

AS 50 SOMBRAS DO CÓDIGO PENAL: A PROPÓSITO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES SEXUAIS*

Vera Lúcia Raposo

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo:

A criminalização de certas condutas do foro sexual é um fenómeno antigo e que tem persistido ao longo dos tempos. Porém, sofreu grandes alterações em sede da conduta descrita como crime, dos requisitos exigidos para a sanção e da tipologia dos agentes e das vítimas. Estes desenvolvimentos explicam-se, essencialmente, pela alteração da matriz que norteia a criminalização das condutas sexuais, isto é, pela reformulação do bem jurídico em causa.

Com efeito, tradicionalmente a criminalidade sexual fundava-se em sentimentos de pudor e moralidade social (dir-se-á até em sentimentos religiosos), dando corpo a crimes contra os sentimentos gerais de moralidade sexual; porém, nos últimos anos a ideia nuclear passou a ser o respeito pela liberdade de cada um

* O presente artigo corresponde, no essencial, a dois estudos prévios que elaborámos sobre este mesmo tema: “Da Moralidade à Liberdade: o Bem Jurídico Tutelado na Criminalidade Sexual”, in *Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias* (AAVV), Coimbra Editora, Coimbra, 2003 e “Sexo, Moralidade e Género: Uma Trilogia Diabólica? - (Os Crimes Sexuais no Código Penal de Macau e a Relação entre a Tutela Penal da Autodeterminação Sexual e a Suposta Tutela da Moralidade)”, a publicar pela Universidade de Macau em obra conjunta. Assim, ao longo desta exposição não faremos qualquer remissão para estes dois artigos, mas deixamos desde já a nota de que o conteúdo que se segue inclui trechos das mencionadas obras.

Este texto serviu também de base à comunicação apresentada no Seminário sobre a Revisão do Código Penal - Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária, em 3 de Junho de 2016, sob o título “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais”.

no plano sexual, como forma de desenvolver a sua personalidade. Por conseguinte, hoje em dia os crimes sexuais estão preordenados à protecção do bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, tal como expressamente resulta quer do Código Penal português (CPpt), quer do Código Penal de Macau (CPm), ainda que em algumas das suas normas – entenda-se, de ambos os Códigos - se vislumbrem vestígios de um passado moralista.

A revisão ao Código Penal que o governo da RAEM tem em curso poderá ser uma oportunidade de aperfeiçoar algumas das normas do Código Penal macaense que ainda se encontram aquém dos princípios da liberdade e da igualdade de género em sede de conduta sexual, princípios estes que teoricamente norteiam o Capítulo V do Código Penal. De facto, pelas propostas sugeridas é de saudar uma intenção reformadora de normas cuja redacção já não se adequa ao tempo presente, nomeadamente a norma que prevê o tipo legal de violação. Porém, nesta reforma vislumbram-se também propostas menos consistentes com o título do capítulo, tal como a introdução de um crime de importunação sexual e a reformulação que se pretende levar a cabo no tipo legal de lenocínio, como veremos adiante.

Palavras-chave: Crimes sexuais; violação; bem jurídico; moralidade; autodeterminação.

1. Breves notas sobre a criminalidade sexual

No que respeita ao quadro jurídico-penal relativo aos crimes sexuais a maior parte dos ordenamentos jurídicos evidencia um recorrente movimento de transição, que parte de uma ideia de moralidade e bons costumes rumo a uma concepção de respeito pela liberdade e autodeterminação sexual da pessoa. Os crimes sexuais começaram por ser erigidos em bastiões da moralidade social, destinados a tutelar uma certa forma de comportamento - nomeadamente no que respeita às mulheres - mas paulatinamente substituíram essa moralidade por demais ultrapassada por valores ligados à liberdade da pessoa. Assim, o legislador aceitou a licitude de comportamentos sexuais anteriormente penalizados (homossexualidade, prostituição), do mesmo passo que criminalizou todas as condutas violadoras do livre desenvolvimento sexual da pessoa.

O vigente Código Penal de Macau ainda não aderiu em toda a linha a esta corrente e em alguns dos seus tipos legais de crime vislumbra-se a presença de mundivências que já há muito deveriam ter sido ultrapassadas. Em contrapartida, o actual Código Penal português (CPpt) é assumidamente adepto das novas concepções em matérias de sexualidade e igualdade de género, ainda que alguns

arrimos jurisprudenciais não tenham acompanhado o pensamento legislativo e teimem em repetir as ideias do passado.

