

OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS APÓS A REVISÃO DE 1995

JOSÉ ANTÓNIO MOURAZ LOPES

Juiz de Direito em Coimbra — Portugal

Procede-se neste momento em Portugal à revisão das leis penal e processual penal fundamentais do ordenamento jurídico vigente.¹

A primeira pedra de tal reforma, o chamado "Projecto de Revisão do Código Penal" foi publicamente apresentada em janeiro de 1991.

Tal projecto, da responsabilidade de uma Comissão de eminentes juristas, presidida pelo Professor Figueiredo Dias, da Faculdade de Direito de Coimbra, foi posteriormente objecto de algumas alterações e convertido em projecto de decreto lei, tendo sido apresentado à Assembléia da Republica em fevereiro de 1994.

Objecto de alguma discussão, foi, nas suas traves fundamentais, recentemente aprovado e publicado o Decreto Lei 48/95 de 15/3, que aprova a revisão do Código Penal de 1982, alterando-o subs-

tancialmente, com entrada em vigor prevista para 1 de outubro de 1995.

Profundamente inovador e alterando grande parte dos artigos do Código Penal, que, recorde-se, entrou em vigor há doze anos, a amplitude das alterações introduzidas, das quais a matéria dos chamados crimes sexuais é paradigma, confrontará a breve prazo a jurisprudência dos Tribunais portugueses com um conjunto de questões que necessitam de ser ponderadas.

Correspondendo a uma visão unitária, coerente, marcadamente humanista, e em muitos aspectos, profundamente inovadora, amplamente discutido e aplaudido, nacional e internacionalmente, o actual Código Penal de 1982, constituiu uma autêntica viragem de todo o ordenamento jurídico penal até aí vigente.

E se em áreas menos sensíveis tal não foi muito visível, isso não aconteceu no âmbito dos "crimes sexuais".

E quando referimos "crimes sexuais" utilizamos o título da secção II do actual Código Penal de 1982 que integra os crimes de violação (artigo 201.^o), tráfico de pessoas (217.^o), estupro (204.^o), atentado ao pudor (205.^o e 206.^o), homossexualidade com menores (207.^o), ultraje ao pudor de outrém (213.^o), inseminação artificial (214.^o) e lenocínio (215.^o).

O legislador de 1982 — note-se que o projecto do Código Penal de 1982 surgiu, inicialmente em 1961, pela pena do Professor Eduardo Correia — incluiu este conjunto de crimes num título do

1. Por despacho do Sr. Ministro da Justiça de 23.3.90 foi criada uma "Comissão para Implementação do Sistema Penal", que pretende interaccionar e proporcionar práticas concertadas entre os vários órgãos intervenientes no sistema penal.

Foi recentemente aprovada uma nova Lei de penalização do consumo e tráfico de droga e existe uma Comissão a trabalhar na revisão do Código de Processo Penal.

Têm sido publicados alguns diplomas avulsos contendo matéria de índole penal e processual penal.

No dia 1.10.94 entrou em vigor um novo Código da Estrada.

código expressamente apodado de “crimes sexuais”, o que constituiu uma inovação face à legislação penal europeia ainda vigente.

Recorde-se que no primeiro projecto apresentado por aquele professor, cuja versão foi publicada em 1966, tal conjunto de crimes constituía o título “Crimes contra os costumes”, versão que, como se disse, não veio a vingar, optando-se antes por uma alteração que parecia radical.

No entanto a “ligação umbilical” da criminalidade sexual à moral e aos costumes não possibilitou, ainda, como aliás em grande parte das legislações penais actuais, esse corte definitivo.

Se o Código de 1982 ultrapassou o conceito de “crimes contra a honestidade” — a que se referia o Código Penal de 1886 — quer na redefinição do bem jurídico protegido por tais crimes, quer na eliminação de algumas condutas que até aí eram criminalmente punidas — caso do adultério e de certas condutas homossexuais — a concretização do que deve ser o verdadeiro bem jurídico a proteger pelos crimes em causa — a liberdade sexual — não foi integralmente assumida no Código de 1982.

