



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES DE 14 ANOS

UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 171.º DO CP

Liliana Soares Cardoso

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**CRIMES SEXUAIS CONTRA
MENORES DE 14 ANOS**

UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 171.º DO CP

Liliana Soares Cardoso

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal sob a orientação da
Professora Doutora Conceição Ferreira da Cunha

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

– Arthur Schopenhauer

AGRADECIMENTOS

Este é o momento para deixar um agradecimento simbólico a todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento pessoal e académico.

Aos meus Pais, pelo amor, apoio e carinho incondicional. Porque as minhas conquistas são, também, as conquistas deles e sem eles nada disto seria possível ou sonhável. Por rirem comigo e chorarem comigo. À minha Mãe, Natércia, por nunca me deixar desistir, por acreditar em mim até quando eu não o consigo fazer. Ao meu Pai, Mário, pela palavra amiga e por sempre me incentivar a seguir os meus sonhos. A eles tudo devo.

À minha Irmã e melhor amiga, Cláudia, por tudo o que já fez e irá certamente continuar a fazer por mim, um obrigada não chega. Pela palavra amiga que tanto gosto de ouvir, pelo abraço apertado nos momentos certos. Por nunca desistir de mim. Pela certeza de olhar para trás e ela estar lá.

Ao Rui, por todo o amor, carinho e amizade. Pela sua invariável presença, por toda a sua paciência, por me amparar nas quedas e viver cada conquista minha como se de uma dele se tratasse.

A toda a minha Família, que sempre me ajudou e aconselhou.

A todas as minhas Amigas que, ao longo de todos estes anos, com a sua amizade, afeto e compreensão mostraram o verdadeiro significado da palavra amizade.

A todos os docentes que me acompanharam ao longo dos últimos seis anos, quer na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, quer na Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, pelo enorme contributo para a minha formação académica.

Por fim, mas em primeiro lugar, à Professora Doutora Conceição Ferreira da Cunha, pela sua orientação, o seu apoio, as suas correções, sugestões e críticas. Pela simpatia e disponibilidade, mas sobretudo por todo o conhecimento transmitido.

A todos, o meu sincero obrigada.

RESUMO

Analisámos a evolução dos crimes sexuais, desde a sua ligação aos crimes contra a moral e bons costumes, até à sua qualificação como um verdadeiro crime contra as pessoas.

Concluímos que, atualmente, a liberdade e autodeterminação sexual são os bens jurídicos a proteger nos crimes sexuais, mas questionámos se estes bens jurídicos coincidem com os bens jurídicos tutelados nos crimes sexuais praticados contra menores de idade, em especial os menores de 14 anos.

Estudámos o conceito de criança, a importância dos instrumentos internacionais para a determinação deste conceito e a criança no ordenamento jurídico interno. Assim como a maioridade sexual e a proteção dos menores nos crimes sexuais seguindo o critério do limite etário.

Observámos também a evolução da letra do artigo 171.º do CP – “abuso sexual de crianças”, desde 1995 até à atualidade e a análise ao artigo atual.

Finalizamos o estudo com as críticas que surgem do artigo, tal como ele se encontra redigido. Assim, a epígrafe e o limite etário de 14 anos. Também a aplicação da Secção I a menores, a relevância do “consentimento” ou dissentimento do menor na prática de atos sexuais (problema das molduras legais aplicáveis) e a remissão que é feita para o art. 170.º do CP. A possibilidade de eliminar ou de autonomizar a Secção II para uma maior proteção dos menores neste âmbito e, por fim, a importância do papel do julgador quando estão em causa crimes sexuais praticados contra crianças.

Palavras-chave: crimes sexuais; abuso sexual; bens jurídicos; menores; criança.

ABSTRACT

We have analysed the chronological evolution of sexual crimes, since its connection to crimes against morals and good practices, to its qualification as a true crime against individuals.

We have concluded that sexual freedom and self-determination are the legal assets to be protected in sexual crimes, but we pose the question of realizing if this legal assets coincide with the protected legal asset in sexual crimes perpetrated against underage individuals, particularly those under 14 years of age.

Furthermore, we have studied the concept of "child", the importance of international instruments to its determination and the child in the context of the internal legal framework. As well as the age of sexual consent and the protection of minors regarding sexual crimes, following the age limit criteria.

We have also observed the evolution of article 171 of the CP (Criminal Code) - "sexual abuse of children", since 1995 to the present and an analysis of the current article.

We have finalised this study with the criticisms that arise from the article as it is drafted. As such, the epigraph and the age limit of 14 years old, as well as the application of Section I to minors, the relevance of "consent" or dissent from the minor in the practice of sexual acts (the question of the applicable legal frameworks) and the mention to article 170 of the CP. The possibility of eliminating Section II or making it autonomous for a larger protection of minors in this scope and, at last, the importance of the judge's part when dealing with sexual crimes perpetrated against children.

Keywords: sexual crimes; sexual abuse; legal assets; minors; child.

Índice

LISTA DE ABREVIATURAS.....	9
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – Enquadramento Jurídico Dos Crimes Sexuais	12
1. Evolução Histórica dos Crimes Sexuais.....	12
2. Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais (em especial nos crimes sexuais contra menores)	14
2.1. O Bem Jurídico ou Os Bens Jurídicos?	15
3. A Criança e Menor na Lei Penal Portuguesa: Maioridade e Limites Etários	20
CAPÍTULO II: O Artigo 171.º do CP	28
1. Evolução do Preceito Legal.....	28
2. Análise ao Artigo 171.º do CP	29
CAPÍTULO III – Os Problemas e as Críticas ao Artigo 171.º do CP	36
1. A Epígrafe	36
2. O Limite Etário.....	37
3. A Secção I	37
4. O Consentimento <i>vs.</i> Dissentimento do Menor.....	40
4.1. Qual a Secção a Aplicar? – A problemática da moldura legal	42
5. A Remissão para o Artigo 170.º CP	44
6. Necessidade <i>vs.</i> Autonomização da Secção II	46
7. O Julgador	48
CONCLUSÃO.....	49
BIBLIOGRAFIA	52
JURISPRUDÊNCIA.....	57

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Cap. – Capítulo

CC – Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto Lei

I.e. – Isto é

MP – Ministério Público

N.º - Número

P. – Página

P. ex. – Por exemplo

RC – Relação de Coimbra

RL – Relação de Lisboa

RP – Relação do Porto

Ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Vs. – Versus

INTRODUÇÃO

Um dos temas jurídico-penais mais relevante na atualidade é o dos crimes sexuais, em especial os crimes sexuais praticados contra crianças. Este fenómeno remonta à época da Antiguidade e prolonga-se até hoje, estando previsto no art. 171.º do CP – “abuso sexual de crianças”. Ainda assim, o mesmo foi alvo de sucessivas alterações legislativas, quer pela evolução da sociedade e da cultura em que nos inserimos, quer pelo grande impacto que instrumentos internacionais tiveram no ordenamento jurídico interno, em especial a Convenção sobre os Direitos da Criança.

O crime de abuso sexual de crianças pode ser definido como “o envolvimento do menor em práticas que visam a gratificação e satisfação do adulto ou jovem mais velho, numa posição de poder ou autoridade sobre aquele. Trata-se de práticas que o menor, dado o seu estágio de desenvolvimento, não consegue compreender e para as quais não está preparado, às quais é incapaz de dar o seu consentimento informado”¹.

Assim, na presente dissertação, pretendemos desenvolver o tema crimes sexuais praticados contra menores de 14 anos e o principal objetivo será a realização de uma análise ao tipo legal 171.º do CP, bem como saber quais os problemas que deste emergem. Para cumprir tal desígnio, o estudo foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo é feito um enquadramento jurídico do tema, com uma breve referência à evolução dos crimes sexuais, que deixaram de ser vistos como crimes contra a ética e a moral, para passarem a constar dos crimes contra as pessoas, depois analisámos o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, com maior incidência no bem jurídico protegido na Secção II e, por fim, é feita ainda uma referência ao conceito de “criança”, à importância dos instrumentos internacionais nesta temática, ao problema da maioridade sexual em Portugal e à diferente proteção atribuída à criança, nos crimes sexuais, segundo o critério da faixa etária.

No segundo capítulo encontrámos a evolução da letra do art. 171.º do CP, desde 1995 até à redação atual e, posteriormente, a análise ao art., onde é apresentada a noção de abuso sexual de crianças, a natureza do crime, os tipos objetivos e subjetivos de ilícito, as molduras legais aplicáveis e as penas acessórias.

¹ RIBEIRO, 2009, p. 52.

Por fim, no terceiro e último capítulo, são levantadas algumas críticas e problemas que emergem do art. tal como ele se encontra redigido, assim da sua epígrafe, do limite etário de 14 anos, da aplicação da Secção I a menores, da relevância do “consentimento” ou dissentimento do menor na prática de atos sexuais (problema das molduras legais aplicáveis), da remissão que é feita para o art. 170.º do CP, a possibilidade de eliminar ou de autonomizar a Secção II para uma maior proteção dos menores neste âmbito e salientando a importância do papel do julgador quando estão em causa crimes sexuais praticados contra crianças.

Este estudo foi realizado com base numa pesquisa doutrinal e jurisprudencial, da qual foi feita a devida e honesta referência. Mas, ainda assim, tentámos trazer à colação um contributo pessoal, através da demonstração da nossa posição jurídica, com a devida justificação.

CAPÍTULO I – Enquadramento Jurídico Dos Crimes Sexuais

1. Evolução Histórica dos Crimes Sexuais

Historicamente, as incriminações sexuais surgiram no âmbito dos crimes contra as ofensas aos costumes, ao pudor e à moralidade sexual da sociedade em geral, sem que fosse necessário existir uma vítima em concreto do crime praticado. Estavam por isso, quer no CP de 1852 quer no CP de 1886, inseridos no capítulo dos “Crimes Contra a Honestidade”, onde o bem jurídico tutelado era um bem *supra* individual, a proteção de toda a sociedade. Assim, “o ascendente do direito romano, e mais tarde do direito canónico, converteu o nosso ordenamento jurídico-penal numa amálgama de sentimentos moralistas (...)”², visto estar em causa um “conjunto de infrações penais que têm em conjunto a sua estreita relação com a vida sexual e as normas morais que a regem numa certa coletividade e em um dado momento histórico”³.

Mais tarde, em 1966, o Projeto do CP de 1966 tipificou a criminalidade sexual nos “Crimes Contra os Costumes” e, apesar de se continuar a fazer valer os critérios moralistas, a “verdade é que se tratou de uma codificação bastante liberal para a época, mantendo ainda assim a tradição do anterior Código”⁴. Com revisão de 1982, pelo DL n.º 400/82 de 23 de setembro⁵, o CP português foi tentando aproximando-se, ainda que de forma tímida, do conceito atual de crimes sexuais, sem conseguir romper com as conceções anteriores, continuando a aludir a filosofias moralistas, sendo intitulados de “Crimes Contra os Fundamentos Ético-Sociais da Vida Social”.

É com a reforma do CP de 1995 que as incriminações sexuais deixam totalmente de ser configuradas como atentados aos “fundamentos ético-sociais da vida social”, para passar a serem considerados “crimes contra as pessoas”. Este Código veio colmatar as insuficiências deixadas pela lei penal anterior, deixando-se de associar na sua plenitude os crimes sexuais aos “sentimentos gerais da moralidade sexual”. A sistematização dos crimes sexuais “fundou-se na ideia de que jamais se poderiam criminalizar os

² ABRUNHOSA 2015, p. 10 e 11.

³ DIAS, 1983, p. 1373.

⁴ SOUSA, 2015, p. 12.

⁵ Teve por base os projetos elaborados em 1963 (parte geral) e em 1966 (parte especial), pelo Doutor Eduardo Correia, onde tentou adaptar-se a lei penal ao espírito legislativo do pós 25 de abril de 1974.

comportamentos sexuais tidos por adultos que neles livremente consentisse”⁶. Assim, a esfera de proteção das normas incriminadoras passou de um bem jurídico coletivo, para um bem jurídico individual, a liberdade de determinação sexual de cada indivíduo⁷, entendida “não só como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, como a liberdade de opção e de atuação de cada um no domínio da sexualidade e ainda o direito de cada um a não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade”⁸.

