



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Crime de Abuso Sexual de Menores Dependentes (art.172.º)

**Problemas convocados pelas recentes alterações
legislativas**

Raquel João Saraiva Faria

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Crime de Abuso Sexual de Menores Dependentes (art.172.º)

**Problemas convocados pelas recentes alterações
legislativas**

Raquel João Saraiva Faria

Orientador: Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2020

À minha Família,

A pedra angular que suporta todos os meus sonhos!

Agradecimentos

Em primeiro lugar, à Senhora Professora Doutora Conceição Cunha os meus mais sinceros agradecimentos, por toda a disponibilidade que sempre manifestou, pelos conselhos, pelas respostas a todos os meus e-mails e pela preocupação que sempre demonstrou. Por tudo isto, ficarei eternamente agradecida.

Aos meus pais que nunca me deixaram desistir e que nunca desistiram de mim, que me acompanharam sempre com carinho e dedicação, que me ouviram durante horas infinitas e que me impulsionaram para a frente quando eu estava pronta para baixar os braços. Mas acima de tudo, que patrocinaram esta e todas as minhas “aventuras”, o meu profundo obrigado. Sem vocês nunca teria conseguido.

Quero agradecer ainda aos meus avós e aos meus irmãos por acreditarem sempre em mim, por serem o meu exemplo e pela força inesgotável que me transmitem.

Muito agradeço ao meu Tiago, que de todos foi quem mais sofreu com as minhas ausências e que ainda assim nunca deixou de ser paciente e carinhoso.

Sem esquecer o pessoal do escritório em especial a Rute que sempre teve tempo para me ouvir e o Dr. Miguel por disponibilizar todas as manhãs e tardes que precisei, nunca desmerecendo o meu trabalho.

Deixo ainda uma palavra de gratidão a todos os amigos que fiz e professores que conheci ao longo deste meu percurso e que tornaram a caminhada muito mais agradável.

A todos vocês, o meu muito obrigada.

Resumo

Com este estudo visamos tratar o problema da tutela do livre e adequado desenvolvimento da personalidade do adolescente e da sua autodeterminação, na esfera sexual. Para tal, escolhemos a análise do art.172.º do Código Penal, confrontando a versão anterior e a versão atual.

A nova lei veio clarificar vários dos problemas que se levantavam na doutrina. No entanto, tornou a aplicação do art.173.º mais difícil, uma vez que a linha de fronteira que separava os dois artigos se tornou menos inteligível e mais ténue.

Procuramos ainda analisar decisões jurisprudências e outros exemplos práticos, tanto à luz da lei atual como da anterior, procurando integrá-los no art.172.º ou no art.173.º, por forma a tornar mais perceptível a já referida linha de fronteira que os separa.

Palavras-chave: adolescente, liberdade sexual, autodeterminação sexual, livre desenvolvimento da personalidade, abuso sexual, menores dependentes, abuso de vulnerabilidade, abuso de inexperiência.

Abstract

With this study we aim to address the problem of protecting the adolescent's adequate personality development and self-determination in the sexual scope. For that, we chose an analysis of article 172.º of the PC, comparing the previous and the current versions.

The new law clarified several of the problems questioned by the doctrine. However, it made the application of article 173.º more difficult, since the border line that separated the two articles became less intelligible and more tenuous.

We also seek to analyze decisions on jurisprudence and other practical examples, both in the light of the current law and the previous one, seeking to integrate them in article 172.º or in article 173.º, in order to make the aforementioned border line that separates them more evident.

Key-words: adolescent, sexual freedom, sexual self-determination, free personality development, sexual abuse, dependent minors, abuse of vulnerability, abuse of inexperience.

Índice

| | |
|--|----|
| Nota Prévia | 8 |
| Lista de Siglas e Abreviaturas | 9 |
| Introdução | 11 |
| Capítulo I | 13 |
| Evolução dos crimes sexuais | 13 |
| 1. Evolução legislativa: em especial a reforma de 1995 | 13 |
| 2. Bem Jurídico | 18 |
| 3. A necessidade de proteção dos adolescentes | 20 |
| Capítulo II | 23 |
| Análise do art.172.º | 23 |
| 1. As condutas criminalizadas no art.172.º | 23 |
| 2. Abuso Sexual de Menores Dependentes ou em Situação Particularmente Vulnerável | 26 |
| a. Em relação ao qual exerça responsabilidades parentais ou que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência | 28 |
| b. Abusando de uma posição de manifesta confiança, de autoridade ou de influência sobre o menor | 34 |
| c. Abusando de outra situação de particular vulnerabilidade do menor, nomeadamente por razões de saúde ou deficiência | 40 |
| Conclusão | 50 |
| Bibliografia | 52 |
| Jurisprudência | 55 |

Nota Prévia

Cumpre-nos, neste ponto, prestar alguns esclarecimentos, por forma a facilitar a leitura da obra.

1. Todo o texto está escrito de acordo com as regras do novo acordo ortográfico, em vigor, em Portugal, desde 2009.
2. As referências bibliográficas seguem as normas do manual do estilo.
3. Todas as citações retiradas de obras de nacionais ou internacionais encontram-se entre aspas, com a correspondente referência bibliográfica em nota de rodapé.
4. Relativamente ao texto onde haja remissões de referências bibliográficas para nota de rodapé, mas este não esteja entre aspas, tal significa que apenas as ideias gerais foram retiradas desses autores e não frases ou expressões.
5. As notas de rodapé, devido ao limite de caracteres, apenas referem o autor, a data e a página, todas as outras informações são remetidas para a bibliografia inserida na parte final.
6. Quando estão em causa decisões jurisprudenciais mencionamos apenas o tribunal e a data do acórdão. O número do processo e o site de onde foi retirado são indicados na bibliografia, por forma a facilitar a consulta da decisão.
7. Toda a jurisprudência utilizada está elencada na parte final da dissertação, não pela ordem de utilização, mas por ordem cronológica.
8. Sempre que a uma citação retirada de uma obra quisermos juntar algum reparo ou esclarecimento, utilizamos parênteses retos.
9. As expressões latinas ou em inglês foram propositadamente colocadas em itálico.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

AR – Assembleia da República

Art./Arts. – Artigo/Artigos

ATL – Atividades de Tempos Livres

Cap. – Capítulo

CC – Código Civil

CCCP – Comentário Conimbricense ao Código Penal

Cfr. – Conferir

CMP – Conselho do Ministério Público

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSM – Conselho Superior de Magistratura

D – Diretiva

DDC – Declaração dos Direitos da Criança

DL – Decreto-Lei

DP – Direito Penal

Ed. – Edição

GPPS – Grupo Parlamentar do Partido Socialista

In – Usado quando se extrai de uma obra coletiva, de uma revista ou de um site da internet

L – Lei

MP – Ministério Público

N.º/N.ºs – Número/Números

AO – Ordem dos Advogados

PE – Parte Especial

P.E. – Por Exemplo

PL – Projeto de Lei

P./Pp. – Página/Páginas

Proc. – Processo

Pt/Pts – Ponto/Pontos

S.D – Sine Data

S.L – Sine Loco

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

T. – Tomo

TPI – Tribunal de Primeira Instância

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

EU – União Europeia

Introdução

Com a decisão de elaboração de uma tese de mestrado, vem a intrincada escolha do tema. No nosso caso, a escolha não foi tão árdua assim, uma vez que, sempre tivemos a intenção de escrever sobre abusos sexuais de menores, especialmente na fase da adolescência.

Neste trabalho, após o estudo da evolução legislativa dos crimes sexuais, em ligação com o bem jurídico a tutelar, vamos falar sobre a necessidade de proteção dos adolescentes, entre os 14 e os 18 anos, uma vez que estes, em virtude da gravidade das condutas sofridas, ficam com danos físicos, psicológicos, emocionais e sociais, que se irão manifestar tanto no presente como no futuro, na sua forma de se relacionarem com os outros e de viverem a sexualidade.

Não podemos esquecer que a adolescência é a idade em que os jovens começam a cimentar gostos, a alterar a imagem que têm de si mesmos e daqueles que os rodeiam e em que começam a ter uma maior perceção do certo e do errado. Qualquer ataque a um menor nestas idades colocará em causa o livre e adequado desenvolvimento do mesmo, na esfera sexual.

Discordamos, portanto, daquelas visões ultrapassadas de que os jovens “sabem o que querem e como tal deverão suportar as consequências dos seus atos”. Pelo contrário, entendemos que um menor, independentemente da idade, não tem capacidade para se defender de forma eficaz, da prática de atos sexuais abusivos, por parte de adultos, especialmente daqueles que lhe são mais próximos. Existe, aqui, uma colossal desproporção e desequilíbrio entre parceiros, suscetível de pôr em causa o “livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual”¹, que deve ser, sem dúvida, salvaguardado.

Posteriormente faremos uma análise, às recentes alterações legislativas ao art.172.º, n.º 1, conjugada com a leitura de acórdãos, para termos uma visão mais ampla e prática sobre este tema.

No fundo, trata-se de relações em que há a confiança do menor por força da lei ou de uma relação de facto, a pais, tios, avós, professores, tutores ou outros. E há um

¹ DIAS, 2012,711.

aproveitamento dessa posição de poder e autoridade, sobre o menor, para o adulto satisfazer os seus instintos libidinosos.

Esta alteração na lei permitiu que uma série de novos casos fossem abarcados, evitando assim algumas das dificuldades de enquadramento que se faziam sentir, e protegendo um maior número de menores que, mesmo estando à responsabilidade do agente, antes não seriam tutelados.

Neste ponto, a al.c) é aquela que melhor nos cumpre explorar pela ténue linha que a separa do art.173.º. Como vamos estudar, há uma coincidência de âmbitos, considerando a interpretação que vem sendo feita da expressão “abuso de inexperiência”.

No entanto, não defendemos uma interpretação de inexperiência no sentido estritamente sexual, semelhante à de Paulo Pinto de Albuquerque ou de Mouraz Lopes, uma vez que esta, limita os casos em que podemos salvaguardar o desenvolvimento e autodeterminação do menor.

Assim, vamos procurar criar uma linha, com base no grau de vulnerabilidade da vítima, por forma a estabelecer a fronteira, entre os dois artigos, dando exemplos de situações que se podem enquadrar num ou noutro, sem nunca perder de vista a relevância que tem a análise do caso concreto e a impossibilidade de criar listas taxativas para cada um deles.

Capítulo I

Evolução dos crimes sexuais

1. Evolução legislativa: em especial a reforma de 1995

Desde a aprovação do primeiro Código Penal², em 1852, que se têm operado as mais diversas alterações legislativas, no âmbito dos crimes sexuais.

Inicialmente, nos códigos de 1852 e 1886, os crimes sexuais incluíam-se no título “Dos crimes contra as pessoas”, mas tutelava-se os “fundamentos ético-sociais da vida social”, ligados aos “sentimentos gerais de moralidade sexual”³. No fundo, havia um maior interesse na proteção da moral social e da honra, fosse ela individual ou de um grupo de indivíduos (a designada “honra familiar”)⁴, sendo substancialmente menor a preocupação com o indivíduo e com o sofrimento físico e psicológico inerente a este tipo de abuso.

Então, veja-se o art.400.º do CP, em vigor de 1886 até 1982, que “determinava que nos casos de estupro ou violação de mulher virgem o criminoso era sempre obrigado a dotar a ofendida, ainda quando com ela cassasse; e sobretudo que o casamento punha termo à acusação particular e à prisão preventiva, ficando em caso de condenação, a pena suspensa e caducando apenas se, decorridos 5 anos sobre o casamento, não houvesse divórcio ou separação judicial por factos somente imputados ao marido.”⁵

Apenas em 1995, com a reforma legislativa que se operou, considerada por autores como Figueiredo Dias, como a reforma que fez dos crimes sexuais verdadeiros crimes contra as pessoas, e contra um valor eminentemente individual, o da liberdade de autodeterminação sexual⁶, é que expressões como “mulher virgem”, “mulher honesta”, “viúva honesta”, “fim desonesto”, entre outras, desapareceram do CP, dando lugar a uma nova redação que veio tutelar

² Doravante designado CP.

