

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Direito

Centro Regional do Porto

Mestrado em Direito Criminal



O Crime de Abuso Sexual de Crianças

- Uma Análise Jurisprudencial –

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Por Inês de Sousa Abrunhosa

Orientada pela Senhora Professora Conceição Cunha

Porto, 2015

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Direito

Centro Regional do Porto

Mestrado em Direito Criminal

O Crime de Abuso Sexual de Crianças

- Uma Análise Jurisprudencial –

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Por Inês de Sousa Abrunhosa

Orientada pela Senhora Professora Conceição Cunha

Inês de Sousa Abrunhosa

Porto, 2015

À minha Orientadora, por toda a dedicação e amizade,

À minha família por todo o apoio e incentivo,

Aos meus amigos, por toda a compreensão,

Aos meus “sobrinhos” pela boa energia transmitida,

Ao meu Padrinho, já ausente mas sempre presente.

*(...) Por causa disto há no céu uma estrela que deixou de brilhar, agora a minha vida gira num sentido que não faz sentido, e isto porquê?*¹

¹Vítima de abuso sexual aos 11 anos, Celina Manita, “Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, 2003, p.252.

Índice

Lista de Abreviaturas.....	7
Introdução	8
Capítulo I – Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual	10
1. Bem Jurídico Protegido	10
2. Distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual.....	12
3. Consentimento?	13
Capítulo II – Abuso Sexual de Crianças	18
1. Evolução Legislativa	18
2. Tipos Objetivo e Subjetivo de Ilícito e Formas Especiais do Crime.....	20
3. Direito Internacional e Europeu sobre criminalidade sexual.....	24
Capítulo III – Decisões Jurisprudenciais	25
1. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto	25
1.1- Decisão do Tribunal: Análise de Direito.....	26
1.2– Análise Crítica	31
2. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães.....	35
2.1 – Decisão do Tribunal: Análise de Direito	37
2.2 – Análise Crítica	39
3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.....	41
3.1– Decisão do Tribunal: Análise de Direito	43
3.2 – Análise Crítica	44
Conclusão	47
Bibliografia.....	49
ANEXOS	52

Lista de Abreviaturas

CRP – Constituição da República Portuguesa;

CP – Código Penal;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;

MP – Ministério Público;

CDC – Convenção sobre os Direitos das Crianças;

Ac. – Acórdão;

TRP – Tribunal da Relação do Porto;

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra;

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;

TRE – Tribunal da Relação de Évora;

PE – Parlamento Europeu;

CE – Conselho Europeu;

TPI – Tribunal de Primeira Instância;

Ob. Cit. – obra já citada numa nota anterior;

P./PP. – página/páginas;

P. e P. – previsto e punido;

Introdução

A presente dissertação tem como objetivo analisar a problemática do abuso sexual de menores previsto no artigo 171º do CP, que visa o tratamento de situações em que existe a prática de um crime contra crianças menores de 14 anos, sendo que, de acordo com o artigo 1º da CDC de 1989, “... criança é todo o ser humano menor de 18 anos...”.

O abuso sexual de menores não é um fenómeno novo, tendo o seu reconhecimento como tipo legal de crime atravessado um processo lento e difícil ao longo dos tempos e nas diversas sociedades e culturas. Infelizmente a prática deste crime contra crianças remonta à época da Antiguidade, prolongando-se até à atualidade. Desta forma, verificamos que há uma tradição histórica de violência sobre as crianças e uma certa tolerância sobre este tipo de comportamentos, que se traduziu num reconhecimento tardio desta problemática que vitimou e continua a vitimar inúmeras crianças e jovens.

No entanto, segundo Teresa Magalhães², “o que mudou foram as características, os valores e os paradigmas do meio sociocultural em que hoje vivemos; mudou o olhar, o entendimento que agora temos quanto à legitimidade e legalidade de certos comportamentos que no presente consideramos abusivos, em consonância com aquilo que agora respeitamos e assumimos como Direitos do Homem.”

Por conseguinte, entende-se por abuso sexual o envolvimento do menor em práticas que visam a satisfação sexual do agressor, geralmente mais velho, numa posição de poder ou autoridade sobre aquele. Regra geral, “...trata-se de práticas que o menor não consegue compreender e para as quais não está preparado, pelo seu desenvolvimento, às quais é incapaz de dar o seu consentimento informado e que violam as leis, os tabus sociais e as normas familiares”³.

Este abuso pode ser intra ou extrafamiliar, sendo que a incidência maior é dentro da família. Sendo estes os casos mais comuns, são aqueles que mais graves consequências têm para as crianças, pois confirma-se a quebra da confiança na família e perda de segurança no seu lar, até ali criadas, e que conseqüentemente leva a uma ameaça profunda no seu desenvolvimento. Segundo Teresa Magalhães, “o facto de o

²Teresa Magalhães, “Violência e abuso - respostas simples para questões complexas”, 2010, Imprensa da Faculdade de Coimbra, p.29.

³Teresa Magalhães, ob. Cit. p.55.

abuso nem sempre envolver práticas violentas, mas sim comportamentos de sedução, acentua a ambiguidade da situação e confunde a criança e o jovem”.⁴

Posto isto, numa primeira parte (Capítulo I), irei analisar em pormenor o artigo 171º do CP, nomeadamente o seu bem jurídico e suas vertentes, fazendo uma distinção entre as secções I e II do capítulo V, não esquecendo aqui uma breve referência ao conceito de consentimento.

Numa segunda parte (Capítulo II), irei referir os tipos objetivo e subjetivo de ilícito e ainda a natureza do crime, bem como a evolução histórica do referido artigo até à sua redação atual, incluindo também todos os instrumentos nacionais e europeus que tratam desta temática.

Numa terceira parte (Capítulo III), irei focar-me na jurisprudência dos tribunais portugueses, quer da Relação, quer do STJ, selecionando alguns acórdãos que demonstrem em que circunstâncias são aplicados os artigos da secção I, nomeadamente os artigos 163º e 164º, quando estivermos perante menores de 14 anos e quando se aplica o artigo 171º da secção II.

Durante a análise dos acórdãos selecionados, tentarei sempre demonstrar o meu ponto de vista, concordando ou não com as decisões proferidas, com base numa pesquisa doutrinal e jurisprudencial.

⁴Teresa Magalhães, “Abuso de Crianças e Jovens - da Suspeita ao Diagnóstico: Indicadores psicológicos de abuso”, 2010, p.43.

Capítulo I – Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual

1. Bem Jurídico Protegido

O bem jurídico é o valor socialmente protegido pela norma penal, condicionando e limitando a ação do direito penal, que segundo o princípio da intervenção mínima, só deve recorrer a este ramo de direito quando os outros ramos não se mostrem suficientes para prevenir determinadas situações, cabendo ao direito penal a proteção de bens jurídicos fundamentais e a punição das condutas mais graves causadas pelo agente. Fernando Torrão, citando Silva Dias afirma “...o princípio da subsidiariedade do direito penal com o sentido de que só é legítimo o recurso à pena em caso de grave lesão de um bem jurídico fundamental para a existência humana...”⁵.

Em Portugal, encontramos desde logo na CRP, no seu artigo 69º nº 1 a relevância dada às crianças na sociedade atual, onde refere que “ as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação...”⁶.

Na legislação penal, os crimes sexuais encontram-se previstos no Título I, designados como crimes contra as pessoas, Capítulo V, Secções I e II, da parte especial do CP português. No entanto, nem sempre foi assim.

Os códigos penais de 1852⁷ e 1886 inseriam os crimes sexuais no capítulo dos “crimes contra a honestidade”⁸, onde o bem jurídico protegido era supra individual, pois não eram tidos como crimes contra as pessoas mas sim contra a sociedade, nomeadamente a moral social sexual. Nas palavras de Vera Lúcia Raposo, “o ascendente do direito romano, e mais tarde do direito canónico, converteu o nosso ordenamento jurídico-penal numa amálgama de sentimentos moralistas, que instigavam

⁵Fernando Torrão, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais – mudança de paradigma no novo Código Penal”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol.71, 1995 p. 551.

⁶Constituição da República Portuguesa, 2007, Editora Almedina.

⁷Segundo Costa Andrade, o mesmo se passava nos códigos penais Alemão, Francês, Belga, Italiano e Espanhol. Ob. Cit. p.386.

⁸Maria João Antunes, “Crimes contra a liberdade e autodeterminação dos menores”, in Revista Julgar, nº 12, 2010, p. 154.

à punição da atividade sexual extramatrimonial ou qualquer outra de cariz supostamente indecoroso...”⁹

Mais tarde, em 1982, deu-se uma “...reforma legislativa fundada numa conceção moderna e liberal do direito penal sexual”.¹⁰ Desta forma, estes crimes de carácter sexual passaram a estar inseridos no Capítulo I “dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, título III “dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”¹¹, continuando a ser considerados bens jurídicos supra individuais como os valores morais ou sociais.

Por conseguinte, em 1995 deu-se nova reforma do diploma penal, que finalmente inseriu os crimes sexuais nos crimes contra as pessoas, tal como está hoje plasmado no código penal, abandonando assim as “...tradicionalis conotações moralistas...”.¹²

Com esta revisão, “o direito penal sexual evoluiu no sentido de deixar de ser um direito tutelar da honestidade, dos costumes ou dos bons costumes”¹³, protegendo agora um bem jurídico estritamente individual, a liberdade sexual, “entendida não só como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, como a liberdade de opção e de atuação de cada um no domínio da sexualidade, mas também como o direito de cada um a não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade”.¹⁴ É importante referir que os tipos legais previstos não pretendem punir qualquer atividade sexual, nomeadamente a “... praticada entre adultos, em privado e com consentimento”.¹⁵

A liberdade sexual enquanto bem jurídico-penal, assume uma natureza complexa, compreendendo duas vertentes: a vertente negativa “... que se traduz no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de atos para os quais não tenha manifestado concordância” e a vertente positiva “...traduzida na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”.¹⁶

⁹Vera Lúcia Raposo, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber Disciplinorum* para Jorge de Figueiredo Dias, 2003, p. 936.

¹⁰Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º”, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 708, Anotação ao artigo 163º, nota I, parágrafo 1.

¹¹Fernando João Ferreira Ramos, “Os crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1982”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1993, p.53.

¹²Vera Lúcia Raposo, ob. cit., p. 938.

¹³Maria João Antunes, Crimes contra a liberdade e autodeterminação dos menores, *Revista Julgar*, nº 12, 2010, p. 154.

¹⁴Fernando João Ferreira Ramos, ob. Cit. p.53.

¹⁵Fernando João Ferreira Ramos, ob. Cit. p.53.

¹⁶Ana Rita Alfaiate, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, Coimbra Editora, 2009, p. 86.

Posto isto, podemos afirmar com convicção que a sociedade evoluiu ao longo dos tempos no que diz respeito aos crimes sexuais, verificando essa evolução na relevância que lhes tem sido dada, principalmente no nosso sistema jurídico-penal.

2. Distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual

O capítulo V está dividido em duas secções: a secção I intitulada “crimes contra a liberdade sexual” e a secção II como “crimes contra a autodeterminação sexual”. Isto não significa que na primeira o bem jurídico protegido seja apenas a liberdade sexual e na segunda a autodeterminação sexual. A razão da distinção é que na primeira o que se protege é a “...liberdade de todas as pessoas sem fazer aceção de idade; enquanto a segunda estende essa proteção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é uma criança ou um menor de certa idade”.¹⁷

Assim, os crimes contra a liberdade sexual punem comportamentos que contendem com o direito de cada pessoa decidir livremente da sua vida, nomeadamente no que diz respeito às práticas sexuais, enquanto os crimes contra a autodeterminação sexual punem condutas que, considerando a idade da vítima, entende-se que esta não está ainda em condições de se autodeterminar sexualmente, pelo que mesmo na ausência de qualquer meio violento, serão suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento da sua maturidade e sexualidade. Aqui há uma limitação ao desenvolvimento pessoal e sexual do menor, devido à vulnerabilidade deste, devendo as crianças ser afastadas de qualquer comportamento sexual que ponha em causa o seu desenvolvimento e crescimento, pois estas devem crescer de forma harmoniosa.

Em suma, percebe-se que os crimes previstos na primeira secção podem ser praticados contra adultos e contra menores, enquanto a segunda é exclusivamente destinada a crimes praticados contra menores, e que estão relacionados com outro bem juridicamente protegido: o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual.

¹⁷Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º”, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 711, Anotação ao artigo 163º, nota II, parágrafo 6.

Como tal, refere Inês Ferreira Leite: “é no reconhecimento do menor como ser intrinsecamente livre que se encontra a justificação para uma forte e efetiva proteção da formação e da manifestação das suas vontades”, acrescentando que “...é no fortalecimento da consciência do menor como ser livre e no reforço da sua perceção da sexualidade como algo positivo que se promoverá, não tanto a repressão, mas acima de tudo a prevenção do abuso sexual”.¹⁸ A mesma autora refere ainda que os conceitos de autodeterminação sexual e de liberdade sexual não poderão ser separados, pois “o conceito de autodeterminação parece corresponder a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade...”, aditando que “sem autodeterminação não poderá falar-se de uma verdadeira liberdade: a liberdade, nestes casos, reduzir-se-á a uma mera aparência”. Podemos desta forma concluir, desde logo, a defesa por parte desta autora, da capacidade do menor consentir num relacionamento sexual.

