



Sílvia Isabel Oliveira da Rocha

O Princípio da Oficialidade relativamente ao
n.º 2 do Artigo 178.º do Código Penal

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses*

Orientador: Professor Doutor Nuno Fernando da Rocha Almeida Brandão



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Coimbra, 2018



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Sílvia Isabel Oliveira da Rocha

**O Princípio da Oficialidade relativamente ao
n.º 2 do Artigo 178.º do Código Penal**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de
Mestre), na Área de especialização em Ciências
Jurídico-Forenses

Orientador: Professor Doutor Nuno Fernando da
Rocha Almeida Brandão

Coimbra
2018

“It’s not who I am underneath, but what I do that defines me.”

À minha Família, aos meus Amigos, a Coimbra

Resumo

O trabalho desenvolvido tem como principal objetivo averiguar se se advém pertinente a adição ao art.º 178.º do seu n.º 2, feita pela Lei 83/2015 de 5 de Agosto ao Código Penal. Esta alteração diz diretamente respeito ao Princípio da Oficialidade na medida em que, o artigo supracitado diz respeito ao direito de queixa em relação aos crimes de coação sexual e violação.

Posto isto afigura-se importante analisar, não só a evolução histórica mas também de que tratam aquele tipo de crimes: diferença entre liberdade e autodeterminação, bem jurídico, elementos do tipo, atos sexuais e atos sexuais de relevo. Com os atos sexuais de relevo temos de obviamente fazer uma, ainda que breve, análise aos Princípios da Legalidade e Tipicidade, tendo em consideração que nos encontramos perante um conceito indeterminado.

Em relação à alteração legislativa em concreto é também fundamental analisar a Convenção que lhe deu asas: a Convenção de Istambul.

Passando para o Processo Penal propriamente dito, faz-se referência ao Princípio da Oficialidade, que é o outro tema fulcral aqui, além dos crimes de coação sexual e violação. É também pertinente analisar o Estatuto da Vítima e a Diretiva que lhe deu forma, na sequência da epígrafe do art.º 178.º/2 do CP que faz referência ao “interesse da vítima”, além de uma breve referência à justiça restaurativa, a qual também vem referenciada na Diretiva.

Por fim conclui-se sobre a pertinência da alteração legislativa referida no primeiro parágrafo.

Palavras chave: Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual; Evolução Histórica; Bem Jurídico; Ato sexual de relevo; Princípio da Legalidade; Princípio da Tipicidade; Convenção de Istambul; Princípio da Oficialidade; Ministério Público; Monopólio Estadual; Estatuto da Vítima; Interesse da vítima; Justiça restaurativa.

Abstract

This work aims to analyze if the added n°2 of the art. 178°, added by Lei 83/2015 August 5th to the Penal Code, was relevant. This change has directly to do with the Principle of Officiality, because the article quoted above concerns the right to complaint the crime of sexual coercion and rape. With that said, it seems to be important to analyze, not only the history behind those crimes, as well as what they are themselves: the legal good, the elements of the crime and the “sexual acts of relief”. With the sexual acts of relief, it is important to review and to analyze the Principles of Legality and Typicity, considering that we are before an indeterminate concept.

About the legislative amendment is it also core to mention the Convention wich gave her wings: Istambul’s Convention.

Turning to the Criminal Procedure itself, it is referred the Principle of Officiality, which is the other central theme here, besides the crimes of sexual coercion and rape. It is also pertinent to analyze the Statute of the Victim and the Directive following wich, in consequence of the wording of article 178.º/2 of the CP, that refers to the "interest of the victim", along with a brief reference to restorative justice, which is also referenced in the Directive.

Finally we conclude about the relevance of the legislative amendment we refered in the first paragraph.

Keywords: Sexual crimes; Historic evolution; Legal Good; Relieving sexual act; Principle of Legality; Principle of Typicity; Istambul’s Convention; Principle of Officiality; Public Ministry; State monopoly; Statute of the Victim; Interest of the victim; Restorative justice.

Siglas e Abreviaturas

APAV – Associação de Apoio à vítima

Art.º – Artigo

Cfr. – Conforme

CI – Convenção de Istambul

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

MP – Ministério Público

N.º – Número

Pág. – Página

Proc. – Processo

R. – Revista

Ss. – Seguintes

Índice

Introdução.....	8
Capítulo I – Crimes de Coação Sexual e Violação	
1.1 Breve referência à evolução histórica dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.....	11
1.2 Liberdade e autodeterminação: qual a diferença?.....	15
1.3 Bem jurídico e elementos do tipo	17
1.4 Ato sexual e ato sexual de relevo.....	18
1.4.1 Princípio da Legalidade e Princípio da Tipicidade.....	22
Capítulo II – A trigésima oitava alteração ao Código Penal	
2.1 Convenção de Istambul.....	23
2.2 Lei 83/2015 de 5 de Agosto – Coação Sexual, Violação e Direito de Queixa....	26
Capítulo III – Direito Processual Penal	
3.1 Princípio da Oficialidade.....	29
3.2 Estatuto da Vítima.....	32
3.2.1 Diretiva 209/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho.....	32
3.2.1.1 Justiça Restaurativa.....	33
3.2.2 Lei 130/2015 de 4 de Setembro.....	35
Conclusão.....	37
Bibliografia.....	40
Legislação.....	46
Jurisprudência.....	47

Introdução

O Princípio da Oficialidade, que se encontra consagrado essencialmente no artigo 48º do Código de Processo Penal (CPP) é, inegavelmente, um dos princípios basilares do Direito Processual Penal Português. É através deste princípio que vemos quem tem legitimidade para a promoção processual. Esta questão coloca-se sobretudo em dois momentos: momento da abertura do inquérito e momento do encerramento do inquérito.

A decisão de investigar a prática de uma infração e de submeter ou não a causa a julgamento cabe a uma entidade pública estadual oficial, o Ministério Público. A principal razão pela qual se entrega a promoção do processo ao MP, prende-se com o facto de o Direito Penal ser um direito de tutela subsidiária de bens jurídicos que extravasa a relação entre o ofendido e o agressor.

Assim sendo, seria o MP a deter sempre a legitimidade para promover o processo. No entanto, vemos que isto não se verifica no sentido em que, em determinados casos, a aquisição da legitimidade do MP depende da vontade dos particulares (crimes particulares em sentido amplo). Então, nos crimes públicos, o MP promove oficiosamente e por sua própria iniciativa o processo penal e decide com plena autonomia, sendo estes onde vale o princípio da oficialidade em toda a sua extensão. Relativamente aos crimes particulares em sentido amplo, estes subdividem-se em dois: os crimes semipúblicos e os crimes particulares em sentido estrito. Os primeiros dependem de queixa e constituem uma limitação ao princípio da oficialidade. Os segundos dependem, num primeiro momento de queixa e, depois do inquérito, de acusação particular e constituem uma exceção ao mesmo princípio.

Nos crimes semipúblicos, a decisão de investigar o crime não cabe de forma autónoma ao MP, mas sim ao ofendido (crf. art.º 113.º do CP para as situações em que outras pessoas além do ofendido detêm o direito de queixa); porém, a partir do momento em que este apresenta queixa, é o MP que volta a decidir se a causa é ou não submetida a julgamento – só muda o primeiro momento. Já nos crimes particulares em sentido estrito mudam os dois momentos: é deduzida queixa pelo lesado, seguida da abertura do inquérito pelo MP, que investiga, e no final desta fase, o ofendido, já constituído assistente, tem o poder de decidir se deduz ou não acusação para submeter a ação a julgamento.

No artigo 178.º do Código Penal deparamo-nos, no seu nº2, com dois crimes semipúblicos (artigos 163.º e 164.º), crimes esses que, como já referido supra, são

dependentes de queixa. No entanto, continuando a leitura do artigo vemos que o MP pode dar início ao processo, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, se o interesse da vítima o aconselhar. Estando aqui perante crimes cujos bens jurídicos tutelados são absolutamente pessoalíssimos (Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual), a questão que se impõe é se é justificável haver esta exceção à limitação do Princípio da Oficialidade.

Irei referir-me essencialmente ao nº2 do artigo 178.º do Código Penal porque foi a única alteração feita a esse artigo pela lei nº 83/2015, de 05 de Agosto, com o acrescento desse número. Revela aqui analisar a importância ou não de esse acrescento. Além disto farei referência a legislação comunitária e internacional que se revela pertinente para a análise desta matéria.

I. Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual

1.1 Breve referência à evolução histórica dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual encontram-se inseridos no Capítulo V, divididos em duas Secções, tratando a primeira dos crimes contra a liberdade sexual e a segunda dos crimes contra a autodeterminação sexual. Este capítulo está inserido no título I – “Crimes contra as pessoas”, no Livro II do Código Penal, a Parte Especial.

Obviamente que nem sempre foi assim. Os crimes sexuais foram dos que mais sofreram mudanças, quer a nível da qualificação do bem jurídico a proteger, quer a nível organizatório dentro da legislação. A evolução histórica, política e social pautou esta mudança, não só a nível interno, mas também com muitas influências comunitárias e internacionais.

É-nos talvez difícil conceber como, em tempos idos, o bem jurídico de que se tratava, quando estávamos perante crimes desta natureza, eram a honra, a moral e até os bons costumes. Conceitos como “mulher virgem”, “solteira”, “casada” desapareceram e foi alargado a proteção também aos sujeitos masculinos, se bem que, ainda se consegue perceber na lei uma certa pendência no sentido de o ofendido ser essencialmente a mulher.

Tendo isto em consideração, acho pertinente fazer uma pequena análise à evolução histórica dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e traçarmos o caminho até à última alteração a estes crimes.