Esta mudança (essencial) de paradigma “afigura-se congruente com as valorações da nossa CRP. Numa sociedade democrática, pluralista, cabe ao Direito Penal tutelar os bens jurídicos fundamentais (que encontram a sua fonte nos valores Constitucionais), não uma determinada moral sexual, mesmo que seja uma moral sexual “maioritária”⁹. Em países de cultura democrática, como Portugal, é seguida uma linha de pensamento onde “não cabe ao Direito Penal, no domínio da sexualidade, impor um padrão rígido de comportamento, tutelar a denominada “moral sexual”, mas sim proteger a liberdade e autodeterminação sexual das pessoas”¹⁰, daí que atualmente estando em causa a atividade sexual levada a cabo por adultos, em lugar privado, agindo estes de livre vontade, aquela não deve ser punida, pois se assim o fosse estaríamos a violar o princípio da liberdade e reserva da vida privada de cada um.

Ainda assim, paralelamente e em certa medida antagonicamente a este movimento, temos vindo a observar um sucessivo alargamento da criminalização de determinadas condutas sexuais¹¹, bem como o reforço das penas de alguns crimes sexuais.¹² Mas, como refere a Autora Conceição Ferreira da Cunha, o traço essencial neste alargamento parece-nos “ser o de conceder uma tutela mais abrangente aos bens jurídicos liberdade sexual e “livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual”, aprofundando o seu significado e conteúdo, uma “maior consciencialização quanto à lesividade de condutas que atentam contra estes bens (...)”¹³, e uma “necessidade de intervenção penal, considerando também as novas formas de ataque

⁶ SOUSA, 2015, p. 11.

⁷ Por esta razão deixaram-se de punir práticas como adultério, o incesto, a homossexualidade, entre outras.

⁸ RAMOS, 1994, p. 53.

⁹ CUNHA, *Da Criminalização do “Grooming”*..., 2017, p. 400.

¹⁰ CUNHA, 2003, p. 194.

¹¹ P. ex. os crimes de coação sexual e de violação, no n.º 2 dos art. 163.º e 164.º, passaram a prever constrangimento a comportamentos sexuais graves “por meio não compreendido no número anterior.

¹² Para mais desenvolvimentos, vide CUNHA, *Da Criminalização do “Grooming”*..., 2017, p. 402 e 403.

¹³ CUNHA, *Da Criminalização do “Grooming”*..., 2017. P. 401

(crime organizado/transnacional/meios tecnológicos) e a insuficiência de outros meios de tutela (princípio da carência de tutela penal)¹⁴, e não “no sentido de se voltar a tutelar os sentimentos gerais de moralidade sexual ou os bons costume”¹⁵.

2. Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais (em especial nos crimes sexuais contra menores)

O bem jurídico é o valor socialmente protegido pela norma penal, que condiciona e limita a ação do Direito Penal que, segundo o princípio da intervenção mínima, só deve intervir quando os outros ramos do direito não se mostrem suficientes para prevenir determinadas situações graves. Assim, cabe ao Direito Penal a proteção de bens jurídicos fundamentais e a punição das condutas mais graves causadas pelo agente¹⁶.

Atualmente os crimes sexuais estão previstos no Livro II – Parte Especial, Título I – Dos crimes contra as pessoas, Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, divididos em duas secções e protegem os bens jurídicos liberdade sexual e/ou a autodeterminação sexual.

A distinção existente entre as secções prende-se com o facto de, na primeira (art. 163.º a 170.º CP), estar em causa a liberdade e a autodeterminação sexual de todas as pessoas, sem aceção à idade da vítima, havendo uma agravação no caso desta ser menor de 14 anos ou menor de 16 anos pelo art. 177.º CP, enquanto, na segunda (art. 171.º a 176.º CP), está em causa a tutela específica de menores de idade, estando essa mesma tutela graduada em razão da idade dos mesmos, conferindo assim uma maior proteção aos menores, ao criminalizar determinadas condutas que, quando praticadas com consentimento entre adultos, não constituiriam crime no ordenamento jurídico português.

Esta maior proteção deve-se ao facto de as crianças não terem capacidade para consentir validamente em relacionamentos sexuais, por serem seres naturalmente mais frágeis, que estão naturalmente mais vulneráveis e expostas, pela sua inexperiência e imaturidade, a formas de pressão, manipulação, enganos e coação por parte de adultos ou

¹⁴ CUNHA, *Da Criminalização do “Grooming”...*, 2017. P. 401.

¹⁵ *Idem*, p. 400.

¹⁶ ABRUNHOSA, 2015, p. 10.

jovens e, por isso, percebe-se a necessidade sentida pelo legislador em reservar para estes uma secção específica, onde confere um nível de proteção consoante a idade da vítima. Ainda assim, importa referir que a segunda secção aplicar-se-á quando há um “consentimento” por parte do menor (ainda que inválido) ou, pelo menos, quando a vítima menor não se tenha sentido coagida/pressionada a praticar um determinado ato sexual. Pois em relação à prática de determinados atos sexuais “não consentidos” com menores, ou através da coação dos mesmos, como veremos *infra*¹⁷, haverá a aplicação da Secção I, com a agravação da moldura legal, segundo o art. 177.^{o18} do CP.

2.1. O Bem Jurídico ou Os Bens Jurídicos?

Se não existem dificuldades doutrinárias em perceber o que se pretende proteger na Secção I e não se vislumbra complicações em perceber do que se trata quando nos referimos ao bem jurídico liberdade sexual/autodeterminação sexual, o mesmo não se verifica quando falamos do bem jurídico ou dos bens jurídicos protegidos na Secção II.

Na Secção I está em causa a proteção da liberdade sexual e/ou a autodeterminação sexual de todas as pessoas numa dupla vertente, *i.e.*, uma vertente negativa, estática, “que se traduz no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de atos para os quais não tenha manifestado concordância”¹⁹; e uma vertente positiva, dinâmica, “traduzida na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”²⁰. Se relativamente à vertente negativa do bem jurídico é unânime “uma titularidade linear e independentemente da idade, cujo limite está na incriminação fragmentária apenas nas condutas mais graves, a verdade é que é pela realização da vertente positiva da liberdade sexual do indivíduo que se vão ditando também os freios da intervenção penal”²¹. Importa perceber que “como limite para esta

¹⁷ Cap. III, ponto 5.

¹⁸ Art. 177.^o do CP, “6 - As penas previstas nos artigos 163.^o a 165.^o, 168.^o, 174.^o, 175.^o e no n.^o 1 do artigo 176.^o são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 16 anos./7 - As penas previstas nos artigos 163.^o a 165.^o, 168.^o, 174.^o, 175.^o e no n.^o 1 do artigo 176.^o são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.

¹⁹ ALFAIATE, 2009, p. 86.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*, p. 87.

vertente dinâmica, positiva, da liberdade sexual de A, teremos a proteção da vertente negativa da liberdade sexual do seu parceiro B”²².

As normas penais elencadas nesta primeira secção demonstram que a vertente positiva do bem jurídico liberdade sexual não ocupa um lugar de destaque no pensamento do legislador. Na verdade, o que este procura “é uma forma de proteger a vertente negativa da sua realização”^{23 24}.

Mas a Secção I também visa proteger outros bens jurídicos. Como p. ex., o desenvolvimento humano, a dignidade da pessoa humana, a proteção da sexualidade, como todos os outros bens jurídicos de carácter íntimo. Ora, só assim faz sentido a incriminação de crimes sexuais, uma vez que “numa sociedade democrática, pluralista como a nossa, a intervenção penal no âmbito da sexualidade, atentos os princípios da dignidade e necessidade penal (art. 18.º da Constituição da República Portuguesa), não se poderia fundamentar-se na imoralidade de uma conduta, mas sim na perturbação da liberdade e autodeterminação sexual, bens de nível constitucional, ínsitos no direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da CRP) e tendo como fundamento último o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP)”²⁵.

Esta proteção vai também ao encontro de vários documentos legais internacionais, como p. ex. o estipulado no art. 36.º da Convenção de Istambul, ao referir que todo o relacionamento sexual que não seja livremente consentido deve ser criminalizado.

Já na Secção II muitas são as dúvidas doutrinárias que se levantam no que respeita a saber qual o bem jurídico que se pretende proteger através das incriminações previstas. Estará em causa uma proteção deste duplo bem jurídico, ou seja, a liberdade e a autodeterminação sexual do menor? Ou apenas a autodeterminação sexual do menor, uma vez que este não tem capacidade para dispor da sua liberdade sexual? Ou ainda, estará em causa a proteção de mais bens jurídicos do que apenas os elencados?

²² ALFAIATE, 2009, p. 87.

²³ *Idem*, p. 88.

²⁴ E facilmente se compreende o porquê desta opção legislativa. Ao estado cabe apenas a proteção contra ofensas de terceiros à liberdade (sexual) dos seus cidadãos e, por outro lado, cada um fará por si o que entender para promover e fruir a sua sexualidade.

²⁵ CUNHA, 2016, p. 134 e 135.

Estas questões surgem primeiro “em consequência do dinamismo da sua experiência sexual, já necessariamente mais estabelecida nos adultos”²⁶, mas também “pelo desvalor autónomo das condutas relativamente ao desenvolvimento do menor e pela definição difícil dos limites de proteção da sua sexualidade perante terceiros”²⁷.

Sobre o assunto existe uma divergência doutrinal, onde existe um grupo de autores que defende que os menores não dispõem da sua liberdade sexual pois não têm capacidade para tal e por isso o bem jurídico protegido não pode ser a liberdade e autodeterminação sexual dos menores; e um outro grupo de autores que defende que apesar dos menores disporem da sua liberdade e autodeterminação sexual, a lei estabelece uma presunção de que não têm capacidade para a exercer, devido à sua imaturidade física e psicológica²⁸.

Para José Mouraz Lopes, o que a Secção II protege é a sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento da personalidade, que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica, por isso a Secção II pretende “preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e os jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade do ponto de vista sexual”²⁹. Por sua vez, Figueiredo Dias defende que “o bem jurídico tutelado na Secção II é também a liberdade e a autodeterminação sexual, mas ligada a um outro bem jurídico específico – o livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual”³⁰.

Denunciando desde já a nossa posição, cremos que a resposta deverá ser que na Secção II estará em causa a proteção de variados bens jurídicos, aliás como acontece também na Secção I, não só a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, como o direito à infância/juventude³¹ e ainda um livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, quando este ainda nem capacidade tem para se autodeterminar sexualmente (menores de 14 anos). Ainda assim, a liberdade sexual do menor será sempre o bem jurídico “de partida” para as incriminações previstas da Secção II, visto que estes serão sempre detentores, pelo menos, da sua liberdade sexual negativa. Devemos orientar-nos no sentido de que o bem jurídico liberdade sexual tem uma amplitude suficiente para

²⁶ ALFAIATE, 2009, p. 71.

²⁷ *Idem*.

²⁸ LEITE, 2011, p. 29.

²⁹ LOPES, 2015, p. 140 e 141.

³⁰ SOUSA, 2015, p. 14.

³¹ Enquanto bem jurídico supraindividual.

abarcam não só os crimes sexuais contra adultos, como também os crimes sexuais contra menores, ainda que com particularidades.

Como afirma Ana Rita Alfiate, os crimes sexuais previstos na Secção II “são, na realidade, crimes contra a liberdade individual do menor, *maxime*, contra a sua liberdade sexual”. Ou seja, o bem jurídico protegido “deve considerar-se uma concretização do bem jurídico liberdade sexual em sentido amplo, pois a titularidade do bem jurídico liberdade sexual, nesse seu sentido amplo, não deve ser afastada em função da menoridade. A autodeterminação sexual de que fala o CP mais não traduz que as especificidades decorrentes da progressiva autonomia do titular da liberdade sexual”³²³³. Nesta ampla noção de liberdade sexual cabe quer a liberdade e autodeterminação sexual, e ainda, para os menores que não têm ainda a capacidade para se autodeterminar sexualmente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual, como outros bens jurídicos de carácter íntimo, mesmo que o Código nunca se refira a tais bens jurídicos, como a dignidade sexual e ao direito à infância/juventude.

