



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Reflexões Críticas Acerca do Crime de Recurso à Prostituição de Menores

Raquel Simone Pereira Morais

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Reflexões Críticas Acerca do Crime de Recurso à Prostituição de Menores

Dissertação de Mestrado em Direito na área de Especialização de Direito Criminal

Por Raquel Simone Pereira Morais

Orientada pela Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

Dedicatória

Ao meu avô

Agradecimentos

Antes de mais, agradeço profundamente à Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha por toda a disponibilidade e apoio prestado, não só no decurso da elaboração do presente trabalho, mas muito antes do seu início.

À minha família deixo o meu mais sincero obrigado, por todo o esforço, motivação e apoio incondicional que demonstraram durante este longo período, bem como no decurso de todas as outras etapas da minha vida.

Agradeço ainda a todos aqueles que me acompanharam durante todo este percurso e que, sempre presentes, me deram força para continuar.

Resumo

A crescente preocupação, nacional e internacional, com a necessidade de conceder uma especial proteção aos menores, vítimas de exploração sexual, tem potenciado um alargamento da criminalização de comportamentos suscetíveis de contender com a sua liberdade e autodeterminação sexual.

Também no âmbito da prostituição de menores, tal preocupação se tem vindo a refletir. Por esse motivo foi introduzido, no ordenamento jurídico português, o crime de recurso à prostituição de menores, previsto no art. 174.º do CP, com o objetivo de punir aquele que, sendo maior, pratique atos sexuais de relevo com menor entre 14 e 18 anos, mediante pagamento ou contrapartida. Porém, desde a sua entrada em vigor, o art. 174.º CP não deixou de suscitar alguma discrepância doutrinal relativamente ao bem jurídico por si tutelado. Estará o crime de recurso à prostituição de menores a contribuir para o retorno da tutela da moral sexual, ou a permitir o alargamento da punição de condutas verdadeiramente suscetíveis de lesar o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual?

Contudo, o problema do bem jurídico não será a única questão de relevância acerca do art. 174.º CP. Na verdade, em que consiste o “pagamento ou outra contrapartida” enquanto elemento do tipo? A que exigências deverá atender? Como garantir o equilíbrio na conciliação entre o art. 174.º e os arts. 163.º e 164.º CP? Qual a relação entre o art. 174.º e os arts. 173.º e 175.º do CP? Estas são apenas algumas das questões a que a presente dissertação pretende responder.

Palavras-chave: Prostituição; adolescência; bem jurídico; liberdade sexual; autodeterminação sexual; pagamento; contrapartida.

Abstract

The growing national and international concern with the necessity of granting a special protection to minors, victims of sexual exploitation, has increased the criminalization of behaviors susceptible of contending with their sexual freedom and self-determination.

This concern has also been reflected in the prostitution of minors. For this reason it was introduced, in Portuguese legal system, the crime of resorting to the prostitution of minors, foreseen in art. 174.º CP, with the objective of punishing adults who practice with a minor, between the ages of 14 and 18, a sexual act of relevance, in exchange for payment or compensation. However, since its entry into the legal system, the article 174.º CP did not fail to create some doctrinal discrepancy in relation to what legal interest it intends to protect. Is the crime of resorting to the prostitution of minors contributing to the return of the protection of sexual morality, or is it allowing the extension of the punishment of conducts truly susceptible of harming the free development of the minor's personality in the sexual field?

However, the problem of the legal interest is not the only relevant question when it comes to the article 174.º CP. In fact, what does “payment or other compensation” truly mean as an element of the incrimination? What requirements does it need to meet? How do we guarantee the balance in the conciliation between the article 174.º CP and articles 163.º and 164.º CP? What is the relation between article 174.º CP and articles 173.º CP and 175.º CP? These are just some of the questions the present dissertation intends to answer.

Key-words: Prostitution; adolescence; legal interest; sexual freedom; sexual self-determination; payment; compensation.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	10
Introdução.....	12
1. Cap. I – A Evolução Legislativa.....	13
1.1. Dos Crimes Sexuais.....	13
1.2. Do Crime de Recurso à Prostituição de Menores.....	15
2. Cap. II – A <i>Ratio</i> da Incriminação.....	18
2.1. O Problema do Bem Jurídico.....	18
2.2. A Relevância do Consentimento do Menor.....	19
2.3. A Maturidade na Adolescência.....	21
2.4. A Prostituição na Adolescência.....	24
2.5. A Influência do Pagamento ou Contrapartida na Vontade do Menor	26
3. Cap. III – O Bem Jurídico Tutelado pelo Art. 174.º do CP.....	30
4. Cap. IV – O Pagamento ou Contrapartida Enquanto Elemento do Tipo Legal de Crime	34
4.1. Definição	34
4.2. A Relação Entre o Crime de Recurso à Prostituição de Menores e os Crimes de Coação Sexual e Violação	35
4.3. A Determinação da Vontade do Menor Pelo Pagamento ou Contrapartida.....	39
4.4. A Relação entre o Crime de Recurso à Prostituição de Menores e o Crime de Atos Sexuais com Adolescentes.....	41
4.5. O Momento da Prestação da Contrapartida.....	44
4.6. A Relação entre o Crime de Recurso à Prostituição de Menores e o Crime de Lenocínio de Menores	46
4.7. A Prestação a Terceiro e a Mera Promessa	48
Conclusão	51
Jurisprudência.....	53

Legislação.....	54
Bibliografia.....	56

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – acórdão

al. – Alínea

Art. – artigo

Arts. – artigos

Cap. – Capítulo

CC – Código Civil

Cf. – Confronte

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAR – Diário da Assembleia da República

DL – Decreto-Lei

Fasc. – Fascículo

i.e. – isto é

n.º – número

p. – página

pp. – páginas

Proc. – Processo

Rel. – Relator(a)

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Supl. – Suplemento

Tít. – Título

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

v.g. – *verbi gratia*/por exemplo

UE – União Europeia

Introdução

Com o alarmante aumento das situações de exploração sexual de menores, e com a progressiva consciencialização quanto à gravidade das suas consequências, é cada vez mais evidente o esforço pela prevenção e repressão de condutas suscetíveis de comportarem um aproveitamento abusivo da vulnerabilidade característica da infância e juventude. É precisamente neste contexto que é introduzido, em 2007, no ordenamento jurídico português, o crime de recurso à prostituição de menores, previsto no art. 174.º CP, com o intuito de punir o maior que pratique, com menor entre 14 e 18 anos, atos sexuais de relevo, mediante pagamento ou contrapartida.

Porém, com gradual alargamento das previsões legais relativas aos crimes sexuais, levantam-se cada vez mais dúvidas acerca da sua verdadeira legitimidade. Daí a importância da análise do art. 174.º CP, especialmente no que concerne ao seu bem jurídico, sendo fundamental determinar se a norma em causa tutela efetivamente o livre desenvolvimento da personalidade do menor, entre 14 e 18 anos, na esfera sexual. Com efeito, o presente trabalho iniciará com uma breve referência, no Cap. I, à evolução legislativa dos crimes sexuais, e ao surgimento e evolução do art. 174.º CP. Por sua vez, aos Cap. II e III concernirá o desenvolvimento da mais controversa questão relativamente à incriminação em causa: a averiguação do seu bem jurídico, e a apreciação das demais questões que com esta temática se relacionam.

Já no Cap. IV caberá a análise do pagamento ou contrapartida enquanto elemento do tipo legal de crime, e a apreciação da relação entre o art. 174.º CP e outras normas relacionadas, nomeadamente os arts. 163.º, 164.º, 173.º e 175.º CP. Por fim, no âmbito da conclusão serão apresentadas sugestões com o objetivo de procurar combater alguns dos problemas que poderão surgir no âmbito desta temática.

1. Cap. I – A Evolução Legislativa

1.1. Dos Crimes Sexuais

Os Códigos Penais de 1852 e 1886 introduziam os crimes sexuais no âmbito do Livro II, Tít. 4º, dedicado aos “Crimes contra as pessoas”, e do Cap. 4º dedicado aos “Crimes contra a honestidade”. Nesta época, a proteção conferida às infrações sexuais cingia-se a um conjunto limitado de incriminações, fundadas na moral sexual e nos bons costumes, e cuja tutela incidia sobre bens jurídicos supraindividuais (ALFAIATE, 2009, p. 26).

Com o Código Penal de 1982 opera-se uma nova inserção sistemática dos crimes sexuais, passando estes a encontrar uma secção própria intitulada “Dos Crimes Sexuais”, no âmbito do Tít. III referente aos “Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, e do Cap. I dedicado aos “Crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”. Porém, esta revisão revela-se “incapaz de romper definitivamente com toda e qualquer ascendência moralista” (RAPOSO, 2003, p. 937), permanecendo clara a presença de influências de índole moral e social – cf. as referências, v.g., aos “atentados ao pudor” enquanto atos capazes de violar gravemente “os sentimentos gerais de moralidade sexual”, aos atos que ofendam “gravemente o sentimento geral de pudor ou de moralidade sexual”, ou à “capacidade para avaliar o sentido moral da cópula”¹.

Apenas a reforma de 1995 conduz a uma verdadeira transformação do entendimento acerca da criminalidade sexual, que finalmente rompe a sua conexão com a proteção da moral social, para passar a assumir a tutela do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. Prevalece, agora, o entendimento de que ao Direito Penal cabe apenas tutelar bens jurídicos fundamentais, como a liberdade e autodeterminação sexual, e “não uma determinada moral sexual, mesmo que seja uma moral sexual “maioritária”” (CUNHA, 2017, p. 400). Os crimes sexuais transformam-se em “autênticos (e exclusivos) crimes contra as pessoas e contra um valor estritamente individual” (DIAS, 2012, p. 708), sistematicamente enquadrados no Cap. IV, denominado “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, do Tít. II referente aos “Crimes contra as pessoas”.

Esta reforma configura ainda um marco de destaque no que concerne aos crimes sexuais praticados contra menores, sendo que, nas anteriores versões do CP, pouca distinção era conferida às infrações sexuais cometidas contra menores, face àquelas

¹ Cf. arts. 205º, 212º e 202º CP de 1982.

cometidas contra adultos. A revisão de 1995 revoluciona este paradigma, ao trazer consigo a criação da Secção II do Cap. IV, integralmente dedicada à tutela da autodeterminação sexual de menores.

A preocupação com a proteção dos menores mantém-se com as novidades implementadas pela Lei n.º 65/98 de 2 de setembro, que procura aderir às “políticas adotadas no âmbito da União Europeia no domínio da luta contra a pedofilia”, e pela Lei n.º 99/2001 de 25 de agosto, especialmente no âmbito da criminalização da “atuação e utilização de menores em material pornográfico” (LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 30).

Já em 2007, com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007 de 2 de setembro, operam-se alterações significativas ao nível dos crimes sexuais, desde o alargamento do conceito de “violação” e dos “atos sexuais de relevo qualificados”, à introdução do tipo legal de importunação sexual (DIAS, 2008, p. 226). De salientar, no âmbito dos crimes sexuais contra menores, será a revogação, por inconstitucionalidade, do crime de atos homossexuais com adolescentes², acompanhada pela autonomização e alargamento das condutas que integram o crime de pornografia de menores, e pela introdução do crime de recurso à prostituição de menores.

Merecem ainda referência, as alterações de 2015, decorrentes, em primeiro lugar, da Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto que, em cumprimento do disposto na Convenção de Istambul, opera à autonomização do crime de mutilação genital feminina, e introduz os crimes de perseguição e casamento forçado, além de alterar os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual. Por sua vez, a Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto introduz algumas alterações ao nível dos crimes sexuais praticados contra menores, sendo de destacar a introdução do crime de aliciamento de menores para fins sexuais, e a criação do sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor.

Por último, quanto às mais recentes alterações, decorrentes da Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro, e sem prejuízo de mais tarde nos pronunciarmos mais detalhadamente sobre as mesmas, serão de salientar, em especial, as que concernem aos crimes de coação sexual e violação, nomeadamente no que diz respeito à introdução de um novo número,

² Cf. art. 175.º CP anterior à Lei n.º 59/2007.

em ambas as normas, com o intuito de esclarecer o que se deverá entender por “constrangimento” para efeitos do n.º1.

1.2. Do Crime de Recurso à Prostituição de Menores

Como já tivemos oportunidade de mencionar, o crime de recurso à prostituição de menores, previsto no atual art. 174.º CP, é introduzido no ordenamento jurídico português com Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro. Na sua génese encontra-se a Proposta de Lei n.º98/X, DAR, Série-A, 2º Supl., de 18/10/2006, cuja Exposição de Motivos evidencia a necessidade de introdução “de um ilícito que se fundamenta no favorecimento da prostituição de crianças e adolescentes”^{3/4}, com o objetivo de criminalizar as situações de prática de atos sexuais de relevo com menores, mediante pagamento ou contrapartida.

Da leitura da Exposição de Motivos resulta claro que, a introdução deste novo tipo legal de crime, se justifica, em grande medida, pela necessidade de garantia do cumprimento de “obrigações comunitárias e internacionais”⁵, assumidas pelo Estado Português, nomeadamente as decorrentes do Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25/05/2000⁶, e da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da UE, de 22/12/2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil⁷ (ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 865). No seguimento da entrada em vigor da Lei n.º 59/2007 surgem ainda alguns instrumentos que igualmente salientam a relevância do adequado tratamento destas situações, sendo de destacar a Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 29/03/2010 relativa à luta contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e pornografia infantil, e ainda a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente à Luta Contra a Exploração Sexual de Crianças e Pornografia Infantil de 03/02/2010 (ANTUNES e SANTOS, 2012, pp. 865-866).

