



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Crime De Aliciamento De Menores Para Fins Sexuais

Reflexões Críticas Acerca Do Enquadramento Jurídico-Penal

Mariana Modesto Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Crime De Aliciamento De Menores Para Fins Sexuais

Reflexões Críticas Acerca Do Enquadramento Jurídico-Penal

Mariana Modesto Cunha

Sob a orientação da Professora Doutora
Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2024

“Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos.”

PITÁGORAS

*À minha orientadora,
Professora Doutora Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha,
pela disponibilidade
e dedicação sempre demonstradas
e por todos os sábios ensinamentos.*

*À minha Família,
em particular aos meus Pais,
por todo o apoio, incentivo e amor incondicional.*

*Ao Paulo,
por todo o amor e pela motivação constante.*

*À Leonor e à Matilde,
pelos momentos de partilha e amizade.*

*À Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto
e seus exímios Professores.*

Resumo

A presente Dissertação propõe-se a analisar um tema atual e complexo onde se relaciona os malefícios dos avanços tecnológicos com o Direito Penal – o aliciamento de menores para fins sexuais por via das tecnologias de informação e de comunicação.

Para o efeito, focar-se-á na análise do tipo legal de crime e no modo como está a ser aplicado pelos tribunais nacionais. Todavia, o objetivo deste estudo passará por uma reflexão detalhada quanto às dificuldades de articulação com outros tipos legais.

Desta forma, a nossa investigação pretenderá dar resposta à seguinte questão central: face à atual redação de determinados crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual haveria a necessidade de criminalizar, de forma autónoma, este aliciamento?

Por fim, atendendo à resposta negativa que daremos na maioria das situações expostas, pretendemos expor possíveis soluções quanto aos diversos problemas que o art. 176.º-A do Código Penal apresenta, soluções estas que visam dirimir as dificuldades na aplicação do tipo incriminador.

Palavras-chave: aliciamento de menores; livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual; tecnologias de informação e de comunicação; criminalização.

Abstract

This dissertation proposes to analyze a current and complex theme where the harms of technological advances are related to Criminal Law– the grooming of minors for sexual purposes through information and communication technologies.

To this end, it will focus on analysing the legal type of crime and how it is being applied by national courts. However, the objective of this study will be a detailed reflection on the difficulties of articulation with other legal types.

In this way, our research will aim to answer the following central question: in view of the current wording of certain crimes against sexual freedom and self-determination, would there be a need to criminalize, autonomously, this grooming?

Finally, given the negative answer that we will give in most of the situations exposed, we intend to expose possible solutions to the various problems that article 176-A of the Penal Code presents, solutions that aim to resolve the difficulties in the application of the incriminating type.

Keywords: child grooming; free development of the minor's personality in the sexual area; information and communication technologies; criminalization.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	9
Introdução	10
I. A Violência Sexual contra Menores na Internet	12
II. Enquadramento Jurídico-Legal	14
III. Análise do Tipo Legal de Aliciamento de Menores Para Fins Sexuais	16
1. Considerações Introdutórias	16
2. Bem Jurídico Protegido	16
3. A Problemática do Aliciamento	21
4. Tecnologias de Informação e de Comunicação	25
5. Aliciamento para Ato Sexual de Relevô	26
5.1. Aliciamento de Menores de 14 anos	26
5.2. Articulação entre o Artigo 176.º-A e o Artigo 171º do CP	29
6. Aliciamento de Menores entre os 14 e os 18 anos	30
6.1. Articulação entre o Artigo 176.º-A e os Artigos 172º e 173º do CP	31
6.2. Articulação entre o Artigo 176.º-A e o Artigo 170º do CP	35
7. Aliciamento para Ato de Pornografia Sexual	36
7.1. Articulação entre o Artigo 176.º-A e as alíneas a), b) e c) do número 1 do Artigo 176º CP	38
IV. O Aliciamento de Menores Para Fins Sexuais na Prática dos Tribunais	41
Conclusão	46
Bibliografia	49
Jurisprudência Consultada	53
Outras Referências	53

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac	Acórdão
<i>apud</i>	citado por
art./ arts.	artigo / artigos
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	conferir
Consult.	consultado
Convenção	Convenção de Lanzarote
Coord.	coordenação
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
dir.	diretor
Diretiva	Diretiva n.º 2011/93/UE
<i>Et al.</i>	e outros
<i>Ibidem</i>	da mesma obra
<i>In</i>	em
n.º/ n.ºs	número / números
Org.	Organizador
p. e p.	previsto e punido
p./ pp.	página / páginas
Proc.	processo
Rel.	relator
RJLB	Revista Jurídica Luso-Brasileira
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
SMS	Serviço de Mensagem Curta
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TIC	Tecnologias da Informação e de Comunicação
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Introdução

Em razão da evolução exponencial das TIC, a conhecida “sociedade do papel” tem vindo progressivamente a ser transformada numa “sociedade digital” e com ela novos perigos *online* despoletaram. Tendo presente a sua capacidade de atrair crianças e jovens e a consequente suscetibilidade natural para serem potenciais vítimas de exploração sexual, revela-se fundamental debruçarmo-nos sobre o esforço que tem sido levado a cabo para repreender estas condutas suscetíveis de comprometer o livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual. Todavia, o âmbito da nossa investigação estará circunscrito ao aliciamento de menores para fins sexuais, mediante o recurso às TIC, cuja solução técnico-legislativa nos desperta para algumas incongruências do sistema penal, contribuindo para tal os ensinamentos adquiridos na unidade curricular de mestrado denominada de “Crimes Contra as Pessoas”.

Pretendemos, desta forma, com a presente investigação, perceber de que maneira este flagelo atual é tratado no ordenamento jurídico português a par de uma abordagem crítica e reflexiva acerca da (des)necessidade da sua criminalização.

Para o efeito, numa primeira fase, salientaremos que, apesar de serem assinaláveis significativas vantagens do desenvolvimento tecnológico, é também verdade que contribui para o aumento da criminalidade contra menores, sobretudo sexual. Neste particular, abordaremos a questão do aliciamento sexual de menores e a sua autonomização enquanto crime, referindo os instrumentos jurídicos supranacionais que lhe serviram de fonte.

Em seguida, atendendo ao panorama nacional, analisaremos o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. no art. 176.º-A do CP. Necessariamente, em virtude da evolução do chamado direito penal sexual, começaremos por compreender qual o bem jurídico protegido pelo tipo incriminador. Subsequentemente, pretendemos descortinar o conceito de aliciamento que se encontra indefinido na nossa lei e demais problemas a ele associados. Concomitantemente, refletiremos sobre o seu *modus operandi*, alertando para os perigos do ciberespaço.

Suplantado este ponto e uma vez que o agente alicia o menor para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171º e nas alíneas a) a c) do n.º 1 do art. 176º, ambos do CP, afigura-nos como essencial focarmos a presente investigação em torno destes atos. Aqui chegados, apesar de reconhecermos que o crime em questão levanta diversos problemas, por razões de contenção e de limitação natural

deste estudo, centramo-nos-emos nos diversos desafios de articulação da presente incriminação com os demais tipos legais que protegem o mesmo bem jurídico. Para um melhor entendimento desta problemática, subdividimos o nosso estudo, sendo que numa primeira fase trataremos do aliciamento de menores de 14 anos e, posteriormente, do aliciamento de menores entre os 14 os 18 anos.

Ultrapassada a explanação doutrinal, propomo-nos a analisar criticamente a escassa jurisprudência relativa a este crime, que nos permitirá verificar se se confirmam, na prática, as dúvidas e dificuldades apontadas ao longo do presente estudo.

Por fim, servindo de mote para uma futura alteração legislativa, procuraremos apresentar algumas propostas de solução para fazer face aos problemas levantados pela introdução do crime de aliciamento de menores para fins sexuais no Código Penal Português.

I. A Violência Sexual contra Menores na Internet

É incontestável afirmar que a evolução das novas tecnologias de informação e de comunicação contribuiu para a globalização da sociedade contemporânea. De facto, o recurso à Internet tornou-se marcante na vida quotidiana, sobretudo, por garantir o estreitar de laços entre os indivíduos que, fisicamente, estariam impossibilitados de interagir. Assim, o desenvolvimento tecnológico veio revolucionar o modo como socializamos e partilhamos informação.

Nesta senda, os recentes dados do *Eurostat*¹ salientam que o uso massificado da Internet é visível nas gerações mais novas, concluindo que, em 2022, cerca de 96,4% dos jovens da UE são utilizadores diários.

Em Portugal, segundo um estudo desenvolvido pela *Dove*², 86% dos jovens portugueses admitem estar viciados em redes sociais, um valor superior à média europeia (78%), e 90% já as utilizam desde os 13 anos.

Não obstante, os diversos contributos do surgimento do ciberespaço, a generalização da utilização de meios de comunicação eletrónicos, nomeadamente, das redes sociais e dos *chatrooms*, indesmentivelmente, originam malefícios quando utilizados de modo nocivo.

Para efeitos da presente resenha, o nosso foco e principal preocupação centra-se na crescente exposição e utilização da Internet pelas crianças³ que tendem a ser grupos de utilizadores vulneráveis, em razão da idade e da falta de capacidade de reconhecimento dos perigos e riscos associados ao uso das novas tecnologias de informação. Neste sentido, se, por um lado, a título exemplificativo, estes “nativos digitais”⁴ recorrem à Internet como uma ferramenta “inofensiva” de compras ou de acesso rápido e fácil à informação, por outro lado, estão à distância de um clique de acederem a serviços que, as mais das vezes, são um terreno armadilhado. O uso do ciberespaço, designadamente das redes sociais, poderá representar um verdadeiro palco para o cometimento de crimes, nomeadamente de cariz sexual.⁵ Ora, é neste contexto que configuramos as crianças, em razão das suas fragilidades, como potenciais vítimas de condutas criminosas.

¹Cf. Eurostat Regional Yearbook, 2023 edition, p. 104 (nossa tradução).

² LUSA, 2023.

³ Segundo o disposto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, “(...) criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”

⁴ Conceito utilizado pela primeira vez por PRENSKY, 2001, p. 1, para caraterizar o domínio nato da linguagem digital pelos jovens (nossa tradução).

⁵ Neste sentido, cf. RODRIGUES, 2011, p. 265.

Assim, tendo o Direito Penal um papel de intervenção subsidiária e sopesando o direito à liberdade e a segurança digital do menor, é de aplaudir a preocupação do legislador em positivar no Código Penal Português crimes que têm por base a utilização da Internet. Nesta senda, concordamos com a ideia de que “quanto mais importante for o bem jurídico, (mais ligado ao respeito pela dignidade humana) mais abrangente deverá ser a sua tutela penal”^{6/7}. Nestes termos, a criança enquanto titular de direitos fundamentais, entre os quais se destaca o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, carece, em especial, de uma tutela reforçada, no domínio da sua sexualidade. Tal preocupação encontra-se espelhada na nossa lei, em particular, por via da previsão do crime de aliciamento de menores para fins sexuais, disposto no art. 176.º-A do CP.

Neste âmbito, como veremos mais à frente, a figura do aliciamento, comumente designado por *child grooming* ou *online grooming* traduz-se, em traços gerais, num processo em que o adulto desenvolve, propositadamente, uma conexão emocional com uma criança, de modo a persuadi-la a ter um encontro sexual real ou virtual.⁸ Para o efeito, é recorrente a criação, nestas relações virtuais, de perfis online com falsas informações. Nas palavras de RODRIGO RIOS e SÓLON LINHARES, traduz-se num

*(...) método de persuasão o qual se vale de técnicas de manipulação psicológica com o fito de reduzir a ténue expressão da vontade infantil, uma vez que a criança é induzida gradualmente a vencer as resistências, até admitir como normais relações sexuais entre adultos e menores.*⁹

Neste particular, face aos potenciais riscos a que as crianças estão sujeitas, aliada à tutela penal, parece-nos também imperioso apontar à sociedade, designadamente, aos pais e à comunidade escolar, a necessidade de um acrescido acompanhamento e colaboração na educação digital dos menores, de modo a combater este tipo de criminalidade.

⁶ CUNHA, 2017b, p. 403 (nota 19). Para um maior aprofundamento sobre o tema – CUNHA, 1995, pp. 427 e ss.

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o bem jurídico, veja-se o subcapítulo 2 do Capítulo III.

⁸ Definição baseada na conceção de *grooming*, por PLANKEN, 2015, p. 20.

⁹ RIOS & LINHARES, 2014, p. 245.

II. Enquadramento Jurídico-Legal

Antes de adentrarmos na análise dogmática do crime de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. nos termos do disposto no art. 176.º-A do CP, cabe-nos tecer umas breves considerações sobre os contributos dos instrumentos jurídicos internacionais e europeus que serviram de base à presente norma incriminadora.

Desde logo, cumpre ressaltar, a par das diversas disposições que reconhecem a necessidade vital de conceder proteção às crianças em variados domínios, o papel pioneiro, em matéria de direitos das crianças, da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada por Portugal, em 1990, mormente, o seu art. 34º ao dispor que “Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e de violência sexual”. Nas palavras de JODETE FÜLLGRAF,

[a] Convenção teve por objetivo reunir em um único documento as diferentes medidas internacionais de proteção à criança, representando um forte instrumento inovador, internacionalmente reconhecido, dos direitos das crianças, sendo assim um marco fundamental no percurso da construção e definição de um estatuto digno para todas as crianças.¹⁰

Para o que ora releva, invoca-se também o papel fundamental da Convenção de Lanzarote, assinada por Portugal, em 2007, na introdução do crime de aliciamento. Neste particular, dispõe o art. 23º que,

Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infracção penal o facto de um adulto propor de forma dolosa, através de tecnologias de informação e comunicação, um encontro a uma criança que não tenha atingido a idade estabelecida em aplicação do n.º 2 do artigo 18.º, com a finalidade de cometer nesse encontro qualquer uma das infracções estabelecidas em conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º ou com a alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º, desde que essa proposta seja seguida de actos materiais que visem a tal encontro.

