

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

O CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

Joana Filipa da Costa Pombo

Dissertação de Mestrado em Direito Forense, realizada sob orientação do
Professor Doutor Pedro Garcia Marques

Lisboa,
Março de 2022

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

O CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

Joana Filipa da Costa Pombo

Dissertação de Mestrado em Direito Forense, realizada sob orientação do
Professor Doutor Pedro Garcia Marques

Lisboa,
Março de 2022

Agradecimento

A presente dissertação é o resultado do empenho, ao longo de vários meses, no 2º Ciclo de Estudos dedicado ao Mestrado Forense.

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor Pedro Garcia Marques, por toda a disponibilidade durante o processo de elaboração da presente dissertação, por ter confiado em mim, pela sua contante partilha de conhecimento e por todos os conselhos que me facultou para melhorar o meu trabalho.

Agradeço aos meus amigos por me desafiarem a ser melhor e pelo apoio ao longo do percurso académico, a nível profissional e pessoal.

À minha família, agradeço as oportunidades concebidas, os ensinamentos e acima de tudo a compreensão e o pilar base que sempre serão na minha vida.

Índice

| | |
|--|----|
| Lista de abreviaturas, siglas e acrónimos | 3 |
| RESUMO | 4 |
| ABSTRACT | 5 |
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1. Inserção dos Crimes Sexuais no Código Penal | 8 |
| 2. Conceito de Abuso Sexual | 9 |
| 3. Explicação Psicológica dos Abusos Sexuais de Menores..... | 10 |
| 4. Bem Jurídico | 15 |
| 5. Conceito de ato sexual de relevo..... | 21 |
| 6. Natureza jurídica do crime | 26 |
| 7. Consentimento do menor..... | 32 |
| 8. Consequências do abuso sexual..... | 40 |
| CONCLUSÃO..... | 43 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 45 |

Lista de abreviaturas, siglas e acrónimos

| | |
|---------|--------------------------------------|
| Ac. | Acórdão |
| Cf. | Conferir |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código de Processo Penal |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| Ob.cit. | Obra citada |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |
| TRC | Tribunal da Relação de Coimbra |
| TRE | Tribunal da Relação de Évora |
| TRG | Tribunal da Relação de Guimarães |
| TRL | Tribunal da Relação de Lisboa |
| TRP | Tribunal da Relação do Porto |

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a problemática do abuso sexual de menores, dissecando sobre os pontos mais problemáticos deste tipo de ilícito.

Sendo o abuso sexual de menores uma das formas mais graves de maus-tratos infantis, é importante assegurar o direito de todas as crianças a uma infância digna, protegendo o processo de desenvolvimento pessoal da criança para que decorra de forma natural e sem influências perturbadoras ou traumatizantes para o menor. A reforma de 1995 do Código Penal foi um ponto chave para a proteção das vítimas dos abusos sexuais.

Com a revisão do Código Penal de 1995, os crimes sexuais deixaram de ser vistos como crimes contra a coletividade e contra a honra da sociedade, chegou-se à conclusão de que o crime de abuso sexual de crianças protege bens jurídicos individuais, a liberdade sexual dos menores, dentro da qual se inclui a autodeterminação sexual.

A liberdade sexual do menor é tutelada pelo Direito Penal, quando sanciona os atos sexuais praticados com a vítima, quando esta manifeste uma vontade viciada, porque condicionada por fatores externos de relevo e não controláveis pela mesma, que lhe são impostos por um terceiro que se encontra numa posição de autoridade ou temeridade face à vítima.

Esta dissertação serviu também para fazer uma análise quanto ao consentimento do menor. Até aos catorze anos, a proteção da vertente negativa da liberdade sexual do menor é tendencialmente absoluta. No entanto, nem todas as condutas sexuais praticadas com ou em menores constituem um crime. Por isso, é fundamental a promoção da vertente positiva da liberdade sexual, não sendo defensável a tese da castidade absoluta do menor de catorze anos.

Palavras-chave: abuso sexual de crianças, ato sexual de relevo, bem jurídico protegido, consentimento do menor.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyse the problematic of child sexual abuse, dissecting the most problematic points of this type of illicit act.

The child sexual abuse is one of the most serious forms of child maltreatment, therefore it is important to ensure the right of all children to a dignified childhood, protecting the child's personal development process so that it takes place in a natural way and without disturbing or traumatizing influences for the minor. The 1995 reform of the Penal Code was a key point for the protection of victims of sexual abuse.

With the revision of the Criminal Code in 1995, sexual crimes were no longer seen as crimes against the collectivity and against the honor of society, the conclusion was reached that the crime of sexual abuse of children protects individual legal goods, the sexual freedom of minors, within which sexual self-determination is included.

This dissertation also served to make an analysis regarding the minor's consent. Until the age of fourteen, the protection of the negative aspect of the sexual freedom of minors tends to be absolute. However, not every sexual conduct practiced with or on minors constitutes a crime. Consequently, the promotion of the positive side of sexual freedom is fundamental and the thesis of absolute chastity of the under fourteen year old is not defensible.

Keywords: child sexual abuse, sexual act of relevance, protected legal interest, consent of the minor.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a problemática do abuso sexual de menores, previsto e punido pelo artigo 171º do Código Penal.

O abuso sexual de menor é uma forma de maus-tratos infantis, “*na sua forma mais carnal e sentida*”² com uma característica muito específica, a de se relacionar com a sexualidade e com a infância³. Apesar do reconhecimento da evidência de que é um tipo de maus-tratos infantis, o abuso sexual é também um crime de natureza sexual.

A vítima do abuso sexual é ofendida no seu supremo direito à integridade física e moral e vê comprometido o seu direito a um integral desenvolvimento físico, psicológico, afetivo e social, e ainda fica “*impedida no seu absoluto direito de viver como criança o tempo de ser criança*”⁴.

O abuso sexual representa um problema social fundamental, já que atenta contra a estabilidade social, ao promover e criar circuitos de violência que obstaculizam o livre desenvolvimento da criança. É um fenómeno que ultrapassa a vida privada das famílias, sendo um problema de saúde pública.

Pela dimensão social e por se tratar de vítimas especialmente vulneráveis, os crimes sexuais contra crianças têm uma grande repercussão na sociedade.

A mediatização de alguns casos veio demonstrar a amplitude de um vasto submundo, por vezes desconhecido da generalidade dos cidadãos, casos como o “*Affaire Dutroux*”, no qual o arguido Marc Dutroux foi condenado, em 2004, pelos crimes de rapto e violação de seis raparigas, bem como pelo homicídio de duas delas⁷; o processo “*Casa Pia*” em Portugal; ou a violação de Megan Kanka, por um condenado por abuso sexual de menor, que se encontrava em liberdade condicional, daí resultou na aprovação da chamada “*Megan’s Law*”, que tornou obrigatória a criação de um sistema de registo de condenados por crimes sexuais nos Estados

² Paulo Guerra in AAVV, *Abuso Sexual de Menores. Uma conversa sobre justiça entre o Direito e Psicologia*, Almedina, 2002, p. 39.

³ Marisalva Fávero, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Climpsi Editores, 2003, p. 21.

⁴ Paulo Guerra in AAVV, *Abuso Sexual de Menores...*, *op. cit.*, p. 30.

⁷ José Mouraz Lopes, Tiago Caiado Milheiro, *Crimes sexuais, Análise Substantiva e Processual*, 2015, p. 13.

Unidos da América, bem como a informação à comunidade de pessoas condenadas por crimes sexuais.

Esta mediatização também se deveu aos casos de desaparecimento de crianças que viriam mais tarde a ser reconhecidas em catálogos de pornografia, as “*agências de turismo onde se expõe, procura e vende o prazer sexual através da utilização de mulheres e crianças*”⁸. Assim como, a descoberta de crimes sexuais contra menores no âmbito das instituições religiosas ocorridos ao longo de muitos anos e só anos mais tarde chegam ao conhecimento público. Na Alemanha, em 2018, os bispos alemães tornaram público um relatório em que contabilizaram 3677 casos de abuso sexuais de crianças e jovens por parte de 1670 clérigos entre 1946 e 2014⁹. Também a divulgação de situações de violações e abusos sexuais entre familiares com grande violência e de longa duração, vieram demonstrar a amplitude desta criminalidade na atualidade e a preocupação que se deve ter para combater esta criminalidade.

Deste modo, a intervenção do direito penal justifica-se quando se lesam bens jurídicos fundamentais constitucionalmente consagrados, e terá de ser necessária e eficaz, isto significa que a intervenção penal só se justifica quando seja absolutamente essencial à sobrevivência da comunidade. Por esta razão, o Direito Penal constitui a *ultima ratio* da política social, tendo uma natureza subsidiária.

Os crimes sexuais, em especial o crime de abuso sexual de menores, nem sempre tiveram a sua atual reconfiguração.

Com a revisão do Código Penal de 1995, os crimes sexuais deixaram de ser vistos como crimes contra a coletividade e contra a honra da sociedade. Esse paradigma foi alterado e passou-se a entender que se trata de proibir, no caso do abuso sexual de menores, “*a prática de atos que condicionem a liberdade de escolha e exercício da sexualidade do menor num futuro próximo*”¹⁰.

Assim, chegou-se à conclusão de que o crime de abuso sexual de crianças protege bens jurídicos individuais, a liberdade sexual dos menores, dentro da qual se inclui a autodeterminação sexual.

⁸ *Idem*.

⁹ Europa Press in Publico, 4 julho de 2021, disponível em: <https://www.publico.pt/2021/06/04/mundo/noticia/arcebispo-muniquede-demitese-coresponsabilidade-catastrofe-abuso-sexual-igreja-1965267>

¹⁰ José Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal. Após a revisão de 1995*, Coimbra Editores, 1995, p. 57.

A liberdade sexual do menor é tutelada pelo Direito Penal, quando sanciona os atos sexuais praticados com a vítima, quando esta manifeste uma vontade viciada, porque condicionada por fatores externos de relevo e não controláveis pela mesma, que lhe são impostos por um terceiro que se encontra numa posição de autoridade ou temeridade face à vítima.

Por conseguinte, o objeto deste trabalho passa por fazer uma breve referência ao abuso sexual de menores, definindo o seu tipo legal, o bem jurídico tutelado e as suas implicações, bem como os problemas que este crime levanta e encontrar caminhos para delimitar o seu âmbito de aplicação.

1. Inserção dos Crimes Sexuais no Código Penal

Os crimes sexuais estão consagrados no Código Penal português, no Capítulo V, epígrafado de “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Por sua vez este capítulo é dividido em duas secções.

A Secção I, artigos 163º a 170º do CP, diz respeito aos crimes contra a liberdade sexual, enquanto a Secção II, artigos 171º a 176º do CP, consagra os crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual. A grande distinção entre as secções é o facto de a Secção I tutelar a liberdade e autodeterminação sexual de todos os indivíduos, independentemente da idade. Por sua vez, a Secção II protege comportamentos que, ou não seriam considerados como crime se praticados entre adultos, ou sendo-o, seriam dentro de limites menos amplos ou teriam menor gravidade¹¹.

A Secção II parte da ideia de que as crianças e adolescentes, pela sua vulnerabilidade, carecem de uma protecção acrescida no sentido de poderem desenvolver livremente a sua personalidade¹². Deste modo, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual surge associado ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, especialmente em matéria sexual. Tal concretiza-se na ideia de que o processo de descoberta sexual do menor decorra de forma natural e espontânea, sem pressas ou sobressaltos, e sem experiências traumáticas ou intromissões abruptas de

¹¹ Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte especial Tomo I*, Coimbra Editora, 2012, p. 832.

¹² Maria da Conceição Cunha in AA.VV, *Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, 2016, p. 146

adultos na sua esfera íntima, para evitar ulteriores traumas, e ficar coartado o futuro da criança¹³.