Veja-se o caso dos crimes de atentado ao pudor, de ultrage público ao pudor e ultrage ao pudor de outrém, que não dispensam a concretização do “pudor”, normativo necessariamente a interpretar com recurso a valorações morais.

Mas mais flagrante é o caso do próprio exibicionismo ou ultrage público ao pudor que expressamente consagra a moralidade sexual como elemento do tipo.

Integrando um capítulo autónomo do título I que tipifica os crimes contra as pessoas, a nova versão do Código Penal de 1982 (doravante apenas referido por Novo Código) assume, pela primeira vez, a liberdade e a autodeterminação sexual como o bem jurídico fundamental tutelado pelos tipos criminais aí referidos.

Tal enquadramento já vinha sendo defendido e propugnando por alguma doutrina como sendo a única que possibilitava uma correcta postura da Lei face à realidade que actualmente devem assumir as condutas criminalmente punidas.²⁻³⁻⁴

Surge assim o capítulo V — Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual —, onde, a parte de tipos de crime já tipificados no código actual (violação, lenocínio, procriação artificial não consentida, estupro), são consagrados alguns novos crimes (coacção sexual, fraude sexual), são eliminados vários (cópula mediante fraude, atentado ao pudor, ultrage ao pudor de outrém) mas, sobretudo e fundamentalmente, é modificada integralmente a “super-estrutura” dos crimes em causa.

A divisão do capítulo em análise em duas subdivisões — crimes contra a liberdade sexual e crimes contra a autodeterminação sexual — pressupõe uma distinção bem clara entre aquilo que se pretende tutelar e proteger com os diferentes tipos de crimes aí incluídos.

Utilizando a sistemática desenvolvida por alguma doutrina fundada na escola alemã (ver Karl Prelhaz Natscheradetz na obra citada) é a liberdade sexual, ou a vontade do indivíduo na esfera sexual que importa tutelar e salvaguardar com os tipos de crime em causa.

Assim, no subtítulo I, criminalizam-se condutas que atentam gravemente contra essa liberdade da vontade do sujeito, cometidas:

— através da sua indução em erro — fraude sexual (artigo 167.º — “quem aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar

2. Karl Prelhaz Natscheradetz: *O direito penal sexual, seu conteúdo e limites*, Coimbra, 1985.

3. Figueiredo Dias: *Crimes Contra os Costumes*, Enciclopédia Polis, Verbo, I v.

4. José Luis Díez Ripolles: *El Derecho Penal ante el Sexo*, Bosch, Barcelona, 1981.

com outra pessoa cópula, coito anal ou acto sexual de relevo é punido com pena de prisão até 2 anos”);

— através de coacção grave ou violência:

a) violação (164.º, n. 1 — “Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, ou, ainda, pelos mesmos meios, a constranger a tê-la com terceiro, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”);

b) coito anal (164.º, n. 2 — “Com a mesma pena — da violação — é punido quem, nos termos previstos no número anterior, tiver coito anal com outra pessoa, ou a constranger a tê-lo com terceiro”);

c) coacção sexual (163.º — “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 1 a 8 anos”);

d) procriação sexual não consentida (168.º — “Quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”);

— através do aproveitamento da situação de incapacidade do sujeito de dar o seu consentimento ou ser coagido a tal:

a) abuso sexual de pessoa incapaz (165.º, n. 1 — “Quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de 6 meses a 8 anos.

2. Quem, nos termos previstos no número anterior, tiver cópula com mulher, ou coito anal, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos”);

b) abuso sexual de pessoa internada (166, n. 1 — “Quem, aproveitando-se

das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em:

a) Estabelecimento onde se executem reacções criminais privativas de liberdade;

b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou

c) Estabelecimento de educação ou correcção;

— praticar acto sexual de relevo com pessoa que aí se encontre internada e que de qualquer modo lhe esteja confiada ou se encontre ao seu cuidado é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. Quem, nos mesmos termos, tiver cópula com mulher, ou coito anal, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos);

c) tráfico de pessoas (169.º — “Quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, levar outra pessoa à prática em país estrangeiro da prostituição ou de actos sexuais de relevo, explorando a sua situação de abandono ou de necessidade, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”);

d) lenocídio (170.º, n. 1 — “Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando situações de abandono ou de necessidade económica é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. Se o agente usar de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”);

e ainda aquelas condutas que implicam desprezo pela vontade do sujeito que é contrária à ingerência de um terceiro na sua esfera sexual:

— actos exhibicionistas (artigo 171.º — “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter

exibicionista, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”).