A revisão que se aproxima no Código Penal de Macau poderá revelar-se uma boa oportunidade de colmatar algumas destas lacunas e fragilidades. Mas, em boa verdade, a análise das propostas de revisão que têm sido trazidas a público cria nos juristas – pelo menos naqueles cuja formação jurídica de cariz europeu os leva a pensar o direito tendo como base a liberdade individual da pessoa e o desapego a concepções moralistas da sexualidade - sentimentos contraditórios. Por um lado a revisão permite-nos ficar optimista em relação a alguns pontos, tais como o reconhecimento da gravidade de certos ataques sexuais até ao momento considerados mera coacção sexual, logo, punidos com uma pena mais aligeirada. Mas, por outro lado, o que mais ressalta é o receio de que a revisão acabe por ficar muito aquém daquilo que dela se esperava, e mesmo o temor de alguns retrocessos, nomeadamente em sede de lenocínio e de um suposto crime de “importunação sexual”. Em suma, esta revisão arrisca-se a ser a história do que poderia ter sido.

2. O bem jurídico protegido nos crimes sexuais

No seio de um ordenamento jurídico de pendor conservador a criminalidade sexual aparece-nos essencialmente pautada por critérios de moralidade, não tanto individual mas sobretudo social. Um ordenamento jurídico com estas características assumirá uma postura restritiva face à criminalização de certas condutas no âmbito dos crimes sexuais. Estes apenas serão punidos quando ocorram no seio de uma relação heterossexual e entre pessoas não casadas entre si. Apenas na relação heterossexual porque a homossexualidade configurará, de *per si*, um crime à luz desta perspectiva. Apenas entre pessoas não casadas entre si dado que o casamento funcionava como uma espécie de *carte blanche* para o marido pôr e dispor sexualmente da mulher, justificando-se para tal no clássico débito conjugal. Ou seja, o consentimento para o casamento era entendido como um consentimento genérico para toda e qualquer prática sexual.

O homem surge necessariamente como criminoso e a mulher necessariamente como vítima (a possibilidade inversa era pura e simplesmente descartada). Em certas épocas a virgindade da vítima, quando solteira, chegou a ser exigida, ou, pelo menos, o facto de esta ser mulher honrada. No fundo, as relações entre sexos assemelhavam-se a uma bolsa de valores, na qual a mulher “desflorada” perdia valor comercial, como se de uma mercadoria defeituosa se tratasse¹. No caso do crime de violação a conduta punida restringia-se à cópula, tida como o acto sexual

1 Também neste sentido, Maria Teresa Beleza, *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra* (Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1999), p. 498 ss.

por excelência, esquecendo a possibilidade de distintos modos de penetração.

Em contrapartida, os ordenamentos jurídicos conservadores revelavam-se fortemente intervencionistas em relação a outros comportamentos, no fundo, todas aqueles considerados atentatórios do sentimento de moralidade dominante, nomeadamente a homossexualidade, a prostituição² e a pornografia. Ora, estas condutas configuram, quando muito, *crimes without victim*, isto é, trocas voluntárias de bens e de serviços que, mesmo quando punidas por lei, são tolerados na prática, dado o acordo voluntário entre o suposto criminoso e a suposto vítima com vista à realização de interesses comuns. Logo, a sanção criminal revelar-se-á, não apenas inútil, como inclusivamente contraproducente, e mesmo ilegítima³, por violação dos direitos fundamentais dos intervenientes, como sejam o direito a dispor do corpo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à liberdade de consciência.

Os crimes sexuais surgiam em Portugal por mão das Ordenações enquanto “crimes morais”, passando a “crimes contra a honestidade” no século XIX, em qualquer nos casos não como crimes contra as pessoas, mas sim crimes contra a sociedade, destinados à tutela do bem jurídico “moralidade social”.

A grande inovação ocorreu com o Projecto do Código de 1982, delineado nos anos 60, no qual se denotam relevantes alterações (por exemplo, deixou de se exigir a prova da virgindade da vítima), conquanto a moralidade permanecesse como o bem jurídico tutelado. Isto mesmo é comprovado pela localização sistemática dos crimes sexuais, ainda inseridos no capítulo dos “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”, sob a denominação de “crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”. Neste capítulo incluíam-se tipos legais mais que duvidosos da perspectiva da protecção de bens jurídico-criminais, tais como o “atentado ao pudor”, o “ultraje público ao pudor” e o “ultraje ao pudor de outrem”⁴.

Foi a reforma de 1995 que se revelou porventura a mais “revolucionária”, nomeadamente porque inseriu estes tipos legais na criminalidade contra as

2 Recorde-se que em Macau tem-se vindo a defender o retorno à criminalização da prostituição como forma de combate à indústria do sexo (<http://ionline.pt/401491?source=social>, 05/09/2015), esquecendo que o problema não é a indústria do sexo em si mesma, mas a participação forçada na referida indústria, a qual já é punida no ordenamento jurídico macaense por via dos crimes de sequestro (artigo 152.º CPM), escravidão (artigo 153.º CPM), tráfico de pessoas (artigo 153.º-A CPM), rapto (artigo 154.º CPM), lenocínio (artigo 163.º CPM) e lenocínio agravado (artigo 164.º CPM).

3 Anabela Miranda Rodrigues, Sónia Fidalgo, “Artigo 169.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I (Jorge de Figueiredo DIAS ed.), 2.ª ed. (Coimbra Editora: Coimbra, 2012), pp. 798 ss.