³ CP de 1982, Cap.I do Tít. III da PE e art.205.º-3

⁴ DIAS, 2012, 712.

⁵ DIAS e ANTUNES, 2012, 852.

⁶ DIAS, 2012, 708.

um novo bem jurídico⁷, entretanto reconhecido, o da liberdade e autodeterminação sexual.

A reforma de 1995 reestruturou o CP, nomeadamente o Cap. V, denominado de “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, que passou assim a estar dividido em três secções:

1. A secção I definia os crimes contra a liberdade sexual;
2. A secção II tinha como epígrafe crimes contra a autodeterminação sexual;
3. E a secção III continha as disposições comuns às duas secções anteriores.

Na secção I protegia-se a liberdade (e/ou autodeterminação sexual) de todas as pessoas, sem fazer aceção de idade, podendo posteriormente aplicar-se as agravantes do art.177.º nos casos em que a vítima fosse menor de 14 ou de 16 anos. Por sua vez, a secção II aplicar-se-ia aos casos em que a vítima é menor de idade⁸, estendendo-se aqui a proteção da lei penal a situações que não seriam crime quando praticadas entre adultos, ou que seriam crimes de menor gravidade.

Cumpre-nos assim dizer que, embora as secções I e II aparentemente tutelem bens jurídicos diferentes, é impossível traçar uma linha que os separe, uma vez que, os dois estão intimamente ligados e relacionados⁹. Desvelando-se ainda que, na secção II, a liberdade e a autodeterminação sexual estão ligadas a um outro bem jurídico, que se assume da maior importância: “o livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual”.¹⁰

Há, assim, uma maior necessidade de proteção dos menores, porque, nas palavras de Mouraz Lopes, se pretende “preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e os jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade, do ponto de vista sexual.”¹¹ Desta forma, na senda de Maria João Antunes, podemos dizer, que “o ofendido – ele próprio – passou a ser visto como titular dos interesses que a lei quis proteger com as incriminações¹².”

⁷ Em tudo diferente e distante de uma “cultura patriarcal”, virada para a proteção da honestidade, moral e bons costumes.

⁸ Nestes casos a menoridade deve ser compreendida entre os 14 e os 18 anos.

⁹ Neste ponto importa ler CUNHA, 2017, 132-133.

¹⁰ DIAS, 2012, 711.

¹¹ LOPES e MILHEIRO, 2008, 116.

¹² ANTUNES, 2010, 154.

Atualmente existem apenas duas secções, sendo que a secção II é dedicada a menores e a secção I aplica-se maioritariamente a casos em que a vítima é maior de 18 anos. No entanto, importa, ressaltar que alguns tipos legais também se aplicam a menores, tais como os arts.163.º e 164.º, com as agravantes em razão da idade, previstas no art.177.º, n.ºs 6 e 7.

Porém, na realidade, existe uma tendência jurisprudencial sempre que estejamos perante menores, de recondução da situação para a secção II, ao invés de haver uma verificação quanto ao preenchimento dos elementos típicos dos crimes na secção I, nomeadamente, dos meios típicos de constrangimento.¹³

Como vamos estudar, desde a sua génese, os arts.172.º e 173.º, cumpre-nos agora analisar as principais alterações legislativas que se operaram neste âmbito.

Introduzido pela reforma de 1995, o crime de abuso sexual de menores dependentes, atualmente previsto no art.172.º¹⁴ CP, veio criminalizar algumas situações que já se encontravam previstas no crime de atentado ao pudor, tipificado nos arts.205.º e 206.º, n.º 2 do CP de 1982.

Posteriormente, operaram-se reformas significativas em 1998, 2007, 2015 e por último em 2020.

Em 1998, houve um alargamento deste tipo legal, deixando de se exigir que o agente atuasse “com abuso da função que exerce ou da posição que detém”¹⁵, relativamente a menores entre os 16 e os 18 anos. Desta forma, equiparou-se a conduta ilícita quando estejam em causa menores entre os 14 e os 18 anos.

Por sua vez, em 2007, para além das alterações ao art.171.º, que tiveram impacto direto no art.172.º, por força da remissão que se opera no n.º 1, modificou-se também a natureza do tipo de crime, passando esta a ser pública, e assim independente de queixa. Também o n.º 3 foi alterado, passando a estabelecer a pena de prisão em alternativa à pena de multa.

¹³ CUNHA, 2016, 143.

¹⁴ Relativamente às alterações legislativas ao art.172º consultar LOPES e MILHEIRO, 2008, 191.

¹⁵ DIAS, 2012, 711.

Já em 2015, o legislador, por força da L 103/2015, de 24 de agosto, voltou a efetuar alterações no n.º 3, passando este a prever uma nova moldura penal com pena de prisão até 5 anos e acrescentou-se ainda o n.º 4, onde se entrevê a punibilidade da tentativa¹⁶.

Por último, a 18 de agosto de 2020, pela L 40/2020, introduzida por força do PL n.º 187/XIV, que transpôs a D 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, este art.172.º foi profundamente reformado. Contudo, não se perdeu a ideia, que estava na sua génese, de proteção de menores, com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos, confiados a alguém para educação ou assistência e à quebra/abuso dessa especial relação de dependência, suscetível de afetar a capacidade de decisão dos referidos menores.

Mais falaremos a este respeito, à frente, num capítulo próprio.

Relativamente ao art.173.^{o17}, com a epígrafe “atos sexuais com adolescentes”, podemos dizer que este corresponde ao crime de estupro, previsto no art.204.^{o18} do CP de 1982. No entanto, com a reforma de 1995, foram alteradas as exigências para haver incriminação, passando o meio típico de execução a ser o “abuso da inexperiência da vítima”, ou seja, foi eliminado o conceito de “abuso mediante promessa séria de casamento”.

Em 1998, uma nova reforma alterou a epígrafe deste tipo legal para “atos sexuais com adolescentes”, removendo-se assim a conexão com o conceito de estupro. Ainda neste ano e na senda de uma proposta do GPPS, alterou-se o tipo legal para que o agente do crime apenas pudesse ser aquele que fosse maior de idade, evitando-se assim a punição de atos praticados entre adolescentes.

Em 2007, a L n.º 59/2007 implicou uma importante mudança, passando a integrar no tipo de crime, não só a cópula, o coito anal e o coito oral, mas também a introdução de partes do corpo ou de objetos, indo mais longe e punindo quem levasse o adolescente a praticar atos sexuais de relevo com terceiro.

¹⁶ Neste ponto, por força do disposto no art.23.º, n.º 1 CP, a punição da tentativa apenas abarcaria o n.º 2, uma vez que a conduta prevista no n.º 1 está automaticamente salvaguardada.

¹⁷ Relativamente às alterações ao art.173.º importa ler LOPES e MILHEIRO, 2008, 199-202; DIAS, e ANTUNES, 2012, 152-158.; e PACHECO, 2012, 31-32.

¹⁸ ART.204.º (Estupro) - Quem tiver cópula com maior de 14 anos e menor de 16 anos, abusando da sua inexperiência ou mediante promessa séria de casamento, será punido com prisão até 2 anos.

A lei suprarreferida operou outras mudanças, nomeadamente ao nível do art.175.º que punia os “atos homossexuais com adolescentes”, posteriormente considerado inconstitucional. Esta alteração releva, porque houve uma unificação dos tipos legais de “atos sexuais com adolescentes” e “atos homossexuais com adolescentes”, punindo-se, atualmente, qualquer ato sexual com adolescentes, sem discriminação em razão do sexo e/ou da sexualidade.

Neste âmbito, destacam-se, por último, as alterações legislativas introduzidas pela L n.º 103/2015, que levou à introdução do n.º 3, que prevê a punibilidade da tentativa e eliminou a possibilidade de aplicação de pena de multa.

2. Bem Jurídico

Como já referimos, só com a reforma legislativa de 1995 é que bens jurídicos como os da liberdade e autodeterminação sexual surgiram, até então tutelavam-se bens como a moral social, o pudor e a honra, tanto do indivíduo como do seu núcleo familiar.

Importa, por esta razão, estudar o significado, o alcance, e as vertentes deste novo bem jurídico, especialmente no que concerne a vítimas menores de idade.

A liberdade sexual, enquanto bem jurídico penal digno de tutela, implicará, para a sua plena materialização, a verificação de duas vertentes que se interseitam. Uma vertente negativa, “que se traduz no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de atos para os quais não tenha manifestado concordância”¹⁹, e uma vertente positiva, mais dinâmica, que no fundo implica, a liberdade de cada um para, no domínio da sexualidade, dispor sobre o seu corpo²⁰.

A norma jurídica penal, ao ser concretizada, terá que ter sempre em conta a proteção destas duas vertentes, isto porque, ao passo que cada pessoa pode usufruir plenamente da sua sexualidade, caberá ao Estado a proteção da vertente negativa, tutelando os seus cidadãos, contra as ofensas de terceiros.

Neste ponto importa ainda dizer que a sexualidade, por envolver o contacto íntimo entre pessoas, comporta uma “dimensão de reserva”, que “entra em colisão com qualquer exposição pública”²¹. O ato sexual está integrado na esfera de intimidade e qualquer violência neste âmbito implicará um evento traumático, qualquer agressão sexual, mesmo que não seja acompanhada de violência física, implicará sempre uma quota-parte de violência psicológica, suscetível de causar danos físicos, psicológicos e sociais que se prolongam no tempo, chegando em alguns casos a nunca desaparecer na totalidade²².

No que concerne aos menores, e no sentido apontado pela DDC²³, que no seu preâmbulo proclama “que a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e

¹⁹ ALFAIATE, 2009, 86.

²⁰ ALFAIATE, 2009, 86-87.

²¹ LOPES e MILHEIRO, 2008, 33.

²² LOPES e MILHEIRO, 2008, 36.

²³ A DDC foi proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959.

intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”, podemos dizer que cabe ao Estado a sua proteção, “com vista ao seu desenvolvimento integral²⁴”.

Nestes casos, a liberdade e autodeterminação sexuais assumem uma maior complexidade, uma vez que, estão intimamente ligadas ao desenvolvimento da personalidade dos menores, em especial na esfera sexual, ou seja, um crime contra a autodeterminação sexual envolverá sempre uma perturbação do desenvolvimento da personalidade da criança/jovem bem como uma maior necessidade de salvaguardar o seu bem-estar²⁵.

O exercício da liberdade sexual, por parte dos menores, implicará sempre a livre e plena capacidade destes se autodeterminarem sexualmente, uma vez que, em razão da idade, são particularmente mais vulneráveis, e merecedores de uma proteção adicional, para que possam exercer esta liberdade sem qualquer interferência ou influência. Há, assim, a necessidade de uma salvaguarda acrescida da capacidade de autodeterminação, permitindo desta forma que o jovem cresça e se desenvolva na sua plenitude²⁶, por forma a, quando atingir a maturidade sexual, informada e esclarecida, se possa autodeterminar sexualmente em liberdade²⁷.

A proteção das crianças, nesta esfera, implicará o incremento de políticas sociais, especialmente em áreas como a saúde e a educação, orientando os menores para o exercício de uma sexualidade consciente e responsável²⁸, pois só quando correta e completamente informados é que estes estarão aptos a dar o seu consentimento ou a identificar eventuais ataques, que poderão, por seu turno, por em causa o desenvolvimento da sua personalidade.

