prosecution of rape cases are not influenced by gender stereotypes and myths about male and female sexuality.

193. In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent. Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances.

1.5. O Relatório GREVIO ¹⁴, de Janeiro de 2019, expende o seguinte:

173. In Portugal, the definition of sexual crimes given in the PCC is not based merely on the absence of consent of the victim. Both Articles 163 of the PCC on sexual coercion and Article 164 of the PCC regarding rape require, as a constituent element of the offence, using “violence, serious threat” or rendering the victim “unconscious or incapable of resisting”. Following the 2015 penal reform, the second paragraph of both these articles was remodelled to cover the conduct of sexual coercion and rape committed “by any other mean not foreseen in the previous number”, in other words without violence or threat, and without having suppressed the victim’s ability to resist. The aim of this amendment was to bring Portugal’s criminal legislation on sexual violence in line with Article 36 of the Istanbul Convention. GREVIO notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb “constrain”. GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim’s resistance in order to sentence the perpetrator.

(...)

175. GREVIO urges the Portuguese authorities to:

a. amend their criminal legislation on sexual crimes to ensure that such offences are based on the absence of the free consent of the victim;

(...).

2. O constrangimento exige o exercício de violência ou a resistência da vítima?

2.1. O foco do problema encontra-se na questão de saber se a lei portuguesa actualmente em vigor, exigindo o “constrangimento” da

¹⁴ Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, *GREVIO’s (Baseline) Evaluation Report, on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) PORTUGAL*, GREVIO/Inf(2018)16, Council of Europe, 21 January 2019 (disponível em <<https://rm.coe.int/grevio-reprt-on-portugal/168091f16f>>), p. 49.

vítima, cumpre a exigência da Convenção de Istambul de que os crimes de “violência sexual, incluindo a violação” (*Sexual violence, including rape*) assentem em actos não consensuais.

2.2. A introdução do n.º 2 na redacção actual dos arts. 163.º e 164.º, efectuada pela Lei n.º 83/2015, de 05/08, visou adequar a legislação portuguesa à Convenção de Istambul, dado que a tradicional definição dos crimes de *Coacção* e *Violação* (ainda constante do n.º 1 daqueles dispositivos) exige a violência, ameaça grave ou a colocação da vítima na impossibilidade de resistir como *meios* do constrangimento. Assim, com o actual n.º 2, incriminou-se o constrangimento a acto sexual levado a cabo por *quaisquer outros meios* (por exemplo, a ameaça que não possa ser considerada grave, mas que é suficiente para coarctar a vontade da vítima), punindo-o com uma moldura penal menos severa.

2.3. Começaremos por dizer, em primeiro lugar, que parece curial reordenar os tipos legais de uma forma mais lógica e mais de acordo com a boa técnica legislativa: torna-se claro que o *tipo fundamental* de ambas as infracções consiste no constrangimento através de qualquer meio, sendo o emprego de violência ou ameaça grave uma qualificativa do ilícito (um *tipo qualificado*), que merece uma punição mais pesada.

A este propósito, não repugna a manutenção da qualificação, porquanto os meios implicam uma particular gravidade do constrangimento e, por isso, ao reduzirem a capacidade de resistência da vítima, produzem uma ofensa mais intensa ao bem jurídico (a liberdade sexual)¹⁵. Não se trata, portanto, de meras circunstâncias agravantes, atinentes à gravidade do facto total, mas de uma exasperação do ilícito-típico do crime sexual. O mesmo vale para o segmento que prevê a colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir, que nos surgem como meios de constrangimento

¹⁵ No sentido da conclusão, embora com fundamentação diversa, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), *Combate à Violência de Género. Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Universidade Católica Editora — Porto, 2016, p. 159.

tão ou mais graves do que o exercício de violência e, sobretudo, do que as ameaças graves.

2.4. Constranger, no âmbito dos crimes sexuais, é *obrigar outra pessoa a praticar ou a sofrer um acto sexual contra a sua vontade*.

Consequentemente, a exigência cumulativa de constrangimento e da falta de “consentimento” para os actos sexuais prevista num dos projectos de lei é redundante, porque a existência de constrangimento não é compatível com um “consentimento” eficaz (esclarecido e, em especial, *livre*). São, na verdade, noções mutuamente excludentes.

2.5. Adquirida a ideia de que o constrangimento tipicamente relevante para a lei portuguesa actual pressupõe sempre o dissentimento da vítima, importa agora saber se exige também algo *para além* disso, nomeadamente a violência ou a resistência da vítima.

Com efeito, a principal objecção do Relatório do GREVIO reside na *manutenção* da palavra constrangimento:

“GREVIO notes, however, that these legislative changes did not definitively do away with the requirement of the use of force since in paragraphs 2 of Articles 163 and 164 of the PCC, the offensive conduct is qualified by the use of the verb ‘constrain’. GREVIO considers that such a wording is not sufficient to definitively break away from the longstanding practice of Portuguese courts to require proof of the victim’s resistance in order to sentence the perpetrator”.

Para sustentar esta afirmação, o Relatório do GREVIO não refere quaisquer decisões judiciais, nem estudos que analisem, com métodos apropriados, decisões judiciais. O Relatório cita apenas um estudo de Isabel Ventura, terminado em Agosto de 2016 (ou seja, cerca de *um ano* após a publicação da referida Lei 83/2015)¹⁶, estudo que, como a própria Autora esclarece, “focuses mainly on the social representations of judicial actors and includes few information on documentary

¹⁶ ISABEL VENTURA, “«They never talk about a victim’s feelings: according to criminal law, feelings are not facts» — Portuguese judicial narratives about sex crimes”, in *Palgrave Communications* |2:16101|DOI: 10.1057/palcomms.2016.101.

sources”¹⁷, através da análise de *entrevistas* a alguns magistrados — como aliás se depreende do título “narrativas judiciais”.

Além disso, o Relatório do GREVIO parece ter ignorado o passo em que a Autora reconhece que

“the patterns of victim’s resistance are not uniform or stable among Portuguese jurisprudence and doctrine. On the contrary, judicial discourses about victim’s performance, while repelling an attack, goes from the ‘utmost resistance’ standard to the ‘lightly or even no physical resistance’ one. These opposing narratives coexist in time and space (geographical distinct courts), producing and imposing different and unequal levels of justice, both for defendants and victims. In addition, these dissimilar configurations related to the real victim’s behaviour can be found both in ancient and contemporary courts’decisions”¹⁸.

Acresce que, mesmo antes da entrada em vigor da lei de 2015, era consensual na doutrina a ideia de que o preenchimento do tipo da *Coacção sexual* e da *Violação* exigia apenas a “*oposição íntima séria* ao acto sexual”, e já não a resistência da vítima¹⁹, dada a relevância típica do constrangimento por ameaça. Parece evidente que a desnecessidade de resistência só se terá *reforçado* com a introdução do n.º 2 hoje constante daqueles dispositivos, que incrimina o constrangimento por *meios diversos* da ameaça ou da violência.

2.6. Em suma:

a) Ao contrário do que o GREVIO sugere, a palavra constrangimento não implica o uso de força, nem exige a resistência física da vítima. Esta conclusão deriva imediatamente da incriminação das

¹⁷ *Ibidem*, p. 3.

¹⁸ *Ibidem*, p. 4.

¹⁹ Cf., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Comentário ao art. 163.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2.ª ed., 2012, p. 724 — Autor que Isabel Ventura inclui até, em outro estudo, num grupo de “penalistas mais conservadores” (?) (cf. ISABEL VENTURA, “A violação na jurisprudência e na doutrina”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (coord), *Combate à Violência de Género...*, cit., nota 14, p. 52).

ameaças como meio típico do constrangimento e reforça-se com a introdução, em 2015, da incriminação do “constrangimento por outros meios”. A mesma conclusão flui de outros tipos legais que empregam o vocábulo “constrangimento” e que ninguém interpretaria como exigindo a resistência da vítima: vejam-se, paradigmaticamente, aqueles que se contêm no art. 154.º-B²⁰ e no art. 170.º²¹ do CP, onde se incriminam, respectivamente, o *Casamento forçado* e a *Importunação sexual* (na modalidade de contacto). A segunda incriminação parece até pensada para punir os casos em que *não pode* haver resistência, por força da surpresa do contacto (como sucede com o chamado apalpaço).

b) Não existem dados estatísticos que permitam ao GREVIO afirmar, perante a redacção *actual* do n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º, a necessidade de eliminar a acção típica de constrangimento, por ela alegadamente conduzir a que os tribunais exijam a resistência da vítima.

3. Constrangimento, dissentimento e falta de “consentimento” da vítima

Independentemente das considerações tecidas no Relatório do GREVIO, importa ainda assim determinar se a exigência legal de que o agente constranja a vítima a sofrer ou a praticar um acto sexual implica um incumprimento dos deveres decorrentes da Convenção. Tarefa que, naturalmente, cabe ao legislador português, no exercício dos seus poderes soberanos.

Este é, também, o momento para dilucidar aquele que é o verdadeiro *punctum crucis* de todo o problema. É essencial destrinçar várias questões que se entrecruzam na discussão e que podem obscurecer os respectivos termos: a lesão do bem jurídico (construção do tipo objectivo),

²⁰ “Artigo 154.º-B Casamento forçado

Quem constranger outra pessoa a contrair casamento ou união equiparável à do casamento é punido com pena de prisão até 5 anos”.

²¹ “Artigo 170.º Importunação sexual

Quem importunar outra pessoa (...) constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

a complementação do tipo objectivo com certos dispositivos que visam delimitar a fronteira entre o risco permitido e o risco proibido e, por fim, os problemas de prova.

Em particular, será muito importante fixar o sentido da expressão “consentimento” (*rectius*, acordo ²²), que, devendo designar a *disposição* interior conectada à vontade, ou seja, o posicionamento das pessoas perante a prática dos actos sexuais, é por vezes usado para denominar o *acto* pelo qual se exterioriza ou manifesta essa disposição. Trata-se, como veremos, de problemas diferentes.