Por outro lado, Teresa Pizarro Beleza afirma que “o bem jurídico protegido, será em qualquer caso, a liberdade sexual. Liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até à adolescência...”¹⁹

3. Consentimento?

Como tem vindo a ser referido nos pontos anteriores, o bem jurídico protegido liberdade e autodeterminação sexual pressupõe que este bem esteja diretamente ligado ao “... direito geral de personalidade, decorrente da eminente dignidade humana e estreitamente ligado, de várias formas, à identidade intelectual, moral e social de cada pessoa”.²⁰

Consequentemente, caso esta dignidade, esta liberdade, seja posta em causa, facilmente depreendemos que o agente agiu contrariamente à vontade da vítima, forçando-a a sofrer ou praticar atos para os quais esta não consentiu.

¹⁸Inês Ferreira Leite, “A tutela penal da liberdade sexual”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 21, nº 1 2011, p. 38.

¹⁹Teresa Pizarro Beleza, “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal”, Separata de Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 11.

²⁰Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131º a 201º”, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 712, Anotação ao artigo 163º, nota II, parágrafo 7.

O consentimento pode ser definido como “...uma decisão de concordância voluntária tomada por um sujeito dotado de capacidade de agência e livre-arbítrio”²¹, podendo ainda ser entendida “...como um tipo particular de competência que é considerada fundamental para o exercício do direito de liberdade sexual”²². Esta competência é considerada “...multidimensional, sendo concebida como uma combinação entre competência intelectual, competência moral e competência emocional”²³.

Este não consentimento é bastante claro na primeira secção, nomeadamente nos crimes de coação sexual previsto no artigo 163º do CP e no de violação previsto no artigo 164º do mesmo diploma. Isto porque, em ambos os preceitos é explícito que “quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a...”, ou seja, estes meios de constrangimento supõem uma oposição efetiva da vontade da vítima. Quanto a estes meios, remeto a sua definição para a abordagem feita ao acórdão do TRP, de 03-12-2014, inserida no capítulo III deste trabalho.

Neste sentido, a Convenção de Istambul, que entrou em vigor em Portugal a 01-08-2014, no seu artigo 36º, nº 1 alínea b) refere “quem praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com outra pessoa”, adotando “...uma noção de consentimento da vítima avaliado de acordo com o contexto em que as circunstâncias ocorreram, seguindo o sentido da jurisprudência do TEDH (M.C. vs Bulgária, entendendo que o uso ou ameaça do uso de violência demonstram inequivocamente a ausência de consentimento(...))e que o não consentimento não tem de ser expresso por resistência física, bastando palavras ou gestos”²⁴, dando ênfase ao problema do dissentimento, questão polémica nalguma doutrina e jurisprudência portuguesa, onde é adotada uma noção restrita de violência, que impõe um “ônus de resistência da vítima”. Por conseguinte, defende a APAV, e a meu ver muitíssimo bem, a alteração das normas legais da coação sexual e violação, “...no sentido de tornar claro que o não consentimento basta para a verificação do crime, passando o exercício de violência, ameaça grave ou utilização de meios para conduzir a estado inconsciente ou de

²¹ Ac. do STJ de 12-11-2014, p.24.

²² Ac. do STJ de 12-11-2014, p.24.

²³ Ac. do STJ de 12-11-2014, p.24.

²⁴ Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, p.11.

impossibilidade de resistir a constituir formas de agravação da pena” previstas no artigo 46º da mesma Convenção.²⁵

Contudo, a controvérsia surge nos crimes sexuais contra menores, devido ao vazio legal previsto nas normas da segunda secção. No entanto, é de realçar que “...nem todos os atos praticados com menores de catorze anos provocam ofensa ao seu bem jurídico liberdade sexual ou sequer ao bem jurídico infância e juventude. Seria inaceitável a proibição dos atos sexuais entre menores, motivados pela procura da experiência sexual, sem que seja detetável qualquer abuso e que se traduzem em atividades próprias do crescimento”²⁶. Assim, “o princípio que fundamenta a menoridade sexual não é qualquer suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas, sim, que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual”.²⁷

No que diz respeito ao artigo 171º do CP, objeto deste estudo, este apenas prevê que “quem praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa...”, nada referindo sobre os meios de constrangimento previstos na secção anterior. *Quid iuris?*

Devemos presumir um consentimento por parte do menor de 14 anos a práticas sexuais com adultos? Caso haja um consentimento, deverá este ser válido? A anterior experiência sexual do menor, caso se aplique, deverá ser relevante para afastar a ilicitude?

Figueiredo Dias²⁸ responde a estas questões, afirmando que “tipicamente indiferente é que a vítima seja ou não já sexualmente iniciada, que possua ou não capacidade para entender o ato sexual, que lhe caiba uma intervenção ativa ou puramente passiva no processo.”

Quanto à questão da experiência do menor, António de Araújo afirma que “a experiência adquirida em circunstâncias que se considera deverem ser perseguidas criminalmente não pode ser relevante (...) só a experiência livre pode ser experiência válida para efeitos jurídico-criminais”, realçando que “a experiência não pode ser apreciada como um todo, tomando apenas a prática de relações sexuais anteriores para

²⁵Parecer da APAV ..., cit. p.12.

²⁶Ana Rita Alfaiate, ob. cit., p. 135.

²⁷Acórdão do STJ de 12-11-2014, p.25.

²⁸Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...” ,ob. Cit. p. 835, Anotação ao artigo 171º, nota III, parágrafo 8.

concluir automaticamente que o menor é experiente – e logo, insuscetível de ser abusado.”²⁹

Já Ana Rita Alfaiate³⁰ vem distinguir acordo de consentimento. Afirma a autora que “há acordo quando determinado bem jurídico se realiza pela conduta e não há na postura do agente qualquer meio de limitação ao interesse do outro”. Assim, continua a autora, “se o acordo é possível quando o bem jurídico se encontre na concreta titularidade da vítima e esta tenha capacidade para dele dispor, então nos crimes sexuais contra menores em que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual é possível o acordo da vítima”.³¹

Ainda no mesmo sentido, considera não existir para o acordo do menor uma idade definida, entendendo que a alteração produzida pelo artigo 38º do código penal tem pouca relevância, pois “ cada acordo, cada manifestação de disponibilidade do bem jurídico da esfera pessoalíssima da vítima, fica com a validade e a eficácia dependentes de elementos dinâmicos: o discernimento, a capacidade e a maturidade”³², não valendo no entanto este acordo para os crimes sexuais praticados com menores de 14 anos, “...face à proteção absoluta concedida à vertente negativa da sua liberdade sexual.”³³

Costa Andrade³⁴ afirma que a irrelevância do consentimento “...não deve ser valorada como indício contra a natureza individual do bem jurídico protegido, antes devendo interpretar-se como relevando dos princípios atinentes à capacidade para dar concordância”.

Maria do Carmo Silva Dia entende juntamente com os autores *supra* citados que “...abaixo dos 14 anos, o menor não tem capacidade, nem determinação para, de forma livre, consciente e esclarecida se decidir em termos de relacionamento sexual, o que conduz a que não seja atribuída relevância jurídica ao consentimento ou acordo que eventualmente tiver manifestado”.

Em suma, podemos concluir que a doutrina maioritária entende que uma criança com menos de 14 anos ainda não tem a sua personalidade totalmente desenvolvida, encontrando-se ainda em formação e estruturação, pelo que a sua possível concordância a práticas sexuais não deve ser valorada por falta de capacidade e discernimento para

²⁹António de Araújo, “Crimes sexuais contra menores – a questão do consentimento”, Coimbra Editora, 2005, p. 119.

³⁰Ana Rita Alfaiate, “A Relevância penal da sexualidade dos menores”, Coimbra Editora, 2009, p. 125.

³¹Ana Rita Alfaiate, ob. Cit. p. 126.

³²Ana Rita Alfaiate, ob. Cit. p. 126.

³³Ana Rita Alfaiate, ob. Cit. p. 132.

³⁴Costa Andrade, in “Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)”, Coimbra Editora, 1991, p. 396.

entender as consequências de tais atos, excetuando necessariamente os casos de relacionamentos sexuais entre adolescentes, sem domínio de um sobre o outro.

Para finalizar, importa referir que com a aprovação da Convenção de Istambul surgiu novo problema relativamente ao dissentimento/ausência de consentimento para preenchimento do tipo, relativamente aos menores, pois “...bastando-se o preenchimento dos tipos com a ausência do consentimento teme-se que elimine a possibilidade destes crimes se aplicarem agravados a menores ou incapazes. Isto porque o consentimento dos menores e incapazes é juridicamente irrelevante”³⁵. Face a este problema apresentam-se duas soluções possíveis: ou se insere uma agravante com limites mais reduzidos no respetivo artigo das agravações, sobre o dissentimento ou então torna-se indiferente a existência ou não deste “consentimento” ou dissentimento.

³⁵Parecer da APAV ..., cit., p.12, face ao projeto de lei nº 552/XII/3ª do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda.

Capítulo II – Abuso Sexual de Crianças

1. Evolução Legislativa

Tal como foi mencionado no capítulo anterior, todos os crimes sexuais sofreram uma evolução, desde a sua sistematização até à sua redação, e o artigo 171º do CP não foi exceção.

Este tipo de crime surgiu apenas na revisão penal de 1995, tendo como preceito semelhante no CP de 1982 o artigo 205º nº 2, que punia o atentado ao pudor de menor de 14 anos independentemente dos meios empregados. Após 1995, segundo Figueiredo Dias³⁶, “...a matéria relativa a crimes sexuais contra crianças não cessou de se alargar e transformar a nível internacional, como nacional”.³⁷

Mais tarde, com a revisão de 1998, o texto do preceito foi alargado, onde o legislador equiparou o coito oral ao coito anal e à cópula, alargando assim o conceito de ato sexual de relevo, e puniu as condutas relativas à exibição e cedência de fotografias, filmes ou gravações que utilizem menores de 14 anos, passando o agente a ser punido com uma pena de prisão de 3 a 10 anos.

Com a reforma de 2001, acrescentaram-se duas novas alíneas ao número 3 do artigo 171º, a alínea d) relativamente à exibição ou cedência a qualquer título, “...estando no âmbito do tipo a entrega, a venda, o empréstimo, o aluguer ou qualquer outra forma de transmissão dos mesmos”³⁸ e a alínea e), criminalizando-se a detenção de material pornográfico em cuja produção se utilizem menores de 14 anos, com o propósito de os exhibir ou ceder, matéria que foi novamente alterada com a reforma de 2007. Estas alterações pretendem essencialmente “...atacar a utilização de crianças nos circuitos cinematográficos, criminalizando a difusão dessas imagens num circuito pedófilo...”³⁹

³⁶Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...” cit., p. 833, Anotação ao artigo 171º, nota I, parágrafo 2.

³⁷Este tema será desenvolvido no ponto 3 deste capítulo.

³⁸Mouraz Lopes, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 3ª Edição, 2002, p.88.

³⁹Mouraz Lopes, ob. cit. p.84.

Em 2007, deu-se a última reforma relativamente aos crimes sexuais, que alterou toda a disposição do artigo, onde por um lado se alargou o âmbito de incriminação e, por outro lado, se retiraram condutas que não estavam diretamente relacionadas com a proteção da liberdade e autodeterminação sexual, e que consubstanciam agora condutas puníveis pelo artigo 176º do CP, com a epígrafe de “pornografia de menores”, nomeadamente as alíneas c), d) e e) do número 3.⁴⁰

O âmbito de incriminação foi alargado às condutas que concretizam atos de importunação sexual a que se refere o artigo 170º do CP e que agora estão previstos na alínea a) do número 3 do artigo 171º.

Foi também igualada a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos aos atos sexuais de relevo do número 2, e suprimida a palavra “obscenas” da alínea b) do número 3, devido ao facto já anteriormente referido, de que, desde 1995, os crimes sexuais são crimes contra as pessoas e não crimes contra valores, fundamentos e interesses da sociedade.

Desta forma, o artigo 171º do CP ficou redigido da seguinte forma:

1. Quem praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a pratica-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.
2. Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.
3. Quem:
 - a) Importunar menor de 14 anos, praticando ato previsto no artigo 170º; ou
 - b) Atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos, é punido com pena de prisão ate 3 anos.
4. Quem praticar os atos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

Este último número é considerado como um abuso sexual de crianças qualificado, devido à intenção lucrativa do agente, ou seja, “...de enriquecimento e propósito de melhoramento, por qualquer forma, da situação patrimonial”, constituindo esta a finalidade querida pelo agente.⁴¹ Esta agravação tem como objetivo “...punir de forma mais severa aquele que não só perturba o menor no seu crescimento sexual como, para

⁴⁰Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal...”, cit. p. 833, Anotação ao artigo 171º, nota I, parágrafos 2 e 3.