Acreditamos que não se pode afirmar uma concreta divisão entre os dois bens jurídicos, liberdade sexual e autodeterminação sexual, ou uma individualização destes, tal como se espelha na letra da lei e também não parece que se possa afirmar que a liberdade sexual sofre limitações quando estão em causa crimes sexuais contra menores. O menor (em especial o menor de 14 anos³⁴) é possuidor e por isso protegido pela sua liberdade sexual, apenas não pode usufruir da mesma na vertente positiva, por falta de capacidade de autodeterminação sexual, *i.e.*, por não ter o discernimento necessário que é preciso para poder dispor da sua sexualidade. Ou seja, ainda que não possam dispor da sua liberdade sexual e que esta seja adquirida gradualmente, são sempre detentores da liberdade sexual na sua vertente negativa³⁵.

A razão de ser dos crimes contra a autodeterminação sexual prende-se com a proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, que por isso mesmo carece de tutela³⁶. Nesta fase da vida, o tipo de experiências sexuais são tão relevantes que podem direccionar todo o futuro sexual do menor quando este alcançar a sua fase

³² ALFAIATE, 2009, p. 89.

³³ Também neste sentido LEITE, 2004 p. 28 e ss.

³⁴ Menores de 14 anos pois é o limite imposto pela lei até ao qual o menor vítima é abrangido pela tutela absoluta de proteção, depois desta idade a tutela passa a ser tendencial, como veremos *infra*.

³⁵ E também da liberdade sexual com os seus pares, *i.e.*, entre crianças de idades equivalentes.

³⁶ Motivo este também da diferente proteção consoante a idade do menor vítima do crime sexual, como veremos *infra*.

adulta, sendo por isso importante que nesta fase se procure proteger o desenvolvimento da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade sexual do menor no futuro. Vemos por isso que não é apenas a autodeterminação sexual do menor que está em causa na Secção II, mas também o livre desenvolvimento da pessoa humana na esfera sexual e a sua liberdade de escolha³⁷. Assim, não estamos cingidos a um único bem jurídico, tal como sucede nos crimes contra a liberdade sexual, que são tão abrangentes³⁸ que protegem os crimes contra a autodeterminação sexual, o desenvolvimento humano, a proteção da sexualidade e a reserva da intimidade, como vimos *supra*.

Inês Ferreira Leite acredita que ambos os conceitos, liberdade sexual e a autodeterminação sexual, nunca poderão ser bens jurídicos totalmente autónomos, uma vez que “o conceito de autodeterminação parece corresponder à existência de condições que permitam uma livre formação da vontade”, por isso que “sem autodeterminação não poderá falar-se de uma verdadeira liberdade”³⁹. A liberdade, nestes casos, reduzir-se-á a uma mera aparência⁴⁰. Também neste mesmo sentido, embora numa outra perspetiva, Teresa Pizarro Beleza afirma que os bens jurídicos não podem ser considerados autónomos, visto que “o bem jurídico protegido será, em qualquer caso, a liberdade sexual. Liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até a adolescência”⁴¹.

Também aderimos a esta linha de pensamento, na medida em que admitimos que ambos os bens jurídicos se relacionam e complementam entre si, estando a liberdade sexual num papel de destaque e vindo a autodeterminação sexual completar o bem jurídico principal, quando em causa estejam vítimas crianças. Ou seja, é legítimo afirmar que, independentemente da idade da vítima dos crimes sexuais, há como que uma continuidade do bem jurídico protegido, a liberdade sexual e a autodeterminação sexual, interligados a um conjunto de outros bens jurídicos. Mas quando estão em causa vítimas menores, o bem jurídico tem de ser associado, de forma direta, ao desenvolvimento da personalidade da vítima na esfera sexual, uma vez que se pretende acautelar a sua futura

³⁷ Ainda que não a detenha no momento da prática do ato sexual que consumou o crime, mas que virá a ter num futuro.

³⁸ E por isso se colocará a questão da necessidade da Secção II e se não bastaria a existência de uma só secção como “crimes contra a liberdade sexual”. *Infra*, Cap. III, ponto 6.

³⁹ LEITE, 2011, p. 38.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ BELEZA, 1996, p.11.

plena capacidade de liberdade e autodeterminação sexual⁴². Mas também se verifica a proteção de outros bens jurídicos, como a infância/juventude, ainda que de forma mediata, até porque “tais bens jurídicos não deixam de ser protegidos sempre que se protegem os bens individuais, relativamente a cada criança ou jovem”⁴³. Concluindo, desta forma “os bens jurídicos (liberdade e autodeterminação sexual, livre desenvolvimento da personalidade e proteção da infância e juventude) acabariam por se identificar ou, pelo menos, por apresentar importantes zonas de interseção”⁴⁴.

3. A Criança e Menor na Lei Penal Portuguesa: Maioridade e Limites Etários

As noções de criança e menor foram acompanhadas de evoluções político-económicas e socioculturais, tendo sido alvo de uma longa evolução. Até meados do século XIX, a criança era vista como “um objeto da autoridade absoluta do pai que sobre ela detinha o poder de vida ou de morte”⁴⁵ e, por isso, não era possuidora de qualquer tipo de estatuto que a protegesse. Mas, com o avanço e melhoria das condições socioeconómicas que se fizeram sentir, iniciou-se uma maior consciencialização da necessidade de criar redes de proteção e apoio para as crianças.

Em Portugal, esta mudança de pensamento iniciou-se de forma tímida com o CP de 1852 e o Código de Seabra (1867). O CP continha estipulações que apresentavam uma proteção em relação à idade da vítima, em razão da sua idade, considerando-se crimes contra menores os praticados contra pessoas que não tivessem ainda atingido os 21 anos⁴⁶. Mas foi a nível internacional, com a elaboração de vários diplomas legais, que se verificou o grande impulso para esta mudança de paradigma.

Primeiramente, foi elaborada a Declaração dos Direitos das Crianças em 1924 (Declaração de Genebra), da Sociedade das Nações, que veio reconhecer “que a criança deve ser protegida independentemente da raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família e deve ser colocada em condições de se

⁴² DIAS, 2008, p. 218 e ss.

⁴³ CUNHA, 2016, p. 146.

⁴⁴ *Idem*, p. 146 e 147.

⁴⁵ Citada por SENANE, 2016, p. 7.

⁴⁶ Idade da maioridade em Portugal à época.

desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente”⁴⁷. Mais tarde, em 1952, a ONU celebrou a Declaração dos Direitos da Criança, onde veio estabelecer que a criança deve “gozar de proteção especial, beneficiar de oportunidades e facilidades para desenvolver-se de maneira sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade (...). É neste momento que a criança é considerada, pela primeira vez, um sujeito de Direito Internacional”⁴⁸.

Mas foi a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, o instrumento que mais contribuiu para a mudança de perspectiva que se tinha sobre a criança e os seus direitos. Foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990, e veio definir o termo “criança” como “todo o ser humano com menos de 18 anos (...)” (art. 1.º). Mais, a Convenção concebeu, de forma inovadora, a criança como uma pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, tendo sido conferido um triplo direito: o direito de provisão, onde são conferidos direitos sociais, como direito à saúde e à educação; o direito de proteção, *i.e.*, direito da criança a ser protegida contra atos de discriminação e abusos sexuais, exploração, injustiça e conflito; e o direito de participação, ou seja, direitos civis e políticos. Esta Convenção tem eficácia *erga omnes*, fazendo parte das Constituições dos Estados que a ratificaram. Ou seja, a Convenção teve “por objetivo reunir, num único instrumento legislativo, as diferentes medidas internacionais de proteção à criança, representando um forte documento inovador internacionalmente reconhecido dos direitos das crianças, definindo-se como um marco fundamental no percurso da construção e definição de um estatuto digno para todas as crianças”⁴⁹.

Apesar deste ter sido considerado o diploma mais importante nesta matéria, sucederam-se outros, também importantes, especialmente em matéria jurídico penal, como o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, adotado em 25 de maio de 2000, relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, que foi ratificado por Portugal em 16 de maio de 2003⁵⁰; a Convenção Contra o Cibercrime, em 2001, aprovada por Resolução da Assembleia da República de 15 de setembro de

⁴⁷ SENANE, 2016, p. 8.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ VIVEIROS, 2017, p. 21.

⁵⁰ Foi reconhecida a existência de determinados grupos vulneráveis, nomeadamente, as crianças do sexo feminino que se encontram em maior risco de exploração sexual.

2009 e ratificada por Decreto do Presidente da República⁵¹; a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, mais conhecida por Convenção de Lanzarote, adotada e ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, de 28 de maio⁵²; por fim, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o combate à Violência contra Mulheres e a Violência Doméstica de 11 de maio de 2011, ratificada por Portugal em 21 de janeiro de 2013, mais conhecida como Convenção de Istambul⁵³.

No nosso ordenamento jurídico, os diplomas que mais contribuíram para uma maior proteção da criança foram a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, que afirma, em consonância com os instrumentos internacionais, que criança é a pessoa com menos de 18 anos (art. 5.º) e a Lei Tutelar Educativa. Também a nossa CRP, no seu art. 69.º, refere que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão (...)”.

Desta feita, vários são os instrumentos internacionais que consideram que se é criança até aos 18 anos e que, por tal motivo, deve ser concebida uma proteção especial até esta idade. Contudo, estes mesmos instrumentos deixam ao cuidado das ordens jurídicas internas a definição das diversas maioridades⁵⁴.

Sucede que em Portugal encontramos diversas “maioridades”, *i.e.*, temos a maioridade civil, que se atinge aos 18 anos (art. 130.º do CC), a maioridade laboral aos 16 anos (art. 68.º, n.º 3 do CT) e, mais relevante para o estudo levado a cabo, a maioridade penal que se atinge aos 16 anos (art. 19.º do CP), sendo que esta idade também se liga a capacidade para consentir (art. 38.º CP) e, por fim, a maioridade sexual que se atinge aos 14 anos de idade (com exceções).

Importa referir, antes de mais, que o nosso Direito Penal não parece seguir a linha de pensamento dos instrumentos internacionais no que diz respeito ao conceito de

⁵¹ Manifestou a sua preocupação pela facilidade com que as novas tecnologias da informação podiam permitir a exploração sexual. P. ex., uma maior facilidade em permitir a comunicação entre redes de pedofilia.

⁵² Tinha como principais objetivos a prevenção e combate à exploração sexual e abusos sexuais de crianças, a proteção dos direitos das crianças vítimas de exploração sexual e de abusos sexuais e a promoção da cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e abusos sexuais de crianças.

⁵³ Veio esclarecer, na al. f) do seu art. 3.º, que “mulheres” incluía também raparigas com menos de 18 anos, ou seja, crianças do sexo feminino.

⁵⁴ Art. 1.º da Convenção de Lanzarote: “(...) a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

criança⁵⁵, perceptível pelos diversos conceitos utilizados nos tipos legais que protegem crianças: abuso sexual de crianças, atos sexuais com adolescentes e pornografia de menores, entre outros (art. 171.º e ss. do CP), sendo que a proteção que é dada a criança difere consoante a faixa etária em que a mesma se encontra.

Assim, os atos sexuais praticados com crianças são alvo de uma censura penal diversa consoante a idade da criança que for vítima do crime, isto porque a lei portuguesa tem em conta os diferentes estádios de desenvolvimento do menor, *i.e.*, a “sua progressiva maturidade e a sua capacidade gradual para exercer livremente a sexualidade”⁵⁶. Para o efeito, o CP recorre a escalões etários para determinar o nível de proteção da criança quando é vítima de crimes sexuais, sendo que esta proteção vai, logicamente, diminuindo à medida que o menor se vai tornando menos vulnerável, sem esquecer que “a aquisição da maturidade é gradual, variando também de pessoa para pessoa, podendo ainda considerar-se que os diferentes âmbitos da vida pressupõem diferentes capacidades”⁵⁷.

Então, o legislador considerou que até aos 14 anos a criança deve ser alvo do “máximo de intervenção protetiva do Estado”⁵⁸, onde a lei proíbe qualquer contacto sexual, que, no entender de Figueiredo Dias, trata-se de uma “obrigação de castidade e virgindade”⁵⁹. Mais do que uma proibição, o que deve estar patente é uma proteção absoluta da criança menor de 14 anos face a atos que periguem o desenvolvimento do menor⁶⁰. A tutela penal deve ser “mais intensa quanto maior for a fragilidade do bem jurídico, sendo progressivamente menos exigente no que respeita à intensidade do abuso, sem que, contudo, deixe de exigir algum abuso”⁶¹. Denote-se que, até aos 14 anos a proteção da liberdade sexual do menor, tendo em vista o livre desenvolvimento daquele na esfera sexual e a preparação e amadurecimento da sua autodeterminação, não exclui toda a atividade sexual, isto “porque nem todas as condutas sexuais praticadas por menores de 14 anos põem de algum modo em perigo o seu livre desenvolvimento ao nível sexual”⁶², falamos aqui de condutas de autodescobrimento sexual com parceiros de idades próximas.