Portanto, esta secção tipifica comportamentos ao qual o menor deu o seu assentimento, ou seja, ao qual o menor não foi constrangido por meio de violência, ameaça grave ou qualquer outro meio compreendido no âmbito de aplicação do artigo 163º ou 164º do CP. Caso os comportamentos sejam dotados dos meios típicos de constrangimento para a prática do ato sexual, aplicar-se-ão os tipos legais previstos na Secção I, agravados em razão da idade, se a vítima for menor de 16 anos, nos termos do artigo 177º nº6 do CP, ou se a vítima for menor de 14 anos, nos termos do artigo 177º nº7 do CP.

Assim, a principal diferença das duas secções é o facto de a Secção I estarem previstos condutas sexuais marcadas pela utilização de meios de constrangimento e a vítima pode ser qualquer pessoa, independentemente da idade. Ao passo que, na Secção II os atos sexuais são conseguidos sem esses meios, mas pelo abuso, ou seja, exploração e aproveitamento da imaturidade do menor.

2. Conceito de Abuso Sexual

O conceito de abuso sexual é essencial para a delimitação do crime de abuso sexual de crianças, previsto no artigo 171º do CP.

O abuso sexual é definido como *“qualquer contacto ou interação entre uma criança e um adulto, quando a criança é usada para a satisfação sexual do abusador ou de outra pessoa. O abuso sexual pode ser cometido entre menores, desde que o agressor seja significativamente mais velho do que a vítima, ou quando está numa posição de poder ou controle sobre a outra criança”*¹⁴.

Na definição de abuso sexual de menores é importante considerar dois aspetos. O primeiro é que estamos perante uma situação de exploração sexual de um menor por alguém mais velho, não tendo o menor maturidade psicossocial para avaliar o acontecimento vivido, nem dar consentimento. O segundo aspeto é que para o conceito

¹³ Clara Sottomayor in AA.VV, *Cuidar da Justiça de Crianças e Joven. A função dos juízes sociais*, Almedina, 2003, p. 35.

¹⁴ National Center on Child Abuse and Neglect, citado por Isabel Alberto in AAVV, *Abuso sexual de menores...*, *op. cit.*, p. 37.

de abuso sexual de menores não releva o seu constrangimento à prática do ato, como acontece na coação sexual e violação¹⁵.

Portanto, o abuso sexual de menores divide-se em dois elementos: o elemento objetivo que se relaciona com a desigualdade que existe entre a vítima e o agente do crime; e o elemento subjetivo que se relaciona com o aproveitamento dessa desigualdade.

Quanto ao elemento objetivo, a situação de desigualdade pode existir por via de uma posição de autoridade ou relação de hierarquia, a existência de uma relação de dependência (família), a intimidação ambiental pelo mero facto de o abusador se tratar de um adulto e se criar uma predisposição e persuasão natural para a obediência. Quanto ao elemento subjetivo, o abuso pode ocorrer por via de intimidação, convencimento ou mero aproveitamento da incapacidade natural para a compreensão do ato ou para opor resistência ao mesmo¹⁶.

Neste sentido, o abuso sexual de menores pode ser definido como o *“aproveitamento de uma situação de desigualdade, sendo o menor utilizado como instrumento para a satisfação dos desejos do agente”*¹⁷.

O abuso sexual de menores pode ocorrer dentro da própria família da criança ou fora do seu meio familiar. Quando acontece dentro da sua família, geralmente perdura por um longo período, existindo uma relação de confiança entre o abusador e a vítima, ocorrendo, por vezes, com o conhecimento e aprovação ou cobertura de outros membros da família. Neste caso, a situação de abuso é difícil para a criança e para a família, e a denúncia do segredo do abuso sexual explicita a violência que ocorrer dentro do seio familiar¹⁸.

3. Explicação Psicológica dos Abusos Sexuais de Menores

É fundamental esclarecer que *nem todos os abusadores sexuais são pedófilos e nem todos os pedófilos são abusadores sexuais*.

¹⁵ Isabel Alberto in AAVV, Abuso sexual de menores..., *op. cit.*, p. 37.

¹⁶ Inês Ferreira Leite, *Pedofilia*, Almedina, 2004, p. 43

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Marisvalva Favero, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores...*, *op. cit.*, p. 23 e seguintes.

As doenças mentais são identificadas, classificadas e operacionalizadas no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, publicado pela Associação Psiquiátrica Americana.

Neste sentido, a pedofilia é caracterizada por anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos que envolvem objetos, atividades ou situações com crianças pré-púbere, durante um período de pelo menos seis meses¹⁹.

A pedofilia consiste na atração sexual de adultos por crianças, ou desejo sexual por crianças, sendo o pedófilo a pessoa que sente atração sexual por crianças. A pedofilia pode ser definida como uma parafilia, ou seja, um desvio de sexualidade, que leva o indivíduo a sentir-se sexualmente atraído por crianças de forma compulsiva e obsessiva²⁰.

Para além da pedofilia, as parafilias incluem o exibicionismo, que significa a exposição dos genitais a um estranho; o fetichismo, como sendo o uso sexual de objetos inanimados; o frotteurismo, ou seja, o tocar e esfregar-se numa pessoa sem o seu consentimento; o sadismo sexual, caracterizado como a excitação sexual ao infligir humilhação ou dor no outro; o travestismo fetichista, homens que sentem atração sexual ao vestir-se com roupas de mulher; o voyeurismo, sendo a observação de atividades sexuais ou nudez de desconhecidos²¹.

A pedofilia atualmente é definida com base em três critérios, o que significa que a pessoa precisa de apresentar os seguintes comportamentos. O primeiro critério é que o indivíduo, ao longo de um período mínimo de seis meses, apresentar fantasias sexualmente excitantes, recorrentes e intensas, impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual com uma, ou mais de uma, criança pré-púbere, geralmente com idade inferior a 13 anos. O segundo critério é o facto de as fantasias, impulsos sexuais ou comportamentos causam sofrimento clinicamente significativo ou ocupacional noutras áreas importantes da vida do indivíduo²². Por fim, o indivíduo tem de ter no mínimo 16 anos e ser pelo menos cinco anos mais velho do que a criança ou crianças pelas quais tem fantasias²³.

¹⁹ Manual Diagnóstico e estatístico de transtornos mentais, Associação Psiquiátrica Americana, p. 724, disponível em: http://dislex.co.pt/images/pdfs/DSM_V.pdf.

²⁰ *Idem*.

²¹ Lúcia Cavalcanti Williams, *Pedofilia. Identificar e prevenir*, Editora Brasiliense, 2012, p. 13.

²² *Idem*, p. 14.

²³ Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM-5, p. 724, disponível em: http://dislex.co.pt/images/pdfs/DSM_V.pdf.

O primeiro critério estabelece um período mínimo para a pedofilia ocorrer, identificando a faixa etária mínima do indivíduo que apresenta o problema e diferença de idades entre a criança. Esta conduta, por sua vez, deve causar sofrimento na vida da pessoa, quer do ponto de vista social ou profissional. O terceiro critério especifica a idade mínima e um critério para delimitar a diferença, de modo a excluir deste transtorno a atividade sexual entre adolescentes²⁴. O Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais recomenda que não se deva atribuir o diagnóstico de pedofilia a um indivíduo, na fase final da adolescência, que estiver num relacionamento com uma criança de 12 ou 13 anos de idade²⁵.

No plano jurídico penal, nem tudo o que poderíamos qualificar como pedofilia deverá ou poderá ser alvo de incriminação, isto porque na construção de um conceito penal de pedofilia devemos orientarmo-nos pelo princípio da intervenção mínima²⁶.

A função do direito penal não é a tutela da moral, ou o mero desejo sexual de um adulto por uma criança, ainda que seja expresso de alguma forma, não poderá ser sancionado criminalmente.

Se falamos de pedofilia e de práticas pedófilas estamos a pensar em condutas que: (i) tenham conotação sexual, podemos distinguir os meros maus tratos infantis das verdadeiras condutas pedófilas, embora ambas sejam uma forma de maltratar crianças; (ii) tenham por objeto crianças, incluindo tudo o que significa ser criança e não apenas a idade da vítima, mas também aspetos como a imaturidade física e psicológica própria de um ser no início do seu crescimento²⁷. Relativamente à idade, são consideradas crianças todos os menores de 14 anos, o que significa que existe uma compatibilidade com a idade fixada no crime de abuso sexual de menores.

A pedofilia consiste num desvio comportamental, pelo que os pedófilos veem os seus instintos sexuais estimulados pelas características físicas e psíquicas tipicamente infantis, que afastam o desejo sexual na esmagadora maioria dos adultos²⁸. Portanto, é caracterizada como sendo um transtorno sexual que tem como componente fantasias de cunho sexual específicas e intensas necessidades²⁹.

²⁴ Lúcia Cavalcanti Williams, *Pedofilia. Identificar e prevenir...ob. cit.*, p. 14.

²⁵ Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM-5, p. 724, disponível em: http://dislex.co.pt/images/pdfs/DSM_V.pdf.

²⁶ Inês Ferreira Leite, *Pedofilia... ob. cit.*, p. 13.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ Clayton da Silva Benzerra, Giovanni Celso Agnoletto, *Pedofilia. Repressão aos crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes*, Mallet Editora, 2017, p. 25.

Podemos entender que estamos perante casos de pedofilia se o adulto escolhe aquela vítima como objeto da sua agressão sexual, porque ela corresponde à imagem de uma criança e porque se trata de um ser especialmente vulnerável e relativamente acessível, sendo assim um alvo fácil.

Se a vítima, independentemente da idade, aparente já características de adulto, físicas e psicológicas, que são adequadas a provocar um desejo sexual normal, não estaremos perante uma verdadeira pedofilia, e sim uma agressão sexual ou abuso sexual, dependendo da idade da vítima³⁰.

Atualmente não existe cura para o transtorno pedófilo, no entanto, o tratamento é feito através de terapia cognitiva-comportamental para trabalhar e controlar as suas emoções e impulsos, e ajuda medicamentosa³⁵.

N opinião de Lúcia Cavalcanti Williams, a maioria das pessoas que já abusou sexualmente de crianças não apresenta o transtorno de pedofilia, o que significa que as preferências sexuais de tais abusadores envolvem adultos com maturidade física, sendo o comportamento abusivo resultante de outras razões motivacionais, como o álcool, drogas, privação sexual, problemas conjugais, impulsividade ou conveniência. Estes indivíduos são identificados como agressores “*situacionais*”³⁶.

As primeiras teorias utilizadas para explicar os comportamentos dos agressores sexuais de menores foram as teorias psicodinâmicas, que partem da premissa de que o adulto não tem segurança para se relacionar com outras pessoas adultas e que a agressão sexual se deve a conflitos internos não resolvidos³⁷. Dentro desta teoria, existem três perspectivas: a teoria de Freud, a teoria do Eu e a teoria da reconstrução do evento traumático. A teoria de Freud explica que as pessoas que preferem exclusivamente crianças como companheiros sexuais não chegaram a atingir um amadurecimento que permita uma relação com pessoas adultas. Por sua vez, a teoria do Eu pressupõe que os pedófilos não desenvolveram uma noção saudável do Eu, de tal modo que não têm uma noção clara de si mesmos, identificando-se, portanto, com as crianças³⁸. E a teoria da reconstrução do evento traumático, que explica que o

³⁰ Inês Ferreira Leite, *Pedofilia... ob. cit.*, p. 13.

³⁵ Lúcia Cavalcanti Williams, *Pedofilia. Identificar e prevenir*, Editora Brasiliense, 2012, p. 26.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Marisalva Favero, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores...*, *op. cit.*, p. 133.

³⁸ *Idem*.

adulto, vítima de abuso sexual na infância, agride outras crianças como forma de enfrentar os danos resultantes da sua experiência³⁹.