4 A isto acresce que muitas das penas atribuídas aos crimes sexuais se revelavam pouco mais que irrisórias, ficando muito aquém das sanções previstas para alguns dos crimes patrimoniais.

peçoas, no capítulo destinado à tutela da liberdade e autodeterminação sexuais, valores elevados à categoria de autênticos bens jurídicos. Estes novos bens jurídicos assentam numa ideia de auto-conformação da vida e das práticas sexuais da pessoa. Neste medida são ainda tributários do bem jurídico “liberdade pessoal”, mas desta feita restritos à livre actuação sexual, quer enquanto liberdade sexual negativa perante actos sexuais, quer como liberdade sexual positiva para actos sexuais⁵.

A substituição de uma ideia semi-religiosa de moralidade pelo bem jurídico “liberdade” (sublinhe-se: apenas este, e não o anterior, um autêntico bem jurídico) em muito se ficou a dever ao Professor Figueiredo Dias e à sua ideia de que entre adultos, em privado e havendo consentimento, tudo deve ser permitido⁶ (*a contrario*, reservando a criminalização para práticas sexuais que envolvam menores, tenham sido coactivamente impostas, sejam realizadas de forma pública ou de modo a incomodar terceiros). Nem poderia deixar de assim ser no âmbito de um Estado que se afirma de direito, laico e pluralista⁷. A própria concepção do direito criminal como mecanismo subsidiário de defesa dos bens jurídicos mais essenciais da comunidade concorre para esta configuração dos crimes sexuais⁸. Como já deixámos escrito, “[o]s meros atentados à ordem moral não assumem por si só relevância jurídica, e por conseguinte são impotentes para delinear o

5 Jorge de Figueiredo Dias, “Artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I (Jorge de Figueiredo DIAS ed.), 2.ª ed. (Coimbra Editora: Coimbra, 2012a), p. 716.

6 “As actividades sexuais cometidas entre adultos, em lugares privados, não serão objecto da lei penal. Adulterio, fornicação, coabitação ilícita, raptó consentido, relações sexuais, bigamia, incesto, sodomia, bestialidade, homossexualidade, prostituição, pornografia, obscenidades: em todos estes casos a acção da lei penal é excessiva” – Morris & Hawkins, *The Honest Politician’s Guide to Criminal Control*, Chicago, 1969, pág. 2, citado por Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Sumários das Lições do prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias à 2.ª Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito* (Coimbra, 1975), p. 20, uma ideia que o autor reiterou em vários outros dos seus escritos posteriores: Jorge de Figueiredo Dias, “Lei Criminal e Controlo da Criminalidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, 1976, p. 88; Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, (orientação a cargo de Figueiredo Dias), Parte Especial, Tomo I (Coimbra Editora: Coimbra, 1999), p. 442; Dias, 2012a, *cit.*, p. 715.

7 Sobre a regulamentação dos crimes sexuais nos Estados modernos, Karl Natscheradetz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites* (Livraria Almedina: Coimbra, 1985), em especial páginas 41 ss. e 71 ss.

8 “Porque o homem deve ser inteiramente livre nos seus pensamentos, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual” (Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime”, *Revista de Direito Penal*, 1981, p. 43).

conceito material de crime”⁹.

3. O tipo legal de violação

3.1. O acto sexual punido no crime de violação

No ordenamento penal português o crime de violação começou por se resumir exclusivamente à cópula; porém, na revisão de 1995 equiparou-se à cópula o coito anal, o que permitiu aceitar vítimas do sexo masculino. O âmbito de protecção deste tipo legal sofreu novo alargamento na reforma de 1998, quando à cópula passou a ser igualmente equiparado o coito oral. Ainda assim, o domínio da incriminação continuava a deparar-se com limites, dado que a expressão “coito” pressupõe a penetração peniana, excluindo assim outras possíveis penetrações. Ao invés, a actual consagração do tipo legal de violação no Código Penal português consagra uma previsão bastante ampla, que inclui a penetração por via de qualquer parte do corpo (incluindo o pénis, obviamente) ou objecto, mesmo que este não tenha natureza sexual (ou seja, não tem que se tratar necessariamente de um vibrador). Em suma, o tipo legal de violação, tal como surge hodiernamente no Código Penal português – e tal como acreditamos que deve ser construído – pode ser descrito como qualquer forma de penetração corporal, na linha do modelo francês de violação, e que nos parece nitidamente a boa doutrina.

Em contrapartida, o artigo 157.º do Código Penal de Macau resume a violação à cópula e ao coito anal e, por conseguinte, arrisca-se a deixar de fora agressões sexuais gravíssimas, às quais resta punir por via da sanção mais branda prevista para a coacção sexual¹⁰.

Em suma, enquanto o Código Penal português pune como violação a cópula, mas também o coito anal, o coito oral e ainda a introdução vaginal ou anal de outras partes do corpo ou objectos¹¹; já o Código Penal de Macau apenas aplica a pena mais gravosa da violação à cópula e ao coito anal.