³ Cf. Ponto 8 da Exposição de Motivos.

⁴ Julgamos ser infeliz o emprego da expressão “favorecimento” por causar confusão desnecessária com o crime de lenocínio de menores. Talvez fosse mais prudente falar-se de um ilícito que se fundamenta no recurso à prostituição de menores.

⁵ Cf. Ponto 1 da Exposição de Motivos.

⁶ Cf. Art. 1.º, 2.º, b) e 3.º, n.º 1, b).

⁷ Cf. Art. 2.º, a), c), ii) e 5.º, n.º 1 e n.º 2.

No ordenamento jurídico português, a incriminação em causa mereceu a epígrafe de “recurso à prostituição de menores” – apesar de o crime punir não só aquele que pratique ato sexual de relevo com menor que se “dedique” à prostituição, mas também aquele que, mediante pagamento ou contrapartida, pratique, ocasionalmente, com menor, ato sexual de relevo. Trata-se de uma definição de “prostituição” que, pela ausência da necessidade de reiteração, se poderá afastar do seu sentido clássico (DIAS, 2011, p. 249). Para quem sustente a obrigatoriedade de verificação deste pressuposto para se poder falar em “prostituição”, então “[p]oder-se-á dizer que a epígrafe (...) é algo enganosa por classificar como “prostituição de menores” a prática ocasional de um só acto sexual de relevo (...) mediante pagamento ou outra contrapartida” (DIAS, 2011, p. 248). Contudo, será importante destacar que, neste aspeto, a conceção de “prostituição”, prevista no art. 174.º CP, encontra-se de acordo com a definição legal de “prostituição infantil”, prevista em diversos instrumentos internacionais⁸, e que prescinde de reiteração⁹.

Desde a sua entrada em vigor em 2007, o art. 174.º CP foi sujeito a uma única alteração, aquando da entrada em vigor da Lei n.º 103/2015, e que eliminou a possibilidade de aplicação de pena de multa. De especial relevância, neste contexto, são ainda as alterações ao art. 177.º CP, não só decorrentes da referida revisão de 2015, mas também da Lei n.º 101/2019, e que vieram permitir agravar o crime previsto no art. 174.º CP, em função de este ser praticado conjuntamente por duas ou mais pessoas (n.º 4), de ser praticado contra pessoa particularmente vulnerável, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez (n.º 1, c)), ou de ser praticado na presença de menor de 16 ou menor de 14 anos (n.º 6 e n.º 7).

Na sua configuração atual, o art. 174.º pune, no seu n.º 1, aquele que, sendo maior, praticar, mediante pagamento ou contrapartida, ato sexual de relevo com menor entre 14 e 18 anos. No n.º 2 do referido artigo encontra-se prevista a agravação caso os atos sexuais de relevo consistam em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, enquanto no n.º 3 é punida a tentativa.

A vítima do crime previsto no art. 174.º CP terá uma idade compreendida entre os 14 e 18 anos. Caso o menor apresente uma idade inferior a 14 anos, a punição da conduta

⁸ Cf. v.g., o art. 19º, nº2 da Convenção de Lanzarote e o art. 2º, d) da Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁹ Cf. DIAS, 2011, pp. 250-251 e ALBUQUERQUE, 2015, p. 696.

cabará, naturalmente, ao art. 171.º CP¹⁰. Por sua vez, no que ao autor do crime concerne, o tipo legal de crime exige que este seja maior, i.e., que tenha 18 anos ou mais (art. 122.º CC).

Mais tarde pronunciar-nos-emos em detalhe acerca do pagamento ou contrapartida enquanto elemento do tipo¹¹. Por agora, caberá o desenvolvimento da mais controversa questão relativa ao art. 174.º CP: a determinação do seu bem jurídico, e a consequente confirmação da sua dignidade e necessidade penal.

¹⁰ Neste sentido, cf. ALBUQUERQUE, 2015, p. 696, ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 868 e CUNHA, 2017, p. 155.

¹¹ Quanto ao conceito de “ato sexual relevo”, remetemos para as considerações de FIGUEIREDO DIAS em DIAS, 2012, pp. 718-721.

2. Cap. II – A *Ratio* da Incriminação

2.1. O Problema do Bem Jurídico

Como ensina FIGUEIREDO DIAS, “todo o direito penal é um direito do bem jurídico penal” (DIAS, 2016, p. 251), sendo “função exclusiva do direito penal (...) a tutela de bens jurídico-penais, isto é, de bens jurídicos dignos de pena e carentes de punição” (DIAS, 2009, p. 42).

Assim, para que a um bem jurídico possa ser reconhecida dignidade jurídico-penal, este deve constituir uma autêntica “concretiza[ção] dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica” (DIAS, 2009, p. 35 e 2016, p. 252). Deste modo, a criminalização de uma conduta dependerá da existência de um bem jurídico capaz de atingir valores fundamentais, “causando um grau de danosidade social que [justifique] a intervenção penal” (CUNHA, 1995, p. 217).

Contudo, ao reconhecimento da dignidade penal, deverá imperativamente acrescer a verificação do critério da necessidade ou carência de tutela penal. O Direito Penal, enquanto reação de *ultima ratio* e de natureza subsidiária, apenas deverá intervir na medida em se apresente como indispensável e adequado à proteção de bens jurídicos fundamentais – inexistindo, ou sendo insuficientes, outros meios de tutela (CARVALHO, 2016, p. 65).

No que aos crimes sexuais diz respeito, já tivemos oportunidade de clarificar que, previamente à revisão de 1995, a tutela incidia sobre bens jurídicos “supra-individuais, comunitários ou estaduais”, claramente norteados por influências de índole moralista (DIAS, 2012, p. 708). Porém, como refere CONCEIÇÃO DA CUNHA, “[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” (CUNHA, 2016, pp. 134-135).

Com efeito, atualmente, os crimes sexuais encontram-se inseridos no Cap.V, relativo aos “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, que se divide em duas secções: a primeira dedicada aos crimes contra a liberdade sexual, e a segunda aos crimes contra a autodeterminação sexual. Como esclarece FIGUEIREDO DIAS ambas as secções protegem, simultaneamente, o bem jurídico da liberdade e autodeterminação

sexual, porém, enquanto a Secção I se encarrega de uma proteção sem qualquer aceção de idade, a Secção II pune condutas que, se praticadas entre adultos, não constituiriam crime, ou possuiriam menor gravidade (DIAS, 2012, p. 711). Confere-se, assim, uma especial proteção no que diz respeito ao “livre desenvolvimento da personalidade do menor (...) na esfera sexual” (DIAS, 2012, p. 711).

Todavia, com o progressivo alargamento da proteção conferida no âmbito da criminalidade sexual, especialmente na vertente da proteção das vítimas menores, tem-se vindo a questionar se, paulatinamente, estará a operar um certo “retrocesso” da justiça penal, ao ponto de ser de “recessar o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (dos bons costumes)” (ANTUNES, 2008, p. 208).

Antecipamos já que, pelo menos por enquanto, não nos parece que seja essa a orientação do alargamento da punição da criminalidade sexual. De forma geral, cremos que o que está verdadeiramente em questão será um alargamento no sentido de corrigir insuficiências da tutela já conferida pela lei penal, ou acautelar novas condutas igualmente suscetíveis de lesar o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual (CUNHA, 2017, p. 401).

Ainda assim, não deixamos de reconhecer a subsistência de controvérsia relativamente ao bem jurídico tutelado por algumas incriminações, dentro das quais certamente se inclui o art. 174.º CP. Isto, pois, como veremos, na senda do entendimento de alguma doutrina, será altamente questionável que a norma em questão tutele, efetivamente, a liberdade e autodeterminação sexual do menor entre 14 e 18 anos.

Porém, antes de procurarmos adotar uma posição relativamente à temática em apreço, importa desmistificar alguns conceitos e desenvolver algumas questões intrinsecamente associadas ao problema do bem jurídico tutelado pelo art. 174.º CP.

2.2. A Relevância do Consentimento do Menor

Antes de mais, caberá equacionar qual a relevância jurídico-penal a atribuir ao consentimento prestado por um menor, no âmbito dos crimes sexuais.

Como clarifica MARIA DO CARMO DIAS, a falta de maturidade inerente à menoridade implica uma especial vulnerabilidade que deverá ser acautelada através de “uma protecção específica, adicional, complementar da que é dada ao adulto, no pleno

gozo das suas capacidades” (DIAS, 2011, p. 211). Neste sentido, a atual Secção II do Cap. V é integralmente dedicada à tutela dos crimes sexuais cometidos contra menores. Ainda que, neste enquadramento, a proteção incida sobre relacionamentos sexuais sem violência ou coação especialmente grave¹², mesmo assim, parte-se do pressuposto de que o menor, por o ser, não terá ainda capacidade para consentir, de forma integralmente livre e esclarecida, na prática de certas condutas de natureza sexual (CUNHA, 2016, p. 146).

O reconhecimento da capacidade de decisão quanto à prática de condutas de natureza sexual, não foi instituído de forma equivalente para todos os menores, independentemente da sua idade. A proteção conferida, neste contexto, apresenta uma natureza escalonada, adequada à aquisição gradativa de autonomia por parte do menor, de forma a garantir que, alcançada uma certa idade, esta já não apresentará uma natureza absoluta – sob pena de, algo paradoxalmente, ao invés de se proteger verdadeiramente o menor, se acabar, na realidade, por restringir excessivamente a sua liberdade sexual.

Assim sendo, quanto aos menores de 14 anos opera uma presunção *iuris et de iure* de incapacidade de consentimento na prática de atos sexuais, pois, tendo em conta a pouca idade da vítima, a prática de condutas sexuais, ainda que ausentes de coação, é suscetível de “prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual” (DIAS, 2012, p. 834).

Alcançado o patamar dos 14 anos, prevalece o entendimento de que o menor, em certas circunstâncias, “já possui maturidade suficiente para poder avaliar algumas (não todas) das situações em que se envolve ou é envolvido” (DIAS, 2011, p. 213). Assim, entre os 14 e os 18 anos a (in)capacidade será apenas relativa, sendo o consentimento prestado pelo menor válido, salvo se se verificar uma relação de domínio capaz de viciar a sua vontade¹³ (CUNHA, 2016, pp. 150-151). A opção do legislador, relativamente aos menores entre 14 e 18 anos foi, então, no sentido de conferir gradualmente ao jovem “a capacidade de, por si só, decidir da sua vida sexual, embora vedando-lhe ainda determinadas condutas” (DIAS, 2011, p. 214).

Embora não nos pareça existir grande margem de contestação à proteção absoluta conferida aos menores de 14 anos – por de meras crianças se tratar – já quanto aos jovens

¹² As situações de violência, coação grave ou dissentimento serão tuteladas no âmbito da Secção I.

¹³ Cf., v.g., o art. 173.º CP que apenas pune a prática de atos sexuais de relevo com jovens entre os 14 e 16 caso se verifique um “abuso da inexperiência” do menor, e o art. 172.º CP cuja punição dependerá da verificação de uma relação de educação ou assistência com o menor.

entre 14 e 18 anos poder-se-á eventualmente questionar até que ponto fará sentido conferir aos mesmos uma proteção especial, ainda que relativa. A resposta a este problema não poderá deixar de passar pela determinação da idade a partir da qual se poderá dizer que o jovem adquire, não só a maturidade e o discernimento necessário para verdadeiramente compreender o sentido e alcance dos seus comportamentos, mas também autonomia suficiente para que as suas decisões não sejam facilmente manipuladas por fatores externos (CUNHA, 2016, p. 148).

2.3. A Maturidade na Adolescência

A adolescência, enquanto período crucial de desenvolvimento e adaptação, “é caracterizad[a] por uma diversidade de aquisições, de comportamentos, de processos de autodefinição e de construção da acção no mundo e na relação com os outros” (BARROSO, MANITA e NOBRE, 2011, p. 428).

No atual contexto social, e especialmente em virtude dos mais variados avanços tecnológicos e da progressiva mutação das mentalidades, é frequente a afirmação de que os jovens adquirem, cada vez mais cedo, variadíssimos conhecimentos e informações, inclusive na área da sexualidade (CUNHA, 2016, p. 148). Todavia, é importante sublinhar que não é por um menor conhecer os mecanismos e implicações da atividade sexual que este, forçosamente, adquire o discernimento necessário para tomar decisões ou participar em quaisquer comportamentos de natureza sexual (DROBAC, 2011, p. 85). É essencial compreender, nas palavras de CONCEIÇÃO DA CUNHA, que “mais conhecimento nem sempre implica mais equilíbrio, estabilidade emocional, capacidade de valoração e de decisão” (CUNHA, 2016, p. 148).

São vários os fatores que indiciam que, atualmente, “a entrada na idade adulta demora mais tempo e está menos bem delimitada”, sendo a aquisição da plena maturidade cada vez “menos abrupta e menos claramente marcada” (PAPALIA, OLDS e FELDMAN, 2001, p. 508). De um ponto de vista sociológico, o alcance da idade adulta encontra-se frequentemente associado à autossuficiência, à independência dos pais, ao término dos estudos, ao início da carreira profissional e à constituição de família, i.e., a fases da vida do jovem que, nos dias de hoje, tendem a ter lugar cada vez mais tarde¹⁴.

¹⁴ Cf. CUNHA, 2016, p. 146 e PAPALIA, OLDS e FELDMAN, 2001, p. 508.

Já na área da psicologia os mais recentes estudos têm vindo a destacar que a maturação de certas partes do cérebro, como o córtex pré-frontal “responsável pelo planeamento, pelo estabelecimento de prioridades, supressão de impulsos, ponderação das consequências dos actos e organização do pensamento”, apenas completará o seu desenvolvimento perto dos 25 anos (FONSECA, 2005, p. 52).