²⁴ ART.69.º CRP (Infância) - 1. As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

²⁵ DIAS, 2011, 211.

²⁶ Nas palavras de Beatriz Pacheco, não procuramos que o menor se abstenha da prática de atos sexuais antes dos 16 anos, procuramos, pelo contrário, proteger o livre desenvolvimento dos jovens, sem quaisquer experiências traumáticas advindas da intromissão abusiva de adultos.

²⁷ DIAS, 2011, 211.

²⁸ DIAS, 2011, 216-217.

3. A necessidade de proteção dos adolescentes

O conceito de menoridade tem evoluído com o tempo. Inicialmente, no Código de Seabra²⁹, considerava-se a menoridade até aos 21 anos e, por essa razão, todos os crimes praticados contra estes eram considerados crimes contra menores. Contrariamente, o CP de 1852 não previa uma idade de referência a partir da qual podia ser dado o consentimento, contudo, em matéria de crimes sexuais, podemos perceber que há um desvalor de consentimento dos menores de 16 anos³⁰.

Entendia-se que, até aos 16 anos, o menor não possuía capacidade e discernimento suficientes para entender o alcance do seu consentimento, a partir desta idade e até a atingir a maioridade, era dada ao menor uma autonomia progressiva, considerando-se sempre a especial vulnerabilidade dos cidadãos dentro desta faixa etária.

Com a aprovação do CC de 1967 a maioridade manteve-se nos 21 anos, sendo posteriormente alterada para os 18³¹. Contudo, o CP de 1982 determinou que “a partir dos 14 anos, e desde que o menor tivesse discernimento para compreender o sentido e alcance da sua vontade, o consentimento que prestasse seria válido e eficaz”³².

A reforma de 1995, para além de ter implicado uma significativa alteração na redação dos tipos penais sexuais, implicou também uma alteração da idade de proteção das vítimas, subindo esta para os 16 anos, com especial enfoque na proteção dos menores de 14 anos³³. Entre os 16 e os 18 anos, o único caso digno de uma proteção especial cabia no abuso sexual de menores dependentes, quando praticado por aqueles encarregues da sua educação ou assistência.

Em 2007, o art.38.º, n.º 2 CP foi alterado, deixando de prever os 14 anos como a idade para prestar consentimento, sendo esta aumentada para os 16 anos, sempre que se entenda que o menor possui “o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance”³⁴ do consentimento prestado, ou seja, embora nem

²⁹ART.98.º - São menores as pessoas de um e outro sexo, enquanto não perfizerem vinte e um anos de idade.

³⁰ALFAIATE, 2009, 17-19.

³¹A alteração da idade da maioridade civil, para os 18 anos, deu-se por força do DL n.º496/77, de 25 de novembro, e mantém-se até aos dias de hoje.

³²ALFAIATE, 2009, 21.

³³ALFAIATE, 2009, 22.

³⁴Art.38.º, n.º 3, in fine.

todos jovens atinjam a maturidade na mesma idade, mas pelo contrário, vão-na alcançando de forma gradual, e variando de jovem para jovem, é necessário estabelecer algumas fronteiras “de acordo com um padrão médio de capacidade”³⁵.

Desta forma, podemos dizer que os adultos estão proibidos de praticar qualquer ato sexual com um menor de 14 anos, uma vez que o menor não tem capacidade para prestar um consentimento válido e eficaz. A partir dos 14 e até aos 18 anos vai havendo um alargamento e uma abertura gradual da capacidade para consentir, entendemos que o menor vai adquirindo competências que lhe permitem fruir da sua sexualidade sem sofrer danos no desenvolvimento da sua personalidade.

Salvaguardamos os casos de prostituição e pornografia infantil, em que, pela gravidade dos comportamentos, a proteção é absoluta, não havendo espaço para abertura. Também no caso do art.172.º, e sempre que se denote uma relação de domínio, entendemos que o menor não tem capacidade para consentir, uma vez que esse consentimento não seria livre.

A CDC estabelece logo no art.1.º que é criança “todo o ser humano menor de 18 anos”, tal como o nosso CC estabelece os 18 anos como a idade em que se atinge a maioridade civil. A nível do direito penal, tem sido notória a alteração jurisprudencial e doutrinal substituindo o termo menor, pelas expressões criança, jovem e adolescente, que, no fundo, são apenas sinónimos de “menor”.

Infelizmente, e apesar do progresso que temos vindo a presenciar, é em relação aos adolescentes que se verificam os maiores preconceitos.

Embora seja na adolescência que o menor vai conquistando autonomia e ganhando capacidade para decidir e se autodeterminar, tal não significa que a sua tutela deva ser diminuída. Não podemos esquecer que continuamos perante menores, que podem ter o desenvolvimento da sua personalidade, bem como a sua integridade física e psicológica, gravemente afetadas, em virtude de contactos sexuais abusivos.

Atualmente os jovens têm um mais fácil acesso à informação, sendo por isso mais esclarecidos e informados, nomeadamente no que diz respeito à temática da sexualidade³⁶, no entanto, isto não significa que, junto com o conhecimento

³⁵ CUNHA, 2016, 150.

³⁶ DIAS, 2011, 219.

adquiram, também, maturidade. Nas palavras de Conceição Cunha “mais conhecimento nem sempre implica mais equilíbrio, estabilidade emocional, capacidade de valoração e de decisão”³⁷.

Na realidade, denota-se hoje uma maior dependência dos jovens, a nível emocional, afetivo e económico, o que acaba por retardar o seu amadurecimento³⁸, ou seja, podemos dizer que embora os jovens dos nossos dias possuam uma maturidade física e intelectual que antes não possuíam, falta-lhes a maturidade emocional, pelo que não podemos tratá-los como adultos. Na verdade, é essa falta de capacidade de controlo emocional que levou o legislador a criar, no nosso regime jurídico, um estatuto mais protetor³⁹.

A ideia perfilhada por uma parte da doutrina e da jurisprudência de que “os adolescentes já sabem o que fazem/querem”, não nos parece de todo correta. A desvalorização da gravidade dos abusos sexuais contra adolescentes, quando estes se encontram numa fase fundamental para a formação da personalidade⁴⁰, poderá causar graves prejuízos emocionais decorrentes da dupla-vitimização e da culpabilização. A ideia de que o jovem, que pelo CP ainda não tem autonomia suficiente para se determinar, livremente, na esfera sexual, o pode fazer, devendo suportar as consequências dos seus atos, parece-nos excessiva.

Quando falamos de adolescentes, falamos em jovens a partir dos 14 anos, jovens que estão a formar a sua personalidade e que tal como as crianças merecem uma verdadeira tutela. De facto, autores como Conceição Cunha afirmam que os abusos sexuais na adolescência podem ser “potencialmente mais graves para o desenvolvimento da personalidade do menor”⁴¹, “deixando marcas, por vezes mais profundas”⁴².

Não podemos esquecer que nestas idades a sexualidade vai assumindo uma progressiva importância e qualquer atentado ao “livre desenvolvimento da personalidade, na esfera sexual”⁴³ acaba por ser sentido com maior intensidade⁴⁴, pondo em causa o desenvolvimento integral do jovem.

³⁷ CUNHA, 2016, 148.

³⁸ CUNHA, 2016, 148.

³⁹ PACHECO, 2016, 172.

⁴⁰ PACHECO, 2016, 171-172.

⁴¹ CUNHA, 2016, 153.

⁴² CUNHA, 2016, 153.

⁴³ DIAS, 2012, 711.

⁴⁴ CUNHA, 2016, 154.

Capítulo II

Análise do art.172.º

1. As condutas criminalizadas no art.172.º

O art.172.º concretiza vários tipos objetivos de ilícito, por força das remissões para o art.171.º e para o art.170.º, senão vejamos:

- ✓ O n.º 1 do art.172.º remete-nos para os n.ºs 1 e 2 do art.171.º, punindo atos sexuais de relevo, e atos sexuais de relevo qualificado que consistem na cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.
- ✓ O n.º 2 do art.172.º remete-nos para as alíneas do n.º 3 do art.171.º, punindo quem importunar menores praticando atos de carácter exibicionista, propostas de teor sexual e contactos de natureza sexual (previstos e punidos pelo art.170.º); quem atuar por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico e quem aliciar menor a assistir a abusos ou atividades sexuais.
- ✓ Prevê, por fim, o n.º 3, uma agravante ao n.º 2, em razão da intenção lucrativa do agente.

Apesar de o art.172.º, como vimos acima, se concretizar pela verificação de diferentes tipos de comportamentos, vamos focar o nosso estudo nos atos sexuais de relevo, e nos chamados atos sexuais de relevo qualificado, uma vez que estes, pela gravidade e seriedade que comportam, são suscetíveis de afetar de modo especialmente grave a autodeterminação sexual das vítimas.

Relativamente ao ato sexual de relevo, Figueiredo Dias⁴⁵ teoriza que existem três conceções que se confrontam:

1. Uma conceção objetivista, que nos diz que o “ato sexual” é todo aquele que denota externamente uma conexão com a sexualidade.
2. Uma conceção mista, que para além de exigir a conexão externa do ato com a sexualidade, exige também que o agente atue para satisfazer a sua “intenção libidinosa”.
3. A última conceção é uma conceção subjetivista que defende que um “ato sexual” se traduz “na intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual”⁴⁶.

⁴⁵ DIAS, 2012, 718.

⁴⁶ DIAS, 2012, 718.

Entre nós, damos prevalência à concepção objetivista, desta forma, o “ato sexual será assim todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objetivo e segundo uma compreensão natural, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado, diretamente relacionados com a esfera da sexualidade”⁴⁷. No entanto, a esta concepção, deve acrescer uma ideia de subjetividade, “traduzida na acima referida intenção”⁴⁸ tal como defende Figueiredo Dias.

Para este autor, “um ato não se torna “sexual” (...) [por uma força exclusiva da] motivação do agente, mas (...) pela sua suscetibilidade de ser reconhecido por um observador como possuindo uma conotação sexual”⁴⁹, mesmo que a vítima não reconheça o ato como “sexualmente significativo.”⁵⁰

Desta forma, cumpre neste ponto definir “ato sexual de relevo”.

Estamos aqui perante um conceito indeterminado que se pretendeu que fosse isento de conteúdos moralistas. Na doutrina, autores como Miguez Garcia e Castela Rio têm entendido que estamos perante um ato sexual quando este “tem por objeto direto o sexo humano e pelo menos envolve o próprio corpo ou o corpo de outrem; são desde logo todas as ações que de acordo com a sua aparência externa permitem reconhecer a sua relação com o sexo”⁵¹. Por sua vez Paulo Pinto de Albuquerque diz-nos que comporta um ato sexual de relevo toda a “ação de conotação sexual de uma certa gravidade objetiva realizada na vítima”⁵².

A jurisprudência tem vindo a entender e defender que “é considerado ato sexual de relevo todo aquele que tenha uma natureza objetiva estritamente relacionada com a atividade sexual, ou seja, que normalmente apenas seja praticado no domínio da sexualidade entre pessoas”⁵³, considerando como ato sexual de relevo comportamentos como um beijo lingual, mexer nos seios, mexer na vagina (ainda que sem penetração), carícias nas nádegas, na parte interior das coxas, entre outros.⁵⁴

Assume um teor mais grave os atos sexuais de relevo qualificado ou atos sexuais de especial relevo, uma vez que estes contendem com uma esfera mais íntima, pessoal e

⁴⁷ DIAS, 2012, 718.

⁴⁸ DIAS, 2012, 719.

⁴⁹ DIAS, 2012, 719.

⁵⁰ DIAS, 2012, 719.