⁴¹Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., p. 842, Anotação ao artigo 171º, nota V, parágrafo 25.

além disso, o faz por ganância aquele que ao cabo e ao resto, troca o pudor e o direito à autodeterminação sexual de uma criança por uma mão cheia de moedas”.⁴²

Assim, de acordo com Pinto de Albuquerque, “ a disposição prevê quatro crimes distintos: o crime de prática de ato sexual de relevo; o crime de cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; o crime de importunação; e o crime de atuação por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objetos pornográficos”.⁴³

A razão da opção do legislador para definir a idade de 14 anos prende-se com a ideia de que, abaixo desta idade se entende ser sempre prejudicial para o desenvolvimento do menor sujeitá-lo ou expô-lo a qualquer dos comportamentos descritos nos crimes de abuso sexual de crianças, tratando-se portanto de um crime de perigo abstrato. A este propósito, pode colocar-se a seguinte dúvida: se considerarmos ser sempre prejudicial ao menor a sujeição a qualquer tipo de comportamento de carácter sexual, não estaremos perante um crime de dano? Ou devemos antes atender à irrelevância da prova do dano e presumi-lo? Figueiredo Dias afirma inequivocamente que estamos perante um crime de perigo abstrato, “...na medida em que a possibilidade de um perigo concreto para o desenvolvimento livre, físico ou psíquico do menor ou o dano correspondente podem vir a não ter lugar, sem que com isto a integração da conduta do tipo objetivo de ilícito fique afastada”.⁴⁴ Igualmente, Maia Gonçalves entende tratar-se de um crime de perigo abstrato, “...pelo que pode verificar-se mesmo que não haja lugar a perigo concreto para o correto desenvolvimento fisiológico ou psíquico do menor”.⁴⁵

2. Tipos Objetivo e Subjetivo de Ilícito e Formas Especiais do Crime

Quanto ao primeiro tipo de ilícito, podemos afirmar que o agente do crime de abuso sexual de crianças pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher (crime comum) e a

⁴²Reis Alves, “Crimes Sexuais, Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal”, pp 80 e 81..

⁴³Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª Edição, 2010, anotação ao artigo 171º, nota 2, p.536.

⁴⁴Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., p. 835, Anotação ao artigo 171º, nota II, parágrafo 7.

⁴⁵Maia Gonçalves, “Código Penal Português Comentado e Anotado, Legislação complementar”, Anotação ao artigo 172º, p.567.

vítima também será menor de 14 anos, de ambos os sexos. No entanto, esta abordagem não foi totalmente pacífica no âmbito da Comissão Revisora do CP de 1995, chegando mesmo a crer-se que “...sendo a vítima menor do sexo masculino, o agente (mulher), ser punido mais severamente do que o homem que seduz para sodomia”.⁴⁶ Contrariamente a esta proposta, Figueiredo Dias entendia que “...a especificidade destes crimes reside como que numa obrigação de castidade e virgindade quando estejam em causa menores, seja de que sexo forem”⁴⁷, tendo sido esta a solução consagrada na versão final.

No que diz respeito ao conteúdo do ato, este terá que ter necessariamente um conteúdo sexual e poderá abarcar diversas naturezas, consoante os diferentes números do artigo 171º e que foram abordados no ponto anterior deste capítulo, tal como as modalidades de ação que se encontram igualmente descritas nos números do preceito *supra* mencionado.

Por conseguinte, ao tipo subjetivo de ilícito corresponde o dolo, pelo menos o dolo eventual (artigo 14º), e este deve verificar-se na totalidade dos elementos que constituem o tipo objetivo. Caso tal não aconteça, estaremos perante um erro que exclui o dolo previsto no artigo 16º/1, 1ª parte do CP.⁴⁸

Quanto às regras do concurso de crimes, estas constituem um ponto de divergência na doutrina e jurisprudência, pois há autores como Pinto de Albuquerque⁴⁹ e Maria João Antunes⁵⁰, que entendem que o crime de abuso sexual de crianças é consumido pelos crimes de coação sexual ou violação, caso o agente use os meios de constrangimento previstos nestes crimes, com as agravações do artigo 177º do CP. Por outro lado, alguma jurisprudência portuguesa tem aplicado o concurso efetivo entre os crimes acima referidos, tal como acontece no Ac. TRP de 03-12-2014, por mim analisado no Capítulo III deste trabalho.

⁴⁶ Reis Alves, ob. Cit. p.78.

⁴⁷ Código Penal - Atas e Projeto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, p.260, Anotação ao artigo 170º. Nesta afirmação, Figueiredo Dias parece um pouco extremista ao “exigir” a virgindade do menor de 14 anos, pois o facto de estas crianças iniciarem a sua vida sexual precocemente, não significa que deixem de ser vítimas de abusos sexuais. O que está em causa neste tipo de crimes, geralmente é a imposição de práticas sexuais daqueles por adultos, tendo portanto estes a obrigação e o dever de não interferir no desenvolvimento e autodeterminação sexual dos menores.

⁴⁸ Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 171º, nota IV, parágrafo 21, p. 840.

⁴⁹ Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal ...”, cit., Anotação ao artigo 171º, nota 20, p.539.

⁵⁰ Maria João Antunes, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., p 893, Anotação ao artigo 177º, nota 4, parágrafo 13.

Quanto a este ponto, a meu ver, para que seja aplicado o concurso efetivo ou concurso aparente entre os crimes acima referidos, o tribunal deve apreciar no caso concreto se os atos foram ou não praticados no mesmo contexto ou se em alturas distintas, pois o momento da prática do facto é determinante para apurarmos se estamos perante diferentes resoluções ou não.

É importante referir que o “agente comete tantos crimes quantas as crianças com quem mantém atos ou contactos sexuais ou sobre quem atua por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico”.⁵¹

Ainda no que toca a este crime, considero importante realçar a natureza do mesmo, por suscitar alguma controvérsia.

No artigo 178º do CP vem referido que os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dependem de queixa, salvo quando forem praticados sobre menor, o que revela a natureza pública do crime de abuso sexual de crianças.

Esta natureza, introduzida na reforma penal de 2007 em consequência da adoção da Decisão-Quadro 2004/JAI do Conselho, de 22-12-2003, reflete-se na parte final do nº 1 do artigo 178º e nas alíneas a) e b) do artigo 113º, ambos do CP, que permite ao Ministério Público, após a iniciação do processo, a possibilidade de determinar a suspensão provisória do processo, tendo em conta o interesse da vítima e com a concordância do juiz de instrução e do arguido, excetuando a situação da parte final do nº3 do artigo 178º do CP.

Contra esta natureza pública do crime em questão, Maria do Carmo Dias entende que “... legislador poderá a estar a expor demasiado o direito à privacidade da vítima, o que também lhe pode acarretar consequências negativas no desenvolvimento da sua personalidade”.⁵² No mesmo sentido, Ana Alfaiate entende que “... não deixamos de temer um certo descontrolo histórico nas denúncias, com consequências para a proteção da intimidade, privacidade e estabilidade da vítima”.⁵³ Propõe esta autora que “... a solução que nos pareceria mais equilibrada seria a da manutenção da natureza semipública dos crimes, combinada com as exceções da intervenção atípica do Ministério Público sempre que o interesse da vítima o justificasse e com a possibilidade de esta, completando os 16 anos, ainda se queixar”⁵⁴, ou seja, está contra a norma atual

⁵¹Paulo Pinto de Albuquerque, ob. Cit. anotação ao artigo 171º, nota 18

⁵²Maria do Carmo Dias, “Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade”, Revista do CEJ, XV, p. 255.

⁵³Ana Rita Alfaiate, ob. Cit. , p.727.

⁵⁴Ana Rita Alfaiate, ob. Cit. , p.736.

e a favor da norma anterior, que referia que o MP podia iniciar o procedimento criminal “...se o interesse do ofendido o aconselhar, quando este não possua discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime”⁵⁵.

Para tal, afirma Conde Correia “...o Ministério Público não será, aqui, diferente ou diverso: limitar-se-á a exercer a ação penal orientado por critérios de pura objetividade e legalidade. Mesmo assim, deverá fazer de tudo para cumprir ou fazer cumprir estes dispositivos, zelando pela observância destes preceitos legais, por forma a evitar que o processo seja um novo calvário, um suplício ou uma nova espécie de instrumento de tortura da vítima, cuja proteção se quis reforçar”.⁵⁶

Assim, no que toca à proteção das crianças vítimas de crimes sexuais, deparamo-nos com a Lei de Proteção de Testemunhas (Lei 93/99 de 14-07, recentemente alterada pela Lei 29/2008 de 4-07), que prevê um leque de medidas de proteção dos menores, nomeadamente nos artigos 26º e seguintes. No entanto, segundo o Parecer da APAV sobre as implicações da Convenção de Istambul, “...estas medidas são escassamente aplicadas na prática, por uma interpretação restritiva da natureza excecional da lei”⁵⁷, sujeitando os menores, na maioria das vezes, a processos morosos e psicologicamente desgastantes, que se poderão traduzir numa vitimação secundária da criança.

Neste ponto, concordo com a opinião de Ana Rita Alfaiate em retirar a natureza pública do crime de abuso sexual de menores, pela fragilidade destes e pela vulnerabilidade em conseguir suportar um processo-crime sem a sua vontade, devendo apenas o MP intervir quando o menor não possui discernimento para entender o significado do exercício do direito de queixa.

⁵⁵Ana Rita Alfaiate, “Crimes Sexuais contra menores: questões de promoção processual”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, p.727.

⁵⁶João Conde Correia, “O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças”, in Revista Julgar, nº 12, 2010, p.182. No processo penal português existem alguns meios que permitem que vítima e agente não entrem em contacto durante o processo, nomeadamente as declarações para memória futura, e que são feitas “num ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do ato por um técnico especializado...”, João Conde Ferreira, ob. Cit. p.176 e artigo 26º da Lei 29/2008 de 4-07 (Lei de Proteção de Testemunhas).

⁵⁷Parecer da APAV..., cit., p.1.

3. Direito Internacional e Europeu sobre criminalidade sexual

Face ao que tem sido exposto ao longo deste trabalho, julgo essencial focar a importância que tem sido atribuída aos crimes sexuais ao longo dos anos, nomeadamente a crimes sexuais praticados contra menores, a nível internacional.

A primeira referência deve ser feita à CDC das Nações Unidas, adotada em 1989. Esta estabelece no seu preâmbulo que “... a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão...”, reforçando a ideia sobre o tema em questão nos artigos 34 e seguintes; tem como base de apoio a Declaração de Genebra de 1924 e a Declaração sobre os direitos da criança de 1959.⁵⁸ Aliado a esta Convenção surge o Protocolo Facultativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, ratificado pelo Estado português em 2003.

Por conseguinte, encontramos na Convenção do CE para a Proteção das Crianças contra a exploração sexual e os abusos sexuais, de 25-10-2007 (Convenção de Lanzarote), nomeadamente nos artigos 18º e seguintes, o reconhecimento e proteção da criança enquanto vítima de crimes.

Ainda no plano europeu, surgiu a Diretiva 2011/93/UE, do PE e do Conselho, de 13-12-2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que revogou a Decisão Quadro 2004/68/JAI do Conselho, devido ao facto desta última se ter revelado ineficaz na proteção dos seus destinatários. A primeira diretiva mencionada aborda o tema dos crimes de abuso sexual nos seus artigos 3º e seguintes. Por outro lado, a Diretiva 2012/29/EU estabelece normas relativas aos direitos, apoio e proteção de vítimas.

Por fim, devemos ter também presente a mais recente Convenção, que entrou em vigor em Portugal a 1-08-2014, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica (Convenção de Istambul), onde refere a violência sexual no seu artigo 36º com as respetivas agravações no artigo 46º e o apoio às vítimas deste tipo de violência no artigo 25º.

⁵⁸http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=5194&m=PDF, p.3.

Capítulo III – Decisões Jurisprudenciais

1. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

O acórdão, por mim selecionado data de 03-12-2014, e está relacionado com o crime de abuso sexual de crianças, cujo tema tenho vindo a desenvolver ao longo deste trabalho.

Neste processo, o arguido B foi condenado pelos seguintes crimes: um crime de violação na forma tentada p. e p. nos artigos 164º nº 1, alínea a) e 177º nº 6 do CP; dois crimes de abuso sexual de criança, p. e p. no artigo 171º nº 3, alínea a) do CP; um crime de abuso sexual de criança, p. e p. no artigo 171º nº 2 do CP e pela prática de um crime de abuso sexual de crianças, p. e p. no artigo 171º nº 1 do CP⁵⁹.

O TPI baseou a sua decisão nos seguintes factos, que foram considerados provados⁶⁰, entre outros:

- a) O arguido B era amigo do progenitor das menores C e D, nascidas respetivamente em 03-04-2004 e 04-10-2005, convivendo também com estas;
- b) Em data não apurada no mês de Setembro de 2013, o arguido B abordou as menores e exibiu-lhes o seu pénis, deixando-as assustadas e embaraçadas, não tendo as menores C e D contado a ninguém o sucedido, pois o arguido afirmou que se o fizessem “fazia-lhes muito pior”; Nesta situação o tribunal aplicou o artigo 171º nº 3, alínea a) do CP relativamente a cada uma das menores.
- c) No mesmo mês de Setembro de 2013, o arguido B deslocou-se ao quintal de habitação das menores e quando estas apanhavam figos, este agarrou na menor C e exibiu-lhe o pénis e de seguida baixou as calças e as cuecas da mesma e encostou-lhe o pénis à vagina, agarrando-a e provocando-lhe uma lesão no hímen em consequência da introdução de partes do corpo (dedos) na vagina de C; Em consequência destas ações o tribunal aplicou o artigo 171º nº 2 do CP.
- d) A menor D assistiu a tudo, descrito em c) e de imediato fugiu do local e quer esta quer a menor C, não contaram nada a ninguém pois o arguido B disse-lhes que se ele ficasse “mal” elas também ficariam “mal” e que colocaria fogo ao pinhal que rodeava a habitação daquelas;

⁵⁹ P. 1 do Ac.