Da sua leitura, resulta claro que o seu propósito se prende, essencialmente, com o uso cada vez mais precoce das novas tecnologias de informação pelas crianças aliado ao aumento exponencial do cometimento de crimes sexuais via online.¹¹ Assim, ao abrigo deste artigo insta-se as Partes a criminalizar os contatos estabelecidos, dolosamente, entre um adulto e uma criança, através de meios tecnológicos, com o desiderato de abusar

¹⁰ FÜLLGRAF, 2001, pp. 26 e 27.

¹¹ Neste sentido, WHYTE, 2014, pp. 79 a 82.

sexualmente desta ou de produzir conteúdo pornográfico. Todavia, a Convenção apenas impõe a criminalização no caso de a proposta ser seguida de atos materiais tendentes ao encontro.

Ainda no plano supranacional, o aditamento do art. 176.º-A do CP resulta, sobretudo, da transposição da Diretiva n.º 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual das crianças e a pornografia infantil, que veio substituir a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho. Dispõe o art. 1º que,

*a presente diretiva estabelece regras mínimas relativas à definição dos crimes e sanções no domínio do abuso sexual e da exploração sexual de crianças, da pornografia infantil e do aliciamento de crianças para fins sexuais. Introduz igualmente disposições para reforçar a prevenção desse tipo de crimes e a protecção das suas vítimas.*¹²

A referida Decisão-Quadro prosseguia o mesmo desiderato. Todavia, para o que aqui releva, não se encontrava positivada qualquer disposição centrada na questão do aliciamento ao contrário do disposto na Diretiva.¹³

Para o efeito, destacam-se os considerandos 12 e 19 da presente Diretiva ao reforçar a necessidade de os Estados-Membros penalizarem “ (...) de forma eficaz, proporcionada e dissuasiva (...)” o aliciamento de menores para fins sexuais no

(...) contexto da Internet, na medida em que esta confere aos utilizadores um anonimato sem precedentes e, portanto, uma oportunidade para esconderem a sua verdadeira identidade e as suas características pessoais, como, por exemplo, a idade (...).

Em concreto, estipula-se no seu art. 6º que,

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que os seguintes comportamentos intencionais sejam puníveis: A proposta de um adulto, feita por intermédio das tecnologias da informação e da comunicação, para se encontrar com uma criança que ainda não tenha atingido a maioridade sexual, com o intuito de cometer um dos crimes referidos no artigo 3.º, n.º 4, e no artigo 5.º, n.º 6, se essa proposta for seguida de actos materiais conducentes ao encontro, é punível com uma pena máxima de prisão não inferior a um ano.

2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que seja punível a tentativa de cometer, por meio das tecnologias da informação e da comunicação, os crimes previstos no artigo 5.º, n.º 2 e 3, por um adulto que alicie

¹²Diretiva 2011/93/UE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0093>, consult. em 15/11/2023.

¹³ BARATA, 2021, p. 85 (nota 15).

*uma criança que não tenha atingido a maioridade sexual a disponibilizar pornografia infantil representando essa criança.*¹⁴

Nesta senda, a Diretiva não impõe o modo como os Estados-Membros devem criminalizar estas condutas nos seus ordenamentos jurídicos.¹⁵ Deste modo, foi-lhes atribuído uma ampla margem de discricionariedade, que se espelhou, na nossa ordem jurídica, no aditamento de um preceito autónomo no CP.

III. Análise do Tipo Legal de Aliciamento de Menores Para Fins Sexuais

1. Considerações Introdutórias

É de crucial interesse, para melhor compreensão do presente tema, focarmo-nos agora, na análise do bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador, atendendo à significativa evolução do direito penal sexual. Posto isto, uma vez chegados à conclusão quanto ao bem jurídico protegido, pretendemos descortinar o conceito de aliciamento à luz do mesmo.

2. Bem Jurídico Protegido

Como ensina FIGUEIREDO DIAS, o bem jurídico é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.¹⁶ Por sua vez, TAIPA DE CARVALHO define como “os valores considerados, pelos *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”.¹⁷

A noção de bens jurídico-penais não reúne consenso na doutrina, contribuindo para tal, a constante mutabilidade histórico-social. Assim, revela-se impossível subsumi-lo a um conceito firme e fechado.¹⁸ Todavia, é pacífico afirmar que, para que a um bem jurídico seja reconhecida dignidade penal, este deverá ter respaldo em valores fundamentais. Por sua vez, para que a violação deste desencadeie uma intervenção

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sobre o modo de transposição da Diretiva em alguns ordenamentos jurídicos, ver ABRANTES, 2016, pp. 22 a 24; BARATA, 2021, pp. 86 a 90.

¹⁶ DIAS, 2019, p. 130.

¹⁷ CARVALHO, 2022, p. 60.

¹⁸ DIAS, 2019, p. 130.

punitiva não bastará a sua mera ofensa, sob pena de se estar a coartar direitos fundamentais, sem legitimidade para tal, à luz do n.º 2 do art. 18º da CRP. Na verdade, atentando à natureza subsidiária do direito penal, este apenas deverá intervir em *ultima ratio*, ou seja, se inexistir ou for insuficiente “[o recurso] de outros meios sociais ou jurídicos (...) para uma proteção eficaz destes bens jurídicos com dignidade penal”.¹⁹

Em matéria de criminalidade sexual, em sintonia com as imposições dos instrumentos supranacionais, o bem jurídico tutelado foi-se alterando consoante as mutações das concepções sociais e culturais da sociedade portuguesa. Neste sentido, acompanhamos as palavras de CONCEIÇÃO CUNHA quando afirma que “(...) o desenho típico e a inserção sistemática dos crimes sexuais espelham de modo muito impressivo o tipo de sociedade, as suas valorações e o seu estágio evolutivo”.²⁰

Nesta senda, é de notar que, previamente à reforma do CP de 1995, que alterou substancialmente a inserção dos crimes sexuais, no CP de 1886 e na versão originária do CP de 1982, “(...) estávamos perante interesses penalmente relevantes, de natureza supra-individual, em que o Estado emprestava o seu *ius imperium* a uma dada ‘moral sexual’”²¹, ou seja, os crimes sexuais “(...) eram considerados como crimes contra os “fundamentos ético-sociais da vida social” relacionados com os “sentimentos gerais de moralidade sexual (...)”²² Contudo, como refere a mesma Autora

*[n]uma sociedade democrática, pluralista, a intervenção penal no âmbito da sexualidade, atentos os princípios da dignidade e necessidade penal (...), não poderia fundamentar-se na imoralidade de uma conduta, mas sim na perturbação da liberdade e autodeterminação sexual, bens de nível constitucional, insitos no direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (...).*²³

Deste modo, acompanhando COSTA ANDRADE, sufragamos a posição de considerar ilegítimo o “(...) recurso ao Direito Penal como meio de estabilização contrafáctica das normas de uma qualquer moralidade”.²⁴

É, nesta sede que, a nosso ver, face à obsolescência que caracterizava o código, andou bem o legislador com a reforma de 1995 do CP ao romper com a “concepção moralista” assente na virtude e nos bons costumes, em favor da liberdade e autodeterminação sexual,

¹⁹ CARVALHO, 2022, p. 65.

²⁰ CUNHA, 2017a, p. 347.

²¹ LAMAS LEITE, 2016, p. 62.

²² CUNHA, 2017a, p. 347.

²³ CUNHA, 2016, pp. 134 e 135.

²⁴ ANDRADE, 2004, p. 387.

nas suas dimensões positiva e negativa, enquanto bens eminentemente pessoais.²⁵ Com efeito, esta mudança de paradigma refletiu-se na inserção sistemática dos crimes sexuais no capítulo referente aos “crimes contra as pessoas”, ao invés de os enquadrar nos “crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”.²⁶

Em sentido amplo, a liberdade sexual na sua vertente positiva resume-se “(...) na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”²⁷, enquanto, a vertente negativa traduz-se *a contrario* “no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância.”²⁸ Todavia, parece-nos lógico que a intervenção do direito penal deverá circunscrever-se apenas às condutas que coloquem em perigo o respetivo bem jurídico, sob pena de se verificar uma ingerência indesejável no mesmo.

O atual CP dividiu o capítulo V- Dos Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em duas secções: a secção I dedicada aos crimes contra a liberdade sexual e a secção II aos crimes contra a autodeterminação sexual. O estudo da presente divisão demonstra-se fulcral para um melhor entendimento sobre o bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador em discussão, visto que não podemos interpretar literalmente as respetivas epígrafes para efeitos de concretização do bem jurídico em causa.²⁹ Assim, em traços gerais, resume FIGUEIREDO DIAS que

*a secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de todas as pessoas, sem fazer acepção de idade; enquanto a secção II estende essa protecção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é uma criança ou um menor de certa idade.*³⁰

Com efeito, podemos concluir que, os crimes contra a liberdade sexual aplicam-se universalmente, seja qual for a idade, embora se tenha em consideração as agravantes previstas nos n.ºs 7 e 8 do art. 177º do CP, no caso de as vítimas serem menores de 16 ou 14 anos, respetivamente³¹, enquanto, os crimes contra a autodeterminação sexual visam o “direito à protecção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento que, pelas

²⁵ Ponto 7 do Preâmbulo do CP de 1995.

²⁶ CP de 1982.

²⁷ ALFAIATE, 2009, p. 86.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ DIAS, 2012, p. 711.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ CUNHA, 2017a, p. 353.

suas características [do menor], é carecida de tutela jurídica”^{32/33}, ou seja, como veremos *infra*, a seção II visa proteger o livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual, a par da liberdade e autodeterminação sexual.³⁴

Neste particular, em sentido inverso ao previsto na seção I, as condutas criminalizadas na seção II pressupõem relacionamentos sexuais sem violência, ameaça grave ou dissentimento.³⁵ Todavia, o busílis da questão reside no facto de estas condutas, aparentemente livres e consentidas pelo menor, serem suscetíveis de prejudicar o seu livre desenvolvimento, por se considerar que ainda lhe falta a capacidade para consentir e, consequentemente, exercer de forma plena a sua liberdade sexual.³⁶ No que concerne ao reconhecimento da capacidade de consentimento do menor para a prática de atos sexuais, o legislador graduou esta aquisição consoante a idade. Em regra³⁷, quanto aos menores de 14 anos opera uma proteção absoluta, logo, há uma total ausência de capacidade para consentir em relacionamento sexuais³⁸ e, entre os 14 e os 18 anos, conferiu uma proteção relativa, ao reconhecer ao menor uma gradual “capacidade de, por si só, decidir da sua vida sexual, embora vedando-lhe ainda determinadas condutas”.³⁹

Indissociavelmente ligada à faixa etária dos menores, a vulnerabilidade biopsicológica característica do período da adolescência justifica este reforço da tutela penal. Assim, afigura-se essencial compreender que a maturidade, ao se encontrar em desenvolvimento, vai condicionar o momento do reconhecimento da plena capacidade para consentir na prática de determinados atos sexuais.⁴⁰

CONCEIÇÃO CUNHA, nesta senda, adianta que,

*Se os adolescentes podem ter já adquirido muitos conhecimentos, nomeadamente no domínio da sexualidade, tal não significa que tenham maturidade para tomar decisões conscientes, ponderadas e livres. Há diferenças nos ritmos de maturação do sistema emocional e cognitivo, havendo, durante a adolescência, uma forte ativação do sistema emocional e límbico e imaturidade (...) o que se traduz em impulsividade (...) e maior vulnerabilidade a influências externas (...).*⁴¹

³² LOPES, 2008, p. 115.

³³ Esta tutela não se encontra ausente de críticas, apontando-se o receio de um eventual retorno ao direito penal sexual da moralidade. Veja-se para o efeito, ANTUNES, 2008, p. 208.

³⁴ DIAS, 2012, p. 711; ANTUNES, 2005, p. 58.

³⁵ CUNHA, 2016, p. 146.

³⁶ CUNHA, 2017a, p. 353.

³⁷ Para ALFAIATE, 2009, p. 90 “nem todas as condutas sexuais praticadas por menores de catorze anos põem de algum modo em perigo o seu livre desenvolvimento ao nível sexual”. No mesmo sentido, CUNHA, 2017a, p. 372, invocando que “se estiverem em causa relações paritárias, não abusivas, sem que haja posições de domínio, não deverá o Direito Penal intrometer-se”.

³⁸ DIAS, 2012, p. 834; CUNHA, 2017a, pp. 353 e 354.

³⁹ DIAS, M., 2011, p. 214.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 211.

⁴¹ CUNHA, 2017a, p. 371.

Explicitada esta diferenciação entre o bem jurídico tutelado nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, resta-nos analisar, em harmonia com as conclusões *supra*, o bem jurídico tutelado pelo crime de aliciamento de menores para fins sexuais, aditado pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto e inserido na seção II do capítulo V do CP.