⁵⁵ No sentido de que criança é todo a pessoa com menos de 18 anos.

⁵⁶ PACHECO, 2012, p. 24.

⁵⁷ CUNHA, *Da Criminalização do “Grooming” ...*, 2017, p. 416.

⁵⁸ ALFAIATE, 2009, p. 88.

⁵⁹ *Cit. por.* PACHECO, 2012, p. 24.

⁶⁰ Ac. do STJ, de 19-10-2000, in SASTJ, n.º44, p. 87, *cit. por.* PACHECO, 2012, p. 25.

⁶¹ LEITE, 2011, p. 78.

⁶² ALFAIATE, 2009, p. 90 e 91.

Depois dos 14 anos a proteção que o legislador confere à criança passa a ser uma proteção relativa, “circunscrevendo-se a determinado tipo de atos cometidos em circunstâncias particulares”⁶³. A idade compreendida entre os 14 e os 18 anos, a adolescência, “é marcada por uma grande instabilidade, sendo uma fase essencial para a formação da personalidade”⁶⁴. Estamos “perante a transposição para os adolescentes das tipicidades respeitantes às crianças, acompanhadas de exigências especiais”⁶⁵.

Em relação aos adolescentes “instaura-se na consciência de muitos cidadãos uma espécie de *césure* mental”⁶⁶, tendo vindo a verificar-se uma tendência doutrinal e jurisprudencial de depreciação da gravidade dos atos atentatórios contra a autodeterminação dos adolescentes⁶⁷. P. ex., Carmo Dias afirma que “o adolescente, além de ser fisiologicamente um adulto, também o é intelectualmente”⁶⁸. Ora, não é essa a opinião seguida neste estudo. Consideramos que a partir dos 14 anos ainda estamos perante crianças, vulneráveis e carecidas de uma especial proteção e é indubitável que determinadas experiências sexuais, quando abusivas, afetam o processo de autodeterminação sexual do indivíduo, visto que estamos perante uma idade que se caracteriza por uma certa instabilidade emocional e facilmente permeável a influência de terceiros.

Esta proteção absoluta *vs.* relativa também é visível na moldura legal aplicável em cada tipo legal. Enquanto a moldura legal para o crime de abuso sexual de crianças (art. 171.º) pode ser, nos casos mais graves, de 3 a 10 anos de pena de prisão, no caso de abuso sexual de menores (art. 172.º) a moldura legal mais severa é de 1 a 8 anos de prisão e, no caso de atos sexuais com adolescentes (art. 173.º), a moldura legal pode ir até 3 anos, entre outros exemplos.

Não podemos esquecer que os limites etários determinados pelo legislador são apenas um indicador, não existindo uma idade definida para a aquisição da maturidade, sendo certo que esta vai sendo formada ao longo do tempo e está dependente de diversas variáveis exteriores ao menor. Aliás, “como refere Horstkotte, “menores da mesma idade têm frequentemente graus de maturidade diferentes; os limites etários refletem apenas

⁶³ DIAS, 2006, p. 248.

⁶⁴ CUNHA, 2017, p. 371.

⁶⁵ RAMOS, 1994, p. 39.

⁶⁶ ARAÚJO, 2005, p. 134.

⁶⁷ PACHECO, 2012, p. 26.

⁶⁸ DIAS, 2006, p. 231.

conclusões gerais sobre o desenvolvimento dos jovens”⁶⁹. Contudo, “as exigências de segurança do princípio da legalidade levam (...) a que, em lugar da característica material determinante constituída pela imaturidade (...), se coloque um limite geral fornecido pela idade.” (...) Isto tudo porque se parte do pressuposto que, apesar de ainda em construção, a maturidade é maior num menor com 16 anos do que num menor com 14 anos. O que não significa que o atingir dos 16 anos opere *per se* “a completa autonomia do menor em matéria sexual”, pois este é protegido até aos 18 anos”⁷⁰, em normas como o abuso sexual de menores dependentes (art. 172.º) ou o recurso à prostituição de menores (art. 174.º).

Embora a existência de um limite etário seja consensual, a sua fixação em 14 anos não o é. Em Espanha, o limite etário para uma proteção absoluta da criança é fixada em 13 anos de idade (art. 180.º, n.º 1 e 3, 181.º, n.º 2 e 189, n.º 3, a) do CP espanhol); na Alemanha, o limite etário é igualmente de 14 anos de idade (art. 176.º, n.º 1); em França a proteção alarga-se até aos 15 anos de idade (art. 222-24.º/2, 222-29.º/1 ou 227-22.º/1 do CP francês); e no Brasil está prevista uma presunção de violência do agente quando se trate de um crime sexual contra menor de 14 anos de idade (art. 224.º/a do CP brasileiro)⁷¹.

Assim, importa questionar se a proteção conferida pelo CP português será uma proteção suficiente, *i.e.*, será que uma proteção absoluta até aos 14 anos e apenas tendencial até aos 16/18 anos de idade basta? Não se deveria equiparar a maioridade sexual à maioridade civil? Ou pelo menos equiparar a maioridade sexual à capacidade para consentir em Direito Penal?

Olhando para a ordem jurídica portuguesa, parece incoerente que a maioridade civil se situe nos 18 anos, sendo que só a partir desta se considere a pessoa capaz de celebrar contratos, exercer o direito de voto, comprar bebidas alcoólicas, entre outras, a imputabilidade penal se atinja aos 16 e a maioridade sexual aos 14 anos, ainda que com exceções.⁷² Sem esquecer que a capacidade para consentir em direito penal, de acordo com o art. 38.º do CP atinge-se com os 16 anos, estando a mesma ainda dependente de um juízo quanto ao discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do mesmo.

⁶⁹ HORSTKOTTE, *cit. por.* PACHECO, 2012, p. 27.

⁷⁰ PACHECO, 2012, p. 27.

⁷¹ Sobre os diferentes limites etários, ALFAIATE, 2009, p. 91.

⁷² Neste sentido, CUNHA, *Da Criminalização do “Grooming” ...*, 2017.

Como vimos *supra*, a aquisição da maturidade é gradual e varia de criança para criança. Entendemos coerente e válida a necessidade do legislador, por força do princípio da legalidade e segurança jurídica, determinar limites etários para uma proteção mais unânime e idêntica, sem deixar essa mesma proteção totalmente à mercê da convicção formada pelo julgador. Contudo, o que não nos parece tão coerente assim é a determinação desses mesmos limites. Senão vejamos.

Como é que podemos considerar que um indivíduo apenas tem a maturidade e capacidade para comprar álcool ou exercer o seu direito de voto aos 18 anos e tenha a maturidade e capacidade necessária para decidir no âmbito sexual aos 14 anos? Por outro lado, não parece algo incoerente que a capacidade para consentir em direito penal seja conferida aos 16 anos, mas a partir dos 14 anos a proteção das crianças nos crimes sexuais seja apenas uma proteção tendencial? Não seria aconselhável equiparar a proteção absoluta da criança na esfera sexual à capacidade de uma pessoa para consentir, bem como a imputabilidade penal? Não conseguimos entender como é que o legislador considerou limites etários tão diversos na mesma ordem jurídica.

Muitas são as questões que se levantam nesta matéria e facilmente se percebe o porquê. Seguimos a orientação⁷³ de que dos abusos sexuais podem resultar consequências extremamente graves para o desenvolvimento de uma criança, seja físico, psicológico, afetivo, e não nos parece que um menor de 16 anos tenha a capacidade para conhecer do alcance dos seus atos, mesmo quando este não sente que tenha existido algum tipo de constrangimento ou coação à prática de determinado ato sexual. Pelo que consideramos que o limite etário do art. 171.º do CP devia ser elevado para os 16 anos, existindo então até esta idade uma necessidade de proteção absoluta das crianças, dando ao menor a “possibilidade de conformação da personalidade no âmbito sexual, livre de interferências e pressões, numa idade vulnerável, em que ainda não haverá capacidade para ponderar e avaliar todas as consequências de um envolvimento em tais condutas”⁷⁴. Por outro lado, consideramos que tal proteção absoluta deve apenas existir quando estão em causa situações abusivas, entre crianças e adultos ou jovens, pois quando estão em causa situações em que não há um condicionamento do menor ou estão em causa relações

⁷³ Como é confirmado por diversos estudos da área da psicologia, como em MANITA, 2003 e SANI, 2002.

⁷⁴ CUNHA, *Da Criminalização do “Grooming”* ..., 2017, p. 416 e 417.

paritárias, não deve o Direito Penal intervir, na medida em que nem todos os contactos sexuais de menores são prejudiciais para o seu desenvolvimento.

Assim, abonamos a ideia de que, em concordância com o art. 38.º do CP (que faz depender da capacidade para consentir uma avaliação concreta da maturidade e discernimento), a proteção do art. 171.º devia ser alargada até aos 16 anos de idade, pois mesmo que nesta idade as crianças vítimas já tenham “adquirido muitos conhecimentos, nomeadamente no domínio da sexualidade, tal não significa que tenham maturidade para tomar decisões conscientes, ponderadas e livres”⁷⁵.

⁷⁵ CUNHA, 2017, p. 371.

CAPÍTULO II: O Artigo 171.º do CP

1. Evolução do Preceito Legal

O crime de abuso sexual de menores de 14 anos teve a sua primeira aparição com a revisão do CP de 1995, no art. 172.º, com um preceito semelhante ao art. 205.º, n.º 2 do CP de 1982, onde punia o atentado ao pudor de menor de 14 anos independentemente dos meios empregues. Após o ano de 1995, “a matéria relativa aos crimes sexuais contra crianças não cessou de se alargar e transformar tanto a nível internacional, como nacional”⁷⁶.

Com a revisão ao CP de 1998, o texto do preceito legal foi alterado, onde se alargou o conceito de atos sexuais de especial relevo, equiparando o coito oral ao coito anal e à cópula. Também foram criminalizadas condutas relativas à exibição e cedência de fotografias, filmes ou gravações que utilizassem menores de 14 anos, passando o agente a ser punido com uma pena de prisão de 3 a 10 anos. A reforma de 2001 acrescentou duas al. ao n.º 3 do art. A al. d) referente à exibição ou cedência de fotografias, filmes ou gravações que utilizassem menores de 14 anos, a qualquer título, estando no âmbito do tipo a entrega, a venda, o empréstimo, o aluguer ou qualquer forma de transmissão dos mesmos; e a al. e), onde se criminalizou a detenção de material pornográfico em cuja produção se utiliza menores de 14 anos, com o propósito de exhibir ou ceder a outrem. Estas alterações pretendem essencialmente atacar a utilização de crianças nos circuitos cinematográficos e a difusão dessas imagens num circuito pedófilo.⁷⁷

Em 2007 o legislador português alterou todo o preceito legal. Alargou o âmbito da incriminação a condutas que concretizavam atos de importunação sexual e retirou condutas que não estavam diretamente relacionadas com a proteção da liberdade e autodeterminação sexual e que consubstanciam nos dias de hoje condutas puníveis pelo art. 176.º do CP – “pornografia de menores” – em especial, nas al. c), d) e e) do n.º 3. Para além destas alterações, foi ainda equiparada a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos aos atos sexuais de especial relevo do n.º 2 e foi retirada a expressão

⁷⁶ DIAS, 2012, p. 833.

⁷⁷ ABRUNHOSA, 2015, p. 18.

“obscenas” da al. b) do n.º 3⁷⁸. Esta reforma estabeleceu ainda que este crime tem natureza pública (art. 178.º do CP), em consequência da adoção da Decisão-Quadro 2004/JAI do Conselho, de 22-12-2003.