A primeira vez que apareceram (desde que há registo), ainda que de uma forma muito embrionária, foi nas Ordenações Afonsinas¹. Encontramos, por exemplo, nos Títulos VI e XVII do último livro, que tratava do direito penal: crimes e respetivas penas, referências ao que eram na altura violações, adultério: “*Da mulher e como fe deve a provar a força*” e “*Dos que cometem peccado de Sodomia*”. Existe em vários títulos dezenas de referências a mulheres virgens e casadas e a conceitos como adultério, que à época era considerado crime, não existisse uma enorme influência do Clero. Estes ditos crimes eram considerados um atentado à moral, não só dos indivíduos em questão, mas também da

¹ Ordenações Afonsinas: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/15ind.htm>

sociedade em geral. Longe estava este diploma daquilo que hoje temos consagrado no Código Penal.

O primeiro Código Penal português foi aprovado em 1852 e entrou em vigor em 1866, depois de uma tentativa falhada, de um outro código, que, ainda que aprovado não entrou em vigor, dados os conflitos que se viviam à época, elaborado por José Manuel de Veiga em 1836. Nesse primeiro código os “crimes sexuais” encontravam-se no Título III “*Crimes contra as pessoas*”, no capítulo IV “*Crimes contra a honestidade*”. O “bem jurídico” em questão era, pois, a honestidade e ainda se circundavam estes crimes de valores morais e de honra e ainda com uma certa tendência religiosa, não fosse ainda o adultério da mulher também considerado crime. Ainda que longe do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, e só tendo em consideração que apenas as mulheres poderiam ser “vítimas” já se notava uma tendência mais liberal e mais atualista em comparação ao código que não chegou a entrar em vigor.

Chegados então ao CP aprovado em 1982, já podemos considerar que houve uma efetiva alteração nestes crimes. Houve uma alteração sistemática: passaram a ser encontrados no Título III “*Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade*”, Capítulo 1 “*Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*”, Secção II “*Dos crimes sexuais*”. Já se aflora aqui um bem jurídico tendencialmente parecido ao que temos hoje, ainda que com algumas referências ao direito moral, por exemplo, no art.º 203.º “*fazendo-lhe supor a existência de casamento*” ou no art.º 205.º “*atentado ao pudor*”. Além disso continuava a considerar-se que as “vítimas” eram apenas as mulheres e havia um artigo em especial para a homossexualidade com menores (art.º 207.º). De referir também, pois é pertinente tendo em consideração que o princípio da oficialidade é também tema fulcral, que no art.º 211.º “*Necessidade de queixa*” dava a possibilidade ao cônjuge da ofendida de ser ele mesmo a apresentar a queixa, como se fosse lesado indiretamente. Quase se pode comparar este artigo ao atual 113.º/4 onde refere que o menor de 16 anos ou quem não possuir discernimento, pode fazer-se substituir do representante legal ou, na sua falta, às pessoas indicadas no art.º 113.º/2: querer-se-ia dizer que a mulher ofendida não teria discernimento para dispor do direito de queixa, fazendo-se representar pelo marido ou então considerar-se-ia a mulher como propriedade e funcionava aqui o crime sexual como um crime de dano? Reitero ainda que, embora já se começasse a caminhar para o sítio certo, estes pequenos pormenores levavam a crer que, mais uma vez,

a moral e a honra muitas vezes se sobrepunham aos interesses, neste caso, por apenas se considerarem que os crimes sexuais eram cometidos essencialmente contra as mulheres, das mulheres ofendidas. As alterações que se seguiram ao CP nesta matéria foram soltando estas amarras, tendo progressivamente deixado a moral para outros domínios.

Passaremos então a analisar as mais significativas ao Código Penal vigente nesta matéria. Como o art.º 178º/2 se refere apenas aos crimes de Coação Sexual e Violação abordaremos essencialmente estes, não deixando de fazer ressalvas a outras alterações que se revelem pertinentes.

A primeira alteração, orientada no sentido de deixar de considerar os crimes sexuais como crimes ligados aos “sentimentos gerais de pudor e de moralidade sexual”², ocorreu no ano de 1995, tendo sido aprovada pelo Decreto-Lei nº48/95 de 15 de Março, na sequência da Lei de Autorização Legislativa n.º 35/94 de 15 de Setembro, e foi nessa reforma que pela primeira vez, no ordenamento jurídico nacional, o bem tutelado passou a ser a liberdade e autodeterminação sexual, integrando obviamente o Título I “Crimes contra as pessoas”,. Esta tese já vinha sendo defendida há vários anos por alguma doutrina, tendo em consideração que apenas assim se conseguiria alcançar a verdadeira finalidade do direito penal e da punição.³ A mudança, talvez, mais significativa nesta reforma foi o facto de os ofendidos, neste tipo de crimes, poderem ser também os homens, pois, como já foi referido supra, anteriormente, estes estariam apenas pensados para as mulheres como únicas ofendidas. Além disso foi quando surgiu o tipo “Coação sexual”, o crime “matriz”⁴ dessa reforma.

A segunda alteração aconteceu em 1998 (Lei nº. 65/98 de 2 de Setembro) e trouxe consigo mudanças quer para o tipo da Coação Sexual, quer para o tipo Violação. Ora, relativamente ao primeiro foi acrescentada uma alínea (n.º 2) onde se tipificou o crime de “Assédio Sexual”. Já em relação ao segundo houveram alterações mais significativas: alterou-se o próprio tipo do número 1 e acrescentou-se uma alínea que tipificava uma situação de assédio sexual mais específica e, obviamente, como se encontra neste artigo, mais gravosa, do que a tipificação de assédio sexual que foi acrescentada ao crime de coação sexual. O denominado “ato sexual de relevo” era especificado: cópula, coito anal e

² RODRIGUES, Anabela Miranda, “Sobre o crime de importunação sexual” in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 143º, n.º 3987, pág. 424

³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “Crimes Contra os Costumes”, Enciclopédia Polis, Verbo, I Volume

⁴ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “Crimes sexuais – Análise substantiva e processual” (2015), pág. 32

coito oral. A primeira parte do artigo era exatamente igual⁵. Esta alteração foi extremamente significativa pois, até aqui, a violação, e outros crimes vulgarmente denominados de “crimes sexuais” eram essencialmente “femininos”, ou seja, só se consideravam se os ofendidos fossem mulheres – a partir daqui os ofendidos podem ser mulheres e homens.

A seguinte alteração mais significativa ao Código Penal em matéria dos crimes coação sexual e violação aconteceu em 2007, introduzida pela Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro. Ora, relativamente ao tipo da violação, finalmente soltou-se da sua conceção tradicional: passaram a estar equiparados à cópula, coito oral e coito anal a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”. Além disso, no número 2, eliminou-se a referência ao meio de constrangimento “*ameaça e ordem*” passando antes a ser “por qualquer meio não compreendido no número anterior e acrescentou-se às situações já referidas anteriormente, o abuso de autoridade dependente de relações familiares, de curatela e de tutela, além da expressão “*aproveitando-se do temor que causou*”, tendo aqui também o legislador tipificado um novo comportamento. No que toca à coação sexual, foi também alargado o seu âmbito às situações de abuso de autoridade resultantes de uma relação familiar, de curatela e de tutela e retirada a expressão “*ordem e ameaça*”. Acrescentaram-se também as situações em que o agente se aproveita da situação de temor que causou no ofendido, tipificando-se assim um novo comportamento. As alterações aos dois crimes foram muito semelhantes.

Ainda que não seja uma alteração que diga diretamente respeito ao tema em análise e ao artigo 178º de CP (que também sofreu algumas alterações passando a ser muito semelhante ao que é hoje – apenas com o acrescento do n.º2, o qual tratamos aqui) é importante referir, principalmente para que possamos compreender a evolução dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, e para que consigamos ver como é que o Direito Penal se vai afastando (ou reaproximando) do “Direito Moral”, foi nesta alteração de 2007 que se eliminou finalmente a distinção entre atos homossexuais e heterossexuais.

⁵Art.º 163º/2 - Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos.

Art.º 164º/2 - Quem, abusando de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, constranger outra pessoa, por meio de ordem ou ameaça não compreendida no número anterior, a sofrer ou a praticar cópula, coito anal ou coito oral, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos.

Ora, o anterior artigo 175º dizia respeito aos atos homossexuais com adolescentes tendo passado a sua epígrafe para “Lenocínio de menores”.

Foi também em 2007 que as pessoas coletivas e entidades equiparadas (com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público), passaram a ser responsabilizadas por estes crimes.⁶

É assim que chegamos, finalmente, à alteração de 2015, introduzida pela Lei n.º 83/2015 de 5 de Agosto. Vamos analisar de forma mais aprofundada infra.

1.2 Liberdade e autodeterminação sexual – Qual a diferença?

Como já foi anteriormente mencionado, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual encontram-se geograficamente no Código Penal no Livro II “*Parte Especial*”, Título I “*Crimes contra as pessoas*”, Capítulo V “*Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”. Este capítulo divide-se então em duas secções – a primeira onde se inserem os tipos relativos à liberdade e a segunda onde se inserem os tipos relativos à autodeterminação. Suponhamos que o “Homem médio”, abre o código e lê o que nele está escrito – irá certamente concluir que os primeiros dizem respeito às situações em que os ofendidos são adultos e que os segundos dizem respeito aos casos em que os ofendidos são crianças ou adolescentes.

No entanto sabemos que essa distinção não é assim tão linear. O que realmente acontece é que, relativamente aos crimes sexuais contra menores, o legislador optou, muitas vezes, por uma proteção escalonada em razão da idade, reconhecendo que tal circunstância confere especificidades ao bem jurídico protegido que justificam a autonomia da densificação normativa típica.⁷ Tratam-se pois de crimes agravados em razão da idade. Ora, como sabemos, no nosso sistema jurídico-criminal a idade da imputabilidade foi estabelecida, por referência, precisamente aos 16 anos, reconhecendo o legislador que esse será o marco em que o jovem, ainda menor, já é capaz de se autodeterminar e de perceber e

⁶ Mouraz Lopes e Tiago Malheiro, 2015, pág. 49

⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de Junho de 2014, proc. n.º 1298/09.4JAPRT.P1, in www.dgsi.pt

avaliar as consequências das suas ações, por virtude de ter atingido um grau de maturidade que lhe permite ter plena consciência.