⁵¹ GARCIA e RIO, 2015, 720.

⁵² ALBUQUERQUE, 2010, 640.

⁵³ Acórdão TRG, de 02 de fevereiro de 2009.

⁵⁴ DIAS, 2012, 720.

reservada da sexualidade, ou seja, violam mais intensamente o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual das vítimas.

Este tipo de comportamentos pressupõe a “introdução no corpo da vítima”, vamos, assim, explorar o significado e o alcance das expressões utilizadas.

A “cópula” é o resultado de uma relação heterossexual, de introdução do órgão sexual masculino do agente na vagina da vítima, não se fazendo, no entanto, a distinção entre a introdução completa ou incompleta⁵⁵.

O “coito anal ou oral” implica uma total ou parcial introdução do pênis no ânus ou na boca da vítima, sem aceção de género. Neste caso para efeitos de consumação não se exige haja *emissio seminis* por parte do agente⁵⁶.

No que diz respeito à “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, o legislador não faz nenhuma referência específica ao que deve ser entendido como “partes do corpo” ou “objetos”. No entanto, a doutrina vem-nos dizer que as “partes do corpo” podem ser qualquer parte do corpo ligada ao agente do crime, e que os “objetos” podem ser quaisquer instrumentos materiais, autónomos e inanimados, suscetíveis de ser introduzidos no ânus ou na vagina da vítima.

No fundo falamos aqui de uma introdução passível de ser equiparada à cópula ou ao coito anal, e que pode ser completa ou incompleta. Neste caso também não se faz aceção de género, aplicando-se nas relações heterossexuais e homossexuais⁵⁷.

⁵⁵ PIRES, 2020, 139.

⁵⁶ PIRES, 2020, 139.

⁵⁷ DIAS, 2011, 225-228.

2. Abuso Sexual de Menores Dependentes ou em Situação Particularmente Vulnerável

Antes da L n.º 40/2020 de 18 de agosto que veio “reforçar o quadro sancionatório em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores”⁵⁸, o art.172.º, n.º 1 apenas punia aqueles que praticassem ou levassem a praticar “atos descritos nos n.ºs 1 ou 2 do artigo anterior, relativamente a menor que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência”⁵⁹.

Era do entendimento comum que este artigo precisava ser clarificado e alargado, por forma a abranger um leque mais extensivo de situações. No fundo, entendeu-se que era necessário salvaguardar, para além dos menores confiados para educação ou assistência, todos os menores vítimas de abusos sexuais, entre os 14 e os 18 anos, sobre os quais houvesse um abuso de confiança, autoridade, influência ou até das suas vulnerabilidades.

Desta forma, podemos dizer que a redação do art.172.º não era suficiente para as necessidades que se faziam sentir.

Por essa razão, o GPPS apresentou um PL por forma a fazer a legislação portuguesa cumprir as diretivas da UE, salvaguardando e reforçando ao mesmo tempo o interesse dos menores, protegendo-os de abusos e explorações que certamente causarão mazelas físicas, psicológicas e sociais que se prolongarão no tempo.

É essencial que numa sociedade em contínua evolução, os mecanismos legislativos sejam alterados e ajustados por forma a acompanharem, de forma adequada, as transformações que se encetem.

Nesta senda, foram pedidos pareceres à OA, CSM, CMP e APAV. Todas estas instituições concordaram que as alterações sugeridas tornam o art.172.º, n.º 1 mais abrangente, incluído agora situações temporárias que anteriormente não seriam abrangidas.

Para mais, consideraram ainda que esta nova redação é mais clara e garantística dos direitos das vítimas vulneráveis.

Seguidamente avançou-se para a discussão na AR e posterior aprovação. Os grupos parlamentares concordaram, na sua maioria, que estas alterações para além

⁵⁸ Sumário da L n.º 40/2020, de 18 de agosto.

⁵⁹ Anterior redação do art.172.º, n.º 1.

de irem ao encontro dos instrumentos internacionais, levariam a uma maior proteção e salvaguarda dos menores.

Desta forma, o PL foi aprovado por unanimidade, sendo esta a nova redação do art.172.º, n.º 1:

“Artigo 172.º

Abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável

1 - Quem praticar ou levar a praticar ato descrito nos n.ºs 1 ou 2 do artigo anterior, relativamente a menor entre 14 e 18 anos:

a) Em relação ao qual exerça responsabilidades parentais ou que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência; ou

b) Abusando de uma posição de manifesta confiança, de autoridade ou de influência sobre o menor; ou

c) Abusando de outra situação de particular vulnerabilidade do menor, nomeadamente por razões de saúde ou deficiência;

é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”⁶⁰

⁶⁰ Sublinhados e negritos nossos.

a. Em relação ao qual exerça responsabilidades parentais ou que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência

A al. a) poucas alterações sofreu em relação à redação anterior do art.172.º, n.º 1. A ideia original de criar uma proteção especial para os menores entre os 14 e os 18 anos quando exista uma relação estabelecida para educação ou assistência, e o agente se aproveita⁶¹ dessa mesma relação para abusar sexualmente do menor⁶², mantém-se inalterada.

São vários os autores que escreveram sobre este tema, numa expectativa de ajudar todos aqueles que procurassem respostas. Míguez Garcia e Castela Rio, na sua obra, deram-nos uma definição dos termos “educar” e “assistir”.

O termo “educar” implica que alguém assuma a supervisão e a direção da vida do menor, promovendo um saudável desenvolvimento físico, psicológico e social⁶³. Por seu turno, “assistir” requer uma colaboração, entre o menor e a pessoa responsável, para a educação e o geral bem-estar do mesmo⁶⁴.

Maria João Antunes, José Mouraz Lopes e Paulo Pinto de Albuquerque defendem que esta relação de confiança surgida pela “disponibilidade manifestada para as tarefas de educação e assistência que o autor assumiu”⁶⁵, pode resultar de uma de três faces:

1. Por força da lei, este seria o caso dos progenitores que exercem responsabilidades parentais (art.1878.º, 1901.º e 1911.º CC)⁶⁶. Contudo, devido ao importante papel que os pais desempenham na vida dos menores, e à gravidade que um abuso dessa relação implicaria, a nova redação do art.172.º faz uma menção expressa às responsabilidades parentais e, por consequência, àqueles que as desempenhem.
2. Por decisão judicial - em regra são situações em que o menor é entregue a um dos progenitores por ausência ou incapacidade do outro, a um terceiro, numa relação de tutela ou curatela, ou a um adotante, nos termos dos arts. 1903.º, 1907.º, 1915.º, 1986.º, e 1997.º CC⁶⁷.

⁶¹ Falamos aqui de um aproveitamento que é pressuposto, uma vez que não está previsto na lei.

⁶² ALBUQUERQUE, 2010, 689.

⁶³ GARCIA e RIO, 2015, 723.

⁶⁴ GARCIA e RIO, 2015, 723-724.

⁶⁵ LOPES e MILHEIRO, 2008, 193.

⁶⁶ ANTUNES, 2012, 848.

⁶⁷ ANTUNES, 2012, 848.

3. E por fim, no âmbito de relações de facto, que se vão estabelecendo ao longo da vida do menor. De acordo com o disposto no art.1907.º CC, a criança pode ser confiada a um terceiro⁶⁸, a quem será exigido, para o adequado exercício das suas funções, que desempenhe os poderes e os deveres que caberiam aos pais⁶⁹.

No entanto, existem outras relações de facto que se vão criando e que são suscetíveis de causar dúvidas quanto à sua integração no art.172.º, n.º1, al. a).

Uma das maiores dificuldades que a doutrina e a jurisprudência vêm enfrentando é o enquadramento das relações puramente afetivas, isto porque “a confiança não tem de ser permanente, podendo ser [meramente] temporária ou intermitente”⁷⁰.

Alguma jurisprudência tem entendido que não é correto “pretender-se que exista uma relação direta de dependência entre o arguido e a ofendida pelo facto de a mulher daquele ser tutora da menor ofendida”⁷¹. Somos forçados a discordar desta tese.

No nosso entendimento, nas relações de facto, mesmo que a menor não esteja legalmente confiada ao “companheiro da mãe”⁷², é-lhe atribuído um poder-dever de assistência tendo este uma corresponsabilidade sobre a educação, formação, proteção, assistência e demais necessidades que a menor possa manifestar.

Cada vez mais surgem as chamadas famílias multicompostas, constituídas pelos membros do casal, os filhos que cada um traz para a união e os filhos do casal. Nestas situações, mesmo não havendo um matrimónio, criam-se condições análogas às do agregado familiar, estabelecendo-se relações de confiança, que podem incluir a educação ou assistência na mesma medida em que esta caberia aos progenitores.

Muitas vezes o companheiro, pelo apoio, assistência, segurança e outras funções que desempenha no seio da família afetiva, acaba por assumir o papel de pai de facto, conquistando, frequentemente, essa mesma designação.

⁶⁸ Importa aqui dizer que o terceiro a quem o menor vai ser confiado pode ou não ser da família do mesmo.

⁶⁹ ANTUNES, 2012, 848-849.

⁷⁰ ALBUQUERQUE, 2010, 690.

⁷¹ Ac. do STJ de 13 de novembro de 2002.

⁷² Referimos o companheiro da mãe, como certamente também poderia ser a companheira do pai.

Analisemos assim alguma jurisprudência a este respeito.

No acórdão do STJ, de 27 de novembro de 2019, estava em causa uma situação de abusos sexuais, ocorridos entre o companheiro da mãe e a filha desta. O arguido e a mãe de BB iniciaram uma relação, passando a coabitar em 2014⁷³.

“O arguido esteve sempre bem ciente da idade da vítima BB⁷⁴”, e quando esta fez 16 anos, começou a procurá-la sempre que se encontrava sozinho no interior do domicílio comum⁷⁵, mantendo com ela atos sexuais de introdução vaginal, cópula e coito oral.

Quando a mãe de BB começou a desconfiar da situação, o arguido “passou também a manter relações sexuais de coito vaginal e oral com a vítima no seu local de trabalho”⁷⁶.

No âmbito do processo a decorrer em tribunal, o arguido vem alegar que “da matéria de facto provada, não resulta claramente que a menor lhe havia sido confiada para educação e assistência”⁷⁷, pois não existia entre eles qualquer vínculo legal.

Para mais, argumentou ainda que não se poderia retirar da sua participação financeira para a economia familiar comum e da existência de coabitação, a confiança da menor à sua responsabilidade.⁷⁸

Neste processo, o tribunal entendeu, e nós concordamos, que “o arguido vivia com a mãe da vítima BB como se casados fossem, e que por essa via participava no quotidiano, na educação e no provimento das necessidades da vítima BB, sobre ela tendo o ascendente resultante de consigo coabitar e de integrar o seu agregado familiar numa posição de dominância, circunstâncias de que se prevaleceu para concretizar o seu intento.”⁷⁹ Para mais, o próprio arguido admite⁸⁰ que a menor muitas vezes o tratava por “pai” ou “papi”, o que por sua vez é demonstrativo da existência de uma relação de confiança e dependência.

⁷³ Pt 2 da matéria de facto.

⁷⁴ Pt 4 da matéria de facto.

⁷⁵ Pt 5 da matéria de facto.

⁷⁶ Pt 14 da matéria de facto.

⁷⁷ Pt 3 da motivação do arguido em sede de recurso para a Relação.

⁷⁸ Pt 8 da motivação do arguido em sede de recurso para a Relação.

⁷⁹ Pt 21 da matéria de facto.

⁸⁰ Pt 11 da motivação do arguido em sede de recurso.

Importa ainda destacar que se o arguido e a mãe da menor fossem efetivamente casados, este seria indubitavelmente punido, por isso, não faz sentido que haja impunidade, nestas circunstâncias, quando a relação é idêntica.

