

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa
Mestrado Forense



A Pedofilia no Ordenamento Jurídico-Penal

Reflexão crítica sobre o crime de Abuso Sexual de Crianças e
Consequência(s) Jurídica(s)

Dissertação de Mestrado orientada pelo Senhor Professor Doutor
Germano Marques da Silva

Inês Margarida Bago de Uva de Almeida Lopes
Outubro de 2017

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, pela inspiração, pela disponibilidade e por transformar o Direito Penal em algo apaixonante,

À Nádía e à Maria, pela amizade incondicional,

Ao António, pelo amor,

Ao Bruno, pelo suporte,

E por último, à minha mãe, Margarida, pela incondicionalidade, pelo apoio, pela segurança, pela força e essencialmente pelo modelo de ser humano que é.

“Culto da liberdade e imaginação, precisam-se, para que o Direito Penal seja cada vez mais instrumento eficaz ao serviço da paz social, da segurança e da liberdade, para que o Direito Penal realize o fim que é a essência do Direito, para que a lei não se corrompa e se transforme em puro instrumento de repressão.”

Germano Marques da Silva

Direito Penal Português, Parte Geral, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança, p. 298

INDÍCE

	Introdução	5
1.	Enquadramento histórico-legal da pedofilia	7
1.1.	A evolução do conceito de criança	7
1.2.	Evolução jurídico-penal dos crimes sexuais	8
1.2.1.	Do crime de abuso sexual de crianças	9
1.2.2.	Direito Internacional e Direito Europeu	10
1.3.	Direito (Penal) e Sociedade	11
1.4.	Apontamento	12
2.	Conceito de Pedofilia	13
3.	Conceito de abuso sexual crianças e reflexo legal	16
3.1.	Crime de abuso sexual de crianças – 171º do Código Penal	17
3.2.	Consequência Jurídica do Crime	20
3.3.	Medida de Segurança	22
3.3.1.	Internamento de Inimputáveis	23
3.4.	Pós Consequência Jurídica	25
3.4.1.	Registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor	26
4.	Alternativas ao panorama actual	29
4.1.	Execução da Pena de Prisão	29
4.1.1.	Plano Individual de Readaptação Social	30
4.2.	Apresentação de alternativas	31
4.2.1.	Castração Química	31
4.2.2.	Programa de Intervenção a Agressores Sexuais de Crianças.	32
4.2.3.	Plano de reinserção social	34
4.2.4.	Alteração à lei	35
4.3.	Prevenção	36
5.	Considerações finais	38
	Bibliografia	42

Introdução

Este estudo, inserido na temática do Direito Penal, procura compreender o fenómeno da Pedofilia, com a finalidade de encontrar panoramas alternativos, tendo, para tal, analisado o crime do artigo 171º do Código Penal e a Consequência Jurídica correspondente.

A contribuição deste trabalho assenta na compreensão do fenómeno da pedofilia e na possível atenuação/mitigação do mesmo. Assim, começando pela contextualização histórico-legal do tema, e analisando a resposta jurídico-penal, procurou-se encontrar outras formas de abordar a criminalidade no seio da liberdade sexual e da autodeterminação sexual de menores.

Deste modo, foi observado que o ordenamento jurídico-penal tem respostas para combater e punir os “crimes de pedofilia”, podendo, no entanto, existir outras vias que satisfaçam de igual modo (ou melhor) a mesma finalidade.

Esta análise serviu para questionar o (actualmente) instituído e para sugerir formas alternativas (multidisciplinares) de tratar o problema.

Por fim, o trabalho está organizado em cinco Capítulos, o primeiro corresponde ao enquadramento histórico-legal do tema, o segundo trata do conceito de pedofilia, o terceiro contém a análise à resposta jurídico-penal no ordenamento português, o quarto discorre das possíveis alternativas e por fim no quinto são tecidas as considerações finais.

1. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO-LEGAL DA PEDOFILIA

Particularmente quanto ao objecto do nosso estudo, torna-se relevante fazer um levantamento histórico-legal no que concerne à evolução da criminalidade sexual, da evolução do papel da criança/jovem na sociedade e a correlação entre estes domínios associada à relação entre o Direito e a Sociedade. O enquadramento histórico-legal é essencial para a percepção do caminho percorrido até à actualidade, “(...) *sendo o direito penal um dos barómetros por excelência do modo de relacionamento entre o poder político e as pessoas e os grupos sociais a eles sujeitos, bem como o melhor indicador dos valores dominantes de cada época, a história da evolução do direito penal é essencial para a caracterização política e social da respectiva época histórica.*”¹

1.1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE CRIANÇA

A conjuntura legal quanto ao abuso sexual de crianças, como fenómeno, evoluiu significativamente, acompanhando a evolução do conceito de criança ao longo dos tempos.

Na época medieval, não existia distinção entre criança e adulto, pelo que as crianças participavam na vida social em moldes idênticos aos adultos. Nestes tempos, as crianças eram consideradas adultos em “miniatura” e, por isso, desde cedo que começavam a trabalhar.

É a partir do século XV que a criança começa a ser mais protegida pela família, devido à escolaridade se ter tornado num passo relevante para a vida adulta em determinados grupos sociais da época. Com esta atenção centrada no papel da escolaridade da criança, emergiu paralelamente uma ideia de protecção da criança, do meio dos adultos, do contacto com a vida mundana, para que a preparação para a vida adulta não fosse “corrompida” antes do necessário.

No entanto, até ao século XVII, não existiam inibições de cariz sexual perante crianças. Os adultos praticavam actos sexuais perante e com crianças sem qualquer preocupação de que essas situações pudessem interferir com o seu desenvolvimento.

¹ TAIPA DE CARVALHO, Américo – Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime. pág. 16

Aliás, sendo as crianças protótipos de adultos, todas as condutas contribuiriam para a sua devida socialização.

Contudo, é neste mesmo século XVII que surge o conceito de inocência infantil. A perspectiva e/ou compreensão de que os comportamentos sexuais não faziam parte do percurso de crescimento da criança influenciou significativamente por um lado a construção do conceito de criança/desenvolvimento e por outro conduziu por certo à mudança de práticas sociais em que as crianças participavam até então.

Deste modo, o século XVIII e o início do século XIX foram caracterizados pela aversão por exemplo ao acto de incesto, ainda que o abuso sexual não fosse tomado como um fenómeno. A Sociedade não aceitava o acto de incesto, a par do Direito que criminalizava a conduta. Porém, os casos em contencioso eram raros, havendo nesta altura uma condenação social da própria vítima.

A evolução dos conceitos de criança e de desenvolvimento, como também tudo o que está relacionado com a escolaridade, fruto dos ideais da Revolução Francesa, foram-se cristalizando. No entanto, é apenas na última metade do século XX que o abuso sexual de crianças passou a ser socialmente ponderado, constituindo-se como uma matéria de relevo social.

1.2. EVOLUÇÃO JURÍDICO-PENAL DOS CRIMES SEXUAIS

Antes de 1852, os crimes sexuais, as condutas ilícitas que dizem respeito ao nosso objecto de estudo, eram designados de “crimes morais”, sendo que o bem jurídico à data tutelado era a «moralidade social».

Depois de 1852, nomeadamente nos Códigos Penais de 1852 e 1886, estes crimes pertenciam ao capítulo dos «Crimes contra a honestidade», estando mais uma vez em causa um bem jurídico colectivo, supraindividual, em que o foco de tutela jurídico-penal assentava na “sociedade”. No Código Penal de 1982, ainda que o bem jurídico tutelado fosse a moral social sexual, estes tipos de ilícitos começam a ser encarados como um problema de interesse público. Todavia, os crimes sexuais estavam inseridos no Capítulo «Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social», no Título «Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade».

A revisão do Código Penal de 1995 ditou a alteração do protótipo de criminalidade sexual e esta passou a ter lugar no Título «Dos crimes contra as pessoas» num capítulo

denominado «Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual»². A razão desta alteração de concepção centrou-se na mudança de crença social, ou seja, a relevância social das condutas sexuais ilícitas deixou de ser moral e/ou social e passou a ser do foro pessoal, da protecção do bem jurídico «pessoa» e do que isso envolve.

1.2.1. DO CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

Este tipo de ilícito, apesar da evolução do sistema jurídico-penal no que concerne à criminalidade sexual, surge na reforma ao Código Penal de 1995. Primeiramente, no Código Penal de 1982, a única referência a condutas sexuais praticadas com menores estava no artigo 207º: «*Homossexualidade com menores - Quem, sendo maior, desencaminhar menor de 16 anos do mesmo sexo para a prática de acto contrário ao pudor, consigo ou com outrem do mesmo sexo, será punido com prisão até 3 anos.*»

Na revisão do Código Penal de 1995, dá-se a transformação do sistema jurídico-penal, pois quanto a esta matéria começa a existir especial atenção e tutela do bem jurídico «autodeterminação sexual».³ Assim, surge o crime de abuso sexual de crianças no artigo 172º: «*Abuso sexual de crianças -*

1 - Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 - Se o agente tiver cópula ou coito anal com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

3 - Quem:

a) Praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos; ou

b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos, ou o utilizar em fotografia, filme ou gravação pornográficos;

² Introdução ao DL 48/95 de 15 de Março – “(...) é de assinalar a deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas (...) abandonando-se a concepção moralista («sentimentos gerais de moralidade»), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais.”

³ Introdução ao DL 48/95 de 15 de Março – “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual foram objecto de particular atenção, especialmente quando praticados contra menor. Nessa conformidade, o crime sexual praticado contra menor é objecto de uma dupla agravação: por um lado a que resulta de elevação geral das molduras penais dos crimes de violação e coacção sexual, quer no limite mínimo, quer no máximo; e por outro a agravação estabelecida para os casos em que tais crimes sejam praticados contra menores de 14 anos. Donde resulta que o crime praticado contra menor de 14 anos é sempre punido mais severamente que o crime praticado contra um adulto, atenta a especial vulnerabilidade da vítima.”

é punido com pena de prisão até 3 anos.

4 - Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.»

Actualmente, sem mencionar outras alterações, com a Lei 103/2015 de 24 de Agosto que alterou o Código Penal, o crime de abuso sexual de crianças consta do artigo 171º com a seguinte redacção: «*Abuso Sexual de Crianças –*

1 - Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

3 - Quem:

a) Importunar menor de 14 anos, praticando acto previsto no artigo 170.º; ou

b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos;

c) Aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a actividades sexuais;
é punido com pena de prisão até três anos.

4 - Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

5 - A tentativa é punível.»