Anabela Miranda Rodrigues resume o que se trata da diferença entre ambos nas seguintes palavras: “Os primeiros (liberdade) são crimes cometidos contra adultos ou menores sem o consentimento destes, em que o que se pretende é garantir a proteção da liberdade sexual da vítima, ou seja, o poder de disposição do corpo da pessoa, independentemente da idade. Já os segundos (autodeterminação) são crimes cometidos contra menores de modo consensual, com “consentimento” destes, em que o objeto da proteção é o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual.”⁸ Aquilo que se diz de “consentimento” vai se encontrar ao que foi dito supra – até à idade de 16 anos, o menor não sabe na verdade, o que está a consentir. Não se pode falar do mesmo consentimento que diz respeito a uma relação sexual entre duas pessoas adultas. No entanto, podem existir situações em que não se verifique dano ou sequer perigo para o bem jurídico⁹ – por exemplo, um casal de namorados em que o rapaz tem 16 anos e a rapariga 13, sem ter havido qualquer abuso da inexperiência desta – e, pelo facto de ser um crime público, o rapaz poder ser alvo de um processo judicial. Apesar de podermos concluir que isto não faz grande sentido é o que dita lei e, ainda que remotamente, pode acontecer.

Concluimos então que, não sendo esta distinção tão rígida como à primeira vista possa parecer, existe essencialmente porque o legislador entendeu que, deste modo, no campo da autodeterminação sexual visa proteger-se, por um lado, a liberdade sexual dos adultos e, por outro lado, o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade, considerando-se que, determinados atos ou condutas de natureza sexual podem, mesmo sem violência, o tal caso do “consentimento”, em razão da pouca idade da vítima, prejudicar gravemente o seu crescimento harmonioso e, por consequência, o livre desenvolvimento da sua personalidade¹⁰, daí a proteção extra conferida aos menores.

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, “Sobre o crime de importunação sexual” in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 143º, n.º 3987, pág. 424

⁹ ANTUNES, Maria João, “Oposição do maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal” in Revista do Ministério Público, Ano 26, Julho-Setembro 2005, Número 103, pág. 23

¹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de Junho de 2014, proc. n.º 1298/09.4JAPRT.P1, in www.dgsi.pt

1.3 Bem jurídico e elementos do tipo

De uma forma muito resumida, Pinto de Albuquerque, define o que é bem jurídico protegido nos crimes de coação sexual e violação como liberdade sexual de outra pessoa.¹¹ Podemos, no entanto, tentar escrutinar de forma mais aprofundada o que se pretende proteger com a penalização destes comportamentos.

Antes da reforma de 2015, o crime de coação sexual subdividia-se em dois de uma forma mais vincada: coação sexual em sentido próprio (art.º 163º/1) e assédio/constrangimento sexual (art.º 163º/2). Com esta alteração, o crime de assédio sexual deixou de ter autonomia típica, revertendo as condutas que consubstanciavam aquele ilícito a uma situação do “constrangimento” à prática do ato sexual de relevo.¹² A epígrafe anterior falava de “(...) abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela ou de dependência hierárquica, económica e de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou (...)”. Já desde a reforma de 2007 que o crime se afastou um pouco daquilo que era denominado do “assédio sexual clássico” para se aproximar de uma situação de “abuso sexual”, tendo como comparação a estrutura típica do crime do artigo 165.º – “*Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*”. A última alteração foi ainda mais de encontro a uma maior abrangência da tutela penal da liberdade sexual, isto porque, antes de 2007 não existia no ordenamento jurídico português uma criminalização de condutas sexuais que envolvessem atos sexuais de relevo praticados sem violência ou sem ameaça grave, mesmo que não consentidos pela vítima, fora dos casos previstos nos artigos 165.º, 166.º e 167.º¹³. O que releva aos olhos da nova concretização penal é o facto de saber se, atendendo àquele caso em concreto, as ações do agente foram idóneas a levar ao constrangimento da vítima e que permitissem a prática de ato sexual de relevo (tipo objetivo). Ao contrário no que acontece no número 1 do art.º 163.º, que trata de um crime de execução vinculada, o número 2 é um crime de execução livre¹⁴ – “*por*

¹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2015, pág. 645

¹² Mouraz Lopes e Tiago Malheiro, 2015, pág. 46

¹³ Mouraz Lopes e Tiago Malheiro, 2015, pág. 47

¹⁴ Existem, neste sentido, críticas ao legislador pelo facto de ter tornados os números 2 do crime de violação e do crime de coação sexual crimes autónomos: o artigo 36.º da Convenção de Viena (da qual trataremos mais abaixo) refere que sem consentimento, o elemento objetivo do tipo incriminador estaria desde logo preenchido com a ausência de vontade convergente à prática do ato sexual de relevo. Importa referenciar que, relativamente ao conceito de violência, existem na doutrina duas conceções: a ampla – onde existiria uma coincidência absoluta entre a ausência de consentimento e o preenchimento do tipo, não sendo necessário o

meio não compreendido no número anterior”. Acrescenta-se ainda que, como afirma Figueiredo Dias, no conceito de violência no crime de coação sexual, estão também incluídos os casos de violência sobre coisas e violência sobre terceiros.¹⁵ Relativamente à violência sobre coisas pode-se tratar do rasgão de roupas da vítima e, nos casos de violência sobre terceiros pode verificar-se contra alguém que agia em auxílio da vítima.

O crime de violação, por sua vez, continua a ter uma epígrafe semelhante ao crime de coação sexual, sendo o seu tipo objetivo também semelhante: o que muda é, obviamente, o ato sexual de relevo (que falaremos infra) – consiste no constrangimento da vítima a sofrer consigo ou com outra pessoa ato sexual de especial relevo. Os meios de constrangimento são os mesmos, o número 1 trata de um crime de execução vinculada enquanto que o número 2 trata de um crime de execução livre. Ambos os crimes admitem qualquer modalidade de dolo (tipo subjetivo). Importa referir que, no crime de violação, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos só constitui crime de violação quando a vítima tem posição passiva, isto é, quando “sofre” a introdução realizada pelo agente. Sendo a vítima constrangida a penetrar o agente ou outrem na vagina ou no ânus com partes de corpo ou objetos, verifica-se o crime de coação sexual.¹⁶

1.4 Ato sexual e ato sexual de relevo

Desde a revisão do CP de 2007 que esta nova incriminação penal passou a distinguir, atenta a gravidade que representam em relação ao bem jurídico protegido, três categorias de atos: num primeiro plano e como atos menos graves, estão os “atos de carácter exibicionista” e os “contactos de natureza sexual”; num segundo plano, estão os

uso a violência física adicional – e a restritiva – onde se exige, para além do consentimento, a força física do agente, que vença a resistência da vítima. Ora, referem Teresa Beleza Pizarro, Frederico da Costa Pinto e Beatriz Seabra de Brito que, o legislador, conscientemente ou não, ao concretizar no número 2 do artigo 163.º (ou do artigo 164.º) uma modalidade de coação sexual/violação que dispensa os meios típicos de constrangimento, adotou a tese restritiva propugnada por Figueiredo Dias, prescindindo da “violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir” como meio típico de preenchimento do tipo incriminador, colocando-os como circunstância agravantes geradoras de uma variação relevante nas molduras penais (cfr. “Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011 – Reflexos no Ordenamento Jurídico Português”, Coordenadores: Teresa Pizarro Beleza e Frederico da Costa Pinto com colaboração de Beatriz Seabra de Brito).

¹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, 2012, anotação 25.ª ao art.º 163.º

¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, 2015, anotação 12 ao artigo 164.º, pág.655.

atos que integram o conceito de “ato sexual de relevo”; num terceiro plano estão os atos sexuais mais graves, ou na designação de Figueiredo Dias, “especiais atos sexuais de relevo” (cópula, coito anal e oral e penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo).¹⁷ Maria do Carmo Dias ordena os denominados atos sexuais de relevo, de igual forma, em 3 principais categorias e também por ordem crescente, ainda com uma diferente designação: em primeiro lugar (menos graves) e, no mesmo patamar, estão os “atos de caráter exibicionista” e “o contacto de natureza sexual” (artigos 170.º, 171.º n.º3, al. a) e 172.º, n.º2 do CP); em segundo lugar encontra-se o ato sexual de relevo, que caracteriza o crime de coação sexual (artigo 163.º) e que é descrito como resultado de alguns crimes na forma simplificada (artigo 165.º/1; 166.º/1; 167.º/1; 171.º/1; 172.º/1; 173.º); em terceiro lugar (mais graves, ou qualificados), estão a cópula, coito anal, coito oral e introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos, que caracterizam o crime de violação (artigo 164.º) e qualificam os crimes previstos nos artigos 165.º a 167.º e 171.º a 174.º do C.P.¹⁸ Já Paulo Pinto de Albuquerque, por sua vez, distingue 4 categorias: “atos sexuais de especial relevo (cópula, coito anal e oral e penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo), atos sexuais de relevo (atos sexuais com gravidade objetiva), atos de contacto sexual (atos sexuais sem gravidade objetiva) e atos de exibicionismo.”¹⁹

Tendo isto em consideração, importa verificar, antes de mais, de sabermos quando estamos perante um ato sexual; Figueiredo Dias escreve que, “ato sexual será assim todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objetivo e segundo uma compreensão natural, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica.”²⁰ No entanto, acentua que é de excluir do ato sexual de relevo não apenas os atos “insignificantes ou bagatelares”, mas também aqueles que não representem “entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima” (“atos que, embora “pesados” ou em si “significantes” por impróprios, desonestos, de mau gosto ou despidorados, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalidade ou instantaneidade, não entrem de forma importante a livre determinação sexual da vítima”).

¹⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2005, proc. 801/03 in www.tribunalconstitucional.pt

¹⁸ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in Revista do Ministério Público 136: Outubro-Dezembro 2013, pág. 75

¹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, 2015.