Por isso mesmo, aplaudimos com entusiasmo a opção da reforma ao CPM de incluir o coito oral entre as condutas punidas pelo crime de violação¹².

9 Seguimos aqui os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal* (Coimbra Editora: Coimbra, 2001), p. 55.

10 O Código Penal de Macau pune a violação com uma pena de prisão de 3 a 12 anos, ao passo que prevê para a coacção sexual uma pena de prisão de 2 a 8 anos.

11 Todos estes são também actos sexuais de relevo, simplesmente, dada a sua gravidade mereceram uma criminalização autónoma. Por isso defende Figueiredo Dias (Dias, 2012a: 716) que a coacção sexual é o tipo fundamental e a violação uma sua especialização.

12 Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional – Conselho Consultivo da Reforma Jurídica, Revisão do Código Penal, Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais, Documento de Consulta, Dezembro de 2015, p. 14 (adiante Documento de Consulta), pp. 8 e 9.

Porém, também nos parece que em sede de reformulação deste tipo legal de crime se deveria igualmente ter reconduzido ao âmbito das condutas punidas qualquer tipo de penetração e por qualquer objecto ou parte do corpo. A opção do legislador de incluir estas condutas num outro tipo legal – o crime de agressão sexual mediante penetração, a constituir em sede de reforma - não nos parece satisfatória. De qualquer modo, compreendemos a justificação invocada de que na cultura chinesa o crime de violação está intrinsecamente ligado ao uso do órgão sexual¹³. Além do mais, dado que com o novo tipo legal as referidas condutas de penetração acabam por ser punidas com a mesma pena que assiste ao crime de violação (pena de prisão de 3 a 12 anos), a diferença entre a penetração peniana e a penetração por meio de qualquer outra parte do corpo ou de um objecto acaba por ser mais teórica do que prática¹⁴.

3.2. A construção sexualizada do crime de violação

Enquanto a violação se restringiu à cópula daqui decorria uma diferença de relevo na configuração deste tipo legal: a vítima não podia deixar de ser uma mulher, como forma de sublinhar que a conduta sexual feminina não era equiparável à masculina. A mulher afirmava-se sistematicamente como vítima e o homem como criminoso. Por conseguinte, uma hipotética violação de um homem seria tratada como coacção sexual, logo, menos severamente punida¹⁵. Mas desengane-se quem pense que esta estrutura legal pretendia salvaguardar as mulheres, bem pelo contrário, visava reprimir a sua conduta sexual e acentuar a discriminação de género.

Ao invés, hoje em dia a tendência vai no sentido de o crime de violação aparecer delineado como um tipo legal neutro, no qual homens e mulheres podem ser autores e vítimas. É certo que ainda hoje há quem advogue a feminização deste tipo legal, uma opinião sobretudo sustentada por certas correntes feministas¹⁶. Uma tal posição já não se hasteia na posição subalterna da mulher, hodiernamente ultrapassada, mas numa diferente ordem de razões: por um lado, no reconhecimento de que ainda actualmente a mulher apresenta uma posição mais frágil na sociedade; por outro lado, na gravidez como eventual consequência de um crime de violação, mas uma consequência restrita a vítimas femininas; por

13 Documento de Consulta, p. 10, 11.

14 *Ibid.*

15 Maria Teresa Beza, “Sem Sombra de Pecado: O Repensar de Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal”, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, I volume (Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 1996), pp. 166, 167.

16 Fala-se, a este respeito, de uma “cultura de violação” e da maior exposição feminina a ataques sexuais. Sobre esta matéria, Beza, 1990: 540 ss. e Beza, 1996: 177, 178.

outro lado ainda, porque socialmente a violação é representada como um crime contra mulheres e, mais do que isso, representaria o acto que melhor define a desigualdade de género.

Pela nossa parte, advogamos a construção neutral deste tipo legal, em nome do princípio da igualdade de género que marca as actuais Constituição (incluindo a Constituição da República Portuguesa e a Lei Básica de Macau) e textos de direitos fundamentais. Além do mais, a realidade revela-nos que cada vez mais existem homens a ser vítimas de ataques sexuais perpetrados em regra por outros homens, mas sem que se exclua violações masculinas cometidas por mulheres.

Foi também à luz de uma ideia de igualdade de género que o Código Penal de Macau construiu a sua incriminação da violação¹⁷. Desde logo, porque se prevê no n.º 2 do artigo 157.º do CPM o coito anal, uma das formas por excelência da violação masculina (ademais, punido exactamente com a mesma pena prevista para a cópula). A neutralidade desta previsão no que respeita ao agente passivo é acentuada pela formulação textual do artigo 157.º/2 do CPM, que descreve a conduta punida da seguinte forma: “coito anal com outra pessoa”, ao invés de “coito anal com mulher”.