O reduzido sentido de orientação futura, a impulsividade na tomada de decisões sem ponderação dos seus riscos, a sensibilidade a recompensas, e a suscetibilidade à influência negativa de pressões, são características típicas da juventude (DROBAC, 2011, pp. 74-78). Com efeito, o elemento distintivo entre a forma de pensamento de um adolescente e de um adulto “reside no facto de o adulto conseguir pensar em termos de consequências, de resultados, enquanto o adolescente pensa em termos muito concretos de preto e branco” (FONSECA, 2005, p. 51). Neste sentido, face a situações impulsivas que comportem um elevado grau de estimulação emotiva ou social, será espectável que a capacidade de decisão de um jovem, pelo menos até atingir os 18 anos, seja inferior à típica de um adulto – especialmente se a estas circunstâncias acrescer a influência dos grupos, a ausência de supervisão parental, e a possibilidade de obter uma recompensa imediata (STEINBERG, 2009, p. 592).

Certo parece ser que a aquisição de maturidade configura um processo, e não o simples atingir de um patamar. Daí não ser tarefa simples a determinação de um limiar fixo a partir do qual se possa afirmar, com certeza, que um jovem adquire maturidade e discernimento suficiente que legitime o reconhecimento da plena capacidade de consentimento na prática de condutas de natureza sexual. Seguramente não será espectável que, todo e qualquer jovem, adquira plena maturidade logo que alcance uma determinada etapa da sua vida. Tudo dependerá do jovem em questão, e de variadíssimos outros fatores, internos e externos. Porém, exigências de segurança jurídica impõe como necessário “estabelecer fronteiras para cada segmento da vida, de acordo com um padrão médio de capacidade” (CUNHA, 2016, p. 150).

Assim, é importante salientar que, no contexto da aquisição da maturidade, o patamar dos 18 anos tende a assumir uma especial relevância. Note-se que, ao nível dos instrumentos internacionais, é o patamar dos 18 anos que delimita o conceito de “criança” entendido como “todo o ser humano menor de 18 anos” – cf. art. 1.º da Convenção dos Direitos da Criança, art. 3.º, a) da Convenção de Lanzarote e art. 2.º, a) da Diretiva 2011/92/UE. Ademais, também a um nível interno o patamar dos 18 anos tem uma

especial relevância para a aquisição de variadíssimas competências – v.g., a maioridade civil (art. 122.º CC), o direito ao voto (art. 1.º da Lei n.º 14/79), o direito ao consumo de álcool (art. 3.º do DL n.º 50/2013), e a habilitação de condução (art. 20.º do DL n.º 138/2012) (CUNHA, 2016, p. 150).

Com efeito, e mesmo até por uma questão de coerência legislativa, parece-nos razoável exigir os 18 anos para que o menor seja integralmente capaz de consentir na prática de certos atos sexuais que, pelo impacto que podem comportar no livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual, justifiquem a extensão da tutela até aos 18 anos (CUNHA, 2017, p. 416).

Esta exigência é, na nossa perspetiva, plenamente compatível com o disposto no art. 38.º, n.º 3 CP, na medida em que esclarece que o consentimento será eficaz quando prestado “por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

No âmbito do consentimento para a prática de atos sexuais, o art. 38.º, n.º 3 CP não deverá ser objeto de uma interpretação excessivamente rígida. Basta considerar o crime de atos sexuais com adolescentes (art. 173.º CP) para se concluir que o art. 38.º, n.º 3 CP não consagra uma regra sem exceções. Isto, pois, mesmo aos menores entre 14 e 16 anos – que, em teoria, segundo uma interpretação literal do art. 38.º, n.º 3 CP, não teriam ainda capacidade para consentir –, não é integralmente vedada tal capacidade. Caso não se verifique uma situação de “abuso de inexperiência”, nem uma situação enquadrável nas demais normas do Cap. V, terá de ser valorado o consentimento prestado pelo menor, com idade entre os 14 e os 16 anos.

Ademais, cabe não esquecer a segunda parte do art. 38.º, n.º 3 CP. A exigência de que o menor tenha o “discernimento necessário para avaliar o (...) sentido e alcance” do consentimento por si prestado abre portas à elevação da idade de aquisição da capacidade de decisão, em situações que, pela sua gravidade e complexidade, se entenda que só um jovem com idade superior possuirá tal discernimento¹⁵.

¹⁵ Como será o caso das situações enquadráveis no art. 174.º CP. Trata-se de condutas de tal gravidade que, para alguns, justificariam uma punição além dos 18 anos. Chamamos a atenção para considerações do Relatório do Parlamento Europeu sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade de géneros (2013/2103 (INI)) da Comissão dos Direitos da Mulher da Igualdade de Géneros de 3/02/2014, Relatora Mary Honeyball, onde se sugere a criminalização da compra de serviços a pessoas que se prostituem com idade inferior a 21 anos. Cf. Ponto 22.

Salientamos ainda que, uma interpretação excessivamente rígida do disposto no art. 38.º, n.º 3 CP não implicaria somente questionar a possibilidade de certas incriminações abrangerem a faixa etária dos 16 a 18 anos, mas obrigaria simultaneamente a contestar a validade de qualquer consentimento prestado por menores entre 14 e 16 anos. Com efeito, nesta matéria, julgamos que deverá ser conferida alguma flexibilidade ao art. 38.º, n.º 3 CP, de modo a, por um lado, não conduzir à negação aos jovens mais novos da livre exploração da sua sexualidade – que, ausente de vícios, contribui para o seu desenvolvimento neurológico e psicossocial (DROBAC, 2011, p. 111) – e, simultaneamente, garantir, mesmo aos jovens mais velhos, a devida proteção em situações de exploração da sua vulnerabilidade, suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade na esfera sexual.

2.4. A Prostituição na Adolescência

Já em 2005, PEDRO STRECHT alertava para a realidade de que “[t]odas as noites e, em muitas circunstâncias, todos os dias (...) continua a existir um grupo importante de rapazes e raparigas menores de idade (...) que se prostituí, oferecendo o seu corpo para as mais variadas práticas sexuais com adultos” (STRECHT, 2005, p. 189).

Durante um largo período de tempo, cremos que “a sociedade interiorizou os estigmas associados à prostituição juvenil” (ARAÚJO, 2005, p. 137), absolutizando a ideia de que, à “escolha” do menor pela prostituição – pelo mundo do “dinheiro fácil”¹⁶, da violência, do álcool e da toxicodependência – corresponderia um sentido de “inocência perdida”, um dever de comportar com as consequências da vida “por si escolhida”, como se de um adulto se tratasse¹⁷. Na verdade, não estão tão longe como se deseja os tempos em que se considerava que quem se prostituí, em virtude da sua ampla “experiência sexual”, não poderia ser vítima de abusos, nem teria legitimidade para contestar a conduta do adulto que lhe “comprou” o serviço – “fazê-lo corresponderia, afinal, a um *venire contra factum proprium*” (ARAÚJO, 2005, p. 131)¹⁸.

¹⁶ Cf. ARAÚJO, 2005, p. 135.

¹⁷ Sobre estes estereótipos associados à prostituição juvenil, cf. ARAÚJO, 2005, p. 132 e ss.

¹⁸ *V.g.*, no contexto do antigo crime de atentado ao pudor questionava-se se quem se dedicasse à prostituição poderia ser vítima do mesmo (DIAS, 2012, pp. 717-718).

Talvez por este motivo só em 2007 se tenha logrado a criminalização das condutas hoje enquadráveis no art. 174.º CP¹⁹. Como salienta ELIANA GERSÃO “enquanto os abusos sexuais não comerciais atingem, potencialmente, todas as crianças (...) as vítimas de prostituição (...) são, em princípio as crianças desprotegidas e marginalizadas”, i.e., “crianças de rua” as mais das vezes “incomodativas e desagradáveis e [que] não despertam grande simpatia, tendendo muitos a vê-las mais como culpadas do que como vítimas” (GERSÃO, 1997, p. 27).

A verdade é que, muito embora a realidade da prostituição juvenil não seja recente, só nos últimos tempos se começou a verificar uma mutação significativa da apreciação do problema, resultado da crescente preocupação, nacional e internacional, com a criminalização das mais diversas formas de exploração dos menores. Preocupação esta que não poderá deixar de se aplaudir, especialmente no que concerne ao esforço pela apreensão dos motivos que conduzem o menor ao mundo da prostituição, e às tentativas de prevenção e repressão das condutas de todos os intervenientes no processo de prostituição de menores. Ainda assim, reconhecemos não se tratar de uma tarefa simples, especialmente considerando que um contexto de prostituição poderá potenciar certas formas de crime organizado e violento, como o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Cabe, então, questionar quais os motivos capazes de conduzir um menor a enveredar pelo perigoso rumo da prostituição. PEDRO STRECHT destaca que os jovens que se prostituem são, geralmente, provenientes de contextos familiares destruídos, ou até mesmo inexistentes, não conhecendo os seus pais, nem apresentando qualquer figura de referência (STRECHT, 2005, p. 190). Tratam-se de jovens inseridos em contextos problemáticos a nível social e económico, em “meios onde os padrões de promiscuidade e confusão sexuais os deixam dessensibilizados para questões como a violência ou exposição sexual”, e relativamente aos quais poderá ser ainda frequente a despreocupação ou abandono escolar, e o consumo de álcool e drogas (STRECHT, 2005, p. 191)²⁰.

¹⁹ Note-se, todavia, que alguma doutrina já defendia a sua criminalização. Cf. GERSÃO, 1997, p. 25 e CUNHA, 2003, p. 217.

²⁰ Chamamos novamente a atenção para as considerações do Relatório do Parlamento Europeu sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade dos géneros (2013/2103(INI)) onde se identificam, como frequentes raízes de situações de prostituição de menores, a prevalência de contextos económicos difíceis e a falta de cuidados parentais. Cf. Ponto 20.

Há ainda que considerar que “a maioria dos adultos começa a trabalhar no comércio do sexo em idade muito jovem, com a «ajuda» do proxeneta e, mais recentemente, (...) do traficante de drogas” (COSTA, 2002, p. 455). Na realidade, não deverá ser subestimado o impacto que a figura do proxeneta poderá comportar na decisão do menor de se dedicar à prostituição, pois um contexto de prostituição é muitas vezes iniciado por um processo de manipulação, levado a cabo mediante falsas garantias de estabilidade e segurança, e ilusões com a possibilidade de uma “vida melhor”.

Ademais, aliado ao desenvolvimento tecnológico, ao acesso à internet e ao uso das redes sociais, está o surgimento e aumento de novas formas de prostituição, que potenciam uma certa facilitação da atividade, não só do ponto de vista de quem a presta, mas também daquele que à mesma recorre (OLIVEIRA, 2017, p. 213).

MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS alertam para a possibilidade de a criminalização da conduta daquele que recorre à prostituição de um menor “ao invés de contribuir para uma diminuição destes comportamentos, intensificar a tendência para a sua ocorrência em espaços de clandestinidade que aprofundam a exclusão social daqueles que neles são intervenientes” (ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 867).

Na nossa perspetiva, a punição da conduta daquele que ao menor compra serviços de natureza sexual, contribuirá, em primeira linha, para a diminuição da prostituição de menores – garantindo, assim, a prevenção e a repressão deste tipo de condutas –, e não para a agravação da estigmatização dos mesmos, nem das suas condições de vida. Ademais, a criminalização deste tipo de conduta permitirá uma rutura com a conceção estereotipada de que o jovem que se dedique à prostituição “já não é uma criança” (ARAÚJO, 2005, p. 132), devendo, por esse motivo, acarretar com as consequências do rumo de vida pelo qual “optou”, para passar à perceção destes jovens enquanto vítimas de condutas abusivas por parte de adultos.

Vejamos, então, em que medida as condutas previstas no art. 174.º CP podem contender com o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual.

2.5. A Influência do Pagamento ou Contrapartida na Vontade do Menor

Enquanto o crime de lenocínio de menores (art. 175.º CP) encontra equivalência no lenocínio de adultos (art. 169.º CP), o mesmo não poderá ser dito acerca do crime de

recurso à prostituição de menores. Inexiste, atualmente, uma disposição legal que criminalize a compra de serviços de natureza sexual a um adulto. Não pretendemos discutir se tal disposição deveria existir²¹, mas gostaríamos de nos pronunciar relativamente aos motivos que justificam a sua manutenção quando a vítima seja um menor.

Isto, pois, não duvidamos que se argumente, tal como se argumenta frequentemente quanto à prostituição de adultos, que se o menor “concorda” em praticar um ato sexual a troco de contrapartida, então o “acordo” entre o menor e o adulto legitimará a verificação de uma relação da qual as partes simplesmente obtêm aquilo que pretendem: o menor obtém a contrapartida, e o maior, o ato sexual (ARAÚJO, 2005, p. 380).

Porém, ainda que ambas as partes obtenham o que pretendem com a relação de prostituição, tal “não significa que o consentimento não esteja viciado” (ARAÚJO, 2005, p. 380). Assim sendo, importa determinar em que medida o consentimento eventualmente prestado por um menor no contexto da prática de uma conduta de natureza sexual, a troco de pagamento ou contrapartida, poderá ser considerado válido atendendo ao disposto no art. 38.º, n.º 2 CP – i.e., à obrigatoriedade de o consentimento traduzir uma manifestação de vontade séria, livre e esclarecida²².