²⁰ DIAS, Jorge Figueiredo, 2012, anotação 8ª ao art.º 163.º

Contudo, existem na doutrina, obviamente, outras correntes que estreitam mais ou menos esta definição, adicionando a esta conotação objetiva, uma conotação subjetiva, “traduzida na intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual, dita também intenção libidinosa.”²¹

Ora, encontrámos, pois, quer na doutrina quer na jurisprudência, autores que consideram o ato de beijar na boca integrador do ato sexual de relevo, como bem se exemplifica no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra datado de 05/06/2013, ato sexual de relevo, será todo aquele que tenha uma natureza objetiva estritamente relacionada com a atividade sexual, como é manifestamente o caso de acariciar ou apalpar os seios, nádegas, coxas e boca.

Sénio Alves (cfr. Crimes Sexuais, 1995, pág. 11 e ss.) refere que: “(...) a dificuldade começa logo na definição de ato sexual. Um beijo é um ato sexual? O acariciar dos seios é um ato sexual? E se sim, é de relevo? E ainda em caso afirmativo será razoável punir do mesmo modo quem por meio de violência constrange a vítima a praticar consigo coito... (interfemural ou interaxilar, que me parecem poder integrar, sem grandes objeções, o conceito de ato sexual de relevo) e aquele que, também por meio de violência, consegue acariciar os seios da sua vítima? Numa noção pouco rigorosa (diria sociológica) de ato sexual têm cabimento atos como os supra referidos (o acariciar dos seios e de outras partes do corpo, que não só dos órgãos genitais). São aquilo que vulgarmente se designa como “preliminares da cópula” e, por isso, são atos de natureza sexual ou, se se preferir, atos com fim sexual”. Conclui então que: “ato sexual de relevo é, assim, todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (ainda que não comporte o envolvimento dos órgãos genitais de qualquer dos intervenientes) que ofende, em grau elevado, o sentimento de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas”, sendo certo, assim, que «a relevância ou irrelevância de um ato sexual só lhe pode ser atribuída pelo sentir geral da comunidade”, a qual “considerará relevante ou irrelevante um determinado ato sexual consoante ofenda com gravidade ou não, o sentimento de vergonha e timidez (relacionado com o instinto sexual) da generalidade das pessoas”.

Simas Santos e Leal-Henriques (Código Penal, II, pág. 368 a 369) referem que “quer isto dizer que não é qualquer ato de natureza, conteúdo ou significado sexual que serve ao espírito do artigo, mas apenas aqueles atos que constituam uma ofensa séria e

²¹ DIAS, Jorge Figueiredo, 2012, anotação 8ª ao art.º 163.º

grave à intimidade e liberdade sexual do sujeito passivo e invadam, de uma maneira objetivamente significativa, aquilo que constitui a reserva pessoal, o património íntimo, que no domínio da sexualidade, é apanágio de todo o ser humano. Estão nesta situação, por exemplo, os atos de masturbação, os beijos procurados nas zonas erógenas do corpo, como os seios, a púbis, o sexo, etc., parecendo-nos que também se deve incluir no conceito de ato sexual de relevo a desnudação de uma mulher e o constrangimento a manter-se despida para satisfação dos apetites sexuais do agente.”

Paulo Pinto de Albuquerque, discordando de Figueiredo Dias relativamente aos atos que este acha não representarem “entreve com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima” que estariam inseridos no princípio *mínima non curat praetor*, indica que esses atos (“um simples beijo ou a sua tentativa, ou um simples toque nas pernas, nos seios ou nas nádegas de outrem, ou mesmo no “sexo””) não são *mínima*, sendo, ao invés, atos que afetam gravemente a liberdade sexual da vítima, que é transformada em objeto de prazer do agente, como se de uma coisa se tratasse e de que ele pudesse dispor desde que esses atos fossem em “pequena quantidade” ou “ocasionais” ou “instantâneos”.²² Para este autor, o ato sexual de relevo inclui a cópula vulvar e o toque, com objetos ou partes do corpo, nos órgãos genitais, seios, nádegas, coxas e boca.

A integração do conceito de ato sexual de relevo é passível de divergências doutrinárias e jurisprudenciais (tendo tendência a coincidir no entendimento de que ato sexual de relevo será o ato dotado de conotação sexual objetiva identificável por um observador externo, que seja abstratamente idóneo à satisfação de instintos sexuais e que seja apto a ofender a liberdade e determinação sexual²³) pois o Código Penal não nos dá uma densificação do conceito de ato sexual de relevo, nem nos fornece uma extensa casuística exemplificativa²⁴, daí o facto de, este conceito de “ato sexual de relevo” ter vindo a levantar alguns problemas, na medida em que se trata de um conceito indeterminado.

²² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, 2015, anotação 8ª ao art.º 163.º

²³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de Janeiro de 20.17, n.º RG, proc. 1099/15.0JABRG G1 in www.dgsi.pt

²⁴ Idem

1.4.1 Princípio da Legalidade e Princípio da Tipicidade

Ora, o Princípio da Legalidade (que anda sempre de mãos dadas com o Princípio da Tipicidade), constitucionalmente consagrado no artigo 29.º e no primeiro artigo do Código Penal indica-nos, de uma forma muito resumida, que não pode haver crime, nem pena (ou medida de segurança) se não houver uma lei prévia escrita e precisa. Figueiredo Dias entende que este princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” refere que a descrição da conduta ilícita e dos elementos dos quais dependa em concreto uma punição, tem de ser feita de modo a que se tornem objetivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objetivamente motivável a conduta dos cidadãos²⁵. A outra face da moeda, o Princípio da Tipicidade, refere-se à determinabilidade do conteúdo da lei: esta tem de especificar todos os factos e todas as condutas que preencham o tipo de crime e tipificar a pena (ou medida de segurança). Mais acrescenta Taipa de Carvalho: “dada a necessidade de prevenir as condutas lesivas dos bens jurídicos-penais e igualmente de garantir o cidadão contra a arbitrariedade ou mesmo contra a discricionariedade judicial, exige-se que a lei criminal descreva o mais pormenorizadamente possível a conduta que qualifica como crime. Só assim o cidadão poderá saber que ações e omissões deve evitar, sob pena de vir a ser qualificado como criminoso, com a consequência de lhe vir a ser aplicada uma pena ou medida de segurança. Daqui resulta a proibição de o legislador utilizar cláusulas gerais na definição dos crimes, a necessidade de reduzir ao mínimo possível o recurso a conceitos indeterminados, e o imperativo de não recorrer às chamadas “normais penais em branco”, salvo quando se apresente como manifestamente indispensável e a norma para que é feita a remissão seja clara na descrição da conduta punível. Esta exigência decorre da razão de garantia do princípio da legalidade penal, é denominada por princípio da tipicidade, traduzido pela conhecida formulação latina *nullum crimen sine lege certa*.”²⁶

Não pode o direito penal ser alicerçado neste tipo de conceitos, logo a sua utilização tem de ser absolutamente excepcional. Tendo isto em consideração confere-nos apurar se este conceito indeterminado é, então, relevante e fundamental o suficiente para ser utilizado sem por em causa os princípios referidos supra. A Doutrina e Jurisprudência

²⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, “Direito Penal Parte Geral” – Tomo I, pág. 186

²⁶ CARVALHO, Taipa, “Constituição Portuguesa Anotada”, organizada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2ª Edição, 2010, pág. 672

têm entendido que sim e nós seguimos esse entendimento, ainda que admitamos que o Legislador poderia ter previsto as várias situações que considera ato sexual de relevo, de forma de forma a evitar todas as dúvidas que circundam o conceito. No entanto, ao ter especificado teria também o prejuízo de poder deixar alguma dessas situações por tipificar e teríamos um ato sexual de relevo que não seria passível de crime. Optando então pelo menor dos males, deu ao julgador o poder de apreciação, em função das realidades sociais, das conceções reinantes e da própria evolução dos costumes, mas não deixando de cobrir as hipóteses de atos graves, nomeadamente aqueles que atentam com os normais sentimentos de pudor dos ofendidos, intoleráveis numa sociedade civilizada.

Este conceito indeterminado, confere, então, ao aplicador uma certa margem de manobra, cobrindo, na sua plástica moldura penal abstrata, as hipóteses de atos graves e daqueles que, muito menos graves, não deixem de atentar contra a autodeterminação sexual do ofendido, o bem jurídico protegido: a liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem, para os adultos; a liberdade de crescer na relativa inocência até se atingir a idade da razão para então e aí se poder exercer plenamente aquela liberdade, para as crianças.²⁷

II. A trigésima oitava alteração ao Código Penal

2.1 Convenção de Istambul

A Convenção do Conselho Europeu para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica²⁸, vulgarmente designada de Convenção de Istambul foi aprovada, na cidade que lhe deu o nome, em 11 de Maio de 2011 e ratificada por Portugal através de Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro e por Decreto do Presidente da República n.º 13/2013, de 21 de Janeiro, entrando em vigor na Ordem Internacional a 1 de Agosto de 2014. A alteração legislativa dada pela Lei n.º

²⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2015, n.º JSTJ000, proc. 05P2442 in www.dgsi.pt

²⁸ Convenção de Istambul, in www.dgsi.pt

23/2015, de 5 de Agosto foi em muito impulsionada por esta Convenção. Além dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, também o crime de violência doméstica, o crime de stalking, o crime de mutilação genital feminina e o crime de casamento forçado foram criados ou alterados na sequência daquela ratificação, pois, como o próprio nome indica, a CI verte sobre os crimes de violência contra as mulheres. A partir daqui, faculta um conjunto de normas vinculativas para a prevenção e o combate dessa mesma violência.