Como vimos anteriormente, quer a nível europeu quer internacional tem-se vindo a observar uma crescente preocupação com o fenómeno da criminalidade sexual cometida através das TIC, justificada pelo seu uso crescente e intensivo por parte dos menores e, simultaneamente, por se revelar “(...) um ambiente (...) muito apelativo para potenciais pedófilos e agressores sexuais, que também aí encontram o necessário secretismo, assim como a possibilidade de ocultarem a sua verdadeira identidade.”⁴²

Nestes termos, a presente norma, ao visar punir o agente, que, sendo maior, alicia, por meio das TIC, o menor para encontro visando a prática dos atos previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171º e alíneas a), b) e c) do n.º 1 do art. 176º, ambos do CP, demonstra a preocupação do legislador em

*(...) proteger a vulnerabilidade das crianças, que ainda não possuem maturidade para consentir livremente neste tipo de consumos (de material pornográfico), exposição do seu próprio corpo e relacionamentos sexuais, considerando-se que estas intromissões são suscetíveis de prejudicar o livre desenvolvimento da sua personalidade.*⁴³

É neste sentido que a doutrina majoritária⁴⁴ quanto ao bem jurídico o qualifica como um crime de perigo abstrato, ou seja, “o tipo não inclui a colocação em perigo do bem jurídico, mas o perigo constitui o motivo da incriminação”.⁴⁵ Assim, consideramos o *child grooming* um processo, no qual o agente estabelece uma ligação emocional com o menor, recorrendo, normalmente, a artifícios, que, aliados à diminuída maturidade, à ingenuidade e à impulsividade na tomada de decisões, sem ponderação dos seus riscos, o coloca numa situação de vulnerabilidade, com o fito de, em última instância⁴⁶, realizarem-se encontros de cariz sexual. Esta situação leva-nos a defender que estas comunicações virtuais de pendor sexual, baseadas num processo de sedução, por vezes subtil, são, de *per si*,

⁴² CUNHA, 2017b, p. 404.

⁴³ *Ibidem*, p. 405.

⁴⁴ Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2022, p. 790; CUNHA, 2017b, p. 411.

⁴⁵ ALBUQUERQUE, 2022, p. 122. Sobre a distinção entre crimes de perigo e crimes de dano, veja-se CARVALHO, 2022, pp. 305 e 306.

⁴⁶ Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2022, p. 790 classifica-o como um crime de ato cortado, ou seja, “o tipo contém uma intenção (“visando”) de realização de um resultado que não faz parte do tipo (...). Portanto, não é necessária a verificação do resultado, basta que o agente tenha essa intenção.”

suscetíveis de colocar em perigo o bem jurídico do livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na sua esfera sexual.⁴⁷ Consideramos, portanto, legítima esta antecipação da tutela penal, designadamente, na prevenção da prática de atos sexuais de relevo ou de atos pornográficos com menores, cuja personalidade se encontra, ainda, em desenvolvimento, sendo mais suscetíveis de ser ludibriados no ciberespaço.

Não obstante aplaudirmos esta neocriminalização, somos crítica, como veremos adiante, da falta de concretização dos conceitos de “aliciamento” e de “atos materiais conducentes ao encontro”, não olvidando, por fim, a problemática da articulação da presente norma com outros tipos legais de crime.

3. A Problemática do Aliciamento

Nos termos do n.º 1 do art. 176.º-A do CP, é punido com pena de prisão até um ano aquele que, sendo maior, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, aliciar menor para encontro visando a prática de atos sexuais de relevo ou de atos de pornografia sexual com menores. Contudo, se o aliciamento for seguido de atos materiais conducentes ao encontro, a pena agrava-se até dois anos.

É de notar que, o aludido tipo incriminador não define o conceito de aliciamento. Neste sentido, face às dificuldades supranacionais⁴⁸ na concretização deste conceito jurídico, demonstra-se de suma importância, para efeitos de enquadramento e avaliação das condutas a ele subsumíveis, ter em conta os contributos da doutrina.

Segundo ERIK PLANKER, *grooming*,

*é o processo pelo qual alguém estabelece uma ligação emocional com um menor, para conquistar a sua confiança, com o objetivo de abuso ou exploração sexual. (...) Os aliciadores podem utilizar as redes sociais, aplicações de mensagens instantâneas, incluindo aplicações de encontros com adolescentes, ou plataformas de jogos online para se conetarem com o menor.*⁴⁹

⁴⁷ Todavia, podemos problematizar, atendendo ao teor das conversações mantidas entre o agente e o menor ou até dos pedidos levados a cabo por aquele, a possibilidade destas condutas já serem lesivas do bem jurídico do livre desenvolvimento do menor, na esfera sexual. Para o efeito, veja-se as expressões utilizadas pelo agente – “quero ver essas mamas e essa cona”, “tens sexo regularmente?”, “lamber te todinha”, “das pica... das tesão”; “metia te d 4 e enfiava o todo”, “espetar-to todo e lewares cm leitinho na boca” – Ac. TRC de 11/12/2019, Rel. Isabel Valongo, Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1.

⁴⁸ Embora o conceito de aliciamento se encontrar concretizado em determinados ordenamentos jurídicos. Veja-se, a título exemplificativo, o disposto no art. 609-*undecies* do *Codice Penale* italiano, ao considerar como aliciamento “qualquer ato destinado a ganhar a confiança do menor através de artifícios, elogios ou ameaças levados a cabo, inclusivamente, através do uso da *internet* ou de outras redes ou meios de comunicação” – SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 216.

⁴⁹ PLANKER, 2015, p. 20 (nossa tradução).

Neste particular, também, CONCEIÇÃO CUNHA citando SUZANNE OST, considera o *grooming* o “processo através do qual um adulto prepara uma criança...e o ambiente que a rodeia para o abuso desta criança.”⁵⁰ Para o efeito, JOANA BARATA salienta que este processo de “sedução” deve

*(...) ser entendido como um relacionamento no qual o maior estabelece progressivamente uma relação de confiança com o menor; vai criando uma situação de superioridade e de controlo em relação àquele, sendo a sua intenção última a de propiciar as condições necessárias para o abuso.*⁵¹

Com efeito, “esta progressiva construção da relação entre o menor e o agente”⁵² poderá pautar-se, por exemplo, numa fase inicial, pela construção de uma relação de amizade de modo a desenvolver laços de proximidade e de confiança entre ambos e, numa fase posterior, na tentativa de manter esse relacionamento em segredo, convencendo o menor de que se encontra apaixonado e que o (fictício) romance não seria compreendido por outras pessoas.⁵³ Em regra, na formação deste processo, o agente finge uma identidade de modo a ser-lhe mais fácil o contacto com o menor. Uma vez sedimentada essa relação, procede-se à manipulação sexual do menor através, por exemplo, de conversações de teor sexual ou da exposição do menor a material pornográfico, com o fito de se consumir o concreto aliciamento para o encontro sexual real ou virtual.⁵⁴

Acrescentam ainda, alguns Autores, que

*aliciar será todo o comportamento de que se socorre o agente do crime para motivar o menor a encontrar-se com o agressor sexual (promessas de dinheiro, prendas, trabalho (...)) toda a conversa que convença o menor (...) incitamento, seduz o menor; sextortion - ameaça de divulgação de imagens íntimas da vítima – etc).*⁵⁵

Não obstante se conseguir doutrinalmente definir o conceito de aliciamento, suscitam-se ainda algumas questões, designadamente, a de saber em que momento estas comunicações intercetadas entre o agente e o menor constituem um verdadeiro perigo para o bem jurídico, bem como, que tipo de condutas se configuram como conducentes ao encontro.

Nesta senda, JOANA BARATA considera preenchido o conceito de aliciamento e legítima a incriminação das conversações mantidas entre o adulto e o menor, nas quais se

⁵⁰ OST, 2009, p. 37 *apud* CUNHA, 2017b, pp. 403 e 404.

⁵¹ BARATA, 2021, pp. 98 e 99.

⁵² *Ibidem*, p. 99.

⁵³ *Ibidem*; LEAL-HENRIQUES & SIMAS SANTOS, 2023, p. 601.

⁵⁴ CUNHA, 2017b, p. 404.

⁵⁵ LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 304.

visar o encontro, nos casos em que seja possível identificar uma “relação disfuncional e desigual” entre o agente, maior de idade, e o menor, isto é, quando o agente exerce uma posição de domínio que se expressa, entre outros, pela considerável disparidade de idades.⁵⁶ Já nos casos em que o agente e o menor desenvolvem um relacionamento de afetividade e quando não se verifique esta ascendência sobre o menor, o contacto sexual entre eles estaria justificado, não se verificando qualquer perigo para o bem jurídico, contribuindo tais relacionamentos para o saudável desenvolvimento da personalidade do menor.⁵⁷

Neste particular, a Autora, atendendo à redação do tipo legal, pugna pela inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 176.º-A do CP⁵⁸, considerando que “(...) a mera circunstância de um adulto aliciar um menor para um encontro visando a prática de atos sexuais ou para atos pornográficos não é, em si mesmo, danoso para o menor”.⁵⁹ Para além dos casos *supra* referidos, em que não haja uma relação de domínio, mas sim de afeto, a Autora considera, por um lado, que as meras conversações sucedidas de uma eventual proposta de encontro para a prática destes atos “(...) não é mais do que uma *exteriorização de uma vontade*, vontade essa que pode inclusivamente não corresponder a uma *vontade real* do agente”⁶⁰ e, por outro lado, a

(...) circunstância de estas conversas não serem muitas das vezes acompanhadas por um encontro efetivo, nem tão-pouco uma tentativa para que esse encontro se chegue a efetivar (...) e, mesmo tendo intenção de se encontrarem com eles [menores], acabam por não levar avante essa ideia,⁶¹

não consubstanciam por si condutas que revelem uma perigosidade para o bem jurídico protegido que justifique uma dignidade punitiva.⁶²

Já no que concerne ao disposto no n.º 2 do art. 176.º-A do CP, uma vez que há uma materialização das intenções do agente por via da prática de atos conducentes ao encontro, a Autora supracitada considera já se verificar uma “*palpável* ou *real*”⁶³ perigosidade para o bem jurídico (caso se verifique a referida relação de domínio), na medida em que “(...) o agente já demonstrou mais do que uma *mera intenção*, desenvolvendo atos que tornam credível que o encontro se irá realizar e que a proposta por si formulada é *séria*”.⁶⁴

⁵⁶ BARATA, 2021, pp. 99 a 101.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 107.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 108.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 109.

⁶³ *Ibidem*, p. 110.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 109.

Contudo, entende que apenas se tem consumado o presente tipo incriminador na circunstância de “(...) existir recetividade do menor e se verifique que existe envolvimento da sua parte, pois caso contrário não existe sequer um perigo abstrato da lesão do bem jurídico protegido”.⁶⁵

Face ao exposto, acompanhamos o entendimento de que, nos casos em que o agente comunique, através dos meios de tecnologias de informação e de comunicação, com o menor ou, aproveitando-se de um contacto anterior, da sua iniciativa, proponha ou simplesmente aceite encontrar-se com este para fins sexuais, mesmo que estes não se concretizem^{66/67}, revelam-se suscetíveis de preencher o conceito de aliciamento⁶⁸ e, consequentemente, colocam em perigo o bem jurídico protegido, pois, tal como afirma SANHUDO e CAMPANÁRIO

*o preenchimento do conceito “aliciar” deve, neste contexto, aferir-se do prisma da sua perigosidade abstrata objetiva. Não é portanto, relevante se, subjetivamente, a vítima se sentiu aliciada, atraída pelo agente ou mesmo tentada a consentir um encontro.*⁶⁹

Logo, o que releva para o efeito, é determinar se aquela conduta abstratamente tem potencial para seduzir o menor para um encontro físico ou virtual para a prática de atos sexuais, sendo irrelevante se o aliciamento teve êxito ou não e se o menor foi recetivo⁷⁰, o qual, as mais das vezes se encontra manipulado e incapaz de avaliar os perigos inerentes a estas condutas, em razão da vulnerabilidade típica da idade. Neste sentido, também, somos crítica da conceção da Autora ao considerar que as relações sexuais entre o agente e o menor, ao abrigo de uma relação de afetividade, não são prejudiciais para o menor, pelo facto da Autora se referir ao menor, em sentido amplo, sem atender à idade, pois, tratando-se de menor de 14 anos, a lei confere uma proteção absoluta no que respeita a relacionamentos sexuais com adultos e, para os maiores de 14 anos, embora confira uma proteção relativa, a verdade é que há contactos de cariz sexual que lesam o livre desenvolvimento do menor, na esfera sexual, mesmo que pré-exista uma relação de afeto. Com efeito, abordaremos essa questão mais adiante, quando tratarmos da relação entre o art. 176.º-A e os arts. 172º e 173º, ambos do CP.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 115.

⁶⁶ SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 219.

⁶⁷ Segundo LAMAS LEITE, 2016, p. 71, trata-se de um “(...) crime formal ou de mera atividade, que se consuma, por isso, com a mera tentativa de combinar um encontro com um menor com esses desideratos ilícitos (não se exige que o encontro efectivamente se concretize) (...)”.

⁶⁸ SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 219.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 221.

⁷⁰ *Ibidem*.