Com o intuito de introduzir este problema, chamamos a atenção para o Ac. do TRE de 18/10/2018, no contexto do qual, o arguido, como forma de persuadir menores à prática de atos sexuais, propõe aos mesmos a entrega de uma quantia monetária e produtos estupefacientes como contrapartida da prestação de tais atos. Quanto a um dos menores é evidente, da leitura das mensagens trocadas entre este e o arguido, a resistência do mesmo relativamente à prática de atos de natureza sexual com o maior. O único motivo que conduz o menor à manutenção da comunicação com o arguido parece ser a possibilidade de obter dinheiro suficiente para satisfazer o seu desejo de comprar uma bicicleta. Durante as conversas por mensagem com o arguido, o menor chega a afirmar: “Eu por um lado quero o dinheiro mas pelo outro n[ã]o quero fazer isso...” e “Tens de perceber uma coisa eu não fa[ç]o isto pelo gostar e tu sabes eu fa[ç]o isto pelo guto...”²³.

²¹ Tal seria matéria para uma outra tese.

²² Para uma análise detalhada dos pressupostos do consentimento, cf. DIAS, 2019, pp. 562-574.

²³ Cf. p. 8 e pp. 11-13 (factos provados 1 e 10, al. i) e l)).

Julgamos que estas expressões do menor revelam, *de per se*, parte do problema da introdução de um critério compensatório no processo de formação da vontade do jovem. Na verdade, não logramos compreender como conciliar a possibilidade da prestação de um consentimento livre e esclarecido, por um menor, no contexto de uma situação em que este apenas concorda em praticar uma conduta de natureza sexual, por lhe estar a ser oferecida uma contrapartida. Reiteramos ainda que, na generalidade das situações, os jovens apenas enveredam pelo caminho da prostituição por força da debilidade da sua situação económica, familiar ou social. É certo que o mesmo poderá ser dito relativamente a um adulto numa situação de prostituição, contudo, é essencial não esquecer que um menor não só será mais facilmente influenciável pela força atrativa da contrapartida, como também será menos capaz de ponderar o sentido e alcance da sua conduta²⁴.

Sabemos que, no que às crianças concerne, a sua especial fragilidade e ingenuidade facilmente potencia situações de pressão, manipulação ou constrangimento à prática de certos atos. Como salienta CELINA MANITA, as crianças, “pela sua própria natureza e etapa desenvolvimental”, mais facilmente serão sujeitas a processos de ilusão, sedução, ou cativação, através da oferta de bens materiais (MANITA, 2003, p. 240).

Também a adolescência constitui uma fase de sensibilidade acrescida à influência apelativa de certos incentivos ou recompensas patrimoniais. Não só porque os jovens tendem a valorar as possíveis recompensas da prática de uma conduta de forma muito superior aos riscos a que com a mesma se sujeitam (DROBAC, 2011, pp. 74-75), mas também porque, como é evidente, pelo menos até aos 16 anos, os jovens não possuem ainda o nível de autossustentabilidade e autonomia económica típica de um adulto (LEITE, 2011, p. 55-56).

Não nos parece difícil de compaginar situações em que um jovem, mesmo até inserido num contexto económico e familiar relativamente estável, se possa sentir compelido a levar a cabo uma conduta, motivado pela possibilidade de receber, de uma fonte externa, uma compensação que não seria para si obténivel (ou tão facilmente obténivel) de outro modo. Contudo, é inegável que o poder atrativo da contrapartida poderá ter um impacto particularmente significativo quando o menor se encontre inserido num contexto económico e familiar especialmente dramático, em que com a escassez de meios económicos concorra a falta de afeto e atenção.

²⁴ Cf. Cap. 2.3.

Salientamos ainda que, frequentemente, o próprio maior que pratica o ato sexual com o menor a troco de contrapartida assume um papel significativo no que diz respeito à decisão do mesmo no sentido da prática de tal ato. Referimo-nos, desde as situações em que este aborda o menor, solicitando ou propondo ao mesmo a prática de um ato sexual mediante contrapartida, àquelas em que manipula a sua vontade, aliciando-o com a obtenção de uma situação de estabilidade económica, ou com uma contrapartida à qual será difícil o menor resistir²⁵.

A verdade é que, a mera oferta da contrapartida colocará o maior numa posição de superioridade face ao menor. O jovem, enquanto tal, não tem ainda capacidade para tomar uma decisão livre e esclarecida sobre a prática do ato sexual, não só porque a sua vontade será particularmente afetada por pressões externas, mas também por não ter ainda o discernimento necessário para ponderar o significado da compensação face ao ato praticado. Como salienta CLARA SOTTOMAYOR, apesar de os adolescentes terem idade suficiente para prestarem o seu consentimento na prática de alguns atos sexuais, “quando o fazem num contexto de prostituição são vítimas de exploração por outrem e não dispõem de condições de vida que permitam uma decisão livre” (SOTTOMAYOR, 2014, pp. 249-250).

Mesmo quanto a pessoas adultas não é unânime que estas possam escolher, de forma integralmente livre e consciente, o exercício da prostituição. Com efeito, se mesmo quanto a um adulto em situação de prostituição “é duvidoso (e perigoso) que se possa confiar em absoluto na autenticidade do eventual consentimento do ofendido” (PATTO, 2001, p. 139), não vemos como aceitar a possibilidade de um consentimento livre, autêntico e esclarecido, prestado por um menor no contexto da prática de um ato sexual mediante pagamento ou contrapartida.

²⁵ No Ac. anteriormente mencionado, o arguido, perante a hesitação e recusa do menor às quantias monetárias por este sugeridas, responde da seguinte forma: “Não queres nada comigo já? Tava aqui a ver mais um dinheirinho para te levar e pronto enfim”; “Não te sentes bem em ter guito na carteira?”; “E não queres ter sempre?”; “Tu já viste o guito que podes ganhar se fores um mocinho com cabeça e fixe para mim?”. Cf. pp. 9-10 e p. 13 (factos provados 10, al. d) e n)).

3. Cap. III – O Bem Jurídico Tutelado pelo Art. 174.º do CP

Feitas estas considerações, só podemos concluir que a proteção conferida aos menores entre 14 e 18 anos, no âmbito do art. 174.º CP, se cinge a situações de verdadeiro aproveitamento, por parte de um adulto, de uma relação exploratória, de superioridade, face a um menor, potenciada pela oferta de um pagamento ou contrapartida.

Com efeito, no nosso entendimento, a verdadeira *ratio* da incriminação encontra fundamento na tutela do livre desenvolvimento da personalidade do menor, entre 14 e 18 anos, na esfera sexual. Entendimento este que, aliás, parece ser relativamente predominante na doutrina. Neste sentido, entendem, desde já, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO sustentando que o bem jurídico tutelado consistirá no livre desenvolvimento da vida sexual do menor entre 14 e 18 anos (GARCIA e RIO, 2014, p. 728). Também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE sustenta que o bem jurídico protegido pelo art. 174.º CP se traduz na “liberdade de autodeterminação sexual do menor entre 14 a 18 anos” (ALBUQUERQUE, 2015, p. 695). Em sentido semelhante, MARIA DO CARMO DIAS entende estar em causa “a formação e o desenvolvimento da personalidade, na esfera sexual, do menor entre 14 e 18 anos” (DIAS, 2011, p. 247), esclarecendo ainda que “[o] meio de execução – pagamento ou outra contrapartida – tem aptidão para viciar a formação da vontade da vítima, atenta a sua jovem idade e, por isso, coloca em causa o bem jurídico autodeterminação sexual” (DIAS, 2013, p. 88).

Concordamos também, ainda que parcialmente, com INÊS FERREIRA LEITE, no sentido de que a incriminação se justifica, por força da introdução de “um critério comercial na formação da vontade do menor para a prática de atos sexuais” (LEITE, 2011, p. 55). Porém, discordamos que, tratando-se de “um menor economicamente autónomo que tome a decisão livre e consciente de se prostituir”, a conduta do maior deva ficar excluída do tipo (LEITE, 2011, p. 56), por não sermos capazes de compagnar, pelos motivos *supra* explanados²⁶, uma situação na qual o jovem consinta, de forma integralmente livre e consciente, na prática de atos sexuais, motivado pela oferta de um pagamento ou contrapartida – independentemente de este ser, ou não, economicamente autónomo. A autonomia económica do menor não poderá ser um critério decisivo no que concerne à validade do consentimento por si prestado. O menor pode perfeitamente ser economicamente autónomo, ou encontrar-se numa situação económica favorável, e

²⁶ Cf. Cap. 2.5.

mesmo assim sentir-se compelido à prática de um ato sexual, por lhe estar a ser oferecida uma recompensa.

Já em sentido oposto, CLÁUDIA SANTOS e MARIA JOÃO ANTUNES sustentam que, apesar de o bem jurídico protegido pelo art. 174.º CP pretender ser o “livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente de 14 a 18 anos”, a incriminação acaba, antes, por limitar a liberdade sexual do menor entre 14 e 18 anos “que quer praticar acto sexual de relevo mediante pagamento ou contrapartida, com o intuito de o proteger de algo que vai além da autodeterminação sexual” (ANTUNES e SANTOS, 2012, pp. 866-867). Na perspetiva das referidas Autoras, a incriminação em causa é justificada por um certo “paternalismo penal”, implicando um “retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (...), fundado não propriamente em opções político-criminais, mas sim em opções “político-criminalmente correctas”” (ANTUNES e SANTOS, 2012, pp. 866-867). MARIA JOÃO ANTUNES expressa graves dúvidas quanto ao reconhecimento da liberdade e a autodeterminação do menor enquanto o verdadeiro objeto desta incriminação (ANTUNES, 2008, p. 209), manifestando incerteza relativamente ao respeito da mesma pelo “critério da dignidade jurídico-penal e da carência de tutela do bem jurídico” (ANTUNES, 2010, p. 158).

Salvo o devido respeito, não podemos concordar com este entendimento. Desde já, por não nos parecer viável a verificação de uma situação em que um menor consinta, de forma integralmente séria, livre e esclarecida, na prática de atos sexuais de relevo, mediante pagamento ou contrapartida²⁷. A incriminação em causa não se justifica por um “paternalismo penal”, mas sim pela verdadeira necessidade de incriminação de condutas suscetíveis de afetar o livre desenvolvimento da vida sexual do jovem. Na nossa perspetiva, e recorrendo às palavras de KARL NATSCHERADETZ, a proteção aqui em causa “não tem como objectivo a interiorização pela juventude de certos valores morais da conduta sexual, mas apenas de precaver os jovens de certos estímulos sexuais, até que eles sejam capazes de decidir por si próprios” (NATSCHERADETZ, 1985, p. 153).

Por conseguinte, não cremos, de forma alguma, que o art. 174.º CP contribua para um “retrocesso” da justiça penal. Cremos, sim, que o princípio da separação entre o direito penal e a moral “tem sido indevidamente utilizado, pela doutrina e pela jurisprudência, para excluir da incriminação penal determinados comportamentos sexuais”

²⁷ Cf. Cap. 2.5.

(SOTTOMAYOR, 2011, p. 316), comportamentos estes verdadeiramente suscetíveis de lesar a liberdade e autodeterminação sexual.

Numa perspetiva distinta, e relativamente a crimes como o recurso à prostituição de menores, o lenocínio de menores e pornografia de menores, cuja proteção abrange menores até aos 18 anos, ANA RITA ALFAIATE defende ser necessário aceitar que, atualmente, em matéria de crimes sexuais, algumas condutas são criminalizadas “em razão da proteção de outros bens jurídicos que não a liberdade sexual” (ALFAIATE, 2009, p. 96), sustentando a emergência da proteção da infância e juventude (art. 69.º e 70.º CRP), enquanto bem jurídico supraindividual (ALFAIATE, 2009, p. 97).

Para a referida Autora, no âmbito do art. 174.º CP, encontrando-se o jovem entre as idades de 16 e 18 anos, e caso este possua o “discernimento para compreender o sentido e alcance da sua declaração de vontade, o seu consentimento deverá afastar a ilicitude da conduta do agente” (ALFAIATE, 2009, p. 108). Caso o menor se encontre no âmbito desta faixa etária, o maior não deve “ser punido pelo simples facto de praticar com o menor com mais de dezasseis anos um acto sexual de relevo”, mas sim “nos termos gerais” caso a sua conduta “se traduza, por exemplo, numa violação” (ALFAIATE, 2009, pp. 108-109).

No nosso entendimento, e ainda que, como salienta CONCEIÇÃO DA CUNHA, a proteção da infância e juventude, enquanto bem jurídico supraindividual possa, eventualmente, encontrar alguma tutela reflexa em certas normas – já que a tutela do livre desenvolvimento da personalidade do menor na sua esfera sexual implicará, ainda de que de forma mediata, a garantia da proteção da infância e juventude – deverá predominar sempre, como predomina neste caso, a proteção da liberdade e autodeterminação sexual (CUNHA, 2016, pp. 146-147).

Note-se ainda que, no âmbito do art. 174.º CP o maior nunca estará a “ser punido pelo simples facto de praticar com o menor com mais de dezasseis anos um acto sexual de relevo” (ALFAIATE, 2009, pp. 108-109). O maior estará, sim, a ser punido por praticar tal ato mediante pagamento ou contrapartida. É precisamente pela presença deste elemento, facilmente suscetível de condicionar a vontade do menor, que a norma abrange os jovens até aos 18 anos – o que, como já tivemos oportunidade de esclarecer²⁸, nos parece plenamente compatível com o disposto no art. 38.º, n.º 3 CP. Isto, pois, nas situações previstas no art. 174.º CP, o jovem entre 16 e 18 anos não terá ainda o

²⁸ Cf. Cap. 2.3.

discernimento necessário para compreender o sentido e alcance de um eventual consentimento por si prestado.