“A Convenção contém uma série de disposições que vão muito além da exigência de “simples” criminalização. Dispõe em pormenor sobre tipos de pena aplicáveis, circunstâncias agravantes (uso de armas, violência grave, menores...), inadmissibilidade de desculpas (tradição, honra), tentativa e cumplicidade, jurisdição territorial, extradição, cooperação internacional, etc. – o que poderá levantar algumas questões de compatibilidade constitucional, dadas as tradicionais reservas e limites constitucionais garantísticos nestas matérias, não só em termos de competência legislativa propriamente dita (CRP, art.º 165º) mas também de regulação substancial, num sistema de Direito Penal dito de intervenção mínima, com apoio constitucional no art.º 18º da CRP. É a mesma Assembleia da República que legisla em matéria penal e que aprova para ratificação as convenções internacionais, dir-se-ia, portanto, que por aí não haveria, em princípio, problema; resta saber se quando a AR ratifica uma convenção “criminalizadora” se debatem e analisam de forma suficientemente cuidadosa as implicações na ordem interna, designadamente a aceitação da necessária alteração das leis penais e processuais.”²⁹

O art.º 36.º, n.º 1 da Convenção estipula que os Estados deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente: a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última; b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa; c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro. O n.º 2 da mesma disposição afirma que o consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes e o n.º 3 afirma, de acordo com os inquéritos que demonstram que a maioria dos crimes sexuais ocorrem em contexto relacional, que a criminalização

²⁹ BELEZA, Teresa Pizarro, “Consent as Simple as Tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação”, “Combate à Violência do Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, 2016, págs. 16 a 26

prevista no n.º 1 se aplica a atos praticados contra cônjuges ou companheiras/os ou contra ex-cônjuges ou ex-companheiras/os. A Convenção de Istambul, exigindo a criminalização de qualquer ato sexual não consentido, impunha que nos crimes de violação e de coação sexual fossem abolidos os requisitos da violência e da ameaça grave, como elementos constitutivos dos tipos legais de crime previstos nos artigos 163.º, n.º 1 e 164.º, n.º 1 do CP. Impunha, também, no crime de coação sexual, o alargamento do âmbito da criminalização a todos os atos sexuais praticados sem consentimento de uma das partes, acabando com a distinção entre atos sexuais de relevo e atos sexuais sem relevo, distinção que foi responsável pela descriminalização, na prática judiciária, de muito atos ofensivos da liberdade sexual, antes da reforma de 2007, que passou a punir a importunação sexual.

O crime de violação foi sempre concebido ao longo de todos os Códigos Penais que atravessaram a nossa história, como um crime de execução vinculada, isto é, que exige, para estar preenchido, meios típicos de constrangimento, nomeadamente, a violência ou ameaça grave.³⁰ A Lei 83/2015 de 5 de Agosto veio no n.º 2 de ambos o art.º 163.º e 164.º, como já referido supra, tipificar um crime de execução livre (*“por meio não compreendido no número anterior”*) de modo a prever as situações em que as vítimas não eram constrangidas através de violência, pois, muitas das vezes o agente não necessitava de a ela recorrer, na medida em que, os crimes sexuais são cometidos na sua maioria por uma pessoa próxima da vítima. Como já foi referido, foi a primeira vez que o nosso Código Penal previu meios de constrangimento que não envolvam violência (ou ameaça grave).

Maria Clara Sottomayor afirma ainda que: “O crime de coação sexual também deve ser alargado a todos os atos sexuais não consentidos e não apenas aos classificados pela lei como atos sexuais de relevo, integrando-se, assim, o crime de importunação sexual no crime de coação sexual, e reservando-se a importunação sexual, prevista no art.º 170.º, para assédios verbais ou atos de exibicionismo. Na verdade, a característica do ato sexual que o torna de “relevo” para a vítima não será tanto os seus contornos objetivos em si mesmos, mas a falta de consentimento para a sua prática.” Parece-nos que isto já seria ir longe demais: como já concluímos, existem várias conceções, quer doutrinárias, quer jurisprudenciais, para a definição de ato sexual de relevo. Conforme a sua gravidade a punição aumenta proporcionalmente. Ainda que o crime de coação sexual tenha uma moldura penal abstrata com um intervalo considerável, já para se moldar dentro dos atos

³⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género”, 2015 in www.scielo.mec.pt

sexuais de relevo mais e menos graves, não se pode meter tudo no mesmo saco. Temos de caminhar no sentido de conseguirmos ter um Direito Penal dos factos, da tutela de bens jurídicos e não um Direito Penal da Vítima ou do Autor.

2.2 Lei 83/2015 de 5 de Agosto – Coação Sexual, Violação e Direito de Queixa

Já se foi desenvolvendo anteriormente vários pontos essenciais que dizem respeito às alterações que esta Lei trouxe ao Código Penal, pelo que não nos vamos alongar.

Os artigos 163.º e 164.º do CP passaram a prever nos seus números 2 um crime de execução livre (*“por meio não compreendido no número anterior”*) de modo a criminalizar os comportamentos do agente para com a vítima que sejam feitos de outra forma que não a violência e ameaça grave (ou, em tempos idos, a superioridade hierárquica, tutela, curatela, etc.). Esta decisão do legislador, como já fomos referenciando ainda que de forma leve, foi imensamente criticada na medida em que, a CI, pretendia criminalizar todos os comportamentos por parte do agente, que não fossem consentidos pela vítima, de igual forma não havendo diferença entre atos sexuais de relevo mais ou menos graves, violência ou não violência, ou mesmo eliminando completamente a expressão “atos sexuais de relevo” – o elemento objetivo do tipo estaria preenchido apenas com o dissentimento por parte da vítima (conceção ampla do conceito de violência). Ao optar por distinguir os atos praticados pelo agente com violência ou ameaça grave e sem violência, o legislador escalonou a punição em razão dessa mesma violência existir ou não, havendo quem, criticando esta diferenciação, distinga os números 2 e 1 de ambos os crimes, como Coação Sexual e Coação Sexual “Qualificada” e Violação e Violação “Qualificada”. Dizem Inês Ferreira Leite e Carlota Pizarro de Almeida: “Apesar de se prescindir da “violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”, não se justifica que estas circunstâncias se transformem em agravantes. Isto porque estas são formas socialmente comuns para a execução do crime de violação, e não circunstâncias excepcionais que despoletem fatores agravantes. O que se pretende com a eliminação desta expressão não é condicionar o tipo social – a maioria das violações são praticadas com alguma violência, ameaça grave ou impossibilitando a vítima

de resistir – mas garantir que também há violação quando são usadas formas de violência subtil (como, por exemplo, se prevê expressamente em Itália, com a referência à mera superioridade numérica dos agressores), sendo bastante que a vítima se tenha apercebido da futilidade de resistir, por exemplo, por haver uma manifesta superioridade física do agressor. O que se pretende é reforçar que há violação sempre que sejam praticados atos sexuais de relevo contra a vontade da vítima – sem o seu consentimento – e não criar vários níveis de violação.”³¹ Refere também o Conselho Superior do Ministério Público: “É no não consentimento que radica a violência do ato e a natureza do crime. Neste sentido, a existência de violência ou ameaça grave não devem ser meios típicos de constrangimento, mas circunstâncias agravantes da pena. Com efeito, a exigência de um processo cumulativo de violência (o agressor que só o é quando exerce violência, a vítima que só o é quando dá provas de lhe resistir, preferencialmente com violência) destitui o cerne da sua natureza: um ato sexual não consentido é, de per si, um ato de violência. É, pois, no “não consentimento” que se configura o atentado à autodeterminação e liberdade sexual, e as demais formas de violência usadas para a consecução do ato só podem ser entendidas como agravantes”³², afirmando que a lei atual não vai de encontro ao que a CI pretendia para os Estados que a ratificaram.

As alterações ao artigo 178.º não foram muitas – apenas foi acrescentado um número – não querendo isto dizer que não fossem significativas. A proposta de Lei do BE, no seguimento da CI, era tornar o crime de Violação público. Ora, isso gerou muita discussão no sentido em que, o bem jurídico que diz respeito a estes crimes refere-se a uma especial intimidade – é pessoalíssimo. Não se optou então por o fazer, tendo continuado em vigor o facto de ser crime semipúblico. É aqui que entra a alteração – o nº 2 – que constitui uma exceção ao regime de queixa (*“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”*). O que passou a existir então, é uma espécie de regime misto, híbrido, em que, regra geral os crimes são semipúblicos, mas, excepcionalmente, são crimes públicos.

³¹ Parecer ao PROJETO DE LEI 664/XII/4.^a (Grupo Parlamentar do BE) – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal – de Inês Ferreira Leite e Carlota Pizarro de Almeida do Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais.

³² Parecer do Conselho Superior do Ministério Público ao PROJETO DE LEI 664/XII/4.^a (Grupo Parlamentar do BE) – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal

O Conselho Superior da Magistratura entendia que o crime deveria continuar a ser semipúblico: “Estamos nesta matéria em presença de crimes que contendem de uma forma muito particular com a esfera da intimidade. Em causa estão essencialmente bens jurídicos individuais – a liberdade sexual – e não bens supra individuais da comunidade ou do Estado e, havendo o legislador nacional (pelo menos, desde do Código Penal de 1982) procurado obedecer, neste domínio, a uma racionalidade orientada por e para a tutela autónoma do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, parece incongruente que a intervenção do direito penal na matéria vá além dos campos de proteção e promoção e salte para o plano em que a vontade do titular do bem jurídico tutelado se apresente de modo irrelevante, ou seja mesmo contrariada. Se é certo que a alteração agora proposta pode eventualmente contribuir para diminuir as estatísticas deste tipo de crimes, importa equacionar se essa alteração não terá o efeito pernicioso de obstar à satisfação da proteção dos direitos fundamentais da vítima e ao restabelecimento da paz jurídica. Acresce, por outro lado, não parecer justificar-se a divergência de tratamento entre os crimes de coação sexual e violação, no que à natureza do crime diz respeito.”³³. Já o Conselho Superior do Ministério Público apoiava o regime híbrido: “E não é fácil tomar posição quanto a essa mesma opção. Crime semipúblico ou público? Diremos, como é sabido, que a diferença substancial a relevar é a de que basta que haja notícia do crime para que o Ministério Público tenha que dar início à investigação. Ou seja, o Estado assume-se como o primeiro e único interessado na perseguição penal do facto. Será que com isto se estará a respeitar de forma eficaz a liberdade decisória da vítima, ela, sim, a principal lesada, mesmo aceitando a gravidade e o alarme social que este tipo de fenómeno criminal suscita na comunidade? – Não será que, nesta dialética, se deverá conferir prevalência ao silêncio da vítima, que prefere a impunidade do agente ao posterior confronto? (...) O que equivale a dizer que tendo presente as consequências nefastas que poderão advir para a vítima, decorrentes de um processo de vitimização acrescida e desproporcional, cremos que a solução a adotar, se se mantiver essa intenção, será a de criar um regime híbrido que permita ainda assim que o Ministério Público possa, caso a caso, ponderar a instauração e prosseguimento de ação penal, tendo sempre presente os especiais interesses da vítima.