3.1. O posicionamento da vítima perante o acto sexual e o bem jurídico protegido

3.1.1. Em nosso entender, só os actos de cariz sexual praticados *contra a vontade* do titular do bem jurídico podem constituir uma *violência* sexual (“sexual violence”, na designação da Convenção). Só aí existirá lesão da *liberdade* sexual da vítima, porque só então ela se vê obrigada a praticar ou a sofrer actos que não deseja.

Se figurarmos um caso em que um dos intervenientes, *estando em condições de fazê-lo* ²³, não toma todavia posição sobre a prática dos actos sexuais (porque ela lhe é indiferente ²⁴, ou porque não se decidiu), não é possível afirmar que o acto sexual praticado pelo/a outro/a interveniente constitui uma *violência* sexual, precisamente porque não está a actuar *contra* a vontade do/a primeiro/a ²⁵. Para que exista

²² Vd. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991, p. 362 e ss., esp. p. 382 e ss.

²³ Os casos em que a vítima não forma a sua vontade porque não se encontra em condições de o fazer, por força de factores endógenos ou exógenos (nomeadamente, porque se encontra inconsciente, ou sob a acção do álcool ou de substâncias psicotrópicas, ou afectada por doença psíquica) serão tratados separadamente: vd. *infra*, 3.3.3.b) e 3.3.6.

²⁴ Não sendo uma situação comum, tão-pouco é impossível: bastará pensar que — num outro plano, mas de forma muito instrutiva sobre a possibilidade do fenómeno — é precisamente sobre uma atitude de indiferença perante a possível lesão de um bem jurídico que a doutrina mais autorizada constrói a *culpa* dolosa no dolo eventual: cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, cit. (nota 10), p. 347 e 529.

²⁵ Assim também WOLFGANG MITSCH, “Die erkennbare Willensbarriere gem. § 177 Abs. 1 StGB”, *Kriminalpolitische Zeitschrift* 6 (2018), p. 335 e ss.

uma lesão do bem jurídico “liberdade sexual” não basta, portanto, que não exista uma vontade positiva da outra pessoa, uma disposição favorável ao acto: é preciso que exista uma vontade negativa, uma “oposição íntima”²⁶ à prática do acto.

3.1.2. Se compararmos esta construção com aquela que só exclui a tipicidade da conduta na presença de uma disposição interior favorável ao acto sexual, facilmente compreenderemos que elas conduzem aos mesmos resultados nos seus pontos extremos (que cobrem, é importante dizê-lo, a esmagadora maioria dos casos): quando o titular do bem jurídico quer as práticas sexuais (não se preenche o tipo) e quando não as quer (preenche-se o tipo). A diferença está, por assim dizer, na zona cinzenta, isto é, nos casos estatisticamente pouco frequentes — mas que são também aqueles cuja solução suscita maior controvérsia — em que não existe vontade contrária nem vontade favorável, seja por indiferença, seja por indecisão²⁷. Uma construção assente no dissentimento negará o crime sexual, ao passo que outra baseada no consentimento o afirmará.

Vejam os resultados práticos da aplicação de cada uma daquelas alternativas. Suponhamos que *A* e *B* se conhecem num lugar público e, passadas algumas horas, concordam em ir para casa de *A*. Aí chegados, beijam-se e abraçam-se. *B*, todavia, encontra-se num estado íntimo de indecisão relativamente à prática de actos sexuais²⁸. *A* percebe que *B* se encontra naquele estado de indecisão. Ainda assim, assume o risco de avançar e começa a despir *B*, embora esteja disposto a parar se *B* assim o desejar. Nesse momento, *B* decide que não quer manter práticas sexuais com *A*, recolhe as suas roupas num ápice e abandona repentinamente a casa.

À luz da lei vigente (e do modelo do dissentimento), não existe tentativa de um crime, visto que *A* não praticou actos de execução do constrangimento: só haveria constrangimento com a prática de actos contrários à vontade da vítima, coisa que não sucedeu.

²⁶ Cf. de novo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, cit. (nota 19), p. 724.

²⁷ Vd. *supra*, nota 23.

²⁸ E, embora este aspecto não seja relevante *neste momento* da nossa análise, não deu qualquer sinal exterior de concordar ou dissentir da prática de actos sexuais.

Porém, à luz de um modelo de “consentimento”, a execução consiste na prática de actos sexuais em que a vítima não consente positivamente. Ora, começar a despir a vítima é seguramente um acto de execução da coacção sexual ou da violação, pelo que *A* teria cometido uma tentativa de coacção sexual / violação, dado que o tipo subjectivo (também) se encontrava preenchido: *A* representou que não existia, da parte de *B*, uma disposição favorável positiva, mas sim um estado de indecisão, e assumiu o risco ao prosseguir com a conduta. Por outro lado, não há desistência relevante, porque *B* abandonou inopinadamente o espaço e *A* ficou impossibilitado de prosseguir com a execução.

Punir este caso como tentativa de violação seria, a nosso ver, inadequado e desproporcional, porque não existe desvalor de acção nem perigo para o bem jurídico: *A* pretende ter relações sexuais com *B*, mas nunca contra a sua vontade, ou seja, de forma “não-consensual”.

Este exemplo constituirá porventura ilustração bastante de que, no plano do bem jurídico protegido — e sem levar em conta, por enquanto, outras questões atinentes à relação entre a construção do tipo objectivo e a exteriorização da vontade: vd. já a seguir no texto —, a danosidade social da conduta reside na *contrariedade à vontade da vítima* (dissentimento), e não na inexistência de uma decisão positiva pela prática sexual (“consentimento” / acordo).

3.2. A ordenação da interacção com terceiros na esfera sexual (delimitação do risco proibido)

3.2.1. Tanto na construção que sustenta que se deve afirmar a tipicidade sempre que não exista uma vontade positiva (falta de “consentimento”), como naquela que exige uma vontade negativa (dissentimento), o momento decisivo da incriminação é, como vimos, uma disposição interior do titular do bem jurídico: o posicionamento perante a prática dos actos sexuais. Isto suscita problemas em três níveis interrelacionados mas distintos: a ordenação da interacção com terceiros na esfera sexual; a afirmação do dolo; e a prova destes elementos do crime. Focar-nos-emos aqui, apenas, no primeiro.

É essencial que as disposições interiores das pessoas se exteriorizem e sejam cognoscíveis, de modo a que se possam ordenar

reciprocamente as expectativas e condutas. Os contactos de natureza sexual supõem uma interacção entre (pelo menos) duas pessoas, composta de actos que normalmente se processam por uma certa ordem (abordagem, comunicação, consenso, actos sexuais), e essa dinâmica deve ser tomada em conta pelo direito ao regulamentar os crimes sexuais ²⁹. Na realidade, proteger a liberdade dos intervenientes contra a violência sexual é conferir-lhes a prerrogativa de em qualquer momento recusar ou fazer cessar aquela interacção. A consagração deste modelo — conhecido na literatura por “*no means no*” — evidencia a desnecessidade do uso de força ou ameaças para a realização típica, mas impõe às pessoas, em geral, o *onus de comunicar o dissenhimento*, por qualquer forma objectivamente adequada, de maneira a que o/a destinatário/a interrompa a referida sucessão de actos conducente à prática sexual, pois, a partir desse momento, o prosseguimento dos mesmos integrará já a área de tutela típica (tentativa / consumação da *Coacção sexual / Violação*). Daí, também, a famosa expressão “*consent: it’s as simple as tea*”: uma vez *recusada* a prática de actos sexuais, a outra parte não deve insistir, como não se insiste com a oferta de uma chávena de chá ³⁰.

Ao fazer do constrangimento a pedra angular dos dois crimes, o CP português pressupõe o dissenhimento da vítima, mas não dá qualquer outra indicação. Cabe aos cidadãos, em cada momento, ler os *sinais* da vontade contrária da outra parte e agir em conformidade, sob pena de a sua conduta poder ser qualificada como constrangimento.

3.2.2. Já a lei alemã — que analisaremos adiante — parece ser mais exigente do que a portuguesa para o preenchimento do tipo. Tendo abandonado o esquema do constrangimento e colocado a tónica na prática de actos sexuais contra a vontade de outra pessoa, adicionou

²⁹ Já assim PEDRO CAEIRO / JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, cit. (nota 7), p. 273 e ss.; e também TATJANA HÖRNLE, cit. (nota 3), p. 1319: “Every law on sexual offenses and other interpersonal crimes presupposes standards on how both sides of an interaction should communicate and act”.

³⁰ TERESA PIZARRO BELEZA, “Consent — It’s as simple as tea”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), *Combate à Violência de Género...*, cit. (nota 14), p. 23.

à vontade o atributo de “cognoscível” (“*erkennbare Wille*”). O padrão é o do homem médio colocado na posição do agente. Apesar da sua evidente conotação com o tipo subjectivo negligente, este elemento pertence ainda, *exclusivamente*, ao *tipo objectivo*, na medida em que define (e estreita) a vontade tipicamente relevante ³¹.

A doutrina tem criticado certas dimensões deste dispositivo, apelidando de “mistério” o motivo pelo qual a punibilidade da conduta há-de depender da vontade contrária *cognoscível*, quando o agente *tem, de qualquer modo, de representar a recusa interna* do acto da vítima, nos termos do § 15 do StGB (para a afirmação do dolo) ³².