A segunda teoria é a teoria da aprendizagem social, o seu fundamento é o facto de o mais importante sistema de regulação do comportamento humano opera através de um processo mediador cognitivo interno, de modo que o ser humano aprende por observação de um modelo, não sendo necessário ter vivido a experiência de castigo ou reforço para aprender⁴⁰. No entanto, os agressores apresentam numerosas distorções cognitivas com respeito ao abuso sexual, à relação sexual com crianças e aos efeitos do abuso. Esta alteração da percepção faz com que os agressores interpretem como sexual qualquer manifestação de afeto da criança. A aprendizagem do agressor começa quando inicia as suas primeiras interações sexuais, e o que explica a sua aprendizagem é o condicionalismo proporcionado pelo corpo da vítima, e ao ser exposto o agente, ele próprio a abusos quando era criança, aprende que as relações entre crianças e adultos são apropriadas. Neste sentido, o abuso pode ser explicado por existir uma história de vitimização em agressores sexuais, a maioria dos agressores foram vítimas de abusos, mas a maior parte das vítimas não se tornaram agressores⁴¹.

A terceira maior teoria explicativa do comportamento do agressor é a teoria psicofisiológica, trata-se de encontrar explicações de ordem biológica para o comportamento do agressor. Os defensores desta teoria sugerem que o agressor não pode controlar os seus impulsos sexuais pedófilos, porque possui perturbações intelectuais. De acordo com esta teoria, o fator biológico mais importante para explicar a pedofilia é o sexo do agressor, apoiando-se no facto de que a maioria dos agressores são homens, esta teoria sugere que existem alguns fatores biológicos determinantes da pedofilia⁴².

A teoria seguinte é a teoria sociológica que explica que o interesse sexual de adultos por crianças é explicado pelo fenómeno do pequeno poder, considera que a agressão sexual de crianças não é consequência de atributos pessoais negativos, mas de natureza social. Nesta perspetiva, na sociedade ocidental podemos considerar que

³⁹ Vitor Moita, *Identidade, identificação e delinquência, contributos para uma compreensão psicológica e clínica da agressão e do comportamento delinquente. Infância e Juventude*, nºespecial, 1991, p. 201- 228.

⁴⁰ Ellen D. Gagne, *La psicologia cognitiva del aprendizaje escolar*, Editora Visor, 1991, p. 100.

⁴¹ Marisálva Favero, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores...*, op. cit., p. 137.

⁴² *Idem*.

estão presentes três princípios estruturadores das relações sociais: a dominação-subordinação das classes subalternas pelas classes dominantes; o patriarcado, que legitima a assimetria das relações de género, neste caso, a subordinação das mulheres aos homens; e o racismo, que permite que o branco determine o lugar de outras raças na estrutura social. Existe na hierarquia um quarto sistema, que é o de adulto, há uma hierarquia na qual se espera que o adulto socialize a criança, a criança está, portanto, na escala inferior da hierarquia de poder. Esta teoria conclui que os agressores são na maioria homens e a vitimização sexual é um fenómeno que se situa em todas as classes sociais, ignora fronteiras económicas e sociais de modo que corta verticalmente a sociedade⁴³.

Por fim, a teoria feminista, que se ocupa basicamente de agressores homens, dado que segundo os defensores desta teoria, se encontra na supremacia masculina e na desigualdade de poder das mulheres a explicação para a existência dos abusos sexuais, que consideram que o abuso sexual e o incesto são manifestações mais do exercício de poder, a violência masculina e patriarcal, que considera as crianças e as mulheres como propriedade a seu serviço⁴⁴. Nesta linha, mais do que a estrutura familiar, está a estrutura social que permite que o pai explore as suas filhas⁴⁵.

4. Bem Jurídico

No Código Penal de 1982, os crimes sexuais estavam inseridos no capítulo “*dos crimes contra os fundamentos éticos-sociais da vida social*”, por sua vez inserto no título “*dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*”⁴⁶.

Os crimes sexuais que estavam consagrados no Código Penal de 1982 eram os seguintes: o crime de violação, tráfico de pessoas, estupro, atentado ao pudor, homossexualidade com menores, ultraje ao pudor de outrem, inseminação artificial e lenocínio.

O legislador de 1982 incluiu este conjunto de crimes na secção expressamente designado de “*crimes sexuais*”.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*, p. 140.

⁴⁶ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, p. 31.

No primeiro projeto apresentado pelo Professor Eduardo Correia, cuja versão foi publicada em 1966, tal conjunto de crimes constituía o título “*Crimes contra os costumes*”⁴⁷.

Contudo, no Código de 1982 foi ultrapassado o conceito de “*crimes contra a honestidade*”, a que se referia o Código Penal de 1886, quer na redefinição do bem jurídico protegido por tais crimes, quer na eliminação de algumas condutas que até aí eram criminalmente punidas. No entanto, a concretização do verdadeiro bem jurídico protegido pelos crimes em causa – a liberdade sexual -não foi assumida pelo Código de 1982⁴⁸.

Isto porque o capítulo de crimes sexuais incluía os crimes de atentado ao pudor, ultraje público ao pudor e ultraje ao pudor de outrem, sendo a concretização do “*pudor*”, interpretada com recurso a valorações morais⁴⁹.

A revisão do Código Penal de 1995 alterou o paradigma, o bem jurídico consagrado pelos crimes sexuais consagrados passou a ser a liberdade e a autodeterminação sexual.

Deste modo, surge o capítulo V, que estabelece os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, onde são consagrados os crimes de violação, lenocínio, procriação artificial não consentida, estupro, e surgem novos tipos de crimes como a coação sexual, a fraude sexual, e eliminados os crimes de atentado ao pudor, ultraje ao pudor de outrem.

O capítulo é dividido em duas subdivisões: os crimes contra a liberdade sexual e crimes contra a autodeterminação sexual.

Assim, é a liberdade sexual ou a vontade do individuo na esfera sexual que importa tutelar e salvaguardar com os tipos de crime em causa⁵⁰.

Por conseguinte, no subtítulo I, criminalizam-se condutas que atentam gravemente contra a liberdade do sujeito, através da sua indução em erro (fraude sexual), através de coação grave ou violência (violação, coação sexual e procriação sexual não consentida), através do aproveitamento da situação de incapacidade do sujeito de dar o seu consentimento ou ser coagido para tal (abuso sexual de pessoa incapaz ou internada, tráfico de pessoas e lenocínio), e ainda aquelas condutas que

⁴⁷ José Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal. Após a revisão de 1995....op.cit.*, p. 57.

⁴⁸ *Idem*, p. 12.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*, p. 13.

implicam desprezo pela vontade do sujeito que é contrária à ingerência de um terceiro na sua esfera sexual (atos exibicionistas).

No subtítulo II, dos crimes contra a autodeterminação sexual, são integrados os crimes de abuso sexual de crianças, abuso sexual de adolescentes e dependentes, estupro, atos homossexuais com menores e lenocínio de menores.

Através desta criminalização, o objetivo não será tutelar um padrão de comportamentos sexuais ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas em particular, mas sim tutelar e proteger uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autónoma dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de ações sexuais bilaterais⁵¹.

Com a proteção do bem jurídico, a liberdade sexual, reconhece-se o direito à sexualidade como direito a proteger e tutelar, mas também o direito à proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, que, pelas suas características carece de tutela jurídica⁵².

A revisão do Código Penal de 1995 acabou com as referências a qualquer índole moral. E por isso, a concretização normativa do tipo de ilícito de abuso sexual de menores ou dos restantes crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual não pode ter qualquer conotação ou configuração de índole moral. Tal deve-se ao facto de o direito penal ter de manter distâncias em relação aos programas de ética sexual, qualquer que seja a sua orientação.

Esta revisão limitou a intervenção penal aos casos em que a dignidade e necessidade dessa aplicação de *ultima ratio* fossem evidentes, bem como o valor da adequação social passou a ser avaliado pela ofensa que causasse à liberdade sexual da vítima e não por referência à mora ou ao pudor público. Na prática, por via desta alteração do bem jurídico, deixou-se de punir a conduta que, atentatória da moral ou do pudor público, não consubstanciasse uma ofensa relevante à liberdade sexual do sujeito⁵³.

Nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual unicamente estão em causa bens individuais e não bens supra individuais da comunidade ou do Estado⁵⁴.

⁵¹ *Idem*, p. 14

⁵² Ana Rita Alfaiata, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 36.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Manuel Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 391 e seguintes.

Portanto, é a liberdade sexual de um indivíduo que está em causa e que é tutelada e não a liberdade sexual de uma comunidade⁵⁵.

A liberdade sexual, enquanto bem jurídico penal, tem uma natureza complexa podendo ser decomposto numa dupla vertente. É possível identificar uma vertente negativamente estática, defensiva, 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 uma vertente positiva e dinâmica, traduzida na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade⁵⁶.

Cabe ao Estado, coativamente, a proteção contra as ofensas de terceiros à liberdade dos seus cidadãos, e por isso, tutelar a vertente negativa da liberdade sexual. Deste modo, a partir do momento em que a vertente positiva da liberdade sexual do menor se desenvolve, é necessário pensar o crime sexual de modo a que, se puna apenas as condutas sexuais importadas por terceiros, e não se fale em perigo à liberdade do menor para assumir comportamentos sexuais por sua livre e séria vontade⁵⁷.

No abuso sexual de menores é importante analisar se o bem jurídico protegido difere da liberdade sexual.

Parte da doutrina, tem defendido que nos crimes sexuais contra menores, o bem jurídico tutelado é não só a liberdade sexual, mas também a autodeterminação sexual.

Neste sentido, entendem que a liberdade sexual é a liberdade de ação na esfera da sexualidade, a livre, esclarecida e consciente decisão de fazer o que se quer, por que se quer e com quem se quer, conservando um domínio suficiente para lhe pôr fim quando deixe de corresponder à vontade individual; por sua vez, a autodeterminação sexual é entendida como a aptidão para formar livremente a vontade e para compreender a sua natureza, significado, implicações e alcance do ato sexual⁵⁸.

Consequentemente, sustentam que o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais, até atingir um certo grau de desenvolvimento, determinado por limites etários⁵⁹. Até ao extremo de

⁵⁵ José Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Após a revisão de 1995...op.cit.*, p. 15.

⁵⁶ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 86.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ João de Matos-Cruz Praia, *O crime de Abuso sexual de Crianças*, Almedina, 2020, p. 50.

⁵⁹ Manuel Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal...op.cit.*, p. 396.

falarem numa obrigação de castidade e virgindade quando estejam em causa menores, seja de que sexo forem⁶⁰.

Destarte, esta parte da doutrina defende que o tipo penal do abuso sexual de menores pretende preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e os jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade do ponto de vista sexual⁶¹.

A jurisprudência tem considerado que “*o bem protegido pela incriminação do abuso sexual de menores é o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual*”⁶² e 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, que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual*”⁶³.

No sentido oposto, sustenta-se que os crimes sexuais previstos no Código Penal sob a designação de crimes contra a autodeterminação sexual são crimes contra a liberdade individual do menor, ou seja, contra a sua liberdade sexual. O bem jurídico protegido deve considerar-se uma concretização do bem jurídico, liberdade sexual em sentido amplo, este bem jurídico não sofre limitações em função da idade do seu titular, embora se concretize de diferentes formas. Assim, no conceito de liberdade sexual cabe a liberdade sexual protegida pelas incriminações dos artigos da Secção I do Capítulo V do Código Penal, a autodeterminação sexual e ainda, para os menores sem capacidade sequer para se autodeterminarem sexualmente, o seu direito a um livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual⁶⁶.

Nesta perspetiva, a autodeterminação sexual e o livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual encontram-se dentro da liberdade sexual. A liberdade sexual é considerada como um estado e a autodeterminação o caminho ao qual estão subjacentes, a inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade e a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade; o que

⁶⁰ José Mouraz Lopes, Tiago Caiado Milheiro, *Crimes sexuais, Análise Substantiva e Processual*, 2015, p. 141.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Ac. do TRE, de 06-14-2018, Processo nº 95/16.5T9MMN.E1, Relator António João Latas.

⁶³ Ac. do STJ, de 12-11-2014, Processo n.º 1287/08.6JDLSB.LI.SI, Relator Santos Cabral.

⁶⁶ Ana Rita Alfaiata, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 90.

significa que a autodeterminação é o processo de formação de uma vontade livre, esclarecida e autêntica, sendo parte da liberdade⁶⁸.