No que diz respeito à vontade do agente, parece-nos evidente que, na circunstância do maior expressamente demonstrar uma vontade de praticar atos ou encetar conversações com o menor, de natureza sexual, torna-se clara a prova do aliciamento e da intenção do agente, desde logo, através da prova documental destas conversações. Contudo, a problemática da prova da intenção do agente suscita-se quando a conversa não contém um teor sexual ou uma demonstração clara da intenção do agente na prática destes atos. É neste âmbito que se deverá, porventura, chamar à colação a prova indiciária.⁷¹

Por fim, o aliciamento constitui uma forma agravada do crime quando configura já a realização de atos materiais conducentes ao encontro entre o agente e o menor. Com efeito, a doutrina⁷² e a jurisprudência⁷³ têm tido um papel importante na concretização deste conceito, dando como exemplos, a reserva de um quarto de hotel, a compra de um bilhete para se deslocar ao local de encontro com o menor ou enviar-lhe dinheiro para o efeito ou a entrega de um computador para encontros virtuais visando gravações pornográficas. Assim, compreenderá, nas palavras de LOPES e MILHEIRO, “(...) todo e qualquer ato que materialize o assédio a que o menor está a ser sujeito”.⁷⁴

4. Tecnologias de Informação e de Comunicação

O tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais caracteriza-se por ser um crime de execução vinculada, ao exigir o recurso às tecnologias de informação e de comunicação pelo agente para perpetrar as condutas aí descritas.⁷⁵

Contudo, não existindo uma definição normativizada pelo legislador, cabe-nos tecer umas breves considerações acerca do mesmo, por se reportar como um meio insidioso que legitima a presente incriminação. Para o efeito, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS define-as como

(...) todos os meios técnicos usados para tratar a informação e auxiliar na comunicação, o que inclui o hardware de computadores, rede, telemóveis (...). Através da internet, novos sistemas de comunicação e informação foram criados, formando uma verdadeira rede. Criações como o e-mail, o chat, os fóruns, a agenda

⁷¹ *Ibidem*, pp. 222 a 224; BARATA, 2021, pp. 113 e 114. Para uma vertente prática, veja-se Ac. TRL de 18/12/2019, Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3, Rel. João Lee Ferreira.

⁷² SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 229; LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 305.

⁷³ Ac. TRL de 11/12/2019, Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1, Rel. Isabel Valongo; Ac. TRL de 18/12/2019, Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3, Rel. João Lee Ferreira.

⁷⁴ LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 305.

⁷⁵ SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 213; LAMAS LEITE, 2016, p. 71; FREITAS, 2019, p. 85; LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 303.

*de grupos online (...), as redes sociais, entre outros, revolucionaram os relacionamentos humanos.*⁷⁶

Neste sentido, sendo a Internet, designadamente, as redes sociais e os *chatrooms*⁷⁷ um meio preferencial de comunicação, que tem evoluído constantemente no sentido de facilitar o contato entre as pessoas, tendo ainda o benefício de fazê-lo de forma anónima, revela-se um terreno fértil ao cometimento de crimes sexuais com menores que em virtude da sua vulnerabilidade e do carácter apelativo destes meios, torna-os mais propícios de serem vítimas. É neste contexto que, SANHUDO e CAMPANÁRIO apresentam como solução o recurso pelo legislador da técnica dos exemplos-padrão de modo adensar este conceito indeterminado.⁷⁸

5. Aliciamento para Ato Sexual de Relevô

A previsão legal do crime de aliciamento de menores para fins sexuais abrange a hipótese típica em que o agente, socorrendo-se das TIC, alicia o menor para encontro visando o cometimento dos atos previstos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171º do CP. Neste sentido, sendo a vítima menor de 14 anos, a prática destes atos consubstancia-se num crime de abuso sexual de crianças. Todavia, tendo a vítima uma idade compreendida entre os 14 e os 18 anos o tratamento jurídico será distinto como se verá mais adiante. Desta feita, centremo-nos por agora no aliciamento de menores de 14 anos.

5.1. Aliciamento de Menores de 14 anos

No que concerne aos menores de 14 anos, diz-nos PINTO DE ALBUQUERQUE que o “aliciamento é um ato de execução do tipo objetivo do abuso sexual de crianças (...), convertido em elemento típico.”⁷⁹

O crime de abuso sexual de crianças foi introduzido com a Reforma do CP de 1995 e, por isso, como já vimos, exclui-se qualquer conotação moralista, passando os crimes sexuais a tutelar bens jurídicos pessoais. Em sùmula, podemos definir o abuso sexual de crianças como qualquer interação entre o agente e o menor que, por via da sua instrumentalização, visa estimular-se e satisfazer-se sexualmente. Para tal, o agente do

⁷⁶ LEAL-HENRIQUES & SIMAS SANTOS, 2023, pp. 600 e 601.

⁷⁷ Incluir-se-ão no conceito em análise, por exemplo, o Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat, SMS ou MMS, chamadas telefônicas e emails – SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 214.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 214 e 215.

⁷⁹ ALBUQUERQUE, 2022, p. 790.

crime aproveita-se de uma posição de superioridade em relação ao menor e, por conseguinte, da sua imaturidade ou até, por exemplo, da sua relação de dependência para alcançar os seus intentos.⁸⁰

Neste sentido, o crime de abuso sexual de crianças lesa gravemente o livre e pleno desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual, uma vez que estes contatos sexuais com menores, em menores ou por menores implicam uma exploração da falta de capacidade de se autodeterminar sexualmente, inerente à minoridade.⁸¹ Deste modo, acompanhando as palavras de PAULO GUERRA, “o menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser um sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projectada ou construída”⁸² na medida em que o abuso sexual, enquanto fonte de traumas físicos e psicológicos⁸³, irá condicionar o direito a uma infância plena e sem ingerências que, por conseguinte, interferirá na construção da sua personalidade. Para esse efeito, o legislador fixou como limite etário os 14 anos, presumindo que, em harmonia com as considerações *supra*, o menor de 14 anos ainda não teria capacidade para consentir de forma livre e esclarecida no relacionamento sexual.

Cumpre, ao abrigo do disposto no art. 171º do CP, compreender, sumariamente, que tipo de ações são consideradas lesivas para o bem jurídico protegido.

Neste particular, o conceito de “ato sexual de relevo” corresponde ao elemento central do tipo objetivo da presente norma incriminadora.⁸⁴ Todavia, a sua definição não é pacífica na doutrina existindo distintas interpretações.⁸⁵ Com efeito, a doutrina tem vindo a dar prevalência à interpretação objetivista, considerando o ato sexual como

*todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objectivo e segundo uma compreensão natural, assume uma **natureza**, um **conteúdo** ou um **significado** directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica.*⁸⁶

No entanto, ressalta ainda; e a nosso ver bem, a desnecessidade de se verificar a intenção libidinosa do agente, enquanto critério a atender para a sua definição.⁸⁷ Destarte,

⁸⁰ Neste sentido, GUERRA, 2006, *et al.*, pp. 40 e 41; LEITE, 2004, pp. 41 a 43.

⁸¹ “Pretende-se proteger o desenvolvimento sexual das crianças, preservando-as do envolvimento prematuro em atividades sexuais” – MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, p. 818; LOPES & MILHEIRO, 2023, pp. 193 e 194.

⁸² GUERRA, 2006, *et al.*, p. 43.

⁸³ Para mais desenvolvimentos sobre o impacto do abuso sexual nos menores, ver MANITA, 2003, pp. 238 e ss.

⁸⁴ DIAS, 2012, p. 718.

⁸⁵ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria – *Ibidem*, pp. 718 e 719.

⁸⁶ *Ibidem*; ALBUQUERQUE, 2022, p. 724.

⁸⁷ DIAS, 2012, p. 719; ALFAIATE, 2009, p. 37.

o legislador exige que o ato sexual seja de relevo, logo, apenas punirá as condutas que constituam uma ofensa intensa e grave à intimidade e liberdade sexual.⁸⁸ Assim, na esteira de FIGUEIREIDO DIAS é de excluir-se os atos “insignificantes ou bagatelares” e os que não representem um “entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima”.⁸⁹ A este propósito, há que os distinguir dos contactos de natureza sexual, que embora sejam praticados sem anuência da vítima não atentam com a mesma gravidade contra o bem jurídico como o ato sexual de relevo.⁹⁰ O contacto de natureza sexual pode incluir, a título exemplificativo, um “apalpão” ou a fricção em partes do corpo da vítima. Por seu turno, no ato sexual de relevo poder-se-á enquadrar os toques em partes íntimas do corpo, por baixo da roupa, ou um beijo lingual. Apesar da fronteira entre estes atos suscitarem diversos entendimentos, consideramos necessário, para o efeito, atender-se à duração, intensidade e zona corporal do toque.⁹¹

Por sua vez, o n.º 2 da presente norma prevê uma agravação da moldura penal caso o ato sexual de relevo consista em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes de corpo ou objetos.⁹² Neste particular, estaremos perante atos sexuais de especial relevo por serem suscetíveis de atentar com maior gravidade e intensidade contra o desenvolvimento sexual.⁹³

Contudo, embora não seja tema do presente excursus, cumpre salientar que somos defensores da aplicação deste preceito legal não só nos casos em que o menor de 14 anos “consente” no relacionamento sexual com o agente⁹⁴, sendo tal consentimento irrelevante, como também, na eventualidade deste constranger por qualquer meio o menor ou de este dissentir, onde, aparentemente, se aplicaria o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º do CP, agravado em razão da idade, pelo n.º 8 do art. 177º do CP. No entanto, esta solução, atendendo às molduras legais, levaria a uma punição inferior à prevista nos n.ºs 1 e 2 do art. 171º do CP, o que nos parecia errado, na medida em que o dissentimento da vítima iria ser menos valorado que o “suposto” consentimento.⁹⁵

⁸⁸ MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, pp. 783 e 784; LEITE, 2011, p. 70.

⁸⁹ DIAS, 2012, pp. 719 e 720.

⁹⁰ CUNHA, 2022b, pp. 134 e 145; DIAS, 2012, p. 720.

⁹¹ Para mais desenvolvimentos sobre esta distinção ver CUNHA, 2022a, pp. 6 e 7; DIAS, 2012, p. 720.

⁹² Sobre a concretização destes conceitos, veja-se DIAS, M., 2011, pp. 224 a 228; MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, pp. 791 a 794; LEAL-HENRIQUES & SIMAS SANTOS, 2023, pp. 482 e 483.

⁹³ PEREIRA & LAFAYETTE, 2014, pp. 483 e 484.

⁹⁴ PRAIA, 2020, p. 66.

⁹⁵ Neste sentido, CUNHA, 2016, pp. 152 a 156. Nos casos em que o agente recorre à violência ou ameaça grave em relação ao menor de 14 anos, o legislador já previu uma moldura mais gravosa pela conjugação do n.º 1 do art. 163º ou 164º, com o n.º 8 do art. 177º, ambos do CP – CUNHA, 2016, p. 156 (nota 99).

Embora se compreenda a proteção conferida aos menores de 14 anos, a consagração do crime de aliciamento de menores para fins sexuais veio criar problemas jurídicos no que respeita à sua articulação com o art. 171º do CP.

5.2 Articulação entre o Artigo 176.º-A e o Artigo 171º do CP

Segundo SANHUDO e CAMPANÁRIO “compreender as relações entre o tipo previsto no artigo 176.º-A do CP e o previsto no artigo 171º, n.ºs 1 e 2, ambos do CP, implica atender às diferentes fases de execução do crime (...).”⁹⁶ A este propósito, destacamos, desde já, que vozes da doutrina equacionam como desnecessária a autonomização da criminalização do aliciamento de menores para fins sexuais. Para o efeito, atendendo ao quadro legislativo jurídico-penal anterior à entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, que introduziu o art. 176.º-A do CP, considerava-se que o menor de 14 anos face a um aliciamento, por via das TIC para encontros sexuais, não se encontrava protegido, mas somente em caso de tentativa de abuso sexual nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 171º do CP em conjugação com os arts. 22º e 23º do CP.⁹⁷ Nesta senda, CONCEIÇÃO CUNHA demonstrava-se reticente em considerar o aliciamento uma tentativa do presente crime por não se configurar como um verdadeiro ato de execução.⁹⁸ Deste modo, perante tal lacuna, urgia a necessidade de criminalização destes aliciamentos.

Com efeito, não obstante o crime de aliciamento de menores para fins sexuais ter vindo a ser introduzido pela lei *supra*, a verdade é que, também, o art. 171º do CP sofreu alterações⁹⁹ no sentido de prever na alínea a) do seu n.º 3 uma remissão para os atos tipificados no art. 170º do CP, entre eles, a formulação de propostas de teor sexual. Neste sentido, podemos equacionar se a previsão do aliciamento já se encontraria consagrada nas propostas de teor sexual¹⁰⁰, visto que traduzem uma sugestão, convite ou desejo para a prática de atos sexuais, por via de uma mensagem sexualizada e formulada por qualquer meio, entre eles, por meios de comunicação à distância.¹⁰¹

Ademais, dispendo a lei que quem importunar menor de 14 anos formulando propostas de teor sexual é punido com uma pena de prisão até três anos, revela um grau de punição mais severo e, por consequência, uma maior proteção do menor,

⁹⁶ SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 232.

⁹⁷ CUNHA, 2017b, pp. 410 e 411.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Resultantes da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto que ampliou o âmbito incriminatório do art. 170º do CP.

¹⁰⁰ CUNHA, 2017b, p. 412; BARATA, 2021, p. 121.

¹⁰¹ CAEIRO & FIGUEIREDO, 2016, p. 270.

comparativamente com as molduras penais previstas no art. 176.º-A do CP, cujo limite máximo é de dois anos e, para tal, seria necessário que o aliciamento fosse seguido de atos materiais conducentes ao encontro. Neste sentido, consideramos que o destaque dado pelo legislador ao aliciamento por meios tecnológicos, em razão da sua perigosidade, não vingou e que a sua autonomização, relativamente a menores de 14 anos, era prescindível.