Seja como for, para além de impedir a promoção de processos onde não existem indícios mínimos da oposição do/a queixoso/a e, dessa forma, uma possível vitimização secundária sem propósito — pois tais processos terminam muitas vezes com absolvições fundadas no *in dubio pro reo*, após a sujeição da (alegada) vítima a alegações humilhantes sobre o seu passado ou sobre as razões da não exteriorização do dissentimento ³³ —, cremos que este elemento tem duas funções importantes. Por um lado, não se exigindo o constrangimento, a distribuição do risco fica claramente delimitada com a necessidade de a vítima exteriorizar o seu dissentimento: só a partir desse momento os actos sexuais transpõem a fronteira do risco proibido. Em segundo lugar, a exigência de cognoscibilidade do dissentimento permite neutralizar num estádio precoce casos que, com muita probabilidade, terminariam com uma absolvição por erro relevante sobre a factualidade típica: se o dissentimento não era cognoscível pela generalidade das pessoas, por que haveria de sê-lo pelo

³¹ Nestes precisos termos, WOLFGANG MITSCH, cit. (nota 25), p. 336: “§ 177 Abs. 1 StGB normiert ein Vorsatzdelikt. Es gilt § 15 StGB, eine gesetzliche Anordnung von Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gibt es nicht. Das Merkmal ‚Erkennbarkeit‘ ist zwar eine typische Fahrlässigkeitskomponente. In dem tatbestandlichen Zusammenhang, in dem hier die Erkennbarkeit steht, kann man dem Merkmal nicht die Funktion zuschreiben, eine verkappte Fahrlässigkeitsstrafbarkeit einzuführen”.

³² *Ibid.*, p. 335: “Wieso die Strafbarkeit von der objektiven Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens abhängen soll, obwohl der Täter gemäß § 15 StGB die innere Ablehnung seitens des Opfers ohnehin kennen muss, ist eines der Rätsel, die das neue Gesetz aufgibt”.

³³ *Ibid.*, p. 338.

agente? Reversamente, quando se prove a cognoscibilidade objectiva do dissentimento, a alegação do erro sobre a factualidade típica terá bastante menos possibilidades de êxito.

Em conclusão, podemos afirmar que o tipo objectivo (fundamental) destes crimes na lei alemã, embora não exija o constrangimento, revela-se mais estreito do que o da lei portuguesa, na medida em que qualifica o dissentimento relevante através da respectiva cognoscibilidade.

3.2.3. Em qualquer caso, dir-se-á, mesmo que se aceite a perspectiva relativa ao bem jurídico que descrevemos *supra*, onde a lesão da liberdade sexual só existe quando os actos sexuais são praticados contra a vontade da vítima, nem por isso fica o legislador impedido de incluir no tipo objectivo mecanismos de delimitação do risco mais exigentes — como, p. ex., a exteriorização de uma vontade *positiva*. Desta maneira, garantir-se-ia uma protecção suplementar para o bem jurídico, evitando a impunidade de casos de aparente ambiguidade que, na realidade, podem implicar uma lesão da vontade da vítima. Segundo este raciocínio, a prática de actos sexuais que *não* seja precedida da *comunicação* do consentimento (“*only yes means yes*”³⁴) *pode* ser contrária à vontade da outra pessoa e, assim, é *perigosa* para o bem jurídico.

Isto significaria, portanto, transformar os crimes sexuais em *crimes de perigo abstracto*: a falta de um consentimento manifesto encerraria o perigo (presumido) de lesão da liberdade da vítima e o risco dessa lesão deve correr por conta do agente.

Não podemos acompanhar esta perspectiva, não só porque ela conduz à incriminação de situações como aquela que exemplificámos *supra* — e que, em nosso entender, não devem ser puníveis —, mas também porque a distribuição do risco que lhe está subjacente é injusta e injustificada, ignorando que a todos incumbe um ónus mínimo de auto-protecção dos seus interesses. Neste caso, tal ónus mínimo reconduz-se à expressão, por qualquer meio, da recusa da

³⁴ Note-se que tanto o “*no*” como o “*yes*”, nas expressões mencionadas, constituem já actos de comunicação, de exteriorização da vontade, e não disposições íntimas.

prática sexual: “*no means no*”. Socorrendo-nos de novo das expressivas e exactíssimas palavras de Tatjana Hörnle,

“In ambiguous situations, one person remains passive and silent and an observer familiar with the context would be unsure whether the whole situation points to approval on both sides or not. Under such conditions, moral or educational judgments can blame the other person for not dissolving ambiguity with a simple question. But a potentially life-destroying criminal conviction as a sex offender is too strong a response to the failure to deal appropriately with ambiguity. The veto model is preferable. It protects sexual autonomy adequately and does not set the standards for victims’ obligations too high. Any sign of refusal, for whatever personal motive, is sufficient. It is not unreasonable or too demanding to require a sign of disapproval in ambiguous situations”³⁵.

Só não será assim, evidentemente, nos casos *específicos* — e que a lei, de uma maneira ou de outra, tem de prever — em que a vítima não pode formar a sua vontade ou exprimir a sua recusa, ou em que seria desrazoável exigí-lo.

3.3. A formulação da conduta típica: constrangimento *versus* prática de actos sexuais recusados pela vítima

3.3.1. Adquirimos, com segurança, as seguintes noções: (i) o constrangimento não requer o exercício de violência, nem a resistência da vítima; (ii) a lesão do bem jurídico consiste na prática de actos sexuais contra a vontade da vítima; (iii) o tipo objectivo não se deve bastar com a inexistência de um consentimento manifesto, que alargaria a tipicidade da conduta a um perigo (abstracto) para o bem jurídico, antes deve exigir um dissentimento ostensivo, seja caracterizando a acção como constrangimento, seja incorporando a sua cognoscibilidade.

Importa agora determinar se o legislador português deve optar por um modelo de *constrangimento* (tal como se encontra na lei vigente, com a possível inversão da ordem dos n.ºs 1 e 2 dos arts. 163.º e

³⁵ TATJANA HÖRNLE, cit. (nota 3), p. 1320.

164.º) ou de *dissentimento da vítima* (prática de actos sexuais contra a vontade de outra pessoa), tendo nomeadamente em conta os deveres decorrentes da Convenção de Istambul.

Por nossa parte, interpretamos a expressão “constranger a sofrer ou a praticar acto sexual” como contendo os seguintes elementos: (i) a prática de actos de natureza coerciva que (ii) conduzem a vítima a praticar ou a sofrer um acto sexual (iii) contra a sua vontade.

Consequentemente, o campo de aplicação de uma incriminação centrada sobre o *constrangimento*, como a que se desenha actualmente na lei portuguesa, coincidirá, no essencial ³⁶, com uma incriminação assente no *dissentimento* da vítima ³⁷.

Neste contexto, é indiferente, *para o efeito de avaliar o cumprimento das obrigações internacionais*, se os actos de constrangimento praticados após a recusa da vítima (agarrar, segurar, empurrar, etc.) podem ou não ser subsumidos às noções de “força” ou “violência” — são problemas do caso e, justamente, dos *tribunais* —, visto que todos os actos não consensuais se encontram *sempre* incriminados no actual n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º do CP ³⁸.

3.3.2. Se a correcta interpretação do regime mostra uma identificação básica entre o constrangimento por parte do agente e o dissentimento da vítima, só uma *generalizada e sistémica aplicação incorrecta da lei* — e, muito particularmente, do n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º, cuja formulação se encontra aqui em causa — deveria levar a uma intervenção legislativa. Para tanto, seria imprescindível identificar, após um cuidadoso levantamento da jurisprudência e da doutrina, uma divergência constante e irreduzível entre o sentido intencionado pelo legislador ao utilizar o termo constrangimento e o sentido que lhe é dado pelos agentes do sistema jurídico-penal. Só essa divergência colocaria o legislador numa espécie de “estado de necessidade”, justificando-se então a intervenção legislativa para salvaguardar o cumprimento das obrigações internacionais que impendem sobre o Estado Português.

³⁶ Há talvez uma diferença em relação a uma situação específica: cf. *infra* 3.3.6., b), bb).

³⁷ Assim também TERESA PIZARRO BELEZA, cit. (nota 30), p. 23.

³⁸ Assim MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, cit. (nota 15), p. 140 e s.

Ora, ao que sabemos, tudo o que existe é um relatório do GREVIO que, pelas razões já apontadas, é manifestamente insuficiente para servir de base à decisão de alterar a lei.

3.3.3. Apesar de a noção de constrangimento não dever ser entendida como implicando o uso de força física, e apesar de o campo de aplicação da incriminação que sobre ela se constrói coincidir, *no essencial*, com o de uma infracção assente no dissentimento, talvez haja situações residuais de prática de actos sexuais contra a vontade da vítima cuja criminalização é imposta pela Convenção e que não se encontram abrangidas pela lei portuguesa.

Na verdade, existe uma diferença importante na circunstância de o dissentimento se referir a uma *disposição* interior (ainda que exteriorizada) da vítima e o constrangimento se referir a uma *conduta* do agente. A vasta coincidência dos resultados alcançados com a aplicação prática dos dois modelos não esconde a diferente configuração da conduta punível: incriminando-se o constrangimento, o facto punível reside nos *actos de interferência* sobre a vontade da vítima (violência, ameaça, pressão, chantagem, etc.) de que resultam os actos sexuais, ao passo que a incriminação construída sobre o puro dissentimento leva a que a acção proibida se reconduza aos *actos sexuais propriamente ditos* ³⁹.

Precisamente porque, no constrangimento, o dissentimento é pressuposto, e porque, nesta segunda configuração, o tipo objectivo é composto pelos actos sexuais, que não são, em si mesmos, censuráveis, o desvalor do crime passa a repousar, exclusivamente, aqui, *na contrariedade à vontade da vítima*. Assim, é necessário caracterizar esse elemento típico de forma particularmente rigorosa, pois dele dependerá, em última análise, a responsabilidade criminal, pelo menos nos casos em que não se identifiquem actos de constrangimento por parte do agente.

Foi exactamente isso que fez o legislador alemão na recentíssima reforma dos crimes sexuais, levada a cabo em 2016 ⁴⁰, que consagrou,

³⁹ Excepto se se tratar da prática de actos com terceiro, onde continua a ser necessário empregar a noção de constrangimento.