Tendo, pessoalmente, a concordar com esta última posição, isto porque o conceito de autodeterminação não pode ser separado da liberdade, sendo a autodeterminação uma das concretizações da liberdade em sentido amplo.

A partir dos catorze anos poderá falar-se em autodeterminação sexual, abaixo desta idade não é unânime o reconhecimento de algum valor à vontade do menor, tendo em conta a necessidade da sua proteção tendencialmente absoluta. Estamos perante um limite, no qual se estabelece uma linha abstrata que distingue o momento em que a liberdade sexual do menor se poderá realizar em ordem ao seu desenvolvimento livre em matéria sexual e em que se poder falar na sua autodeterminação sexual⁶⁹.

O Código Penal não reconhece de forma explícita a capacidade do menor de catorze anos para se determinar positivamente em matéria sexual. Contudo, até aos catorze anos a proteção da liberdade sexual do menor, tendo em vista o seu livre desenvolvimento e a preparação e amadurecimento da sua autodeterminação, não excluem a atividade sexual⁷⁰.

Tal deve-se porque nem todas as condutas sexuais praticadas por menores de catorze anos põem de algum modo em perigo o seu livre desenvolvimento ao nível sexual, e porque os catorze anos são apenas um critério, pelo que atendendo à conduta em causa importa avaliar o grau de lesão e a capacidade do menor para, mesmo antes daquela idade, acordar nela⁷¹.

Deste modo, o direito penal tutela a liberdade sexual quando sanciona os atos sexuais praticados com a vítima, quando esta manifeste uma vontade viciada, porque condicionada por fatores externos de relevo e não controláveis pela mesma, que lhe são impostos por um terceiro que se encontra numa posição de autoridade ou temeridade face à vítima.

Neste enquadramento, o bem jurídico protegido pelo crime de abuso sexual de crianças é a liberdade sexual, sendo por isso reconhecida aos menores de 14 anos a mesma liberdade sexual que é reconhecida aos maiores de 14 anos. A especificidade

⁶⁸ Inês Ferreira Leite, *A tutela penal da liberdade sexual* in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, 2011, p. 6 e 7.

⁶⁹ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 90.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ Inês Ferreira Leite, *Pedofilia...ob.cit.*, p. 36.

é o facto de as crianças serem mais frágeis e vulneráveis a influências negativas, ser criança implica crescimento e desenvolvimento da personalidade e criar uma vontade individual. O direito penal intervém ao tutelar a liberdade sexual e protegendo o processo de desenvolvimento pessoal da criança para que decorra de forma natural e sem influências perturbadoras ou traumatizantes para o menor. Logo, o que se pretende preservar é desenvolvimento dos menores à margem de perturbações ou traumas relacionados com a sexualidade⁷².

5. Conceito de ato sexual de relevo

À luz do artigo 171º nº1 do CP “*quem praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos*”.

O conceito de “ato sexual de relevo” é um elemento central do tipo objetivo do crime de abuso sexual de menores. Este é um elemento importante na delimitação típica do crime, trata-se de compreender quanto ao conteúdo da ação, que tipo de ações são consideradas como abusivas para a liberdade sexual dos menores.

O “ato sexual de relevo” foi introduzido no Código Penal português quando da revisão operada pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, que deixou de considerar os crimes sexuais como “*crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*” e passou a considerar como “*crimes contra as pessoas*”. No âmbito desta revisão foram eliminadas todas as referências a atentado ao pudor, legalmente definido como “*o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um ato que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual*” ou ultraje público ao pudor, definido por lei como “*ato gravemente ofensivo do sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual*”.

Assim, do conceito de ato sexual de relevo está excluída qualquer conotação moralista, uma vez que o crime de abuso sexual de menores protege bens jurídicos pessoais e não uma qualquer conceção de moralidade sexual⁷⁴. Isto significa que qualquer interpretação de “ato sexual de relevo” tem de depender da sua ofensividade à liberdade

⁷² João de Matos-Cruz Praia, *O crime de Abuso sexual de Crianças...op.cit.*, p. 50.

⁷⁴ Rui do Carmo in AAVV, *Abuso Sexual de Menores. Uma conversa sobre justiça entre o Direito e Psicologia...ob. cit.*, p. 34.

sexual e não das concepções morais associadas à sexualidade, pelo que o ato sexual de relevo será aquele que contende de forma grave com a liberdade sexual de uma pessoa⁷⁵.

Existem duas interpretações para a definição do conceito de “ato sexual de relevo”. A primeira é uma interpretação objetiva, segundo a qual constitui ato sexual típico aquele que, atenta a sua manifestação externa e de forma objetiva releva uma conexão com a sexualidade, releva apenas à expressão externa do ato. A segunda é uma interpretação subjetiva, ou seja, o ato é sexual quando tem por objeto o sexo humano e envolve o próprio corpo ou o de outrem, nesta perspetiva integram todas as ações que de acordo com a sua aparência externa permitem reconhecer a sua relação com o sexo. O que significa que, para além da expressão externa do ato, é necessário o elemento interior, isto é, a tendência sexual do agente que deve estar consciente dessa relação⁷⁶.

A maioria da doutrina defende a interpretação objetiva do conceito, não assumindo, para a sua verificação a necessidade de intenção libidínica do agente⁷⁷. Portanto, o ato sexual de relevo será “*todo aquele que, de um ponto de vista predominantemente objetivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade e com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica*”⁷⁸.

Destarte, “ato sexual de relevo” é uma conduta com conotação sexual objetiva e que seja apta a colocar, de modo grave, a liberdade ou autodeterminação sexual, sendo irrelevante se a conduta foi acompanhada da intenção do agente de satisfazer os seus instintos sexuais⁸⁰. Por conseguinte, não é adequado fazer depender o conceito de ato sexual a partir da motivação do agente, já que para as crianças será indiferente se o agente tem ou não motivação específica quanto à agressão sexual a que são sujeitas.

A lei ao exigir que o ato seja “de relevo” determinou que o mesmo se deve revestir de alguma gravidade, e terá pretendido excluir do tipo aqueles atos que não representem uma restrição significativa da liberdade sexual da vítima⁸¹. Podem ser definidos como toda a conduta que ofenda bens jurídicos fundamentais ou valores essenciais das pessoas quanto à sua livre expressão do sexo. A conduta terá de ser intensa, objetivamente grave

⁷⁵ Inês Leite Ferreira, , *A tutela penal da liberdade sexual...ob.cit.*, p. 25.

⁷⁶ Miguez Garcia, J.M. Castela Rio, *Código penal anotado Parte Geral e parte especial*, Almedina, 2018, p. 773.

⁷⁷ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 37.

⁷⁸ Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbrece do Código Penal...ob.cit.*, p. 447.

⁸⁰ Inês Ferreira Leite, *Tutela penal da liberdade sexual...ob.cit.*, p. 25.

⁸¹ *Idem*, p.78.

e traduzir intuítos e desígnios sexuais que sejam atentatórios da liberdade sexual e autodeterminação da vítima⁸².

Este critério delimitador do tipo compreende uma função negativa de exclusão da tipicidade das condutas bagatelares ou insignificantes e uma função positiva, de exigência de averiguação do seu relevo em face do bem jurídico, a liberdade sexual⁸³.

Não é qualquer ato de natureza, conteúdo ou significado sexual que se integra no conceito de “ato sexual de relevo”, estão excluídos os atos que não representam entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima, como os atos que, embora “*significantes e pesados, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalidade ou instantaneidade, não entrem de forma importante a livre determinação sexual da vítima*”⁸⁴.

O “ato sexual de relevo” é, pois, um ato de natureza, conteúdo ou significado sexual que se opõe, com importância, com a liberdade ou autodeterminação sexual de quem o sofre ou pratica⁸⁵. Por vezes, a sua caracterização é clara, noutras casos exige uma cuidada ponderação da situação concreta, sendo impossível fazer uma lista das condutas que podem integrar a noção de ato sexual de relevo ou de encontrar uma matriz que permitisse aferir a sua ocorrência ou não⁸⁶.

A jurisprudência tem tido um papel importante na concretização deste conceito.

O Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 1.13.2016, considerou que “ato sexual de relevo” será todo aquele comportamento que “*de um ponto de vista essencialmente objetivo pode ser reconhecido por um observador comum como possuindo carácter sexual e que em face da espécie, intensidade ou duração ofende em elevado grau a liberdade de determinação sexual da vítima*”.

No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que “*ato sexual de relevo é um comportamento ativo, o qual objetivamente considerado assume uma natureza, um conteúdo e um significado diretamente relacionado com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de autodeterminação sexual de quem a sofre ou pratica*”⁹⁰.

⁸²Miguez Garcia, J.M. Castela Rio, *Código penal...*, op. cit., p. 778.

⁸³Ana Rita Alfaita, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 38.

⁸⁴Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbre do Código Penal...ob.cit.*, p.448.

⁸⁵Rui do Carmo in AAVV, *Abuso Sexual de Menores. Uma conversa sobre justiça entre o Direito e Psicologia...ob. cit.*, p. 35.

⁸⁶*Idem*.

⁹⁰Ac. TRL de 15-05-2014, Processo 362/09.4GDSNT.L1-9, Relatora Filipa Costa Lourenço.

Alguns exemplos de condutas que preenchem o conceito de ato sexual de relevo, de acordo com a jurisprudência: *“a conduta do pai que, entrando no quarto da filha, entra na cama desta e tirando-lhe as calças do pijama, começa a apalpar os seios, as nádegas e a vagina enquanto perguntava – “Queres?” e tentava introduzir o pénis na sua vagina, o que não conseguiu porque a ofendida disse repetidamente que não, fez força e conseguiu fugir”*⁹¹; o *“ato de acariciar as costas do menor, passando a mão no pescoço, costas e coxas, deslocando a extremidade dos dedos da mão para o interior das mesmas”*⁹³; o comportamento do arguido de acariciar com a sua mão e exercer pressão sobre uma das mamas de uma menor do sexo feminino de 11 anos de idade⁹⁴; a conduta do arguido *“em despir a sua filha até ficar de cuecas, colocando-se de joelhos sobre a sua cama, debruçada para a frente e colocando-se em pé atrás dela esfregando o seu pénis no rabo da menor”*⁹⁵; e por último exemplo a conduta do arguido que ordena uma menor de 6 anos de idade que *“baixe as cuequinhas e outra eventual peça de roupa que tivesse vestida por cima das mesmas, ficando nua da cintura para cima, e sem tirar a roupa, se aproxima desta, flete as pernas encosta a sua cintura e barriga à barriga dela, simulando a prática de uma relação sexual”*⁹⁶.

É importante analisar a questão controversa do ato de *“beijar a boca do menor”* se preenche o conceito de *“ato sexual de relevo”*.

O Tribunal da Relação do Porto defendeu que o ato sexual de relevo não é dado pela lei, e por isso pode ser entendido como o todo o ato que viole intensamente a liberdade de expresso sexual da vítima, e constitua uma *“ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito passivo e invada, de uma maneira objetivamente significativa, aquilo que constitui a reserva pessoal, o património íntimo, que, no domínio da sexualidade, é apanágio de todo o ser humano”*. Mais, o ato sexual de relevo é aquele que, não sendo de cópula ou de coito anal, deve estar relacionado como sexo, e perturbar seriamente a autodeterminação sexual de uma criança e, objetivamente, ocasione, pelo menos, tanto ou mais perturbação que o ato exibicionista. Relativamente aos beijos e as carícias, o Tribunal entendeu que podem constituir ato sexual de relevo, desde que realizados nas *“zonas erógenas do corpo, objetivamente conotados com a sexualidade das pessoas, ou quando praticados como preliminares de outros atos sexuais típicos,*

⁹¹ Ac. do TRC, de 24-04-2013.

⁹³ Ac. do TRC, de 02-04-2014.

⁹⁴ Ac. TRL de 15-05-2014, Relatora Filipa Costa Lourenço, processo 362/09.4GDSNT.L1-9.