No subtítulo II — Dos crimes contra a autodeterminação sexual — são integrados os crimes de:

a) abuso sexual de crianças (Artigo 172.º — 1. Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos).

2. Se o agente tiver cópula ou coito anal com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

3. Quem:

a) praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos, ou

b) actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objeto pornográfico, ou o utilizar em fotografia, filme ou gravação pornográfica;

é punido com pena de prisão até três anos.

4. Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

b) abuso sexual de adolescentes e dependentes (Artigo 173.º — 1. Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos nos ns. 1 ou 2 do artigo 172.º, relativamente:

a) a menor entre 14 e 16 anos que lhe tenha sido confiada para educação ou assistência; ou

b) a menor entre 16 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, com abuso da função que exerce ou da posição que detém;

é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2. Quem praticar acto descrito nas alíneas do n. 3 do artigo 172.º, relativamente a menor compreendido nas alíneas do número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano.

3. Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 3 anos).

c) estupro (Artigo 174.º — Quem tiver cópula com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias).

d) actos homossexuais com menores (Artigo 175.º — Quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por este praticados com outrém, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias).

e) lenocídio de menores (Artigo 176.º — 1. Quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor entre 14 e 16 anos, ou a prática por este de actos sexuais de relevo, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. Se o agente usar de violência, ameaça grave, artil ou manobra fraudulenta, actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, ou se esta for menor de 14 anos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos).

Com a criminalização das referidas condutas não se pretende tutelar um padrão de comportamentos sexuais ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas em particular, mas sim tutelar e proteger “uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autónoma dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de acções sexuais bilaterais”.²

Reconhece-se implicitamente o direito à sexualidade como o direito a proteger e a tutelar, no âmbito do direito à liberdade individual, mas também o direito à protecção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica.

Atende-se que as perturbações fisiológicas e psicológicas que um precoce despertar sexual (seja ou não violento ou consentido) pode provocar, são factos e motivos suficientes para uma tutela jurídica efectuada naqueles termos.

Importa salientar que em nenhum dos tipos de crimes referidos se encontra, agora, a mais leve referência a qualquer conceito de índole moral.

Quando se fala, naqueles crimes, no “acto sexual de relevo”, a concretização normativa de tal conceito não pode a título algum ter qualquer conotação ou configuração de índole moral.

A concretização do conteúdo daquele elemento do crime — pedra de toque do sistema agora consagrado — não deve ir procurar-se directamente a nenhuma ética sexual social, que não existe como tal.

Os conceitos ético-sociais em matéria de sexo evoluem no tempo rapidamente, de sociedade para sociedade e de cultura para cultura, não se compadecendo com codificações perenes — veja-se o caso da virgindade e o seu desapareci-

mento como elemento de alguns tipos de crime, nomeadamente o estupro, no Código de 1982.

Os hábitos e costumes de uma determinada cultura, devendo ser índices ou referências que o interprete deve ir buscar para concretizar a ilicitude, não são regra ou panaceia para seguir e aplicar indiscriminadamente.

Importa não esquecer que é a liberdade sexual de um sujeito que está em causa e que é tutelada e não a liberdade sexual de uma comunidade.

O direito à liberdade, nas suas múltiplas facetas é, com a tutela da liberdade sexual nos termos estabelecidos no projecto, manifestamente enriquecido.

Despindo-se pela primeira vez o sexo das vestes morais que sempre carregou, importa agora não o deixar nu na praça pública.

Cabrá com certeza aos tribunais, na interpretação que fizerem dos vários tipos de crime, tecerem alguma da roupa que o haverá de vestir.