1.2.2. DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO EUROPEU

A política criminal portuguesa não é alheia ao Direito Internacional nem ao Direito Europeu. São diversas as fontes (de direito) que influenciam o ordenamento jurídico-penal, nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴ a Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵ e o Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos⁶. No que concerne à matéria da Criança, destaca-se a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças⁷, que conferiu uma tutela mais sólida dos direitos da criança implicando por exemplo no número 1 do seu artigo 19º «*Os Estados Partes*

⁴ DUDH – 10 de Dezembro de 1948, publicada em Diário da República a 9 de Março de 1978

⁵ Adoptada pelo Conselho da Europa a 4 de Novembro de 1950, aprovada para ratificação pela Lei 65/78 de 13 de Outubro d

⁶ Celebrado a 16 de Dezembro de 1966, aprovado para ratificação pela Lei 29/78 de 12 de Junho

⁷ Datada a 26 de Janeiro de 1990

tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à protecção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.».

Por outro lado, a Convenção de Lanzarote⁸ vinculou o nosso legislador penal no seu Capítulo VI – «Direito material penal», no que diz respeito ao abuso sexual de crianças, no artigo 18º sob a epígrafe «Abusos Sexuais», «1. Cada parte toma as medidas legislativas ou outras necessárias para qualificar como infracção penal os seguintes comportamentos dolosos: a) A prática de acto sexual com uma criança que, nos termos das disposições legais nacionais relevantes, não tenha ainda atingido a idade legal prevista para o efeito; b) A prática de acto sexual com uma criança: - por meio de coacção, violência, ou ameaça; ou – abusando de reconhecida posição de confiança ou influência sobre a criança, incluindo ambiente familiar; - abusando de uma situação de particular vulnerabilidade da criança, nomeadamente devido a incapacidade mental ou física ou a uma situação de dependência.».

Importa ainda mencionar os actos legislativos, no âmbito do Direito da União Europeia, do Parlamento e do Conselho Europeus:

- Directiva 2011/92/UE de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.
- Directiva 2012/29/EU de Outubro de 2012, que estabelece as normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade.

1.3. DIREITO (PENAL) E SOCIEDADE

Para o devido enquadramento da temática, é importante exaltar que o Direito e a Sociedade caminham lado a lado, ou seja, o Direito acompanha a Sociedade e as mudanças de crenças e paradigmas. Assim, segundo Taipa de Carvalho⁹ acerca da importância jurídico-criminal da história do direito penal: “(...) a história da evolução do direito penal patenteia-nos a historicidade e a relatividade do próprio direito penal.

⁸ Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de Outubro de 2007, aprovada para ratificação aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, em 9 de Março de 2012

⁹ TAIPA DE CARVALHO, Américo – Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime. pág. 16

Revela-nos a historicidade do direito penal, quando nos comprova que o direito penal é a expressão das condições económicas, sociais, culturais, religiosas e políticas, que caracterizam cada época. Mostra-nos a relatividade do direito penal, ao nos patentear as alterações profundas que as instituições jurídico-penais sofrem com o decurso da evolução sócio-cultural dos povos.”.

O legislador penal português, na introdução ao Código Penal de 1982, frisou a relação simbiótica entre o direito penal e a sociedade: *“Poderá dizer-se, sem risco de erro, que a «Parte especial» é a que maior impacte tem na opinião pública. É através dela que a comunidade politicamente organizada eleva determinados valores à categoria de bens jurídico-penais. Nem todos os interesses colectivos são penalmente tutelados, nem todas as condutas socialmente danosas são criminalmente sancionadas. É por isso que fundadamente se fala do carácter necessariamente fragmentário do direito penal. Os juízos sobre a dignidade punitiva e a necessidade de punição de determinada acção ou omissão estão longe de ser neutros de um ponto de vista ético-político. (...) É, sobretudo, na «Parte especial» que, de forma mais impressiva, se espalham as linhas de força das concepções político-ideológicas historicamente triunfantes. Daí que a «Parte especial» do Código Penal de uma sociedade plural, aberta e democrática, divirja sensivelmente da «Parte especial» do Código Penal de uma sociedade fechada sob o peso de dogmatismos morais e monolitismos culturais e políticos.”*¹⁰

Em suma, foram os valores da sociedade actual que conduziram o Direito, e em concreto o direito penal, a proclamar os bens dignos de tutela, como o caso da criança, mas também o do criminoso.

1.4. APONTAMENTO

Em apontamento, o fenómeno da pedofilia é um assunto relativamente recente no nosso ordenamento jurídico-penal, não o sendo de todo na sociedade. Porém, observando a reforçada protecção da criança, coloca-se a questão sobre ainda ser possível contribuir para que a pedofilia (a prática do crime previsto no artigo 171º do CP) seja um problema passível de prevenção e não apenas de solução, ou seja, que o nosso ordenamento possa intervir de forma proactiva ao invés de reactiva.

¹⁰ Introdução ao código penal de 1982 - DL 400/82 de 23 de Setembro

2. CONCEITO DE PEDOFILIA

Primeiramente, é importante delimitar o conceito de pedofilia, para que não se confunda pedófilo com o agente que incorre num qualquer crime que viola a liberdade sexual e/ou a autodeterminação sexual de um menor de 14 anos.

Ainda que o termo Pedofilia seja atribuído ao psiquiatra Richard von Krafft-Ebing¹¹, este termo deriva das expressões gregas *paidós* – criança e *phílos* – amigo/amizade. Neste âmbito, surge o termo pederastia, que se distingue do de pedofilia pois remonta à Grécia Antiga, e trata-se de uma expressão mais antiga e que definia a prática de relações sexuais entre um homem e um rapaz.

Actualmente, na perspectiva clínica, a pedofilia é considerada uma doença/parafilia¹² e encontra-se elencada no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais¹³, sendo classificada como um dos transtornos da preferência sexual a par do fetichismo, do exibicionismo e do sadismo. Esta abordagem assenta na contribuição dos estudos do médico Philippe Pinel¹⁴, que permitiram a compreensão da existência de doenças mentais que afectam o doente ao nível psicológico em que os sintomas são apenas psicológicos e não físico-biológicos.

Assim, para compreender o que é a pedofilia enquanto doença, é crucial abordar o tema da(s) parafilia(s). Desta forma, entende-se por parafilia como a manifestação da sexualidade desviante que abrange as alterações comportamentais irrelevantes e as expressões comportamentais de agravado relevo (que são degradantes, ameaçadoras ou

¹¹ Psiquiatra e Sexólogo alemão, professor de psiquiatria na Universidade de Estrasburgo; autor da obra *“Psychopathia Sexualis”* de 1886, onde introduziu o termo pedofilia.

¹² *“O termo parafilia representa qualquer interesse sexual intenso e persistente que não aquele voltado para a estimulação genital ou para carícias preliminares com parceiros humanos que consentem e apresentam fenótipo normal e maturidade física.”* American Psychiatric Association - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais pág.685

O termo perversão foi substituído pois tinha um sentido pejorativo e estigmatizante.

¹³ Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM. Este manual é uma das referências a nível internacional para a classificação de doenças mentais. A par do DSM existe a Internacional Classification of Diseases que também elenca a pedofilia: *“Paedophilia - A sexual preference for children, boys or girls or both, usually of prepubertal or early pubertal age.”*

¹⁴ *“Philippe Pinel (1745-1826) foi pioneiro no tratamento de doentes mentais e um dos precursores da psiquiatria moderna. (...)Pinel banii tratamentos antigos, tais como sangrias, vômitos induzidos, purgações e ventosas, substituindo-as por tratamento digno e respeitoso, que inclui terapias ocupacionais. Dentro dessa linha, foi um dos primeiros a libertar os pacientes dos manicômios e das correntes, propiciando-lhes liberdade de momentos por si só terapêutica.”* Disponível em <http://www.portal-administracao.com/2017/08/como-fazer-citacao-referencia-site-artigo.html>. Acesso em: 19 de Outubro de 2017

destruidoras do próprio indivíduo e/ou da sociedade). As situações em que existe um desvio do comportamento sexual através de fantasias e a utilização de objectos para estimulação sexual são distintas, contudo, se estes não são acompanhados de um *desconforto clinicamente significativo ou de uma incapacitação*¹⁵, são considerados apenas uma exteriorização da sexualidade humana.

Ainda, o diagnóstico da parafilia está assente na ocorrência de comportamentos desviantes (fantasias e/ou desejos) recorrentes, pelo menos durante 6 meses, período em que o indivíduo actuou ou foi fortemente angustiado pela presença dos desejos e/ou fantasias. Caso não seja possível aferir um período de tempo superior a 6 meses em que ocorra frequentemente o comportamento desviante, o(s) episódio(s) não pode(m) ser considerado(s) como parafilia/transtorno.

Encontrar as origens e as causas da parafilia é também uma tarefa difícil, na medida em que esta se trata de uma perturbação da sexualidade em que as fontes de prazer não estão dentro dos padrões de normalidade. Estas, origem e causas, constituem objecto de estudo contínuo de diferentes campos de investigação, pois assentam em diversos factores da formação da sexualidade individual, a genética, a componente hormonal e a influência cultural.

A complexidade da análise deste fenómeno surge, também, aquando da tentativa de delimitação do rol de comportamentos sexuais considerados desviantes. Além disso, estes padrões de normalidade são mutáveis com o tempo, pois são estabelecidos mormente pela Ciência e pela Sociedade, a título de exemplo, a homossexualidade já foi considerada um comportamento anormal.

A pedofilia é por excelência a parafilia mais comum, considerando o número de *casos legalmente identificados de vitimização*¹⁶. Nesta situação, também a investigação quanto à origem deste transtorno em particular é incessante em diferentes domínios (psicologia, sociologia, saúde, entre outros).

Nesta abordagem, sendo a pedofilia encarada como um transtorno, entende-se que é passível de tratamento, pelo que, o pedófilo poderá recorrer a tratamentos e/ou outro tipo de ajuda. Para tal, como em todas as doenças, o processo de tratamento inicia-se a partir do momento em que o indivíduo, o pedófilo, se reconhece como doente e apresenta

¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez – Perturbação dos Impulsos – Crimes Sexuais. pág. 12

¹⁶ PEREIRA, Frederico Valdez – Perturbação dos Impulsos – Crimes Sexuais. pág. 19

vontade de reduzir os seus impulsos sexuais. Ainda neste ponto, com tratamento ou sem tratamento, a questão em torno da pedofilia prende-se também com a reincidência dos comportamentos do pedófilo.

Paralelamente a esta abordagem compreendida no quadro das “doenças”, há uma outra em que os autores consideram que a pedofilia deve ser nominada como uma orientação sexual e não como uma parafilia. Para estes autores, tal como a homossexualidade se define como a atracção sexual por pessoas do mesmo sexo, a pedofilia é definida como a atracção sexual por pessoas púberes e pré-púberes. Esta concepção abre outras construções sociais que levariam necessariamente a uma quebra do preconceito quer na sociedade quer no próprio indivíduo.

