

# Associação dos Advogados de Macau

# 澳門律師公會

# ANÁLISE DA PROPOSTA DE REVISÃO DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL DE MACAU REFERENTE AOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

## I - Introdução

Foi solicitado à Associação dos Advogados de Macau que, no âmbito das suas atribuições legais, se pronunciasse sobre a "Proposta de Revisão da parte especial do Código Penal, referente aos Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais".

Para tal, foi o mesmo posto à consulta dos advogados, através de Circular, e elaborado um projecto de parecer. Este projecto foi analisado e debatido pela Direcção, sendo o texto agora apresentado o resultado desse estudo e debate, tendo sido aprovado em reunião da Direcção de 2 de Março de 2016.

## II - Da análise da Proposta de Lei

#### 1. O crime de violação

As alterações propostas ao artigo 157º – violação – por forma a nele abranger o "coito oral" e a eliminar a diferenciação de género, não merece qualquer reparo.

No primeiro caso, tal alteração corresponde à concepção hoje dominante de que o constrangimento ao coito oral é equiparável ao constrangimento à cópula e ao coito anal.

No que se refere ao segundo, embora a experiência social e jurídica revele que este tipo de crime é tendencialmente perpetrado por homens sendo as vítimas,

was

consequentemente, também tendencialmente mulheres, o certo é que a ofensa à liberdade sexual das vítimas destas condutas é análoga, independentemente do sexo do agente. Diferenciar entre violação e coacção sexual conforme a conduta seja assumida por homem ou mulher não faz, pois, qualquer sentido.

#### 2. O crime de coacção sexual

Relativamente à criação do crime qualificado de coacção sexual, também entendemos que é ajustado distinguir se há ou não penetração de partes do corpo do agente, que não o pénis, (p. ex. dedos) ou a introdução de objectos (p. ex. vibrador) nos órgãos genitais ou no ânus da vítima.

Por isso, a punição ser equiparada ao crime de violação também não nos merece reparos.

#### 3. A introdução do crime de importunação sexual:

A conduta típica na importunação sexual é acto de natureza sexual que, não tendo a gravidade de acto sexual de relevo, se traduz no constrangimento que a vítima é obrigada a presenciar ou suportar, contra sua vontade e que, por isso, é importunada.

Como se refere no documento de consulta a fls 13 "in fine" e 14, entre as disposições do Código Penal vigente relativas aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – artigo 157º e ss. – a maioria delas, com excepção do crime de actos exibicionistas consagrado no artigo 165º, limita-se a incidir sobre os comportamentos de cópula, coito anal e actos sexuais de relevo, o que impossibilita que se apure a responsabilidade penal do agente por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais em caso de prática de "ofensa indecente", uma vez que esse comportamento não integra qualquer um desses conceitos.

Por outro lado, invocando recomendações da ONU, sustenta-se a necessidade de criminalizar comportamentos de assédio sexual, sobretudo no local de trabalho.

Não podendo deixar de apoiar esta intervenção legislativa, entendemos que, no que tange á criminalização da importunação sexual, se poderia ir mais longe.

Como se diz no documento de consulta, no Código Penal vigente a importunação sexual está prevista apenas no artigo  $165^{\circ}$  – actos exibicionistas – o que impede que outros tipos de importunação sexual sejam criminalmente perseguidos, como é hoje comum nas legislações dos estados de direito onde esta matéria tem sido alvo de um cuidadoso tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial.

No actual Código Penal, a conduta proibida consiste apenas na importunação cometida pela prática de actos de carácter exibicionista, ficando de fora a prática de constrangimento da vítima, pelo contacto sexual com o agente, e a formulação de propostas de teor sexual.

Com a introdução do novo tipo criminal, visa-se apenas acrescentar aos actos exibicionistas, o contacto físico de natureza sexual e, numa outra dimensão, o assédio sexual, ficando de fora a formulação de propostas de natureza sexual.

A previsão do contacto físico de natureza sexual nos termos propostas parecenos adequada, na medida em que se exige que o comportamento seja praticado contra a vontade da vítima, isto é, responsabiliza-se o agente que fizer com que outra pessoa, mulher ou homem, sofra ou realize, contra sua vontade, consigo ou com outrem, contacto físico de natureza sexual.

Parece-nos, contudo, que a formulação de propostas de teor sexual que ofendam a liberdade de autodeterminação sexual também deveria ser criminalizada.

Isto é, visando-se o alargamento do âmbito de punibilidade da importunação sexual, mal se compreende que, nos dias de hoje, se não alargue tal punibilidade às propostas de teor sexual – ofensas indecentes – a que a vítima seja sujeita.

Naturalmente que não se trata de criminalizar um mero piropo, mais ou menos aceitável ou mais ou menos brejeiro, mas de observações de cariz sexual mais gravosas, que ofendam ou que causem incómodo, apoquentação ou transtorno ao nível da liberdade sexual.

Naturalmente que os termos, as palavras e as expressões podem ter, por um lado um significado equívoco e, por outro, maior ou menor relevância de acordo com a região, a cultura e o meio social onde são proferidas, e daí que só o contexto possa determinar a sua relevância penal. Mas uma coisa é certa, dirigir a uma mulher expressões como "dava-te uma ..." ou "ia-te ao ..." " queres dar uma ... comigo", são seguramente comportamentos tão perturbantes em certos contextos como um apalpão intencional aos seios ou outras partes do corpo.