³³ Parecer do Conselho Superior de Magistratura ao PROJETO DE LEI 664/XII/4.^a (Grupo Parlamentar do BE) – Que altera a natureza do crime de violação, tornando-o público.

Uma vez iniciado, após esta ponderação fundamentada na decisão da Autoridade Judiciária competente, a desistência superveniente não seria, em caso algum, operante (...).”³⁴

Será esta a solução mais correta? É o que vamos tentar perceber depois de analisarmos melhor como opera o Princípio da Oficialidade no Ordenamento Jurídico Português.

III. Direito Processual Penal

3.1 Princípio da Oficialidade

O nascimento da justiça penal por parte do Estado, a justiça pública, representou uma enorme, importantíssima e fundamental conquista para os penalistas, na medida em que, afastou a justiça privada, a vingança, o “olho por olho, dente por dente”. Como refere Figueiredo Dias, pode afirmar-se a evolução do princípio da oficialidade com a evolução do próprio Estado³⁵.

O Processo Penal Português, de estrutura acusatória é pautado por uma variedade de princípios que lhe dão forma e que dão garantias, quer aos intervenientes processuais, quer do ponto de vista da comunidade – “A representação do Estado significa, em termos jurídico-constitucionais e simbólicos, que lhe incumbe a tarefa de defesa dos interesses da comunidade (isto é, da República) em que se possa reconhecer cada um dos cidadãos e o povo em geral, não só porque se considera necessária essa incumbência, mas também porque ela se julga justa e adequada ao bem comum”.³⁶

A representação do Estado, de que falam Gomes Canotilho e Vital Moreira assenta no facto de ser uma entidade pública estadual, o Ministério Público a deter a legitimidade para a promoção processual. É a isto que diz respeito o Princípio da Oficialidade, que se aflora no CPP nos artigos 48.º, que indica que é o MP que detém a legitimidade para a

³⁴ Contributo do Conselho Superior do Ministério Público ao PROJETO DE LEI 664/XII/4.ª (Grupo Parlamentar do BE) – Que altera a natureza do crime de violação, tornando-o público.

³⁵ Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Processual Penal*, Lições coligidas por Maria João ANTUNES, pág. 85

³⁶ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II”, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pág. 603, acrescentam “O MP é um órgão de justiça independente, autónomo e com um estatuto próprio ao qual compete, designadamente, representar o Estado”

promoção processual e 276/1.º, onde refere que o MP encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação. Estes dois artigos são o corolário daquilo o que a Constituição refere, no art.º 219.º como as funções e estatuto do Ministério Público – não fosse o Direito Processual Penal o Direito Constitucional aplicado.³⁷

O monopólio estadual para a administração da justiça e da realização da justiça penal é uma das razões que dá sentido a este princípio de forma a garantir a imparcialidade, a efetivação dos direitos fundamentais, a igualdade, a paz jurídica e de ordenação social.

O princípio da oficialidade, de que tratamos, assenta essencialmente em três ideias-chaves: em relação à primeira, sabemos que a principal função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Proteção subsidiária essa que, num certo tempo e espaço e de acordo com as valorações comunitárias, se reputam como merecedores de tutela (e que, pela sua importância, a exigem), intervindo “com os seus instrumentos próprios de atuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”³⁸. Ora, o cumprimento da referida função do direito penal não pode estar dependente da vontade da vítima do crime. É ao Estado, enquanto entidade representativa de todos os cidadãos e garante do ordenamento jurídico-penal, que cabe assegurar a proteção subsidiária dos bens jurídicos, indo esta necessidade para além do interesse de quem foi concretamente abalado pela prática da infração. O princípio da oficialidade decorre assim da natureza pública do direito penal. A segunda ideia-chave, intimamente ligada à primeira, é a de que o processo penal é, como refere Figueiredo Dias, um “assunto da comunidade jurídica”. Logo, quando é violado um bem jurídico digno de tutela penal é do extremo interesse da comunidade perceber o que aconteceu e querer punir o agente responsável por aquela violação. A última ideia pode também destacar-se como fundamento do princípio do monopólio estadual da administração da justiça – garantia de imparcialidade, de efetivação dos direitos fundamentais, de igualdade, de paz jurídica e de ordenação social, como já referido supra – bem como o dever do Estado de realizar a justiça penal³⁹. Evidentemente, este específico dever é consequência da relevância comunitária

³⁷ Maria João ANTUNES, “Direito processual penal – Direito Constitucional Aplicado”, Que Futuro Para o Direito Processual Penal”, 2009

³⁸ Jorge de Figueiredo DIAS, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português”, ROA, ano 43, vol. I, Jan.-Abr. de 1983, p. 13

³⁹ Jorge de Figueiredo DIAS, Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João ANTUNES pág. 85,

dos bens jurídicos penalmente protegidos e da “função de proteção da ordem social” a cargo do Estado moderno.”

O MP, que como referem Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques é a “componente ativa do processo”⁴⁰, é, então responsável pelos dois grandes momentos do Processo Penal: o primeiro diz respeito à investigação da prática do crime e o segundo refere-se à decisão de submeter ou não a ação a julgamento. Diz Figueiredo Dias, “do início até ao fim do processo a vocação do MP não é a de parte, mas a de entidade unicamente interessada na descoberta da verdade e na realização do direito”.⁴¹

Tendo isto em consideração deveria ser sempre o MP a deter a legitimidade para promover o processo. No entanto, sabemos que isso não se verifica, na medida em que, no nosso Ordenamento Jurídico Penal, temos dois tipos de crimes: os crimes públicos (onde a regra da oficialidade vale em toda a sua amplitude – o MP ao receber a notícia do crime, seja através de um órgão de polícia criminal, seja a através da comunicação social (por exemplo), decide abrir inquérito, investigar e chegado à fase de encerramento do inquérito decidir se leva a ação a julgamento ou se, pelo contrário, não existindo indícios suficientes da prática do crime (ou mesmo existindo e não havendo provas suficientes) decidir pelo arquivamento do processo) e os crimes particulares em sentido amplo. Estes últimos subdividem-se em dois: os crimes semipúblicos e os crimes particulares em sentido estrito. Relativamente aos primeiros (cfr. art.º 49.º CPP), para que o MP possa investigar o crime (abrir a fase de inquérito), a vítima desse mesmo crime (ou outra pessoa que tenha a legitimidade, cfr. art.º 113.º do CP) tem de, inicialmente apresentar queixa. O exercício do direito de queixa corresponde a um ato atributivo de um poder ao particular (ofendido) no âmbito do processo penal. Assim, o cumprimento da função processual de queixa depende da autonomia privada do titular do direito de queixa.⁴² A partir daí o MP age da mesma forma que agiria nos crimes públicos – muda apenas o primeiro momento e existe uma limitação ao Princípio da Oficialidade. Os crimes particulares em sentido amplo (cfr. art.º 50.º CPP) constituem uma exceção ao princípio, isto na medida em que, num primeiro momento, tem de ser a vítima a apresentar queixa que é, nas palavras de Figueiredo Dias

⁴⁰ Manuel Simas SANTOS e Manuel LEAL-HENRIQUES, Código de Processo Penal Anotado, vol. I, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2008, p. 348.

⁴¹ Jorge de Figueiredo DIAS apud Maia GONÇALVES, Código de Processo Penal Anotado, 17ª ed. rev. e actual., Coimbra, Almedina, 2009, págs. 160 e 161.

⁴² CUNHA, José Damião da, “A participação dos particulares no exercício da ação penal (alguns aspectos)”, Revista Portuguesa da Ciência Criminal 1998, pág. 601

uma declaração inequívoca de vontade de proceder contra determinada pessoa, (cfr. art.º 113.º CP), seguido da abertura do inquérito e, no fim desta fase, é a mesma pessoa que fez a queixa que decide se submete ou não a ação a julgamento – se decidir fazê-lo, recorre à chamada acusação particular, se não o MP arquiva o processo. Neste tipo de crimes mudam ambos os momentos.

Relativamente à natureza particular de certos crimes, pode ainda dizer-se, que esta vem operar uma “descriminalização por via real e não legal”.⁴³ É esta a importância do recurso aos crimes dependentes de acusação particular ou de queixa, como estratégia de descriminalização, uma estratégia que goza da simpatia crescente dos legisladores e que significa, além do mais, o reforço progressivo da posição da vítima no moderno sistema penal.

No que toca aos crimes públicos, a existência da ação penal está fora da disponibilidade da vítima, quem decide com total autonomia é o MP. No entanto existem situações em que o interesse do Estado e da comunidade na perseguição do crime colide “com interesses de natureza pessoalíssima da própria vítima que legitimamente pode estar mais interessada na preservação da sua vida privada do que na efetivação da justiça penal”⁴⁴

3.2 O Estatuto da Vítima

3.2.1 Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho

O Estatuto da Vítima foi⁴⁵ aprovado com a Lei n.º 130/2015 de 4 de Setembro que procede à 23.ª alteração ao CPP e ocorreu em seguimento da transposição da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012. Este

⁴³ Jorge de Figueiredo DIAS, Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João ANTUNES, Coimbra, 1988-9, p. 91 e Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena, 1ª ed., 3ª reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 420

⁴⁴ Frederico ISASCA, “O projecto do novo Código Penal (Fevereiro de 1991): uma primeira leitura adjectiva”, RPCC, ano 3, 1º vol., Jan.-Mar. de 1993, p. 73. O Autor acrescenta (pp. 73 e 74) que “não podemos, por isso, num cego apelo à tutela de bens jurídicos, deixar de ponderar e atender a esses direitos [da vítima] (v. g., bom nome e reputação, imagem, reserva da intimidade da vida privada e familiar), quando eles até têm natureza constitucional”.