Assim, podemos concluir que independentemente de qualquer abordagem, a pedofilia define-se como a atracção sexual de adultos por crianças e, conseqüentemente, o pedófilo é o indivíduo que se sente atraído sexualmente por crianças.

Uma questão oportuna é explorar como a nossa sociedade e paralelamente o nosso sistema jurídico abordam a pedofilia, pois, sociologicamente, o fenómeno da pedofilia não se enquadra nos valores que regem a sociedade ocidental, sendo moralmente censurável. Por outro lado, na cultura oriental é socialmente aceite praticar actos sexuais com menores. Em países africanos e do Médio Oriente, o casamento entre menores e com menores é comumente praticado.

A sociedade portuguesa não aprova a pedofilia, no entanto, o Direito, e particularmente o direito penal, não se intromete em todos os fenómenos sociológicos. O agente que padece de pedofilia só viola o direito se cometer/praticar condutas tipificadas na lei. Ou seja, o pedófilo é o indivíduo que tem uma preferência sexual anómala, distinguindo-se do ofensor sexual que é aquele que pratica as condutas tipificadas na lei. Todavia, nem todo o ofensor sexual (de crianças) é pedófilo, porquanto certas condutas que consistem em abuso sexual de menores são praticadas sem o agente se render aos seus impulsos sexuais (por exemplo: tendo intenção lucrativa).

O conceito de pedofilia que é pretendido para o objecto de estudo em análise não se baseia na Lei, que discrimina condutas que consubstanciam abuso sexual de crianças e violações da liberdade sexual e da autodeterminação de menores, ou nas bitolas da Sociedade. Neste caso, compreende-se a Pedofilia centrada na perspectiva do indivíduo, sendo ele o afectado pelo transtorno.

3. CONCEITO DE ABUSO SEXUAL CRIANÇAS E REFLEXO LEGAL

Para chegar ao cerne da questão, importa encontrar o conceito de abuso sexual, restringindo este aos casos em que os actos sexuais são praticados por agentes que sofrem de uma patologia, de um transtorno sexual.

Como refere Inês Ferreira Leite ¹⁷, são várias as condutas associadas à pedofilia e a punição das mesmas ultrapassa o abuso sexual de crianças, acrescentando ainda que muitas das condutas tipificadas na lei não são praticadas com a finalidade de satisfazer quaisquer impulsos sexuais (tendo por exemplo intenção lucrativa). Condutas pedófilas não são correspondentemente praticadas por agentes pedófilos (no sentido que adoptámos para este estudo). A conduta penalmente relevante para este caso em particular é aquela que é praticada pelo agente por desejo sexual. As condutas podem estar tipificadas em preceitos distintos, não basta olhar para a conduta em si mesma, mas para o agente que a pratica e com que intenção.

As circunstâncias comuns no conceito de abuso que se pretende demonstrar são a menoridade das vítimas e a condição psicopática do agente.

Citando Inês Ferreira Leite, “(...) *podemos individualizar as seguintes condutas:*

- a) *prática de actos sexuais de relevo com menores;*
- b) *prática de actos sexuais de relevo com menores tendo por finalidade a captação e posterior divulgação, com intenção lucrativa ou não, dessas imagens (filmes ou fotografias);*
- c) *angariação e/ou cedência de menores para a prática de actos sexuais de relevo com terceiros tendo ou não intenção lucrativa;*
- d) *transporte de menores e/ou manutenção dos menores em situações de detenção, para posterior prática de actos sexuais de relevo;*
- e) *cedência de locais, com intenção lucrativa ou não, para a prática de abusos sexuais;*
- f) *organização de meios, ou mera contribuição para a mesma organização, tendentes a permitir ou favorecer a prostituição de menores, ou exploração desta prostituição;*

¹⁷ FERREIRA LEITE, Inês – Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção.

- g) *manutenção de crianças em situação de detenção tendo em vista a sua utilização para fins sexuais;*
- h) *captação com ou sem posterior divulgação, com intenção lucrativa ou não, de imagens contendo menores em contextos com objectiva conotação sexual (filmes ou fotografias);*
- i) *mera divulgação, com intenção lucrativa ou não, de imagens contendo menores em contextos com objectiva conotação sexual (filmes ou fotografias);*
- j) *mero visionamento ou posse de imagens contendo menores em contextos com objectiva conotação sexual (filmes ou fotografias);*
- k) *visionamento de abusos sexuais ao vivo, presencialmente ou através da internet, fornecendo ou não indicações para a prática de actos sexuais;*
- l) *permissão ou mera aquiescência, em troca de vantagens económicas ou não, dirigida ao abuso sexual de crianças por pessoas com especiais deveres de protecção, educação ou vigilância das mesmas. “*

Do elenco de condutas, é perceptível que não existe, no nosso Código Penal, apenas um crime dito de pedofilia, visto que são vários os tipos de ilícito criminal associados à pedofilia.

3.1. CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS – 171º DO CÓDIGO PENAL

Como já referido, o crime que norteia esta análise é o previsto no artigo 171º do Código Penal, nomeadamente o crime que consubstancia a prática de acto sexual de relevo com menor de 14 anos (artigo 171º n.ºs 1 e 2 do CP). O crime de abuso sexual de crianças insere-se no Livro II do Código Penal que corresponde à parte especial, no Capítulo V do Título I na secção II em que estão previstos os crimes contra a autodeterminação sexual.

O bem jurídico tutelado, em especial pela criminalização das condutas previstas no artigo 171º do Código Penal, é a autodeterminação sexual¹⁸ do menor na acepção de

¹⁸ “A liberdade (sexual) será um estado, mas a autodeterminação é um caminho ao qual estão subjacentes, não só a inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade. No entanto, parece-nos que o conceito de autodeterminação não poderá ser separado da noção de liberdade. Quanto muito, podemos dizer que a autodeterminação corresponde a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo. Isto porque sem autodeterminação não podemos falar de na existência de verdadeira liberdade: a

que a prática de actos sexuais com menores, por menores ou em menores prejudica gravemente o desenvolvimento da personalidade do próprio menor, bem protegido constitucionalmente (artigo 26º da CRP). Assim, todos os actos sexuais praticados nos termos acima descritos são susceptíveis de colocar em risco o livre desenvolvimento global do menor. Dadas as características típicas do crime em análise, alguns autores consideram que os menores não possuem/usufruem de liberdade sexual, pois, se a tivessem, a incriminação teria de exigir a oposição dos mesmos. Outros autores consideram que os menores têm liberdade sexual, mas a lei presume *iuris et de jure* que não têm capacidade de exercício tendo em conta a sua imaturidade física e psicológica.

Inês Ferreira Leite¹⁹ apresenta uma solução partindo do pressuposto de que o menor tem liberdade, logo tem liberdade sexual, e, por isso, o legislador não tem legitimidade de restringir essa liberdade, impondo a abstinência de actos sexuais. O menor de 14 anos tem liberdade sexual, podendo conseqüentemente ser vítima típica dos crimes de coacção sexual (163º do CP) e violação (164º do CP). Porém, a sua liberdade sexual pode ser restringida pelo legislador penal quando seja efectivamente demonstrado que os actos sexuais põem em risco a sua autodeterminação sexual e o seu livre desenvolvimento.

A autora considera que o bem jurídico primordialmente tutelado do tipo incriminador do artigo 171º do Código Penal (antes 172º do CP) é a liberdade sexual e que esta será violada quando existir um abuso. O legislador atentou que os menores são mais frágeis e necessitam de uma tutela penal mais exigente e, por isso, elencou condutas que violam a sua liberdade sexual e concomitantemente prejudicam ou impedem o desenvolvimento da sua personalidade. Acerca deste ponto, a autora²⁰ frisa que a restrição à liberdade sexual do menor (que resulta da protecção da lei) é justificada pelo dano, que é causado pelo acto/contacto sexual, à autodeterminação e livre desenvolvimento do menor.

O crime do artigo 171º do Código Penal é de perigo abstracto, sendo que não é necessariamente afectado o bem jurídico, isto é, o menor pode não ser afectado no seu

liberdade, nestes casos, será mera aparência.” – FERREIRA LEITE, Inês – Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção. pág. 28

¹⁹ FERREIRA LEITE, Inês – Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção.

²⁰ FERREIRA LEITE, Inês – Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção. pág. 28

desenvolvimento pela ocorrência das condutas descritas no preceito, mas esse risco efectivamente existiu. Como afirma Figueiredo Dias²¹: “(...) *tem aqui plena aplicação a ideia-base do crime de perigo abstracto (...) de que o bem jurídico protegido constitui a ratio legis, o motivo que conduziu o legislador, mas não se traduz no tipo objectivo de ilícito.*” Contrariamente se coloca Inês Ferreira Leite²², que afirma que o crime elencado no artigo 171º do Código Penal (antigo 172º) é um crime de perigo concreto, na medida em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e existe lesão do mesmo com a prática de alguma(s) das condutas elencadas no preceito em análise.

Quanto ao autor do crime, não existe qualquer especificidade. Este pode ser homem ou mulher e ter ou não relação de parentesco com a vítima. A vítima tem de ser necessariamente menor de 14 anos, pelo que é indiferente se já praticou ou não actos sexuais, se tem capacidade para perceber o acto sexual em causa e até mesmo se teve intervenção activa (por exemplo, iniciativa) ou passiva.

As modalidades de acção previstas neste tipo de ilícito são:

- a) praticar acto sexual de relevo com ou menor ou levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa;*
- b) ter cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos;*
- c) importunar menor de 14 anos, praticando acto previsto no artigo 170º;*
- d) actuar sobre menor de 14 anos, sobre meio de conversa, por escrito, espectáculo ou objectos pornográficos ou;*
- e) aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a actividades sexuais.*

A alínea *b)* que corresponde ao nº2 do artigo 171º, é a modalidade de acção mais grave.

Assim, é pertinente saber em que consiste um acto sexual de relevo.

“Acto sexual é (...) todo aquele (comportamento activo, só muito excepcionalmente omissivo: talvez p. ex., em certas circunstâncias, permanecer nu) que, de um ponto de vista predominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo

²¹ FIGUEIREDO DIAS – Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 543

²² FERREIRA LEITE, Inês – Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção.

*ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica.*²³.

Esta aceção é a interpretação objectivista, que é prevalecente para Figueiredo Dias²⁴. Outra aceção é a que adita uma interpretação subjectiva, ou seja, para além de ser um acto sexual objectivo, os agentes têm de ter *intenção libinosa (intenção do agente despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual)*²⁵. Por último, existe outra interpretação de acto sexual, mais condescendente, em que o conceito é aferido pelas interpretações objectiva e/ou subjectiva. Para se saber se o acto sexual é de relevo, parte-se do bem jurídico tutelado (função positiva), ou seja, se o acto sexual põe em causa a autodeterminação sexual da vítima. Contudo, também está presente uma função negativa, pois é de relevo o acto sexual que não é insignificante ou bagatelar.