Deixar a tutela desta "ofensa indecente", para usar a expressão do documento de consulta, para a defesa da honra (v.g. injúria) não nos parece uma opção legislativa consentânea com os valores que hoje perpassam as sociedades livres e democráticas e com a melhor técnica legislativa.

A importunação revela-se aqui ao nível do bem jurídico "liberdade e autodeterminação sexuais", enquanto no crime previsto no artigo 175.º a importunação se reflete ao nível do bem jurídico "defesa da honra". Entende-se, hoje, que há uma deslocação do bem jurídico aqui tutelado, que passa a localizar-se no domínio da criminalidade de índole sexual.

Como estamos perante conceitos relativamente indeterminados, será a jurisprudência que, paulatina e reflectidamente, se encarregará de os precisar em função dos casos concretos.

Por isso, alvitramos que esta matéria poderia ser tratada com a alteração do artigo 165.º, por forma a abranger este tríplice aspecto e incluindo a agravação quando a vítima seja menor de 16 anos ou incapaz ou diminuída por razão de doença, deficiência física ou psíquica e, eventualmente, a agravação para o assédio.

Assim sendo, o artigo 165.º, sob a epígrafe "Importunação Sexual", poderia ter a seguinte redação:

"Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela actos exibicionistas de carácter sexual, constrangendo-a a contacto físico de natureza sexual ou formulando propostas de teor sexual, é punido com pena de .... se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

A pena será de ... quando se verifiquem as seguintes circunstâncias agravantes:

- 1) A vítima seja menor de 16 anos ou seja pessoa incapaz ...
- 2) A prática do acto de importunação sexual seja feita com aproveitamento por parte do agente de uma posição de autoridade numa relação hierárquica ou de trabalho com a vítima, ou quando ... dependência económica ..."

#### 4. O crime de lenocínio

No que concerne ao crime de lenocínio, também não merece reparo a eliminação do requisito de exploração da situação de abandono ou de necessidade da vítima, tal como sucede já em legislações comparadas a que o documento de consulta alude, bem como a fixação do limite máximo da pena em 4 anos de prisão.

Achamos ainda ajustado fixar a pena de prisão de 1 a 5 anos quando o agente explorar a situação de abandono ou de necessidade da vítima – lenocínio agravado.

# 5. Os crimes contra a autodeterminação sexual:

# Crime de recurso à prostituição de menor

É hoje consensual considerar que o abuso sexual de menores não é apenas um problema familiar mas também um problema público.

Por isso, impõe-se aqui uma criminalização alargada a casos que teriam menor gravidade se fossem praticados entre adultos. E compreende-se que assim seja, uma vez que o menor não tem ainda capacidade para formar livremente a sua vontade e compreender o significado do seu comportamento.

A concepção, nesta matéria, é a de que se deve reforçar a tutela das pessoas particularmente vulneráveis e indefesas.

E porque vai neste sentido, também nesta matéria a intervenção legislativa não nos merece reparos.

Não podemos, assim, deixar de apoiar a iniciativa de punir de uma forma mais alargada a prática de cópula, coito anal, coito oral e acto sexual de relevo, ou a introdução vaginal, ou anal, de partes do corpo ou objectos, com menores.

Uma vez que tal prática com menores de 14 anos, em qualquer situação, já está criminalizada – artigo 166.º – consideramos pertinente a criminalização quando a vítima for menor com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos, ocorrendo pagamento ou outra contrapartida.

A introdução de um novo tipo criminal que puna quem recorre a serviços sexuais de menores é, sem dúvida, uma forma eficaz de prevenção.

As penas propostas e indicadas a fls. 23 do documento de consulta parecem-nos equilibradas, como acertada a opção por atribuir natureza pública a este crime e a sua inserção no catálogo do art.º 5.º, concretamente na al. b) do seu n.º 1.

# 6. O crime de pornografia de menor

Também nesta matéria a intervenção legislativa não nos merece reparos.

A criação de um tipo criminal autónomo, mais abrangente, que puna a utilização de qualquer menor de 18 anos em espectáculo, fotografia, filme ou gravação pornográficos, bem como o seu aliciamento, corresponde a um imperativo de luta contra a pornografia de menores que as organizações internacionais sistematicamente têm vindo a recomendar aos Estados.

A criminalização mais leve da simples detenção (dolosa) de material pornográfico, a qualificação como crime público do novo crime e a inserção no já mencionado catálogo do art.º 5.º, também não merece reparos.

### 7. O doseamento das penas

Nada a dizer acerca da reflexão contida a fls. 30 do documento de consulta.

O balanceamento feito parece-nos equilibrado.

#### 8. Natureza dos crimes

Pelo que acima deixamos referido, nenhum reparo nos merece o ponto 8 do documento de consulta.

Atribuir a natureza pública aos crimes previstos nos art.ºs 158.º e 159.º e, na situação prevista no 172.º n.º 2, colocar a idade nos 16 anos, passando a haver intervenção do M.º P.º se o interesse da vítima o impuser, também nos parece uma medida legislativa acertada.

Aprovado em reunião da Direcção da AAM de 4 de Março de 2016

1. leves.