No que respeita à exigência legal da importunação da vítima cabe-nos fazer uma brevíssima referência dada a remissão da alínea a) do n.º 3 do art. 171º do CP para o art. 170º do CP. Neste particular, consideramos que será de repensar a formulação do tipo legal, visto que a atual solução de exigir a importunação do menor de 14 anos revela-se incoerente e não se coaduna com o desiderato da proteção do livre desenvolvimento do menor, em particular na esfera sexual, pois atendendo à presumível falta de maturação do menor este não terá capacidade para agir livre e conscientemente no campo sexual.¹⁰²

Face ao exposto, embora não se nos afigure correto tal entendimento, o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. no art. 176.º-A do CP apenas terá interesse prático quando se excluir a aplicabilidade da alínea a) do n.º 3 do art. 171º do CP por não se verificar a importunação do menor.¹⁰³ No entanto, caso interpretemos a “importunação” em sentido amplo, por se considerar que há sempre importunação do menor pelas razões *supra*, então, mais uma vez o aditamento do art. 176.º-A do CP manifestar-se-á como desnecessário.

6. Aliciamento de Menores entre os 14 e os 18 anos

Como foi salientado anteriormente, o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais visa punir o agente que, aliciando menor para encontro, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, vise a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171º do CP. Neste sentido, uma vez analisada a problemática ligada aos menores de 14 anos, debruçamo-nos agora na proteção conferida aos menores entre os 14 e os 18 anos face a estes aliciamentos para encontros sexuais.

¹⁰² DIAS, M., 2011, pp. 230 e 231; CUNHA, 2017b, pp. 412 e 413;

¹⁰³ CUNHA, 2017b, pp. 413 e 414.

6.1. Articulação entre o Artigo 176.º-A e os Artigos 172º e 173º do CP

No que concerne ao aliciamento para fins sexuais de menores entre os 14 e os 18 anos, em particular, entre os 16 e os 18 anos, atenderemos à difícil articulação entre a norma em estudo e os tipos legais que constam da secção II. Tal como defende JOANA BARATA “esta especial dificuldade advém do facto de os menores com mais de 16 anos serem tratados como adultos no que aos restantes crimes sexuais diz respeito”.¹⁰⁴ Apesar do presente estudo ter um cunho marcadamente teórico, para efeitos de exposição do problema partiremos de hipóteses práticas adiantadas pela doutrina. Assim, supondo, por exemplo, que um adulto de 50 anos alicia, via redes sociais, um menor de 16 ou 17 anos para um encontro sexual, que acaba por se concretizar, discutir-se-á a eventual responsabilidade jurídico-penal do agente.^{105/106} Desde logo, uma vez verificados os elementos objetivos e subjetivos do tipo legal, o agente será punido pelo aliciamento, nos termos do n.º 1 ou n.º 2 do art. 176.º-A do CP, consoante se verifique ou não a prática pelo agente de atos materiais conducentes ao encontro.¹⁰⁷ Saliente-se que o agente é maior de 18 anos e a vítima menor de 18 anos.

Todavia, a problemática relaciona-se com a punição da relação sexual consumada. Para tal, há que colocar várias hipóteses. Neste sentido, partindo da premissa de que a vítima teria 16 ou 17 anos, podemos sem delongas excluir a aplicação do disposto no art. 171º do CP, visto que se destina a menores de 14 anos. Por outro lado, hipoteticamente poder-se-ia questionar se o presente caso caberia no âmbito de aplicação do art. 172º do CP, que prevê a punição do abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável. Para o efeito, sem que pretendamos ser exaustivos, há que tecer umas breves considerações sobre o mesmo. A presente norma, introduzida pela reforma de 1995, visa acautelar o livre desenvolvimento da personalidade do menor, entre os 14 e os 18 anos, em particular na esfera sexual, que em razão da idade e da especial relação de dependência ou confiança com o agente carece de uma especial proteção.¹⁰⁸

¹⁰⁴ BARATA, 2021, p. 128.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 129; CUNHA, 2017b, p. 415.

¹⁰⁶ Note-se que os presentes exemplos pressupõem relacionamentos sexuais consentidos. Na hipótese de a vítima ser alvo de violência, ameaça grave ou constrangimento, aplicar-se-ia o disposto nos artigos 163º ou 164º do CP, consoante a natureza do ato.

¹⁰⁷ Suscitando dúvidas quanto à aplicação do tipo legal nos casos de consentimento do menor – BARATA, 2021, pp. 129 e 130.

¹⁰⁸ ANTUNES, 2012, p. 846.

Com efeito, até à Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, a presente norma apenas tutelava os menores que eram vítimas de agentes que abusavam da especial relação estabelecida para educação ou assistência daquele. Desta feita, podíamos concluir que no caso prático vertido a consumação dos atos sexuais não seria punível.

Contudo, esta alteração legislativa, alargando o âmbito incriminatório com o propósito de conferir uma maior proteção à vítima, ampliou o leque de modalidades de ação. Assim, a alínea a) no n.º 1, na sequência da redação originária, pretende tutelar as relações de confiança *supra* a par das responsabilidades parentais e as alíneas b) e c) tutelam “(...) a vítima em situações que a colocam numa posição particularmente vulnerável para ser “alvo” de um agressor sexual.”¹⁰⁹

No caso em concreto, atendendo às hipóteses tipificadas, poderíamos equacionar a eventual aplicação da alínea b) do n.º 1, que pune o abuso das relações de manifesta confiança ou até de influência sobre o menor. Nesta senda, sendo a *ratio* da incriminação a tutela do menor que em virtude da intensa relação ou do domínio psicológico exercido pelo agente o torna mais predisposto a avanços sexuais do agressor¹¹⁰, consideramos como possível a subsunção do *online grooming* no seu âmbito normativo, atendendo às considerações por nós já desenvolvidas sobre a caracterização do processo de aliciamento.¹¹¹ Além disso, o presente tipo incriminador exige que o agente seja maior de idade e a vítima um menor entre os 14 e os 18 anos – o que se verifica na hipótese prática. No entanto, se considerarmos que no presente caso o agente aliciador não abusa de qualquer posição de confiança ou de influência sob o menor, ou se abusa, esta não é manifesta, não será possível preencher alguma das condutas criminalizadas no art. 172º do CP e regressaríamos de novo ao vazio legal *supra* aludido.

Por outro lado, problematiza-se a hipótese de aplicação do disposto no art. 173º do CP, que visa tutelar o livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual, “(...) em face de um processo fraudulento e enganoso de sedução utilizado pelo agente.”¹¹² O tipo objetivo consiste na prática consensual de ato sexual de relevo entre um agente maior de 18 anos e um menor entre os 14 e os 16 anos, com abuso da sua inexperiência.¹¹³ No que concerne à noção de “abuso de inexperiência” são vários os

¹⁰⁹ LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 233.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 233 e 234.

¹¹¹ Em sentido semelhante – *Ibidem*, p. 234.

¹¹² ALBUQUERQUE, 2022, p. 776.

¹¹³ *Ibidem*.

entendimentos e as interpretações dadas. Neste sentido, embora alguns autores¹¹⁴ associem esta (in)experiência ao início da vida sexual do menor ou ao “desconhecimento teórico sobre a sexualidade”¹¹⁵, tendemos a concordar com a posição defendida por CONCEIÇÃO CUNHA no sentido de se dever atender “[à] experiência em sentido global (vulnerabilidade) ao invés da sua identificação com a virgindade da vítima”.¹¹⁶ Todavia, no caso supramencionado, mesmo que considerássemos que existia um abuso de inexperiência, o facto de a vítima ter 16 ou 17 anos obsta à aplicação do art. 173º do CP, visto que o seu âmbito de proteção restringe-se aos menores entre os 14 e os 15 anos. Assim, mais uma vez estaríamos perante um vazio legal no que respeita à punibilidade dos atos sexuais consumados.

Lateralmente, a este propósito, cumpre realçar que o alargamento do tipo legal do art. 172º do CP, operado pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, veio criar um problema de articulação com o art. 173º do CP, suscitando a dúvida quanto à eventual (des)necessidade deste último.¹¹⁷ No nosso entendimento, discutir-se-á a possibilidade do “abuso da inexperiência” do menor poder ser subsumível nas hipóteses de “abuso de influência ou de confiança” ou “particular vulnerabilidade” do menor previstas nas alíneas b) ou c) do n.º 1 do art. 172º do CP. Para o efeito, apontamos para a similitude entre o abuso de uma posição de confiança ou influência sobre o menor, que, atendendo a fatores como a maioridade do agente, a admiração e a confiança do menor, condicionam a sua liberdade sexual e potenciam a prática de ato sexuais, e o abuso de inexperiência, que, interpretado de forma ampla, relaciona-se com a menoridade e a falta de maturidade do menor, não apenas numa perspetiva sexual.

No que respeita à alínea c), a verdade é que nos parece destinar-se a situações específicas e de especial gravidade, relacionadas com a saúde ou deficiência do menor e ainda, por exemplo, a situação de gravidez ou de abandono. Todavia, perante as dificuldades interpretativas da presente alínea seria preferível a eliminação da exigência da “particular” vulnerabilidade, permitindo a subsunção do abuso de inexperiência do menor nesta alínea.¹¹⁸

Além disto, no confronto entre ambas as normas, atendendo a que o art. 172º do CP consagra uma tutela mais abrangente, em termos de idade, e uma moldura penal mais

¹¹⁴ A título exemplificativo – veja-se ALBUQUERQUE, 2022, p. 777.

¹¹⁵ PACHECO, 2016, p. 176.

¹¹⁶ CUNHA, 2022b, p. 155; PACHECO, 2016, pp. 171 e ss.

¹¹⁷ CUNHA, 2022b, p. 155.

¹¹⁸ *Ibidem*.

severa, prevendo comportamentos mais graves, o art. 173º do CP poderá ser consumido por este, a menos que se interprete o art. 172º do CP de modo muito restritivo.¹¹⁹

Num segundo plano, consideramos que o art. 176.º-A do CP peca por excesso, pois na hipótese de o agente que alicia o menor de 16 ou 17 anos para encontro visando a prática de atos sexuais ter apenas 18 ou 19 anos, a respetiva incriminação seria igualmente aplicável. Ora, no nosso entendimento, esta solução parece-nos excessiva atendendo à diferença de idades entre o agente e a vítima. Assim, adotamos a posição de CONCEIÇÃO CUNHA no sentido de que, “(...) se estiverem em causa relações paritárias, não abusivas, sem que haja posições de domínio, não deverá o Direito Penal intrometer-se”.¹²⁰ Logo, apenas nas situações de dependência ou de superioridade de um sujeito em relação ao outro, que deveriam estar expressamente previstas no preceito legal, é que se deve punir estes aliciamentos, visto que esta manipulação dos jovens é uma realidade constante e característica do processo de sedução dos adolescentes.

Perante a atual redação e sistematização dos tipos legais de crime, parece-nos existir uma certa incoerência e insegurança, visto que haverá casos em que o aliciamento será criminalizado, mas a consumação dos atos sexuais não: neste último caso referido, porque mesmo face a uma interpretação ampla dos elementos do art. 172º do CP não chegaríamos à criminalização dos atos sexuais (pois estamos perante uma relação paritária), mas eventualmente também noutras situações em que não haja tal relação paritária, se se fizer uma interpretação restritiva do art. 172º do CP. Nesta senda, face a estas lacunas de punibilidade, uma hipótese defensável seria a do alargamento da tutela do art. 173º do CP, elevando a idade da vítima até aos 18 anos, em razão da vulnerabilidade e do desigual ritmo do desenvolvimento físico, cognitivo e emocional até esta idade.¹²¹ A par, considerando a dessintonia entre os tipos legais, sufragamos a desnecessidade da autonomização do art. 176.º-A do CP, podendo o aliciamento, por via das TIC¹²², ser introduzido nos arts. 172º e 173º do CP de forma a antecipar a tutela penal e, por consequência, estaria dependente dos mesmos pressupostos quanto à idade e quanto ao tipo de relação entre o agente e o menor, designadamente, o abuso de influência, de

¹¹⁹ Clarificamos que, se interpretarmos restritivamente as alíneas do art. 172º do CP é concebível a coexistência de ambos os preceitos legais. Contudo, se a interpretação não for tão restrita, haverá uma sobreposição de normas e uma relação de consunção entre elas. Para mais desenvolvimentos acerca desta matéria, ver FARIA, 2017, pp. 381 a 395.

¹²⁰ CUNHA, 2017b, p. 417.

¹²¹ *Ibidem* pp. 415 a 417. Para mais desenvolvimentos sobre a extensão desta tutela até aos 18 anos, ver PACHECO, 2012, pp. 24 a 30.

¹²² Inerente à elevada perigosidade e importância que tem para os menores em comparação com outros meios possíveis.

confiança ou de inexperiência.¹²³ No entanto, com o alargamento do âmbito incriminatório do art. 172º do CP, parece-nos duvidosa a vigência do art. 173º do CP, atendendo ao explanado *supra*, sendo talvez preferível eliminar o art. 173º do CP (evitando dúvidas e sobreposição de normas) e alargar o art. 172º do CP ainda um pouco mais (para evitar dúvidas), referindo, na alínea c) do n.º 1, o abuso de vulnerabilidade do menor.

6.2. Articulação entre o Artigo 176.º-A e o Artigo 170º do CP

Referimos anteriormente que, da remissão da alínea a) do n.º 3 do art. 171º para o disposto no art. 170º, ambos do CP, resulta a criminalização da importunação sexual contra menores de 14 anos. Todavia, sendo a vítima um menor entre os 14 e os 18 anos a sua eventual proteção ocorrerá por força do disposto no art. 170º do CP. Ademais, equacionando como possível a integração do aliciamento na formulação de propostas de teor sexual, resultarão também daqui dificuldades de articulação entre o art. 176.º-A do CP e o art. 170º do CP, por duas ordens de razão que passamos agora a explicar.