⁶⁰ P. 6, 7 e 8 do Ac.

- e) No dia 14 de Setembro de 2013, o arguido B, dirigiu-se novamente ao quintal de habitação das menores C e D, onde munido de um leitor de DVD portátil exibiu à menor C filmes e fotografias de cariz pornográfico;
- f) De seguida o arguido B solicitou à menor C que mantivesse com ele sexo oral ao qual ela respondeu negativamente. Desagrado com tal resposta, o arguido B agarrou a menor C pelos braços, empurrou-a contra a porta do veículo que ali se encontrava colocando o seu pénis na boca da menor, ao mesmo tempo que a agarrava pela cabeça e fazia com a mesma movimentos para a trás e para a frente; Estamos perante os artigos 164º nº 1 e 177º nº 6 do CP.
- g) Após o momento descrito em f), o arguido B dirigiu-se à menor D, baixou-lhe as cuecas e passou-lhe a mão pela vagina, arranhando-a. Nesta última situação, o tribunal aplicou o nº 1 do artigo 171º do CP.

1.1 - Decisão do Tribunal: Análise de Direito

De entre as decisões que foram objeto do presente recurso apenas cuidarei de duas por estarem diretamente relacionadas com o tema em apreço: (i) se os dois crimes de abuso sexual de criança em relação à menor C estão consumidos pelo crime de violação agravada; (ii) se apenas se verifica a prática de dois crimes de abuso sexual de crianças na forma continuada, relativos a cada uma das menores.

Quanto à primeira questão, importa desde logo distinguir os artigos 164º/1, alíneas a) e b) e 171º/1 e 2 ambos do CP previstos nas secções I e II respetivamente.

Diz-nos o artigo 164º/1 do CP: “quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa, (a) a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral ou (b) a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objeto, é punido com pena de prisão de três a dez anos.”

Aqui, “a conduta típica “constranger” traduz-se num ato de coação, imediatamente dirigido à prática, ativa ou passiva de um ato sexual de relevo tendo de existir entre ela e o ato sexual uma relação meio/fim”.⁶¹ No entanto, este constrangimento não é suficiente para que o tipo objetivo de ilícito deste crime esteja

⁶¹Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., p. 724, Anotação ao artigo 163º, nota 4, parágrafo 20.

preenchido⁶². É necessário que esta coação seja exercida através da utilização de um meio típico: violência, ameaça grave ou o agente ter tornado a vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir.

No que diz respeito ao primeiro meio típico de coação, violência, a definição deste conceito não tem sido inteiramente pacífica na doutrina portuguesa. No entanto, não o irei desenvolver ao pormenor, mas sim referir apenas algumas posições, nomeadamente Pinto de Albuquerque⁶³, que entende que “o conceito de violência inclui apenas a violência física, ao invés do que se passa na incriminação geral da coação, em virtude da violência psíquica estar abrangida pelo crime de assédio, incluindo na violência os casos de limitação da liberdade de movimentos da vítima...”. No mesmo sentido, Figueiredo Dias⁶⁴ entende que este conceito não deve abranger as situações de violência psíquica ou violência moral⁶⁵, devido à confusão que poderia ser originada ...”entre meios (típicos) de violência e meios (atípicos) de sedução”, devendo por isso ser apenas considerado o uso da força física “...destinado a vencer uma resistência oferecida ou esperada...”. Ainda este último autor refere que a “violência pode preceder o ato sexual, ocorrer em simultaneidade com ele ou intervir após o seu início, se, neste último caso, ela se destinar a vencer a oposição da vítima entretanto sobrevinda.”⁶⁶

Contra a posição dos dois autores mencionados, Reis Alves entende que “o artigo 164º/1 refere a violência sem lhe juntar o qualificativo física, de onde parece lógico concluir que tanto a violência física como a moral, se determinarem a cópula, são elementos constitutivos do tipo”.⁶⁷

Quanto ao segundo meio de coação, ameaça grave, esta deve ser entendida como a “manifestação do propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não

⁶²A este propósito, a Convenção de Istambul, no seu artigo 36º, “...adota uma noção de consentimento da vítima avaliado de acordo com o contexto em que as circunstâncias do crime ocorreram...”, entendendo que “...o não consentimento não depende da manifestação de resistência física por parte da vítima...”, (como sugere alguma doutrina e jurisprudência portuguesa), impondo-se, assim, a alteração da atual tipificação legal dos artigos 163º e 164º, ambos do CP, in “Parecer da APAV...” cit., p. 11 e 12.

⁶³Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal ...”, cit., Anotação ao artigo 163º, nota 11, p.505.

⁶⁴Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., p. 726, nota 5, parágrafo 23.

⁶⁵Por outro lado, Conceição Cunha afirma que “violência não implica o uso de uma pressão física particularmente forte...” dando como exemplo uma situação de violência psíquica distinta da ameaça, “...o facto de o agente fechar a vítima num automóvel, transportando-a de um lado para o outro, sem lhe dar hipótese de sair, de se libertar”, in “Cuidar da justiça de crianças e jovens - Crimes Sexuais contra crianças e jovens, A função dos juizes sociais”, 2003, p.199.

⁶⁶Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., p. 726, nota 5, parágrafo 24.

⁶⁷Sénio Manuel dos Reis Alves, “Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal”, 1995, Almedina, p.32.

consentir no ato sexual e deve ser tipicamente mais exigente do que a que ocorre no artigo 154º do CP”, isto é “deve requerer-se que a ameaça seja grave não só no seu conteúdo mas também segundo a sua intensidade”.⁶⁸ Figueiredo Dias reconhece que este meio típico pode abarcar a violência psíquica e ainda Pinto de Albuquerque considera que a ameaça grave “representa a forma mais grave de violência psíquica, que coincide com a prevista no artigo 155º/1 alínea a)”⁶⁹. Outros autores⁷⁰ entendem que há ameaça grave “quando o agente procura incutir na vítima, por forma invencível, a consciência de que, se não anuir aos seus propósitos de relacionamento sexual, ele exercerá um mal maior sobre si ou sobre alguém da sua particular afeição”.

Por fim, a colocação em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir consubstancia o último meio típico de coação previsto no artigo 164º/1 do CP. Este meio é distinto do meio previsto no artigo 165º do CP, e esta distinção deve ser feita de acordo com o momento em que funciona o dolo, ou seja, deve haver uma relação meio/fim entre a atuação do agente e o resultado praticado. Segundo Reis Alves, “a diferença está em que no primeiro caso a inconsciência ou impossibilidade de resistência física são provocadas pelo agente, com vista a atingir os fins pretendidos enquanto que no segundo caso o agente se aproveita de um estado pré-existente, que ele não provocou”.⁷¹

Por conseguinte, as modalidades de ação estão previstas nas alíneas (a) “sofrer ou praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral ou (b) a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”.

Voltando ao caso em apreço e como as vítimas são menores de 14 anos, prevê o artigo 177º, nº 6 que “as penas previstas nos artigos 163º, 164º... são agravadas de um metade, nos seus limites mínimos e máximos, se a vítima for menor de 14 anos”.

Esta agravação é feita em razão da idade da vítima (nos menores de 16 anos a pena é agravada de um terço nos seus limites máximos e mínimos e nos menores de 14

⁶⁸Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., p. 727, nota 5, parágrafos 26 e 27.

⁶⁹Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal ...”, cit., Anotação ao artigo 163º, nota 12, p.505.

⁷⁰Leal Henriques e Simas Santos, “Código Penal anotado”, II volume, Lisboa, 2000, Anotação ao artigo 164º, p. 239-240. Dão como exemplo, “quando o agente, surpreendendo uma mulher casada a manter relações sexuais com um homem que não é seu marido, a ameaça de revelar a este o segredo se a mesma não consentir...”

⁷¹Reis Alves, ob. Cit. p. 34. Exemplo: “ministração de substâncias psicotrópicas ou estupefacientes ou de bebidas alcoólicas, ou recurso a atos de hipnose...”, Leal Henriques e Simas Santos, ob. Cit. p.240.

anos os mesmos limites são agravados de metade) e justifica-se pela especial vulnerabilidade da vítima.⁷²

Contrariamente, no artigo 171º/1 e 2, apesar de serem praticados os mesmos atos sexuais de relevo previstos no crime de violação do artigo 164º/1, ou seja, “...têm o mesmo conteúdo típico que os atos praticados por ou com adultos constantes dos artigos 163º e 164º do CP...”⁷³, não estão previstos quaisquer meios de constrangimento como os *supra* descritos.

Feita esta breve distinção, interessa agora mencionar qual a fundamentação do douto tribunal para decidir por um concurso efetivo entre os crimes de violação agravada e de abuso sexual de crianças, e não por um concurso aparente.

Alega para tal que, “tratando-se de atos praticados em dias diferentes, consubstanciando modos diferentes de atuar, estamos necessariamente perante resoluções autónomas e diferentes, não se entendendo por isso...que os atos de abuso sexual de relevo se considerem consumidos pelo crime de violação”. O concurso aparente entre estes dois crimes só sucederia se “...todos os atos em causa tivessem ocorrido numa mesma ocasião...sendo só o agente punido pelo crime previsto no tipo especial, ou seja, a violação, por aplicação das regras da consunção.”⁷⁴

Quanto a esta questão, decidiu o Tribunal da Relação do Porto manter a decisão do acórdão recorrido, mantendo a punibilidade do arguido B por quatro crimes de abuso sexual de crianças p. e p. no artigo 171º/ 1, 171º/2 e dois deles pelo artigo 171º /3, alínea a) e um crime de violação agravada p. e p. nos artigos 164º/1, alínea a) e 177º/6 todos do CP.

Relativamente à segunda questão em apreço, sobre o crime continuado, este conceito tem gerado igualmente alguma controvérsia na doutrina. Contudo, irei apenas eleger os traços essenciais do mesmo, pois não é meu intuito aprofundá-lo.

O crime continuado vem previsto no artigo 30º números 2 e 3 do CP que nos dizem: “constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente” e “o

⁷²Maria João Antunes, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 177º, p. 892, nota 4, parágrafo 11.

⁷³Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 171º, nota 4, p.537.

⁷⁴P.9 do Ac.

disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais”, respetivamente.

Desde logo, depreendemos que estão previstos pressupostos objetivos como a “...identidade do tipo legal e/ou bem jurídico, assim como a execução homogénea...” e ainda “...a necessidade de existir uma circunstância externa facilitadora do crime...”⁷⁵ e um pressuposto subjetivo, o dolo, cujo elemento essencial é a “culpa consideravelmente diminuída”.

Esta “culpa consideravelmente diminuída”, “...residirá na existência da referida circunstância (objetiva) externa facilitadora do crime, que atuaria como uma espécie de “tentação” para o agente o agente cometer (e repetir) o crime...”⁷⁶

Citando igualmente o acórdão em análise, “...pressuposto da continuação criminosa será, verdadeiramente a existência de uma relação que, e de maneira considerável, facilitou a repetição da atividade criminosa, tornando cada vez menos exigível ao agente que se comporte de maneira diferente, isto é, de acordo com o direito.” No entanto “...não basta qualquer solicitação exterior mas é necessário que ela facilite de maneira apreciável a reiteração criminosa...não sendo suficiente que se verifique uma situação exterior normal, ou geral, que facilite a pratica do crime”.⁷⁷

Nesta situação em concreto, o tribunal da Relação entendeu não estarmos perante um crime continuado por não se verificarem os pressupostos do mesmo “...uma vez que, apesar de se ter tratado da prática repetida do mesmo tipo legal de crime, executada de forma essencialmente homogénea, não o foi no quadro de uma solicitação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”, alegando que “a reiteração das condutas deste deveu-se, outrossim, às oportunidades provocadas e procuradas por si próprio...”⁷⁸

Pelo exposto e no que respeita a esta questão, entendeu o douto tribunal que “existem crimes distintos que reclamam punições distintas”, confirmando consequentemente o acórdão recorrido.

⁷⁵Conceição Cunha, “Questões atuais em torno de uma *vexata quaestio*: o crime continuado”, *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, ver p.326.

⁷⁶Conceição Cunha, *ob. cit*, p. 326.

⁷⁷P.17 do Ac.

⁷⁸P.18 do Ac.

1.2 – Análise Crítica

No presente caso, como vimos, o arguido pretendia, em primeiro lugar, que o TRP declarasse a consunção dos crimes de abuso sexual em relação à menor C pelo crime de violação agravada. Para tal, alegou o arguido que “...os crimes de abuso sexual estão consumidos pelo crime de violação agravada por se situarem num estado antecessor do coito oral que alegadamente se lhes seguiu”.⁷⁹

Por conseguinte, decidiu este tribunal manter a punibilidade do arguido em concurso efetivo dos dois tipos de crime, tal como foi decretado pelo tribunal *a quo*.