⁴⁵ Estatuto da Vítima in www.apav.pt

estatuto veio estabelecer normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas de criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001.

Nos considerandos da Diretiva encontramos aquilo que esta propõe aos Estados Membros, indo desde o “reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais”, a “cooperação policial e judicial nas matérias penais com dimensão transfronteiriça”⁴⁶ tentando atenuar o cenário de heterogeneidade que existe no espaço europeu, mas também a consciencialização dos Estados-Membros para proteção e apoio das “vítimas de criminalidade”⁴⁷ e sempre que possível a participação ativa da vítima no processo penal, conforme o sistema de justiça penal nacional, atendendo à necessidade de estabelecimento de normas mínimas de proteção da vítima.⁴⁸ Posto isto, a Diretiva reitera que, os direitos previstos em relação à vítima não prejudicam os direitos do autor do crime. A expressão «autor do crime» refere-se a uma pessoa condenada por um crime. No entanto, para efeitos da diretiva, refere-se também a um suspeito ou a uma pessoa acusada antes de qualquer decisão sobre o reconhecimento da sua culpa ou da sua condenação, e não prejudica a presunção de inocência.⁴⁹

O artigo 12.º da Diretiva fala-nos do “Direito a garantias no contexto dos serviços de justiça restaurativa”. Façamos então uma breve referência a essa temática para tentar perceber se é ou não uma boa ferramenta para o Processo Penal e se pode ser uma boa ajuda para enquadrar o “interesse da vítima” a que se refere o art.º 178.º/2 do Código Penal, tema que tratamos aqui.

3.2.1.1 Justiça Restaurativa

O movimento vitimológico, iniciado na década de 1960, coloca no centro da discussão a necessidade de proteção da vítima e acusa o direito penal de a esquecer. Foi, pois, no rescaldo deste movimento que surgiu a chamada justiça restaurativa. A acusação de esquecimento da vítima assenta sobretudo em dois aspetos. Primeiro, prende-se com a

⁴⁶ Cfr. Considerando (3) da Diretiva 2012/29/EU

⁴⁷ Cfr. Considerando (9) da Diretiva 2012/29/EU

⁴⁸ Cfr. Considerandos (11) e (20) da Diretiva 2012/29/EU

⁴⁹ Cfr. Considerando (12) da Diretiva 2012/29/EU

desconsideração da sua vontade quanto à existência do processo penal relativo ao crime. Por força do princípio da oficialidade, o processo é, em regra, desencadeado e conduzido por uma entidade pública, sendo totalmente irrelevante se a vítima o deseja ou não. Segundo, assenta na desconsideração das suas necessidades na determinação da resposta punitiva.⁵⁰

O autor Nils Christie começou por defender que o princípio da oficialidade da promoção do processo penal e, de um modo geral, a forma como todo este se desenrola consubstanciam um “roubo do conflito” por parte do Estado, e explica de forma muito clara o que, no seu ponto de vista, ocorre no âmbito do processo penal e como este é desvantajoso e penoso para a vítima. Christie⁵¹ integra a corrente do abolicionismo penal, ainda que se assumia como um abolicionista “minimalista” – preservadora de determinadas garantias legais, uma vez que considera que “em certas hipóteses é necessária a intervenção da força do Estado”, ainda que sublinhem que “estas hipóteses devam ser reduzidas ao máximo”. Defende, assim, que há situações em que só o sistema e a lei penal têm capacidade para intervir, e devem fazê-lo. O criminólogo reconhece que o sistema penal é a estrutura mais capaz para impor um limite “a comportamentos absolutamente inaceitáveis, que não podem ser tolerados pelo Estado”, sendo esse “o espaço que o sistema penal deve ocupar.

A partir da década de noventa, por toda a Europa, surgiram projetos-piloto de resolução de conflitos penais, em que vítima e agressor tentam alcançar um acordo acerca da reparação dos danos causados pelo delito, através do processo designado por mediação, visando, pela relação estabelecida entre a vítima e o seu agressor, a restauração do equilíbrio perturbado pelo delito e a pacificação das situações e ainda a reparação, de forma construtiva e no interesse da vítima, pelo agente, responsabilizando-o pelos danos provocados pelo seu ato. A justiça restaurativa, na qual a mediação penal se insere, pressupõe uma forma inovadora de responder à criminalidade e aos conflitos. É uma resposta que leva as vítimas, os delinquentes e a coletividade a reparar, coletivamente, os danos causados, através de soluções alternativas à prática jurídica tradicional.

⁵⁰ SANTOS, Cláudia Cruz, “A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2010, pág.1

⁵¹ CHRISTIE, Nils, “Los conflictos como pertenencia”, De los delitos y de las víctimas, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992

A justiça Restaurativa tem como objetivo não só reduzir a criminalidade, mas também o impacto dos crimes sobre os cidadãos. “A resolução dos conflitos por esta via parece ter o potencial de fortalecer as relações ente os indivíduos e aumentar a coesão social”⁵²

3.2.2 A Lei 130/2015 de 4 de Setembro

A principal alteração que esta Lei trouxe ao Direito Processual Penal foi a introdução no CPP, logo no seu primeiro título de um artigo – 67.º - A – tornando a vítima um novo “sujeito processual”. Até este momento, para intervir no processo de forma ativa, a vítima tinha de se constituir como assistente, podendo participar na audiência de julgamento através de patrocínio judiciais, apresentar peças processuais e interpor recursos. Além disso podia constituir-se como lesado civil, tendo ao não se constituído como assistente: pessoa que sofreu danos ocasionais pelo crime, ainda que não se tenha ou não possa constituir-se assistente (cfr. art.º 74º do CPP). Ainda que à vítima sejam dadas garantias de informação, participação e proteção, não pode, estando representada por advogado(a) intervir através dele na audiência de julgamento nem interpor recurso da decisão que não lhe for favorável. Não se pode, portanto, considerar a vítima como um verdadeiro sujeito processual.

Na epígrafe do art.º 67-A do CPP encontramos a definição de vítima e quem o pode ser e outras especificidades tais como as vítimas especialmente vulneráveis, familiares e as crianças ou jovens.

Outra alteração significativa ocorreu no art.68.º (“Assistente”). Criando uma nova alínea no seu nº 3: alargou o prazo para a constituição de assistente – até aqui não era possível fazê-lo durante o prazo de interposição de recurso da sentença. “Se a constituição de assistente não for requerida até cinco dias antes do início da audiência de julgamento, o interessado verá definitivamente precludida a possibilidade de intervir na fase de julgamento e não será admitido a impugnar a sentença final mediante recurso”⁵³. Ou seja, se não o fizesse até aquele momento, perderia a sua oportunidade, assim sendo poder-se-á este constituir assistente, em

⁵² “Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa” de Paul McCold e Ted Wachtel, Agosto de 2003.

⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de Junho de 2012, em www.dgsi.pt

qualquer das fases do processo, seja quando a instrução seja requerida, ou a acusação deduzida ou o recurso interposto.

O art.º 212.º/4 CPP foi alterado em ponderação da Diretiva comunitária, desde logo porque se eleva a possibilidade de, sempre que necessário, ouvir a vítima ainda que esta não se tenha constituído assistente. Torna-se patente o cumprimento do direito da vítima a participar no processo, a ser informada e ser ouvida (Artigos 3.º, 6.º, 10.º e considerando (20), (32) da Diretiva. Dentro desta temática temos também a alteração ao art.º 292.º/2 CPP, que vem fortalecer ainda mais a alteração ao art.º 212.º/4 CPP, sobre a audição da vítima ainda que esta não se tenha constituído assistente. Mantém-se a preocupação pelo cumprimento do disposto na Diretiva no que se refere ao preconizado acerca do direito de informação da vítima assim como o seu direito a ser ouvida (artigos 3.º, 6.º e 10.º da Diretiva).

A alteração ao art.º 246.º/5 CPP, revela a transposição do art.7.º da Diretiva, sendo que acaba ainda por consolidar com a sua remissão para os artigos 92.º e 93.º, a salvaguarda de assistência linguística necessária para a compreensão do ato (art.º 5.º da Diretiva) e a gratuidade da tradução (art.º 5.º/3 da Diretiva).

Na alteração ao art.247.º CPP que veio aditar um novo número cumprindo o disposto no art.º 5.º/1 da Diretiva relativamente ao certificado do registo da denúncia que deverá conter uma descrição dos factos essenciais do crime em causa e ser entregue independentemente de requerimento. Além disso, a Lei 130/2015 acaba por modificar ainda o n.º 3 do mesmo artigo quanto à alteração do regime relativo à concessão de indemnização das vítimas de crimes violentos e de violência doméstica.⁵⁴

Finalmente, a alteração ao art.495.º/2 CPP, que vem na mesma forma aumentar a participação da vítima com principal enfoque na sua audição, sempre que necessário e mesmo que não se tenha constituído assistente.

⁵⁴ Cfr: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1135&tabela=leis

Conclusão

A epígrafe do n.º 2 do art.º 178.º introduz-nos a um regime misto, a que o Conselho Superior do Ministério Público chama de híbrido, relativo à promoção processual dos crimes de Coação Sexual e Violação. A regra geral é de que estes crimes dependem de queixa. No entanto, o MP pode, ele mesmo, dar início ao processo, no prazo de seis meses a contar da data da prática dos factos quando o interesse da vítima o aconselhar.