Por um lado, se dúvidas houvesse no que respeita à exigência legal da verificação da importunação do menor de 14 anos, para os de idade superior é clara, para efeitos de consumação do ilícito, a exigência da importunação, bem como, do constrangimento. Neste sentido, visto que no crime de aliciamento de menores para fins sexuais não está consagrada tal exigência, revelar-se-ia útil a autonomização do preceito legal ao conferir uma tutela penal mais ampla para estes menores.¹²⁴ Por outro lado, no que concerne às molduras penais, embora se verifique uma certa “sobreposição” entre as normas ao preverem ambas uma pena de prisão até um ano, o disposto no art. 176.º-A do CP revela ser mais protetor destes menores ao consagrar uma agravação da moldura penal no caso do aliciamento ser seguido de atos materiais conducentes ao encontro.

Face ao exposto, apesar de sermos crítica da introdução do tipo legal do aliciamento de menores para fins sexuais por conferir uma proteção mais reduzida para os menores de 14 anos do que a alínea a), do n.º 3 do art. 171º do CP, por sua vez, consideramos o seu regime mais benéfico para os menores com idades superiores aos 14 anos.

¹²³ CUNHA, 2017b, pp. 417 e 418.

¹²⁴ Saliente-se que a especial proteção conferida aos menores vai diminuindo com o seu crescimento. Desta feita, o art. 170º do CP trata por igual os menores (entre os 14 e os 18 anos) e os maiores de 18 anos.

7. Aliciamento para Ato de Pornografia Sexual

O art. 176.º-A do CP veio tipificar, também, o aliciamento de menor com recurso às TIC visando o encontro para a prática dos atos tipificados nas alíneas a), b) e c) do art. 176º do CP. Assim, cumpre tecer algumas considerações sobre o crime de pornografia de menores, restringindo o nosso estudo às respetivas alíneas.

O presente tipo incriminador foi introduzido pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, e, pese embora não preveja uma nova incriminação, na medida em que alguns comportamentos previstos na aludida norma já se encontravam tipificados no crime de abuso sexual de crianças, representa uma autonomização.¹²⁵ Todavia, foi objeto de diversas alterações legislativas, com vista a garantir uma maior proteção do menor, por via de sucessivas ampliações do âmbito incriminatório e das agravações das molduras penais.¹²⁶ A criminalização da pornografia de menores assume-se, no essencial, como um instrumento de combate das redes pedófilas. Não obstante o desenvolvimento das TIC potenciar a sua prática, dificultou a sua deteção e investigação.¹²⁷ Atendendo à sistematização da presente norma, dir-se-á que o bem jurídico tutelado será o livre desenvolvimento do menor, em particular na sua esfera sexual. Contudo, como veremos *infra*, esta questão é objeto de uma querela doutrinal.¹²⁸

Antes de mais, torna-se imperioso definir o que se deve entender por conteúdo pornográfico de modo a compreendermos a noção de pornografia de menores, que outrora não se encontrava positivada na lei. Assim, segundo MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, “será pornográfica a representação grosseira da sexualidade que faz das pessoas um qualquer objeto despersonalizado para fins predominantemente sexuais.”¹²⁹ Por sua vez, considera-se pornografia de menores, nos termos do n.º 8 do art. 176º do CP, “todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo”¹³⁰, tendo como objetivo a satisfação de instintos sexuais.¹³¹

¹²⁵ ANTUNES & SANTOS, 2012, p. 878.

¹²⁶ Para mais desenvolvimentos desta matéria, veja-se ANTUNES & AIRES DE SOUSA, 2019, pp. 239 a 242.

¹²⁷ Para o efeito, veja-se RODRIGUES, 2011, pp. 275 e ss.

¹²⁸ ANTUNES & SANTOS, 2012, p. 880.

¹²⁹ MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, p. 833.

¹³⁰ A presente noção acompanha o conceito já previsto em determinados instrumentos internacionais, entre eles, a Convenção de Lanzarote no seu n.º 2 do art. 20º.

¹³¹ “(...) (excluindo-se do conceito outros fins, como seja de cariz médico, científico, artístico ou de investigação criminal, por exemplo).” – LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 271.

No que respeita ao tipo objetivo de ilícito, este é preenchido através de várias modalidades de ação. Para o efeito, a doutrina distingue entre a utilização direta e utilização indireta de menores.¹³² Assim, nas alíneas a) e b) do n.º 1 criminaliza-se a utilização direta do menor em espetáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte ou o aliciar para esses fins.¹³³ Deste modo, ao exigir-se uma intervenção direta do menor nos factos ou aliciando para a sua participação¹³⁴ há nitidamente uma lesão do bem jurídico do livre desenvolvimento do menor, na esfera sexual.¹³⁵

Por seu turno, a alínea c) consubstancia uma utilização indireta do menor ao visar criminalizar a produção, distribuição, exportação, divulgação, exibição, cedência ou disponibilização a qualquer título ou por qualquer meio os materiais pornográficos *supra*. Neste âmbito, suscitam-se dúvidas¹³⁶ acerca do bem jurídico efetivamente tutelado.¹³⁷

Para o efeito, tendemos a considerar que a dignidade punitiva destas condutas entronca, ainda que remotamente, no livre desenvolvimento do menor, em particular na sua esfera sexual. No nosso entendimento, não obstante a utilização direta do menor em conteúdos de cariz sexual revele uma lesão mais grave ao desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual, na verdade, bem andou o legislador ao tipificar as condutas previstas na alínea c), tendo em vista prevenir a proliferação da divulgação de conteúdos pedopornográficos e o seu respetivo consumo. Sem prejuízo de se pretender combater as redes de pedofilia que, associadas ao desenvolvimento constante das TIC, comercializam de modo intensivo estes materiais e garantem um acesso simples, rápido e gratuito, podemos considerar que a própria divulgação da imagem do menor é suscetível de afetar o seu livre desenvolvimento sexual, visto que a capacidade de consentir na exposição do seu corpo ainda se encontra condicionada pela vulnerabilidade e imaturidade inerente à menoridade.¹³⁸

Neste sentido, por via desta criminalização procede-se a uma “tutela antecipada do interesse superior da criança, e do seu direito a ser acautelado o seu bem-estar físico e

¹³² LOPES & MILHEIRO, 2023, pp. 269 e ss.

¹³³ Sobre estes conceitos, veja-se RODRIGUES, 2011, p. 268.

¹³⁴ LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 269.

¹³⁵ Posição consensualmente adotada pela doutrina – veja-se, por exemplo, ANTUNES & AIRES DE SOUSA, 2019, p. 248;

¹³⁶ Esta problemática impõe-se de igual modo na alínea d). Contudo, não será objeto do nosso estudo.

¹³⁷ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria e dos diferentes posicionamentos, veja-se ANTUNES & SOUSA, 2019, pp. 249 a 255.

¹³⁸ CUNHA, 2022b, pp. 159 e 160.

psíquico”¹³⁹, visto que a inserção do menor no mercado pornográfico poderá, a nosso ver, por um lado, ser suscetível de desencadear um despertar precoce e irrealista para a vida sexual e, por outro lado, normalizar e incentivar os consumidores de pornografia de índole pedófila à prática de atos sexuais proibidos por lei, com menores.

Por tudo quanto se expôs, somos impelidos a concluir que tanto o crime de pornografia de menores, como o nosso tipo legal em estudo punem condutas que são de tal modo nocivas para o desenvolvimento do menor que, aliadas muita das vezes a uma intenção lucrativa, podem desencadear um fenómeno de criminalidade transfronteiriça, como é o caso do tráfico de menores.¹⁴⁰

Desta feita, embora consideremos que se justifica o destaque dado pelo legislador ao aliciamento por via das TIC, tendo em conta a perigosidade e a frequência do seu uso, concluímos que a sua autonomização veio criar um problema de articulação com o crime de pornografia de menores, como adiante veremos.

7.1. Articulação entre o Artigo 176.º-A e as alíneas a), b) e c) do número 1 do Artigo 176º CP

Cumpre, no que concerne ao critério da idade, salientar que em ambos os preceitos legais, a vítima será menor de 18 anos, havendo, todavia, agravações das molduras penais do n.º 1 do art. 176º do CP consoante a vítima seja menor de 16 ou 14 anos, nos termos dos n.ºs 7 e 8 do art. 177º do CP. Nesta senda, somos crítica da ausência destas circunstâncias agravantes para o crime de aliciamento de menores para fins sexuais.¹⁴¹ Quanto ao agente, no crime de pornografia de menores este pode ter 16 anos ou mais, enquanto no tipo legal em estudo exige-se que seja maior de 18 anos.

A divergência de idades do agente nos diferentes tipos legais suscita de imediato uma incongruência pois no caso de um agente aliciar um menor para um dos atos compreendidos nas alíneas a), b) e/ou c) do n.º 1 do art. 176º do CP, a lei atribui soluções distintas consoante a idade. Assim, na eventualidade, por exemplo, de o agente do crime ter 17 anos poderá ser-lhe aplicado a pena prevista neste preceito sendo-lhe vedada a possibilidade de aplicação do disposto no art. 176.º-A do CP, mas, situação distinta já será

¹³⁹ LOPES & MILHEIRO, 2023, p. 272.

¹⁴⁰ CUNHA, 2017b, p. 406.

¹⁴¹ O legislador apenas consagrou para o crime de aliciamento de menores para fins sexuais a agravação prevista no n.º 4 do art. 177º do CP – ou seja, se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas, a pena será agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo.

se o agente tiver 50 anos, onde aí se pode aplicar a moldura penal do art. 176º ou do art.176.º-A, ambos do CP. Deste modo, verifica-se a possibilidade de um menor (com 16 ou 17 anos), enquanto agente do crime, ser punido pelo art. 176º do CP e, assim, com uma pena mais severa, não podendo nunca ser punido pelo art. 176.º-A do CP, que, apesar de consagrar uma moldura penal inferior, exige a maioridade do agente.¹⁴² Ora esta solução parece-nos desprovida de qualquer sentido visto que a censurabilidade do maior deverá ser superior.

Ademais, como é sabido, antes do aditamento do art. 176.º-A do CP pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, a proposta feita por um adulto para a utilização do menor em material pornográfico, *rectius*, “utilizar o menor em espetáculo pornográfico” e “utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos” já se encontrava criminalizada nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 176º do CP mediante a previsão e punição do aliciamento. E, pese embora a norma não se refira expressamente ao recurso às tecnologias de informação e comunicação, mas apenas a “aliciar para esse fim”, entende-se que tal aliciamento poderá ser feito através de qualquer meio, incluindo-as.¹⁴³

Neste sentido, o aditamento do art. 176.º-A do CP, ao prever o aliciamento com recurso às TIC para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nestas alíneas do n.º 1 do art. 176º do CP, veio criar um problema de concurso aparente, visto que esta conduta já se encontrava coberta por este preceito legal.¹⁴⁴

Assim, na prática, na hipótese de um menor ser aliciado através das TIC para a prática dos atos visados, discutir-se-á se será de aplicar o disposto neste preceito legal ou no art. 176º do CP. Ora, a resposta a esta questão invoca uma análise da coexistência dos dois aliciamentos. Tal como afirma CONCEIÇÃO CUNHA, poderia pensar-se que existia uma relação de especialidade¹⁴⁵ entre os tipos legais caso o legislador intencionalmente consagrasse o art. 176.º-A do CP para punir mais gravemente o aliciamento online “atenta a sua especial frequência e perigosidade.”¹⁴⁶ Todavia, se compararmos as molduras penais previstas no art. 176.º-A e no n.º 1 do art. 176º, ambos do CP, concluímos que num caso de aliciamento enquadrável em ambas as normas será de aplicar o crime de pornografia de menores, cuja a moldura abstrata é mais severa.¹⁴⁷ É, neste sentido que, acompanhando

¹⁴² BARATA, 2021, p. 120.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 118; CUNHA, 2017b, pp. 409 e 410; SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, p. 234.

¹⁴⁴ CUNHA, 2017b, p. 413;

¹⁴⁵ Para desenvolvimento desta matéria ver ALBUQUERQUE, 2022, p. 240.

¹⁴⁶ CUNHA, 2017b, pp. 413 e 414;

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 414.

CONCEIÇÃO CUNHA, consideramos a desnecessidade da autonomização desta incriminação.¹⁴⁸

No que respeita ao disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 176º do CP, ao contrário do disposto nas alíneas anteriores, não resulta da sua leitura qualquer menção ao aliciamento do menor para qualquer dos atos aí descritos. Contudo, cremos que a incriminação p. e p. pelo art. 176.º-A do CP não se coaduna com o disposto nesta alínea, pois, sendo a tentativa de produção e disponibilização de materiais pornográficos já criminalizada no n.º 9 do art. 176º do CP – e de forma mais severa comparativamente ao disposto no art. 176.º-A do CP – e considerando que esta possa consumir o aliciamento, poder-se-á questionar o efeito útil da incriminação. Neste particular, embora CONCEIÇÃO CUNHA equacione a aplicação deste dispositivo aos casos de “aliciamento que não chegue ao estágio da tentativa”¹⁴⁹ parece-nos difícil o estabelecimento de tal fronteira.