Em contrapartida, o n.º 1 deste preceito é claramente uma norma *gender-oriented*. De facto, e uma vez que a cópula pressupõe necessariamente a introdução do pénis na vagina, a vítima da conduta prevista no n. 1 do artigo 157.º do CPM será sempre necessariamente do sexo feminino (o que explica que as duas alíneas do n.º 1 do artigo 157.º utilizem as expressões “tiver cópula com mulher” e “constranger mulher a ter cópula”). Contudo, se no plano da vítima da cópula a incriminação se restringe ao sexo feminino, já no plano do agente do crime de violação materializado na cópula é possível construir o tipo legal em termos neutrais. Efectivamente, esta foi a opção seguida pelo legislador de Macau, que delineou o âmbito de criminalização do artigo 157.º/1 de forma a que não apenas homens possam ser autores deste crime, mas também mulheres. De facto, quando a alínea b) do artigo 157.º/1 descreve a conduta de “constranger mulher a ter cópula com terceiro”, tal significa que uma mulher pode ser punida por violação se usar da coacção para forçar outra mulher a copular com um homem.

Em linha com o já propugnado princípio da igualdade de género, sublinhamos a importância de o crime de violação não se restringir à cópula, mas, ao invés, abranger uma multiplicidade de actos sexuais de relevo. Por um lado, porque a cópula não é sempre nem necessariamente o mais grave delito contra a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa. Por outro lado, porque não aceitamos a ideia, insita à restrição da violação à cópula, de que a gravidez

17 Embora, em nosso entender, não tenha levado este raciocínio até às últimas consequências, o que implicaria incluir na violação todas as formas de penetração, na linha da opção seguida pelo Código Penal português.

(cuja única causa no domínio sexual é a cópula¹⁸) é a característica determinante do crime de violação. Embora a gravidez seja uma consequência possível deste crime, não tem capacidade para, por si só, alterar a sua substância, valendo quando muito como um agravante da pena, nos termos do artigo 171.º/3 do CPM. Aliás, se a gravidez tivesse força suficiente para, *de per si*, conformar o tipo legal de violação, este seria um crime contra a autodeterminação reprodutiva e não contra a autodeterminação sexual. A isto acresce que mesmo quando da cópula resultar uma gravidez esta pode não se desenvolver até ao seu termo, seja porque se recorre à chamada “pílula do dia seguinte”, seja porque a mulher aborta, de forma espontânea ou voluntária¹⁹. Por conseguinte, caso se fizesse depender o crime de violação de uma possível gravidez, a consumação do crime teria que ficar dependente de uma circunstância que já não dependeria do seu autor, mas da sua vítima.

Face ao exposto, não podemos deixar de acompanhar a intenção plasmada na reforma do Código Penal de Macau no sentido de tornar o crime de violação num tipo legal sexualmente neutro, passando a incluir qualquer situação em que uma pessoa (homem ou mulher) constranger outra pessoa (homem ou mulher) a um dos actos sexuais de relevo tidos em vista pelo crime de violação²⁰.

3.3. Reconfiguração da vítima do crime de violação

Como já referido, o moderno direito penal sexual admite que os crimes sexuais sejam perpetrados também contra vítimas masculinas. Para além desta reconfiguração da vítima ocorreram ainda outras alterações relevantes relativas às características das vítimas destes crimes, nomeadamente quanto ao seu estado civil e à sua reputação.

No que respeita ao primeiro ponto, sublinhe-se ser hoje ponto assente que uma pessoa casada pode ser violada pelo seu cônjuge, como uma das muitas formas de violência doméstica. A questão tem-se colocado essencialmente face a maridos acusados de violarem as mulheres (sem que se negue a possibilidade oposta), um cenário excluído em certos ordenamentos jurídicos, por partirem do pressuposto de que o casamento configura uma autorização para todos os actos sexuais que venham a ter lugar no seu seio. Esta tese encontra justificação num entendimento ultrapassado do débito conjugal, no qual ao homem cabe o papel activo e dominador e à mulher resta o papel submisso. Neste entendimento, o

18 Isto no que respeita aos actos sexuais de relevo, porquanto pode também resultar de uma procriação artificial não consentida, prevista e punida no artigo 162.º CPM.

19 Recorde-se que o legislador penal considerou o crime sexual como causa de justificação do crime de aborto.

20 Documento de Consulta, pp. 10 e 11.

crime de violação refere-se apenas à cópula ilícita, ao passo que toda a cópula ocorrida no matrimónio será necessariamente lícita²¹, pelo que a violência sexual no casamento não é considerada crime. Ainda hoje os crimes sexuais ocorridos no casamento gozam de aceitação social em certas comunidades, inclusivamente por parte da própria vítima, que frequentemente não se vê a si mesma como vítima de um crime²². Por conseguinte, são raras as queixas por crimes sexuais ocorridos no casamento, não obstante os estudos demonstrarem que a violação praticada por marido ou companheiro é mais frequente do que aquela cometida por estranhos²³. Contudo, à luz de um ordenamento reconhecedor da igualdade de género no seio do casamento e da liberdade sexual de ambos os cônjuges, será imperativamente considerado como crime sexual qualquer conduta que preencha as respectivas tipificações legais, mesmo se praticadas entre cônjuges. Assim sucede no ordenamento jurídico português e, à falta de qualquer ressalva, também no macaense.