O tipo subjectivo de ilícito é o dolo, ainda que dolo eventual, pelo que não há tipicidade em caso de negligência.

A tentativa é punível nos termos do número 5 do artigo 171º do Código Penal. Antes da Lei 103/20015 de 24 de Agosto, que aditou o número 5 do artigo 171º, a tentativa era punível nos termos dos artigos 22º e 23º do Código Penal.

Quanto à prescrição do procedimento criminal, interessa ter presente o artigo 118º número 5 do Código Penal, «*Nos crimes contra a liberdade sexual e autodeterminação de menores (...) o procedimento criminal não se extingue, por efeito de prescrição, antes do ofendido perfazer 23 anos.*». Daqui se retira uma atenção especial do legislador quanto a estes crimes, e primordialmente quanto à(s) vítima(s) dos mesmos.

3.2. CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DO CRIME

As sanções penais previstas no nosso ordenamento jurídico são a pena de prisão e a medida de segurança, que têm o propósito de realizar os fins de prevenção previstos nos artigos 40º do Código Penal. Como refere Germano Marques da Silva: “*(...) sendo ambas consequência da prática de um facto objectivamente ilícito, se distinguem na medida em que a pena traduz a reacção jurídica à culpabilidade do delinquente, pelo mal do crime*

²³ FIGUEIREDO DIAS – Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 447

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, José de – Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 448

²⁵ FIGUEIREDO DIAS, José de – Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 447

enquanto a medida de segurança traduz a reacção jurídica à perigosidade do delincente.”²⁶.

A consequência jurídica prevista no artigo 171º do Código Penal é a pena de prisão. A pena de prisão é a pena mais gravosa a ser aplicada, pois implica a privação da liberdade do arguido/condenado, pelo que por esse mesmo motivo é a *ultima ratio da política criminal*²⁷. Como sublinha Figueiredo Dias, a pena de prisão é *única e simples*²⁸. A unicidade advém da circunstância de não existirem outras espécies de pena de prisão. A pena de prisão é simples na medida em que não lhe são conferidos outros efeitos jurídicos necessários ou automáticos. Como disposto no artigo 70º do Código Penal, em caso de estar prevista pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência a esta desde que sejam realizadas, adequada e suficientemente, as finalidades de punição. O crime de abuso sexual de crianças, pela importância do bem jurídico tutelado, apenas prevê como sanção a pena de prisão. Esta sanção será sempre aplicada nos termos dos artigos 40º e 71º e seguintes do Código Penal.

À pena de prisão podem ser cumuladas penas acessórias, sendo que estas só têm aplicação se aplicada uma pena principal.

Com a Lei 103/2015 de 24 de Agosto, foram aditadas ao Código Penal duas penas acessórias aplicáveis nos casos de abuso sexual de crianças. A primeira, que consta do artigo 69º-B do Código Penal, consiste na *«proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual»*²⁹, e a segunda, no artigo 69º-C do Código Penal, dispõe da *«proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais»*³⁰.

²⁶ MARQUES DA SILVA, Germano – Direito Penal Português, Parte Geral, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança, pág.19

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime. 2001, pág. 53

²⁸ “*Toda a pena de prisão é pois única e simples e (...) temporária, constituindo a ideia de prevenção especial de socialização o denominador comum de todas estas características.*” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime. 2001, pág. 101

²⁹ Artigo 69º-B número 2 do CP «É condenado na proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores, por um período fixado entre cinco e 20 anos, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, quando a vítima seja menor.»

³⁰ Artigo 69º números 2 e 3 do CP «2- É condenado na proibição de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores, por um período fixado entre cinco e 20 anos, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, quando a vítima seja menor.

3 - É condenado na inibição do exercício de responsabilidades parentais, por um período fixado entre cinco e 20 anos, quem for punido por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º-A, praticado contra descendente do agente, do seu cônjuge ou de pessoa com quem o agente mantenha relação análoga à dos cônjuges.»

Também é pertinente abordar a distinção entre as penas acessórias e os efeitos das penas, pois colocam-se dúvidas fundadas³¹ se efectivamente existem diferenças entre estes, ou se a distinção reside apenas ao nível terminológico. Para Germano Marques da Silva, as penas acessórias são *parte da penalidade*, não sendo “(...) *consequência automática da condenação em certa pena, mas componente da pena aplicável a determinados crimes e, por isso, necessariamente objecto da decisão condenatória.*”³². Deste modo, as penas acessórias distinguem-se dos efeitos das penas pois estes sucedem à condenação/decisão condenatória.

3.3. MEDIDA DE SEGURANÇA

Como foi dito anteriormente, a medida de segurança é uma sanção penal a par da pena de prisão, nas palavras de Figueiredo Dias, “*detentiva ou não detentiva, que se liga à prática, pelo agente, de um facto ilícito-típico, tem como pressuposto e princípio de medida a sua perigosidade, e visa, ao menos primacialmente, finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de pura segurança, seja sob a forma de (re)socilização.*”³³.

As finalidades das medidas de segurança são as mesmas das penas – prevenção geral e prevenção especial – apenas se relacionam de forma distinta, sendo que na medida de segurança a prevenção especial (segurança e socialização) é prevalecente. Porém, o princípio da culpa não tem qualquer papel na aplicação de medidas de segurança, sendo substituído pelo princípio da defesa social. O princípio da defesa social assenta na perigosidade do agente para a sociedade, como previsto no artigo 40º número 3).

São essencialmente cinco princípios que sustentam as medidas de segurança: Princípio da *Legalidade*, Princípio do *Ilícito-típico*, Princípio da *Perigosidade*, Princípio da *Proporcionalidade* e Princípio da *Judicialidade*³⁴.

³¹ “*Distinguem-se assim – ao menos de um ponto de vista puramente teórico – dos chamados efeitos das penas, onde se trata de consequências, necessárias ou pendentes de apreciação judicial, determinadas pela aplicação de uma pena, principal ou acessória; efeitos que não assumem natureza de verdadeiras penas por lhes faltar o sentido, a justificação, as finalidades e os limites próprios daquelas.*” FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime. 2001, pág. 93

³² MARQUES DA SILVA, Germano – Direito Penal Português, Parte Geral, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança. pág.83

³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime. pág. 415

³⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime.

O primeiro princípio, como não podia deixar de ser, é o da *Legalidade*. Este princípio tem reflexo constitucional (artigo 29º número 1 da CRP) e determina que as medidas de segurança têm de estar previstas na Lei, da forma mais descritiva possível (aqui se encontram premissas análogas ao Princípio da *Tipicidade*) e que está proibida a retroactividade (as medidas de seguranças, pressupostos e conteúdo, têm de estar previstas na lei antes da verificação dos mesmos).

O segundo, o princípio do *Ilícito-típico*, estabelece que só pode ser submetido a uma medida de segurança o indivíduo que tenha praticado um facto ilícito e típico, para que esta sanção penal não possa ser aplicada com base apenas e só na perigosidade do agente.

O terceiro princípio norteador da aplicação das medidas de segurança é o princípio da *Perigosidade*, ou seja, perigo de o agente (condenado) vir a praticar no futuro novos crimes. Para a aplicação da medida de segurança, não basta a possibilidade de o agente vir a praticar novos crimes, mas que essa probabilidade seja *qualificada*³⁵.

O quinto princípio, o da *Proporcionalidade*, consiste essencialmente na obrigação do tribunal na averiguação do *grau do perigo*, que assenta na probabilidade de repetição da prática de ilícitos por parte do agente ou reincidência.

Por último, o princípio da *Judicialidade* está relacionado com a competência ao nível das estruturas e reforça que a aplicação de uma medida de segurança é de competência exclusiva das entidades jurisdicionais, dos tribunais, o que afasta a possibilidade de aplicação das medidas de segurança para fins de outro cariz.

3.3.1. INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEIS

A medida de segurança é passível de constituir a consequência jurídica do crime do artigo 171º do Código Penal, se verificados os pressupostos de aplicação. Mais concretamente, importa abordar o «internamento de inimputáveis» previsto nos artigos 90º e seguintes do Código Penal.

Nos termos do número 1 do artigo 90º do Código Penal, é aplicada ao agente a medida de internamento se: tiver praticado um facto descrito num tipo legal de crime que tenha sido considerado inimputável (segundo o artigo 20º do CP) e, por virtude da

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime. 2001, pág. 441

anomalia psíquica e da gravidade do facto, haja fundado receio que venha a cometer outros factos da mesma espécie.

Para a aplicação desta medida de segurança privativa da liberdade, é necessário que o agente seja inimputável em razão de anomalia psíquica, nos termos do artigo 20º do Código Penal, sendo este o pressuposto específico desta sanção. Como *supra* mencionado, o agente pedófilo sofre de um transtorno sexual, nomeadamente de um transtorno pedofílico, o que não implica que para fins do artigo 20º do Código Penal o agente seja portador de anomalia psíquica³⁶ e conseqüentemente não lhe será aplicada medida de segurança. De acordo com Figueiredo Dias, no que concerne à matéria da anomalia psíquica, em concreto as anomalias do instinto sexual, “(...) *tem de tratar-se de um desvio ou um distúrbio graves ou mesmo muito graves, mais concretamente, dotados de uma gravidade que os equipare, nos seus efeitos sobre o decurso da vida psíquica, a verdadeiras psicoses.*”³⁷.

Conclui-se, portanto, que a medida de segurança, em concreto o internamento de inimputáveis, por ser uma sanção penal privativa da liberdade, é dotada de um conjunto de condicionantes legais para que possa ser efectivamente aplicada. O agente parafílico que comete o crime de abuso sexual de crianças pode não ser considerado inimputável para fins do artigo 20º do Código Penal, pelo que será aplicada a pena de prisão (segundo os artigos 40º, 70º e seguintes e 171º do CP).

A tarefa de diagnóstico é na grande maioria das situações muito difícil, mas necessária para que a resposta penal seja a adequada ao agente e para que sejam satisfeitas as necessidades de prevenção geral e especial.

Sumarizando, resta verificar se a pena de prisão por si só (cumprimento da pena num estabelecimento prisional) cumprirá a tarefa de ressocializar o agente, de o tornar apto para viver em sociedade e para não praticar outros crimes.

É neste ponto específico e nas alternativas à situação vigente que se centra este estudo.