Num segundo plano, consideramos, também, impercetível a solução consagrada no art. 176.º-A do CP, ao prever uma moldura penal inferior para o agente maior de idade que alicie menor por meio das TIC para encontro visando, por exemplo, que este disponibilize a qualquer título ou por qualquer meio materiais pornográficos, em comparação com a punibilidade da tentativa das condutas previstas na alínea c), que pode ter como agente um menor e cuja moldura penal é consideravelmente superior.¹⁵⁰

Em suma, perante as dificuldades e incongruências na articulação das normas e consequente inoperância do crime de aliciamento de menores para fins sexuais em razão das molduras penais inferiores, afigura-se adequado, a nosso ver, a eliminação deste tipo legal. Assim, face à sobreposição destas normas, a doutrina considera como mais coerente a eliminação da expressão “aliciar para esse fim” prevista nas alíneas do art. 176º do CP e, por conseguinte, autonomizar na própria norma a previsão dos casos de aliciamento com recurso às TIC.¹⁵¹

¹⁴⁸ *Ibidem*; BARATA, 2021 p. 120.

¹⁴⁹ CUNHA, 2017b, p. 414.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 410 e 414.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 417; SANHUDO & CAMPANÁRIO, 2021, pp. 249 e 250.

IV. O Aliciamento de Menores Para Fins Sexuais na Prática dos Tribunais

Aqui chegados, torna-se pertinente fazer uma breve resenha de casos jurisprudenciais, através da análise de diversos acórdãos decididos em sede nacional, acerca das temáticas que nos propusemos analisar e dos respetivos posicionamentos adotados ao longo do presente estudo.

No Ac. do TRC de 11/12/2019¹⁵², o arguido A. foi condenado, em primeira instância, em nove meses de prisão, pela prática de um crime de aliciamento de menores para fins sexuais e absolvido da prática de um crime de pornografia de menores p. e p. pela alínea b) do n.º 1 do art. 176º agravado pelos n.ºs 6 e 14 do art. 177º e de um crime de pornografia de menores p. e p. pelos n.ºs 5 e 14 do art. 176º, ambos do CP.

Todavia, inconformado com esta decisão, o arguido decide recorrer para o TRC, alegando que os elementos objetivos e subjetivos da presente norma incriminadora não se encontram preenchidos e que o Tribunal *a quo* foi deficitário na fundamentação da sentença e no exame crítico das provas.

Para o efeito, o arguido A., na motivação do recurso invocou, em síntese, que o Tribunal acriticamente deu como provados os factos constantes da acusação, desconsiderando por completo “todo o contexto, toda a narrativa e mensagens trocadas entre o arguido e a ofendida”¹⁵³, designadamente, as rejeições aos encontros por parte deste e, ainda, as declarações da ofendida onde afirmou que não se “sentia aliciada pelo arguido” nem que este “quisesse levar a cabo qualquer ato de cariz sexual consigo”.¹⁵⁴ Assim, considerou que as conversações intercetadas com a menor de 15 anos não eram suscetíveis de “prejudicar o livre e harmonioso desenvolvimento da personalidade da menor na sua esfera sexual”.¹⁵⁵

No que respeita à matéria de direito, o arguido alegou, por um lado, que a sentença é omissa quanto à condenação, já que desconhecia se a mesma se subsume aos n.ºs 1 ou 2 do art. 176.º-A do CP e, por outro lado, considerou inobservado o preenchimento do tipo legal, uma vez que este exige um *modus operandi* específico – o recurso às TIC – e no caso, o arguido recorreu apenas ao envio de mensagens, em formato SMS e sem

¹⁵² Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1, Rel. Isabel Valongo.

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ *Ibidem.*

recorrer a qualquer camuflagem da sua identidade. Considerou ainda, que das suas conversações com a menor não resulta qualquer intenção de praticar alguma das condutas compreendidas nos n.ºs 1 e 2 do art. 171º do CP ou das alíneas do art. 176º do CP – o que obstaria à verificação do tipo subjetivo de ilícito quanto ao dolo.

No acórdão recorrido, o TRC deu como provado que o arguido A., agente da GNR, no decurso de um pedido de ajuda pela mãe da menor, entregou à ofendida o seu contacto pessoal para que esta o contactasse caso ocorressem novamente agressões no seio escolar. Neste sentido, o arguido iniciou conversações com a menor, das quais se destacam as seguintes mensagens enviadas pelo arguido: “mandas ou não as fotos?; quero ver essas mamas e essa cona”, “tens sexo regularmente?”, “lamber te todinha”, “das pica... das tesão”; “metia te d 4 e enfiava o todo”, “ espetar to todo e lewares cm leitinho na boca”.^{156/157} Ademais, deu-se como provado a insistência do arguido para que a menor colocasse um nome diferente no seu contacto e mantivesse as suas conversas em segredo e que as apagasse. Por sua vez, via WhatsApp, Facebook e Instagram, a menor enviou “fotos dos seus seios e vagina ao arguido face à insistência do mesmo para que o fizesse (...), assim como, o arguido enviou à ofendida foto dos seus abdominais e do seu pénis.”¹⁵⁸ Por fim, provou-se ainda a intenção do arguido em se encontrar com a menor, na sua casa ou em outro local, propondo, para o efeito, pagar-lhe o transporte.

Face ao exposto, bem andou o TRC ao manter o acórdão recorrido. Desde logo, consideramos em harmonia com o explanado neste estudo, que o tipo legal se encontra preenchido, visto que os comportamentos levados a cabo pelo arguido concretizam, a nosso ver, o *child grooming*. De facto, no caso vertido, assistimos a um processo de atração desencadeado pelo maior (arguido), que, numa primeira fase, passou pelo desenvolvimento de uma relação de proximidade e confiança com a menor, visto que esta se encontrava num período de debilidade. Uma vez estabelecido este relacionamento, o agente começou a colocar-lhe questões típicas de um relacionamento amoroso, designadamente de cariz sexual e a persuadi-la a enviar fotografias íntimas. Concomitantemente, conquistada a confiança da menor e incapaz de percecionar o abuso, o arguido manipulava a vítima para que esta mantivesse estas conversações em segredo.

No que respeita à forma de execução do aliciamento esta encontra-se preenchida na medida em que o arguido recorreu às redes sociais e a mensagens enviadas através de

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ Quanto à intensidade do “ataque” destas condutas para o bem jurídico – ver nota 47.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

telemóvel (SMS) para encetar as conversações com a menor. O facto de o agente revelar a sua identidade à menor não exclui a aplicação do tipo legal em apreço, visto que a ocultação da sua verdadeira identidade serve apenas de artifício que facultativamente o agente pode utilizar para facilitar as conversações. Neste sentido, alertamos, mais uma vez, para a perigosidade da utilização do ciberespaço em matéria de criminalidade sexual.

O presente caso corrobora, ainda, a ideia por nós já defendida de que a consumação do tipo legal não depende de a vítima se sentir efetivamente aliciada ou excitada pelo maior, nem tampouco de o aliciamento ter êxito. Logo, será suficiente que a conduta do arguido se revele apta a aliciá-la e, por sua vez, basta que manifeste, implicitamente, as suas intenções que, *in casu*, seria a pratica de atos sexuais consigo.

No Ac. do TRL de 18/12/2019¹⁵⁹, o arguido recorre de uma condenação pelo crime de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. pelo n.º 1 do art. 176.º-A do CP, impugnando a decisão em matéria de facto, por considerar que o Tribunal, erroneamente, tendo apenas por base presunções e regras de experiência comum, deu como provado que o arguido seria o único titular e utilizador das redes sociais, das quais advieram as mensagens trocadas com a menor. Alega, também, o inadequado enquadramento jurídico dos factos provados, por ser manifesto que das conversações tidas com a menor, não resulta qualquer convite para um encontro visando a prática de atos sexuais nem qualquer intenção para o efeito.

Todavia, o TRL negou provimento ao recurso do arguido e confirmou na íntegra a sentença recorrida. Para o efeito, no que concerne à titularidade das redes sociais, andou bem o Tribunal ao considerar que estas pertenceriam exclusivamente ao arguido, atendendo ao facto de serem tituladas pelo nome do arguido e acompanhadas da sua data de nascimento. Além disso, seria dúbio que o arguido autorizasse um terceiro a utilizar o seu telefone, em vários dias, por diversas horas, para encetar as conversações com a menor. Deu-se ainda como provado que o arguido ludibriou a vítima, informando de que teria 16 anos, sendo, na verdade, maior de idade. Assim, o presente acórdão é novamente ilustrativo do terreno armadilhado e facilmente manipulável que é o ciberespaço.

Num segundo plano, quanto ao elemento subjetivo do tipo de ilícito, pese embora o arguido não tenha expressamente convidado a vítima para um encontro para a prática de ato sexual e tenha demonstrado uma ausência de vontade em fazer mal ou forçar a menor a fazer algo que esta não quisesse, não exclui o facto de este ter reiteradamente

¹⁵⁹ Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3, Rel. João Lee Ferreira.

conversado com a menor sobre conteúdos sexuais, seguidos de pedidos insistentes de se encontrarem, aos quais a menor não anuiu e, para levarem a cabo

(...) um relacionamento íntimo e de carinho (“só os dois sozinhos, `a vontade” “pra te ver bem e feliz pra relaxares e descontraíres cmgo e pra te sentires amada e acarinhada” “asserio eu adrt bue e gosto bue d ti”), em local reservado e da disponibilidade do arguido (“trazer-te a minha casa”) (...).¹⁶⁰

Neste sentido, em consonância com o TRL, resulta do teor e da interpretação conjunta das conversações mantidas, que os intentos do arguido era de levar a cabo um encontro com a menor de 14 anos com o desiderato de praticar atos sexuais de relevo p. e p. pelos n.ºs 1 ou 2 do art. 171º do CP. Na verdade, tratando-se de um crime de perigo abstrato e de mera atividade¹⁶¹, consideramos que a conduta do arguido em manter estes contactos, sabendo da idade e vulnerabilidade da menor e salientando a inexistência de qualquer obstáculo ao relacionamento sexual entre eles, coloca em perigo o bem jurídico do livre desenvolvimento da personalidade da menor, em particular na esfera sexual, pelo motivos já expostos em sede própria. Salienta-se ainda, a desnecessidade do arguido expressar diretamente os seus desígnios¹⁶² e de efetivamente o encontro se vir a concretizar, visto ser suficiente o mero aliciamento.

No Ac. do STJ de 22/02/2018¹⁶³, perante a panóplia de questões abordadas, focuemo-nos apenas na problemática de articulação da presente norma em estudo com o disposto no art. 171º do CP. *In casu*, o arguido vinha condenado por diversos crimes, entre eles, pela prática de um crime de aliciamento de menores para fins sexuais e de vários crimes de abuso sexual de criança. Todavia, inconformado recorreu diretamente para o STJ para que procedesse “(...) à redução das penas parcelares aplicadas bem como da consequente pena única aplicada (...).”¹⁶⁴

Para o efeito, deu-se como provado que o arguido, em contacto com a menor pelo Facebook, enviava-lhe mensagens, tratando-a por amorzinho, dizendo-lhe que era perfeita, que se queria encontrar com esta e que ainda trocavam entre eles fotografias desnudados. Nas conversas, o arguido utilizava ainda expressões como: “foda” e “espeter até ao fundo”.¹⁶⁵ Além do mais, o arguido e a menor de 13 anos encontraram-se em

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Posição também assumida pelo TRL.

¹⁶² “Os factos inerentes ao elemento subjectivo, do foro interno do agente, inferem-se, por presunções naturais e judiciais, da demais factualidade provada” – *Ibidem*.

¹⁶³ Proc. n.º 351/16.2JAPRT.S1, Rel. Francisco Caetano.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

diversos locais no qual o arguido, beijo-a, “apalpou-lhe os seios, as nádegas e a vagina” e ainda, “sem o uso de preservativo, introduziu o seu pénis erecto na vagina da menor AA, aí o friccionando em movimento de vaivém.”¹⁶⁶

Neste sentido, o STJ, mantendo a condenação pelos crimes de abuso sexual de criança, absolve-o do crime de aliciamento de menores para fins sexuais por considerar e, a nosso ver bem, que uma vez consumado o crime previsto nos n.ºs 1 e/ou 2 do art. 171º do CP, a incriminação pelo art. 176.º-A do CP seria consumida por aquele.

Em suma, a par do escasso tratamento jurisprudencial do tema, depreendemos da leitura conjugada destes acórdãos que a interpretação do tipo legal é dúbia e complexa e carece de uma nova redação ou quiçá de ser revogada em virtude da existência de outros tipos legais de crime que já consagram estas situações.

¹⁶⁶ *Ibidem.*

Conclusão

Ao longo da presente investigação pretendemos dar algum protagonismo a uma norma introduzida pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que, face às injunções dos instrumentos internacionais, veio criminalizar as novas formas de abuso e exploração sexual de menores perpetradas por adultos, através do recurso às TIC – o aliciamento de menores para fins sexuais. Todavia, o tratamento dado pelo legislador e pela jurisprudência parece-nos ficar aquém da sua atual e verdadeira importância.

Neste sentido, pretendemos realçar alguns aspetos abordados neste estudo.

Assim, apontámos, num primeiro momento, para os desafios no sentido de contrabalançar as vantagens que as TIC nos proporcionam e os perigos que acarretam, em particular as redes sociais, permitindo o anonimato dos seus utilizadores e o fácil contacto entre potenciais exploradores sexuais e os menores, enquanto vítimas mais propícias a ser manipuladas.

Clarificamos, também, o conceito de aliciamento, que, apesar de indeterminado, consiste na adoção de uma série de comportamentos que visam desenvolver uma ligação emocional com o menor e torná-lo mais permeável à prática de atos de cariz sexual. Comportamentos estes que, explorando a vulnerabilidade e a imaturidade do menor, colocam em perigo o seu livre e harmonioso desenvolvimento, em particular na esfera sexual.

Contudo, tal como procurámos demonstrar, com o desenvolver da investigação, embora esta incriminação pretenda conferir uma antecipação da tutela penal, em boa verdade, apresenta incoerências no confronto com outros tipos legais de crime, o que a torna quase inaplicável. Entendemos, por isso, dever apresentar algumas soluções para resolver estes problemas.