⁴⁰ Sobre esta reforma, vd. o já citado estudo de TATJANA HÖRNLE, cit. (nota 3), p. 1310 e ss.; mais informações sobre as propostas de reforma da matéria anteriores à nova lei

no § 177 do StGB, um tipo fundamental de agressão sexual (*sexueller Übergriff*), centrado na prática de actos sexuais contra a vontade cognoscível (*erkennbare Wille*) da vítima, que pode ser qualificado em função da coacção (*Nötigung*) ou da violação (*Vergewaltigung*).

Para esse efeito, a lei alemã construiu o seguinte esquema:

a) Comete o crime de agressão sexual quem, contra a vontade cognoscível de outra pessoa (exteriorizada por palavras, gestos ou comportamento, como, p. ex., o choro ⁴¹), pratica actos sexuais com ela, ou a faz praticar actos sexuais, ou a determina (*bestimmt*) a praticar ou a suportar actos sexuais com outrem ⁴². Consequentemente, qualquer acto sexual praticado ou imposto após um “não” preenche o tipo de crime.

b) Porém, a ausência de um não (*sc.*, o silêncio), ou mesmo um sim, não significam necessariamente o afastamento da tipicidade. Com efeito, o legislador alemão deu também relevo típico a certas situações em que não existe comunicação da recusa, ou em que, apesar de a vítima ter assentido, o assentimento é irrelevante (que poderíamos denominar de “*yes means no*”), *enunciando-as taxativamente* ⁴³.

No grupo das primeiras, encontramos os casos em que o agente (i) explora a impossibilidade de a vítima formar uma vontade contrária, ou de a expressar ⁴⁴, ou (ii) explora uma situação de surpresa ⁴⁵, ou (iii) explora a circunstância de a vítima se encontrar severamente limitada

podem encontrar-se nas referências citadas no mesmo estudo, p. 1314, notas 19 e 20.

⁴¹ *Ibidem*, p. 1320.

⁴² § 177(1).

⁴³ § 177(2), n.ºs 1-5, do StGB.

⁴⁴ § 177(2), n.º 1. A hipótese desta norma não corresponde exactamente, no seu teor literal, à que se prevê no art. 165.º do CP português. Porém, apesar de reconhecer que o “denominador de todas as situações típicas que ocorram com a vítima é a *incapacidade de opor resistência*”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Comentário ao art. 165.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, 2.ª ed., 2012, p. 756, já interpretava a lei nacional no sentido de que “o que importa considerar é antes que são típicas tanto a situação de a vítima se encontrar *incapaz de formar a sua vontade*, como a de se encontrar *incapaz de exprimir a sua vontade*” (ênfase no original).

⁴⁵ § 177(2), n.º 3.

na sua capacidade de formar ou expressar a sua vontade, em virtude do seu estado físico ou mental, caso em que o contacto sexual só não será punível se o agente se assegurar de que a outra pessoa concorda positivamente (*Zustimmung*) com a prática do acto ⁴⁶.

No grupo das segundas, temos os casos em que o agente (iv) explora uma situação em que a vítima se encontra sujeita a um mal importante (não necessariamente imputável ao agente) se recusar o acto ⁴⁷, ou (v) constrange a vítima a praticar ou suportar o acto sexual por meio de ameaça com mal importante ⁴⁸.

c) Resumindo: a exteriorização da recusa acciona, a partir desse momento, o preenchimento do tipo; suplementarmente, a lei tipifica taxativamente situações de *incerteza* relativamente à atitude interior da vítima ou de *assentimento viciado* em que a prática de actos sexuais continua a ser punível apesar da inexistência de uma recusa.

3.3.4. Esta construção do regime é consistente com a natureza do bem jurídico protegido e com o tratamento que deve ser dado ao acordo, atendendo à sua natureza essencialmente fáctica. É a própria incriminação, a partir do programa da tutela típica, que delimita a relevância da falta de acordo e as condições de eficácia do mesmo — aquilo a que Costa Andrade chama a “vinculação [do acordo] ao tipo” ⁴⁹. Eventuais defeitos da vontade que não encontrem expressão nas cinco situações referidas não afectam o valor normativo da não-recusa nem do assentimento como causas de exclusão da tipicidade.

Com esta solução, a lei alemã reconduz os crimes contra a liberdade sexual ao dissentimento da vítima e, simultaneamente, fecha a porta a infundáveis e difíceis discussões sobre o significado do silêncio e os limites da genuinidade da vontade.

O ponto que importa salientar aqui não é tanto o número e conteúdo das situações que o legislador alemão incrimina para além do dissentimento, mas sim o cuidado com que se tipificam taxativamente

⁴⁶ § 177(2), n.º 2.

⁴⁷ § 177(2), n.º 4.

⁴⁸ § 177(2), n.º 5.

⁴⁹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, cit. (nota 22), p. 513, 642, 645 e *passim*.

as zonas penumbrosas desse conceito-base, garantindo a preservação da ideia fundamental segundo a qual a violência sexual pressupõe uma ofensa à vontade da vítima.

De todo o modo, como os casos de silêncio e de assentimento viciado que o § 177(2) do StGB equipara à vontade em contrário parecem razoáveis e suficientes, pode ser interessante verificar se eles são puníveis à luz da actual lei portuguesa. A isso vão dedicados os parágrafos seguintes.

3.3.5. Vimos já que, apesar da diferença de modelo, a incriminação do abuso sexual de pessoa inconsciente ou incapaz de opor resistência no art. 165.º parece ter a virtualidade de abranger os casos em que a vítima se encontra incapacitada de formar ou expressar a sua vontade contrária ao acto⁵⁰. De qualquer modo, a substituição do modelo do constrangimento vigente pelo do dissentimento exigiria a correspondente alteração da formulação do art. 165.º Por outro lado, também não parece suscitar dúvidas a qualificação da prática de actos sexuais de surpresa como constrangimento (“por qualquer meio”), pois o agente não dá à vítima a oportunidade de se pronunciar sobre eles, em circunstâncias que não permitem admitir que ela não os recusaria⁵¹. O mesmo parece poder dizer-se dos casos de acordo obtido através de constrangimento⁵², sendo que neste aspecto a lei portuguesa é até mais ampla do que a alemã, pois incrimina o constrangimento *por qualquer meio* (e não apenas com ameaça de mal importante).

3.3.6. Ainda assim, subsistem fundadas dúvidas de que a lei portuguesa incrimine as seguintes condutas:

a) Em primeiro lugar, temos os casos em que a atitude da potencial vítima perante a perspectiva da prática de actos sexuais é incerta ou

⁵⁰ *Supra*, 3.3.3., b), (i).

⁵¹ *Supra*, 3.3.3., b), (ii). Naturalmente, estas condutas têm de ser objecto de uma incriminação específica na lei alemã, que assenta na prática de actos contra a vontade *exteriorizada e cognoscível* da vítima.

⁵² *Supra*, 3.3.3., b), (v).

ambígua, por força de uma severa limitação da capacidade de formar ou expressar a sua vontade, derivada do seu estado físico ou psíquico ⁵³.

O que a lei alemã faz nestas situações é estabelecer uma *presunção de dissentimento*, atendendo à severa limitação de que a pessoa sofre, e que pode ser ilidida através do assecuramento, pelo agente, de uma concordância expressa (uma concessão justificada ao modelo “*only yes means yes*”).

Já à luz dos arts. 163.º e 164.º do CP, não se provando a efectiva vontade contrária da potencial vítima, não parece possível concluir por um constrangimento e, portanto, a prática de actos sexuais nessas circunstâncias não será punível.

b) O segundo caso é aquele em que a vítima se encontra sujeita a um mal importante se se recusar a praticar o acto e o agente explora essa circunstância. Estamos aqui perante um vício da vontade, que não pode dizer-se livre, mas que também não foi coarctada por uma ameaça expressa por parte do agente. Podemos dividir estas situações em dois grupos:

aa) Temos, por um lado, os “climas de violência”, imputáveis ao agente (do crime sexual), que por isso não precisa de repetir a violência ou ameaça com mal importante de cada vez que pretende praticar os actos sexuais.

Não é claro se estas ameaças implícitas (fundadas em violência ou ameaças *passadas*) são subsumíveis ao “constrangimento por qualquer meio” previsto no n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º da lei nacional. Naturalmente, a dificuldade de prova é, nestes casos, muito grande, porque estas situações ocorrem predominantemente dentro da célula familiar e será preciso mostrar que, naquele particular caso dos autos — ao contrário do que eventualmente pode ter ocorrido em outras situações —, a vítima praticou os actos contra a sua vontade.

Diga-se, aliás, que a formulação da lei alemã não parece melhorar significativamente as coisas, porque também aí é necessário provar que, naquele concreto momento, a recusa implicaria para a vítima um mal importante, o que leva a doutrina a prever que a norma só será

⁵³ *Supra*, 3.3.3., b), (iii).

aplicada em “casos extremos, ou seja, relações com práticas persistentes de subjugação brutal” ⁵⁴.

bb) Por outro lado, temos os casos em que uma pessoa pratica actos sexuais com outra cuja vontade se encontra condicionada por um mal importante não imputável à primeira. Aí, é crucial distinguir o que deve ser incriminado e aquilo que pertence ainda à auto-organização (ainda que condicionada) da vida sexual.