⁹⁵ Ac. do STJ de 5/7/2007, Relator Simas Santos.

⁹⁶ Ac. do TRC de 21-03-2012, Processo 490/09.6JAAVR.C1, Relator Alice Santos.

como a cópula ou o coito anal, ainda que estes não tenham chegado a realizar-se". Por isso, concluiu que quando se trata apenas de *"beijos na boca e carícias não concretizadas, sem esclarecer se os beijos eram curtos ou prolongados, se se limitarem a mero toque dos lábios ou eram acompanhados de contacto das línguas, e se as carícias foram realizadas em algumas partes erógenas do corpo, tais como órgãos genitais, púbis, peitos, ou se limitarem a meros toques nas costas, como diz o arguido que aconteceu"*, tal não pode concluir-se pela existência de "ato sexual de relevo"⁹⁷.

Portanto, de acordo com este acórdão do Tribunal da Relação do Porto, a qualificação de um beijo na boca como "ato sexual de relevo" dependerá da sua intensidade e duração.

Por sua vez, o Tribunal da Relação de Coimbra considerou os "beijos na boca" como ato sexual de relevo, no entanto esse ato estava associado a outros de gravidade inequivocamente maior⁹⁹. Na situação em apreço, o arguido *"friccionou com as mãos as zonas genitais da menina, tentou colocar os seus dedos na sua vagina"* e deu um beijo na sua boca. O Tribunal entendeu que "ato sexual de relevo" é vulgarmente designado por *"preliminares da cópula"*, e por isso, são atos de natureza sexual.

No mesmo sentido, o Tribunal da Relação de Coimbra entendeu que o beijo na boca e acompanhado de um abraço constitui ato sexual de relevo, uma vez que não se trata de *"um anódino beijo de cumprimento, mas sim de um beijo típico de namorado que, por isso, tem um certo cariz sexual"*¹⁰⁰. No caso concreto, o arguido classificava a sua relação com a menor como sendo de namoro, levou-a a entregar-lhe fotografias exibindo o seu corpo nu, mostrou-lhe o pénis e levou-a a tocar-lhe quando se encontrava ereto. Pelas características do beijo em causa, o Tribunal conclui que se trata de um ato sexual de relevo praticado com a menor, que prejudica *"o direito ao desenvolvimento são e sem constrangimentos da sua personalidade, na vertente da sexualidade"*.

Deste modo, estes dois últimos acórdãos entendem que o "beijo na boca" de uma menor preenche o conceito de ato sexual de relevo, desde que acompanhado de outros atos sexuais de gravidade maior.

Por último, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre esta questão e considerou que o "ato sexual de relevo" é um conceito indeterminado, que confere alguma *"margem de apreciação aos julgadores, em função das realidades sociais, das conceções*

⁹⁷ Ac. TRP de 21-06-2006, Processo RP200606210610510, Relator Guerra Banha.

⁹⁹ Ac. TRC de 9-07-2008, Processo 28/06.7JACBR.C1, Relatado por Luís Ramos.

¹⁰⁰ Ac. TRC de 24-04-2018, Processo 364/12.3JALRA.C2, Relator Jorge França

reinantes e da própria evolução dos costumes, mas não deixa de cobrir as hipóteses de atos graves, nomeadamente aqueles que atentam com os normais sentimentos de pudor dos ofendidos, intoleráveis numa sociedade civilizada". Neste sentido, o Tribunal distinguiu duas condutas do arguido, a primeira foi um beijo na boca entre o arguido e a menor, e a segunda foi a troca de beijos na boca e carícias entre o arguido e a menor. Quanto à primeira conduta, o Tribunal concluiu que o mero beijo na boca desacompanhado de quaisquer outros pormenores, não reveste, por si só, a relevância necessária para o preenchimento do conceito de ato sexual de relevo, e por isso não preenche o tipo. Já a segunda conduta, para o Tribunal reveste relevância, uma vez que existe interação entre o arguido e a menor.

De acordo com a posição deste Tribunal, *"é perante o caso concreto que se determinará se o ato é de relevo, pela intensidade objetiva e capacidade de concretização de intuítos e desígnios sexuais visivelmente atentatórios da autodeterminação sexual"*.

Através desta análise é possível concluir que, na averiguação do "ato sexual de relevo" no caso concreto deve-se ter em consideração o carácter objetivo do ato, a sua adequação social, o seu reflexo sobre a vítima, no fundo, averiguar se foi ou não, na situação concreta, violado o bem jurídico protegido pela norma¹⁰⁴. Tal significa que é necessário analisar melhor o conceito de abuso sexual do que aquele que está consagrado na lei penal, para a podermos aplicar corretamente.

6. Natureza jurídica do crime

Em qualquer tipo de ilícito objetivo há sempre um conjunto de elementos que devem ser identificados para possamos entender que se trata de um facto punível. O tipo objetivo do ilícito inclui os elementos referentes ao autor, à conduta e ao bem jurídico.

Quanto à conduta típica existem vários problemas que se levantam. Desde logo, é neste campo que cabe determinar quais as ações penalmente relevantes, excluindo as ações jurídico penalmente irrelevantes.

Neste âmbito, é necessário distinguir entre tipos cuja consumação pressupõe a produção de um resultado e tipos em que para a consumação é suficiente a mera ação. O que significa distinguir os crimes de resultado dos crimes de crimes de mera atividade.

¹⁰⁴ Rui do Carmo in AAVV, *Abuso Sexual de Menores. Uma conversa sobre justiça entre o Direito e Psicologia...ob. cit.*, p. 35.

Os crimes de resultado, na forma de comissão por ação, o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da atividade do agente. Nestes crimes “*só há consumação quando se verifica uma alteração externa espaço-temporal distinta da conduta*”¹⁰⁵. Tal significa que o tipo de ilícito pressupõe sempre a produção de uma consequência ou resultado e que por norma esse resultado tem associado uma alteração espaço temporalmente distinta. Como exemplo temos o crime de homicídio (artigo 131º do CP) e o crime de burla (artigo 217º do CP), cuja consumação só se verifica com a morte da pessoa ou com o prejuízo patrimonial.

Os crimes de mera atividade, o tipo incriminador apenas através da mera execução de um determinado comportamento¹⁰⁶. Como exemplo temos o crime de ofensa à integridade física simples (artigo 143º do CP) e a difamação (artigo 180º do CP).

Por conseguinte, é essencial fazer menção que esta distinção é a mesma que se leva a cabo quando se distingue crimes materiais e crimes formais. No primeiro, são crimes que, segundo o tipo desenhado na lei, pressupõem a verificação de um certo resultado para se poder dizer que se consumou aquele crime, e o segundo, são crimes que basta a atuação do agente para o crime se consumir¹⁰⁷.

No conspecto do crime de abuso sexual de crianças, este é um crime de mera atividade, uma vez que o tipo incriminador verifica-se apenas com a mera execução de um determinado comportamento, não sendo necessário que se verifique nenhuma alteração que seja temporalmente distinta do comportamento do agente para que o tipo de ilícito se encontre preenchido. No caso de resultante do abuso se verificar um resultado posterior, como gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie para a vida, suicídio ou morte da vítima, isto não se relaciona com a conduta, para efeitos de preenchimento do tipo do artigo 171º do CP, mas sim terá efeito como agravante do ilícito, nos termos do artigo 177º do CP.

Ainda relativamente à conduta importa distinguir os crimes de execução livre e de execução vinculada. Nos crimes de execução vinculada, o modo de ação e execução vem descrito no tipo, enquanto que nos crimes de execução livre esse modo não assume qualquer relevância¹⁰⁸. O crime de abuso sexual de menores do artigo 171º nº1 do CP é um crime de execução livre, pois ao tipo é indiferente a forma como o crime é consumado,

¹⁰⁵ Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbrece do Código Penal...ob.cit.*, p. 306.

¹⁰⁶ Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa*, Universidade Católica Editora, 2015, p. 68.

¹⁰⁷ Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal 2º volume*, aafdl, 1993, p. 126.

¹⁰⁸ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral Tomo I...ob.cit.*, p. 308.

já o abuso sexual agravado, artigo 171º n.º2 do CP, é um crime de execução vinculada, só comete o crime “*se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito roal ou introdução vaginal ou anal de parte do corpo ou objetos*”.

Relativamente ao bem jurídico, definido como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso¹⁰⁹. O bem jurídico é diferente do objeto da ação, no caso do crime de abuso sexual de menores, o bem jurídico é a liberdade sexual e o objeto da ação é o menor. Assim, o objeto da ação aparece como uma manifestação real do bem jurídico, é a realidade que se projeta a partir do bem jurídico e que é ameaçada ou lesada com a prática do crime.

Quanto à forma como o bem jurídico é posto em causa pelo comportamento do agente, podemos distinguir entre crimes de dano e crimes de perigo. Neste caso, o critério da distinção já não é a existência ou não de um resultado como elemento do facto típico, mas é o tipo de atuação do agente sobre o bem jurídico em causa, em termos de lesão efetiva desse bem ou de mero perigo dessa lesão¹¹⁰.

Nos crimes de dano a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva do bem jurídico. Nos crimes de perigo a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico¹¹¹.

No que concerne aos crimes de perigo, distingue-se entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Nos crimes de perigo concreto, o perigo faz parte do tipo, ou seja, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha sido efetivamente posto em perigo, o perigo é individualizado sobre uma pessoa concreta¹¹². Nos crimes de perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição¹¹³.

Nos crimes de perigo abstrato são tipificados comportamentos em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto. Portanto, estamos perante uma presunção inilidível de perigo, logo, a conduta do autor será punida independentemente de ter criado ou não uma lesão efetiva para o bem jurídico¹¹⁴.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 308.

¹¹⁰ Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal 2º volume...ob. cit.*, p. 127.

¹¹¹ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral Tomo I...ob.cit.*, p. 309.

¹¹² Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal 2º volume...ob. cit.*, p. 127.

¹¹³ Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral Tomo I...ob.cit.*, p. 309.

¹¹⁴ *Idem*.

Embora a classificação de crimes de resultado/crimes de mera atividade e crimes de dano/crimes de perigo tenham por base critérios próximos, elas não coincidem.

Neste sentido, é pertinente fazer uma distinção entre o significado de dano e o significado de resultado. O resultado, como suprarreferido, é a exigência de produção de um evento como consequência da atividade do agente, e só se verifica a consumação do ilícito típico com a verificação desse resultado. O dano é analisado na perspectiva do bem jurídico, e o que se exige é que o comportamento do agente tenha como consequência a lesão efetiva do bem jurídico da vítima.

Ora, no crime de abuso sexual de menores a maioria da doutrina considera que o crime de abuso sexual é um crime de perigo abstrato. Para tal, sustentam que este crime, como consagrado na lei, não exige uma lesão efetiva ou dano efetivo para o desenvolvimento livre, físico e psíquico, bastando, para que se viole a autodeterminação sexual, a simples potencialidade do facto, o perigo não é elemento do tipo, mas apenas motivo da proibição¹¹⁶.

Mais, defendem que o crime de abuso sexual de crianças assenta em duas presunções inilidíveis: (i) o facto de os menores de 14 anos serem incapazes de se autodeterminarem sexualmente; e (ii) todas as ações sexuais com menores de 14 anos prejudicam o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual. Estas presunções assentam numa consideração estatística a partir das regras da experiência¹¹⁷. Por isso, concluem que o crime é de perigo abstrato, pelo que pode verificar-se mesmo que não haja um perigo concreto para o correto desenvolvimento fisiológico ou psíquico do menor¹¹⁸.

Esta posição corroborada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, “*tendo em conta que poderá ou não se verificar a lesão efetiva para o desenvolvimento físico ou psíquico do menor, sem que isso retire o desvalor da conduta típica ou afaste a ilicitude do tipo objetivo*”¹¹⁹.

Esta perspetiva assenta na convicção legal de que abaixo de uma certa idade a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual, logo pune-se a potencialidade de lesar a autodeterminação sexual, uma vez que considera o comportamento sexual desde o início ilícito.