O STJ entendeu que os comportamentos do arguido configuravam o crime de abuso sexual de menores dependentes, previsto no art.172.º. Esta decisão, à data em que foi tomada, nenhum reparo nos merece. Hoje, em virtude das alterações legislativas efetuadas, torna-se ainda mais claro que este tipo de situações cabem dentro do referido artigo, nomeadamente na al. a).

O acórdão do TRE de 18 de junho de 2019 debruçou-se sobre uma situação de abuso sexual de uma jovem pelo seu tio-avô.

O arguido é familiar da menor, II, por afinidade, em virtude de ser casado com a irmã do avô materno da mesma⁸¹. Na sequência de um distúrbio alimentar manifestado pela ofendida, o arguido disponibilizou-se para a ir buscar à escola “comprometendo-se a supervisioná-la, certificando-se que se alimentava de forma adequada”⁸², até que os progenitores chegassem. “Atenta a relação de familiaridade e de confiança existente com o mesmo”⁸³, os pais de II aceitaram.

A partir desse momento o arguido iniciou uma campanha de perseguição da ofendida, na altura com 14 anos, fazendo-lhe exigências e propostas de cariz sexual, e exibindo o seu órgão sexual na presença da menor.

No entendimento do tribunal, que é também o nosso, foi a relação de proximidade e familiaridade existente entre o arguido e a família da vítima que lhe permitiram um aproveitamento das circunstâncias.

Em sede de recurso este veio alegar que a situação não podia ser integrada no art.172.º por não haver uma relação de coabitação.

No entanto, um acórdão do TRC de 21 de maio de 2014 sustenta que o que releva é a existência de uma “relação para educação ou assistência, ainda que de curta duração, baseada na proximidade e dependência do menor, face àquele a quem fica confiado, mesmo que temporariamente”⁸⁴.

⁸¹ Pt 2 da matéria de facto.

⁸² Pt 5 da matéria de facto.

⁸³ Pt 6 da matéria de facto.

⁸⁴ Pt 19 da fundamentação jurídica: enquadramento jurídico-penal do referido acórdão do TRC de 21 de maio de 2014.

No fundo, o que se evidencia é a relação de dependência que se estabelece entre o menor e o agente, e que vai ter como principais bases a confiança e a proximidade, sendo, por esta razão, exigível um comportamento mais conforme ao direito.

Face aos factos dados como provados, o TRE decidiu condenar o arguido pela prática de vários crimes de abuso sexual de menores dependentes. Esta decisão é de 2019, e como tal ainda não haviam sido feitas alterações ao art.172.º.

Contudo, tivesse este processo sido julgado hoje, a decisão seria a mesma, com a integração da conduta do arguido na al. a), do n.º 1, do art.172.º, uma vez que foi a confiança e a proximidade que tinha com a vítima, que lhe permitiram abusar sexualmente da mesma.

O acórdão do STJ de 04 de maio de 2017 qualificou os factos praticados pelo arguido no crime de abuso sexual de crianças do art.171.º até o menor fazer 14 anos. Posteriormente a essa data, os factos foram qualificados como abuso sexual de menores dependente, nos termos do art.172.º.

O menor BB em situação de acolhimento institucional, ficou à guarda do arguido e da sua esposa, desde os 7 anos, até por eles ser legalmente adotado⁸⁵. Quando tinha 14 anos foi decretada a sua confiança judicial ao casal, e posteriormente, em 2009 concluiu-se o processo de adoção.⁸⁶

Foi essa confiança do menor pelo tribunal, que permitiu que se criasse uma relação de proximidade e intimidade, semelhante à relação familiar. Mesmo que assim não fosse, o menor foi legalmente adotado pelo arguido e pela sua mulher pouco depois, pelo que a relação começou a ser de pai e filho, exercendo o arguido, responsabilidades parentais sobre o menor.

Durante todo o tempo em que duraram os abusos, estes foram escalando em intensidade e gravidade, em função da idade do menor. De facto, “o arguido manteve práticas sexuais com o ofendido, reiteradamente, ao longo dos anos, várias vezes por semana.”⁸⁷

Quando BB tinha 17 anos, deixou de estudar, e passou a trabalhar a tempo inteiro no estabelecimento comercial explorado pelo arguido, que era

⁸⁵ Pt 2 da matéria de facto.

⁸⁶ Pt 1 da matéria de facto.

⁸⁷ Pt 2 do sumário.

simultaneamente o local onde ocorriam os abusos⁸⁸. Dessa data até perfazer 18 anos, o arguido abusava do menor, tendo com ele “atos de sexo oral e de sexo anal, de modo ininterrupto e reiterado”⁸⁹.

Podemos afirmar que foi a existência de uma certa familiaridade, e a sua evolução para uma relação familiar, com exercício das responsabilidades parentais do arguido sobre o menor, que permitiu a existência destes abusos, bem como a sua duração. Assim, esta qualificação dos factos pelo STJ, integrando-os no art.172.º, parece-nos acertada. Até porque hoje, em virtude das alterações legislativas efetuadas a 18 de agosto de 2020, acreditamos que a decisão seria a mesma, e o arguido seria condenado pelo abuso sexual do menor em relação ao qual exercia responsabilidades parentais, nos termos do art.172.º, n.º 1, al. a).

⁸⁸ Pt 10 da matéria de facto.

⁸⁹ Pt 11 da matéria de facto.

b. Abusando de uma posição de manifesta confiança, de autoridade ou de influência sobre o menor

Esta alínea b) é um alargamento ao art.172.º, feito por força da alteração legislativa a que nos referimos anteriormente. No nosso entendimento, trata-se de uma inovação positiva, uma vez que, muitos dos casos aqui previstos e punidos, antes seriam enquadrados noutra tipo legal, que prevê molduras muito inferiores, o que poderia levar a um sentimento de injustiça por parte das vítimas e das suas famílias.

Na realidade, estes comportamentos seriam enquadrados no art.173.º, que prevê o crime de atos sexuais com adolescentes, assim, se o tribunal entendesse que se estava perante uma situação de abuso de vulnerabilidade, aplicaria esta norma. No entanto, aqui apenas se salvaguarda os menores até aos 16 anos, se na situação concreta estivéssemos perante um jovem de 16 ou 17 anos, então não haveria crime.

Vamos incluir neste âmbito aqueles agentes que, não tendo uma relação de tipo familiar com o menor, mantêm com o jovem um contacto estável e direto, exercendo sobre ele uma certa influência e autoridade.

Face à anterior redação do art.172.º, Paulo Pinto de Albuquerque entendia que deveriam ser integrados neste âmbito “professores, educadores, médicos, enfermeiros, sacerdotes, assistentes sociais e todas aquelas pessoas a quem o menor tenha sido entregue para educação ou assistência médica ou social”⁹⁰. Antes das alterações que temos vindo a estudar, e que clarificaram a interpretação deste art.172.º, eramos favoráveis a esta fação doutrinária, por entendermos que ia ao encontro de uma mais ampla salvaguarda do menor.

Em sentido oposto, Maria João Antunes, a par de Maria do Carmo Dias defendiam que os professores não poderiam ser integrados nesta redação, em virtude de não estarem encarregues “da educação dos menores em termos globais e de forma individualizada”⁹¹, tratando-se de uma confiança provisória que incumbe aos professores, no sentido de participarem de forma efetiva na educação do menor, prestando-lhes a assistência que se verificasse necessária.

⁹⁰ ALBUQUERQUE, 2010, 690.

⁹¹ ANTUNES, 2012, 849.

Para estas autoras, o que fundamentava a necessidade de punir era a relação existente entre a vítima e o agressor, defendendo que nestes casos essa “relação de “dependência pessoal””⁹² não se verificava, pelo que não se poderia punir os professores nos termos do art.172.º.

Este caso específico dos professores há muito que vinha sendo discutido na doutrina e na jurisprudência, sendo diversas as posições tomadas a este respeito.

Hoje, essas dúvidas não se colocam, visto que, a redação do art.172.º é mais clara e elucidativa. A alteração legislativa que estamos a estudar integrou os professores na al. b), do n.º 1, do art.172.º, pois embora estes não estejam globalmente encarregues da educação do menor, exercem sobre eles poder e autoridade, tendo na sua maioria a confiança dos jovens.

Falamos aqui de relações que, embora sejam de curta duração, implicam uma convivência, em regra, constante que poderá ser “suficiente para fundamentar a relação de submissão e obediência”⁹³ que se estabelece entre o agente e a vítima. Contudo, este facto não dispensa uma análise do caso concreto.

Senão vejamos.

O acórdão do TRC de 05 de junho de 2013 relata uma situação de abusos sexuais de um professor em relação a três alunas menores.

O arguido lecionava numa escola, sendo também responsável pela parte informática da mesma⁹⁴. Aproveitando-se desse facto, criou contas no *Messenger* para as jovens, por forma a contactá-las.⁹⁵

A partir deste momento começou a enviar mensagens chamando-as de “sexy, jeitosa, gata, lindinha e fofinha”⁹⁶, enviando-lhes com frequência vídeos, imagens e fotos de sexo explícito.⁹⁷ A menor E tinha 16 anos.⁹⁸

Para além do descrito, o arguido passou a aproveitar os momentos em que se encontrava sozinho com E para lhe tocar na parte interior das coxas ou nas nádegas. Comportamentos a que E sempre respondeu negativamente⁹⁹.

⁹² DIAS, 2011, 238.

⁹³ SOUSA, 2015, 24.

⁹⁴ Pt 2 da matéria de facto.

⁹⁵ Pt 5 da matéria de facto.

⁹⁶ Pt 27 da matéria de facto.

⁹⁷ Pt 28 da matéria de facto.

⁹⁸ Pt 4 da matéria de facto.

⁹⁹ Antes de enquadrarmos os comportamentos do agente na secção II, teríamos primeiramente de verificar se os podíamos inserir no art.163.º, n.º 1. Perante os factos que nos são expostos, não nos parece que a conduta do arguido, que embora seja grave, seja tão grave ao ponto de se enquadrar no crime de coação sexual.

No entendimento do tribunal, relativamente às menores B e C, que à data dos factos eram menores de 14 anos, o arguido foi punido pelo crime de abuso sexual de crianças. Quanto aos crimes praticados contra E, o arguido foi absolvido, uma vez que o tribunal não entendeu estar preenchido o tipo legal do art.172.º, n.º 1 [visto que E tinha já 16 anos não se podendo aplicar o art.171.º].

Para o coletivo, para que se aplicasse o art.172.º, “o agente teria que ter uma especial qualidade, não bastando que seja um mero educador do menor, ou pessoa que ajude na sua educação”.¹⁰⁰

Hoje, o tribunal poderia decidir de uma forma diferente, aplicando o art.172.º, n.º 1, al. b). Contudo, para tal era necessário provar que, neste caso em concreto, o professor tinha uma certa influência sobre a jovem, por lecionar mais de uma disciplina, por ser o seu diretor de turma ou pela ligação afetiva que se criou entre ambos, sendo que este [professor] se aproveitou dessa confiança e influência para abusar sexualmente da menor.

Caso o tribunal não conseguisse provar estes factos, então o comportamento do professor seria subsumível no art.173.º, e uma vez que este só prevê a tutela dos jovens até aos 16 anos, e os tribunais não podem abranger situações que não estejam previstas na lei¹⁰¹, o então arguido seria absolvido.

Antes da alteração legislativa ao art.172.º, Miguez Garcia e Castela Rio concordavam com a nossa posição relativamente aos professores, discordando, porém, que os “explicadores”¹⁰² devessem ser integrados nesta norma.