O segundo aspecto visa sublinhar que já não exige, como em tempos se exigiu, que a vítima seja mulher casta (a lei usava a expressão “mulher honesta”), pelo que é perfeitamente possível que uma prostituta seja vítima deste crime. O que ainda se denota em certas decisões é a presença de juízos de valor face a alguns comportamentos das vítimas, nomeadamente a sua conduta sexual, o número de namorados que teve ou a roupa que veste. Nenhum destes elementos deveria ter qualquer relevo criminal num ordenamento jurídico que não se paute por critérios de moralidade sexual e apenas poderão relevar na restrita (diremos mesmo, restritíssima) medida em que se possa considerar que a vítima contribuiu de alguma forma para o acto.

4. O futuro tipo legal de importunação sexual

Pretende o legislador da reforma incluir no CPm um suposto tipo legal de importunação sexual, destinado a punir aquilo a que chama de “ofensa indecente”, uma pretensão certamente cheia de boas intenções, mas que se arrisca a introduzir

21 Curiosamente, países tão insuspeitos em termos de igualdade de género, como é o caso da Alemanha até 1997, definiam a violação como o acto de compelir uma mulher a ter sexo extramarital; outro campeão da “igualdade de género”, a Dinamarca, previa a redução da pena de violação quando se tratasse de violação marital e mesmo a exclusão da pena caso a vítima mantivesse o casamento, uma situação só alterada em 2013.

22 S. Dantas-Berger, K. Giffin, “A Violência nas Relações de Conjugalidade: Invisibilidade e Banalização da Violência Sexual?”, *Cadernos de Saúde Pública*, 21(2), 2005, pp. 417–425; P. Mahoney, L. Williams, *Sexual Assault in Marriage: Prevalence, Consequences, and Treatment of Wife Rape*. 2007, at brockbaker.pbworks.com/f/PartnerViolence.pdf.

23 Mahoney & Williams, 2007.

nas relações entre as pessoas uma censura que poderá eventualmente fazer sentido no campo da religião e da moral, mas não no domínio do direito.

O que o legislador de Macau pretende supostamente criminalizar são – segundo a explicação do documento de consulta sobre a reforma²⁴ – “contactos físicos de natureza sexual”. Mas que contactos são esses que não se encontram já punidos pelas demais normas? Diz-nos ainda o documento de consulta que se não de tratar de actos que em abstracto se não podem considerar “actos sexuais de relevo”, mas que apesar disso são susceptíveis de, em concreto, afectar a liberdade sexual da vítima²⁵. Ora, uma vez que o CPM (assim como o CPPT) funda a construção dos tipos de ilícito incluídos na criminalidade sexual na ideia basilar de “acto sexual de relevo”, será que estaremos aqui perante “actos sexuais de menor relevo”? Ou será que não têm mesmo qualquer relevo? Mas, assim sendo, haverá espaço para a sua criminalização? Será que nos arriscamos a fazer depender a aplicação de uma sanção criminal, afinal, a mais gravosa sanção prevista no ordenamento jurídico, da maior ou menor sensibilidade da própria vítima e de um eventual excessivo pudor da sua parte? Mas, se assim for, como compatibilizar esta ideia com a definição de “acto sexual de relevo” avançado por Figueiredo Dias - e genericamente acolhida pela doutrina e pela jurisprudência - como aquele que “de um ponto de vista predominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica”²⁶?

É certo, repita-se, que o próprio legislador da reforma explica que o acto tido em vista pelo suposto crime de importunação sexual não corresponde ao “acto sexual de relevo” punido nos restantes tipos legais de crime. Mas a questão é mesmo essa: como pode o legislador penal punir alguma outra conduta que não seja um acto sexual de relevo? Por conseguinte, ou bem que a conduta do suposto agressor está já incluída noutros tipos legais de crime (coacção sexual, ofensas corporais, injúrias) ou então é porque não estamos em presença da violação de um bem jurídico, mas simplesmente de uma conduta desagradável, incomodativa, eventualmente repudiável do ponto de vista do trato social, mas não criminosa.