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ João de Matos-Cruz Praia, , *O crime...*, op. cit., p.50.

¹¹⁸ M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português Comentado e Anotado*, Almedina, 2013, p.567

¹¹⁹ Ac. do TRL, de 15-05-2014.

No entanto, esta tese não é aceite por toda a doutrina, e há quem defenda que o crime de abuso sexual de menores não é um crime de perigo, mas antes um crime de dano.

Neste sentido, a tese contrária defende que o abuso sexual consiste numa grave lesão da liberdade sexual da criança, e por isso trata-se de um crime de dano. Os menores também são capazes de formar uma vontade atendível e como seres de plena dignidade que são, têm direito a manifestá-la. Por essa razão, o estabelecimento de presunções inilidíveis no abuso sexual de crianças não é conforme à nossa constituição, porque tal viola o princípio da presunção de inocência e não é compatível com o princípio da necessidade a incriminação de condutas que, não contendo em si nenhum desvalor, simplesmente se presumem perigosas. Deste modo, ao presumirmos que o menor de 14 anos não poderá consentir na prática de qualquer tipo de contacto sexual, por se colocar em risco a sua autodeterminação sexual, está-se a negar a existência do bem jurídico que se elege tutelar na norma¹²¹.

Portanto, seguindo esta perspetiva se estas condutas pressupõem sempre a lesão do bem jurídico, a liberdade sexual do menor, estamos perante um crime de dano. Em primeiro lugar porque se apenas os contactos sexuais que se caracterizam como abuso do menor cabem na descrição legal da norma, então toda e qualquer conduta que aí caiba não pode deixar de lesar, por ser abusiva, a liberdade sexual do menor. Em segundo lugar, ao admitir-se que no âmbito de aplicação do crime de abuso sexual de menores cabem contactos sexuais desejados pelo menor, ao qual este acordou de forma livre e espontânea, é colocar estas condutas a par de atos sexuais que são alcançados através da intimidação, engano, engenho e aproveitamento da imaturidade do menor. Isto tem como consequência que a vontade do menor se torna irrelevante, sendo substituída por um juízo de adequação objetivo feito pelo legislador¹²².

Por fim, existe também uma parte da doutrina que defende uma posição intermédia. Entendem que os tipos legais preordenados à proteção da juventude são crimes de perigo abstrato de índole especial, uma vez que “*ao contrário do que acontece com os clássicos crimes de perigo abstrato, o perigo é não só em concreto presumido, como nem sequer é, em nenhum caso, suscetível de ser exatamente avaliado*”¹²³. Assim, podemos estar perante um crime de pôr em perigo um bem jurídico, já que “*existe, na conduta do agente, um desvalor autónomo merecedor de*

¹²¹ Inês Ferreira Leite, *A tutela penal...*, op. cit., p. 15 e 16.

¹²² Inês Ferreira Leite, *Pedofilia*, op. cit., p. 70.

¹²³ Manuel Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal...*op.cit., p.396.

tutela penal e que consiste num perigo de perigo para o bem jurídico fim do ideário protetivo do legislador”¹²⁴.

No meu ponto de vista, para que se possa concluir pela natureza do crime como crime de dano ou de perigo é necessário ter em consideração que a tutela do direito penal é subsidiária, e por isso, a tutela penal não pode intervir quando exista uma vontade livre, autónoma e espontânea formada pela vítima para a prática do ato sexual. Questão complexa é saber se o menor de 14 anos tem capacidade de forma esta vontade livre, autónoma e espontânea, e esta pergunta não é respondida pela legislação vigente.

Efetivamente, a lei estabelece uma idade, os 14 anos, abaixo da qual há uma maior proteção relacionada com a formação da vontade dos menores que ainda não adquiriram todos os elementos cognitivos, ou não os entenderam pela sua idade e inocência. No entanto, é duvidoso considerarmos que o legislador ou a doutrina possam estipular que todos os menores não compreendem os atos sexuais que praticam, ou estipular uma abstinência absoluta de os praticar, com a justificação de que lesam sempre a sua liberdade sexual. Ora, não parece ser este o caso, porque isso seria negar o seu direito à liberdade sexual e o seu direito ao descobrimento da sua sexualidade, da sua vida e emadurecimento. É preciso ter em conta, que quando um menor faz catorze anos de idade, a sua maturidade não se altera automaticamente por via de um número, mas é um processo. Portanto, a lei ao impedir ou considerar que todas as ações sexuais com menores de catorze anos prejudicam o livre desenvolvimento da sua personalidade, está necessariamente a negar a existência do seu bem jurídico, a liberdade sexual.

Uma vez que todos os menores são diferentes, têm diferentes maturidades e o amadurecimento é um processo individual e próprio, face ao caso concreto o menor pode formar uma vontade livre, espontânea e esclarecida, que não lesa o bem jurídico tutelado pela norma. Nestes casos, a intervenção do direito penal não é necessário nem adequado, mas pelo contrário, terá efeitos nefastos. Uma vez que impõe ao agente os sacrifícios inerentes à aplicação das sanções criminais e tem o efeito denegar ao menor, contra a sua capacidade e vontade, quando formada, o exercício da livre

¹²⁴ Ana Rita Alfaia, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 103.

expressão da sua sexualidade, traduzir-se-ia numa restrição desnecessária à liberdade do agente e uma restrição infundada à liberdade do menor¹²⁶.

7. Consentimento do menor

Tanto os adultos, como os menores de 18 anos são vítimas dos crimes de coação sexual e violação, nos quais existe um claro não consentimento por parte das vítimas, uma vez que a previsão legal estipula que “*quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou praticar*”. Nestes casos, a incriminação incide sobre a prática do ato sexual perante uma oposição efetiva da vontade da vítima. No entanto, o mesmo não acontece no crime de abuso sexual de menores, que se fundamenta num assentimento formal da vítima, ou pelo menos aparente, já que a vítima não manifesta qualquer oposição expressa ao ato sexual, embora fosse capaz de o fazer¹²⁷, remetendo para o regime geral do consentimento, nos termos do artigo 38º do CP. Por sua vez, dispõe o nº3 do artigo 38º do CP que o consentimento só será eficaz se for prestado por quem tiver mais de dezasseis anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

Por esta razão, os menores de catorze anos não podem consentir para a prática de atos sexuais, uma vez que não dispõem de capacidade para tal.

O nº3 do artigo 38º do CP sofreu com a revisão de 2007 uma profunda alteração, o legislador aumentou a idade a partir da qual é possível falar num consentimento válido e eficaz em matéria penal, antes da revisão consagrava a idade apenas dos 14 anos.

Assim, antes dos dezasseis anos do menor, não lhe é reconhecida suficiente autonomia para ultrapassar, pela sua vontade, a proteção de bens jurídicos sobre os

¹²⁶ João de Matos-Cruz Praia, *O crime...*, op. cit., p. 117.

¹²⁷ Inês Ferreira Leite, *A tutela penal...*, op. cit., p. 28.

quais não tenha inteira disponibilidade e não tem capacidade para acordar relativamente a condutas que, apesar de atentarem contra bens jurídicos disponíveis, estão limitadas pela cláusula dos bons costumes¹²⁸.

O consentimento é uma causa de exclusão da ilicitude, tal significa que a ilicitude do facto típico pode ser excluída por meio do consentimento, quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e não ofender os bons costumes.

Por sua vez, a lei penal consagra um modelo dualista do consentimento, entendendo que o consentimento pode revelar tanto ao nível da tipicidade, funcionando como causa de exclusão da tipicidade, como ao nível da ilicitude, como causa de justificação. O primeiro designa-se por acordo e o segundo designa-se por consentimento, em sentido estrito¹²⁹.

Desta forma, para que o consentimento possa excluir a ilicitude do ato típico é necessário que estejam verificados os seguintes pressupostos.

O primeiro pressuposto está cristalizado no artigo 38º nº1 do CP, que dispõe que o consentimento tem de coincidir sobre um bem jurídico disponível. Entende-se por bem jurídico disponível aquele que o seu titular pode livremente dispor e distinguem-se dos bens jurídicos absolutamente indisponíveis, que são aqueles que o seu portador não pode de ele dispor livremente por ter um carácter legalmente consagrado e dizer respeito, ao portador do bem e à comunidade em si¹³⁰. O pressuposto seguinte é o facto de que este deve preceder o facto e não basta o acordo posterior para o substituir. O terceiro pressuposto, é que o consentimento não pode ofender os bons costumes, o que quer dizer que o consentimento não pode assentar em condutas que contrariam os bons costumes, e por tal entende-se ser um elemento normativo do tipo que remete para uma valoração global sobre a ilicitude da conduta, à luz dos valores protegidos pelo direito penal¹³¹. O quarto pressuposto diz respeito à autodeterminação, que está associada à capacidade. Isto significa que quem consente tem de ter capacidade para tal, maturidade, e discernimento suficiente para avaliar o significado do consentimento, o sentido da ação e a sua consequência no âmbito da ilicitude penal. Ao abrigo do artigo 38º nº3 o consentimento só será válido “*se for prestado por quem tiver mais de 16 anos*” e devidamente esclarecido das consequências do seu ato; (v) o

¹²⁸ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 129.

¹²⁹ M. Miguez Garcia, J.M, Castela Rio, *Código penal...*, *op. cit.*, p. 324.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário...*, *op. cit.*, p.195.

pressuposto final é o conhecimento do consentimento, à luz do nº4 do artigo 38º CP, “*se o consentimento não for conhecido do agente, este irá ser punido com a pena aplicável à tentativa*”.

Portanto, o consentimento é uma causa de justificação nos casos em que a ação é socialmente desvaliosa, mas o direito penal protege e tutela a liberdade de disposição do titular do bem jurídico, por essa razão o consentimento constitui um modo de resolução do conflito entre interesses do direito penal, a autorrealização pessoal e a tutela dos bens jurídicos¹³³. Como exemplo temos as ofensas à integridade física, que sendo uma ação socialmente desvaliosa e um facto típico, é deixado espaço para a autorrealização pessoal do titular do bem jurídico, que poderá decidir consentir na ação.

Relativamente ao acordo, será causa de exclusão da tipicidade, caso a ação contra a vontade do lesado seja elemento do tipo objetivo do crime e a vontade do titular do direito serve de objeto de proteção da norma penal. O acordo não está sujeito aos pressupostos do consentimento, como a cláusula dos bons costumes e o limite de idade do portador do bem jurídico¹³⁴. Se assim fosse, a sua importância legal não teria sentido¹³⁵. Podemos considerar que o acordo é uma manifestação de uma vontade interna do portador ao passo que o consentimento exige uma vontade reconhecida exteriormente. O acordo pressupõe apenas uma vontade natural do portador, mesmo que não tenha capacidade ou maturidade, já o consentimento efetivo, pressupõe maturidade e discernimento para avaliar as consequências do consentimento¹³⁶.

Para o acordo não há uma idade definida. Isto significa que para averiguar a possibilidade de acordo temos de atender apenas à disponibilidade do bem jurídico. O que significa que cada acordo, cada manifestação de disponibilidade relativamente ao bem jurídico da esfera pessoalíssima da vítima, fica com validade e eficácia dependentes de elementos dinâmicos, que poderão ser o discernimento, a capacidade e a maturidade¹³⁷.

¹³³ Margarida Isabel Cavaleiro Amaral, *Abuso Sexual de Menores. Análise da Prática Jurídica*, Dissertação de Mestrado, Orientada pela Professora Doutora Inês Ferreira Leite, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 54.

¹³⁴ Paulo Pinto Albuquerque, *Comentário...*, op. cit., p.195.

¹³⁵ Manuel Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal...*op.cit., p. 559.

¹³⁶ Jéssica Rochinha de Viveiros, *Os crimes sexuais contra menores*, Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais sob orientação do Doutor Pedro Caeiro, Universidade de Coimbra, p. 71.

¹³⁷ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...*op.cit., p. 130.