Ora, vimos que os tipos de Coação Sexual e Violação estão consagrados para tutelar o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, e que, as vítimas de ambos os crimes podem ser tanto adultos, como crianças e adolescentes. Em relação aos segundos, não parece despoletar problema, na medida em que, os crimes contra a autodeterminação sexual são, na sua maioria públicos, à exceção do art.º 173.º. Importa então saber se, existe algum fundamento para o MP, em relação aos adultos, iniciar o processo à revelia das vítimas.

As exceções ao princípio da oficialidade justificam-se em razão de, por vezes, por estarem em causa infrações que “não se relacionam com bens jurídicos fundamentais da comunidade de modo (...) direto e imediato”, ou porque “a promoção processual contra ou sem a vontade do ofendido pode ser inconveniente ou mesmo prejudicial para interesses seus dignos de toda a consideração” – há uma “necessidade de respeitar a esfera íntima da vítima e de evitar um agravamento da ofensa sofrida – ou ainda por se traduzirem em verdadeiras bagatelas penais, evitando-se com a natureza particular que os tribunais sejam inundados de causas de “duvidoso valor e interesse comunitário”⁵⁵. Além disso, existem situações em que o interesse do Estado e da comunidade na perseguição do crime colide “com interesses de natureza pessoalíssima da própria vítima que legitimamente pode estar mais interessada na preservação da sua vida privada do que na efetivação da justiça penal”⁵⁶.

No decorrer deste “interesse da vítima” foi pertinente analisar, ainda que brevemente, a corrente de vitimologia e a ascensão da justiça restaurativa. Este “novo” modelo de justiça tem como objetivo não só reduzir a criminalidade, mas também o impacto dos crimes sobre os cidadãos. “A resolução dos conflitos por esta via parece ter o

⁵⁵ Jorge de Figueiredo DIAS, “Direito Processual Penal”

⁵⁶ Frederico ISASCA, “O projecto do novo Código Penal: uma primeira leitura adjectiva”, RPCC, ano 3, 1º vol., Jan.-Mar. de 1993, pág. 73

potencial de fortalecer as relações ente os indivíduos e aumentar a coesão social”. A principal crítica dos estudiosos e defensores desta corrente prende-se com o facto de considerarem que o Estado rouba o conflito à vítima, esquecendo-a, focando-se mais nas “futuras vítimas” do que naquela. Ainda que não concordemos com esta corrente na sua plenitude, não deixa de levantar algumas questões pertinentes. A melhor solução não será, obviamente, abolir o princípio da oficialidade e o direito processual penal como o conhecemos, mas tentar introduzir a justiça restaurativa nas situações em que ele se revele útil, não só para a vítima, mas também para o agente/arguido.

A Diretiva que analisamos referia no art.º 12.º que “Os Estados-Membros devem tomar medidas para garantir a proteção da vítima contra a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação, que devem ser aplicadas aquando da prestação de serviços de justiça restaurativa. Essas medidas devem assegurar que as vítimas que decidam participar num processo de justiça restaurativa tenham acesso a serviços de justiça restaurativa seguros e competentes (...)”. Além da referência óbvia ao acesso, por parte da vítima, a serviços de justiça restaurativa, é de notar que umas das coisas à qual a diretiva também faz referência e que vai de encontro às finalidades que ela tem para os Estados, é a proteção da vitimização secundária, proteção essa que a Convenção de Istambul também pretendia. Sobre a participação da vítima no processo penal, refere Cornelius Prittwitz “A lei penal, o processo penal e a punição são assuntos públicos em que os cidadãos são forçados a participar. Por que razão desejaria alguém tal papel?”⁵⁷

Já foi mais do que referido que, relativamente aos crimes contra liberdade e autodeterminação sexual, o bem jurídico protegido é de uma especial intimidade, é um bem jurídico pessoalíssimo. Refere Maria João Antunes que, a evolução legislativa em matéria de “crimes sexuais” contra menores mostra-se a tendência atual de um direito penal do bem jurídico que é, afinal, permeável a criminalizações alheias ao critério da dignidade jurídico-penal e da carência (necessidade) de tutela do bem jurídico, servindo mesmo opções não propriamente político-criminais, mas antes apenas “político-criminalmente corretas”.⁵⁸ Esta realidade, ainda que não tão vincada aplica-se também aos crimes de Violação e Coação Sexual, aos quais aqui nos referenciamos.

⁵⁷ Cornelius PRITTWITZ, “The Ressurrection of the Victim in Penal Theory”, Buffalo Criminal Law Review, 1999, vol. 3, pág. 119

⁵⁸ Maria João ANTUNES, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in Jornadas de Direito Penal — Crimes no seio da Família e sobre Menores

Sabemos também que, a maioria das vezes, estes crimes ocorrem dentro de quatro portas, estando apenas presentes o(s) agente(s) e a(s) vítima(s). O principal testemunho e quiçá única prova em relação aos factos é o testemunho da vítima. Fará algum sentido, quando a própria da vítima não quiser apresentar queixa que o MP o faça à sua revelia? Será que pode o MP obrigar a própria vítima a testemunhar contra a sua vontade ou mesmo a facultar meios de prova (no caso da violação – roupas e zaragatoas)? Não será isto a vitimização secundária a que a Diretiva e a Convenção de Istambul se referem? Parece-nos que, os “interesses da vítima” a que a Lei se refere vão de encontro àquelas situações em que a vítima se encontra coagida pelo agente para “não contar” ou situações em que o facto ocorreu entre familiares próximos e a vítima não quer “desfazer” a família. Posto isto, a função do MP aqui seria, não iniciar o processo por ele mesmo, mas explicar à vítima que existem meios para a proteger, queira ou não apresentar queixa. Ainda que os casos em que o MP inicie o processo ele mesmo, possam ser extremamente excepcionais, não nos parece que este regime híbrido tenha alguma utilidade, seja para as vítimas, seja para o próprio processo penal. O regime de crime semipúblico que tínhamos anteriormente era muito mais adequado.

Em derradeiro jeito de conclusão, usamos das palavras de Maria João Antunes que, de forma resumida dizem tudo o que até agora foi dito: “este tipo de crimes contende de uma forma particular com a esfera da intimidade, cabendo à vítima decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual⁵⁹, ou como mais vulgarmente se diz: cabe à vítima decidir se ao mal do crime junta o mal do processo.

⁵⁹ Maria João ANTUNES, in Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, pág. 586

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares, “*Abuso sexual de menores: público ou semi-público, eis a questão*”, in *Sub judice – justiça e sociedade*, Out.-Dez., 2003.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, 2015.

ANTUNES, Maria João, “*Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, 2005.

ANTUNES, Maria João, “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*” in *Jornadas de Direito Penal — Crimes no seio da Família e sobre Menores*, 2010.

ANTUNES, Maria João, “*Oposição do maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal*” in *Revista do Ministério Público*, Ano 26, Número 103, Julho-Setembro, 2005.

ANTUNES, Maria João, “*Direito processual penal – Direito Constitucional Aplicado - Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*”, Coimbra Editora, 2009.

ANTUNES, Maria João “*Sobre a irrelevância da oposição do MP – Desistência do titular do direito de queixa (art.º 178.º/2 do Código Penal)*” in *Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, Abril-Junho, 1999.

BELEZA, Teresa Pizarro, “*Consent as Simple as Tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação*”, “*Combate à Violência do*

Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal”, Universidade Católica Editora, 2016.

CHRISTIE, Nils, “*Los conflictos como pertenencia, De los delitos y de las víctimas*”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, “*Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II*”, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CARVALHO, Taipa, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, organizada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2ª Edição, 2010.

COSTA, José Faria, “*Noções Fundamentais de Direito Penal*”, 2ª ed., reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CUNHA, José Damião da, “*A participação dos particulares no exercício da ação penal (alguns aspectos)*”, Revista Portuguesa da Ciência Criminal, RPCC, ano 8, n.º 4, Out.-Dez. 1998.

DIAS Jorge de Figueiredo, “*Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João ANTUNES*”, Coimbra, 1988/9.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, “*Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*”, 1ª ed., 3ª reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo apud GONÇALVES Maia, “*Código de Processo Penal Anotado*”, 17ª ed. rev. e actual., Coimbra, Almedina, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Os novos rumos da política criminal e o direito penal português*”, ROA, ano 43, vol. I, Jan.-Abr. de 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Crimes contra os costumes*”, in Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, 1ª ed., Verbo, 1983

DIAS, Jorge Figueiredo, “*Direito Penal Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “*Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*”, in Revista do Ministério Público 136: Outubro-Dezembro, 2013

ISASCA, Frederico, “*O projecto do novo Código Penal: uma primeira leitura adjectiva*”, RPCC, ano 3, 1º vol., Jan.-Mar., 1993

LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, “*Crimes sexuais – Análise substantiva e processual*”, Coimbra Editora, 2016.

MCCOLD, Paul e WACHTEL, Ted, “*Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*”, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius, “*The Resurrection of the Victim in Penal Theory*”, Buffalo Criminal Law Review, 1999

RODRIGUES, Anabela Miranda, “*Sobre o crime de importunação sexual*” in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3987, ano 143º.

SANTOS, Cláudia Cruz, “*A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal, Porquês e como?*”, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Cláudia Cruz, “*A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português*”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2010.

SANTOS, Manuel Simas e LEAL-HENRIQUES Manuel, “*Código de Processo Penal Anotado*”, vol. I, 3ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2008, p. 348.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “*A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género*”, in www.scielo.mec.pt, 2015

www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-vitima-agressor/downloadFile/attachedFile_1_f0/perspectiva_comparada_25-06-2004.pdf?nocache=1170956404.66

www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1135&tabela=leis

Legislação

Código Penal

Código do Processo Penal

Constituição da República Portuguesa

Convenção do Conselho Europeu para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e Violência Doméstica

DIRETIVA 2012/29/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 25 de outubro de 2012 que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho

Lei 130/2015 de 4 de Setembro

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2005, proc. 801/03

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de Junho de 2012, proc. 781/10.3JACBR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de Junho de 2014, proc. n.º 1298/09.4JAPRT.P1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2015, n.º JSTJ000, proc. 05P2442

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de Janeiro de 2017, n.º RG, proc. 1099/15.0JABRG G1