Como bem discorre Tatjana Hörnle, “it is a part of positive sexual freedom to use sexuality not only for pleasure or love, but also in an instrumental way as a means to avert an expected disadvantage”. Assim, continua a Autora, se um/a empregado/a, sabendo que a empresa onde trabalha sofrerá cortes nos postos de trabalho e com vista a não ser incluído/a nesse contingente, oferece favores sexuais a um quadro com poderes de decisão, que aceita a proposta, não haverá nexos entre a recusa de praticar o acto e o mal (a perspectiva de despedimento), pelo que não se preencherá o tipo objectivo ⁵⁵. Também não há crime de coacção sexual / violação (embora possa haver importunação sexual punível ⁵⁶) se um/a chefe de serviço propõe a um/a subordinado/a a prática de actos sexuais, e este/a acede por temer que a recusa possa resultar na cessação da tolerância com que o/a chefe trata a sua falta de assiduidade e pontualidade, embora aquele/a nunca o tenha sugerido, explícita ou implicitamente.

Na realidade, esta incriminação dirige-se apenas a garantir a punição daquele que pratica actos sexuais com uma vítima que foi ameaçada, *por um terceiro, para esse efeito* ⁵⁷. Paradigmaticamente, trata-se do/a cliente que tem relações sexuais com um/a prostituto/a que foi previamente ameaçado/a por um/a proxeneta com um mal importante

⁵⁴ TATJANA HÖRNLE, cit. (nota 3), p. 1324.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1323. Evidentemente, como a Autora também nota, a situação muda de figura se o/a empregador/a der a entender à/ao empregada/o que a recusa em praticar os actos sexuais lhe trará consequências laborais adversas — precisamente porque, aí, o mal surge como uma consequência da recusa.

⁵⁶ Cf. PEDRO CAEIRO / JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, cit. (nota 7), p. 191 e ss.

⁵⁷ TATJANA HÖRNLE, cit. (nota 3), p. 1323 e s.

(*v. g.*, violência física), de maneira a garantir que a/o prostituta/o não se recusará a praticar o acto ⁵⁸.

Porém, a lei portuguesa vigente não parece permitir a punição deste agente (salvo se preenchidos os requisitos próprios da co-autoria), pois, se bem vemos, pune-se apenas o agente que *constrange* à prática de actos sexuais (consigo ou com terceiro), mas não o terceiro que *explora* esse constrangimento ⁵⁹, que pode não ser — e muitas vezes não será — participante do primeiro.

III. A exacerbação punitiva da reforma

Por todos os projectos de lei perpassa uma tendência generalizada de endurecimento do regime dos crimes sexuais e de violência doméstica, seja através da elevação das molduras penais, seja através da redução ou vedação de mecanismos alternativos à pena de prisão efectiva, seja ainda da remoção de certos direitos das vítimas.

Esta tendência sugere-nos as seguintes observações, que dividiremos em duas secções.

1. A preferência dos projectos de lei pela pena de prisão efectiva

Um dos riscos suscitados por reformas sectoriais do CP é a ausência de uma visão de conjunto que integre as soluções propostas no conspecto geral da lei penal e avalie as suas repercussões sobre o todo.

A generalizada elevação das molduras penais, associada, por um lado, à restrição ou pura e simples eliminação da possibilidade de se substituir a pena de prisão efectiva por uma pena de suspensão da execução da pena de prisão, e, por outro, à vedação da aplicação da suspensão provisória do processo (a pedido da vítima), assentam na ideia de que grassa um sentimento de impunidade geral porque em Portugal “prende-se pouco”.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Neste sentido, a propósito do crime de *Coacção sexual*, vd. logo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, cit. (nota 19), § 34, p. 731.

Mas o que significa verdadeiramente “prender pouco”? Esta “percepção” só pode derivar de um de três parâmetros:

(i) ou se pretende significar que os operadores judiciais e, em particular, os tribunais, violam sistematicamente a lei, não tomando decisões que resultem em penas de prisão efectiva quando elas deveriam ter lugar;

(ii) ou se pretende significar que Portugal é um país de “brandos costumes”, demasiado leniente na privação da liberdade, quando comparado com outros países do nosso entorno cultural;

(iii) ou é uma ideia gerada e propagada pelo sensacionalismo mediático, sem qualquer fundamento sólido, e deve ser contrariada pelas autoridades responsáveis, através da adopção de estratégias de comunicação que levem a comunidade a recalibrar as suas percepções e a reorientar as suas expectativas, de modo a evitar a respectiva frustração.

Na ausência da apresentação pelos partidos de elementos estatísticos e estudos fiáveis que permitam afirmar a hipótese (i), o documento anexo a estas *Observações*⁶⁰ visa fornecer alguns dados, que parecem pouco conhecidos, para testar a hipótese referida em (ii).

2. A privação da liberdade em Portugal, no contexto dos países do Conselho da Europa e da União Europeia

Recordamos que se trata aqui de uma análise perfunctória, eventualmente carecida de uma apreciação mais fina em relação ao modo de construção de certos índices, mas que serve seguramente para oferecer, com fidelidade, um panorama geral.

2.1. Em 31 de Janeiro de 2018, a *taxa de encarceramento* em Portugal era de cerca de 130 reclusos por 100.000 habitantes ao passo que a mediana nos países do Conselho da Europa era de 102,5. Isso

⁶⁰ *N. do Autor*: trata-se do documento pdf “Audição 1.ª Comissão — CACDLG XIII. Grupo de Trabalho. 31.05.2019”, disponível em <<https://www.parlamento.pt/Actividade-Parlamentar/Paginas/DetalleAudicao.aspx?BID=112563>>, com o nome “Apresentação”.

faz com que Portugal tenha a segunda maior taxa de encarceramento da União Europeia ocidental, a seguir ao Reino Unido. Só alguns países do antigo bloco de leste (mas não todos: vd., p. ex., a Roménia, a Croácia e a Bulgária) têm, por razões históricas conhecidas, taxas mais elevadas. Se o Reino Unido abandonar a UE, é provável que Portugal se torne, já em 2020, no país com a taxa de encarceramento mais alta da UE ocidental ⁶¹.

2.2. No que diz respeito à *duração* do encarceramento, a mediana europeia era, em 2017, de 8,2 meses e a duração média da privação da liberdade em Portugal era quase quatro vezes superior: 31,1 meses ⁶². Trata-se do segundo valor mais elevado de todo o Conselho da Europa, apenas superado pelo Azerbaijão. Estes dados tornam-se particularmente preocupantes quando se tem em conta que o direito português, ao contrário da generalidade dos (para não dizer todos os) restantes Estados recenseados, não conhece a pena de prisão perpétua.

2.3. Em relação à *evolução* da taxa de encarceramento nos países do Conselho da Europa, a última década caracteriza-se por um decréscimo significativo (mediana de 7,7%) ⁶³. Em Portugal, e apesar de uma ligeira diminuição desde 2015, a taxa de encarceramento aumentou quase 30% no mesmo período (entre 2008 e 2018). Trata-se do segundo maior aumento, logo a seguir ao da Macedónia do Norte ⁶⁴.

2.4. O aumento da taxa de encarceramento põe problemas sérios ao sistema prisional. Portugal tem uma *população prisional* de 105,5

⁶¹ Dados colhidos em MARCELO F. AEBI & MÉLANIE M. TIAGO, *Prisons and Prisoners in Europe 2018: Key Findings of the SPACE I Report*, 2018, p. 2 (disponível em <http://wp.unil.ch/space/files/2019/06/Key-Findings_190611-1.pdf>).

⁶² *Ibidem*, p. 9.

⁶³ *Ibidem*, p. 15; ver também <https://www.coe.int/en/web/prison/home/-/asset_publisher/ky2olXXXogcx/content/europe-s-rate-of-imprisonment-falls-according-to-council-of-europe-surv-1>.

⁶⁴ O caso de San Marino não deve ser tomado em conta para estes efeitos, pois o país tem uma população inferior a 100.000 habitantes: cf. a explicação em MARCELO F. AEBI / MÉLANIE M. TIAGO, *op. cit.* p. 17.

reclusos por 100 lugares de detenção ⁶⁵. A sobrelotação prisional pode pôr em perigo a entrega, por parte de outros Estados-Membros da União Europeia, de pessoas procuradas pelo Estado Português, em virtude da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o assunto ⁶⁶.

2.5. *A configuração do sistema prisional português* parece ficar aquém da média dos valores dos restantes países do Conselho da Europa. Em geral, Portugal tem valores que podem ser considerados piores do que a média europeia no que diz respeito à taxa de encarceramento, à duração do encarceramento, à sobrelotação prisional, à proporção entre reclusos e pessoal, ao índice de libertação e ao índice de fugas. Tem também uma percentagem de reclusos do sexo feminino superior à média. Os valores que podem ser considerados semelhantes ou melhores do que a média europeia referem-se às percentagens de presos preventivos, de estrangeiros e de suicídios ⁶⁷.

2.6. A prevalência da prisão em Portugal não se justifica com taxas de *crime violento* mais elevadas do que nos restantes países. Com a ressalva de poder haver métodos diferentes de qualificação do crime violento nas várias jurisdições, países com população idêntica à de Portugal apresentam, em regra, índices de crime violento semelhantes (República Checa) ou mais elevados (Hungria, Áustria, Suécia e Bélgica) ⁶⁸ e taxas de encarceramento menores ⁶⁹, com a exceção dos países do antigo bloco de leste, já referida *supra*. Se

⁶⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁶ Vd. só o Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 5 de Abril de 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru. Pedidos de decisão prejudicial apresentados pelo Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen*, Procs. apensos C-404/15 e C-659/15 PPU (ECLI:EU:C:2016:198).

⁶⁷ MARCELO F. AEBI / MÉLANIE M. TIAGO, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁸ Com exceção da Grécia e da Suíça.

⁶⁹ Dados Eurostat, disponíveis em <https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Crime_statistics&oldid=182575#Violent_crime>. Os dados relativos à taxa de encarceramento na Bélgica (88 reclusos por 100.000 habitantes em Setembro de 2018), foram colhidos em <<http://www.prisonstudies.org/country/belgium>>.

se tomar como referência o crime de homicídio doloso, Portugal tem o 5.º índice mais baixo da União Europeia (últimos dados disponíveis, de 2016) ⁷⁰.