A última revisão ao art. ocorreu em 2015. Primeiro, com a lei de 83/2015, de 5 de agosto, que veio alargar ainda o âmbito de incriminação da al. a) do n.º 3, ampliando as de “importunação sexual”, dando cumprimento à Convenção de Istambul. Mais tarde, a Lei 103/2015, de 24 de Agosto voltou a alargar o tipo legal, desta feita, a al. c) do n.º 3 passou a punir o aliciamento de menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou atividades sexuais, consagrou a punibilidade da tentativa no n.º 5⁷⁹ e alterou o art. 177.º do CP (n.º 4), onde criou a agravante relativa à prática do crime por duas ou mais pessoas.⁸⁰

Estas alterações visaram transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva n.º 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011⁸¹, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e ainda dar cumprimento às obrigações assumidas por Portugal com a ratificação da Convenção do Conselho da Europa para Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007.

2. Análise ao Artigo 171.º do CP

Atualmente, o art. 171.º, com a epígrafe “abuso sexual de crianças”, encontra-se redigido no CP da seguinte forma:

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

⁷⁸ Seguindo a linha de pensamento os crimes sexuais deixaram de ser crimes contra fundamentos ético-sociais.

⁷⁹ Esta punibilidade relevou para as condutas do n.º 3 do art., visto que os atos do n.º 1 e n.º 2 já eram punidos por tentativa pelo art. 23.º, n.º 1 do CP.

⁸⁰ Sobre a evolução histórica do art. 171.º, LOPES, 2015, p. 138 e 139.

⁸¹ Que veio substituir a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003.

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

3 - *Quem:*

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

b) *Atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos;*

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

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

5 - *A tentativa é punível.*

Para Clara Sottomayor, o abuso sexual de um menor de 14 anos é um crime “recente na ordem jurídica portuguesa, fenómeno que se explica pelo silêncio coletivo de sociedades patriarcais, que valorizam pouco as crianças e que encobrem o fenómeno, quer ao nível da população em geral, quer ao nível das elites políticas e culturais”⁸². Este crime pode ser definido como o “envolvimento do menor em práticas que visam a gratificação e satisfação do adulto ou jovem mais velho, numa posição de poder ou autoridade sobre aquele. Trata-se de práticas que o menor, dado o seu estágio de desenvolvimento, não consegue compreender e para as quais não está preparado, às quais é incapaz de dar o seu consentimento informado”⁸³. Paulo Guerra considera que falar de abuso sexual de menores de 14 anos “é falar de maus tratos na sua forma mais carnal e sentida. (...) A vítima do abusador sexual é ofendida no seu supremo direito à integridade física e moral, vê comprometido o seu direito a um integral desenvolvimento físico, afetivo e social, vê-se impedida no seu absoluto direito de viver como criança o tempo de ser criança”⁸⁴. Na ótica de Cristina Soeiro, o crime em causa pode ser definido como “o envolvimento de

⁸² SOTTOMAYOR, 2012, p. 19.

⁸³ RIBEIRO, 2009, p. 52.

⁸⁴ CARMO; GUERRA; ALBERTO, 2006, p. 43.

crianças (...) com um adulto, em atividades sexuais que têm como objetivo a gratificação ou a estimulação sexual do adulto”⁸⁵.

Posto isto, e seguindo o raciocínio de Paulo Pinto de Albuquerque, “a disposição prevê quatro crimes distintos: o crime de prática de ato sexual de relevo; o crime de cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; o crime de importunação; e o crime de atuação por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objetos pornográficos”⁸⁶, condutas estas que são “livres de coação” (livres de violência e ameaças graves), mas que, atendendo à vulnerabilidade e dependência da vítima e, ainda, à falta de capacidade para formar livre e conscientemente a sua vontade, são suscetíveis de causar graves danos no desenvolvimento da sua personalidade”⁸⁷.

A natureza do crime de abuso sexual contra menor de 14 anos é pública e se, por um lado, esta alteração vai em encontro da “necessidade de comprometer a sociedade na proteção de menores vítimas destes crimes”⁸⁸, por outro lado, deve também ser levado em conta que pode surgir um “certo descontrolo histórico nas denúncias, com consequências para a proteção da intimidade, privacidade e estabilidade da vítima”⁸⁹. João Conde Correia afirma que, “Ministério Público não pode, atualmente, ponderar a promoção processual segundo critérios de custo e de benefício daí decorrente para a vítima. Colhida a *notitia criminis*, o Ministério Público tem de dar início ao procedimento, mesmo contra os mais elementares interesses do menor, podendo contribuir (impotente) para a sua vitimização secundária. Assim, ele deverá fazer tudo o que lhe seja possível para cumprir ou fazer cumprir os diversos dispositivos profiláticos existentes (*maxime* a suspensão provisória do processo), zelando pela observância destes preceitos legais, por forma a evitar que o processo seja uma espécie de instrumento de tortura da vítima, cuja proteção se quis reforçar com o novo regime legal”⁹⁰.

Quanto ao bem jurídico protegido pela incriminação, está em causa a liberdade e a autodeterminação sexual do menor de 14 anos, interligado aos bens jurídicos livre desenvolvimento do menor na esfera sexual e infância/juventude ⁹¹. Trata-se de proteger a criança “face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da

⁸⁵ SOEIRO, 2003 p. 21.

⁸⁶ ALBUQUERQUE, 2008, p. 473.

⁸⁷ CUNHA, 2003, p. 203.

⁸⁸ ALFAIATE, 2009-2010, p. 727.

⁸⁹ *Idem*, p. 727.

⁹⁰ FERREIRA, 2010, p. 163.

⁹¹ *Supra*, Cap. I, ponto 2.

vítima, podem, mesmo sem coação, prejudicar o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual”⁹². Quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido tratar-se de um crime de dano e não de perigo abstrato⁹³, já “que pressupõe alguma forma de restrição ou de lesão da liberdade sexual do menor”⁹⁴. Ainda que o crime de abuso sexual de crianças coloque em causa bens jurídicos como a dignidade da pessoa humana, a saúde física e psíquica e até o direito de crescer na inocência, “em primeiro lugar, ele consiste de uma grave lesão da autodeterminação sexual da criança”⁹⁵. Por outro lado, trata-se de um crime de mera atividade quanto ao grau de consumação do ataque ao objeto da ação⁹⁶.

Denote-se, então, no que diz respeito ao tipo objetivo de ilícito, para que alguém seja punido pelo crime previsto neste art. é necessário que esteja em causa a prática aparentemente consensual⁹⁷ por parte de um indivíduo, homem ou mulher⁹⁸, de uma das condutas previstas na letra da lei, contra uma criança menor de 14 anos, também esta de qualquer um dos sexos⁹⁹. “Da letra da lei, parece ser indiferente que o menor seja ou não sexualmente iniciado, que possua ou não capacidade para entender o ato sexual praticado e que tenha intervenção ativa ou passiva no ato”¹⁰⁰.

Entre as condutas previstas no preceito legal temos o ato sexual de relevo (n.º 1), atos sexuais de especial relevo (n.º 2), importunação sexual de criança (n.º 3, al. a) ou atuação sobre uma criança por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico (n.º 3, al. b).

Saliente-se que, no que respeita ao ato sexual de relevo com a criança menor de 14 anos tem o mesmo conteúdo típico que os atos correspondentes quando praticados contra adultos, previstos no artigo 163.º do CP¹⁰¹. Ou seja, um “ato sexual de relevo” será

⁹² DIAS, 2012, p. 834.

⁹³ Orientação defendida por Figueiredo Dias.

⁹⁴ LEITE, 2011, p. 52.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ ALBUQUERQUE, 2008, p. 473.

⁹⁷ Pois, na verdade, não há capacidade para consentir.

⁹⁸ Indivíduo maior de idade ou jovem, pois caso contrário estaremos perante a aplicação da LTE.

⁹⁹ De salientar que esta solução não foi totalmente pacífica no âmbito da comissão Revisora do CP de 1995. “Chegando mesmo a crer-se que “sendo a vítima menor do sexo masculino, o agente (mulher), devia ser punido mais severamente do que o homem que seduz para sodomia”. Contrariamente a esta proposta, Figueiredo Dias entendia que “a especificidade destes crimes reside como que numa obrigação de castidade e virgindade quando estejam em causa menores, seja de que sexo forem” tendo sido esta a solução consagrada na solução final – in ABRUNHOSA, 2015, p. 21.

¹⁰⁰ DIAS, 2012, p. 543.

¹⁰¹ ALBUQUERQUE, 2008, p. 474.

“todo aquele que pela sua natureza, conteúdo ou significado se relacionar com a esfera sexual, constituindo um “entrave” à liberdade sexual da vítima”¹⁰².¹⁰³ Esta prática pode ter lugar quer quando a criança assume uma posição sexual ativa ou passiva e o agente do crime pode levar a criança a praticar atos sexuais de relevo com ele próprio ou com outrem¹⁰⁴. A jurisprudência tem identificado um conjunto de atos sexuais que, por serem praticados contra menores de 14 anos, devem ser considerados atos sexuais de relevo. Como p. ex., o beijo na boca (Ac. da RL, de 28-5-97); esfregar o pénis na vulva e no ânus (Ac. do STJ, de 24-10-96); apalpar os seios e pressionar a zona púbica, ainda que por cima das cuecas (Ac. da RP, de 07-10-2009); ordenar que menor dispa roupa, ficando nua da cintura para baixo e de seguida simular prática de uma relação sexual (Ac. da RC, de 21-03-2012); meter a mão por baixo da saia, apalpando a vagina da menor (Ac. da RC, de 02-02-2011); puxar o “top”, com o propósito de beijar o peito da menor (Ac. da RC, de 18-03-2015)¹⁰⁵.

O ato sexual de especial relevo trata-se de um crime de “coação sexual” especial, estando em causa qualquer penetração de natureza sexual operada por uma pessoa contra a vontade de outra. Inclui cópula, coito anal, coito oral ou a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objeto (atos previstos no art. 164.º do CP) e também entendemos que pode ter lugar quer quando a criança assume uma posição sexual ativa ou passiva e o agente do crime pode levar a criança a tais atos com ele próprio ou com outrem¹⁰⁶.

No que respeito ao ato de importunação sexual de menor de 14 anos, estão incluídos os atos previstos no art. 170.º do CP, *i.e.*, a prática de atos de exibicionismo diante do menor, a formulação de propostas de teor sexual e o constrangimento da criança a contactos de natureza sexual (sem esquecer que estamos perante situações em que o menor “consente”, ainda que tal consentimento não seja válido).

Relativamente aos atos previstos no n.º 3 do art., importa começar por perceber o conceito de atuação sobre o menor. “Atuar sobre o menor significa tentar satisfazer com ele ou através dele, por meio de processos de características sexuais, interesses ou impulsos de relevo”¹⁰⁷. Não se trata de um contacto físico entre o agressor e o menor, mas

¹⁰² CUNHA, 2003, p. 197 e 198.

¹⁰³ Para mais desenvolvimentos sobre a interpretação de “ato sexual de relevo”: DIAS, 2012, p. 444 e ss.

¹⁰⁴ ALBUQUERQUE, 2008, p. 474.

¹⁰⁵ LOPES, 2015, p. 141.

¹⁰⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a noção de “ato sexual de especial relevo”, DIAS, 2012, p. 466 a 476.

¹⁰⁷ DIAS, 2012, p. 547.

antes de uma interação na qual o menor participe nessa conversa, na leitura do escrito, no espetáculo ou na observação do objeto em causa. A conversa pornográfica é a troca de palavras mantida pelo agente com o menor ou com terceiro diante do menor de modo adequado a excitar sexualmente a vítima¹⁰⁸¹⁰⁹. O escrito pornográfico é o texto redigido de modo adequado a excitar sexualmente o menor. Este texto deve ser elaborado em linguagem compreensível pela vítima, podendo ser lido ou dado a ler ao menor. O mesmo texto pode ter sido redigido pelo agente do crime ou por terceiro e é indiferente o formato em que se encontra, papel ou informático¹¹⁰. No que concerne ao espetáculo pornográfico, é o encontro de várias pessoas com vista a presenciar ou intervir em ato adequado a excitar sexualmente o menor. O espetáculo não tem de ser público ou remunerado, sendo suficiente que decorra aberto a espectadores, *i.e.*, terceiros que apenas têm o propósito de assistir ao ato. Pode ser um espetáculo visual ou sonoro e o agente do crime pode intervir no espetáculo ou ser um mero espectador ou ouvinte. Já a vítima apenas pode ser espectadora ou ouvinte^{111.112}. O objeto pornográfico é uma coisa idónea a excitar sexualmente o menor. Pode tratar-se de um desenho, uma fotografia, um filme, ou uma gravação de som ou qualquer outro objeto em estado sólido. Trata-se por isso da exibição do objeto à vítima, sem que o agente tenha contacto com o corpo do menor¹¹³.