³⁶ “Na maioria das situações, a presença de um diagnóstico clínico de transtorno mental do DSM-5, como (...) transtorno pedofílico, não implica que o indivíduo com a condição satisfaça critérios legais para a presença de um transtorno mental ou um parâmetro jurídico específico (p. ex. (...) imputabilidade ou inimputabilidade penal).” American Psychiatric Association – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal, Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime.

3.4. PÓS CONSEQUÊNCIA JURÍDICA

O nosso ordenamento jurídico prevê que a pena/sanção penal não dá lugar a outros efeitos, pois em si mesma consoma a satisfação das finalidades do artigo 40º do Código Penal, e assim consubstancia a tutela penal dos bens jurídicos lesados. O artigo 65º do Código Penal, que consagra o disposto no número 4 do artigo 30º da Constituição da República Portuguesa, dispõe que «nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos». Esta norma, com reflexo constitucional, está contemplada no nosso sistema jurídico-penal com o propósito de evitar o efeito *estigmatizante, dessocializador e criminógeno*³⁸ do cumprimento de uma pena.

Todavia, no nosso ordenamento jurídico, após o cumprimento da pena ou medida de segurança, a situação do condenado não fica totalmente resolvida, pois perdura no registo criminal. Como refere Figueiredo Dias: “(...) o registo criminal integra o repertório das decisões de natureza penal proferidas pelas instâncias judiciais do Estado.”³⁹. O registo criminal encontra-se previsto na Lei 37/2015 de 5 de Maio e regulado no Decreto-Lei 171/2015 de 25 de Agosto. *A priori*, o registo criminal, enquanto arquivo das condenações sentenciadas, não levanta questões quanto ao seu alcance na política criminal. Contudo, interessa saber para que fins é utilizado o registo criminal, que engloba um conjunto de informações, nos termos dos artigos 6º e 7º da Lei 37/2015⁴⁰.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime. 2001, pp. 53-54 e 158-159

³⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime. 2001, pág. 641

⁴⁰ «Artigo 6.º - Âmbito do registo criminal

Estão sujeitas a inscrição no registo criminal as seguintes decisões:

- a) Que apliquem penas e medidas de segurança, determinem o seu reexame, substituição, suspensão, prorrogação da suspensão, revogação e declarem a sua extinção;
- b) Que concedam, prorroguem ou revoguem a liberdade condicional ou a liberdade para prova;
- c) De dispensa de pena;
- d) Que determinem a reabilitação de pessoa coletiva ou entidade equiparada;
- e) Que determinem ou revoguem o cancelamento provisório no registo;
- f) Que apliquem perdões ou amnistias, ou que concedam indultos;
- g) Que determinem a não transcrição em certificados do registo criminal de condenações que tenham aplicado;
- h) Os acórdãos proferidos em recurso extraordinário de revisão;
- i) Os acórdãos de revisão e confirmação de decisões condenatórias estrangeiras.

Artigo 7.º - Elementos inscritos

1 - São inscritos no registo criminal:

- a) Extratos das decisões criminais proferidas por tribunais portugueses que apliquem penas e medidas de segurança, determinem o seu reexame, substituição, suspensão, prorrogação da suspensão, revogação e declarem a sua extinção;

Em primeiro lugar, o registo criminal assume a natureza de *meio de prova*, pois é utilizado nomeadamente pelo Ministério Público para aferição de condenações anteriores. Em segundo lugar, o cadastro criminal assume uma posição *instrumental* quando serve o propósito de auxiliar os estudos estatísticos e de investigação científica. Por último, o registo criminal é análogo a uma *medida de segurança*, pois é utilizado para fins de *prevenção especial negativa*, de dissuadir o condenado de praticar novos crimes. Sendo nesta vertente uma medida de segurança, é imperativo que sejam tidos em conta os princípios adjacentes da *necessidade*, *subsidiariedade* e da *proporcionalidade*.⁴¹

Vigora no nosso ordenamento jurídico a figura da reabilitação. Esta ideia de reabilitação consiste na colocação do agente, que já cumpriu “pena”, na situação em que se encontrava antes de ter praticado o(s) crime(s) (sentença condenatória). A finalidade adstrita à reabilitação é de cariz social e humano, na medida em cria as condições ao ex-condenado de se apresentar à sociedade, o que acontece quando se extinguem todos os efeitos jurídicos associados à “pena” (resultante do cancelamento definitivo do registo criminal previsto no artigo 11º da Lei 37/2015).

3.4.1. REGISTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DE CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E LIBERDADE SEXUAL DE MENOR

Quanto aos crimes previstos no Capítulo V, Secção II do Código Penal, o registo criminal não é o standard, é o disposto na Lei 103/2015 de 24 de Agosto (sendo aplicado subsidiariamente o supra enunciado). A problemática em torno desta ferramenta político-

b) Extratos das condenações proferidas por tribunais de Estados membros da União Europeia relativamente a portugueses maiores de 16 anos, desde que se refiram a factos previstos como crime na lei portuguesa e permitam a identificação da pessoa a que se referem, bem como das demais decisões subsequentes, comunicadas a Portugal nos termos da Decisão-Quadro 2009/315/JAI, do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009;

c) Extratos das condenações proferidas por outros tribunais estrangeiros relativamente a portugueses e a estrangeiros residentes em Portugal, maiores de 16 anos e a pessoas coletivas ou entidades equiparadas que tenham em Portugal a sua sede, administração efetiva ou representação permanente, que sejam comunicadas a Portugal nos termos de convenção ou acordo internacional vigente, desde que se refiram a factos previstos como crime na lei portuguesa e permitam a identificação da pessoa a que se referem.»

2 - Apenas são inscritos no registo criminal extratos de decisões transitadas em julgado.

⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime. 2001, pp. 645-647

criminal surge quanto à necessidade de diferenciação para este tipo de ilícitos criminais e as finalidades a que se destina.

Este regime diferenciado surge na Directiva 2011/93/UE, nomeadamente no parágrafo 43 *“Os Estados-Membros podem considerar a adopção de outras medidas administrativas aplicáveis aos infractores, como o registo de pessoas condenadas pelos crimes previstos na presente directiva em registos de autores de crimes sexuais. O acesso a esses registos deverá ser sujeito a uma limitação, de acordo com os princípios constitucionais nacionais e com as normas em vigor aplicáveis em matéria de protecção de dados, por exemplo, limitando o seu acesso às autoridades judiciais e/ou policiais.”*. Torna-se evidente que a criação de um regime de registo criminal distinto para os condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual do menor não foi imposta pelo direito europeu, foi uma opção do legislador português. Resta averiguar a causa da criação de tal instrumento e se esta será legítima e isenta de motivações alheias à política criminal. Maria João Antunes, a propósito do artigo 4º da Lei 113/2009 de 17 de Setembro⁴² (revogada pela Lei 103/2015) que dispunha de um prazo de 23 anos para o cancelamento definitivo do registo criminal dos ofensores sexuais de menores, afirmou que *“De um tal preceito só pode mesmo dizer-se que o legislador apostou decididamente em marcar o agente daquele tipo de crimes com um ferrete tal que é seu propósito político estigmatizar sem limites um determinado tipo de autor”*⁴³

As acentuadas dúvidas decorrem do artigo 16º da Lei 103/2015- «Acesso à informação por terceiros» - que no seu número 2 permite que tenham acesso ao registo de identificação criminal os *cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos*. Se a própria criação do regime é facultativa à luz da Directiva 2011/93/EU, a ser criado, teriam de ser impostos limites ao acesso, nomeadamente às *autoridades judiciais e/ou policiais*. Ora, se o registo criminal standard, como supra referido, tem as funções de *meio de prova, instrumento material e medida de segurança*, não é visível onde a permissão em análise se possa encaixar. A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima⁴⁴ emitiu um parecer que sobressalta que a permissão de acesso *“favorece a autotutela e ação direta por parte dos particulares, o que comporta sérios perigos para*

⁴² Artigo 4º número 1 da Lei 113/2009 de 17 de Setembro - *“Tratando-se de condenação por crime previsto no capítulo v do título i do livro ii do Código Penal, o cancelamento definitivo (...) ocorre decorridos 23 anos sobre a extinção da pena, principal ou de substituição, ou da medida de segurança, e desde que, entretanto, não tenha ocorrido nova condenação por crime”*

⁴³ ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores. 2010

⁴⁴ Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

a segurança, ordem e tranquilidade públicas e em concreto para o agente, cuja reinserção e reintegração na sociedade podem ficar totalmente comprometidas. Um cidadão que tome conhecimento de que um outro consta do registo e habita na sua área de residência ou trabalha no estabelecimento de ensino que um menor a seu cargo frequenta pode sentir-se tentado a “fazer justiça pelas suas próprias mãos”, eventualmente até informando outros indivíduo e podendo originar uma verdadeira “caça às bruxas”.⁴⁵ Então, colocar-se-á a dúvida sobre a intenção do legislador e se esta foi a de criar uma função de *perseguição* aos ex-condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menores, podendo esta norma suscitar questões de inconstitucionalidade. A (in)constitucionalidade da norma tem fundamento no artigo 30º número 4 da Constituição da República Portuguesa, «nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos», na medida em que “o que se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente, de forma automática, mecanicamente, independentemente de decisão judicial, por efeito directo da lei (*ope legis*), uma outra «pena» (...)”⁴⁶. Tal concepção constitucional tem como propósito impedir que as penas tenham efeitos estigmatizantes, que impeçam a reabilitação social do condenado e também que mecanicamente seja decretada a morte civil, profissional ou política do indivíduo.

Note-se, como refere Figueiredo Dias, que “(...) a “*histeria de massas*” contra abusadores sexuais de crianças é tão ou (por vezes) mais responsável por perigos (ou danos) para o desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança na esfera sexual do que os próprios agentes do crime.”⁴⁷.

⁴⁵ Parecer da APAV sobre a Proposta de Lei n.º 305/XII que procede à alteração do Código Penal, altera a Lei n.º 113/2009 de 17 de Setembro e cria o sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor, pp. 8

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1º a 107º. pág. 504

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS, José de – Comentário Conimbricense do Código Penal. Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pág. 553

4. ALTERNATIVAS AO PANORAMA ACTUAL

O presente estudo destina-se à análise de soluções alternativas aos casos em que agentes pedófilos são condenados a pena de prisão (permanência num estabelecimento prisional). O tratamento, em âmbito prisional, de qualquer “patologia” do arguido depende sempre da voluntária anuência do mesmo.

4.1. EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

Em primeiro lugar, cumpre abordar o tema da execução da pena de prisão, que “*não constitui (...) um processo autónomo, antes um conjunto de decisões idóneas para executar directamente a decisão final condenatória.*”⁴⁸.