2.7. Aliás, no que diz respeito à taxa de *criminalidade geral*, as autoridades portuguesas afirmam que Portugal tem níveis de criminalidade inferiores à média da União Europeia e é considerado um dos países mais seguros do mundo ⁷¹. Entre 2008 e 2018, e contrastando com o aumento de 30% da taxa de encarceramento, a criminalidade geral participada diminuiu mais de 20% e a criminalidade violenta e grave mais de 42% ⁷².

2.8. Por último, o aumento da taxa de encarceramento ao longo da última década não pode explicar-se com um aumento do *número de condenados* no mesmo período, que diminuiu significativamente, de pouco mais de 8/1.000 habitantes (2008) para 5/1.000 habitantes (2017) ⁷³. Tudo aponta, portanto, para que o aumento da taxa de encarceramento tenha sido causado por um aumento da duração das penas de prisão aplicadas e/ou um recurso mais limitado à liberdade condicional, conclusões que, porém, carecem de confirmação com dados empíricos.

3. Conclusão intercalar

Decorre das considerações precedentes que em Portugal não se “prende pouco”. Ao contrário, em termos comparativos, prende-se muito, e, atendendo aos baixos e consistentemente decrescentes índices de criminalidade (em especial da criminalidade violenta e grave), é plausível que se continue a prender demasiado.

⁷⁰ Dados Eurostat (como na nota anterior).

⁷¹ Sistema de Segurança Interna, *Relatório Anual de Segurança Interna 2018*, disponível em <<https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=ad-5cfe37-0d52-412e-83fb-7f098448dba7>>, p. 10 e s. (do documento).

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Dados Pordata, disponíveis em <<https://www.pordata.pt/Portugal/Condenados+por+mil+habitantes-634>>.

Não cabe aqui analisar as implicações destes números, mas parece claro que estamos perante um problema grave, que se agudizará sempre que se intensificar o recurso à pena de prisão efectiva — como sucede com este pacote legislativo.

Em nosso entender, a situação actual implica um *dever reforçado de ponderar a necessidade* de elevar as molduras penais e / ou de restringir o recurso a penas e medidas alternativas, sejam quais forem os crimes em análise.

Ora, nenhum dos projectos de lei apresenta dados por onde se comprove o efeito dissuasor da elevação das penas, seja para todos os crimes, em geral, seja para este género de infracções. Sobretudo no caso da violência doméstica, trata-se de situações onde convergem, muitas vezes, factores que tornam ainda menos credível o putativo cálculo custo / benefício por parte dos potenciais agentes: crimes praticados em estados de alterações emocionais profundas; alcoolismo e abuso de bebidas alcoólicas e substâncias proibidas; vidas disfuncionais em virtude de estados de afecto permanentes; etc.

Assim, o endurecimento do regime penal mais não é, normalmente, do que a formalização institucional e legal de uma reacção emotiva da comunidade, que ao mesmo tempo traduz o reconhecimento da própria impotência para melhorar efectivamente a situação problemática — ou, o que é pior, a desistência precoce de procurar fazê-lo. Porém, não só esta forma de legislar “à flor da pele” (Costa Andrade) é de utilidade muito duvidosa, como obedece a uma lógica de corrida para o fundo cujos limites estão ainda por determinar. A título de exemplo, se a situação dos crimes em análise (e em particular da violência doméstica) não melhorar no próximo ano, e continuarem a suceder-se os relatos de vítimas em cada mês — teremos novo aumento das penas? E qual é o limite de agravação do regime punitivo atingido o qual será permitido concluir que esta política terá esgotado as suas possibilidades?

No que especificamente diz respeito à inaplicabilidade da pena de suspensão da execução da pena de prisão aplicada por *certos crimes* — seja por expressa indicação dos mesmos, seja por elevação da pena mínima abstractamente aplicável — é, em nosso entender, uma medida errada. A suspensão da execução da pena é condicionada pelo *quantum* de pena concretamente aplicada, que define liminarmente a gravidade e as exigências de prevenção do caso concreto, e os fundamentos que lhe

presidem nada têm que ver com a *espécie* de crime praticado. Cabe ao tribunal determinar se existem ou não, *no caso*, exigências de prevenção geral e especial que se oponham à suspensão e a espécie de crime praticado não tem a virtualidade de fixar, em abstracto, essas exigências, sobretudo no que toca à violência doméstica, cujo tipo legal abarca hoje um espectro de condutas de gravidade muito diferenciada.

Acresce que elevar as penas abstractas com o propósito de dificultar ou impedir a possibilidade de substituição da pena é falsear aquele raciocínio, produzindo uma espécie de curto-circuito. O cálculo das molduras penais deve ser feito em função da gravidade do crime, das necessidades de prevenção, da proporcionalidade cardinal e ordinal (por comparação com outros crimes ⁷⁴), e não em função de permitir ou impedir os mecanismos que supõem aquela prévia determinação ⁷⁵.

Naturalmente que o que fica dito não significa que não se possam aumentar as penas em caso algum, ou modificar o regime das penas alternativas e de substituição. Mas, atendendo à natureza hiper-punitiva do actual direito penal português, é preciso fazê-lo com base em outro tipo de fundamentação, que não se esgote no envio de “mensagens” e “sinais”, na intervenção sobre as “percepções” do público, nos putativos efeitos dissuasores e outras finalidades evanescentes, claramente incapazes de *justificar* a restrição de direitos ínsita na pena de prisão. Nesse processo, pode concluir-se que este ou aquele crime devem ser mais punidos em virtude das razões já apontadas — e que, reversamente, certos outros crimes (p. ex., o tráfico de estupefacientes, o furto qualificado, o branqueamento) devem, pelas mesmas razões, ser ameaçados com penas mais brandas do que as previstas pela lei vigente.

⁷⁴ Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Especial. Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004, p. 57.

⁷⁵ Sobre o problema análogo da ilegítima inflação dos limites máximos das molduras penais para impedir o controlo da dupla incriminação no âmbito do mandado de detenção europeu, vd. PEDRO CAEIRO, “Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)”, in Margarida Santos / Mário Ferreira Monte / Fernando Conde Monteiro (coord.), *Os Novos Desafios da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia e da Implementação da Procuradoria Europeia*, Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, e-book, p. 40.

IV. O salutismo penal e a expropriação de direitos da vítima

Alguns projectos de lei propõem certas soluções que representam objectivamente uma perda de direitos por parte da vítima, na medida em que — no intuito de a protegerem contra si própria — lhe retiram o poder de decidir sobre a instauração do procedimento penal nos crimes de *Coacção sexual* e de *Violação*, o direito de requerer a suspensão provisória do processo nos crimes de violência doméstica, bem como o direito de se recusar a depor contra certos familiares próximos.

Subjacente a estas soluções está a pressuposição — fundada — de que a vítima destes crimes se encontra muitas vezes fragilizada, quando não pressionada ou coagida, e que portanto o Estado não deve deixar totalmente nas suas mãos direitos cujo exercício, em último termo, pode impedir a administração da justiça e ser prejudicial para a própria.

Todavia, a forma como o Estado pretende arrogar-se o direito de se substituir às vítimas em decisões com alto potencial lesivo para as respectivas vidas contrasta flagrantemente com o discurso de empoedramento das mesmas e de promoção da sua autonomia. Na verdade, estas propostas não nos parecem necessárias, nem legítimas, pelas razões que a seguir expendemos.

1. A conversão de certos crimes semi-públicos em crimes públicos

1.1. Começando pelos aspectos que nos parecem menos discutíveis, a proposta de transformar os crimes de *Ameaça* e de *Coacção* em crimes públicos por força da sua pretensa natureza vestibular em relação à violência doméstica não é sustentável, porquanto não só aqueles crimes integrarão já, em regra, e reunidos os restantes pressupostos, a execução do crime de violência doméstica, mas sobretudo porque o seu âmbito de aplicação está muito longe de se esgotar nesta última infracção.

1.2. No que diz respeito aos crimes de *Coacção sexual* e de *Violação*, há que levar em conta o art. 55.º, n.º 1, da Convenção de Istambul, que dispõe que a investigação e a acusação desses crimes não devem “depender inteiramente” de uma queixa ou denúncia por parte da vítima, e que

o procedimento deve poder continuar mesmo após ela desistir da queixa ⁷⁶. De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção,

“The drafters decided to use the terms ‘wholly dependant’ in order to address procedural differences in each legal system, bearing in mind that ensuring the investigations or prosecution of the offences listed in this article is the responsibility of the state and its authorities” ⁷⁷.

A fim de dar cumprimento àquele dever, o legislador português introduziu o actual n.º 2 do art. 178.º do CP através da Lei n.º 83/2015, de 05/08, que estatui: “Quando o procedimento pelos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º depender de queixa, o Ministério Público pode dar início ao mesmo, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe”. Desta maneira, a lei portuguesa encontrou um equilíbrio razoável entre o respeito pela decisão da vítima (de apresentar ou não queixa-crime) e o controle por parte do Estado de situações em que o procedimento penal seja a melhor maneira (no entender do Ministério Público) de proteger o seu interesse, nomeadamente quando a não apresentação de queixa pela vítima se deva apenas à coacção que sobre ela é exercida, e/ou crie para ela um risco acrescido de novas vitimizações ⁷⁸.

⁷⁶ “Parties shall ensure that investigations into or prosecution of offences established in accordance with Articles 35, 36, 37, 38 and 39 of this Convention *shall not be wholly dependant* upon a report or complaint filed by a victim if the offence was committed in whole or in part on its territory, and that the proceedings may continue even if the victim withdraws her or his statement or complaint”; “Les Parties veillent à ce que les enquêtes ou les poursuites d’infractions établies conformément aux articles 35, 36, 37, 38 et 39 de la présente Convention *ne dépendent pas entièrement* d’une dénonciation ou d’une plainte de la victime lorsque l’infraction a été commise, en partie ou en totalité, sur leur territoire, et à ce que la procédure puisse se poursuivre même si la victime se rétracte ou retire sa plainte” (itálicos nossos).