Por minha parte, compreendo perfeitamente a decisão deste tribunal *ad quem*, estando plenamente de acordo com as suas alegações. Assim:

- Na determinação da responsabilidade criminal dos agentes que praticam factos penalmente relevantes, podem surgir situações de concurso de infrações, sempre que o agente, com a sua conduta, cometa uma pluralidade de crimes. Estes podem traduzir o preenchimento de vários tipos de ilícito, ou do mesmo tipo mais do que uma vez.

- Segundo Figueiredo Dias,⁸⁰ “...na distinção jurídico-penal da unidade e pluralidade de crimes têm sido seguidas, duas vias fundamentais: a de atender prioritariamente à unidade ou pluralidade de tipos legais de crime violados; ou a de conferir relevo decisivo à unidade ou pluralidade de ações praticadas pelo agente”.

- As situações de concurso abrangem o concurso efetivo ou concurso de crimes, onde o agente comete efetivamente vários tipos de ilícito e a sua responsabilidade contempla todas essas infrações e o concurso aparente ou concurso de normas, onde a conduta do agente contempla apenas formalmente vários tipos de crime, pois a aplicação de um dos crimes afasta o outro, desde que os elementos típicos de ambos estejam preenchidos.

- No caso concreto, o arguido apela à punição por um concurso aparente de crimes. Este tipo de concurso abrange três tipos de relações: relação de especialidade, relação de subsidiariedade e relação de consunção, sendo esta última a suscitada pelo arguido. A consunção de crimes dá-se quando “...o conteúdo de um ilícito-típico inclui

⁷⁹P.15 do Ac.

⁸⁰Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal – Parte Geral”, Tomo I, 2ª Edição, 2007, Coimbra Editora, p.981.

em regra o de outro facto, de tal modo que, a condenação pelo ilícito-típico mais grave exprime já de forma bastante o desvalor de todo o comportamento.⁸¹

Neste sentido, para que possamos estar perante um concurso aparente entre ambos, seria necessário que houvesse uma relação meio/fim, ou como refere este tribunal “...os atos sexuais de relevo contemporâneos antecederem a violação, isto é, surgissem apenas como meio de realizar aquela...”, o que não acontece no caso concreto, pois os crimes foram praticados em dias diferentes.⁸² Segundo Ana Maria Brito, e citando Eduardo Correia “...há uma pluralidade de resoluções sempre que medeia entre as atividades do agente um intervalo de tempo tal que possamos afirmar que o agente as levou a cabo sem qualquer renovação do processo de motivação”⁸³. Por seu lado, Figueiredo Dias entende que é a “unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta aceção, de crimes.”⁸⁴

Já no Ac. TRC de 9-04-2014, esta questão foi suscitada : “I. Não é a unidade de resolução que pode conferir a uma reiteração de atos homogêneos o cariz de crime habitual ou de trato sucessivo; somente a estrutura do respetivo tipo incriminador há de pressupor a reiteração. II. Tanto o tipo de crime de abuso sexual de crianças, como os tipos de abuso sexual de menores dependentes e de violação, não contemplam a «multiplicidade de atos semelhantes» inerente à figura do crime habitual ou de trato sucessivo. III. No caso dos autos, cada um dos vários atos do arguido foi perpetrado num diverso contexto situacional, necessariamente comandado por uma diversa resolução, e traduziu-se numa autónoma lesão do bem jurídico protegido. Consequentemente, por referência a cada grupo de atos, existe pluralidade de sentidos de ilicitude típica e, portanto, de crimes - de abuso sexual de crianças e de violação - cometidos.”⁸⁵

⁸¹Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal – Parte Geral”, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.1001.

⁸²Um crime praticado em dia não apurado do mês de Setembro, ou

⁸³Ana Maria Brito, “Notas da teoria geral da infração na prática judiciária da perseguição dos crimes sexuais com vítimas menores de idade”, Revista do CEJ, XV, 293-316, p. 297.

⁸⁴Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal - Parte Geral”, ob. cit., p.989.

⁸⁵http://www.pgdliisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0173&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao

Contra esta possibilidade de concurso efetivo entre os crimes em questão, Maria João Antunes⁸⁶ considera que “ com a introdução da agravação do numero 6 do artigo 177º do CP, ficou afastada a hipótese de punição do agente, em concurso efetivo do crime de violação e abuso sexual de crianças (artigos 164º e 171º)...”. No entanto, esta autora não é muito clara acerca do contexto da ação: será que afasta a punição do agente em concurso efetivo entre os crimes mencionados quando tudo se passa no mesmo contexto ou em contextos diferentes?

Analisando a segunda questão trazida a recurso pelo arguido, sobre o crime continuado do crime de abuso sexual de crianças, concordo igualmente com a decisão do tribunal, além de que esta questão ficou tratada com a introdução da Lei 40/2010, de 3 de Setembro, onde não é admissível o crime continuado de abuso sexual de uma mesma criança⁸⁷. Tratando-se de um crime contra bens eminentemente pessoais (nº 3 do artigo 30º do CP), Conceição Cunha alertava, já antes desta alteração legal, que “...no âmbito dos crimes pessoais, cremos que muito dificilmente se poderá verificar uma situação em que a repetição criminosa corresponda a uma “diminuição considerável da culpa”, no sentido delineado”⁸⁸. No mesmo sentido, o Acórdão do TRP de 11-02-2015, afirma que “...tal diminuição de culpa não existe no caso do abuso sexual de criança, por atos que se sucedem no tempo, bem pelo contrário, a gravidade da culpa parece aumentar à medida que os atos se repetem; o sucesso da primeira atuação e das seguintes não pode integrar a diminuição da culpa do arguido, agindo este determinado pela vontade de satisfazer os seus instintos libidinosos, para o que se aproveitou das situações mais favoráveis para esse efeito, nomeadamente da confiança da própria vítima, que com a repetição daqueles atos, vai sendo toda a vez, atacada psicologicamente, com as repercussões nefastas que a vida nos vai mostrando.”

No acórdão em causa, o tribunal defende que “... a repetição criminosa ficou a dever-se à persistente vontade do arguido em satisfazer os seus desejos, vontade essa que superou as normais inibições que estão ligadas ao relacionamento de cariz sexual com menores de idade”⁸⁹.

⁸⁶ Maria João Antunes, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 177º, p. 893, nota 4, parágrafo 13.

⁸⁷ Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 171º, nota 25, p.540.

⁸⁸ “Questões atuais em torno de uma *vexata quaestio*: o crime continuado”, *Ars Iudicandi*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009, ver p. 326.

⁸⁹ P.18 do Ac.

A mesma questão foi ainda tratada no Ac. TRP de 9-07-2014⁹⁰: “I. O número de crimes determina-se pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente. II. Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente, embora não abranja os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais. III. A realização plúrima do mesmo tipo legal pode constituir num só crime, persistindo o dolo ao longo de toda a realização da conduta; num só crime, na forma continuada se, pese embora não obedecendo a uma só motivação dolosa, a conduta for executada num quadro externo que estimule ao agente a sua repetição e assim diminua consideravelmente a sua culpa; ou, fora desses casos, num concurso efetivo de crimes. IV. A reiteração de condutas abusivas da sexualidade de crianças ditadas por razões endógenas, concernentes com a personalidade do arguido, não podem ser reconduzidas a uma única resolução criminosa quando é o próprio arguido a criar as condições para a presença da menor nas diversas situações ocorridas.”

Apresentando semelhanças face ao crime continuado, surge a figura do crime de trato sucessivo. Segundo o Acórdão do STJ de 22-01-2013, “Em alguns casos a situação de abuso sexual de criança tem sido enquadrada na figura do crime único de trato sucessivo, entendendo-se haver lugar a uma unificação das condutas ilícitas sucessivas, desde que essencialmente homogéneas e temporalmente próximas, quando existe uma mesma só resolução criminosa desde o início assumida pelo agente. VIII - Configura o trato sucessivo a existência de um único dolo a abranger todas as condutas sucessivamente praticadas e essa unidade de resolução, a par da homogeneidade das condutas e da sua proximidade temporal”.⁹¹

Por conseguinte, pode-se afirmar que a maioria da “doutrina e a jurisprudência têm resolvido este problema, de contagem do número de crimes, que de outro modo seria quase insolúvel, falando em crimes *prolongados*, *protelados*, *protraídos*, *exauridos* ou *de trato sucessivo*, em que se convencionou que há só um crime – apesar de

⁹⁰http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0173&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao

⁹¹http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/crime_2013.pdf.

se desdobrar em várias condutas que, se isoladas, constituiriam um crime - tanto mais grave (no quadro da sua moldura penal) quanto mais repetido.”⁹²

Pelo contrário, o Acórdão do TRC de 09-04-2014, reitera que “Tanto o tipo de crime de abuso sexual de crianças, como os tipos de abuso sexual de menores dependentes e de violação, não contemplam a multiplicidade de atos semelhantes inerente à figura do crime habitual ou de trato sucessivo”.⁹³

No presente caso, entendo que não houve uma homogeneidade das condutas, nem multiplicidade de atos semelhantes em relação às vítimas e por essa razão, não deve ser aplicada a figura do crime único de trato sucessivo.

No que toca às condutas levadas a cabo pelo arguido, entendo que este devia ter sido ainda condenado por este tribunal no crime de coação previsto no artigo 154º do código penal, um por cada uma das menores, pelos atos praticados no início da alínea d) dos factos considerados como provados e por mais um crime de abuso sexual de crianças p. e p. pelo artigo 171º/3, al. a). Quanto à alínea c) dos mesmos factos, o tribunal aplicou o artigo 171º/2. No entanto, será que neste caso poderiam ser aplicados os artigos 164/2 e o 177º/6? E quanto à alínea g), em que o tribunal aplicou o artigo 171º/1, não poderão ser aplicados os artigos 163º/2 e artigo 177º/6, tendo em conta que o agente se aproveitou do temor que causou às menores?

2. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães

Este acórdão data de 28-09-2009 e, tal como no acórdão anterior, o crime objeto de recurso é o crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo artigo 171º nº 1 do CP (anterior artigo 172º nº 1 do mesmo diploma).

O tribunal *ad quo*, neste processo, considerou como provada a seguinte matéria de facto⁹⁴:

- a) A menor C nasceu a 19 de Agosto de 1999;
- b) O arguido conhecia a C, porque para além de ser vizinho, frequentava com regularidade o restaurante “X”, explorado, à data, pelos pais de C;

⁹²<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8e85b26c0ad8e63480257ac60053bd4f?OpenDocument>.

⁹³<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/bf6dcb8be02c12de80257cc200366021?OpenDocument>.

⁹⁴Pp. 2 e 3 do Ac.

- c) No decurso das férias escolares de Verão do ano de 2006, no referido restaurante, quando aí se deslocava na hora de almoço, o arguido foi conquistando a confiança da menor, a quem mostrava o telemóvel, dizendo-lhe que tirava fotografias;
- d) Neste contexto, em número não concretamente apurado de vezes, mas ao longo de pelo menos uma semana, o arguido, aliciando a menor com o telemóvel, incitou-a a mostrar a vagina e a tocar-lhe no pénis, fotografando os atos praticados;
- e) Tais atos eram exercidos dissimuladamente na esplanada do restaurante, tendo numa dessas vezes o arguido pedido à C para subirem ao terraço onde se situa a churrasqueira, a fim de fotografar a vagina, o que veio a suceder;
- f) Nos dias 30 e 31 de Agosto de 2006, cerca das 12h30, o arguido dirigiu-se ao restaurante X e, após ter tomado café na zona do bar, fez-se acompanhar da menor até à esplanada, onde o arguido abriu a perna do calção curto que vestia e mostrou o pénis à menor, que por sua vez, a pedido do arguido, lhe segurou no mesmo.
- g) Ainda na situação descrita em f), a menor C, a pedido do arguido, inclinou-se para trás e desviou o vestido e as cuecas para o lado, para que o arguido visse e fotografasse a sua vagina;
- h) Neste circunstancialismo, o arguido fotografou, por diversas vezes, a vagina da menor e entregou o telemóvel àquela para que lhe fotografasse o pénis;
- i) M, avô da menor, que nos dias referidos tinha assistido de sua casa aos factos descritos, logo tratou de contratar um fotógrafo profissional, a fim de denunciar a situação;
- j) Assim, no dia 1 de Setembro de 2006, à hora de almoço, o fotógrafo R, posicionou-se na janela da cozinha de casa dos avós da C, sita em frente ao restaurante “X” e tirou as fotografias juntas aos autos;
- k) Nesse dia o arguido agiu habitualmente, sentando-se com a menor na esplanada do restaurante “X”, e voltaram a fotografar-se, quando mais tarde o arguido abandonou o local e convidou a menor a segui-lo pelo caminho lateral.

2.1 – Decisão do Tribunal: Análise de Direito

De entre as inúmeras questões suscitadas pelo arguido para que fossem objeto de recurso, a que nos importa é o pedido do arguido para ser punido pelo crime previsto no artigo 170º (importunação sexual) e a revogação da condenação pelo crime de abuso sexual de crianças, previsto no artigo 171º/1, ambos do CP.

Por conseguinte, importa desde logo distinguir o conceito de ato sexual de relevo do de importunação sexual.