Ora, este ímpeto legislativo faz lembrar a recente alteração legal que conduziu em Portugal à criminalização do piropo. De facto, a actual redacção do

24 Documento de Consulta, p. 14.

25 Documento de Consulta, pp. 15 e 16.

26 Dias, 2012, pp. 718-719 (porém, algumas críticas a esta definição foram avançadas por Teresa Belega, por considerar que a mesma ainda remete para ideias de pudor e moralidade - Teresa Belega, “O Conceito Legal de Violação”, *Revista do Ministério Público*, ano 15, n.º 59, 1994, p. 55.

artigo 170.º do CPpt²⁷, introduzida pela Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, determina que será punido com pena de prisão até 1 anos ou com pena de multa até 120 dias aquele que “importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter exibicionista, formulando proposta de teor sexual ou contrangendo-a a actos de natureza sexual”. Trata-se de uma infeliz incriminação, que pune como se de um ataque se tratasse o que eventualmente não passa de uma grosseira. Certamente que caberá aos juízes atenuar os excessos da impetuosidade legislativa e agir com a sensatez que faltou ao legislador, mas não deixa de ser caricato que tenhamos caminhado tanto para nos libertarmos dos grilhões do passado e agora eis-nos a recuar no tempo e, mais do que isso, a aplaudir o retrocesso.

Pois bem, o crime de importunação sexual que se pretende fazer constar do CPM reformado arrisca-se a seguir o mesmo caminho de excesso e, por conseguinte, a ser alvos das mesmas críticas.

5. O tipo legal de lenocínio

O lenocínio (art. 163.º e 164.º do CPM) corresponde, *grosso modo*, ao “rufianismo” do Código Penal de 1886.

O artigo 163.º CPM pune aquele que “como modo de vida ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando a sua situação de abandono ou de necessidade”, sendo que a prostituição corresponde basicamente à prestação de um serviço sexual mediante um preço.

Em contrapartida, o artigo 164.º CPM pune aquele que, nos casos previstos no preceito anterior, “usar de violência, ameaça grave, ardid ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima”. Esta norma legitima a sua punição no comportamento especialmente gravoso do agente, cuja especificidade se funda em dois requisitos: por um lado, a utilização de certos meios, tais como violência (agressões físicas ou psíquicas), ameaça grave, ardid ou manobra fraudulenta; por outro lado, o aproveitamento da incapacidade psíquica da vítima.

É justo dizer que ambos os preceitos tutelam a liberdade sexual da pessoa, autêntico fundamento dos crimes sexuais.

Ora, o legislador de Macau quer fazer a este respeito uma coisa curiosa: quer pegar no que está bem e quer torná-lo mau. Ou seja, quer transformar uma

27 Sobre a nova redação deste tipo legal *vide*, Daniela Serra Castilho e Ana Paula Guimarães, ‘O Crime de Importunação Sexual no Código Penal Português’, at <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1342/1/O%20crime%20de%20importuna%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20no%20C%C3%B3digo%20Penal%20Portugu%C3%AAs.pdf>.

incriminação jurídico-penalmente justificada, como a que existe hoje no artigo 163.º do CPm, e copiar a actual versão portuguesa da norma (e que aliás não é apanágio de Portugal, já que a mesma incriminação consta de Códigos Penais de outros países), o artigo 169.º/1 do CPpt²⁸.

A incriminação que o legislador macaense quer fazer vingar pretende criminalizar qualquer conduta por meio da qual alguém, como modo de vida ou com intenção lucrativa, de alguma forma favorecer, fomentar o facilitar o exercício da prostituição por parte de outrem, mesmo que não se verifique qualquer aproveitamento de situações de abandono ou de necessidade. Para tal invoca que este alargamento tem sido o desenvolvimento natural da incriminação do lenocínio em vários países. Mas não vê o legislador como este alargamento se tem prestado a tantas críticas por parte da doutrina?

É certo que o Tribunal Constitucional português tem concluído, em várias das suas decisões, pela não inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º do CPpt, mas, e com todo o respeito pelas decisões deste Tribunal, não me parece que tenha decidido bem.

De facto, parece que o pretenso bem jurídico tutelado pela nova redacção que se pretende dar ao artigo 163.º CPm não coincide com a liberdade sexual, mas sim com valorações morais sobre a condução da vida da pessoa, a quais, obviamente, não atingem dignidade penal. Poderá tal conduta ser condenável no plano moral, mas seria excessivo e desnecessário – princípio da necessidade penal e da carência de pena - puni-la criminalmente, podendo inclusive constituir um atentado contra a autodeterminação por parte de quem se dedica à prostituição. Hoje em dia a prostituição já não constitui um facto criminoso e assim se deve manter, com fundamento na ideia, desde sempre defendida por Figueiredo Dias, segundo a qual as práticas estabelecidas em privado, entre adultos, com o seu consentimento, não cabem na tutela penal. O mesmo vale para aqueles que a facilitem ou apoiem, desde que para tal não façam uso de meios legalmente proibidos.