4. Cap. IV – O Pagamento ou Contrapartida Enquanto Elemento do Tipo Legal de Crime

4.1. Definição

Na sua configuração atual, o art. 174.º CP criminaliza a prática, por um maior, de um ato sexual de relevo simples (n.º 1) ou qualificado (n.º 2), com menor de idade entre 14 e 18 anos, “mediante pagamento ou outra contrapartida”. Uma vez estabelecido o impacto que a prestação do pagamento ou contrapartida comportará no âmbito da formação da vontade do menor, importa agora compreender qual o verdadeiro sentido e alcance do “pagamento ou outra contrapartida”, enquanto elemento do tipo legal de crime.

Antes de mais, será necessário apreender o que verdadeiramente poderá constituir um “pagamento”, e aquilo que deve ser considerado como “outra contrapartida”. No que ao pagamento diz respeito, este poderá ser concretizado na prestação de uma quantia monetária, ou em espécie²⁹. Neste sentido, o “pagamento” compreenderá as prestações em dinheiro, bem como a oferta de bens materiais, de natureza lícita ou ilícita, i.e., prestações às quais corresponde um valor económico objetivo – v.g. a oferta de um telemóvel, de joalharia, de bilhetes para um concerto, ou a oferta de produtos estupefacientes.

Já a “outra contrapartida” acaba por admitir a compreensão, no âmbito do art. 174.º CP, de um variadíssimo leque de outras formas compensatórias. Na verdade, esta expressão poderá, hipoteticamente, compreender toda e qualquer forma suscetível de compensar ou retribuir o menor pelo ato sexual praticado. Isto, pois, bem vistas as coisas, para além da necessidade da sua existência, nenhuma outra exigência é feita acerca da contrapartida – esta não terá, portanto, de alcançar um certo valor, nem de assumir uma forma específica.

Assim, o conceito de “outra contrapartida” poderá incluir, a título exemplificativo, a oferta de uma prenda, a prestação de um favor³⁰, ou a oferta de um bem de valor meramente sentimental para o menor, i.e., a prestação de bens sem valor económico, de valor indeterminado, a prestação de serviços, etc. Pense-se, v.g., na possibilidade de o agente oferecer ao menor um bem pertencente a um parente falecido, de facilitar ao mesmo a possibilidade de acesso a um bem exclusivo, de garantir ao menor o transporte

²⁹ Neste sentido, cf. ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 868 e LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 208.

³⁰ Neste sentido, cf. LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 208.

durante um determinado período de tempo a um certo destino, de atuar na sua festa de aniversário, ou de o proteger contra alguém.

Todavia, de uma perspectiva puramente teórica, o conceito de “outra contrapartida” permite também incluir, no âmbito do art. 174.º CP, situações em que o maior garante ao menor, *v.g.*, o alcance de uma certa meta, ou a facilitação da obtenção de um certo título ou oportunidade. Pense-se na hipótese de o maior oferecer ao menor a possibilidade de participar no *casting* de um filme, de pertencer a um certo clube de desporto, ou de subir antecipadamente na sua carreira profissional ou escolar. Cremos, porém, que o enquadramento jurídico de algumas destas situações deverá ser o mais cuidado possível, sendo de ponderar a aplicação de outras normas potencialmente mais adequadas a acautelar as circunstâncias do caso – mormente os arts. 163.º e 164.º CP.

4.2. A Relação Entre o Crime de Recurso à Prostituição de Menores e os Crimes de Coação Sexual e Violação

Os crimes de coação sexual (art. 163.º CP) e violação (art. 164.º CP) “constituem o núcleo da protecção da liberdade sexual”, configurando a violação “uma coação sexual especial” (DIAS, 2012, p. 716). A distinção entre as normas opera exclusivamente ao nível dos atos praticados, compreendendo a violação somente atos de penetração, enquanto a coação sexual abrange os demais atos sexuais de relevo.

Como já tivemos oportunidade de esclarecer, os arts. 163.º e 164.º CP foram objeto de recente alteração em virtude da Lei n.º 101/2019, no sentido de melhor se adequarem ao disposto na Convenção de Istambul. O nº1 das referidas normas pune, agora, aquele que constranger outra pessoa à prática de atos sexuais de relevo simples (art. 163.º CP) ou qualificados (art. 164.º CP). A verificação de uma situação de violência, ameaça grave ou colocação da vítima em situação de inconsciência ou incapacidade de resistir (arts. 163.º e 164.º, n.º 2 CP) configura agora uma forma qualificada do crime previsto no nº1. Ademais, considerando as dificuldades interpretativas do conceito “constrangimento”, o legislador optou por esclarecer, através da introdução de um n.º 3 a ambas as normas, que por “constrangimento” se deverá entender qualquer meio, não compreendido no n.º2, mas empregue no sentido da prática dos atos sexuais previstos no n.º1, contra a “vontade cognoscível da vítima”.

Creemos que este “esclarecimento” poderia ter sido mais feliz, pois resta agora saber o que se deverá entender por “vontade cognoscível da vítima”. Será necessário que o “homem médio” compreenda a vontade da vítima, dadas as circunstâncias do caso? Incluirá as situações de negligência grosseira, contrariando o disposto no art. 13.º CP? Talvez tivesse sido mais prudente a ponderação de uma redação mais próxima da do art. 36.º da Convenção de Istambul, fazendo alusão à prática de condutas “não consentidas”, e esclarecendo que o consentimento “tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”.

Com o intuito de simplificar a questão para o que neste contexto será relevante, cremos que uma interpretação conforme ao disposto na Convenção de Istambul terá de significar que a criminalização de qualquer forma de constrangimento à prática de um ato sexual implica a prática de atos não livremente consentidos. Tal permitirá abranger “[q]uer circunstâncias em que existe uma total ausência de vontade, como todas as outras em que a (...) vontade está condicionada e não é livre ou esclarecida” (LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 69), devendo o consentimento da vítima ser apreciado tendo em conta todas as circunstâncias envolventes – cf. art. 36.º, n.º 2 Convenção de Istambul. Neste sentido, a vontade da vítima será cognoscível se, no contexto específico, se tornar perceptível para o agente “que a vontade íntima da vítima não era no sentido de praticar ou sofrer o ato sexual de relevo, ou que [esta] nem sequer estava em condições de manifestar conscientemente a sua vontade” (LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 72).

Assim, no âmbito do n.º 1 dos arts. 163.º e 164.º CP são incluídas, genericamente, as situações de prática de condutas contrárias à vontade real da vítima. Até à revisão de 2015, os arts. 163.º e 164.º CP atribuíam autonomia às situações designadas de “assédio sexual”, em que o agente lograva o constrangimento da vítima mediante abuso de autoridade “resultante de uma relação familiar, de tutela ou de curatela ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho”, ou por força de temor causado na vítima³¹ (LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 65). Com a revisão de 2015, as situações de constrangimento deixam de exigir a verificação de qualquer meio específico, prescindindo-se, conseqüentemente, da autonomia até então conferida às situações de “assédio sexual”. Não obstante, estas condutas continuam implicitamente abrangidas pelo n.º 1 dos arts.

³¹ Cf. Redação do n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º anterior à Lei n.º 83/2015.

163.º e 164.º CP na medida em que configuram a prática “de um ato sexual de relevo contra a vontade da vítima, ou cujo consentimento não corresponde à sua real vontade” (LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 65)³². Por conseguinte, as situações de dependência hierárquica, económica ou de trabalho constituem uma agravante do crime (art. 177.º, n.º 1, b) CP).

Retomando o problema da relação entre estas normas e o art. 174.º CP, considere-se a possibilidade de A, adulto, garantir ao menor B, de 16 anos, aspirante a ator, a possibilidade de participar na sequência de um filme de alta popularidade, a troca da prática de atos sexuais de relevo; e no caso de C, empregador do menor D, de 17 anos, lhe prometer um aumento de salário, se este praticar consigo uma conduta de natureza sexual. De uma perspetiva meramente teórica, nestes casos será ainda razoável afirmar a presença de uma forma de compensação ou benefício prestado ao menor pela prática de atos de natureza sexual – o que, naturalmente, conduziria à ponderação do enquadramento da situação no âmbito do art. 174.º CP, agravado em função do aproveitamento de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho (art. 177.º, n.º 1, b) CP), ou eventualmente em função da idade do menor (caso seja inferior a 16 anos) (art. 177.º, n.º 1, b), n.º 6 e n.º 8 CP)³³.

Porém, julgamos que o enquadramento mais correto destes casos será, antes, no art. 163.º ou 164.º CP (dependendo dos atos), na sua modalidade simples – agravado nos mesmos termos (art. 177.º, n.º 1, b) ou n.º 6 e n.º 8 CP). Isto, pois, muito embora se possa considerar estar em causa a prática de uma conduta de natureza sexual, com um menor, mediante prestação de uma contrapartida, considerando o seu significado e capacidade de constrangimento da vontade do menor, esta já ultrapassa o âmbito do art. 174.º CP.

Reconhecemos não ser fácil a delimitação da fronteira entre as condutas que devem ser apreciadas à luz dos arts. 163.º e 164.º CP, e aquelas que devem permanecer no âmbito do art. 174.º CP. Ainda assim, parece-nos que o fator determinante, neste contexto, deverá centrar-se em torno do nível de constrangimento da vontade do menor – que, evidentemente, será superior no âmbito das situações enquadráveis nos arts. 163.º e 164.º CP.

³² Cf. Também ALBUQUERQUE, 2015, p. 647.

³³ Ainda que, se pensarmos estritamente em situações de assédio sexual em função de uma relação de trabalho, dificilmente o menor terá idade inferior a 16 anos.

Neste sentido, julgamos que, na maioria das situações, será relevante ponderar se, caso a vítima fosse um adulto, a sua vontade não seria igualmente constrangida de uma forma que justificaria a apreciação da situação à luz do art. 163.º ou 164.º CP. Retomemos os dois exemplos anteriormente mencionados assumindo agora B e D como adultos. Nessas circunstâncias, ambas as situações seriam impreterivelmente resolvidas pelo art. 163.º ou 164.º CP. Se assim é, não faria qualquer sentido que, quanto a um menor, ao qual acresce a vulnerabilidade característica da sua idade, a situação fosse resolvida por um tipo legal menos grave.

Ainda que talvez mais frequente, cremos que este problema não surgirá somente em contextos de assédio sexual. Pense-se, *v.g.*, na possibilidade de E prometer ao menor F que lhe fornecerá o medicamento raro e de alto custo que garantirá a saúde da sua mãe³⁴; de H prometer ao menor I, uma quantia avultada para garantir a realização de uma operação ou tratamento capaz de melhorar significativamente a saúde do menor. Entendemos que estes casos, pela sua gravidade, devem também ser enquadrados no âmbito dos arts. 163.º e 164.º CP. Contudo, não somos indiferentes à necessidade de adoção de um especial cuidado na delimitação destas situações, de forma a garantir um limiar mínimo de equilíbrio que, por um lado, não esvazie totalmente de sentido o art. 174.º CP, mas que, por outro, não puna por tipo legal menos grave, situações que merecem ser apreciadas à luz dos art. 163.º e 164.º CP. Por exemplo, estando em causa uma quantia monetária, ou a prestação de um bem material, parece-nos que a situação só deverá mesmo sair do âmbito do art. 174.º CP se, como nos exemplos mencionados, se tratar de uma situação limite, cuja gravidade verdadeiramente o justifique.

Por outro lado, muito dificilmente esta questão assumirá relevância aquando da aplicação do n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º CP – pois, certamente, aquilo que possa ser considerado como “violência ou ameaça grave” não constituirá, de modo algum, algo que possa ser percebido como um benefício ou uma compensação para o menor. Pense-se, *v.g.*, na possibilidade de J, maior, ameaçar ao menor L de despedimento, se este não praticar consigo um ato de natureza sexual. Julgamos que, neste tipo de situações, nem deve sequer ser ponderada a aplicação do art. 174.º CP, na medida em que nunca estará em causa um benefício, mas sim uma ameaça grave.

³⁴ Exemplo adaptado de ARAÚJO, 2005, p. 380.

4.3. A Determinação da Vontade do Menor Pelo Pagamento ou Contrapartida

Como salienta MARIA DO CARMO DIAS, será o modo de execução do crime, i.e., o pagamento ou contrapartida, “que determina a vítima a participar no ato sexual em causa (portanto a nele consentir)” (DIAS, 2013, p. 88). Assim, muito embora não se encontre expressamente esclarecido na letra do art. 174.º CP, cremos que, por uma questão de fidelidade ao bem jurídico tutelado pela norma, se deve considerar implícito que a contrapartida deva ter algum peso na decisão do menor na prática do ato sexual – a contrapartida deve, efetivamente, determinar a vontade do menor³⁵. Não queremos com isto sustentar que outros fatores não possam concorrer para a concordância do menor na prática do ato sexual, apenas que a contrapartida deverá ter algum impacto na sua decisão.