Nos crimes contra a liberdade sexual pode haver acordo do portador do bem jurídico, e nesse caso o tipo do ilícito é afastado e não é considerado crime. A concordância da vítima é um caso de acordo que exclui a tipicidade. Tal deve-se ao facto de a liberdade se dividir em duas dimensões, por um lado, o direito de não sofrer condutas não desejadas, por outro lado, o direito de agir como o portador do bem jurídico o entender, tendo como limite apenas a liberdade alheia¹³⁸. Neste sentido, ao direito penal compete, apenas, reconhecer o direito de livre atuação, não podendo considerar como típicas condutas que se baseiam na livre vontade do portador do bem jurídico. Por exemplo, como suprarreferido, na coação sexual e violação, é elemento do tipo a ação sexual ser contra a vontade da vítima, mas se o ato for de acordo com a vontade da vítima a ação não é típica.

Quanto à possibilidade de existir um acordo por parte dos menores no crime de abuso sexual, a maioria da doutrina defende que os menores de 14 anos não têm capacidade de autodeterminação sexual e que, por esse motivo, comportamentos sexuais, mesmo não forçados, prejudicam sempre o livre desenvolvimento da personalidade¹³⁹. Uma vez que defendem que o abuso sexual de menores é um crime de perigo abstrato, a tipificação não contempla o resultado da conduta do agente, logo, o acordo do menor quanto a esses comportamentos é jurídico-penalmente irrelevante. Logo, a forma como o tipo incriminatório está estruturado, a vontade do menor apenas releva para o desacordo, mas não para o acordo¹⁴⁰.

No entanto, a valorização da maturidade da vítima deve ser considerada, sendo imprescindível que se associem mais efeitos a uma maturidade superior. Por essa razão, a vontade da vítima fica dependente de certos elementos, como o discernimento, a capacidade e a maturidade. No entanto, para a maioria da doutrina existe um limite abaixo do qual se entende que este não poderá relevar, que são os catorze anos, “*onde a proteção da vertente negativa da liberdade sexual do menor é tendencialmente maior*”¹⁴¹. Portanto, nos crimes sexuais, é possível o acordo, a partir dos catorze anos da vítima, tendo esta capacidade para se autodeterminar, bastando que, em concreto, a vítima esteja apta a formar a sua vontade e a expressá-la em conformidade¹⁴².

¹³⁸ Inês Ferreira Leite, , *Pedofilia, op. cit.*, p. 89.

¹³⁹ João de Matos-Cruz Praia, *O crime...*, *op. cit.*, p. 105 a 106.

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 131.

¹⁴² *Idem.*

Desta forma, é sempre necessário associado à idade existir uma capacidade de autodeterminação esclarecida, autêntica e espontânea, tal como no consentimento, que para ser válido e eficaz, tem de se associar o suficiente discernimento do menor para compreender o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta.

O entendimento da jurisprudência vai ao encontro do suprarreferido, o Tribunal da Relação de Évora considerou que quanto ao crime de abuso sexual de menores, “*este crime supõe a prática de ato sexual de relevo com menor de catorze anos independentemente do caráter consentido, ou não, dessa prática*” e que “*o legislador considera que a criança menor de 14 anos não tem maturidade necessária para dar o seu consentimento para um ato deste tipo*”, mais “*a relação sexual entre um adulto e uma criança representa sempre uma instrumentalização ou coisificação desta que – é de presumir – que afetará o seu salutar e harmonioso desenvolvimento na esfera sexual*”¹⁴³.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que “*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 deles emergentes, que podem prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica*”¹⁴⁵.

No entanto, é defendido nem toda a experiência sexual vivida por um menor de catorze anos pode ser considerada objetivamente lesiva do bem jurídico, podendo existir situações em que se pondere que foi formada uma vontade livre e espontânea do menor para a realização do ato sexual¹⁴⁶. Deste modo, no abuso sexual de menores o assentimento da vítima é formal, ou seja, aparentemente válido, mas materialmente viciado por ter sido obtido mediante intimidação ou engano. Logo, não é todo e qualquer assentimento que será válido, mas apenas um verdadeiro e espontâneo acordo para a prática de atos sexuais.

Por isso, toda a incriminação sexual que assente num assentimento formal deve exigir o abuso ou o aproveitamento por parte do agente, e o que varia entre os crimes sexuais, contra menores e maiores, é a intensidade do abuso a manifestar-se para que

¹⁴³ Ac. do TRE de 07-07-201, Processo nº 1239/09.9PBEVR.E1, Relator Pedro Maria Godinho Vaz Pato.

¹⁴⁵ STJ de 22-05-2013, Processo 93/09.5TAABT.E1.S1, Relator Armindo Monteiro.

¹⁴⁶ Inês Ferreira Leite, *Pedofilia...op. cit.*, p. 89.

seja crime. Os menores são mais frágeis, portanto, é natural que a tutela penal seja mais intensa quanto maior for a fragilidade do bem jurídico¹⁴⁷.

De acordo com a tese defendida por Inês Ferreira Leite, o reconhecimento de que o acordo do menor pode existir, não tem como objetivo afirmar que a prática de atos sexuais por menores resulta de um normal exercício da sua liberdade sexual, mas procura encontrar na tutela penal da liberdade sexual dos menores uma forma efetiva de proteção deste bem jurídico que não implique uma recusa absoluta de um espaço de liberdade sexual dos menores¹⁴⁹.

Por isso, de acordo com esta posição, nem toda a experiência sexual vivida por um menor de catorze anos pode ser considerada objetivamente lesiva da liberdade sexual do menor. Deste modo, quando se verifique ter havido uma vontade livre, autónoma e espontaneamente formada para a prática de um ato sexual, numa relação afetiva paridade, não há razões para o Direito Penal intervir¹⁵⁰.

Em sentido similar, é defendido que existem atos sexuais praticados com menores com menos de catorze anos e que não constituem crime, existindo pelo menos dois fatores que podem determinar a inexistência de crime nestas circunstâncias: quando o ato seja praticado entre dois menores, não existindo qualquer abuso, e o contexto sociocultural em que acontece¹⁵¹.

Tal pode acontecer quando não tenha havido nenhuma espécie de abuso de uma situação de imparidade ou da natural fragilidade da criança, devendo ser feita uma ponderação através de elementos objetivos (como a idade do menor, o desenvolvimento fisiológico e psicológico do menor, a natureza da relação entre o menor e agente e o tipo de contacto sexual)¹⁵².

No entanto, existe um limite abaixo do qual se entende que o acordo do menor não pode relevar, que são os catorze anos, uma vez que a proteção da vertente negativa da liberdade sexual do menor é tendencialmente absoluta, no entanto, não é completamente absoluta e há atos sexuais praticados com menores com menos de catorze anos que não constituem crime. E por isso, *“nem todos os atos sexuais praticados com menores de catorze anos provocam ofensa ao bem jurídico liberdade*

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁹ *Idem*, p. 38.

¹⁵⁰ Inês Ferreira Leite, *Pedofilia, op. cit.*, p. 93.

¹⁵¹ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 134.

¹⁵² Inês Ferreira Leite, *A tutela...op. cit.*, p. 38.

sexual”¹⁵⁶. Desta forma, será inaceitável proibir atos sexuais praticados entre menores, motivados pela procura da experiência sexual, sem que seja detetável qualquer abuso e que se traduzem em atividades próprias do crescimento, sendo o caso de um ato sexual praticado entre dois menores¹⁵⁷.

Em síntese, é possível sustentar que não há propriamente uma idade para o acordo, existe apenas uma idade tendencialmente unânime para o acordo válido e eficaz, que são os catorze anos. No entanto, circunstâncias variadas pressupõem diferentes idades para acordar, o que quer dizer que existem outros fatores, para além da idade que determinam a existência de acordo no caso concreto.

Por exemplo, os atos praticados por dois menores, no âmbito da procura pela experiência sexual, sem que exista qualquer abuso e que se traduzem em atividades próprias do crescimento¹⁵⁸.

Os instrumentos internacionais vincam esta ideia de excluir do tipo incriminador do abuso sexual de menores, os comportamentos entre pares de idade próxima. A Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, prevê no artigo 18º alínea a) que “*o nº1 não deve ser aplicado aos atos sexuais consentidos entre menores*”. Da mesma forma, a Diretiva 2011/93/EU do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à Luta contra o Abuso Sexual e a Exploração Sexual de Crianças e a Pornografia infantil, o artigo 8º estabelece que “*cabe aos estados membros decidir se o artigo 3º nº2 e 4 se aplica aos atos sexuais consensuais entre pares próximos de idade e grau de desenvolvimento ou maturidade psicológica e física, na medida em que tais atos não comportem abusos*”.

Contudo, é necessário atender ao perigo de abuso da inexperiência, que é mais difícil de se analisar do que numa relação entre um adulto e um menor. Por isso, podemos distinguir três casos de relações entre os menores¹⁷⁶. Por um lado, as relações entre dois menores com idades próximas, mas em que um deles tem mais de catorze anos, e por outro lado, o ato sexual praticado entre dois menores com menores de catorze anos e idades muito próximas. Nestas situações, existe um espaço apto, em princípio, para a formação da autodeterminação sexual dos menores por meio de

¹⁵⁶Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 135.

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

experiências partilhadas, espaço para a descoberta em comum da sexualidade, espaço em que o direito penal deve abster-se de intervir sempre que inexista qualquer indício de abuso¹⁷⁷. Situação diferente será a de atos sexuais entre um menor de três ou quatro anos e outro de doze ou treze, aqui existe um claro indício de perigo de abuso. Isto significa que o abuso pode ser cometido entre menores, desde que o agressor seja significativamente mais velho que a vítima, ou quando está numa posição de poder e controlo sobre outra criança¹⁷⁸

Para solucionar o problema dos abusos entre pares, ou seja, entre menores de idades próximas, a doutrina tem identificado um critério etário que funciona como indício de não abuso. Para avaliar se existem indícios de abuso ou não abuso é importante avaliar as idades dos menores, será indício de não abuso uma diferença de idades que não ultrapasse os cinco ou seis anos¹⁷⁹. No entanto, este critério não pode nem deve excluir a verificação da situação em concreto, caso a diferença emerge de um ato sexual entre um menor de treze e um de cinco ou seis, não deve excluir-se uma situação de abuso. Mas, se o facto for praticado por um menor de dezassete e outro de treze, face ao caso concreto e as circunstâncias da situação, bem como o meio sociocultural, pode ser ponderado a situação de abuso.

Por conseguinte, apesar de até aos catorze anos de idade a proteção da vertente negativa da liberdade sexual do menor ser tendencialmente absoluta, é possível, em determinados casos, existir um acordo do menor de catorze anos. Isto significa que para além da idade, outros fatores determinarão o acordo. De entre estes fatores podemos atender à formação e manifestação da vontade do menor¹⁸⁰, ou a maturidade, a capacidade, o parceiro sexual, o ato sexual em causa, o espaço em que o menor manifesta a sua vontade¹⁸¹.

Face ao exposto, efetivamente existe uma maior proteção absoluta da liberdade sexual dos menores de catorze anos. Esta maior proteção está relacionada com a formação da vontade dos menores, que ainda não adquiriram todos os elementos cognitivo, ou não os entendem devido à tenra idade e à sua natural inocência e ingenuidade. Contudo, tal não pode levar a que o legislador e a doutrina considerem que todos os menores não compreendem os atos sexuais, ou mesmo que os

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ Isabel Alberto in AAVV, Abuso sexual de menores..., *op. cit.*, p. 37.

¹⁷⁹ António de Araujo, Crimes sexuais contra menores, Coimbra editora, 2005, p. 405.

¹⁸⁰ Inês Ferreira Leite, *A tutela penal...*, *op. cit.*, p. 93

¹⁸¹ Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 139.

compreendem, não têm livremente vontade para os praticar com quem entenderem, no momento em que entenderem, sem que isso venha a ser punido por abuso sexual. Quando, na verdade, pode ter ocorrido a formação da vontade e manifestação da mesma, livre, espontânea e esclarecida. Deve, assim, a valorização da vontade do menor ser feita de um modo concreto e atual, em face da conduta de determinado agente e em dado espaço e tempo.