Basicamente quer-se punir aquele que ganha dinheiro por via da prostituição de terceiros. Uma tal incriminação dirige-se à protecção de uma certa concepção moral sobre a condução da vida pessoal, condenando a exploração profissional ou lucrativa da prostituição. Ora, podendo o proxenetismo ser ética e moralmente censurável, tal não significa que deva ou possa ser elevado ao estatuto criminal. Claro que – e como acentuou o Tribunal Constitucional português - existem valores que cabem conjuntamente à ordem jurídica e à ordem moral. Tudo está em saber se no caso é de um desses valores que se trata. E obviamente que não é. Aliás, o próprio Tribunal Constitucional revela a sua incapacidade para apontar

28 Documento de Consulta, pp. 19-21.

um genuíno valor fundamentador desta incriminação, isto é, um valor diferente da dignidade humana que, como é sabido, hoje em dia se transformou no argumento que se invoca na ausência de uma justificação jurídica pertinente²⁹. Infelizmente nos dias de hoje a dignidade é o não argumento, o reconhecimento da ausência de argumento.

A criminalização das chamadas “casas de meninas” ou “salões de massagem”, para além de atentar contra princípios básicos de uma sociedade pluralista, falha o seu alvo principal – a tutela de uma quimérica moralidade, que hoje não existe e que porventura nunca existiu – e nem sequer confere um mínimo da protecção àqueles que se dedicam a esse modo de vida, porquanto os expõe ainda mais a todos o tipo de brutalidades e vexames.

Sublinhe-se que em Portugal a própria Comissão Revisora, na pessoa do professor Figueiredo Dias, se manifestou a favor da descriminalização desta conduta, afirmando tratar-se de “um problema social e de polícia”³⁰.

Em suma, a revisão que se pretende fazer ao artigo 163.º CPM vai contra os princípios básicos do direito penal, desde logo os princípios da necessidade e da carência de pena, mas também contra um outro princípio que me é muito caro: o separação entre o direito penal e as concepções morais de cada um.

A incriminação só se justifica nas seguintes duas situações: i) quando o agente explora a situação de abandono ou necessidade da vítima (tal como actualmente punido no artigo 163.º CPM); ou quando o agente usar de violência, ameaça grave, ardis ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, tal como previsto no artigo 164.º CPM. Qualquer outra incriminação que extravase este restrito âmbito revela-se ilegítima, porque desnecessária.

6. Conclusão: os resquícios do passado quanto aos crimes sexuais

Num sistema jurídico-criminal que se pretende respeitador da esfera de liberdade pessoal de cada um, incluindo obviamente a liberdade no campo dos comportamentos sexuais, não há lugar para um direito penal que impede comportamentos não lesivos da liberdade e autodeterminação sexual das pessoas. Num tempo em que o “pecado”, o “recato” ou o “pudor” já não têm espaço na

29 “Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais, mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem” (Acórdão do TC, n.º 144/2004, de 10 de Março).

30 José Mouraz Lopes, *Os Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 3.ª edição (Coimbra Editora: Coimbra, 2002), p. 71.

criminalidade sexual, não há lugar para um Código Penal eivado de resquícios moralistas e de censura sexual.

O ordenamento jurídico-penal de Macau está ainda a passar pelo progresso de amadurecimento a que assistimos no ordenamento jurídico-criminal português. De facto, do CPpt desapareceram da descrição típica expressões como “mulher honesta”, “mulher virgem”, “viúva honesta”, “fim desonesto”, “paixões lascivas”, “promessa séria de casamento”, “atentado ao pudor”, “sentimentos gerais de moralidade sexual”, “capacidade para avaliar o sentido moral da cópula” e, a não menos significativa, “desencaminhar menor”. Assim, hoje em dia temos em Portugal um direito penal sexual que se pode considerar um dos mais evoluídos do mundo, porque um dos mais respeitadores dos direitos de liberdade de cada um.

Porém, até num ordenamento tão aplaudido como o português nos surgem momentos menos felizes. Um deles, ainda na memórias de todos os penalistas nacionais, prende-se com a ode ao macho latino. Recordemos para este efeito a tristemente célebre decisão da mais alta instância judicial portuguesa relativa à violação de duas turistas estrangeiras enquanto pediam boleia numa estrada, fundado na suposta “coutada do macho ibérico”:

“(…) não podemos esquecer que as duas ofendidas, raparigas novas, mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, em plena coutada do chamado «macho ibérico (...) aqui, tal como no seu país natal, a atracção pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes, não é fácil dominá-la”³¹.

31 “Se é certo que se trata de crimes repugnantes que não têm qualquer justificação, a verdade é que, no caso concreto, as duas ofendidas muito contribuíram para a sua realização. Na verdade, não podemos esquecer que as duas ofendidas, raparigas novas, mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, em plena coutada do chamado «macho ibérico». É impossível que não tenham previsto o risco que corriam; pois aqui, tal como no seu país natal, a atracção pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes, não é fácil dominá-la. Ora, ao meterem-se as duas num automóvel juntamente com dois rapazes, fizeram-no, a nosso ver, conscientes do perigo que corriam, até mesmo por estarem numa zona de turismo de fama internacional, onde abundam as turistas estrangeiras habitualmente com comportamento sexual muito mais liberal e descontraído do que a maioria das nativas” (Supremo Tribunal de Justiça português, processo n.º 040268, decisão de 18/10/1989).