Com efeito, imperativa será, desde já, a verificação de umnexo de causalidade entre os atos sexuais praticados, e a contrapartida prestada. Do facto de um maior oferecer, ocasionalmente, a um menor entre 14 e 18 anos, com quem mantém relacionamentos de natureza sexual, um bem material, ou uma quantia monetária, não poderá decorrer a simples conclusão de que tal justifica a aplicação do art. 174.º CP. Terá sempre de se confirmar que tais atos sexuais foram efetivamente motivados pela prestação – caso contrário, deverá ser ponderada a aplicação de outras normas. Pense-se, *v.g.*, na circunstância de A, maior, que em função da sua relação de proximidade com B, de 14 anos, lhe compra, ocasionalmente, roupa, livros e bens de consumo. Contudo, tais prestações em nada se relacionam com as condutas sexuais que A leva a cabo com a menor. B não pratica os atos sexuais motivada pelos bens materiais, que considera normais pela proximidade de A, mas sim por se sentir na obrigação de o fazer como forma de retribuição do afeto e atenção que B lhe demonstra³⁶. Julgamos tratar-se de uma situação na qual fará sentido ponderar, antes, a aplicação do art. 173.º CP, por inexistir qualquer relação de causalidade entre as ofertas do maior, e a prática dos atos sexuais.

³⁵ Neste sentido, cf. ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 869 e CUNHA, 2017, p. 155.

³⁶ Exemplo inspirado no circunstancialismo do Ac. do TRC de 18/03/2015 no qual, apesar de ter ficado provado que o arguido, por ter uma relação de “avô de facto” com a menor, custeava frequentemente gastos com a mesma, comprando-lhe livros e roupa, não foi estabelecida uma relação direta entre as ofertas do arguido e as práticas sexuais com a menor. Cf. pp. 15-16 (factos provados 1, 10 e 19) e p. 23. Contudo, não compreendemos a razão pela qual o arguido foi acusado pelo art. 174.º CP, pois mesmo que fosse estabelecida tal relação, a menor, à data dos factos, teria ainda idade inferior a 14 anos. Daí ter sido adequada a aplicação do art. 171.º CP. Se a menor tivesse uma idade compreendida entre 14 e 18 anos, poderia ainda ser ponderada a aplicação do art. 172.º CP, caso se confirmasse a existência de uma relação de educação ou assistência.

Neste contexto, poder-se-á ainda questionar até que ponto prestações insignificantes ou quantias manifestamente irrisórias deverão assumir o carácter de pagamento ou contrapartida, para efeitos do preenchimento do tipo legal do art. 174.º CP. Relembramos que, no que ao valor da contrapartida diz respeito, o art. 174.º CP nada exige. Nem deverá exigir. Na nossa perspetiva, será perigoso tentar estabelecer um liminar mínimo valorativo ou de significância da contrapartida.

Gostaríamos de reafirmar que, frequentemente, os motivos que conduzem um jovem ao rumo da prostituição traduzem verdadeiras situações de miséria e desespero, geralmente associadas a contextos económicos e familiares extremamente difíceis. Em certas circunstâncias, poderá simplesmente bastar, para que o menor se sinta compelido à prática de um ato de natureza sexual, a oferta de um alimento e de uma bebida. Tenha-se em conta, a título exemplificativo, o circunstancialismo do Ac. do STJ de 14/03/2013, em que o arguido mantém, em mais do que uma ocasião, com dois menores institucionalizados (um deles com idade superior a 14 anos), relações de natureza sexual, oferecendo-lhes compensações na forma de sumos, fiambre, queijo, chocolate, tabaco, e quantias entre 5 a 10€³⁷. Muito embora se possa questionar até que ponto a prestação de um chocolate e de uma bebida possa determinar a vontade do menor no sentido da prática de uma conduta de natureza sexual, considerando o contexto de institucionalização e as debilidades psicológicas que o jovem (maior de 14 anos) apresentava³⁸, nem por isso estas perderam a capacidade de manipulação da sua vontade.

Deste modo, não nos parece prudente a imposição, *a priori*, de exigências relativamente ao quantitativo monetário da contrapartida, sem considerar todo o circunstancialismo da situação. O critério orientador, neste contexto, deverá encontrar fundamento na capacidade do pagamento ou contrapartida condicionarem a vontade do menor. Eventualmente, caso seja prestada uma contrapartida ao menor que em nada interfere na formação da sua vontade na prática do ato sexual, a situação deverá ser apreciada à luz de outras normas – em especial, do art. 173.º CP, se for caso disso.

Note-se que, frequentemente, temos equacionado a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 173.º CP, aquando da verificação de uma situação não compreendida

³⁷ Cf. pp. 6-7 (factos provados 4, 12, 15 e 17).

³⁸ Cf. p. 17 (ponto VI).

no âmbito do art. 174.º CP. Antes de prosseguirmos, cabem, então, algumas considerações acerca da relação entre os arts. 174.º e 173.º CP.

4.4. A Relação entre o Crime de Recurso à Prostituição de Menores e o Crime de Atos Sexuais com Adolescentes

O crime de atos sexuais com adolescentes, previsto no art. 173.º CP, pune aquele que, sendo maior, pratique, com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que seja praticado por este com outrem, ato sexual de relevo simples (n.º 1) ou qualificado (n.º 2), mediante abuso da sua inexperiência.

Em sentido semelhante ao que sucede com o art. 174.º CP, também o art. 173.º CP causa alguma controvérsia no que diz respeito ao bem jurídico por si tutelado, especialmente na sua forma simples (art. 173.º, n.º 1 CP). FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES sustentam que a punição, neste âmbito, de quaisquer atos sexuais de relevo traduz “uma limitação desproporcional, desadequada e desrazoável de direitos fundamentais (do ou da adolescente)” (DIAS e ANTUNES, 2012, p. 861).

Creemos, contudo, que também no âmbito desta incriminação será tutelado o livre desenvolvimento da personalidade do menor, agora entre 14 e 16 anos, na esfera sexual. Tal como esclarecemos quanto ao art. 174.º CP, também aqui não deverá vingar o entendimento de que em causa se encontra uma restrição injustificada da liberdade sexual do menor. O art. 173.º CP não pretende criminalizar todo e qualquer ato sexual praticado, por um maior, com um menor de idade compreendida entre os 14 e os 16 anos; pretende, sim, criminalizar atos praticados mediante “abuso da inexperiência”. Assim, a exigência da verificação de uma situação de “abuso da inexperiência” não só permitirá acautelar situações verdadeiramente dignas de tutela penal, mas também impedirá uma limitação excessiva e desproporcional da liberdade sexual do menor.

Sublinhamos ainda que, ao contrário do que parece ser o entendimento maioritário, o conceito de “abuso de inexperiência” deverá manter-se dissociado da ideia de inexperiência sexual. É frequente a conclusão de que o abuso da inexperiência configura uma forma de exploração “da falta de conhecimento básico sobre a vida sexual”, devendo ser afastada a “inexperiência do adolescente quando ele já tenha tido

experiências sexuais” (ALBUQUERQUE, 2015, p. 693)³⁹. No nosso entendimento, só por um menor apresentar conhecimento prático acerca dos mecanismos da atividade sexual, nem por isso fica excluída a possibilidade de se verificar uma situação de abuso de inexperiência. Não queremos com isto afirmar que tal inexperiência prática não possa ser tomada em consideração, apenas que não deverá configurar um fator exclusivo no que concerne à averiguação de uma situação de abuso de inexperiência. Com efeito, mesmo um jovem que se dedique à prostituição e que, por esse motivo, apresente um nível de “conhecimento prático” acima da média no que diz respeito a condutas de natureza sexual, poderá ser vítima do crime previsto no art. 173.º CP.

Deste modo, o conceito de “abuso da inexperiência” deve ser entendido, como esclarece MARIA BEATRIZ PACHECO, enquanto um aproveitamento, pelo maior, da vulnerabilidade do menor – vulnerabilidade esta que poderá ser das mais diversas naturezas: social, afetiva, familiar, psicológica, etc. (PACHECO, 2012, p. 39). Será precisamente esta exploração da vulnerabilidade do menor que determina a sua vontade no sentido da prática do ato sexual, não podendo, por este motivo, o consentimento por si prestado ser considerado válido (PACHECO, 2012, p. 38-39).

Poder-se-á questionar até que ponto também as situações enquadráveis no âmbito do art. 174.º CP acarretam, de forma implícita, um certo aproveitamento da vulnerabilidade do menor. Na nossa perspetiva, o art. 174.º CP pretende acautelar, em primeira linha, uma vulnerabilidade específica, de natureza maioritariamente socioeconómica. Contudo, considerando a complexidade dos contextos de prostituição juvenil⁴⁰, é certo que à vulnerabilidade socioeconómica poderão eventualmente estar associadas outras vulnerabilidades, de natureza diferente, que impliquem algum impacto na vontade do menor no sentido da prática do ato.

Neste sentido, em certas situações, poderá concorrer o abuso de inexperiência característico do art. 173.º CP, e o abuso da precariedade da situação socioeconómica do menor consubstanciado na promessa de uma contrapartida. Julgamos que o Ac. do TRC de 09/01/2017 configura um bom exemplo de uma situação em que tal poderá suceder. No caso em apreço, a vítima C, além de pertencer a uma família destruturada com significativas dificuldades económicas, padecia de um atraso de desenvolvimento motor,

³⁹ Em sentido semelhante, DIAS, 2011, p. 242 e 2013, p. 87 e LOPES e MILHEIRO, 2019, p. 202, mas em sentido contrário CUNHA, 2003, pp. 211-212.

⁴⁰ Cf. Cap. 2.4.

e de uma deficiência grave nas suas funções intelectuais. Quando C teria 8 anos, o arguido, conhecendo das manifestas dificuldades do menor, começa a prestar-lhe explicações. Ao longo dos anos, o arguido torna-se uma figura de confiança e amizade para o menor. A certa altura, quando o menor teria 14 ou 15 anos, o arguido solicita ao mesmo a prática de condutas de natureza sexual, prometendo-lhe a oferta de um presente se este acesse a tal pedido⁴¹. Apesar de ser condenado pelo art. 174.º CP, o arguido é acusado pelo art. 173.º CP em concurso aparente com art. 174.º CP. Isto, pois, na verdade, muito embora o menor tenha praticado os atos sexuais aliciado pelos presentes que iria receber, resta saber se tais atos foram praticados somente por esse motivo, ou também porque o arguido, alguém em que o menor confiava, se aproveitou da sua severa vulnerabilidade psicológica e afetiva, e até mesmo da sua inexperiência prática, para consigo manter relações de cariz sexual⁴².

Entendemos que, aquando da verificação de uma situação de concurso aparente entre os arts. 173.º e 174.º CP, deverá prevalecer o art. 174.º CP, na medida em que, além do abuso da situação socioeconómica do menor, as situações enquadráveis na norma poderão implicar, ainda que subsidiariamente, a manipulação de outras vulnerabilidades do menor. Ademais, apesar de, curiosamente, a pena correspondente aos arts. 173.º e 174.º CP em nada se distinguir, o art. 174.º CP poderá assumir uma gravidade acrescida na medida em que permite a aplicação da agravação prevista no art. 177.º, n.º 6 CP, caso a vítima seja menor de 16 anos.

Chamamos ainda a atenção para a existência de algumas situações, aparentemente enquadráveis no âmbito do art. 174.º CP, mas cujo enquadramento mais adequado será o art. 173.º CP, estando em causa um menor entre 14 e 16 anos, e caso se confirme uma situação de abuso de inexperiência. Referimo-nos, *v.g.*, às situações em que a contrapartida não tem nenhum impacto na vontade do menor, em que inexistente qualquer nexo de causalidade entre a contrapartida e os atos sexuais, ou em que a contrapartida é prestada depois do ato sexual, sem qualquer expectativa por parte do menor de que a

⁴¹ Cf. pp. 13-14 (factos provados 1 a 24).

⁴² Utilizamos este Ac. como exemplo, apesar de reconhecermos a complexidade da situação. O arguido é condenado pelo art. 174.º CP, agravado em função do art. 177.º, n.º 3 CP, por ser portador de doença sexualmente transmissível. Contudo, mesmo que assim não fosse, o crime seria agravado em função da idade do menor (art. 177.º, n.º 6 CP), ou ainda, caso a decisão tivesse sido tomada depois da revisão de 2019, em função da vulnerabilidade do menor, derivada da sua deficiência (art. 177.º, n.º 1, c) CP). Contudo, questionamos se não teria algum sentido ponderar a aplicação do art. 165.º CP, agravado em função da idade (art. 177.º, n.º 6 CP), tendo em consideração a gravidade da deficiência do menor.

mesma seria prestada. São precisamente estas últimas situações que nos irão agora ocupar.

4.5. O Momento da Prestação da Contrapartida

Retomando a temática do pagamento ou contrapartida, cabe agora questionar a relevância do momento da sua prestação. Na nossa perspetiva, de um ponto de vista lógico, a prestação do pagamento ou contrapartida deve ser acordada (implícita ou explicitamente), apresentada ou, pelo menos, prometida, mencionada, ou conhecida pelo menor em virtude de uma expectativa legítima, *antes* da prática dos atos sexuais de relevo – só assim será possível dizer que a vontade do menor foi efetivamente influenciada pela contrapartida. Obviamente que, se o menor desconhece o facto de que irá ser compensado, e mesmo assim pratica o ato sexual com o maior, não fará sentido aplicar o art. 174.º CP, já que a sua vontade nunca poderá ter sido influenciada por uma contrapartida que, para si, não existe.

Note-se que não pretendemos afirmar que a contrapartida nunca pode ser prestada depois da prática dos atos sexuais. Evidentemente que pode, desde que o menor, no mínimo, equacione a possibilidade de que irá ser compensado. Aliás, a própria letra do art. 174.º CP exclui as situações em que o pagamento ou contrapartida seja prestado depois da prática do ato sexual, sem que o menor tenha qualquer conhecimento ou expectativa de que irá ser compensado. Relembramos que o art. 174.º CP exige que o ato seja praticado *mediante* pagamento ou contrapartida, i.e., por meio de, através de, ou a troco de uma contrapartida. A contrapartida será o meio de realização da conduta, e o ato sexual será o fim. Se o pagamento é prestado, sem qualquer discussão ou expectativa, depois da prática do ato, então tal ato não poderá ter sido praticado “mediante” pagamento ou contrapartida – talvez “mediante” abuso de inexperiência. Com efeito, o emprego da expressão “mediante” implica um certo “acordo de vontades” (viciado), ou um entendimento, ainda que implícito, entre o adulto e o menor.