8. Consequências do abuso sexual

O abuso é uma forma de maltrato infantil, que se caracteriza pela exploração sexual de um menor por alguém mais velho, e em que a criança não tem condições nem maturidade psicossocial para avaliar e vivenciar de modo positivo essa relação¹⁸².

O abuso sexual é uma experiência de adversidade na infância, com potencial dimensão traumática. Isto porque envolve situações em que a criança é percebida como objeto, sob o controle do outro, adulto ou criança mais velha, que a usa para gratificação sexual¹⁸³. Devido a esta vivência como objeto, as crianças, vítimas de abuso, veem comprometida a sua autoimagem, a confiança nos outros, e tendem a construir uma visão ameaçadora do mundo envolvente¹⁸⁴.

O abuso sexual de crianças tem consequências a nível individual, familiar e comunitário, sendo de particular enfoque as repercussões específicas no funcionamento e desenvolvimento da criança.

Existem diferentes circunstâncias em que ocorrem abusos sexuais de crianças, que podem definir-se em três contextos: familiar, institucional e comunitário¹⁸⁵. O abuso familiar ocorre no meio familiar, envolve as situações em que há uma relação familiar próxima, como os pais, irmãos, avós, ou mais alargada, como os tios ou padrinhos. Por sua vez o abuso no contexto institucional abrange os abusos cometidos por agressores no âmbito de funções profissionais, são exemplos abusos cometidos por professores, treinadores, padres, ou crianças mais velhas que partilham a mesma instituição, por exemplo a mesma escola. No contexto comunitário, o abuso sexual

¹⁸² Isabel Alberto in AAVV, Abuso sexual de menores..., *op. cit.*, p. 37.

¹⁸³ Alexandra Anciães, Rute Agulhas, Grande Livro sobre a Violência Sexual – Compreensão, Prevenção, Avaliação e Intervenção, Edições sílabo, 2022, p. 97.

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ *Idem.*, p. 101.

ocorre com agressores que de algum como conhecem a criança, como vizinhos, amigos de família, ou com desconhecidos.

Deste modo, no abuso sexual a vítima é ofendida no seu supremo direito à integridade física e moral, e fica comprometido o seu direito a um integral desenvolvimento físico, afetivo e social. Para além disso, vê-se impedida no seu absoluto direito de viver como criança¹⁸⁶.

Do abuso podem resultar na vítima várias consequências, mais ou menos graves, e surgem em vários domínios do desenvolvimento e do funcionamento pessoal, que podem ir desde a ansiedade até ao stress pós-traumático, passando pela depressão, baixa autoestima, disfunções sexuais, doenças sexualmente transmissíveis, sentimentos de culpa, problemas de comportamento, dificuldades na área escolar e gravidez¹⁸⁷.

Podemos dividir as consequências dos abusos sexuais em quatro domínios¹⁸⁸.

No domínio cognitivo, as vítimas de abuso sexual na infância tendem a apresentar dificuldades ao nível da atenção e da memória que se reflete em dificuldades de aprendizagem e menor rendimento escolar, e podem desenvolver memória fragmentada dos acontecimentos abusivos, que dificultam a prestação de um relato coerente e organizado¹⁸⁹.

No domínio psicológico, as consequências podem ser de curto e a longo prazo, como a culpa, vergonha, depressão, baixa autoestima, estigmatização, perturbações de sono, fobias, ansiedades generalizadas¹⁹⁰.

No domínio social, as vítimas apresentam problemas de confiança, dificuldades em estabelecer relações de intimidade, comportamentos violentos e antissocial, que se pode transformar em comportamentos delinquentes, roubos, agressividade contra os companheiros e social¹⁹¹.

Por fim, no domínio físico e somático, as pessoas que foram vítimas de abuso sexual são mais propensas a desenvolver disfunções sexuais, obesidade, doenças crónicas, doenças sexualmente transmissíveis¹⁹².

¹⁸⁶ Paulo Guerra in AAVV, *Abuso Sexual de Menores...*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸⁷ Isabel Alberto in AAVV, *Abuso sexual de menores...*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁸ Alexandra Anciães, Rute Agulhas, *Grande Livro sobre a Violência Sexual...ob.cit.*, p. 111.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ Marisalva Favero, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores...*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² Alexandra Anciães, Rute Agulhas, *Grande Livro sobre a Violência Sexual...ob.cit.*, p. 112.

Os menores têm uma maior suscetibilidade a situações de maus-tratos, que advém da dimensão sociocultural que lhe atribui menores competências para decidir sobre a sua vida, seja qual for a situação, e concede-lhe um papel de submissão à figura de autoridade e competência do adulto¹⁹³. No entanto, a sociedade deve assegurar as condições de desenvolvimento e os direitos inerentes a estas faixas etárias, como o direito à dignidade, à segurança, considerando que os abusos e maus-tratos de menores tem trágicas consequências ao nível do equilíbrio psíquico, físico, social, emocional dos menores, bem como o desenvolvimento da personalidade fica potencialmente sujeito a riscos, traumas e choques psicológico.

¹⁹³Isabel Alberto in AAVV, Abuso sexual de menores..., *op. cit.*, p. 37.

CONCLUSÃO

Feita a exposição sobre o crime de abuso sexual de menores importa fazer uma pequena reflexão sobre o que foi analisado.

Os crimes sexuais na configuração dada pelo Código Penal sofreram algumas alterações significativas, sendo que a mais importante foi a alteração da configuração do bem jurídico protegido, deixando de se associar à moral, honra familiar e ao bem-estar social, partindo-se de uma concepção de bem jurídico supra individual para uma concepção mais individualista, protegendo-se a liberdade e autodeterminação, bem jurídico individual.

Relativamente ao crime de abuso sexual de crianças, em que são vítimas menores de catorze anos, não depende de uso de violência ou de qualquer outro meio equiparado. Na definição de abuso sexual de menores é importante considerar dois aspectos. O primeiro é que estamos perante uma situação de exploração sexual de um menor por alguém mais velho, não tendo o menor maturidade psicossocial para avaliar o acontecimento vivido, nem dar consentimento. O segundo aspecto é que para o conceito de abuso sexual de menores não releva o seu constrangimento à prática do ato, como acontece na coação sexual e violação.

O bem jurídico tutelado pelo crime de abuso sexual é a liberdade sexual. A liberdade sexual inclui a liberdade sexual em sentido estrito, tutelada pelas incriminações dos artigos da Secção I do Capítulo V do Código Penal, a autodeterminação sexual e ainda, para os menores sem capacidade sequer para se autodeterminarem sexualmente, o seu direito a um livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual.

Enquanto bem jurídico, a liberdade sexual é decomposta em duas vertentes. Por um lado, uma vertente negativa, que se traduz no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão pela realização da sua sexualidade; e por outro lado, uma vertente positiva, traduzida na possibilidade de cada um dispor do seu corpo, de forma livre e autêntica.

Até aos catorze anos, a proteção da vertente negativa da liberdade sexual do menor é tendencialmente absoluta. No entanto, como vimos nem todas as condutas sexuais praticadas com ou em menores constituem um crime. Deste modo, existem crimes sexuais contra menores, mas também atos sexuais com menores. São exemplo, os atos praticados por dois menores, no âmbito da procura pela experiência sexual,

sem que exista qualquer abuso, que se traduzem em atividades próprias do crescimento.

Neste sentido, é fundamental a promoção da vertente positiva da liberdade sexual, não sendo defensável a tese da castidade absoluta do menor de catorze anos. Como refere Ana Rita Alfaiate a “*valorização da vontade do menor tem de ser feita de um modo concreto e atual, em face da conduta de determinado agente e em dado espaço e tempo*”²¹². Por conseguinte, se o menor reunir o suficiente e necessário discernimento para formar e declarar a sua vontade, de modo esclarecido autêntico e espontâneo, verifica-se um acordo que deve excluir a tipicidade do crime.

Obviamente o acordo deve ser avaliado de forma rigorosa e cuidadosa, uma vez que as consequências do abuso sexual no menor têm repercussões para toda a sua vida. Mas este será o caminho para a maximização da proteção dos menores, já que não se frustra o objetivo do crime e respeita os direitos e liberdades do menor.

Sendo o abuso sexual de menores uma das formas mais graves de maus-tratos infantis, é importante assegurar o direito de todas as crianças a uma infância digna, protegendo o processo de desenvolvimento pessoal da criança para que decorra de forma natural e sem influências perturbadoras ou traumatizantes para o menor. A reforma de 1995 do Código Penal foi um ponto chave para a proteção das vítimas dos abusos sexuais. No entanto, considero que Portugal ainda tem um longo caminho a percorrer no que toca à prevenção deste crime e à forma como é aplicado pela jurisprudência portuguesa, uma vez que continua a existir uma visão muito moralista da sexualidade que prejudica a aplicabilidade de reformas penais, possivelmente inovatórias. Considero que apesar de todos os aspetos a melhor, é evidente o progresso feito no sentido de se olhar para os crimes sexuais com uma visão mais objetiva, e um aspeto a continuar a melhorar parte também de atender à manifestação da vontade da criança.

²¹² Ana Rita Alfaiate, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores...op.cit.*, p. 143.

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Abuso Sexual de Menores. Uma conversa sobre justiça entre o Direito e Psicologia*, Almedina, 2002;

AA.VV, *Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, 2016;

Alexandra Anciães, Rute Agulhas, *Grande Livro sobre a Violência Sexual – Compreensão, Prevenção, Avaliação e Intervenção*, Edições sílabo, 2022;

Ana Rita Alfaíta, *A relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009;

Clara Sottomayor in AA.VV, *Cuidar da Justiça de Crianças e Joven. A função dos juízes sociais*, Almedina, 2003;

Clayton da Silva Benzerra, Giovani Celso Agnoletto, *Pedofilia. Repressão aos crimes de violência sexual contra crianças e adolescentes*, Mallet Editora, 2017;

Ellen D. Gagne, *La psicologia cognitiva del aprendizaje escolar*, Editora Visor, 1991;

Inês Ferreira Leite, *A tutela penal da liberdade sexual* in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, 2011;

Inês Ferreira Leite, *Pedofília*, Almedina, 2004;

Jéssica Rochinha de Viveiros, *Os crimes sexuais contra menores*, Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais sob orientação do Doutor Pedro Caeiro, Universidade de Coimbra;

João de Matos-Cruz Praia, *O crime de Abuso sexual de Crianças*, Almedina, 2020;

Jorge Figueiredo Dias, *Comentário Conimbrincense do Código Penal. Parte especial Tomo I*, Coimbra Editora, 2012;

José Mouraz Lopes, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal. Após a revisão de 1995*, Coimbra Editores, 1995;

José Mouraz Lopes, Tiago Caiado Milheiro, *Crimes sexuais, Análise Substantiva e Processual*, 2015;

Lúcia Cavalcanti Williams, *Pedofilia. Identificar e prevenir*, Editora Brasiliense, 2012;

Manuel Costa Andrade, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;

Manuel Lopes Maia Gonçalves, *Código Penal Português, Anotado e Comentado, Legislação Completar*, Coimbra, Almedina, 2005;

Margarida Isabel Cavaleiro Amaral, *Abuso Sexual de Menores. Análise da Prática Jurídica*, Dissertação de Mestrado, Orientada pela Professora Doutora Inês Ferreira Leite, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Marisalva Fávero, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Climpsi Editores, 2003;

Miguez Garcia, J.M. Castela Rio, *Código penal anotado Parte Geral e parte especial*, Almedina, 2018;

Paulo Pinto Albuquerque, , *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa*, Universidade Católica Editora, 2015;

Sénio Manuel dos Reis Alves, *Crimes sexuais: notas e comentários aos artºs 163º a 179º do código penal*, Coimbra, Almedina, 1995;

Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal 2º volume*, aafdl, 1993;

Vitor Moita, *Identidade, identificação e delinquência, contributos para uma compreensão psicológica e clinica da agressão e do comportamento delinquente. Infância e Juventude*, nºespecial, 1991;