Por outro lado, no que toca ao tipo subjetivo de ilícito, este corresponde ao dolo, pelo menos um dolo eventual¹¹⁴, que se terá de verificar quanto à totalidade dos elementos que constituem o tipo objetivo¹¹⁵.

Quando o agente do crime praticar um dos atos *supra* referidos com uma intenção lucrativa está em causa o crime de abuso sexual de menor de 14 anos qualificado (n.º 4)¹¹⁶, pelo que só se admite a forma de dolo mais grave. Denote-se que “a intenção lucrativa não se confunde com o carácter profissional da atividade do agente, podendo um ato isolado ou esporádico visar o lucro”¹¹⁷.

¹⁰⁸ALBUQUERQUE, 2008, p. 474.

¹⁰⁹ Não se inclui o monólogo.

¹¹⁰ ALBUQUERQUE, 2008, p. 474.

¹¹¹ Pois caso contrário o agente do crime teria praticado um ato que se consubstanciava no n.º 1 do art. 171.º ou no art. 176.º, ambos do CP.

¹¹² ALBUQUERQUE, 2008, p. 474 e 475.

¹¹³ Pois, caso contrário estaríamos perante um ato sexual de relevo do n.º 1 ou n.º 2 do art. 171.º do CP.

¹¹⁴ LOPES, 2015, p. 146.

¹¹⁵ Caso contrário estaremos perante um caso de erro que exclui o dolo, previsto no art. 16.º, n.º 1 do CP.

¹¹⁶ ALBUQUERQUE, 2008, p. 475.

¹¹⁷ *Idem*, p. 475.

No n.º 5 é consagrada a punibilidade da tentativa, conjugando-se aqui os art. 22.º e 23.º do CP, estendível a todo o artigo.

No que respeita ao limite etário de menor de 14 anos, o legislador considerou que abaixo dessa idade será necessária uma proteção absoluta das crianças¹¹⁸.

Relativamente às molduras legais: no n.º 1 vai de 1 a 8 anos de pena de prisão; no n.º 2 a vai de 3 a 10 anos de pena de prisão; no n.º 3 até 3 anos de pena de prisão; e, por fim, no n.º 4 é de 6 meses a 5 anos de pena de prisão. No que respeita às penas acessórias, o agente do crime pode¹¹⁹ ser condenado às previstas nos art. 69.º-B e 69.º-C do CP, proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual e proibição de confiança de menores e inibição de responsabilidades parentais.

¹¹⁸ *Supra*, Cap. I, ponto 3.

¹¹⁹ Pode ou deve? Questão que não será desenvolvida no presente estudo.

CAPÍTULO III – Os Problemas e as Críticas ao Artigo 171.º do CP

1. A Epígrafe

A primeira crítica que apresentamos é a epígrafe do art. 171.º CP - “Abuso sexual de crianças”. Como vimos *supra*¹²⁰, são vários os instrumentos internacionais que nos dão conta que “criança” é todo o ser humano até aos 18 anos e que até esta idade os Estados estão obrigados a conceder-lhe uma proteção especial.

O principal instrumento internacional relativo a esta matéria é a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por Portugal a 21 de setembro de 1990. Ao ratificar esta convenção, Portugal assumiu que o conceito de criança, no ordenamento jurídico português, se referia igualmente a todo o ser humano até aos 18 anos¹²¹. Deste modo, não nos parece coerente que o art. 171.º apenas incrimine determinados atos sexuais praticados contra crianças menores de 14 anos e tenha como epígrafe “abuso sexual de crianças”. Até porque as restantes normas incriminadoras da Secção II protegem também crianças, mas crianças com idades superiores a 14 anos, e nestas não é feita referência a tal conceito. Ao analisar as epígrafes da Secção II verificámos que o legislador português considerou a utilização do termo “crianças” para menores de 14 anos e, a partir de tal idade até aos 16 anos, passou a considerá-los “adolescentes”, e para as normas em que protege crianças até 18 anos utilizou a expressão “menores”. Contudo, mostrar-se-ia mais coerente a epígrafe “abuso sexual de menores de 14 anos” ou “crimes sexuais contra menores de 14 anos”.

Surge daqui a razão de ser da presente dissertação não se intitular de “abuso sexual de crianças”, mas sim “Crimes Sexuais Contra Menores de 14 anos”, na medida em que entendemos que criança será todo o menor de 18 anos e, por isso, seria relevante fazer alusão à idade da criança protegida na presente incriminação. Sendo certo que se trata de uma crítica sem grande relevância prática, mas que, ainda assim, parece ser digna de reflexão por parte do legislador português.

¹²⁰ *Supra*, Cap. I, ponto 3.

¹²¹ Aliás, foi também aos 18 anos de idade que Portugal fixou a maioridade civil.

2. O Limite Etário

No que respeita à faixa etária presente no art. 171.º do CP, defendemos uma proteção absoluta à criança até aos 16 anos de idade.¹²²

3. A Secção I

Como vimos, Secção II aplica-se em casos de práticas de atos sexuais “consentidos” contra menores¹²³. Quando os atos descritos no n.º 1 e 2 do art. 171.º do CP são praticados contra um menor de 14 através do uso de meios típicos de constrangimento o art. a aplicar será o 163.º - “coação sexual” ou o 164.º - “violação” do CP, previstos na Secção I, havendo agravação da pena em razão da idade (art. 177.º, n.º7).

“Os crimes de coação sexual e violação são a base dos crimes sexuais e diferenciam-se pelos atos praticados, atos sexuais de relevo (art. 163.º) e atos sexuais de especial relevo (art. 164.º). Uma vez que estes tipos legais tipificam os meios típicos de constrangimento¹²⁴ que podem ser usados pelo agente do crime para a prática dos atos referidos, surge o problema da extensão da tutela do bem jurídico liberdade sexual, já que se trata de conceitos que são alvo de diversas dúvidas quanto à sua interpretação.

Primeiramente levanta-se a questão de perceber se o desrespeito pela oposição ou não consentimento da vítima a um relacionamento sexual constitui, por si só, o crime previsto no art. 163.º ou 164.º do CP, ou seja, “tal bastará para se considerarem preenchidos os meios típicos de constrangimento, mais concretamente, o meio típico de “violência”?”¹²⁵

A resposta levantou (e ainda levanta) dúvidas doutrinárias. Grupos de Autores defendem que o meio “violência” fica preenchido com a oposição da vítima, na medida em que um relacionamento sexual contra a vontade desta será sempre violento¹²⁶; outra corrente defende que só deveria ser considerado o meio típico de violência no caso de a

¹²² *Supra*, Cap. I, ponto 3, p. 17 e ss.

¹²³ *Supra*, Cap. II, ponto 2.

¹²⁴ A saber, a violência, ameaça grave, colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir.

¹²⁵ CUNHA, 2016, p. 136.

¹²⁶ Neste sentido, SOTTOMAYOR, 2011, p. 273 e ss.

vítima opor clara resistência, exigindo-se uma luta entre o agente e vítima¹²⁷; por fim, uma corrente intermédia não exige uma luta, nem uma resistência ativa, mas sim um “plus” de força física do agente, não bastando a sua atuação apesar da oposição da vítima^{128, 129}.

Depois, o conceito de “ameaça grave” enquanto meio típico de constrangimento também não era, e ainda não é, totalmente pacífico. Existem “interpretações mais e menos exigentes – quer no sentido de abranger ameaças menos graves do que as suscetíveis de integrar o crime de coação (art. 154º), quer em sentido inverso”¹³⁰.

Assim, e de forma a dissipar as dúvidas existentes, tornou-se necessária uma alteração legal que conduzisse a uma clara tutela da liberdade sexual em toda a sua extensão, no sentido de que “todo o relacionamento sexual que não seja livremente consentido deve ser criminalizado”¹³¹. Podíamos afirmar que, “através de uma interpretação iluminada pelo bem jurídico-penal (ancorado nos valores constitucionais), se dissipariam tais dúvidas, alcançando-se uma tutela abrangente da liberdade sexual. Porém, mesmo esta ideia não é de todo consensual, podendo argumentar-se com a fragmentaridade do Direito Penal para não tutelar a liberdade sexual em toda a sua extensão (...).”¹³². Deste modo, apenas com uma alteração legislativa se poderia tutelar efetivamente o bem jurídico em toda a sua extensão.

Foi com a Lei de 83/2015 que os problemas da tutela do bem jurídico liberdade sexual se atenuaram. Muito embora o n.º 1 dos art. 163.º e 164.º do CP se tenham mantidos inalterados, no n.º 2 destes mesmos arts. passaram a constar o constrangimento “por meio não compreendido no número anterior”, ou seja., passou agora a abarcar os todos os meios típicos de constrangimento que não chegam ao patamar dos previstos no n.º 1, e por isso engloba quer o dissentimento quer o assentimento alcançado por qualquer meio não previsto no n.º anterior.

Obviamente que as dúvidas que emergiam dos conceitos presentes no n.º 1 continuam a existir, mas com a alteração introduzida no n.º 2, “estas não conduzirão à desproteção da liberdade sexual, mas apenas a uma diferenciação do nível de

¹²⁷ Neste sentido, o Ac. da RP de 13-4-2011, processo n.º 476/09.0PBBGC.P1 e Ac. do STJ de 11-01-96.

¹²⁸ Assim, DIAS, 2012, p. 726.

¹²⁹ Esta tripartição de posições é exposta por CUNHA, 2016, p. 136 a 138.

¹³⁰ CUNHA, 2017, p. 351.

¹³¹ Art. 36.º da Convenção de Istambul.

¹³² CUNHA, 2016, p. 139.

responsabilização penal do agente do crime”¹³³. De qualquer forma, tal como defende Conceição Ferreira da Cunha, “o dissentimento sem violência acrescida ao facto de o relacionamento não ser consentido caberá claramente no n.º 2, bastando o uso de um “plus” de força física ou uma ameaça considerada grave para se preencher o n.º 1”¹³⁴. Tal significa que, nos dias de hoje, qualquer relacionamento sexual praticado contra a vontade da vítima será sempre criminalizado, tratando-se assim, na nossa ótica, de uma alteração legislativa muito positiva no ordenamento jurídico português.

Ainda assim, quando está em causa a prática destes tipos legais contra menores, o nosso CP optou por não fazer referência à idade da vítima, apenas agravando a moldura legal consoante a idade do menor, pelo art. 177.º, n.º 6 e 7 do CP. Tendo em conta as considerações referidas, o critério para aferir da aplicabilidade do n.º 1 e 2 dos art. 163.º e 164.º do CP quando estejam em causa vítimas menores de 14 anos será o mesmo. Porém, “não se poderá esquecer que estamos perante crianças, devendo considerar-se a idade, maturidade, força física/psicológica da criança em causa, assim como todas as circunstâncias do caso”¹³⁵.

Ou seja, quando estão em causa vítimas menores “um pequeno uso de força deverá ser considerado já violência, assim como poderá haver ameaças que, tratando-se de uma pessoa adulta, não se poderiam qualificar de “grave”, sendo tal gravidade de afirmar estando em causa crianças”¹³⁶ ¹³⁷. Assim, deve o julgador estar sensível às características da vítima, do agressor e do caso em concreto, de forma a perceber se se verifica a utilização de algum meio típico de constrangimento e qual. Isto porque se trata de conceitos com variadíssimas noções e ampliações, já que uma mesma conduta pode apresentar diversas interpretações, podendo a mesma integrar diferentes meios típicos de constrangimento consoante o caso concreto.

¹³³ CUNHA, 2016, p. 140.

¹³⁴ *Idem*, p. 141.

¹³⁵ *Idem*, p. 142.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ P. ex., ameaças de deixar a criança sozinha ou ameaça de deixar de gostar da criança.