Relativamente a esta questão serão pertinentes algumas palavras acerca do Ac. do TRP de 24/09/2014. De forma sucinta, e para o que aqui terá relevância, consta da matéria de facto que, em virtude de o arguido conhecer a mãe de duas das ofendidas, a quem costumava comprar serviços de prostituição, e de conhecer do estado de dificuldade económica em que a família da mesma se encontrava, decide aliciar as suas filhas, E e F,

a praticarem consigo atos sexuais a troco de pagamento. Tal acaba por suceder diversas vezes, sendo certo que as menores apenas praticaram tais atos em virtude da contrapartida monetária que lhes era prestada. Também G, vizinha e colega de escola das irmãs E e F, que sabia dos contactos remunerados entre o arguido e as mesmas, acaba por praticar, conjuntamente com E, atos sexuais de relevo, com o arguido, oferecendo este, no fim dos atos praticados, a quantia de 5€ a cada uma⁴³. Deixando de parte todas as restantes questões levantadas no decurso do acórdão, o arguido sustenta que, como o ato sexual praticado por G não resultou de qualquer promessa de compensação, tendo o pagamento sido apenas prestado depois da prática do ato sexual de relevo, a sua conduta não poderia ser subsumível ao art. 174.º, n.º 1 CP⁴⁴.

Esclarecemos, desde já, que a conclusão a que o TRP chega relativamente a esta questão não nos parece incorreta. Concordamos que a conduta do arguido seria de subsumir ao art. 174.º, n.º 1 CP, pois, sendo certo que a menor G conhecia da circunstância de o arguido compensar as menores E e F pela prática de atos sexuais, poder-se-á admitir que, por esse motivo, esta teria formado uma expectativa legítima de que, ao praticar com o arguido atos da mesma natureza, seria igualmente compensada.

O que nos parece mais contestável será o raciocínio em torno da questão. No entendimento do TRP, a argumentação do arguido implicaria que o art. 174.º, n.º 1 CP se encontrasse dependente de um acordo prévio entre o arguido e a menor, i.e., “o menor teria de actuar, “ab initio” (...) com intuito lucrativo, visando o pagamento ou a contrapartida previamente acordados” – o que, em último recurso, caso o menor praticasse o ato sem “intuito lucrativo”, mas ainda assim fosse compensado no final, permitiria a aplicação do art. 175.º CP, pois o maior estaria “pelo menos, a incentivar, a fomentar ou a favorecer o exercício da prostituição por parte do menor”^{45/46}. Contudo, na perspetiva do TRP, o preenchimento da incriminação do art. 174.º, n.º 1 CP não estará dependente de que o menor atue com “intenção lucrativa”, sendo aplicável mesmo que este pratique o ato sexual completamente alheio ao facto de que irá ser compensado no final.

⁴³ Cf. pp. 10-13 (factos provados 1 a 32).

⁴⁴ Cf. pp. 42 (ponto H).

⁴⁵ Cf. pp. 42-43 (ponto H).

⁴⁶ Mais tarde nos pronunciaremos sobre esta última questão. Cf. Cap. 4.6.

Julgamos precipitada a conclusão de que, só por o art. 174.º CP, não exigir, expressamente, a “intenção lucrativa” do menor, tal implica que estas situações, de prática de atos sexuais sem qualquer expectativa de contrapartida, se devam incluir no âmbito da norma. Relembramos que a prática do ato sexual não é um elemento desassociado do pagamento ou contrapartida – haverá uma relação meio-fim entre ambos, imposta pela própria letra da lei. Portanto, ainda que não se encontre expressamente previsto na norma que o menor deva atuar, no mínimo, com o conhecimento ou expectativa de que irá ser compensado, tal deverá ser considerado como implícito, já que o próprio agente terá, impreterivelmente, de levar a cabo a conduta por intermédio da contrapartida.

Dito isto, admitimos que, em certos casos, o problema do momento da prestação da contrapartida se poderá complexificar. Pense-se, *v.g.*, na hipótese de o maior A, praticar com B, de 15 anos, atos sexuais de relevo, oferecendo-lhe, de seguida, e sem nunca o ter mencionado a B, uma quantia monetária como compensação pelos atos praticados. Suponhamos que esta situação se repete várias vezes, nos mesmos exatos termos. Cremos ser possível, nestes casos, que o menor desenvolva, progressivamente, uma expectativa legítima de que, ao praticar, com A, condutas de natureza sexual, a compensação será prestada. Aí sim, julgamos que já se poderá voltar a equacionar o art. 174.º CP. Claro que, não podemos assumir, *a priori*, uma quantidade exacta de relacionamentos ao fim das quais o menor forma tal expectativa, *i.e.*, não poderemos afirmar, com certeza, de que ao fim de duas ou três vezes tal sucede – tudo dependerá das circunstâncias do caso, e do menor em questão.

4.6. A Relação entre o Crime de Recurso à Prostituição de Menores e o Crime de Lenocínio de Menores

Antes de prosseguirmos, e ainda de certo modo relacionadas com a questão do momento da prestação da contrapartida, seria oportuno tecer algumas considerações acerca da relação entre os arts. 174.º e 175.º CP.

O crime de lenocínio de menores (art. 175.º CP), tal como o art. 174.º CP, tutela o livre desenvolvimento da personalidade do menor entre 14 e 18 anos na sua esfera

sexual⁴⁷, impedindo, neste caso, que a sua sexualidade “seja explorada a qualquer título através da indução ao exercício da prostituição” (LOPES e MILHEIRO, 2019, p.213).

Ao contrário do que sucede com o lenocínio de maior (art. 169.º CP), o preenchimento do crime previsto no art. 175.º, n.º 1 CP não depende de que o agente atue “profissionalmente ou com intenção lucrativa”, operando tal circunstância como uma agravante do crime, nos termos do art. 175.º, n.º 2, d) CP. Além disso, o art. 175.º CP pretenderá punir não só aquele que fomenta, favoreça ou facilite o exercício da prostituição de um menor (em termos semelhantes ao art. 169.º, n.º 1 CP), mas também aquele que “aliciar menor para esse fim”⁴⁸.

Apesar de os arts. 169.º e 175.º CP não o esclarecerem expressamente, o agente do crime de lenocínio, enquanto “intermediário” ou “medianeiro”, será um terceiro relativamente ao ato sexual, atuando para satisfação de “interesses de terceiros” (RODRIGUES e FIDALGO, 2012, p. 803)⁴⁹. Ficará, então, excluída, de ambas as normas, a possibilidade de punição daquele que compra serviços de natureza sexual. Aliás, julgamos que a necessidade de introdução do art. 174.º CP demonstra, *de per se*, que a prática de atos sexuais com menor, mediante pagamento ou contrapartida, não poderia simplesmente ser incluída no âmbito do art. 175.º CP.

A este propósito gostaríamos de retomar uma questão discutida no âmbito do Ac. do TRP de 24/09/2014, e relativamente à qual não nos pronunciamos anteriormente. Relembramos que, segundo o TRP, se entendermos, no âmbito do art. 174.º CP, que o menor terá de agir com “intuito lucrativo” ou, pelo menos, com a expectativa da compensação, então, nas situações em que este é espontaneamente compensado no final da prática do ato sexual, seria possível a aplicação do art. 175.º CP, já que o maior estaria “pelo menos, a incentivar, a fomentar ou a favorecer o exercício da prostituição por parte do menor”⁵⁰.

Independentemente da posição que se assuma acerca da questão do momento da prestação da contrapartida, esta conclusão parece-nos questionável. Caso se entenda que a contrapartida possa ser espontaneamente prestada depois da prática dos atos sexuais,

⁴⁷ Cf. Neste sentido, ALBUQUERQUE, 2015, p. 698, GARCIA e RIO, 2014, p. 729, e também ANTUNES, 2012, p. 873, embora a Autora questione o facto de a norma abranger os menores entre 16 e 18 anos.

⁴⁸ Quanto aos conceitos de fomentar, favorecer ou facilitar, cf. RODRIGUES e FIDALGO, 2012, p. 806.

⁴⁹ Cf. também ANTUNES, 2012, p. 874.

⁵⁰ Cf. p. 42 (ponto H).

sem que o menor tenha qualquer expectativa em relação à mesma, então a situação será resolvida pelo art. 174.º CP. Caso contrário, há que considerar que a consumação do crime previsto no art. 175.º CP depende do efetivo exercício da prostituição por parte do menor⁵¹. Assim sendo, não se poderá afirmar que o agente está a incentivar, fomentar ou favorecer o exercício da prostituição por parte da menor, quando nem sequer se verificou o exercício da prostituição. Mesmo que se equacionasse estar em causa uma tentativa de lenocínio de menores, estaria o arguido a tentar fomentar o exercício da prostituição da menor consigo mesmo? Talvez se a contrapartida tivesse sido prestada com o intuito de conduzir a menor à prática de um outro ato sexual com um terceiro, já se pudesse equacionar esta hipótese. Caso contrário, a situação teria de encontrar enquadramento no âmbito de outras normas – mormente nos arts. 173.º ou 174.º CP.

Quanto à relação entre os arts. 174.º e 175.º CP, e no que diz respeito à punição daquele que ao menor compra serviços de natureza sexual, o problema deve cingir-se unicamente ao art. 174.º CP, uma vez que o agente do crime do art. 175.º CP será sempre um terceiro face ao ato sexual. Com efeito, e exclusivamente no contexto da compra de serviços sexuais, não será possível a verificação de uma relação de concurso efetivo entre os arts. 174.º e 175.º CP, sob pena de violação do princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5 CRP). Fora destes casos, não será impossível a verificação de uma situação de concurso efetivo entre ambos os crimes. Pense-se, v.g., numa situação em que um maior que facilite, favoreça, incentive ou alicie a prostituição de um menor com terceiros, e que simultaneamente proponha ao mesmo a prática de um ato de natureza sexual (consigo), em troca de prestação de uma contrapartida.

4.7. A Prestação a Terceiro e a Mera Promessa

Muito embora o art. 174.º CP não o esclareça expressamente, parece-nos que não assumirá qualquer relevância, para efeitos de punição, a determinação de quem solicita a prática do ato sexual remunerado. O agente deverá ser punido independentemente de ter limitado a aceitar uma proposta proveniente do menor ou de um terceiro (agente do crime de lenocínio), ou de ter ele próprio solicitado a prática de atos sexuais remunerados ao menor.

⁵¹ Cf. ANTUNES, 2012, p.874, ALBUQUERQUE, 2012, p.699 e DIAS, 2011, p.251.

Questão diferente será a de saber a quem deverá ser prestada a contrapartida. Será que o art. 174.º CP compreende unicamente as situações em que esta seja prestada ao próprio menor, ou poderá a contrapartida ser prestada a um terceiro? A letra da lei nada esclarece relativamente ao beneficiário da contrapartida. Porém, julgamos que uma leitura conforme ao art. 19.º, n.º 2 da Convenção de Lanzarote e art. 2.º, d) da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, que consagram uma definição de “prostituição infantil” independente da contrapartida ser prestada ao menor ou a um terceiro, não implicará uma interpretação demasiado extensiva do art. 174.º CP. Com efeito, entendemos que o art. 174.º CP se preencherá independentemente de a contrapartida ser prestada ao próprio menor ou a um terceiro⁵². Na verdade, mesmo que a contrapartida seja prestada a um terceiro, ainda assim o menor poderá perspetivar a prestação como um benefício – benefício este capaz de adular a sua vontade. Pense-se, v.g., na possibilidade de, a troco da prática de um ato sexual de relevo, o maior prometer perdoar a dívida dos seus pais.

É igualmente relevante questionar se o art. 174.º CP, na sua redação atual, compreende as situações em que o maior promete ao menor a prestação de uma contrapartida, independentemente da sua concretização. Isto, pois, ao contrário do que sucede com o art. 174.º CP, a definição de “prostituição infantil” prevista nos instrumentos internacionais anteriormente destacados, esclarece, expressamente, a possibilidade de mera promessa de pagamento ou contrapartida.

Entendemos que a letra da norma também permite incluir estas situações. Atualmente, o art. 174.º CP apenas exige que o ato sexual seja praticado mediante pagamento ou contrapartida, i.e., exige que a contrapartida represente o meio para a realização do ato sexual. Neste sentido, parece bastar, para a consumação do crime, que o menor pratique o ato sexual motivado pela expectativa de que irá receber o benefício – não sendo estritamente necessário que a contrapartida seja efetivamente prestada. Mesmo que a promessa não venha a ser concretizada, a vontade do menor no sentido da prática do ato sexual não deixa de ser determinada pela contrapartida – ainda que por via de um engano ou erro potenciado pelo maior. Tratar-se-á, aliás, de uma conduta de gravidade e reprovabilidade semelhante à da efetiva prestação da contrapartida. Assim, a consumação

⁵² Cf. ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 868, GARCIA e RIO, 2014, p.728 e CUNHA, 2017, p. 155. Em sentido contrário, mas entendendo merecer ser objeto de alteração legislativa no futuro, DIAS, 2011, p. 248 e ALBUQUERQUE, 2015, p. 696.

do crime do art. 174.º CP “ocorre com a prática de um qualquer acto sexual de relevo determinado pela remuneração, independentemente de o pagamento ou contrapartida virem a ter lugar” (ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 869)⁵³.