⁷⁷ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, CETS 210, Istanbul, 11.V.2011, p. 47, par. 279.

⁷⁸ Aplaudindo também, a outro propósito, este tipo de solução, vd. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a Reforma do Código de Processo*

No entanto, o GREVIO expende, no seu relatório, que a lei nacional não se encontra conforme com as obrigações decorrentes da Convenção, pelas seguintes razões:

“(...) criminal proceedings for these crimes [coacção sexual e violação] require the lodging of a complaint unless they were committed against a minor or resulted in the suicide or death of the victim. More precisely, crimes against sexual liberty qualify as semi-public crimes for which the prosecution services may discretionally decide whether or not to open an enquiry within the maximum term of six months from the moment they were notified of the crime, where they consider that doing so is in the interest of the victim”.

Não é claro se o GREVIO compreendeu inteiramente o regime do art. 178.º, n.º 2, do CP. Diríamos que não: parece resultar do relatório a interpretação segundo a qual aqueles crimes requerem *sempre* a queixa, cabendo depois ao Ministério Público abrir inquérito *se* considerar que é esse o interesse da vítima.

Se for esta a interpretação que funda a repreensão do GREVIO, ela é errada. Seja como for, parece seguro que a lei portuguesa cumpre perfeitamente o segmento do art. 55, n.º 1, da Convenção de Istambul, na parte em que impõe aos Estados o dever de garantir que o procedimento pelos crimes de *Coacção sexual* e de *Violação* não dependa inteiramente da queixa da vítima. Com efeito, se bem vemos, “não depender inteiramente” significa, na leitura mais exigente, que *não pode haver nenhum caso em que a não apresentação da queixa por parte da vítima impeça o início de um procedimento penal* — e esse desiderato é rigorosamente cumprido pelo art. 178.º, n.º 2. A vítima nunca tem, em caso algum, um poder absoluto de impedir o início de um procedimento penal por estes crimes, e é precisamente isso que a Convenção pretende. Se a Convenção tivesse querido transformar estes crimes, obrigatoriamente, em crimes públicos, teria decerto utilizado essa formulação (“as partes signatárias garantem que (...) o procedimento não [ou nunca] depende de queixa por parte da vítima”).

Consequentemente, a transformação da *Coacção sexual* e da *Violação* em crimes públicos não só não é exigida pelo direito internacional,

Penal. Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra Editora, 2009, p. 35.

como criará desnecessariamente casos de vitimização secundária, que obrigarão a vítima a participar, eventualmente muitos anos depois dos factos, de um procedimento formal que ela não deseja, e, no limite, a iniciar procedimentos penais em casos em que a própria vítima — ao invés do Ministério Público — não se auto-representa como tal.

1.3. O que parece não se encontrar acolhido na lei portuguesa é a *possibilidade* (não a obrigação) prevista no mesmo dispositivo da Convenção de o procedimento continuar *após a desistência* da queixa por parte da vítima, nos casos em que esta a apresentou ⁷⁹. Com efeito, é possível que as circunstâncias que levam o Ministério Público a lançar mão do art. 178.º, n.º 2, para iniciar o procedimento criminal se verifiquem somente depois de a vítima apresentar queixa e a façam desistir da mesma. Nesses casos, parece necessário prever que o Ministério Público possa prosseguir com o processo, mesmo que a vítima desista da queixa, se se verificar o mesmo pressuposto contido naquela norma (*sc.*, o interesse da vítima) ⁸⁰.

2. A eliminação da suspensão provisória do processo nos crimes de violência doméstica

2.1. A suspensão provisória do processo prevista no art. 281.º do CPP constitui um mecanismo de diversão com intervenção ⁸¹, porque

⁷⁹ Nos casos do art. 178.º, n.º 2, não tendo sido apresentada queixa, parece evidente que também não pode haver lugar à desistência da mesma (nem oposição ao início do procedimento), sob pena de a norma se tornar vazia de sentido: *vd.*, a propósito do regime pretérito dos crimes sexuais contra menores contido no então n.º 4 do art. 178.º, n.º 4, MARIA JOÃO ANTUNES, “Oposição de maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, 103 (2005), p. 30.

⁸⁰ Já assim, mesmo sem lei expressa, no âmbito indicado na nota anterior, MARIA JOÃO ANTUNES, *ibidem*. Eventualmente, será necessário adicionar um novo número ao art. 178.º (a inserir após o actual n.º 2), onde se preveja que, apesar da desistência de queixa, o Ministério Público prossegue com o procedimento pelos crimes indicados no número anterior sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

⁸¹ *Vd.* JOSÉ DE FARIA COSTA, “Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito* 61 (1985), p. 91 e *ss.*

desvia o procedimento penal do seu curso normal, substituindo o antagonismo simbolizado pela acusação por uma solução de consenso entre todos os actores processuais, incluindo o assistente. Privilegiam-se aí, em regra, os tópicos da intervenção mínima, da não-estigmatização do agente e da economia processual⁸².

Porém os n.ºs 7 e 8 daquele artigo prevêm formas atípicas da suspensão: como alerta Costa Andrade a propósito do (actual) n.º 8, mas em termos perfeitamente transponíveis para o (actual) n.º 7, trata-se de “um corpo estranho no sentido, na racionalidade teleológica e na intencionalidade política a que, em geral, obedece o regime da *suspensão provisória do processo*”⁸³. O que avulta aqui não é o programa político-criminal descrito *supra*, mas o interesse da vítima, tal como definido, de forma livre e esclarecida, pela própria (nos casos de violência doméstica), ou pelo Ministério Público (nos crimes contra menores).

Pretende-se assim “«atenuar» a natureza pública dos crimes de violência doméstica e contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor”⁸⁴, ou, por outras palavras, e concentrando-nos agora no caso da violência doméstica sob análise, visa-se compensar a *destituição de direitos* da vítima causada com a passagem deste crime a crime público em 2007, devolvendo-lhe, num momento que já se insere no procedimento, alguns poderes de conformação processual. Tudo em atenção à circunstância de a violência doméstica integrar, por natureza, um fenómeno social extraordinariamente complexo, onde se entrecruzam interesses de ordem vária, que transcendem em muito os do arguido e da vítima e cuja protecção constitui, muitas vezes, um factor de irritação para o sistema penal.

⁸² Cf. logo MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Consenso e oportunidade (reflexões sobre a suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, in *Jornadas de Direito Processual Penal* (org. CEJ), 1988, p. 317 e ss.; PEDRO CAEIRO, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, *Revista do Ministério Público* 84 (2000), p. 31-47; MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2016, p. 68 e ss.

⁸³ MANUEL DA COSTA ANDRADE, cit. (nota 78), p. 35 e s.

⁸⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, cit. (nota 79), p. 69.

2.2. Convém notar que o decretamento da suspensão provisória do processo depende da *iniciativa* da vítima e, sobretudo, da avaliação que as autoridades judiciárias façam do carácter *livre e esclarecido* da sua vontade. Assim, garantindo a lei a respectiva genuinidade, a eliminação destes poderes só pode significar duas coisas: ou uma desconfiança do legislador relativamente à capacidade das autoridades de identificarem sinais da coerção ou ignorância da vítima; ou uma sobreposição deliberada da pulsão punitiva do Estado em relação aos interesses da vítima. Esta expropriação dos direitos da vítima, quando associada ao regime da violência doméstica já em vigor (grande amplitude das condutas abrangidas pelo tipo legal, natureza pública do crime) e a outros pontos da projectada reforma (intensificação, por vários meios, do recurso à prisão efectiva e eliminação do direito da vítima de se recusar a testemunhar em certas circunstâncias), pode ter consequências altamente deletérias, difíceis de antecipar em toda a sua extensão.

2.3. Em conclusão: se a suspensão provisória do processo a requerimento da vítima é, nos crimes de violência doméstica, um corpo estranho no sistema, ela não deixa de desempenhar uma função positiva, na medida em que visa compensar outra faceta anómala do regime (a natureza pública de crimes contra bens pessoais que, noutras circunstâncias, constituiriam crimes particulares em sentido amplo). A expropriação de (mais) este direito da vítima, cujo exercício livre e esclarecido se encontra acautelado pela lei vigente, não parece ter outro fundamento que não o encarniçamento punitivo do Estado contra os agentes da violência doméstica.

3. A destituição do direito de recusa de depoimento (art. 134.º, n.º 1, do CPP)

A terceira instância da expropriação dos direitos da vítima prevista pela reforma projectada é a eliminação do direito das vítimas de violência doméstica de se recusarem a depor.

Trata-se, em primeiro lugar, de uma verdadeira discriminação negativa das vítimas deste crime em face das restantes. De novo, conjuga-se a exacerbação punitiva em matéria de violência doméstica com

o paternalismo do Estado onisciente, que conhece o interesse da vítima melhor do que ela própria, a presumir que a recusa de depoimento lhe é sempre prejudicial.

Os riscos que identificámos na secção precedente, atinentes à associação destas soluções ao regime vigente e aos restantes aspectos da reforma projectada, assumem aqui uma feição particular.

Começemos por sublinhar que esta solução se destina a compelir ao testemunho pessoas que *não querem prestá-lo*. Assim, se uma vítima se recusa a testemunhar nestes casos será por uma de duas razões: ou porque denunciou falsamente o agente e, entretanto, não deseja dizer a verdade (seja para poder deixar a suspeita no ar, seja porque, apesar de estar arrependida, não quer comprometer a sua credibilidade, nem ser investigada por denúncia caluniosa); ou porque, tendo de facto sido vítima de um crime, não pretende contribuir para a condenação do agente (com cada vez maior probabilidade, numa pena de prisão efectiva), seja porque se encontra intimidada / coagida, seja por razões afectivas, familiares, etc.