Atualmente não sobra margem para dúvidas, dado que o art.172.º para além de ter ficado mais amplo ficou também mais claro. É, assim, tangível que os “explicadores”, tal como os professores e outros, podem ser integrados nesta al. b).

No entanto, não deixa de ser necessária, para a sua aplicação, uma análise do caso concreto, tal como já referimos anteriormente. No fundo, temos que saber se houve o estabelecimento de um poder de direção sobre o jovem, ficando este sob a autoridade e a influência do “explicador”. Esta influência irá depender da intensidade da relação criada, e dos vínculos que se formem.

¹⁰⁰ Da medida da pena quanto à menor E.

¹⁰¹ Remetemos, neste ponto, para o princípio da tipicidade.

¹⁰² GARCIA e RIO, 2015,724.

Assim, podemos dizer que se criam relações diferentes, consoante a atividade prestada, ou seja, é distinto um explicador que se dirija a casa do menor para prestar a atividade, de um que o faça num ATL, se as explicações são individuais ou em grupo e consoante a quantidade de tempo despendido na atividade, p.e.1 hora semanal ou 1 hora diária.

O exemplo que a seguir referimos consta de um acórdão do TRP de 25 de setembro de 2019 e trata de um caso de abuso sexual de uma menor pelo seu “explicador”.

Os pais da menor inscreveram-na no centro de estudos do arguido, como forma de complementar os seus estudos depois das aulas¹⁰³.

No verão de 2017 o arguido começou a enviar mensagens impróprias à menor e, em setembro, quando se encontrava sozinho com ela, beijou-a na boca¹⁰⁴. A partir deste acontecimento, o arguido passou a apalpar e acariciar a menor com frequência¹⁰⁵.

Posteriormente levou-a para umas instalações das quais era proprietário e manteve com ela relações sexuais, facto que se repetiu variadas vezes até a mãe da menor descobrir e apresentar queixa¹⁰⁶.

Perante os factos provados em tribunal, o coletivo de juízes decidiu punir o arguido pelos crimes de abuso sexual de menores dependentes, nos termos do art.172.º.

Entendemos que se este caso fosse julgado na presente data, o “explicador”, seria condenado da mesma forma, com a integração das suas condutas na al. b). Isto porque, pelos factos que nos são descritos no acórdão, entre o arguido e a menor criou-se uma ligação afetiva de grande intensidade, tendo este a sua confiança, bem como a da família, e exercendo influência sobre ela.

Existem ainda outras situações que podem ser integradas nesta alínea. No entanto, por uma questão de celeridade vamos apenas abordar algumas delas a título de exemplo.

¹⁰³ Pt 3 da matéria de facto.

¹⁰⁴ Pt 9 da matéria de facto.

¹⁰⁵ Pt 12 da matéria de facto

¹⁰⁶ Pts 16,17,18, 33 e 34 da matéria de facto.

O acórdão do TRP de 07 de dezembro de 2018 relata um caso de abuso sexual de uma menor, por um amigo da família, que frequentava o estabelecimento que estes exploravam, bem como a sua casa.¹⁰⁷

Em virtude desta relação, os pais da ofendida, confiando no arguido, pediram-lhe que levasse a sua filha mais velha a uma festa. Este acedeu e a vítima acompanhou-o.

Chegados a casa, o arguido “tirou o cinto de segurança que [a menor] tinha colocado, puxou para cima a camisola que ela tinha vestida e começou de apalpar-lhe os seios, que beijou, chupando-lhe os dois mamilos. De seguida, colocou a sua mão por dentro das calças que a menor vestia e, por cima das cuecas, acariciou-lhe a zona púbica.”¹⁰⁸; estes comportamentos voltaram a repetir-se, prolongando-se durante mais de um ano.

O arguido foi condenado pelo crime de “atos sexuais com adolescentes”, previsto no art.173.º. Porém, entendemos que se estivesse já em vigor a nova redação do art.172.º, estes comportamentos seriam subsumíveis na al. b).

Senão, veja-se: o arguido tinha um envolvimento pessoal na dinâmica familiar, respondendo às necessidades desta família, sempre que solicitado. Assim, e tendo em conta o exposto anteriormente, entendemos que o arguido e a vítima mantinham uma convivência constante e estável, que permitiu estabelecer as bases para uma relação de confiança, que o agente aproveitou para satisfazer os seus instintos libidinosos.

No último caso apresentado neste âmbito vamos referir-nos a uma relação de abuso sexual ocorrida entre uma menor e o seu treinador, descrita no acórdão do STJ de 03 de novembro de 2016.

O arguido e a menor, residentes em território insular, deslocaram-se ao continente para prestar provas de atletismo. Nestas deslocações, o arguido, que era o único responsável pela logística, disse a CC que esta teria que partilhar um quarto consigo¹⁰⁹, ao que a menor acedeu. Durante a noite, o arguido “começou a apalpar-lhe os seios e a vagina e introduziu-lhe um dedo na vagina, friccionando-a. De seguida, o arguido pediu a CC que lhe tocasse/esfregasse o pénis,

¹⁰⁷ Pts 1 e 16 da matéria de facto.

¹⁰⁸ Pts 3 e 4 da matéria de facto.

¹⁰⁹ Pts 25, 26 e 27 da matéria de facto.

masturbando-o, o que ela fez”¹¹⁰; este comportamento repetiu-se todas as noites e enquanto durou a estadia de ambos em território continental.

De volta aos Açores, o arguido e a menor começaram a ter relações de cópula completa, tendo este estabelecido dias específicos para se encontrarem e instruído a menor para dizer aos pais que estaria nos treinos de atletismo.¹¹¹

Face aos factos provados, o tribunal condenou o arguido por crimes de abuso sexual de menores dependentes. Condenação essa que, mesmo hoje, nenhuma repreensão merece, uma vez que, entendemos que o comportamento do arguido seria subsumível nesta al. b), dado que, foi o facto de ser treinador da menor e de exercer sobre ela uma relação de confiança e influência, que facilitou a prática dos crimes.

Na nossa perspetiva, todas as situações elencadas, e outras similares, devem ser integradas nesta nova al. b), uma vez que denotam a inexistência de coabitação ou de relação familiar direta ou afetiva.

A título de exemplo entendemos que podem ser incluídos nesta alínea, para além dos professores, “explicadores” e treinadores; médicos, dentistas, enfermeiros, fisioterapeutas, assistentes sociais, sacerdotes, entre outros. Sempre que, entre o autor e a vítima exista um elo de ligação direto, constante e estável, tendo este a confiança da vítima (e da sua família), ou exercendo sobre ela influência ou autoridade, suscetíveis de tornarem a menor dependente.

Como já referimos, é de extrema relevância a análise do caso concreto. Isto porque, é importante que se cumpram certos requisitos, sendo eles: o facto de estarmos perante uma das figuras mencionadas, e que essa entidade tenha características que lhe permitam abusar de uma posição de confiança, autoridade ou influência sobre o jovem, que ao ser abusado verá posto em causa o “livre desenvolvimento da sua personalidade, na esfera sexual”¹¹².

¹¹⁰ Pts 30 e 31 da matéria de facto.

¹¹¹ Pts 42 e 43 da matéria de facto.

¹¹² DIAS, 2012,711.

c. Abusando de outra situação de particular vulnerabilidade do menor, nomeadamente por razões de saúde ou deficiência

Da nova redação do art.172.º, n.º 1, é a al. c) que causa mais dúvidas, pois enquanto as alíneas a) e b) são de fácil definição relativamente aos casos que nelas se podem enquadrar, esta levanta muitas questões.

Contudo, não podemos dizer que esta alínea veio de alguma forma prejudicar as inovações que se fizeram, uma vez que, embora haja dúvidas em relação aos casos a que se vai aplicar, esta não deixa de ser mais uma linha na defesa e proteção dos menores.

A primeira questão que se coloca é relativa à expressão “nomeadamente por razões de saúde ou deficiência”.

O termo “nomeadamente”, por definição significa que nos estamos a referir a certas circunstâncias a título exemplificativo, mas que não nos devemos bastar com elas. Assim, entendemos que se devem juntar às razões de saúde e deficiência, razões económicas e sociais.

Enquanto as primeiras são mais fáceis de detetar, por em regra serem “visíveis a olho nu”, as segundas são cada vez mais frequentes.

Geralmente, os jovens provenientes de meios carenciados são mais vulneráveis e suscetíveis de serem vítimas destes crimes, por apresentarem graves carências afetivas das quais os abusadores se aproveitam. Estes jovens muitas vezes não conseguem resistir pois veem os agressores como os “únicos” que lhes dão o carinho e a atenção de que necessitam, e negar a prática de atos sexuais de cópula, coito oral ou coito anal, seria, por sua vez, colocarem um ponto final nesses afetos.

Compete-nos ainda dizer que falamos aqui de situações que não chegam ao ponto de serem tão graves como os casos de abuso sexual de pessoa internada, previsto e punido pelo art.166.º do CP, e de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, previsto pelo art.165.º.¹¹³

¹¹³ Para aprofundar estes temas dos abusos sexuais de pessoas internadas e de pessoas incapazes de resistir, consultar os comentários: “Anotações ao artigo 165.º” e “Anotações ao artigo 166.º” de Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, T.I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

A segunda questão que se levanta é relativa à expressão “abusando de outra situação de particular vulnerabilidade do menor”, isto porque o abuso de vulnerabilidade vem sendo punido pelo art.173.º do CP.

Na realidade, a interpretação do termo “inexperiência” não é unânime, nem na doutrina, nem na jurisprudência, sendo que há uma divisão em duas fações completamente opostas.

Autores com Maria do Carmo Dias, Mouraz Lopes e Paulo Pinto de Albuquerque vêm identificando a inexperiência com “o conhecimento prático das atividades sexuais.”¹¹⁴

Para estes autores o abuso de inexperiência consistirá num aproveitamento do desconhecimento prático que os jovens tenham da vida sexual, o que vai facilitar a interferência do agente no processo decisivo.¹¹⁵

Paulo Pinto de Albuquerque vai mais longe, defendendo que na sociedade de informação em que vivemos hoje “só muito excecionalmente, em meios muito fechados, se pode configurar esta inexperiência do adolescente.”¹¹⁶

Estes autores afastam o conceito de inexperiência e por sua vez a aplicação do art.173.º quando a vítima “já tenha tido experiências sexuais”¹¹⁷. Parece-nos aqui que voltamos a entrar no carácter moral do direito, algo que vem sendo, e deve ser afastado, com as sucessivas alterações legislativas.

É também importante referir que a prática de atos sexuais entre adolescentes não é punida por lei, porque se entende, em virtude da idade, que ambos estão em posição de paridade, não havendo abuso ou exploração de nenhuma das partes. O mesmo não se aplicará quando tenhamos, p.e., uma jovem de 14 anos e um homem de 50, aliás “quanto maior for a diferença de idades entre os parceiros sexuais, devido às assimetrias e ao desequilíbrio de poder existentes, maiores são os riscos de manipulação do consentimento do menor.”¹¹⁸

Neste contexto, o acórdão do TRC de 21 de maio de 2014 vem questionar a decisão do TPI de afastar a aplicação do art.173.º, pelo facto de a ofendida ter tido, em momento anterior aos factos, relações sexuais, com um jovem da sua idade.

¹¹⁴ LOPES, 2008, 202.

¹¹⁵ DIAS, 2011, 242-243.

¹¹⁶ ALBUQUERQUE, 2010, 693.

¹¹⁷ ALBUQUERQUE, 2010, 693.

¹¹⁸ PACHECO, 2012, 39.