Compete ao tribunal de execução de penas, nos termos do artigo 114º da Lei 62/2013 de 26 de Agosto⁴⁹, nomeadamente no número 1 “*Após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção (...).*”, e do artigo 138º do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade⁵⁰, que lhe é homólogo. Não esquecendo, porém, o disposto no artigo 470º do Código de Processo Penal⁵¹, em que “*a execução corre nos próprios autos perante o presidente do tribunal de 1ª instância em que o processo tiver corrido (...)*”.

Pressuposto essencial da execução é a existência de sentença condenatória, que é deliberada nos termos dos artigos 374º e 375º do Código de Processo Penal. Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, esta torna-se imediatamente exequível, pelo que a execução e promoção cabe ao Ministério Público, como consta do artigo 469º do Código de Processo Penal.

Para além das autoridades mencionadas, também participam na execução da pena a Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais⁵², que “*tem por missão o*

⁴⁸ MARQUES DA SILVA, Germano – Direito Penal Português, Parte Geral, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança. pág. 212

⁴⁹ Lei da Organização do Sistema Judiciário

⁵⁰ Lei 115/2009 de 12 de Outubro

⁵¹ Decreto-Lei 78/87 de 17 de Fevereiro

⁵² Criada pelo Decreto-Lei n.º 215/2012 de 28 de Setembro, que extinguiu a Direcção-Geral dos Serviços Prisionais e a Direcção-Geral de Reinserção Social

desenvolvimento das políticas de prevenção criminal, de execução das penas e medidas e de reinserção social e a gestão articulada e complementar dos sistemas tutelar educativo e prisional, assegurando condições compatíveis com a dignidade humana e contribuindo para a defesa da ordem e da paz social.”⁵³.

Deste modo, a execução da pena de prisão tem como intervenientes não só entidades jurisdicionais mas também um serviço público (que presta assessoria técnica).

4.1.1. PLANO INDIVIDUAL DE READAPTAÇÃO SOCIAL

Vigoram na execução de penas os princípios da especialização e da individualização do tratamento prisional do recluso, como previsto no artigo 3º número 2 do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. O que significa que os intervenientes na execução da pena têm de promover a ressocialização do recluso de forma personalizada e num âmbito multidisciplinar. A lei adoptou o termo «tratamento prisional» que “(...) *consiste no conjunto de actividades e programas de reinserção social que visam a preparação do recluso para a liberdade, através do desenvolvimento das suas responsabilidades, da aquisição de competências que lhe permitam optar por um modo de vida socialmente responsável, sem cometer crimes, e prover às suas necessidades após a libertação.*”⁵⁴.

O artigo 375º do Código de Processo Penal prevê que na sentença condenatória é especificado o plano individual de readaptação social do condenado.

Este plano individual de readaptação social consiste num programa personalizado que tem como objectivo a preparação do recluso para a vida em liberdade. A elaboração do plano assenta na avaliação (artigo 19º do CEPMPL) que é feita ao recluso aquando da entrada no estabelecimento prisional. O plano não é estanque, sendo sujeito a reavaliações e actualizações periódicas (artigo 21º do CEPMPL). Segundo o artigo 69º número 3 da Lei 51/2011 de 11 de Abril ⁵⁵, “*O plano individual de readaptação é elaborado pelos serviços responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena, com a participação dos serviços de vigilância e segurança e dos serviços clínicos.*”.

⁵³ Artigo 2º do Decreto-Lei n.º 215/2012 de 28 de Setembro

⁵⁴ Artigo 5º número 2 do CEPMPL

⁵⁵ Regulamento Geral Dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP)

4.2. APRESENTAÇÃO DE ALTERNATIVAS

Como *supra* constatado, o agente pedófilo condenado a uma pena de prisão (exclui-se, portanto, o agente pedófilo ao qual foi aplicada medida de segurança) tem um acompanhamento personalizado na execução da mesma. No entanto, existem alternativas ao regulado no ordenamento jurídico, que têm potencial de promover uma ressocialização e readaptação mais eficazes do indivíduo na sociedade e, por outro lado, prevenir a reincidência (ou seja que este venha a praticar crimes da mesma espécie). A propósito desta premissa apresentada na Directiva 93/2011/EU⁵⁶, “*Devem ser propostos às pessoas condenadas ou acusadas de crimes sexuais contra crianças programas específicos destinados a reduzir os riscos de reincidência. Estas pessoas devem também ser avaliadas para determinar o perigo que representam e os riscos de reincidência.*”

Ambas as alternativas apresentadas se situam na perspectiva de tratamento do agente pedófilo e na possibilidade de este deixar de ser influenciado pelo transtorno sexual de que padece, e conseqüentemente tornar-se apto para viver em sociedade.

4.2.1. CASTRAÇÃO QUÍMICA

Na actualidade, está em voga uma prática de castração química nos indivíduos condenados pela prática de crimes de índole sexual.

A castração química é um processo distinto da castração física, na medida em que não envolve a mutilação dos órgãos genitais (testículos ou ovários). A castração física é praticada no âmbito terapêutico (por exemplo, para cura de cancro testicular e até para mudanças de sexo). Historicamente, a castração física foi utilizada como tortura vexante, como prática religiosa (*castrandi*, que consistia na castração física a homens para estes cantarem na igreja com voz aguda), mas também como sanção (Lei de Talião – quem praticava crime sexual era condenado a sanção com efeito semelhante).

A castração química é um processo químico que tem o mesmo efeito da castração física. Esta envolve a administração de substâncias químicas no sentido de induzir a diminuição da libido e conseqüentemente dos impulsos sexuais. Todavia, não é verdade que a prática de crimes sexuais, nomeadamente o abuso sexual de crianças, seja

⁵⁶ Síntese da Directiva 2011/93/UE – <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aj10064>. Acesso em: 25 de Outubro de 2017

reconduzível apenas a uma satisfação *libinosa*, pois o transtorno não é somático, mas sim psicossomático.

É possível ter acesso a este tipo de tratamento, voluntariamente, nos estabelecimentos de saúde e equiparados. O que se está a questionar é se este tratamento é passível de ser imposto aos agentes pedófilos condenados. A castração física está irremediavelmente excluída, pois consiste numa incapacitação permanente do indivíduo (que ficará sem órgãos genitais/reprodutores), o que consistiria numa violação grave da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Integridade Pessoal, consagrados na Constituição da República Portuguesa, em concreto nos artigos 1º e 25º número 2.

A sanção (penal) de castração química é aplicada em ordenamentos jurídicos como o dos Estados Unidos da América e Canadá. Em Portugal, esta terapia é passível de ser aplicada com o consentimento do agente condenado.

É reconhecida a eficácia da castração química na diminuição da criminalidade sexual. Porém, esta medida, a ser implementada, cumpriria o propósito de minorizar a reincidência nestes tipos de ilícito sem, contudo, promover a reabilitação do condenado na sociedade.

4.2.2. PROGRAMA DE INTERVENÇÃO A AGRESSORES SEXUAIS DE CRIANÇAS

Importa mais uma vez considerar que “(...) o «pedófilo» *sofre de uma «parafilia», uma perversão, no sentido de que se sente eroticamente atraído de forma compulsiva e exclusiva por crianças, o que, sem lhe retirar lucidez, poderá atenuar a sua responsabilidade, são justamente os delinquentes onerados por qualquer tendência para o crime os mais perigosos, os mais necessitados de socialização e aqueles de que a sociedade tem de se defender mais fortemente.*”⁵⁷ É possível que a socialização do indivíduo e a defesa da sociedade sejam alcançados com um acompanhamento especializado e focado no tratamento do indivíduo? A resposta é afirmativa, como infra se verifica.

⁵⁷ . Ac. STJ de 22-04-2015

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/594456bf3125e18f80257e3000345fa0?OpenDocument&Highlight=0,estupefacientes>

As indicações do direito europeu são claras no que toca à implementação de programas para o combate da reincidência e para a reabilitação do recluso:

“A fim de prevenir o abuso sexual e a exploração sexual de crianças, deverão ser propostos aos agressores sexuais programas ou medidas de intervenção especificamente a eles destinados. Esses programas ou medidas de intervenção deverão adoptar uma abordagem ampla e flexível, centrada nos aspectos médicos e psicossociais, e ser de carácter facultativo. Esses programas ou medidas de intervenção devem ser entendidos sem prejuízo dos programas ou medidas de intervenção impostos pelas autoridades judiciais competentes.

Esses programas ou medidas de intervenção não constituem um direito imediato. Cabe aos Estados-Membros decidir quais são os programas ou medidas de intervenção adequados.

Para prevenir e minimizar a reincidência, os agressores sexuais deverão ser sujeitos a uma avaliação da perigosidade que representam e dos eventuais riscos de reincidência de crimes sexuais contra crianças. Certos aspectos relacionados com essa avaliação, como o tipo de autoridade competente para determinar e efectuar a avaliação ou o momento, durante ou após o processo penal, em que a avaliação deverá ser feita, bem como a aplicação prática dos programas ou medidas de intervenção oferecidos após essa avaliação, deverão ser compatíveis com os procedimentos nacionais. Com o mesmo objectivo de prevenir e minimizar a reincidência, os agressores sexuais deverão também ter acesso, a título voluntário, a programas ou medidas de intervenção eficazes. Esses programas ou medidas de intervenção não deverão interferir com os regimes nacionais criados para o tratamento de pessoas com distúrbios mentais.”⁵⁸.

A disposição normativa que engloba estas considerações é o artigo 24º da Directiva 2011/93/EU.⁵⁹

⁵⁸ Directiva 2011/93/UE, parágrafo 37,38 e 39

⁵⁹ Paralelamente a APAV, Parecer da APAV sobre a Proposta de Lei n.º 305/XII que procede à alteração do Código Penal, altera a Lei n.º 113/2009 de 17 de setembro e cria o sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor: “É (...) fundamental intervir junto dos agressores sexuais. Paralelamente à sua responsabilização penal devem ser implementados programas para a prevenção da reincidência especializados tendo em conta o tipo de crime, a idade e a fase de desenvolvimento. (...) Estes programas devem ser implementados nos estabelecimentos prisionais (...). Devem ser disponibilizados aos profissionais destes estabelecimentos encarregues de intervir junto dos agressores instrumentos específicos de avaliação da reincidência de crimes sexuais, para que possam cumprir a sua função de modo cientificamente sustentado.”

É da competência da Direcção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais “promover, desenvolver e coordenar programas de tratamento adequados ao perfil criminológico e psicológico e às necessidades de reinserção social e elaborar, executar e avaliar os planos individuais de readaptação social”⁶⁰, o que significa que existem programas específicos aplicados a certos tipos de criminalidade/criminosos no âmbito prisional (por exemplo o Programa de Intervenção em Delitos Estradais⁶¹).