Segundo Figueiredo Dias, a determinação deste conceito é uma “...questão altamente controversa e discutível. Três posições a este respeito podem ser defendidas: 1) a interpretação objetivista, também defendida entre nós por Paulo Pinto de Albuquerque, segundo a qual constitui ato sexual de relevo típico aquele que, atenta a sua manifestação externa, revela uma conexão com a sexualidade; 2) uma outra que exige, não só a conotação objetivista, como ainda a subjetivista, traduzida na intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual, dita também intenção libidinosa; 3) uma última conceção, menos exigente, defende que o conceito pode ser integrado tanto pela sua aceção objetivista como subjetivista...”⁹⁵,

Ainda o mesmo autor assume que a conceção objetivista deve ser considerada prevalente e que, assim sendo, “...ato sexual será todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objetivo assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade...”⁹⁶

Por conseguinte, o ato sexual deve ser considerado de relevo, assumindo este conceito uma função negativa, que é a de afastar atos considerados insignificantes ou bagatelares e uma função positiva, que consiste em avaliar a relevância do ato sexual na perspetiva do bem jurídico protegido. “É pois o grau de perigosidade da ação para o bem jurídico que – em função da sua espécie, intensidade ou duração – assume neste contexto valor decisivo”⁹⁷.

Contrariamente à visão objetivista deste conceito, Pinto de Albuquerque refere que ato sexual de relevo pode consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução

⁹⁵Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 163º, p. 718, nota 2.

⁹⁶Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 163º, p. 718, nota 2, parágrafo 8.

⁹⁷Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense ao Código Penal...”, cit., p.720, nota 2, parágrafo 12.

vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. Outros comportamentos menos graves podem constituir ato sexual de relevo desde que o agente tenha intuito libidinoso, nomeadamente o “toque com objetos ou partes do corpo nos órgãos genitais, seios, nádegas, coxas e boca...”⁹⁸.

No mesmo sentido subjetivista, encontramos esta noção de ato sexual de relevo que “há de ser antes de mais um ato sexual. Há de ser um ato libidinoso, um ato lascivo dirigido à satisfação do instinto sexual. Só interessa ao direito criminal quando praticado contra a vontade de qualquer dos sujeitos envolvidos”⁹⁹.

Ainda sobre este conceito, refere o presente acórdão “...o ato sexual de relevo é aquele que, não sendo de cópula ou coito anal, esteja relacionado com o sexo, perturbe seriamente a autodeterminação sexual de uma criança e, objetivamente ocasione pelo menos, tanto ou mais perturbação que o “ato exibicionista...”, acrescentando que “não é pois, qualquer ato de natureza, conteúdo ou significado sexual que se integra naquele conceito... mas aqueles atos que constituam ofensa séria e grave à intimidade e liberdade sexual do sujeito passivo...”¹⁰⁰.

O conceito não tem conteúdo moralista: o que está em causa é a liberdade e/ou autodeterminação sexual. No entanto, Teresa Beleza defende que “...o conceito pode ter uma conotação de ato que viola a medida socialmente adequada de pudor ou de formas aceitáveis de relacionamento sexual e não de medida da liberdade”¹⁰¹.

No que respeita ao artigo 170º do CP, este preceito refere “quem importunar outra pessoa praticando perante ela atos de caráter exibicionista ou constrangendo-a a contato de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal”.

Aqui podemos atender a dois comportamentos distintos: 1) “importunação de outra pessoa através da prática, perante ela, de atos de caráter exibicionista e 2) a importunação de outra pessoa por meio de constrangimento a contato de natureza sexual.”

No presente caso, o comportamento que deve ser tido em conta, é o constrangimento da menor a contatos de natureza sexual com o arguido. Aqui, o que se

⁹⁸Paulo Pinto de Albuquerque, “Comentário do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 163º, nota 7, p.504.

⁹⁹Henrique Eiras e Guilhermina Fortes, “Dicionário de Processo Penal e Direito Penal, 3ª edição, Quid Iuris, p.38.

¹⁰⁰Pp. 2 e 3 do Ac.

¹⁰¹“O conceito legal de violação” in separata da Revista do Ministério Público, nº 59, 1994, pp. 55 e 56.

pretende é “punir a prática por qualquer meio, de contatos sexuais com a vítima, contra a sua vontade, que não constituem atos sexuais de relevo”¹⁰². Pinto de Albuquerque entende que “...Em bom rigor, não há verdadeiro “constrangimento” da criança, uma vez que o tipo visa incluir os casos em que o menor de 14 anos consente no contacto sexual”. No entanto, o legislador, na reforma penal de 2007, não esclareceu quais as modalidades típicas de ação que pretendia incriminar como contacto de natureza sexual com relevo penal, ficando à mercê do intérprete, “...estabelecer a fronteira entre o contacto de natureza sexual com e sem relevância penal”¹⁰³.

É importante referir que as penas previstas neste artigo são de aplicação subsidiária, isto é, “se pena mais grave não lhe for aplicada”. Ora no artigo 171º/ 3, alínea a), vem referido “quem: importunar menor de 14 anos, praticando ato previsto no artigo 170º é punido com pena de prisão até três anos”.

Face ao exposto, decidiu este Tribunal da Relação manter a qualificação jurídico-penal dos factos, como um crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo artigo 171º/1 do CP, afirmando que “... há mais do que um constrangimento, há por banda do arguido, vontade, reiterada, de usar uma criança como seu objeto de prazer sexual, seguramente alheio a qualquer forma insignificante ou bagatelar, não se patenteando a situação idêntica ou similar a um esporádico e fugidio apalpaço”¹⁰⁴.

2.2 – Análise Crítica

No acórdão em estudo, o TRG puniu o autor por um crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo artigo 171º/1 do CP, por entender estar diante de um ato sexual de relevo praticado pelo autor com a vítima, e não um constrangimento a contacto de natureza sexual.

Por conseguinte, tal como referi até aqui, ambos os conceitos não são de fácil interpretação, principalmente quando falamos em vítimas menores de 14 anos.

Contudo, concordo com a decisão deste tribunal em manter a pena do acórdão recorrido, pois considero estarmos perante um ato sexual de relevo previsto no nº1 do

¹⁰²Anabela Miranda/Sónia Fidalgo, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 170º, p. 824, nota 1, parágrafo 25.

¹⁰³Anabela Miranda/Sónia Fidalgo, ob. Cit. p.827, nota 1, parágrafo 30.

¹⁰⁴P.24 do Ac.

artigo 171º do CP, e não perante um ato de importunação sexual previsto no nº 3 do mesmo preceito. Assim:

- "...a graduação dos diversos tipos do abuso sexual de criança assenta na maior ou menor prejudicialidade do ato praticado em relação à proteção da sexualidade da criança – critério de proteção diferenciado em função do desvalor da ação. Nesta conformidade, enquanto o tipo base se centra na prática de atos sexuais de relevo, o tipo qualificado já exige atos de cópula ou equiparados, quedando-se o tipo privilegiado pela prática de atos de importunação sexual ou então por conversas, escritos, espetáculos ou objetos pornográficos....”¹⁰⁵;

- Aqui, o arguido incitou a menor (à data com 7 anos), a segurar-lhe no pénis e a afastar a saia e as cuecas para que aquele lhe fotografasse a vagina. Seja em que idade for, naturalmente abaixo dos 14 anos, é por demais evidente que o toque e o manuseamento do pénis constituem atos sexuais de relevo e não apenas atos exibicionistas ou de constrangimento da vítima a contato de natureza sexual;

- Neste sentido, entendo que estes atos atingem claramente o bem jurídico tutelado, liberdade e autodeterminação sexual, e que por essa razão deve ser tido como um ato sexual de relevo, devendo "...ficar excluídos do tipo atos que, embora “pesados” ou em si pessoal e socialmente “significantes” por impróprios, desonestos, de mau gosto ou despudorados, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalidade ou instantaneidade, não entrem de forma significativa a livre determinação sexual da vítima.”¹⁰⁶.

No mesmo sentido, o Ac. TRL de 28-5-1997 refere que “pratica um ato sexual de relevo, o arguido que com 50 anos de idade, que, com intenção de obter satisfação sexual e, depois de lhe ter oferecido dinheiro, dá um beijo na boca a uma menor de 10 anos de idade, agarrando-a pela cintura”.¹⁰⁷

Em sentido contrário, encontra-se o Ac. TRE de 14-01-2014 :“VIII. A realização dos tipos de ilícito dos artigos 170º e 171º, nº 3, alínea a) do CP que descritivamente apenas se distinguem pela idade da vítima, na modalidade de importunação por meio de ato exibicionista exigem a prática de ato exibicionista que cause perturbação. IX. A exibição do pénis e/ou o seu manuseamento, ereto ou não, perante vítima menor de 14 anos, a quem se causa deste modo receio, susto, intimidação e perturbação, realiza

¹⁰⁵Ac. TRP de 03-09-2011.

¹⁰⁶Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 163º, p. 720, nota 2, parágrafo 12.

¹⁰⁷Mouraz Lopes, ob. Cit. p. 92.

o tipo do artigo 171º, nº 3, alínea a) do CP, pois atinge a liberdade da vítima na vertente da sua autodeterminação sexual e é conduta perturbadora do desenvolvimento livre da sexualidade da menor atingida...”¹⁰⁸

Para terminar, pode-se levantar a questão acerca das fotografias obtidas pelo agente, saber se integram o ilícito do artigo 176º/1, alínea b) do CP, na utilização de menor em fotografia, filme, independentemente do seu suporte.

3. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

O último acórdão que me proponho tratar nesta minha exposição, é do STJ de 22-05-2013, e que, tal como os anteriores, está relacionado com o crime de abuso sexual de crianças, previsto no artigo 171º do CP.

Aqui, o recorrente foi condenado, em processo comum com intervenção do tribunal coletivo, na pena de prisão de 4 anos, quanto a cada um dos 3 crimes de abuso sexual de criança, p. e p. pelos artigos 171.º/1 e 2, do CP, sendo 2 cometidos na pessoa da ofendida BB e um na pessoa da ofendida CC ; na pena de prisão de 6 anos, quanto ao crime de abuso sexual de criança agravado, p. e p. pelos artigos 171.º/1 e 2, e 177.º/4, do CP, cometido na ofendida BB ; prisão de 1 ano, quanto cada um dos 2 crimes de coação, na forma tentada, p. e p. pelos artigos 22.º/ 1 e 2, al. a), 23.º, 154.º, n.º 1 e 2 e 155.º/1 al. a), todos do CP, praticados na pessoa da BB e CC; um crime de prisão de 1 ano, quanto ao crime de detenção de arma proibida, p. e p nos termos dos artigos 86º/1, al. d), da Lei nº 5/2006, de 23 de Fevereiro, na redação introduzida pela Lei nº 17/2009, de 06 de Maio, com referência aos artigos 2º/al. e) e z), 3º/1 e 2, al. h), e 4º, nº 1, do mesmo diploma legal, tendo sido a pena única decretada, segundo cúmulo jurídico em 10 anos de prisão.

O arguido, inconformado, interpôs recurso para a Relação, que confirmou o acórdão de 1.ª instância, pelo que, ainda não resignado, recorreu para este tribunal.

O Tribunal recorrido deu como provados os seguintes factos¹⁰⁹:

a) A menor BB nasceu em 1995;

¹⁰⁸http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0173&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao

¹⁰⁹Ac. STJ de 22-05-2013, p. 1.

- b) Em data não concretamente apurada, mas situada no mês de Outubro de 2008, o arguido AA travou conhecimento com a BB, através de envio de mensagens de textos escritas enviadas para o telemóvel desta;
- c) No dia 30 de outubro de 2008, junto do Tribunal de Castelo Branco, porque a BB ali se havia deslocado, o arguido AA travou conhecimento pessoal pela primeira vez com a mesma e logo conheceu a idade dela;
- d) O arguido BB iniciou uma relação de namoro com a menor AA e com o desenrolar da relação amorosa, convenceu aquela a manter consigo relações sexuais, situação que efetivamente se verificou em Novembro de 2008, quando manteve pela primeira vez relação de cópula completa com a menor;
- e) Este relacionamento sexual durou pelo menos entre Novembro de 2008 e 14 de Fevereiro de 2009, repetindo-se em locais distintos;
- f) Numa dessas ocasiões, o arguido BB e a menor mantiveram relações sexuais de cópula completa, não tendo usado preservativo, pelo que esta engravidou, realizando conseqüentemente uma interrupção voluntária da gravidez em 14 de Janeiro de 2009;
- g) O arguido sabia que havia engravidado a BB, tendo-se mostrado agastado com a interrupção voluntária da gravidez levada a cabo pela ofendida, pois dizia pretender formar família com esta;
- h) A BB foi então acolhida num lar de forma a ser salvaguardada do contacto com o arguido AA;
- i) Porém, o arguido que não se conformou com o fim da relação, procurou manter o contacto com a BB;
- j) Foi inicialmente correspondido pela mesma que lhe enviava mensagens também. Porém, a dada altura, o arguido começou a enviar mensagens de texto para o telemóvel indicado pela BB, com o fito de a amedrontar e de a obrigar a encontrar-se consigo;
- k) Numa dessas ocasiões, o arguido AA enviou uma mensagem de texto para o telemóvel da ofendida BB onde lhe dizia “mato os teus pais se não vieres ter comigo ou acabares o namoro”, “tenho uns amigos em .. que vão atrás da tua família”;
- l) Como a BB não se mostrou colaborante, o arguido, no dia 25 de Março de 2009, abordou a ofendida BB quando esta se dirigia para a escola, agarrou-a

pelo braço e disse-lhe: “se não ficares aqui comigo para falarmos, eu bato-te ou corto-te o pescoço...”;

- m) Nestas circunstâncias de tempo e lugar, o arguido fazia-se acompanhar de uma navalha com lâmina em aço de sete centímetros de comprimento e que exibiu à BB;
- n) Assustada com os atos do arguido, a ofendida gritou por socorro tendo sido a intervenção de um terceiro que logrou separar o arguido da ofendida e evitar que este a levasse consigo;
- o) Por força da sua relação com a BB, o arguido conheceu a CC, colega de escola da BB e também sabia que aquela apenas tinha 13 anos;
- p) O arguido sabendo que a CC era conhecedora do fim da sua relação com a ofendida BB, utilizou este estratagema para se aproximar daquela, passando a encontrar-se pessoalmente com ela;
- q) No dia 2 de Agosto de 2009, cerca das 23 horas, o arguido deslocou-se até à casa dos avós da CC e ambos dirigiram-se ao quarto da CC onde mantiveram relações sexuais de cópula completa;
- r) No dia 23 de Novembro de 2009, cerca da 01 hora, o arguido logrou introduzir-se na habitação dos avós da ofendida CC e já no interior do quarto desta, novamente a ameaçou para que não contasse nada, exibindo um objeto semelhante a uma arma de fogo à ofendida, querendo insinuar que o usaria caso esta relatasse o acontecido;
- s) Não obstante, a ofendida CC manteve o seu propósito e no dia seguinte relatou os factos aos seus familiares e às autoridades.