Questionando ainda se este acontecimento a transforma “sem mais e necessariamente, numa menor “experiente” para lhe ser negada a proteção da citada norma quando é abusada, mais tarde, por alguém como o arguido, homem de 51 anos de idade e pai de família?!”¹¹⁹

No entendimento deste tribunal, “a “experiência sexual” tem que abarcar uma série de conhecimentos, teóricos e práticos, que permitam à vítima, p.e., identificar/diagnosticar um processo de sedução em curso para o poder deter ou resistir e, dessa forma, impedir o resultado último que com ele o agente visa”¹²⁰. Assim, o TPI deveria ter analisado os pormenores do caso concreto, bem como a experiência e maturidade da menor, antes de absolver o arguido, com base numa fundamentação pobre e desenquadrada com o que deve ser a defesa e proteção dos jovens.

Convém, por fim, referir que este tipo de interpretação doutrinal e jurisprudencial é muitas vezes responsável pela falta de apresentação de queixas, uma vez que as vítimas temem ser ridicularizadas e culpadas pelos comportamentos dos seus agressores. Entendendo, desta forma, que “não valerá a pena” passar pelo doloroso e estigmatizante desenvolver de um processo judicial para, na maioria das ocorrências, verem os seus agressores escapar impunes.

Tudo isto leva à culpabilização e por consequência à dupla vitimização de alguém que, à partida, já é extremamente frágil, débil e vulnerável.

Uma outra vertente doutrinal, apoiada por Conceição Cunha, Ana Rita Alfaiate e Beatriz Pacheco, defende que a inexperiência a que se reporta o art.173.º não é, nem pode ser, sinónimo de inexistência de contactos sexuais preexistentes.

Num sentido oposto, estas autoras entendem que a inexperiência de que temos vindo a falar deve ser identificada com a fragilidade, a vulnerabilidade e a incapacidade de reação da vítima, face a uma agressão.¹²¹

Também Maria João Antunes e Figueiredo Dias vieram defender a irrelevância da pureza sexual da vítima, entendendo que deve haver uma aplicação do art.173.º mesmo que a vítima tenha tido experiências sexuais anteriores.

¹¹⁹ Pt 14 do recurso do MP.

¹²⁰ Pt 15 do recurso do MP.

¹²¹ Relativamente a este ponto, ver Beatriz Pacheco, “A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes”, que nos dá uma ideia muito clara do que deve ou não ser interpretado como inexperiência.

Defendendo, ainda, que a inexperiência está ligada à sedução e à capacidade da vítima, em virtude dos conhecimentos que possua, de lhe resistir, não fazendo sentido a exigência da virgindade da mesma.

A própria jurisprudência tem defendido, cada vez mais, este entendimento. Para os tribunais portugueses, o conceito de abuso de inexperiência passa pelo aproveitamento, por parte de um adulto, “de uma maior vulnerabilidade da autonomia do menor ou do adolescente para com ele se relacionar sexualmente”¹²², não havendo circunstâncias suscetíveis de diminuir a culpa do arguido.

Tem-se apreendido essa vulnerabilidade como a maior ou menor maturação do jovem, tanto como pessoa, como no relacionamento com os outros, bem como das suas capacidades intelectuais e emocionais para compreender o alcance e as consequências de um relacionamento desta dimensão.

Pretende-se, assim, proteger o desenvolvimento sexual dos jovens nestas idades, uma vez que, mesmo consentindo na prática dos atos, esse consentimento nunca será válido por estar viciado pelo abuso de vulnerabilidade. Muitas vezes, os jovens são de tal forma manipulados e estão tão vulneráveis que sentem que a única forma de corresponder ao “carinho, afeto e atenção” que lhes é dado pela “única pessoa que parece interessar-se e importar-se com eles”, é através da gratificação sexual. A atuação do adulto implicará neste caso uma conduta abusiva.

No fundo, é este trabalho de reconhecimento que vem sendo desenvolvido pelos tribunais, que, atendendo aos sentimentos das vítimas, lhes retira as responsabilidades pelos acontecimentos e as coloca sobre os agressores.

A este respeito compete-nos agora analisar alguma jurisprudência.

No acórdão do TRP de 19 de junho de 2013, o tribunal entendeu que os atos praticados pelo arguido constituíam o crime de abuso sexual de adolescentes.

À data dos factos, a menor C tinha 14 anos¹²³. O arguido foi contratado pelo seu pai para construir um barracão, começando por esse motivo a frequentar a

¹²² Pt 4 do Sumário do ac. n.º 1004/07.8TALMG.P1

¹²³ Pt 1 da matéria de facto.

casa de morada da família com frequência¹²⁴, criando uma conexão com a família e com a jovem, de quem logrou obter o número de telemóvel.

Em data posterior, o arguido passou a enviar mensagens a C e combinou encontrar-se com ela no barracão que estava a construir. No local mantiveram relações sexuais de cópula completa, sem utilização de qualquer método contraceutivo.¹²⁵

A partir desse momento, o arguido iniciou uma campanha de perseguição da menor. Mandando-lhe, frequentemente, mensagens a combinar encontros, em relação aos quais esta se mostrava reticente, nunca tendo uma vontade real de comparecer¹²⁶. No fundo, era o medo que lhe era incutido pelo arguido, agravado pelas fragilidades e dúvidas próprias da idade que impediam a jovem de recusar os encontros.

Nesses encontros, mantinham relações sexuais de cópula completa, coito oral e coito anal, sem nunca utilizarem para o efeito qualquer método contraceutivo¹²⁷, vindo assim a menor a engravidar e posteriormente a sofrer um aborto¹²⁸.

Como referimos, o TRP enquadrou esta conduta nos atos sexuais com adolescentes. No entanto, na nossa perspetiva, e tendo em conta a atual redação do art.172.º, n.º 1, este comportamento poderia também ser punido no âmbito desta al. c) que aqui exploramos.

Assim, entendemos que, se considerarmos que o medo incutido na jovem, aliado às já referidas fragilidades típicas da idade, é suscetível de tornar a menor particularmente vulnerável, e que o arguido se aproveitou dessa clara e patente vulnerabilidade para abusar sexualmente da vítima, então devemos defender a aplicação, neste caso concreto, da al. c).

Se pelo contrário, entendermos que os factos acima referidos são um comportamento típico de imaturidade, e que foi dessa imaturidade que o arguido se aproveitou, então provemos a mesma decisão que o TRP.

Com a análise deste acórdão demos já os primeiros passos para distinguir esta al. c) face ao art.173.º. No entanto, temos que ser mais claros e meticolosos.

¹²⁴Pts 2 e 3 da matéria de facto.

¹²⁵Pts 5 a 10 da matéria de facto.

¹²⁶Pt 25 da matéria de facto.

¹²⁷Pt 25 da matéria de facto.

¹²⁸ Pts 28e 29 da matéria de facto.

Importa em desde já afirmar que a interpretação que a doutrina e os tribunais vêm fazendo, abarcando no art.173.º situações de vulnerabilidade ou exploração de fragilidade, está correta. E não nos parece que a intenção do legislador seja restringir a aplicação deste tipo legal de crime aos casos em que há um “desconhecimento teórico sobre a sexualidade”¹²⁹ ou “ausência de contactos físicos anteriores”¹³⁰.

Porém, com esta nova previsão do art.172.º, criminalizando situações onde haja um abuso da particular vulnerabilidade do menor, torna-se mais complicado compreender que casos se vão enquadrar em cada um dos artigos.

Por diversas razões poderíamos afirmar que o art.172.º apresenta um número de vantagens muito superior ao art.173.º, e que por essa razão deveria prevalecer sobre ele. Seja porque confere uma proteção mais alargada, tutelando jovens dos 14 aos 18 anos, contrariamente ao art.173.º, que apenas tutela os adolescentes até aos 16 anos, ou por prever limites legais de punibilidade superiores.

Podíamos ainda afirmar a pena prevista para o art.173.º como exageradamente baixa, alegando uma certa tolerância para estes comportamentos, não correspondendo esta [pena] às necessidades de defesa que os adolescentes apresentam.¹³¹

No entanto, o art.173.º também tem as suas vantagens sobre o art.172.º. Por essa razão, mesmo que teoricamente o art.172.º nos pareça mais completo e estejamos inclinados a aceitá-lo, a abolição do art.173.º não se configura como a melhor decisão. Entendemos que é importante mantê-lo porque haverá sempre situações a que será aplicável e que na sua ausência ficarão por punir.

Assim, urge a criação de um critério distintivo, que permita a interpretação dos casos concretos, por forma a integra-los, num ou noutro artigo. Contudo impende, desde já, dizer que este critério nunca poderá criar listas taxativas de situações que devem ser integradas em ambos os artigos.

De facto, todas as situações devem ser analisadas individualmente, tendo em conta fatores-padrão como: “o tipo de relação existente entre o agente e a vítima, a diferença de idades, de força física e psíquica, a inserção ou a falta de

¹²⁹ PACHECO, 2016, 176.

¹³⁰ PACHECO, 2016, 176.

¹³¹ Neste ponto consultar a obra de 2016 de Beatriz Pacheco, na p.180.

inserção do agressor no agregado familiar ou nas relações sociais da vítima e o local da prática do facto”¹³².

Desta forma, após um estudo aprofundado de ambos os artigos e das alterações que se deram, defendemos que podemos traçar a fronteira distintiva no grau de vulnerabilidade da vítima.

Tendo em conta que o art.172.º se refere expressamente à particular vulnerabilidade da vítima, dando como exemplos situações de doença ou de deficiência. Entendemos que integrarão este artigo os casos mais graves, o que está de acordo com o que referimos em cima, da moldura penal mais grave e da proteção até aos 18 anos.

A título de exemplo, podemos dizer que caberiam aqui: doenças graves, carências afetivas severas, situações de abandono, abusos sexuais anteriores, entre outras.

No art.173.º serão enquadrados todos os outros casos que não coubessem neste, desde que a vítima tivesse uma idade compreendida entre os 14 e os 16 anos.

Analise agora alguns exemplos, de maneira a facilitar a compreensão:

A é uma jovem de 14 anos institucionalizada, razão pela qual sente que não tem ninguém no mundo que a ame ou que cuide dela. Por vezes, na instituição onde reside desde os 6 anos é vítima de violência física e verbal por parte dos residentes mais velhos e dos funcionários.

Certo dia conheceu B um homem de 48 anos, casado e pai de dois filhos. Este pediu-lhe o número de telemóvel e começou a trocar mensagens com A frequente e incessantemente.

B conhecia a situação em que A se encontrava, dizia entender o seu sofrimento, fazia-a sentir-se aceite, e prometia-lhe que cuidaria de si. Como forma de retribuição de todo o “amor” que B lhe dava, A teria apenas que concordar em encontrar-se com ele e manter com B relações sexuais, sempre que este o solicitasse.

¹³² A este respeito, Beatriz Pacheco dá-nos uma lista exemplificativa de situações que devem ser tidas em conta para determinar as assimetrias de poder entre o agente e a vítima. No nosso entendimento, podemos também utilizar esta lista para criar critérios de determinação da aplicação do art.172.º ou do art.173.º.

A aceitou e passou a manter relações sexuais de cópula completa, coito oral e coito anal com B.

Neste caso, estamos perante uma situação clara de abuso das particulares vulnerabilidades de A, que estando institucionalizada sofria carências afetivas severas, das quais B se aproveitou para a abusar sexualmente. É compreensível a atitude de A, o medo e o receio que sentiu de não poder recusar o pedido de B, sob pena de perder a única pessoa que a “amava” e a “protegia”.

Por estes motivos, entendemos que este caso seria enquadrado na al. c), do n.º 1 do art.172.º.

Já a seguinte situação implicaria uma decisão completamente diferente.

H adolescente com 15 anos, conheceu Z (52 anos) num site da internet, sendo que desde o início que ambos foram claros e verdadeiros relativamente à idade que afirmavam ter.