⁵³Cf. também CUNHA, 2017, p. 155. Em sentido contrário, cf. DIAS, 2011, p. 248, sustentando a necessidade de alteração legislativa.

Conclusão

Terminadas estas reflexões, não nos restam dúvidas que o art. 174.º CP tutela, efetivamente, o livre desenvolvimento da personalidade do menor, entre 14 e 18 anos, na sua esfera sexual. Não está em causa a tutela de uma certa moral sexual, ou a criminalização de uma conduta justificada por um certo “paternalismo penal”, mas sim a proteção do jovem contra intromissões abusivas no âmbito da sua esfera sexual, no decurso de uma etapa da sua vida na qual este não terá ainda o discernimento necessário para tomar uma decisão livre e consciente acerca da prática de uma conduta sexual mediante pagamento ou contrapartida.

Na verdade, quanto aos menores de idade superior a 14 anos, e no que concerne, exclusivamente, à prática de condutas de natureza sexual integralmente livres de coação, de pressões externas, e de abusos, não nos parece que caiba ao Direito Penal intervir. Agora, se com a decisão do menor no sentido da prática de uma conduta de natureza sexual concorrem outros fatores, nomeadamente a obtenção de um pagamento ou de uma contrapartida, não nos parece, de todo, que o Direito Penal deva ficar indiferente.

Neste sentido, e em nome do bem jurídico, o pagamento ou contrapartida, enquanto elemento do tipo legal de crime, deverá comportar algum impacto no processo de formação da vontade do menor. Assim, o menor deverá ter, antes da prática do ato sexual, no mínimo, uma expectativa fundada de que, à prática do ato, corresponderá a prestação do pagamento ou contrapartida. Esta exigência parece-nos integralmente conforme à letra da norma, na medida em que esta impõe que o ato sexual seja praticado “mediante” pagamento ou contrapartida. Se o ato sexual tem de ser praticado “a troco” da contrapartida, então o menor terá de conhecer ou equacionar a sua existência antes da prática do ato.

As situações em que a contrapartida é prestada ao menor, depois da prática do ato sexual, sem que este tivesse qualquer expectativa de que iria ser compensado, configuram, precisamente, um dos casos em que julgamos que será pertinente ponderar a aplicação do art. 173.º CP, para verificar se existe uma situação de abuso da inexperiência de menor com idade entre 14 e 16 anos. Acresce ainda que, nestas situações, não deverá ser ponderada a aplicação do art. 175.º CP, não só porque o agente do crime de lenocínio deverá ser um terceiro relativamente ao ato sexual, mas também porque a consumação do crime estará dependente da efetiva prostituição do menor.

Salientamos ainda que, o elemento “pagamento ou outra contrapartida” acaba por conferir à norma alguma flexibilidade interpretativa, ao permitir abranger um conjunto quase ilimitado de formas compensatórias, independentemente do seu valor ou forma. Esta amplitude da norma exige algum cuidado no que concerne à distinção face aos art. 163.º e 164.º CP. A simples verificação de uma situação em que ao menor seja prestado algo que, em teoria, preencha o conceito de contrapartida para efeitos do art. 174.º CP, não dispensa a ponderação da aplicação dos art. 163.º e 164.º CP, caso a gravidade da situação e o grau de constrangimento da vontade do menor o justifique. Porém, a solução a este problema deverá alcançar um certo equilíbrio, de forma a garantir, não só que as situações mais graves sejam devidamente enquadradas no âmbito dos arts. 163.º e 164.º CP, mas ainda que o art. 174.º CP não seja inteiramente esvaziado de sentido.

Antes de terminarmos, gostaríamos de salientar alguns aspetos que, na nossa perspetiva, deveriam, *de jure constituendo*, ser objeto de ponderação aquando da verificação de uma futura alteração legislativa no âmbito desta matéria.

Em primeiro lugar, no que à letra da norma diz respeito, e ainda que o consideremos implícito, julgamos que, até pela necessidade de conformação com os instrumentos internacionais, o art. 174.º CP só beneficiaria, tanto do esclarecimento de que a contrapartida pode ser prestada a um terceiro, como da possibilidade de consumação do crime nos casos de mera promessa de contrapartida.

Ademais, muito embora concordemos com o patamar dos 18 anos, enquanto limite máximo da proteção especial conferida aos jovens no âmbito dos crimes sexuais, reconhecemos subsistir alguma incoerência no âmbito desta matéria. Pense-se, *v.g.*, na conciliação entre o art. 176.º-A CP, que criminaliza o aliciamento de menores até aos 18 anos, e o art. 173.º CP que apenas criminaliza os atos sexuais com adolescentes, mediante abuso de inexperiência, até aos 16 anos.

Por fim, no que aos menores de 14 anos diz respeito, no âmbito do art. 171.º CP, nenhuma referência é feita à possibilidade de ser prestado ao menor um pagamento ou contrapartida. Entendemos que faria algum sentido ponderar uma agravação a aplicar a estes casos ou, no mínimo, considerar o impacto manipulador da prestação do pagamento ou contrapartida aquando da determinação da medida concreta da pena.

Jurisprudência

Ac. TRP de 24/09/2014, proc. 163/12.2TACDR.P1, relator Coelho Vieira, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 12/01/2020.

Ac. TRE de 18/10/2018, proc. 107/17.5JAFAR.E1, relatora Maria Filomena Soares, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08/11/2019.

Ac. TRC de 18/03/2015, proc. 823/12.8JACBR.C1, relatora Maria José Nogueira, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 12/01/2020.

Ac. STJ de 14/03/2013, proc. 294/10.3JAPRT.P1.S2, relator Armindo Monteiro, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08/11/2019.

Ac. TRC de 09/01/2017, proc. 182/13.1JACBR.C1, relator Inácio Monteiro, disponível em www.dgsi.pt, consultado a 08/11/2019.

Legislação

- Decreto de 10/12/1852 que aprova o CP.
- Decreto de 16/09/1886 que aprova o CP.
- Lei n.º 14/79 de 16 de maio.
- DL n.º 400/82 de 23 de setembro.
- DL n.º 48/95 de 15 de março.
- Lei n.º 65/98 de 2 de setembro.
- Lei n.º 99/2001 de 25 de agosto.
- Lei n.º 59/2007 de 2 de setembro.
- DL n.º 138/2012 de 5 de julho.
- DL n.º 50/2013 de 16 de abril.
- Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto.
- Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto.
- Lei n.º 101/2019 de 6 de setembro.
- Proposta de Lei nº98/X, DAR, Série-A, 2º Supl., de 18/10/2006.
- Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25/05/2000.
- Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da UE, de 22/12/2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.
- Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais de 25/10/2007.
- Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente à Luta Contra a Exploração Sexual de Crianças e Pornografia Infantil de 03/02/2010.
- Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica de 11/05/2011.

- Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13/12/2011 relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.
- Convenção sobre os Direitos da Criança de 20/11/1989.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Comentário ao art. 163.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 643-653.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Comentário ao art. 173.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 691-695.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Comentário ao art. 174.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 695-698.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Comentário ao art. 175.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 698-700.

ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia – “Comentário ao art. 174.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 865-870.

ANTUNES, Maria João – “Comentário ao art. 175.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 871-877.

ANTUNES, Maria João – “Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, in *Julgar*, Nº12 (especial), Wolters Kluwer, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 153-161.

ANTUNES, Maria João – “Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 1º Semestre, Nº8 (especial), Coimbra: Almedina, 2008, pp. 205-211.

ARAÚJO, António de – *Crimes Sexuais Contra Menores. Entre o Direito Penal e a Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BARROSO, Ricardo, G.; MANITA, Celina; NOBRE, Pedro – “Violência Sexual Juvenil: Conceptualização, Caracterização e Prevalência”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, Nº3, Coimbra: Coimbra Editora, julho-setembro, 2011, pp. 427-437.

CARVALHO, Américo Taipa de – *Direito Penal, Parte Geral. Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ª Edição, Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

COSTA, José Martins Barra da – “O Crime de Lenocínio. Harmonizar o Direito, Compatibilizar a Prostituição”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, Nº3, julho-setembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 411-457.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – «*Constituição e Crime*», *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Estudos e Monografias, Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Crimes Sexuais Contra Crianças e Jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A Função dos Juizes Sociais, Actas do*

Encontro, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 189-227.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Da criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. 1, Direito Penal, *Studia Iuridica* 108, *Ad Honorem* 8, Coimbra: Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2017, pp. 399-418.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Do Dissentimento à Falta de Capacidade para Consentir”, in *Combate à Violência de Género, Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Coordenação de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 129-166.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – *Os Crimes Contra as Pessoas. Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, Porto: Universidade Católica Editora, junho, 2017.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo – “Comentário ao art. 171.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 832-845.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANTUNES, Maria João – “Comentário ao art. 173.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 852-864.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, Coimbra: Gestlegal, outubro, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo – “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Colóquio Comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 31-46.

DIAS, Jorge de Figueiredo – “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145º, nº3998, maio-junho, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 250-266.

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

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – “Notas Substantivas Sobre Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual”, in *Revista do Ministério Público*, ano 34, nº136, outubro-dezembro, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2013, pp. 209-259.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – “Notas Substantivas Sobre Crimes Sexuais com Vítimas Menores de Idade”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1º Semestre, N°15, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 209-259.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos «Crimes Contra a Liberdade Sexual»”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, número 8, 1º semestre, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 209-259.

DROBAC, Jennifer Ann – A Bee Line in the Wrong Direction: Science, Teenagers, and the Sting to “The Age of Consent”, *Journal of Law and Policy*, Volume 20, Issue I, Article 3, 2011, pp. 62-116, disponível em <https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol20/iss1/3/>, consultado a 31/05/2020.

FONSECA, Helena – *Viver com Adolescentes*, Prefácio de Isabel do Carmo, 2ª Edição, Lisboa: Editorial Presença, agosto, 2005.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela – “Comentário ao art. 174.º”, in *Código Penal, Parte geral e especial, Com Notas e Comentários*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 727-728.

GARCIA, M. Miguez; RIO, J.M. Castela – “Comentário ao art. 175.º”, in *Código Penal, Parte geral e Especial, Com Notas e Comentários*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 728-730.

GERSÃO, Eliana – “Crimes Sexuais Contra Crianças. O direito penal português à luz das resoluções do Congresso de Estocolmo contra a exploração sexual das crianças para fins comerciais”, in *Infância e Juventude, Revista do Instituto de Reinserção Social*, 97/3, Lisboa: Ministério da Justiça – Instituto de Reinserção Social, junho-setembro, 1997, pp. 9-29.

LEITE, Inês Ferreira – “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº1, janeiro-março, Wolters Kluwer, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 29-94.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – *Crimes Sexuais. Análise Substantiva e Processual*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2019.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – “Comentário ao art. 163.º”, in *Crimes Sexuais. Análise Substantiva e Processual*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2019, pp. 47-81.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – “Comentário ao art. 173.º”, in *Crimes Sexuais. Análise Substantiva e Processual*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2019, pp. 199-207.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – “Comentário ao art. 174.º”, in *Crimes Sexuais. Análise Substantiva e Processual*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2019, pp. 207-211.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – “Comentário ao art. 175.º”, in *Crimes Sexuais. Análise Substantiva e Processual*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2019, pp. 207-216.

MANITA, Celina – “Quando as Portas do Medo se Abrem... Do Impacto Psicológico ao(s) Testemunho(s) de Crianças Vítimas de Abuso Sexual” in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A Função dos Juizes Sociais, Actas do Encontro*, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 229-253.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz – *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra: Almedina, 1985.

OLIVEIRA, Alexandra – “Prostituição em Portugal. Uma atividade marginalizada num país que tolera mais do que persegue” in *Bagoas*, nº17, 2017, pp. 201-224, disponível em https://sigarra.up.pt/fpceup/en/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=259362, consultado a 31/05/2020.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendkos; FELDMAN, Ruth Duskin – *O Mundo da Criança*, 8ª Edição, Tradução de Isabel Soares, Alice Bastos, Carla Martins, Inês Jongenelen, Orlanda Cruz, Teresa Gonçalves, Lisboa: McGrawHill, 2001.

PATTO, Pedro Vaz – “Direito penal e ética sexual”, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XV, Tomo 2, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001, pp. 123-145.

RAPOSO, Vera Lúcia – “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 931-962.

Relatório do Parlamento Europeu sobre a exploração sexual e a prostituição e o seu impacto na igualdade de géneros (2013/2103 (INI)) – Comissão dos Direitos da Mulher da Igualdade de Géneros de 03/02/2014, Relatora Mary Honeyball, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0%2F%2FPT>, consultado a 31/05/2020.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA; FIDALGO, SÓNIA – “Comentário ao art. 169º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp.796-815.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011” in *Revista do Ministério Público*, ano 32, nº128, outubro-dezembro, 2011, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, pp. 273-318.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, junho, 2014.

STEINBERG, Laurence; CAUFFMAN, Elizabeth; WOOLARD, Jennifer; GRAHAM, Sandra; BANICH, Marie – “Are Adolescents Less Mature Than Adults?” in *American Psychologist*, Vol. 64, outubro 2009, pp. 583-594 disponível em <https://www.semanticscholar.org/paper/Are-adolescents-less-mature-than-adults%3A-minors'-to-Steinberg-Cauffman/af30998c3ccdb44d44ea38299f66ae5a6f9d0fb8>, consultado a 31/05/2020.

STRECHT, Pedro – *Vontade de Ser, Textos Sobre a Adolescência*, Lisboa: Assírio & Alvim, 2005.