4. O Consentimento vs. Dissentimento do Menor

O consentimento, em Direito Penal, encontra-se previsto no art. 38.º do CP¹³⁸ e pode ser qualificado como causa de exclusão da ilicitude ou causa de exclusão da tipicidade. Para que seja considerado eficaz é necessário que preencha os requisitos previstos na lei, carácter pessoal e a disponibilidade do bem jurídico lesado, não contrariedade aos bons costumes, ato de autodeterminação (capacidade); e conhecimento do consentimento pela contraparte. O consentimento “significa a renúncia do titular do direito tutelado a essa mesma tutela, renúncia que a lei aceita, em princípio, quando se trate de um direito disponível”¹³⁹. Ou seja, assenta na autonomia do portador do bem jurídico e na possibilidade de dispor dele livremente, de modo que, em regra, não é ilícito o comportamento consentido que lese esse bem jurídico, ainda que surja como colisão de interesses jurídico-penais.

O consentimento como causa de exclusão da ilicitude tem “por objeto ações que são, sob o ponto de vista social, negativas, desvaliosas, só sendo a sua ilicitude excluída por atenção à autodeterminação do titular do bem jurídico lesado”¹⁴⁰. Por outro lado, estamos perante o consentimento como causa de exclusão da tipicidade quando “a ação descrita no tipo legal não é *in se* socialmente desvaliosa, só se tornando desvaliosa, quando é praticada contra a vontade do titular do bem jurídico, e, portanto, quando a oposição do titular do bem jurídico é elemento do tipo legal”¹⁴¹, estando neste caso perante um consentimento-acordo.¹⁴²

No âmbito dos crimes sexuais quando estamos perante o consentimento do ofendido estamos perante um consentimento como causa de exclusão da tipicidade e por isso o consentimento terá o mesmo sentido do acordo. Este consentimento apenas releva para as incriminações previstas na Secção I, visto que na Secção II o legislador considerou

¹³⁸ Letra: “1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. / 2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. / 3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. / 4 - Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.”

¹³⁹ SILVA, 2012, p. 216.

¹⁴⁰ CARVALHO, 2016, p. 447.

¹⁴¹ *Idem*, p. 449.

¹⁴² Para mais desenvolvimento sobre o conceito de consentimento, CARVALHO, 2016, p. 445 a 458.

estarem em causa situações em que o menor “consentiu”, ainda que sem capacidade para tal.

Já aludimos no presente estudo ao problema de saber quando é que um menor alcança a capacidade para acordar em relacionamentos sexuais¹⁴³, o que implica saber quando é que este terá a capacidade necessária para “ter consciência do significado global dos seus atos e estar seguro do que quer e não quer”¹⁴⁴, sem que se encontre sujeito a influências externas. Sem esquecer que cada menor atingirá tal capacidade em diferentes idades e âmbitos da vida, pois esta varia consoante o tipo de atividade e compromisso, o legislador português, em nome de uma certa segurança jurídica e necessidade de estabelecer fronteiras legais, estabeleceu, no que respeita à capacidade para consentir em atos sexuais, uma gradação em razão da idade (14, 16 e 18 anos, consoante o tipo de relação praticada).

Mas importa perceber se esta falta de capacidade para consentir em atos sexuais interfere com a capacidade do menor para dissentir, onde assumirá relevância a distinção entre a liberdade sexual positiva e a negativa. Ou seja, “será que se atinge ao mesmo tempo a capacidade para o “sim” e a capacidade para o “não” ou poderá esta anteceder aquela”¹⁴⁵? A capacidade para consentir e a capacidade para dissentir são totalmente sobreponíveis e equiparáveis? Faz sentido dar relevância ao dissentimento do menor, apesar da sua incapacidade para consentir?

Tal como defende Conceição Ferreira da Cunha, parece-nos válida a ideia de que, apesar de se presumir que um menor (de 14 anos) não tem capacidade para compreender o significado global do relacionamento sexual, relacionamento este que vai perturbar o livre desenvolvimento da sua liberdade, a sua oposição poderá demonstrar que, afinal, este é dotado de alguma compreensão acerca do significado da conduta e que esta mesma oposição deve ser valorizada no sentido de agravar a ilicitude e culpa do agente do crime.¹⁴⁶ Porém, mesmo que se entenda que estas capacidades se atinge ao mesmo tempo, e que por isso a oposição da criança não demonstre necessariamente compreensão, inegável é que esta demonstrará, sem dúvida, uma repulsa, desagrado e maior sofrimento

¹⁴³ *Supra*, Cap. I, ponto 3.

¹⁴⁴ CUNHA, 2016, p. 148.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 152.

¹⁴⁶ *Idem*.

por parte da criança ao ter de suportar o comportamento do agente, o que deve ser valorado, pelo menos, na determinação da pena concreta a aplicar ao agente do crime¹⁴⁷.

Por outro lado, questionável é, também, se a oposição/dissentimento de um menor de, p. ex., 12 ou 13 anos terá o mesmo significado que a rejeição de um menor de 3 ou 4 anos¹⁴⁸. Se a conquista da maturidade é gradual, dever-se-á atender às diferenças de idade na vítima em causa? Poderá o dissentimento destas ter uma valoração diferente?

As respostas a este tipo de questões implicam uma vasta e profunda análise interdisciplinar, convocando estudos da psicologia e neurociência, porém, inclinamos a nossa resposta “no sentido de o dissentimento, principalmente à medida que nos aproximamos da adolescência, deve ser valorado negativamente, até pelas consequências (do comportamento do agente) potencialmente mais graves para o desenvolvimento da personalidade do menor. Mas estes comportamentos têm sempre de ser apreciados no seu contexto, sendo este apenas um dos fatores a considerar...”¹⁴⁹. Assim, estando em causa vítimas pré-adolescentes, apesar do consentimento prestado por estas para a prática de atos sexuais não ser valorado, o seu dissentimento deveria agravar a responsabilidade do agente do crime, pois apesar de não haver capacidade para um “sim”, haverá já (alguma) percepção da situação envolvente, estando em causa um relacionamento imposto, que poderá ser considerado mais grave. Já no que respeita a menores mais novos, surgem algumas dúvidas quanto a esta diferença de gravidade. Porém, ainda assim, o eventual dissentimento da vítima deve ser valorado negativamente.¹⁵⁰

4.1. Qual a Secção a Aplicar? – A problemática da moldura legal

Com a introdução do n.º 2 nos art. 163.º e 164.º do CP, onde se tipifica o constrangimento à prática de ato sexual por qualquer meio, o problema do relevo do dissentimento do menor assume uma especial importância, na medida em que se coloca a questão de saber “se o agente impuser um relacionamento sexual a um menor de 14 anos, contra a sua vontade, *i.e.*, se o agente constranger o menor a um relacionamento

¹⁴⁷ Na medida em que agrava a ilicitude do agente, mas também a sua culpa.

¹⁴⁸ Neste sentido, CUNHA, 2016, p. 153.

¹⁴⁹ CUNHA, 2016, p. 153.

¹⁵⁰ Opinião de CUNHA, 2016, 152 e ss, com a qual concordámos totalmente.

sexual, aplica-se o art. 163.º, n.º 2, ou 164.º, n.º 2, com a agravante em razão da idade (art. 177.º n.º 7) ou aplica-se diretamente o art. 171.º?”¹⁵¹ O que se pretende saber é se o dissentimento assume relevância prática tal como assumem os meios típicos de constrangimento ou, se ao invés, o “consentimento” e dissentimento serão abrangidos pelo mesmo tipo legal, sendo equiparáveis.

Ora, o art. 177.º do CP, quando prevê as agravantes em razão da idade, não excepciona o n.º 2 dos art. 163 e 164.º do CP. Assim, o dissentimento da vítima menor de 14 anos preenche a conduta dos art. 163.º e 164.º (dependendo do ato sexual praticado), agravado pelo n.º 7 do art. 177.º. Porém, também não deixa de preencher o art. 171.º do CP. Trata-se assim de uma relação de concurso aparente e por isso deveria ser aplicada a Secção I, com a respetiva agravante, já que se verifica o requisito do “constrangimento” da vítima, algo que não é exigido pelo artigo 171.º.

Nesta perspetiva o art. 171.º do CP ficaria reservado apenas para as situações em que o menor “consentiu” com o ato sexual, indo então ao encontro de que se deveria dar relevo ao dissentimento do menor, posição com a qual concordamos e consideramos ser a mais justa. Contudo, olhando para esta solução, verifica-se que a mesma não pode ser aplicada na prática. Ou seja, se o legislador quisesse dar algum relevo ao dissentimento do menor, esse relevo apenas poderia ser no sentido de agravar a responsabilização do agente do crime e não de atenuar. Se virmos a solução plasmada na lei, quer agravando a moldura do n.º 2 do 163.º, quer agravando a moldura do n.º 2 do 164.º, esta fica aquém das molduras do n.º 1 e 2 do art. 171.º do CP. Vejamos. A moldura do n.º 1 do art. 171.º é de 1 a 8 anos de pena de prisão, a moldura do n.º 2 do art. 163.º, agravado pelo n.º 7 do art. 177.º é de 45 dias a 7 anos e 6 meses. A moldura do n.º 2 do art. 171.º é de 3 a 10 anos de pena de prisão, a moldura do n.º 2 do art 164.º, agravada pelo n.º 7 do art. 177.º é de 18 meses a 9 anos de pena de prisão.¹⁵²

Verificamos assim que de duas uma, ou por lapso o legislador não verificou as molduras legais que se chegariam por efeito da agravação, ou olvidou-se de excepcionar do regime das agravações em razão da idade o n.º 2 dos art. 163.º e 164.º do CP,

¹⁵¹ CUNHA, 2016, p. 154.

¹⁵² Neste sentido, CUNHA, 2016, p. 154 e ss; e CUNHA, 2017, p. 354 e ss.

entendendo que o dissentimento do menor deveria ser tratado tal como o consentimento não válido¹⁵³.

Apesar de considerarmos a necessidade de dar relevo ao dissentimento do menor no crime de abuso sexual de crianças, não se poderá aceitar que o agente que abusa sexualmente de um menor que dissente seja punido com uma moldura legal mais branda que um agente que abusa sexualmente de um menor que “consente”¹⁵⁴. Neste sentido, a solução mais correta atualmente parece ser a de aplicar, em caso de dissentimento da vítima menor, as molduras legais do art. 171.º do CP, visto serem mais gravosas, e valorar o dissentimento da criança no momento da determinação concreta da pena a aplicar ao agente do crime¹⁵⁵. Ainda assim, consideramos necessária uma alteração legislativa por forma a que seja valorado o dissentimento/não consentimento da vítima da forma mais correta. A solução passaria por elevar as molduras legais do n.º 2 dos arts. 163.º e 164.º¹⁵⁶, de forma a que o dissentimento do menor pudesse ser integrado na Secção I, deixando a aplicação do art. 171.º para os restantes casos.¹⁵⁷

5. A Remissão para o Artigo 170.º CP

No n.º 3, al. a) do 171.º do CP encontramos uma remissão direta para o art. 170.º - “importunação sexual”¹⁵⁸. Se este tipo legal, no caso de vítimas adultas, é polémico no que respeita à criminalização das “propostas de teor sexual”¹⁵⁹, esta mesma polémica não

¹⁵³ Posição de CUNHA, 2016, p. 155 e 156.

¹⁵⁴ Posição de CUNHA, 2016, p. 156, com a qual concordámos.

¹⁵⁵ Na medida em que consideramos estar perante um caso em que se verifica uma maior ilicitude e culpa do agente.

¹⁵⁶ Talvez nos pareça a solução mais viável num futuro próximo, dada a urgência desta alteração.

¹⁵⁷ Outra solução possível será eliminar a referência às crianças do art. 177.º e autonomizar a sua proteção na Secção II. Cap. III, ponto 6.

¹⁵⁸ Letra: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

¹⁵⁹ Com a Lei n.º 83/2015 alargou-se o crime de importunação sexual às propostas de teor sexual. Como refere o art. 40.º da Convenção de Istambul, estão em causa “comportamentos indesejados de natureza sexual, sob a forma verbal, não verbal e física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo”. Ou seja, creio que só poderão estar em causa comentários ou propostas de teor sexual humilhantes, intimidantes, ofensivos, degradantes. Porém, a formulação legal não terá sido a mais feliz para alcançar este propósito (circunscrevendo corretamente os comportamentos), quer porque nem todos estes comentários serão rigorosamente “propostas”, nem todas as propostas/convites serão humilhantes ou degradantes (...). CUNHA, 2017, p. 358.

abrange o crime quando em causa estejam vítimas menores de 14 anos. Se consideramos que abaixo desta idade não há capacidade para consentir livremente em relacionamentos sexuais, então “fará todo o sentido que sejam criminalizadas as propostas de teor sexual, criminalização esta que deveria ter um sentido mais abrangente”¹⁶⁰.