3.1 – Decisão do Tribunal: Análise de Direito

O poder cognitivo deste tribunal, restrito, a aferir do contexto conclusivo, à medida da pena única, parte, desde logo, da consideração de que o arguido praticou quatro crimes de abuso sexual, sendo três, um dos quais qualificado, na pessoa da ofendida BB, e um na pessoa da ofendida CC.

Para que a pena lhe seja reduzida, alega o arguido BB que deve ser tida em “...conta para efeitos de atenuação, a experiência revelada pela BB na prática de tais atos sexuais, bem como a intenção do arguido em manter uma relação de namoro e não querer um

aproveitamento ocasional para satisfazer os seus apetites sexuais; o facto de não serem conhecidas consequências do comportamento do arguido na vida futura da jovem, nem sendo de presumir, dada a sua colaboração, que elas possam vir a ocorrer, também deve ser considerado na medida da pena, atenuando-a.”¹¹⁰; a pena aplicada afasta-o, porventura de forma irremediável, pela sua duração, dessa possibilidade.

Na fixação da pena única o julgador opta por um critério especial, valorando, nos termos do art.º 77.º/ 1 e 2 do CP, em conjunto, os factos e a personalidade do agente, isto é, “...o sistema adotado entre nós é o assente na princípio da acumulação em que a pena é apurada numa moldura em função da imagem global do facto, valorando-o na globalidade e na personalidade do agente”¹¹¹.

Para tal, alega este STJ que, tendo em conta os factos provados quanto à prática de atos sexuais com menores, e tendo em conta a personalidade do agente, “...é grave o conjunto global dos factos, em particular os abusos sexuais de criança, que geram no tecido social repulsa e séria reprovação ética e moral, a sua reiteração, o “animus” que lhes presidiu, de satisfação incontrolada dos apetites sexuais, não olhando à idade das ofendidas, ambas com 13 anos, denotando o arguido revelar propensão para abuso de crianças, o clima de constrangimento posterior à sua consumação envolvendo violência física e psíquica sobre as ofendidas no propósito de reatar uma relação não desejada”, acrescentando ainda que “o seu comportamento anterior é mau; no seu passado criminal inscrevem-se condenações por vários ilícitos, o que a associar àqueles por que foi condenado nos presentes autos, reclama vigorosa reeducação para o direito, para a defesa da sociedade, prevenção futura de crimes, reinserção futura do arguido, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável...”¹¹², reduzindo ligeiramente a pena de dez anos, para nove anos de prisão.

3.2 – Análise Crítica

Face ao exposto, é possível concluir que o arguido invoca como um dos fundamentos para a atenuação da pena o consentimento das menores BB e CC, ambas com 13 anos de idade.

¹¹⁰P.5 do Ac.

¹¹¹P.14 do Ac.

¹¹²P.14 do Ac.

Não pretendo de todo repetir-me quanto a esta questão, uma vez que já foi tratada no Capítulo I, ponto 3 desta dissertação.

Contudo, considero relevante demonstrar a minha total concordância com a decisão deste tribunal de recurso, pelo seguinte:

- No caso concreto, estamos perante um arguido com 22 anos à data da prática dos factos, que manteve relações sexuais de cópula completa com duas menores de 14 anos, tendo ainda engravidado umas delas, o que constitui uma agravação do crime de abuso sexual de crianças, previsto no artigo 177º/4 do CP;

- Tal como já foi mencionado, o bem jurídico protegido é a liberdade e autodeterminação sexual, que segundo Costa Andrade, pode também ser nomeado como “...liberdade e autenticidade da expressão sexual.”¹¹³

- O consentimento em Direito Penal vem previsto no artigo 38º, cuja idade vem especificada no seu nº 3 onde “ O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

- Desta forma, há uma presunção natural, de que os menores de 16 anos não possuem o discernimento necessário, nem são totalmente desenvolvidos a nível psicológico, para compreenderem as consequências das suas ações, nomeadamente a nível da sua esfera sexual. No entanto, quanto à questão etária, assistimos a uma maior proteção relativamente a menores de 14 anos, e a uma proteção mais ténue aos menores entre os 14 e os 16 anos, nomeadamente no artigo 173º do CP, exigindo-se o “abuso de inexperiência” da vítima.

- “O consentimento da vítima não possui virtualidade para eximir o agente da responsabilidade criminal, por a lei partir do pressuposto, próximo da constatação natural, que o menor, por regra, não possui o desenvolvimento psicológico suficiente para compreender as consequências, por vezes graves, dele emergentes, que podem prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, no aspeto do livre desenvolvimento da personalidade da esfera sexual”¹¹⁴, ainda que os atos de relevo praticados tenham sido consentidos, como o foram, por ambas as menores.

- No mesmo sentido, o Ac. também do STJ de 12-11-2014, refere que “o princípio que fundamenta a menoridade sexual não é qualquer suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas, sim,

¹¹³Costa Andrade, “Consentimento e Acordo em Direito Penal...”, cit., p.383.

¹¹⁴P. 1 do Ac.

que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir numa relação sexual; sendo assim, a incapacidade de autogestão que define a dimensão tutelar da menoridade apoia-se na ideia de uma incapacidade “natural” que define uma determinada “fase da vida”.

- Ainda quanto ao acórdão em apreço, quando o arguido ameaça a menor BB com o intuito de retomar a relação, ou quando ameaça a menor CC para que esta não conte nada sobre o que se tinha passado entre ela e o agente, não estaria o arguido a tentar coagir as vítimas para que estas correspondessem ao seu propósito? Segundo o artigo 154º do CP, a coação constitui o tipo fundamental dos crimes contra a liberdade de decisão e ação, isto é, há um constrangimento da pessoa a “adotar determinado comportamento: praticar uma ação, omitir determinada ação, ou suportar uma ação”¹¹⁵ e a tentativa destes é punível, podendo o agente ser punido com pena de prisão até três anos.

É importante referir que a coação quando associada ao relacionamento sexual pode dar lugar à punição pelo artigo 163º ou 164º, agravado em razão da idade. No entanto, esta punição só vale para a coação feita para o relacionamento sexual que se segue e não para os anteriores, como acontece no caso da menor BB.

¹¹⁵Américo Taipa de Carvalho, “Comentário Conimbricense do Código Penal...”, cit., Anotação ao artigo 154º, p. 570, nota III, parágrafo 6.

Conclusão

Chegou, pois, a altura de finalizar este trabalho e de expor as conclusões a que chegamos ao longo deste estudo.

Em primeiro lugar, “a violência, na qual se inclui o abuso, constitui uma questão social muito grave e complexa, com relevantes prejuízos para a saúde física e psicológica das vítimas”¹¹⁶. A violência na infância “... sempre esteve ligada ao papel que na sociedade e na família foi sendo atribuído à criança com o decorrer das diversas culturas e sociedades até à atualidade. Na idade média não eram reconhecidas às crianças, as suas necessidades específicas e muito menos os seus direitos. Praticavam-se castigos humilhantes e violentos, a negligência e o abandono afetivo, a exploração pelo trabalho e atos sexuais com adolescente. Foi apenas no século XX que começaram a surgir associações de apoio e defesa das crianças, bem como declarações de organismos internacionais”¹¹⁷.

Por conseguinte, a visão dos direitos da criança na sociedade e no seio familiar, evoluiu ao longo dos tempos, sobretudo “...o seu reconhecimento como ser autónomo e interativo, desde o nascimento, bem como a necessidade da sua proteção, modificaram a postura e as atitudes face à criança”¹¹⁸, até que, em 1995 os crimes cometidos contra menores passaram a ser entendidos como crimes contra as pessoas, nomeadamente crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, deixando de ser considerados como crimes contra a moral social.

Esta evolução deu-se não só a nível nacional, mas também a nível internacional e europeu, com a promulgação de diversas convenções e diretivas, especificamente dirigidas à proteção das vítimas de crimes sexuais, todas ratificadas por Portugal.

No que diz respeito ao bem jurídico protegido nestes crimes sexuais, apesar de alguma divergência, este está consagrado como a liberdade e autodeterminação sexual, ligado a outro bem jurídico: o do livre desenvolvimento da personalidade do menor.

Esta proteção é bastante mais abrangente quanto aos menores de 14 anos, nomeadamente quanto à presunção do dano para o livre desenvolvimento do menor, independentemente deste vir a ter ou não lugar e quanto à irrelevância do consentimento dos menores para a prática dos atos sexuais.

¹¹⁶Teresa Magalhães, “Violência e abuso - respostas simples para questões complexas”, 2010, Imprensa da Faculdade de Coimbra, p.7.

¹¹⁷Teresa Magalhães, ob. Cit. p.36.

¹¹⁸Carla Machado e Rui Abrunhosa, “ Violência e Vitimas de Crimes”, vol.2 – crianças, 2003, p.16.

Outra nota a ter em conta, e que foi suscitada num dos acórdãos analisados, diz respeito aos crimes sexuais previstos nos artigos 163º e 164º do CP, agravados em razão da idade, sempre que haja um contexto de constrangimento por qualquer meio típico (violência, coação ou ameaça) previstos nos artigos mencionados, sendo nestes casos os limites mínimo e máximo agravados de metade.

Quanto ao crime único de trato sucessivo, que também foi objeto de estudo num outro acórdão aqui exposto, entendo que esta figura não deve ser aplicada aos casos de crimes sexuais praticados contra menores, nomeadamente nos crimes de abuso sexual, abuso sexual de menores dependentes por não estarmos perante “atos semelhantes” que se possam integrar num único crime de trato sucessivo.

No entanto, considero que Portugal ainda tem um longo caminho a percorrer, nomeadamente no que toca à prevenção destes crimes, de modo a diminuir a vulnerabilidade das crianças, apostando na formação dos técnicos especializados que lidam com os menores no processo penal, como por exemplo assistentes sociais, psicólogos e mesmo magistrados, de forma a incutir-lhes uma formação interdisciplinar, que lhes ministre o conhecimento do sofrimento das vítimas e das suas necessidades, sensibilizando-os para a temática dos crimes sexuais, para que aquelas não sofram da chamada vitimação secundária.

Ainda no que toca ao processo penal, a meu ver, deve ser maioritariamente aplicada a pena de prisão efetiva ao agente, para que este não volte a ter contacto com a vítima e para que esta tenha confiança nos poderes da justiça.

Bibliografia

-ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “Anotação ao art. 163.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, 503-510.

-ALFAIATE, Ana Rita - [*A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*](#), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

-ALVES, Sénio Manuel dos Reis – *Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*, Coimbra: Almedina, 1995.

-ANDRADE, Manuel da Costa - *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

-ANTUNES, Maria João – “Anotação ao art. 172.º”, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 846-851.

-ANTUNES, Maria João – “Anotação ao art. 177.º”, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 887-893.

-ANTUNES, Maria João - “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores”, in *Julgar*, Diretor: José Mouraz Lopes, Coimbra: Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, n.º 12 (especial), Setembro-Dezembro 2010, 153-161.

-ANTUNES, Maria João – “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 81, 2005, 57-71.

-ARAÚJO, António de - *Crimes sexuais contra menores. Entre o direito penal e a constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

-BELEZA, Teresa Pizarro – “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, *Separata de Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996.

- CUNHA, Maria Conceição Ferreira de – “Conceito de violência no crime de violação: acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, ano 21, n.º 3, Julho-Setembro 2011, 441-479.

-CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da - “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003, 189-227.

-CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Questões atuais em torno de uma "vexata quaestio": o crime continuado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 321-370.