O programa, efectivamente, existe – Programa de Intervenção dirigido a Agressores Sexuais – implementado, a título experimental, em dois Estabelecimentos Prisionais (Carregueira e Paços de Ferreira) entre Novembro de 2008 e Maio de 2009. “Trata-se de um Programa de grau de intensidade Elevado, de cariz psico-reabilitativo, que visa a flexibilização de crenças e estruturas cognitivas disfuncionais, com vista à prevenção da reincidência e redução do impacto desta tipologia de crimes nas vítimas em particular e na sociedade em geral.”⁶². Actualmente, está em execução em alguns estabelecimentos prisionais.

No entanto, o eco da aplicação desta medida terapêutica não é, nem será, o desejado, pois, tal como sugerido pela Directiva 2011/93/EU, os programas de reabilitação são de cariz voluntário/facultativo. Os dados estatísticos apresentados em peças jornalísticas⁶³ são representativos da escassa adesão ao tratamento.

Ultimando, a medida de tratamento através de programas de acompanhamento é provida de grande potencial na prevenção da reincidência, mas, mais importante, na reabilitação do indivíduo. A potencialidade do(s) programa(s) só será aumentada aquando da obrigatoriedade da sua aplicação.

4.2.3. PLANO DE REINserÇÃO SOCIAL

Do artigo 54º do Código Penal consta o *plano de reinserção social*, que é aplicado aos casos de *suspensão da execução da pena de prisão* (artigos 50º e seguintes do CP).

⁶⁰ Artigo 3º alínea k) do Decreto-Lei n.º 215/2012 de 28 de Setembro

⁶¹ Direcção-Geral dos Serviços Prisionais - <http://www.dgsp.mj.pt/>. Acesso em: 25 de Outubro de 2017

⁶² Avaliação ao Projecto Piloto, disponível em <http://www.dgsp.mj.pt/>. Acesso em: 28 de Outubro de 2017

⁶³ <http://www.asjp.pt/2012/06/09/morada-de-pedofilos-vai-ser-revelada-a-escolas-e-vizinhos/>. Acesso em: 27 de Novembro de 2017

<http://www.asjp.pt/2013/09/16/terapia-a-criminosos-feita- apenas-em-tres-cadeias-e-so-se-reclusos-aceitarem/>. Acesso em: 27 de Novembro de 2017

<https://www.jn.pt/opiniao/pedro-bacelar-de-vasconcelos/interior/abuso-de-criancas-2609812.html?id=2609812>. Acesso em: 27 de Novembro de 2017

Nos termos do número 1 “*o plano de reinserção social contém os objectivos de ressocialização a atingir pelo condenado, as actividades que este deve desenvolver, o respectivo faseamento e as medidas de apoio e vigilância a adoptar pelos serviços de reinserção social.*”.

Quanto a este ponto, importa sublinhar a necessidade de que as *medidas de apoio* estejam em consonância com as necessidades do agente, pelo que, será conveniente uma programação específica para parafílicos/pedófilos.

4.2.4. ALTERAÇÃO À LEI

A finalidade desta análise consiste na procura de alternativas ao instituído no nosso ordenamento, primordialmente quanto à consequência jurídica do crime de abuso sexual de crianças. As alternativas *supra* descritas assentam na perspectiva do tratamento do indivíduo e consequente reabilitação/ressocialização.

Concluiu-se que a intervenção junto dos reclusos condenados pela prática do crime previsto no artigo 171º do Código Penal e que padeçam de pedofilia é na sua origem deficitária, pois carece de consentimento por parte dos mesmos. Por isso, é gritante a análise da legislação em causa. Nas palavras de Taipa de Carvalho, “*o direito penitenciário, enquanto modo de execução da pena de prisão (...), não pode ser visto como um apêndice secundário e estranho ao direito penal. Bem pelo contrário, é nele que se joga e realiza, ou não, o sucesso ou o fracasso da política criminal, especialmente quando esta acentua a função ressocializadora da pena.*”⁶⁴. As vias de alteração da legislação situam-se em pontos distintos: o primeiro é legislar no sentido de tornar o tratamento uma pena acessória (para este caso específico) e o segundo é retirar a exigência de adesão por parte do recluso para aplicação do plano individual de readaptação.

Para a primeira via, é necessária uma alteração ao Código Penal que crie como pena acessória o tratamento para quem praticou o crime previsto no artigo 171º do mesmo. A competência para legislar neste caso é relativa da Assembleia da República (artigo 165º número 1 alínea d) CRP) e do Governo (artigo 198º número 1 alínea b) CRP). Os problemas podem surgir no âmbito dos princípios subjacentes ao Direito Penal.

⁶⁴ TAIPA DE CARVALHO, Américo – Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime

4.3. PREVENÇÃO

O último ponto é sobre a prevenção, no seu sentido literal, ou seja, a prevenção da prática de crimes de abuso sexual de crianças. A prevenção da criminalidade não pode ser feita única e exclusivamente através do direito penal, pois, como afirma Germano Marques da Silva, é imprescindível “(...) *que a sociedade crie condições de liberdade, isto é, condições em que a escolha da conduta conforme aos imperativos da lei seja razoavelmente exigível.*”⁶⁵

A Directiva 2011/93/EU, no artigo 22º, estabelece que “*Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que as pessoas que tenham poder vir a cometer um dos crimes referidos nos artigos 3º a 7º (crimes relativos ao abuso sexual, à exploração sexual, à pornografia infantil e ao aliciamento de crianças para fins sexuais) possam ter acesso, quando tal se revele apropriado, a programas ou medidas de intervenção eficazes, destinados a avaliar e a prevenir os riscos da prática desses crimes.*”, disto sucede que existem definitivamente preocupações ao nível do agente pedófilo, apesar de estas surgirem no seio da protecção da vítima – a criança.

Claro está que o Estado tem como tarefa fundamental “*promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo (...) bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais*”, nos termos do artigo 9º alínea d) da Constituição da República Portuguesa. Por outro lado, também incumbe ao Estado “*garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação*”, como previsto no artigo 64º número 3 alínea a) da Constituição da República Portuguesa.

A questão subjacente quanto à “prevenção da pedofilia” coloca-se no ao nível do indivíduo que sofre da parafilia e não ao nível da (possível) vítima do crime. Já existem inúmeras respostas de prevenção do lado da vítima / criança, quer na educação (estabelecimentos escolares), nos media (campanhas de sensibilização), em organismos especializados⁶⁶ e também nos órgãos policiais (PSP e GNR).

⁶⁵ MARQUES DA SILVA, Germano – Direito Penal Português, Parte Geral, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança. pág. 295

⁶⁶ Exemplo: Instituto de Apoio à Criança (IAC)

É importante que, no âmbito dos serviços de saúde e de apoio psicopatológico, sejam criados instrumentos de acompanhamento aos indivíduos que tenham a parafilia pedofílica e que seja desmistificada a existência de um real transtorno. Tal mudança promoverá, por certo, a quebra na estigmatização do assunto, que é, actualmente, alvo de elevado preconceito por parte da sociedade.

Por fim, a eficácia da prevenção trará a redução da criminalidade em torno do abuso sexual de crianças e, conseqüentemente, a paz social, *“e certamente que será bem mais económico e mais gratificante para todos prevenir a criminalidade pela extirpação das suas causas principais do que pela recuperação dos que nela caíram e muitas vezes recairão se as causas se mantiverem.”*⁶⁷.

⁶⁷ MARQUES DA SILVA, Germano – Direito Penal Português, Parte Geral, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança. pág. 294

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, quanto à contextualização histórico-legal do fenómeno da pedofilia, é possível concluir que a evolução do conceito de criança e, paralelamente, a criminalização de determinadas condutas sexuais conduziram ao cenário actual. A criança tornou-se um bem digno de tutela a vários níveis (constitucional, penal, institucional etc.), o que determinou em concreto que a sua liberdade sexual e autodeterminação sexual fossem tuteladas no âmbito do ordenamento jurídico-penal (no artigo 171º e seguintes do Código Penal). O Direito Internacional e o Direito Europeu foram precursores das mudanças do paradigma do Direito Penal, através de várias peças normativas. Por outro lado, como é sabido, o Direito e a Sociedade caminham lado a lado, pelo que, a mudança nos padrões da Sociedade promoveram as mudanças na legalidade penal.

No que concerne ao conceito de Pedofilia, importa frisar que, apesar dos estereótipos que existem (por exemplo, que o indivíduo pedófilo é necessariamente criminoso), estamos perante uma parafilia, assim mundialmente classificada, e que esta tem de ser alvo de atenção nos âmbitos, jurídico e social. *“Um transtorno parafilico é uma parafilia que está causando sofrimento ou prejuízo ao indivíduo ou uma parafilia cuja satisfação implica dano ou risco de dano pessoal a outros. Uma parafilia é condição necessária, mas não suficiente, para que se tenha um transtorno parafilico, e uma parafilia por si só não necessariamente justifica ou requer intervenção clínica.”*⁶⁸. Este fenómeno é um assunto recorrente, na actualidade, na procura de respostas clínicas e terapêuticas e também na prevenção da prática de delitos penais.

Directamente relacionado com o conceito de pedofilia está a legislação penal que regula os tipos incriminadores de abuso sexual de crianças. Como verificado, o leque de condutas que se enquadram na temática da pedofilia é vasto. O tipo de ilícito que foi o foco deste trabalho foi o crime de abuso sexual de crianças previsto no artigo 171º do Código Penal. A norma analisada foi alvo de diversas alterações e consubstancia a tutela penal da liberdade sexual e da autodeterminação sexual dos menores de 14 anos. A doutrina diverge em certos aspectos (bem jurídico tutelado e natureza do crime), mas há consonância quanto à imprescindibilidade de sanção penal para as condutas previstas no preceito legal.

⁶⁸ American Psychiatric Association - Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais

A temática que mais releva neste trabalho é a da consequência jurídica do crime (previsto no artigo 171º do CP), que se traduz na aplicação de uma pena de prisão ou de uma medida de segurança. A pena de prisão, como última *ratio* da política criminal, é a que suscita a demanda da procura de alternativas. A política criminal evoluiu, à luz dos princípios constitucionais, para que a pena de prisão se aplicasse no mínimo e no essencial para a satisfação dos fins de prevenção (geral e especial), sem desconsiderar a premissa de reintegração do agente na sociedade. Paralelamente, aos casos em que não é possível culpabilizar o agente, nomeadamente no caso de inimputabilidade, existe a medida de segurança. Ao caso do agente pedófilo, que comete o crime previsto no artigo 171º do Código Penal, e sendo este considerado inimputável em razão de anomalia psíquica, é aplicada a medida de segurança prevista nos artigos 91º e seguintes do Código Penal. Pertinente é referir a Lei 36/98, de 24 de Julho – Lei da Saúde Mental, que “*estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental.*”⁶⁹, e que reflecte a protecção do doente mental no ordenamento jurídico português (para além da prática de crimes).