Durante vários meses mantiveram conversas on-line, tendo Z enviado fotos e vídeos dos seus órgãos genitais e pedido o mesmo a H, que sempre acedeu. Da mesma forma, Z insistiu, por diversas vezes, que levassem a sua relação para o próximo nível.

Por proposta deste último combinaram encontrar-se num café, onde se conheceram pessoalmente e mantiveram os primeiros contactos. Posteriormente Z convenceu a menor a acompanhá-lo a um hotel onde mantiveram relações sexuais.

H deixou-se seduzir pela diferença de idades, de experiências e de conhecimentos que Z sempre afirmou ter.

Perante estes factos o tribunal seria levado a aplicar o art.173.º, uma vez que estamos perante um caso em que a vulnerabilidade da jovem se traduz em imaturidade. Não havendo (ou pelo menos não sendo claro) um domínio do agente sobre a vítima, ou um abuso de uma vulnerabilidade particularmente mais grave.

É ainda de distinguir a situação de C, jovem com 17 anos que ao ser deixada pelo namorado ficou numa situação de depressão profunda. C e D tinham uma relação desde o início da adolescência, e por isso o término da mesma deixou a jovem num estado de tristeza do qual esta não sair.

Certo dia, movida pelos pais, C decidiu acompanhar as amigas a uma explanada, onde conheceu M, um homem de 46 anos de idade que se apresentou ao grupo com o intuito de conhecer as jovens.

M ao ver que C era a mais vulnerável entre as amigas, dedicou-lhe toda a sua atenção, logrando obter o seu número de telemóvel, bem como outros dados pessoais.

Desde esse dia C e M começaram a trocar mensagens, tendo este último insistido diversas vezes para que se encontrassem presencialmente. C aceitou e chegada ao ponto de encontro M começou a exaltar as suas qualidades e atributos.

Em virtude da fragilidade emocional em que se encontrava C deixou-se convencer por M e teve com relações sexuais de cópula completa.

Neste caso, entendemos que M se aproveitou do estado de vulnerabilidade em que C se encontrava, pois foram as circunstâncias de esta não estar na posse plena das suas capacidades, em virtude do estado de tristeza profunda em que se encontrava, que lhe permitiram abusar sexualmente da menor.

Aplicaríamos, assim, ao art.172.º, n.º 1, al. c).

Por fim, compete-nos analisar uma situação similar, mas que pelas diferenças que apresenta, nos prova a importância da análise do caso concreto.

P uma jovem de 15 anos terminou a sua relação com o seu namorado J, sendo que decidiram ficar amigos e cada um seguiu a sua vida.

Frente a estes acontecimentos, P começou a vestir-se de forma mais adulta e a frequentar sítios onde normalmente só iria com os seus pais. Aí conheceu F um homem de 45 anos, divorciado, com quem começou a falar e a encontrar-se com frequência.

F esteve sempre consciente relativamente à idade de P, e com a intenção de com ela manter relações sexuais, seduziu-a.

Perante a experiência de F, P revelou-se incapaz de resistir à sedução, acabando por concordar em manter relações sexuais com F; situação que se prolongou até os pais desta última descobrirem.

Perante os factos que nos são apresentando depreendemos que não houve abuso de uma particular vulnerabilidade, mas da imaturidade (e carência, pelo fim da relação com o namorado) da jovem em relação à experiência de vida e capacidade sedutora do adulto.

Assim, tendo em conta a situação descrita e os factos apresentados, podemos apenas determinar que foi a experiência do adulto e a imaturidade da jovem que permitiram ao primeiro abusar sexualmente desta, pelo que iríamos proferir a aplicação do art.173.º.

Conclusão

Cumpre-nos agora concluir. Em relação a este tema, podemos dizer que, embora já tenham sido dados muitos e importantes passos para uma maior e mais efetiva salvaguarda dos menores, é de denotar que ainda falta trilhar muito caminho, e que podemos fazer sempre mais e melhor, porque a proteção dos menores assim o exige.

Como sabemos, os abusos sexuais de crianças e jovens são uma realidade cada vez mais presente, frequente e trágica. Há assim a necessidade de uma lei inclusiva, capaz de abarcar o maior número de casos possível, para que nenhuma situação fique por tutelar.

É também essencial que haja uma mudança de mentalidade, não só da mentalidade social, mas também da mentalidade judicial. Ainda nos deparamos com decisões que, ao invés de punirem os agressores, culpabilizam as vítimas pelo sucedido, o que vai aumentar não só a culpa e a vitimização do jovem, como a sensação de injustiça e impunidade que estes sentem. Já para não dizer que fazemos passar jovens adolescentes entre os 14 e os 18 anos pelo estigma e pelas pressões de um processo judicial, para, no final do mesmo, ainda os culpamos pelo sucedido.

Das alterações introduzidas no art.172.º, n.º 1, aquela que nos levanta mais questões é a da al. c), pois embora tenha sido criada com a intenção de alargar a salvaguarda dos menores, neste momento a sua aplicação é algo incerta pelas fronteiras ténues que existem entre ela e o art.173.º. Por se tratar de casos que exigem uma especial sensibilidade e de crimes cujos factos podem ser tão variados como o número de pessoas que os pratiquem, é impossível a criação de listas taxativas para cada um deles, que permitam a inclusão num ou noutro artigo.

Como vimos, a doutrina e a jurisprudência não têm uma ideia uniformizada quanto ao conceito de inexperiência, urge desde já compreender que inexperiência não se pode identificar com desconhecimento teórico ou prático sobre a vida sexual.

Na senda de Beatriz Pacheco, defendemos que, se o legislador pretendesse que a virgindade continuasse a fazer parte dos requisitos legais do crime, não a teria removido em 1982, no mesmo sentido, se a sua intenção fosse referir-se à inexperiência apenas como inexperiência sexual, tal estaria presente no tipo legal.

Devemos, desta forma, procurar afastar-nos de moralismos, que muitas vezes circundam estas questões. Não tem qualquer nexo deixar desprotegidos jovens, por terem

tido contactos sexuais, quando estes se apresentem frágeis, vulneráveis e voláteis. Na adolescência e nas idades que a precedem, os jovens são facilmente influenciáveis, especialmente aqueles que apresentem carências, tenham ou não conhecimentos relacionados com o sexo. É urgente a sua tutela, para a salvaguarda do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexuais.

Por esta razão, parece-nos que a determinação da fronteira entre o art.172.º, n.º 1, al. c) e o art.173.º com base no grau de vulnerabilidade da vítima é a solução que se afigura mais correta e segura.

Quanto às outras alterações legislativas ao art.172.º, n.º 1, entenda-se a inclusão das als. a) e b), entendemos que nada lhes pode ser apontado. É certo que era premente uma alteração legislativa, suscetível de abarcar casos que outrora ficaram impunes, tal como vimos no acórdão do TRC de 05 de junho de 2013, ou cujas penas seriam extremamente leves.

Bibliografia

- ✓ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010) - “Anotação ao art. 163.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ✓ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010) - “Anotação ao art.172.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ✓ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010) - “Anotação ao art.173.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ✓ ALFAIATE, Ana Rita (2009) – “A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores”, Coimbra: Coimbra Editora.
- ✓ ANTUNES, Maria João (2010) – “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores”, in *Julgar*, n.º 12.
- ✓ ANTUNES, Maria João (2012) – “Anotação ao art.172.º”, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, T.I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- ✓ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2016) – “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à Violência de Género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenado por Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto: Universidade Católica Editora.
- ✓ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2017) – “Os Crimes Contrás As Pessoas: Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina”, Porto: Universidade Católica Editora.

- ✓ DIAS, Jorge de Figueiredo (2012) – “Anotações ao art.173.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, T.I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- ✓ DIAS, Jorge de Figueiredo (2012) – “Nótula antes do art.163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, T.I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- ✓ DIAS, Jorge de Figueiredo e Maria João ANTUNES (2012), “Anotação ao artigo 173.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, T.I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- ✓ DIAS, Maria do Carmo (2011) – “*Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*”, in Revista do CEJ, n.º 15, jan.- jun.2011.

- ✓ GARCIA, M. Miguez e J.M. Castela RIO (2015) – “*Código Penal – Parte Geral e Especial (com notas e comentários)*”, 2.ª ed., Coimbra, Almedina.

- ✓ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO (2008) – “*Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual*”, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

- ✓ LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO (2019) – “*Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual*”, Ed. Reimpressão 2020, S.L.: Editora Almedina.

- ✓ PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro (2012) – “*O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes: Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima*”, Tese de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

- ✓ PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro (2016) – “A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes” in *Combate à Violência de Género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenado por Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto: Universidade Católica Editora.

✓ PARECER DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA (2020) – “*Posição da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima sobre o Projeto de Lei n.º 187/XVI/1.ª*”, de 24 de março de 2020, disponível em www.app.parlamento.pt.

✓ PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS (2020) – “*Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 187/XVI/1.ª*”, de 27 de fevereiro de 2020, disponível em www.app.parlamento.pt.

✓ PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA (2020) – “*Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 187/XVI/1.ª (PS), NU: 650855*”, de 12 de fevereiro de 2020, disponível em www.app.parlamento.pt.

✓ PARECER DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2020) – “*Parecer do Conselho Superior do Ministério Público sobre o Projeto de Lei n.º 187/XVI*”, de 30 de julho de 2020, disponível em www.app.parlamento.pt.

✓ PIRES, Tânia (2020) – “Crime de Violação e Coação Sexual: enquadramento jurídico, aspetos práticos e gestão processual” in *Crimes de coação sexual e violação: enquadramento jurídico, aspetos práticos e gestão processual*, Trabalhos do 2.º ciclo do 33.º Curso de Formação do Ministério Público, orientado pelo Coordenador do Departamento da FORMAÇÃO Edgar Taborda Lopes.

✓ SOUSA, Ana Paula da Costa Martins (2015) – “*O Crime de Abuso Sexual de Menores Dependentes: uma análise crítica*”, Tese de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

Jurisprudência

- ✓ Acórdão do STJ, de 13 de novembro de 2002, AASTJ III, in *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, 2012, Tomo I, p. 849.
- ✓ Acórdão TRC, de 05 de junho de 2013, proc. n.º 204/108TASEI.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do TRP, de 19 de junho de 2013, proc. n.º 1004/07.8TALMG.P1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do TRC de 21 de maio de 2014, proc. n.º 1707/10.0T3AVR.C1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do TRE de 21 de outubro de 2014, proc. n.º 14/09.5GBRMZ.E1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do TRG de 05 do maio de 2016, proc. n.º 55/13.8TAMDR.G1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do STJ de 03 de novembro de 2016, proc. n.º 353/15.6PAVPV.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do TRP, de 07 de dezembro de 2018, proc. n.º 437/17.6JPRT.P1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do STJ, de 19 de abril de 2017, proc. n.º 1336/13.6JAPRT.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do STJ de 04 de maio de 2017, proc. n.º 110/14.7JASTB.E1.S1, disponível em www.dgsi.pt.
- ✓ Acórdão do STJ, de 08 de junho de 2017, proc. n.º 12/14.7JAPTM.E2.S1, disponível em www.dgsi.pt.

✓ Acórdão do TRE, de 18 de junho de 2019, proc. n.º 57/13.4GACTXE1, disponível em www.dgsi.pt.

✓ Acórdão TRP, de 25 de setembro de 2019, proc. n.º 245/18.7JAPRT.P1, disponível em www.dgsi.pt.

✓ Acórdão do STJ, de 27 de novembro de 2019, proc. n.º 784/18.0JAPRT.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

✓ Acórdão do STJ, de 27 de novembro de 2019, proc. n.º 1257/18.6SFLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.