-DIAS, Jorge de Figueiredo – “Anotação ao art. 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 714-742.

-DIAS, Jorge de Figueiredo – “Anotação ao art. 171.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 822-845.

-DIAS, Jorge de Figueiredo – “Nótula antes do art. 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 708-713.

-DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – “Repercussões da Lei n.º 59-2007, de 4-9 nos «crimes contra a liberdade sexual»”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Diretora: Anabela Miranda Rodrigues, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, n.º 8 (especial), 1.º semestre 2008, 213-279.

-GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – “Anotação ao art. 163.º”, in *Código Penal Português Anotado e Comentado, Legislação Complementar*, 18.ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, 619-627.

-LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – “Anotação ao art. 174.º”, in *Código Penal Anotado*, II Volume, 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000, 447-450.

-LEITE, Inês Ferreira – “A tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março 2011, 29-94.

-LOPES, José Mouraz - *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

- MACHADO, Carla/ABRUNHOSA, Rui – “*Violência e Vítimas de Crimes*”, vol.2 – Crianças, 2003, Quarteto.

-MANITA, Celina – “Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003, 229-253.

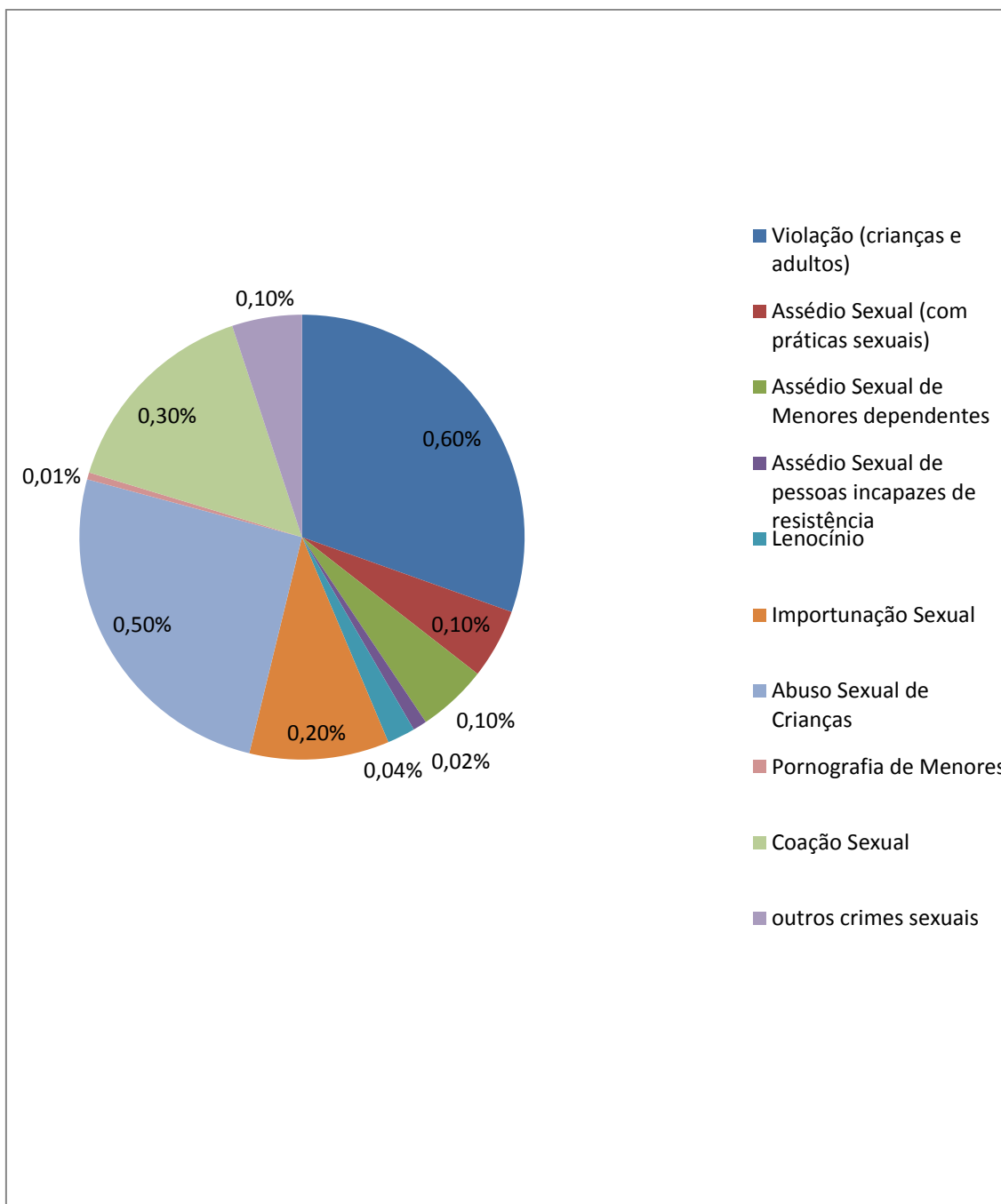
-PATTO, Pedro Vaz – “Direito Penal e ética sexual”, in *Direito e Justiça*, volume XV, Tomo 2, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2001, 123-145.

-RAMOS, Fernando João Ferreira – “Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei n.º 92/VI”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 15, n.º 59, Julho-Setembro 1994, 29-49.

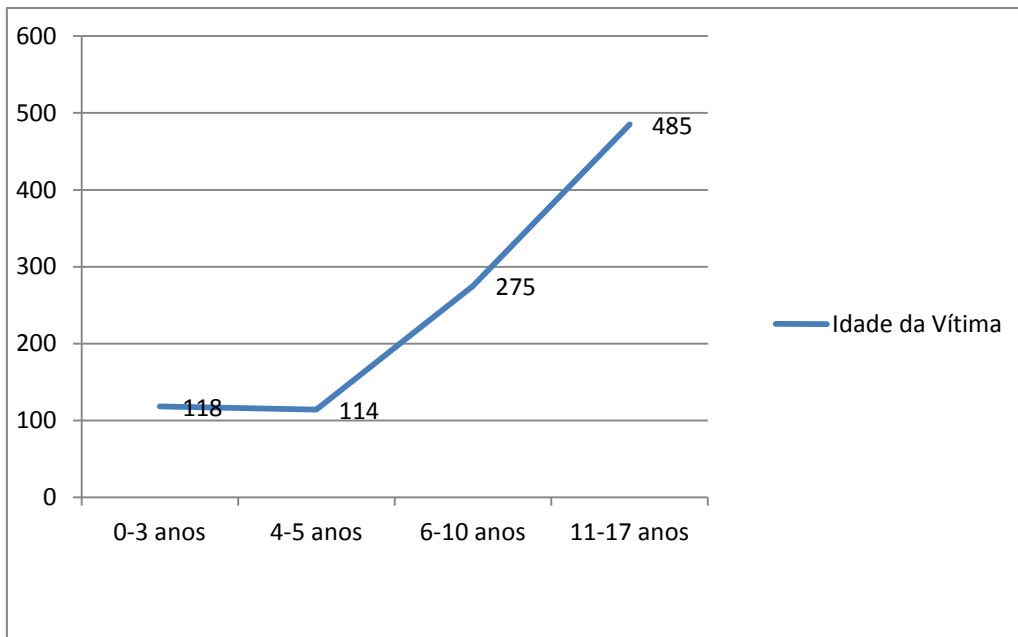
-RAPOSO, Vera Lúcia - “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 931-962.

ANEXOS

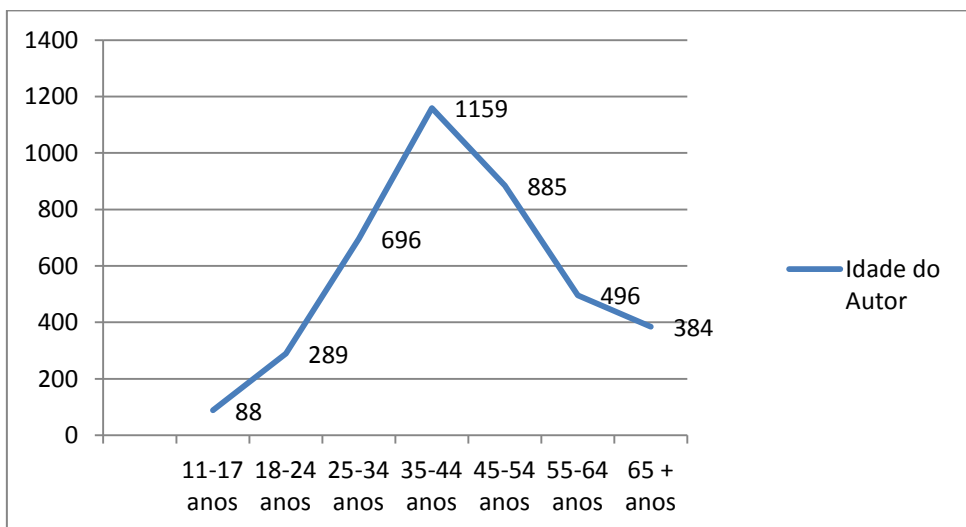
Crimes Contra as Pessoas – Crimes Sexuais



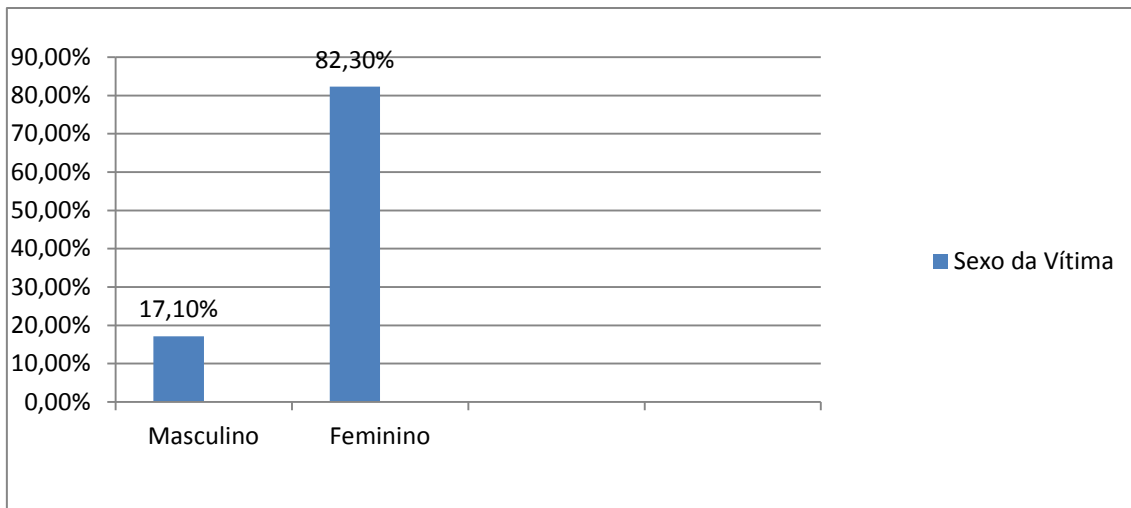
APAV, números de 2014



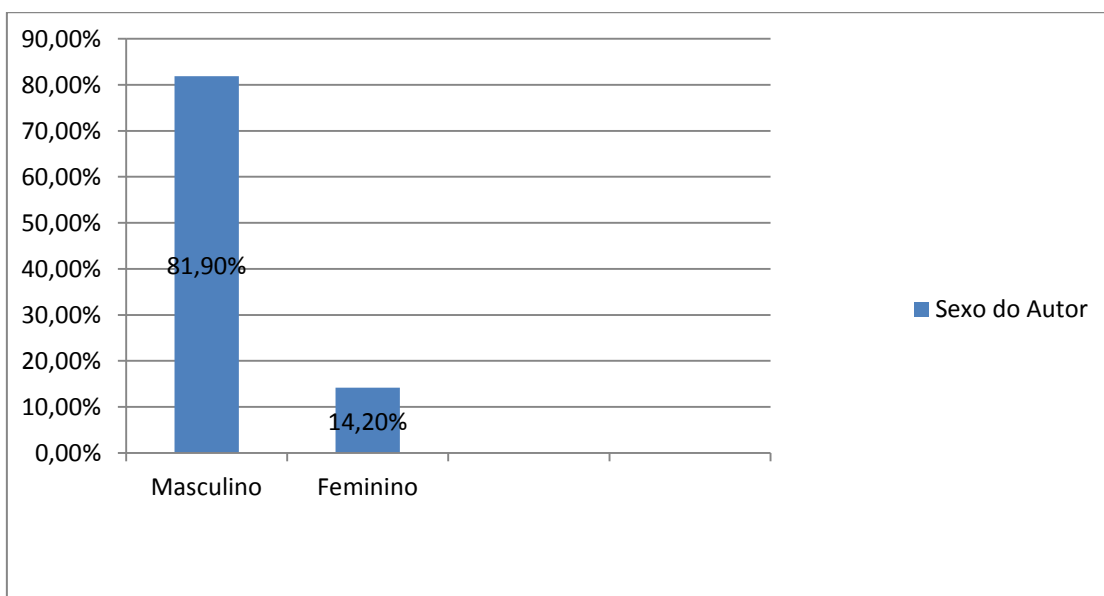
APAV, números de 2014



APAV, números de 2014



APAV, números de 2014



APAV, números de 2014