Primeiramente, concluímos que o aliciamento para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 171º do CP carece de um tratamento jurídico distinto consoante a idade da vítima. Neste sentido, sendo a vítima menor de 14 anos, estaremos no âmbito dos abusos sexuais. Assim, por força da remissão para o art. 170º do CP, a alínea a) do n.º 3 do art. 171º do CP prevê a punição da formulação das propostas de teor sexual com uma moldura penal mais protetora para o menor do que o art. 176.º-A do CP. Logo, considerando aí integrado o aliciamento, a sua autonomização revela-se desnecessária. No entanto, tendo o menor mais de 14 anos, a tutela penal conferida pelo art. 170º do CP será inferior em comparação com a do art. 176.º-A do CP,

ao exigir a prova da importunação do menor e ao prever uma moldura penal inferior. Nesta medida, reconhecemos a utilidade desta neocriminalização para estes casos.

Ainda nesta sede, concluímos que a principal dificuldade prende-se com a proteção conferida aos menores com mais de 14 anos face à consumação destes atos sexuais, visto que o art. 176.º-A do CP pune apenas o seu aliciamento. Na verdade, atendendo à configuração dos tipos legais de crime, estes menores apenas estarão protegidos se se verificar alguma das relações especiais previstas no art. 172º do CP ou um abuso de inexperiência do menor nos termos do art. 173º do CP.

Para o efeito, atendendo às características do aliciamento, considerámos que a relação estabelecida entre o agente e o menor que foi *groomed* constitui, frequentemente, um abuso de uma posição de confiança ou de influência. Por outro lado, no que concerne ao abuso de inexperiência, em sentido *lato*, abrange o aproveitamento levado a cabo pelo adulto no âmbito das TIC.

Assim, para evitar eventuais contradições/desarticulações entre os tipos legais, consideramos que seria preferível a previsão do aliciamento nas próprias disposições legais que criminalizam os atos sexuais, ficando dependente dos mesmos pressupostos, ao invés de se autonomizar a criminalização do aliciamento. Não sendo assim, o aliciamento para fins sexuais perpetrado por um adulto, com uma diferença significativa de idade face a um menor de 16 anos seria punível pelo art. 176.º-A do CP, mas a consumação dos atos sexuais não, se se fizer uma interpretação restritiva do art. 172º do CP. Solução semelhante teria, também, a hipótese de o agente do aliciamento para fins sexuais ser um jovem de 18 ou 19 anos e a vítima um menor de 16 ou 17 anos, onde se exigiria, para a criminalização dos atos sexuais, a existência de uma relação de superioridade ou de domínio, mas já não para a punição do aliciamento. Com efeito, embora defendamos que a primeira situação descrita possa ser enquadrada na previsão do art. 172º do CP, seria prudente, de modo a dissipar quaisquer dúvidas, o alargamento do tipo legal através da eliminação da exigência da “particular” vulnerabilidade e, consequentemente, poderia eliminar-se o art. 173º do CP, por se tornar desnecessário. No que respeita à segunda hipótese descrita, a presente problemática seria igualmente evitada com a presente sugestão: não havendo qualquer das relações de “domínio” previstas no art. 172º do CP, não se preencheria nem este tipo legal de crime, nem haveria punição pelo aliciamento.

Já no caso de o aliciamento de menores ter em vista a prática de algum dos atos previstos nas alíneas a) a c) do art. 176º do CP, ambos os tipos legais partilham da mesma

exigência – a vítima ser menor de 18 anos. Todavia, constatámos que a criminalização do aliciamento já se encontra prevista nas alíneas a) e b), propiciando um problema de concurso aparente, no qual pugnamos pela aplicação do crime de pornografia de menores, cuja pena é mais grave. No que respeita à alínea c), pese embora o aliciamento não esteja expressamente consagrado, também a moldura da tentativa do art. 176º do CP é superior, devendo a sua aplicação prevalecer face ao art. 176.º-A do CP. Por estes motivos, consideramos como desnecessária a previsão do aliciamento num tipo legal autónomo, estando este já criminalizado no art. 176º do CP.

Deste modo, finda esta investigação, não nos restam dúvidas em afirmar que o tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais, com recurso às TIC, p. e p. nos termos do disposto no art. 176.º-A do Código Penal Português, não se articula adequadamente com os outros crimes que protegem o mesmo bem jurídico. Neste sentido, apelamos para um olhar mais atento do legislador no tratamento destas questões, particularmente sensíveis, como é a criminalidade sexual contra menores, e ansiamos por uma futura alteração legislativa.

Bibliografia

- ABRANTES, A. C. S. (2016). *O Problema do Aliciamento de Menores através da Internet para Fins Sexuais*. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto, Universidade Católica Portuguesa do Porto.
- ALBERTO, I., CARMO, R. do & GUERRA, P. (2006). *O abuso sexual de menores - uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ALBUQUERQUE, P. P. de (2022). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5.^a Edição (atualizada). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALFAIATE, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M. da C. (2004). *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. (2005). Crimes contra menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, pp. 57-71.
- ANTUNES, M. J. (2008). Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores. *Revista do CEJ*. Jornadas sobre a revisão do Código Penal. 1.º Semestre, n.º 8 (especial), pp. 205-211.
- ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 172º. In DIAS, J. F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial*, Tomo I, 2.^a Edição, pp. 846-851. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. & SANTOS, C. (2012). Comentário ao art. 176º. In DIAS, J. F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal –Parte Especial*, Tomo I, 2.^a Edição, pp. 878-886. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. & AIRES DE SOUSA, S. (2019). Da relevância da identificação do bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores. *RPCC*, ano 29, n.º 2, maio-agosto, pp. 239-264.
- BARATA, J. R. (2021). A conformidade constitucional da criminalização do aliciamento de menores para fins sexuais (child grooming) e a sua necessidade no ordenamento jurídico português: problemas e reflexões à luz da teoria geral do direito. *Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 14, julho-dezembro, pp. 79-140.

- CAEIRO, P. & FIGUEIREDO, J. M. (2016). Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau. *RPCC*, ano 26, n.ºs 1 a 4, janeiro-dezembro, pp. 235-294.
- CARVALHO, A. T. de (2022). *Direito Penal, Parte geral: Questões fundamentais / Teoria Geral do Crime*. 4.ª Edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M. C. F. da (1995). *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M. C. F. da (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In CUNHA, M. C. F. da (coord.). *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 129-166. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M. C. F. da (2017a). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *RJLB*, ano 3, n.º 3, pp. 345-376.
- CUNHA, M. C. F. da (2017b). Da Criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”. In COSTA J. F. [et al.] (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Vol. I – Direito Penal. *Stydia Ivuridica* 108, Ad Honorem – 8, pp. 399-418. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- CUNHA, M. C. F. da (2022a). Breve reflexão sobre um tema complexo: o abuso sexual de crianças, *Justiça com A*, 50.º Edição, pp. 6-7. [Consultado em 13/01/2024]. Disponível em <https://issuu.com/justicacoma/docs/junho22/6>.
- CUNHA, M. C. F. da (2022b). *Os crimes contra as pessoas: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. 2.ª edição, Porto: Universidade Católica Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 163º. In DIAS, J. F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal –Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 714-742. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 164º. In DIAS, J. F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal –Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 743-755. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 171º. In DIAS, J. F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal –Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 832-845. Coimbra: Coimbra Editora.

- DIAS, J. F. & ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 173º. In DIAS, J. F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal –Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 852-864. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2012). Nótula antes do art. 163º. In DIAS, J. F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal –Parte Especial*, Tomo I, 2.ª Edição, pp. 708-713. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. F. (2019). *Direito Penal, Parte geral: Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Tomo I, 3.ª Edição. Coimbra: Gestlegal Editora.
- DIAS, M. do C. S. M. S. (2011). Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade. *Revista do CEJ*, 1.º semestre, n.º 15, pp. 209-259.
- FARIA, M. P. R. de (2017). *Formas Especiais do Crime*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FREITAS, P. (2019). O aliciamento de menores para fins sexuais: da criminologia ao código penal português. In *Direito na Lusofonia. Direito e novas tecnologias*, Vol. 2, pp. 81-88. Universidade do Minho. [Consultado em 12/01/2024]. Disponível em: https://issuu.com/comunicadireito/docs/lusofonia_n0_5_vol2_web.
- FÜLLGRAF, J. B. G. (2001). *A Infância de Papel e o Papel da Infância*. Dissertação de Mestrado em Educação. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina.
- GARCIA, M. & RIO, J. M. C. (2018). *Código Penal: Parte geral e especial com notas e comentários*. 3.ª Edição (atualizada). Coimbra: Edições Almedina.
- LEAL-HENRIQUES, M. & SIMAS SANTOS, M. (2023). *Código Penal Anotado, Parte Especial*, 5.º Edição. Lisboa: Editora Rei dos Livros.
- LEITE, A. L. (2016). As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais –nótulas esparsas. *Revista Julgar*, n.º 26, pp. 61-74.
- LEITE, I. F. (2004). *Pedofilia: Repercussões das novas formas de criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Edições Almedina.
- LEITE, I. F. (2011). A Tutela Penal da Liberdade Sexual, *RPCC*, ano 21, n.º 1, janeiro-março, pp. 29-94.
- LOPES, J. M. (2008). *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2023). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*, 4.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina.

- MANITA, C. (2003). Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual. In *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A função dos juizes sociais. Actas do Encontro*, pp. 229-253. Coimbra: Almedina.
- OST, S. (2009). Child Pornography and Sexual Grooming – Legal and Societal Responses. *Cambridge Studies in Law and Society*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PACHECO, M. B. (2012). *O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes – Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da in experiência da vítima*. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto, Universidade Católica Portuguesa do Porto.
- PACHECO, M. B. (2016). A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes. In CUNHA, M. C. F. da (coord.). *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. pp. 167-183. Porto: Universidade Católica Editora.
- PEREIRA, V. S. & LAFAYETTE, A. (2014). *Código Penal Anotado e Comentado – Legislação Conexa e Complementar*. 2.^a Edição. Lisboa: Quid Juris.
- PLANKEN, E. (2015). Child sexual abuse on line: grooming. In *Promoção e Proteção dos Direitos das Crianças na Área da Justiça*, Direção-Geral da Política de Justiça, novembro, pp. 20-24. [Consultado em 09/11/2023]. Disponível em: <http://fecongdl.org/pdf/crianca/DireitosCriançasJustica.pdf>
- PRAIA, J. de M. C. (2020). *O crime de Abuso Sexual de Crianças: Bem Jurídico, Necessidade da Tutela Penal, Perigo Abstrato*. Coimbra: Edições Almedina.
- PRENSKY, M. (2001). Digital Natives, Digital Immigrants Part 1. *On The Horizon.*, MCB University Press. Vol. 9, n.º 5, outubro, pp. 1-6. [Consultado em 08/11/2023]. Disponível em: <https://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf>
- RODRIGUES, A. P. (2011). Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital. *Revista do CEJ*, n.º 15, pp. 261-291.
- SÁNCHEZ, R. & LINHARES, S. C. (2014). A Dimensão Transnacional do Fenômeno Child Grooming e sua Receptividade no Ordenamento Jurídico-Penal Pátrio. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, Vol. 107, março-abril, pp. 231-261.
- SANHUDO, J. M. & CAMPANÁRIO, R. M. (2021). Inquietações em torno do crime do aliciamento de menor para fins sexuais (artigo 176º-A do Código Penal). *Revista do Ministério Público*, ano 42, n.º 165, Janeiro-março, pp. 203-253.
- WHYTE, J., (2014). Cibercrime, abuso sexual de crianças e pornografia infantil. In *Manual de Boas Práticas para as Comissões de Proteção de Crianças e Jovens – E todas as*

entidades que trabalham em prol dos direitos das crianças, pp. 76-87. Porto: Associação Projeto Criar.

Jurisprudência Consultada

Ac. do TRL de 18/12/2019 – Rel. João Lee Ferreira – Proc. n.º 117/17.2PHLRS.L1-3.

[Consultado em 22/02/2024]. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/934421e22b80e9a8802584ff0059f266?OpenDocument&Highlight=0,aliciamento,de,menores,para,fins,sexuais>.

Ac. do TRC de 11/12/2019 – Rel. Isabel Valongo – Proc. n.º 797/17.9JACBR.C1.

[Consultado em 20/02/2024]. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/b434fabd21331094802584ef0041eb7d?OpenDocument>.

Ac. do STJ de 22/02/2018 – Rel. Francisco Caetano – Proc. n.º 351/16.2JAPRT.S1.

[Consultado em 24/02/2024]. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8d3ce88f5654aadd8025823d0058a17b?OpenDocument>.

Outras Referências

Eurostat Regional Yearbook, 2023 edition. [Consultado em 08/11/2023]. Disponível em:

<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/15234730/17582411/KS-HA-23-001-EN-N.pdf/5d783d9e-9cb3-897c-8360-5122563ae8f3?version=4.0&t=1699442930975>.

LUSA – “*Estudo revela que 86% dos jovens portugueses estão viciados nas redes sociais, 48% dos pais sentem-se culpados por não protegerem os filhos*”. In *Expresso*, 30/05/2023. [Consultado em 08/11/2023]. Disponível em:

<https://expresso.pt/sociedade/tecnologia/2023-05-30-Estudo-revela-que-86-dos-jovens-portugueses-estao-viciados-nas-redes-sociais-48-dos-pais-sentem-se-culpados-por-nao-protegerem-os-filhos-643d3043>.