Excluir este direito conduzirá aos seguintes cenários possíveis:

- No primeiro caso, *obrigada* a testemunhar, a vítima poderá optar por mentir (para ser coerente com a sua narrativa anterior, podendo provocar uma condenação injusta e vir a ser responsabilizada por falso testemunho). Se optar por dizer a verdade, ou por se recusar a depor invocando o *nemo tenetur*, sofrerá o inerente prejuízo para a sua respeitabilidade e credibilidade social, podendo ainda vir a ser investigada por denúncia caluniosa;
- No segundo caso, que será decerto o mais comum, a vítima que não quer testemunhar contra o agente de um crime que realmente aconteceu para não contribuir para a sua condenação dificilmente falará com verdade por a lei lhe impor esse dever. Vendo-se *obrigada* a testemunhar, é mais provável que preste falso testemunho e, assim, à persistência da impunidade do agente (indesejada pelo sistema jurídico-penal), somar-se-á a responsabilidade jurídico-criminal da vítima, que, além do mais, dificilmente se efectivará, porque poucos tribunais aceitarão condenar pessoas nestas situações de inexigibilidade ou quase-inexigibilidade (art. 35.º, n.ºs 1 e 2, do CP).

O que significa que, todas as contas feitas, a destituição deste direito causará provavelmente mais problemas do que aqueles que permitirá resolver.

4. Conclusão intercalar

A negação da autonomia pessoal inerente ao salutismo penal que acabámos de descrever é perigosa e deve ser denunciada. Como um dia escreveu Orlando de Carvalho, “juiz do interesse é, em princípio, quem com ele se titula”.

Em vez de prosseguir com a expropriação dos direitos da vítima e de pretender substituir-se-lhe nas decisões que ela tenha que tomar sobre aspectos que se repercutem nas dimensões mais íntimas da sua vida privada e familiar, o Estado deve orientar a sua acção no sentido de maximizar a protecção das vítimas contra qualquer forma de interferência ilegítima sobre a respectiva capacidade de decisão. Não só em termos de segurança pessoal contra ameaças, coacção e violência que possam afectar a sua posição processual, mas também no sentido de promover uma real autonomia e independência social das vítimas destes crimes, para que elas não se vejam constringidas a tomar certas decisões que não correspondem à sua vontade por razões económicas, sócio-profissionais, etc.

Essa é a via a prosseguir, mesmo que a concepção e implementação daquelas políticas requeira mais trabalho e mais recursos do que a aprovação de leis que se limitam a eliminar, como obstáculos irritantes do sistema judicial, as pretensões da vítima que possam opor-se ou dificultar o programa de acção do Estado, reduzido aqui, como se vê, à punição dos agentes.

V. Conclusões

Do que se expôs, e ressalvada a possibilidade de uma reflexão mais amadurecida nos levar por outros caminhos, resultam as seguintes conclusões:

1. Os traços principais da revisão do regime dos crimes sexuais e da violência doméstica constantes dos diversos projectos de lei não se

encontram, em geral, suficientemente fundamentados, nem no plano empírico, nem no plano político-criminal, nem no plano jurídico-constitucional, e parecem ser apenas, em alguns pontos, uma reacção impulsiva aos chamados casos mediáticos.

2. O direito penal não vive bem com reformas avulsas e frequentes. É preferível proceder a um reexame profundo e global de toda a matéria dos crimes sexuais e da violência doméstica, para se detectarem os problemas e inconsistências eventualmente existentes e ponderar, com tempo e método adequados, as vias da respectiva solução. No momento presente, devem efectuar-se somente, quando muito, aquelas alterações que se mostrem imprescindíveis (nomeadamente para efeitos do cumprimento de deveres internacionais) e que não tenham repercussões sistémicas carecidas de avaliação mais cuidada.

3. O constrangimento da vítima “por qualquer meio” exigido no n.º 2 dos artigos 163.º e 164.º do Código Penal não requer o emprego de força nem a resistência por parte da vítima, mas apenas a oposição íntima (a vontade contrária) dela à prática sexual. A norma prevista naqueles dispositivos, constituindo hoje o tipo fundamental da *Coacção sexual* e da *Violação*, deveria trocar de posição com a que se prevê no n.º 1 dos respectivos artigos, que na realidade constitui um tipo qualificado em função dos meios empregues.

4. A construção dos crimes de *Coacção sexual* e de *Violação* com base no constrangimento ou no dissentimento da vítima, embora assente em condutas típicas diferentes, conduz, no essencial, aos mesmos resultados práticos.

5. A danosidade social dos crimes sexuais reside na contrariedade à vontade da vítima (dissentimento), pois só aí, e já não nos casos de indiferença ou de indecisão perante a prática sexual, existe lesão da liberdade sexual. É nesse sentido que deve ser interpretada a expressão “actos não consensuais” utilizada na Convenção de Istambul, como se mostra aliás pela análise de outros ordenamentos jurídicos recentemente revistos (*v. g.*, o alemão).

6. Adicionar ao tipo a exigência da prestação de um “consentimento” positivo, como mecanismo de delimitação do risco proibido (“*only yes means yes*”), significaria transformar os crimes sexuais em crimes de perigo abstracto e ignorar que a todos incumbe um

ónus mínimo de auto-protecção dos próprios interesses (no caso, exteriorizar o dissentimento). Só em casos específicos, que a lei deve prever taxativamente, se justifica alterar esta distribuição dos riscos, presumindo-se a vontade contrária da vítima.

7. A lei portuguesa vigente, assente no constrangimento, cobre, no essencial, as obrigações impostas pela Convenção de Istambul.

8. Porém, há duas situações que parecem escapar à protecção da lei vigente, como sucede com:

a) os casos de severas limitações da capacidade de formar ou expressar a vontade, derivadas do estado físico ou psíquico da vítima, que não preencham os pressupostos do art. 165.º Justificar-se-ia, aqui, estabelecer uma presunção de dissentimento, ilidível através da concordância expressa do portador do bem jurídico (“*only yes means yes*”);

b) a prática de actos sexuais pelo agente que explora dolosamente o constrangimento da vítima levado a cabo por terceiro, para esse fim específico, quando o constrangimento não lhe seja imputável de acordo com as regras da comparticipação.

9. A generalizada elevação das molduras penais e a dificultação da aplicação de penas de substituição aos crimes em análise traduz-se numa preferência pela pena de prisão que não tem qualquer fundamento político-criminal válido.

10. Desligada de uma avaliação global do sistema punitivo português, essa preferência contribuirá, sem qualquer justificação racional, para o agravamento da respectiva “prisonalização”, que já assume proporções preocupantes no contexto da União Europeia.

11. Com efeito, apesar de ser um país com baixa taxa de criminalidade (geral e violenta), e apesar do decréscimo significativo da criminalidade violenta e grave ao longo da última década, Portugal tem a segunda taxa de encarceramento mais elevada da União e o índice de maior duração do encarceramento; tendências que se agravaram no mesmo período de tempo, em contraciclo com os países do Conselho da Europa.

12. O Estado, sendo razão institucionalizada, deve adoptar estratégias (nomeadamente, de comunicação) que permitam modificar as “percepções” da comunidade relativamente ao sistema penal, de maneira a que os cidadãos possam reorientar as suas expectativas — e não, inversamente,

cavalgar e alimentar expectativas infundadas com medidas de consumo imediato e efêmero, numa espiral sem fim nem solução.

13. A aplicação da pena de suspensão da execução da pena de prisão não deve ser condicionada pela natureza do crime, mas somente pela gravidade da pena concretamente aplicada e pelas exigências de prevenção que se façam sentir no caso. Além disso, não é legítimo elevar as molduras penais aplicáveis a certo tipo de crime para dificultar ou impedir a operação de certas sanções não-detentivas que pressupõe determinados valores, sob pena de se estar a burlar os critérios que presidiram à respectiva construção.

14. A Convenção de Istambul não exige que os crimes de *Coacção sexual* e *Violação* sejam públicos, mas apenas que, em qualquer caso concreto, possa ser instaurado procedimento penal sem queixa ou participação da vítima.

15. Essa solução decorre já do artigo 178.º, n.º 2, do Código Penal. Dar àqueles crimes o estatuto de crimes públicos em qualquer circunstância — mesmo que a vítima não se auto-represente como tal, que os factos tenham ocorrido há muito tempo, etc. — é uma expropriação injustificada dos direitos da vítima e conduzirá a instâncias de vitimização secundária desnecessária.

16. Todavia, parece conveniente prever expressamente que o procedimento possa continuar mesmo que a vítima desista da queixa que apresentou, se o Ministério Público entender que a continuação serve melhor o interesse dela.

17. Não se deve eliminar a possibilidade de se suspender provisoriamente o processo nos crimes de violência doméstica, pois este mecanismo encontra-se previsto no interesse da vítima e depende da sua vontade livre e esclarecida, sindicada pelas autoridades judiciais, compensando-se por essa forma o carácter público do crime.

18. A eliminação do direito da vítima dos crimes de violência doméstica de se recusar a depor contra o agente do crime nos termos do n.º 1 do art. 134.º do Código Penal constitui, não obstante a sua boa intenção, uma discriminação inadmissível dessas pessoas em relação às restantes.

19. Além disso, é razoável prever que a eliminação daquele direito não resolverá problema algum, e que criará novos problemas, sobretudo para a vítima, em nome de quem a solução é proposta.

20. A protecção das vítimas de crimes em geral, e de violência doméstica em particular, não passa pela expropriação dos seus direitos para a putativa satisfação imediata dos interesses punitivos do Estado, mas sim pela criação de condições que permitam às vítimas agir e decidir com autonomia, exercendo os seus direitos da maneira que melhor convier aos seus interesses.

Coimbra, 10 de Junho de 2019.