Outro assunto de elevada importância é a pós consequência jurídica do crime, que *a priori* se consideraria uma matéria de cariz unicamente social/sociológico. Porém, o nosso ordenamento jurídico ainda actua no âmbito do registo criminal, especificamente no regime de identificação e registo criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor. O regime especial para este tipo de criminosos destaca a relevância social deste tipo de criminalidade, pois considerou-se necessário “sinalizar” os agentes condenados. Não cabe aqui desenvolver esta temática, nomeadamente quanto à (in)constitucionalidade do instrumento, mas sim, referir que é possível atenuar essa necessidade de sinalização. Não é possível retirar importância (social) ao fenómeno da pedofilia, mas será possível descobrir que, há semelhança de outros tipos de criminalidade (por exemplo roubo ou homicídio), o agente, quando liberto, está apto para viver na sociedade e não praticar consequentes/reincidentes condutas criminosas.

Finalmente, o desígnio deste estudo é o levantamento de alternativas no cumprimento de pena de prisão. A execução de penas decorre nos termos legalmente

⁶⁹ Artigo 1 da Lei 36/98, de 24 de Julho

previstos, pelo que, o Plano Individual de Reabilitação Social e o Tratamento Prisional merecem especial atenção. O Plano Individual de Reabilitação Social é o instrumento que, personalizada e individualmente, estabelece os termos e condições do cumprimento da pena do agente condenado. O Tratamento Prisional tem por base o próprio plano acima descrito, e é, em concreto, o conjunto de medidas aplicadas a cada recluso (artigos 67º, 68º, 69º e 70º da Lei 51/2011 de 11 de Abril). Qualquer tratamento (aqui no sentido de terapia medicinal e/ou psicológica) é efectuado com consentimento do próprio recluso.

As alternativas encontradas ao legalmente instituído foram a castração química e a existência de um programa terapêutico especificamente para o tipo de ofensor sexual pedófilo. A castração química, que é voluntariamente acessível, não nos parece a resposta ideal pois, apesar de ser considerada uma medida com efeitos ao nível da reincidência, não é, de todo, precursora da reabilitação social do recluso. Assim, é de considerar completamente correcta e opção legislativa de, voluntariamente, ser uma via de tratamento (ao invés de ser imposta ao recluso parafílico). O programa de intervenção a agressores sexuais (que sofrem do transtorno pedofilico), por outro lado, considera-se a via alternativa ao (simples) cumprimento de pena privativa da liberdade. É preciso, contudo, ter muita atenção aos termos e condições em que é imposto o tratamento ao recluso. Como é conhecido, o pilar do Direito é a Dignidade da Pessoa Humana, isto significa que “(...) (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais.”⁷⁰. Daqui decorre necessariamente que o recluso não pode ser o objecto do tratamento mas o fim (ainda que não seja o único) do mesmo. A alteração legislativa que implique o tratamento (ou como pena acessória ou independentemente do consentimento do recluso) é possível, se, e só se, o perigo para a comunidade for manifestamente elevado. Como princípio constitucional fundamental, a Dignidade da Pessoa Humana é limite do poder legislativo. Não sendo só o Direito que contribui para as condições “dignas” dos indivíduos na sociedade, apela-se à *prevenção literal* do problema, parando de estigmatizar e tornando possível a habilitação, para a vivência em sociedade, das pessoas que padecem de pedofilia.

Conclui-se, portanto, que o fenómeno da pedofilia é um tema em constantes discussão e evolução, pelo que, só através de um conjunto de esforços - jurídico, social e

⁷⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, VITAL, Moreira – Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1º a 107º, pág. 198

económico - é possível vislumbrar um panorama melhor (para os indivíduos pedófilos e para as vítimas dos crimes de pedofilia).

Bibliografia

ALEXANDRINO, José de Melo – «Os direitos das crianças», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, 2008.

ALMEIDA, Ana Catarina Entrudo Pires de – *Abuso Sexual de Crianças: Crenças Sociais e Discursos da Psicologia*, Instituto de Educação e Psicologia, Braga, 2003.

ALMEIDA, M. Simões de – «Internamento compulsivo de doentes portadores de anomalia psíquica grave: dificuldades e constrangimentos do tribunal», *Revista do Ministério Público*, nº 127, Julho-Setembro, 2011.

ALMEIDA, M. Simões de – «Intervenções Legais como forma de proteger o doente com patologia dual», *Revista do Ministério Público*, nº134, Abril – Junho, 2013.

American Medical Association – *Diagnostic and Treatment – Guidelines on Elder Abuse and Neglect*, American Medical Association, Washington, 1992.

ANTUNES, Maria João – «Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores, Intervenção», *Jornadas de Direito Penal – Crimes no seio da família e sobre menores*, Ponta Delgada, 2010.

BALTIERI, Danilo Antonio – *Consumo de álcool e outras drogas e impulsividade sexual entre agressores sexuais*, São Paulo, 2005.

BELEZA, Teresa Pizarro – «Sem sombra de pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Pena», *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, vol. I. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996.

CABRAL, Ana Sofia, MACEDO, António, VIEIRA, Duarte Nuno – «Da Psiquiatria ao Direito», *Julgar*, nº7, 2009.

CAPINHA, Marta, RIJO, Daniel – «A Reabilitação dos Agressores Sexuais: dos moldes tradicionais de reabilitação ao programa português para Agressores de Violência Doméstica (PAVD)», *Ousar e integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, nº11, 2012.

CAPRI, Paolo, JARIA, Antonino – *La Pedofilia: Aspetti Psichiatrico – Forensi e Criminologici*, Giuffré Editore, 1988.

CARMO, Rui do, ALBERTO, Isabel, GUERRA, Paulo – *O Abuso Sexual de Menores: Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*, Coimbra: Almedina, 2006.

CASEMIRO, Carlos – «Crime de abuso sexual de criança art.º 171º nº 3 b do Código Penal (actuar sobre menor de 14 anos por meio de conversa pornográfica): Rejeição parcial da acusação; Acusação manifestamente infundada, (factos não consubstanciam crime)», *Revista do Ministério Público*, nº 128, Outubro-Dezembro, 2011.

CASTILHOS, Daniela Serra, GUIMARÃES, Ana Paula – «O crime de Importunação Sexual no Código Penal Português», *III Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia: cidadania, justiça e controle social – III Mostra de trabalhos científicos*, 2015.

COSTA, Ana Sofia Almeida – *Os Crimes Contra a Autodeterminação Sexual na justiça penal portuguesa*, Projecto de Graduação, Universidade Fernando Pessoa-Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Porto, 2012.

DEVILLY, Grant J., MIHAILIDES, Stephen, WARD, Tony – «Implicit Cognitive Distortions and Sexual Offending», *Sexual Abuse, A Journal of Research and Treatment*, vol.16, nº4, 2004.

DIAS, Maria do Carmo – «Notas Substantivas Sobre Crimes Sexuais Com Vítimas Menores de Idade», *Revista do CEJ*, n.º15, 1º semestre, 2011.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – «Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», *Revista do Ministério Público*, nº 136, Outubro – Dezembro, 2013.

FALCÃO, Maria João Silva – *O registo de ofensores sexuais: Perceções e Atitudes dos órgãos de polícia Criminal portugueses: PSP, GNR e PJ*, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2015.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de – *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Questões Fundamentais da Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, 2011.

FERREIRA LEITE, Inês – *Pedofilia – Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2011.

FERREIRA LEITE, Inês, «A tutela penal da liberdade sexual», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº1, Janeiro – Março, 2015.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa; MACHADO, Carla – «Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores», *Revista do Ministério Público*, nº 106, Abril – Junho, 2006.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa, SOEIRO, Cristina – «O Estado de Arte do Conceito de Psicopatia», *Análise Psicológica*, XXVIII, 2010.

LOPES, Maria Francisca Farinhas de Rebocho – *Caracterização do Violador Português: Um estudo exploratório*, Universidade do Porto, 2006.

MARQUES DA SILVA, Germano – *Direito Penal Português, Parte Geral, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*, Vol. 3, 2ª edição, Editorial Verbo, 2008.

MARTINS, Ana Carolina Fiúza Pesca de Sousa – *Violência Conjugal: A Psicopatia numa amostra de Agressores Conjugais Encarcerados*, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2013.

PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro – *O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes: Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da in experiência da vítima*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

PAZ, Bárbara Bisogno – *A Castração Química como forma de punição para os criminosos sexuais*, Faculdade de Direito da Pontifícia da Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013.

PENQUE, Natália de Andrade – *Castração Química nos Casos de Crimes Sexuais cometidos por Pedófilos*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2012.

PEREIRA, Ana Rita Lopes – *Intervenção Social em Casos de Abuso Sexual a Menores*, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2006.

PEREIRA, A. & GONÇALVES, R. – «Distorções cognitivas em agressores sexuais», *Ousar Integrar - Revista de Reinscrição Social e Prova*, 2009.

- PEREIRA, Carolina dos Santos Silva Gonçalves – *Caracterização Da População Inimputável Em Medida De Segurança*, Universidade Católica do Porto, Porto, 2012.
- PEREIRA, Frederico Valdez – *Perturbação dos Impulsos – Crimes Sexuais*, Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.
- RAMOS, João Palma – «Abuso Sexual de Crianças (motivação de recurso)», *Revista do Ministério Público*, nº 131, Julho-Setembro, 2013.
- RIBEIRO, Sandra – *O Abuso Sexual entre menores, Uma abordagem entre o Direito e a Psicologia*, Universidade Católica Portuguesa, 2014.
- SILVA, Cátia Daniela Ferreira da Silva – *Diferenças Culturais e Abuso Sexual: Reflexão acerca dos Casamentos com meninas de etnia cigana*, Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2013.
- SILVA, Karen Elódia Brito da – *Abuso Sexual de Crianças: Aspectos Jurídicos a ponderar no âmbito da perícia médico-legal*, Universidade de Coimbra, 2010.
- SILVA, Liliana Sobral Lopes da Silva – *Estratégias de Prevenção e Intervenção em Agressores no contexto de abuso sexual*, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2007.
- SOEIRO, Cristina – «Perfis criminais e crime de abuso sexual de crianças – Caracterização de uma tipologia para a realidade portuguesa», *Ousar integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, n.º 4, 2009.
- SOUSA, Ana Paula da Costa Martins de – *O Crime de Abuso Sexual de Menores Dependentes: uma análise crítica*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo – *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008.
- VIEIRA, Sandra Mónica de Almeida – *Ofensores Sexuais: Das Crenças ao Estilo*, Universidade do Minho, 2010.