Ou seja, a interpretação que é feita relativamente a esta expressão não pode ter o mesmo alcance tratando-se de vítimas adultas ou menores de idade, isto porque o que é considerado uma bagatela face a adultos, pode não o ser em relação a crianças¹⁶¹. Aliás, “poderá defender-se que quaisquer propostas/convites sexuais de um adulto em relação a uma criança deveriam ser criminalizadas (para além dos comentários de teor sexual), por serem idóneos a afetar o livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual”¹⁶².

Mais, se é compreensível que face a um adulto seja necessário que as “propostas de teor sexual” tenham um carácter ofensivo e que exista uma importunação, “face a menores de 14 anos, não havendo capacidade de decisão em termos sexuais, a intromissão de um adulto, através de tais propostas, representará sempre um entrave ao livre desenvolvimento da sua personalidade, independentemente de o próprio menor ter disso plena consciência. Assim, aquelas exigências (...) deixam de fazer sentido, não estando em sintonia com as outras incriminações do art. 171.º, onde haverá crimes mesmo que o menor “consinta” nos atos sexuais”¹⁶³. Ainda assim, como foi feita uma remissão integral para o art. 170.º, por obediência ao princípio da tipicidade, a importunação tem de ser considerada, aspeto que é merecedor de algumas críticas.

O mesmo problema coloca-se relativamente aos “atos de carácter exibicionista” e aos “contactos de natureza sexual”, também previsto no art. 170.º do CP. Estando em causa vítimas menores de 14 anos não fará sentido exigir-se a importunação ou o constrangimento, visto estarem em causa condutas que, por si só, são idóneas a perturbar o livre desenvolvimento do menor na esfera sexual¹⁶⁴.

Contudo, se atendermos à punibilidade da tentativa prevista no n.º 5 do art. 171.º que é extensível a todo o art., “pode considerar-se a punibilidade de propostas sexuais, de atos exibicionistas e de contactos de natureza sexual que não produzam o resultado

¹⁶⁰ CUNHA, 2017, p. 359 e 360.

¹⁶¹ *Idem*, p. 360.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ Neste sentido, CUNHA, 2017, p. 361.

“importunação” e “constrangimento” da vítima, desde que o dolo do agente seja no sentido desta importunação (art. 23.º e 24.º do CP)”¹⁶⁵. Ainda assim, trata-se de uma solução que não se afigura positiva, uma vez que apenas beneficia o agente do crime atenuando a pena concreta a aplicar.

Posto isto, a solução para o presente problema passa por uma de duas soluções. Ou uma maior abrangência do crime eliminando a referência no art. 170.º a “importunação” e “constrangimento”, o que estaria em consonância com o restante art. 171.º do CP¹⁶⁶, ou manter intacta a letra do art. 170.º e descrever o crime de modo autónomo no n.º 3, al. a) do 171.º.¹⁶⁷

6. Necessidade vs. Autonomização da Secção II

É pertinente também questionar: se os crimes sexuais contra a liberdade sexual são tão abrangentes, compreendendo de igual modo os menores (quando o ato sexual é praticado sem o seu “consentimento”, ou quando há um uso de violência), não faria sentido eliminar a secção dos crimes contra a autodeterminação sexual e passar a constar tudo de uma mesma secção?

A questão levanta-se porque é sabido que de todos os bens jurídicos protegidos na Secção II, a liberdade sexual dos menores é, talvez, dos mais importantes. Assim, concentravam-se os dois tipos de crime numa só secção e dentro do art. 163.º e 164.º do CP abria-se um leque de agravantes consoante a idade da vítima menor e os meios empregues pelo agente do crime. Os bens jurídicos que ambas as secções visam proteger são assim tão diferentes que não possam caber dentro do mesmo âmbito de protecção? Julgamos que não. Apesar de toda a discussão doutrinal em redor do assunto, o bem jurídico protegido não difere no seu núcleo em ambas as secções, pois neste encontra-se a protecção da liberdade sexual. Ainda que os menores não sejam detentores, até uma determinada idade, da liberdade sexual positiva, serão sempre detentores da liberdade sexual negativa.

¹⁶⁵ CUNHA, 2017, p. 361.

¹⁶⁶ Que não exige qualquer meio típico de constrangimento.

¹⁶⁷ Soluções também apresentadas por CUNHA, 2017, p. 361.

Deste modo, parece-nos válida a opção de eliminar a Secção II do Capítulo V do Título I do Livro II do CP e reelaborar a presente Secção I, tendo em especial atenção as situações em que se trata de uma vítima menor de idade (bem como as agravantes em razão da idade dessa mesma vítima) e os meios empregues pelo agente do crime quando estão em causa menores de idade.

Contudo, por outro lado, também existe uma tendência para, estando em causa vítimas menores de idade, imediatamente reconduzir a situação para a Secção II, ao invés de começar por verificar se, no caso, estará presente algum meio típico de constrangimento previsto na Secção I. Ou seja, há uma tendência para considerar que a proteção das crianças, no âmbito dos crimes sexuais, encontra-se na Secção II, quando de facto também se encontra na Secção I, desde que os pressupostos dos tipos legais estejam preenchidos, pois se assim não fosse não fariam sentido as agravantes do n.º 6.º e 7.º do art. 177.º do CP.

Deste modo, válido será também questionar se não seria útil a separação integral da proteção sexual de adultos e menores. Parece-nos que sim, ou seja, criar uma secção totalmente autónoma de proteção de vítimas menores de idade, em sentido semelhante ao da atual Secção II, mas que nela constassem, quer as situações em que o menor “consente”, quer as situações em que o menor dissente ou em que é utilizado algum meio típico de constrangimento para a realização desses mesmos atos sexuais, sem esquecer também da gradação da tutela penal consoante a idade da vítima menor. Ao mesmo tempo, seria necessário eliminar a referência aos crimes sexuais contra crianças da Secção I, concretamente as agravações constantes do n.º 6 e 7 do art. 177.º do CP.

Ou seja, quer a opção de eliminar a Secção II e reelaboração da Secção I, tendo mais cuidado com as situações em que estão em causa vítimas menores, quer a opção de separação total da proteção de adultos e crianças nos crimes sexuais parecem ser, na nossa opinião, melhores opções que a atual e sobre as quais o legislador português deveria ponderar e refletir, no sentido de melhorar e tornar mais coerente o presente Capítulo V, do Título I do Livro II.

7. O Julgador

Por fim, não podemos terminar o presente estudo sem fazer uma breve menção ao papel fulcral que o julgador assume quando estão em causa crimes sexuais praticados contra menores.

O juiz de um abuso sexual de crianças deve ser alguém dotado de uma enorme sensibilidade, visto estarem em causa vítimas extremamente vulneráveis, frágeis e às quais deve ser dada uma maior proteção. Este deve ser capaz de olhar para a situação numa perspetiva abrangente, global e perceber que não existem duas vítimas iguais e que, por este motivo, não se pode limitar a aplicar a letra da lei. Tem de ter capacidade para a aplicar em função do caso concreto e de todos os circunstancialismos inerentes ao mesmo. Perceber que o que pode ser considerado um meio típico de constrangimento para uma criança não o é necessariamente para outra, bem como tentar perceber qual o alcance, se existir, do “consentimento” ou dissentimento do menor no caso concreto, ou seja, a perceção que este teve do acontecimento.

Para isto, é necessário existir uma maior especialização dos juízes portugueses nesta matéria, de forma a estarem mais sensibilizados para a temática dos crimes sexuais, oferecendo-lhes uma formação interdisciplinar, um maior acompanhamento dos profissionais da área da psicologia, e ainda mais recursos humanos de forma a que o juiz tenha uma maior disponibilidade para os casos que acompanha.

CONCLUSÃO

É momento agora de tecer as necessárias considerações finais a que chegámos após o minucioso estudo do art. 171.º do CP e dos temas que com ele se relacionam.

Primeiramente, no que respeita aos crimes sexuais, estes foram alvo de uma longa e necessária evolução, tendo vindo a ganhar um papel de destaque na sociedade em que nos inserimos, prova disso são as constantes alterações legais a que temos vindo a assistir. Estes deixaram de ser considerados crimes contra a moral e a ordem pública, para serem considerados verdadeiros crimes contra as pessoas, deixando para trás a ideia de que estes crimes protegiam um bem jurídico supra individual (a proteção de toda a sociedade).

Atualmente, encontram-se previstos no Livro II, Título I, Capítulo V, dividido em duas secções e tutelam o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. A divisão em duas secções ocorre porque a primeira protege todos os indivíduos sem aceção de idade da vítima e na segunda está em causa a tutela específica de menores de idade, estando esta graduada em razão da idade da vítima menor. Importa também referir que nesta segunda secção o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual se relaciona, de forma estreita, com outros bens jurídicos, em especial, o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual e a proteção da infância/juventude. Ainda assim, concluímos que ambas as secções não diferem no seu núcleo de proteção, uma vez que na sua base estará sempre a liberdade sexual da vítima, pelo menos na vertente negativa.

Quanto ao conceito de criança, o mesmo foi alvo de evolução político-económica e sociocultural, tendo os instrumentos internacionais um papel importantíssimo na sua definição. O mais importante foi a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, que no seu art. 1.º definiu criança como “todo o ser humano com menos de 18 anos” e a qual Portugal ratificou a 21 de setembro de 1990, tendo por isso também determinado que criança, no ordenamento jurídico português, seria todo o ser humano até aos 18 anos.

Relativamente à proteção que é dada à criança vítima de crimes sexuais, esta difere consoante a faixa etária em que a mesma se encontra, sendo que estes crimes são alvo de uma censura penal diversa consoante a idade da criança que for vítima do crime, isto porque a lei portuguesa tem em conta os diferentes estádios de desenvolvimento do menor. Assim, será uma proteção absoluta até aos 14 anos e dos 14 aos 18 anos a proteção já será tendencial, circunscrevendo-se a determinado tipo de atos cometidos em

circunstâncias particulares. A proteção absoluta fixada nos 14 anos não é consensual e compreendemos a razão de ser de tal discórdia. Não nos parece coerente que a capacidade para consentir em Direito Penal esteja fixada nos 16 anos de idade e a maioridade sexual se atinja aos 14 anos, devendo esta ser equiparada àquela.

Da análise ao atual art. 171.º do CP podemos concluir que o mesmo tem natureza pública; o elemento objetivo relaciona-se com a prática de uma das condutas previstas nos diversos n.ºs, por um indivíduo adulto (ou jovem), homem ou mulher, contra uma criança menor de 14 anos, do sexo feminino ou masculino, independentemente de esta ser já sexualmente ativa ou não ou de assumir um papel ativo ou passivo no ato sexual. O tipo subjetivo consubstancia-se no dolo, pelo menos eventual. A tentativa é punível e a intenção lucrativa subjacente aos atos sexuais qualifica o crime.

Depois de analisado o art., convocámos também o estudo de algumas críticas e problemas que consideramos relevantes ao estudo. Criticámos, antes de mais, a epígrafe do art., na medida em que a referência ao conceito de criança acaba por ser infeliz, bem como a necessidade de o legislador estender a proteção absoluta dos menores, em crimes sexuais, até aos 16 anos, em consonância com a capacidade para consentir em Direito Penal. Relativamente à aplicação da Secção I a menores, é importante perceber que a exigência dos meios típicos de constrangimento aí previstos não pode ter o mesmo alcance estando em causa vítimas adultas ou vítimas menores e também não há um consenso quanto à noção de cada meio típico. Mas, ainda assim, com a introdução no n.º 2 destes arts. da expressão “por meio não compreendido no número anterior”, as dúvidas que surgiram em saber o que se podia englobar nos meios típicos previstos no n.º 1 acabarão por não assumir um papel tão relevante, na medida em que um pequeno uso de força física ou uma ameaça que não chegue ao patamar de grave e o dissentimento ou “assentimento” constrangido serão também criminalizados, mas pelo n.º 2. Importante é também referir que deve ser dado (algum) relevo ao dissentimento do menor, na medida em que não se pode considerar que a aquisição da maturidade para dizer “sim” se atinge ao mesmo tempo que a capacidade para dizer o “não”, estando em causa, nestas situações de dissentimento, um aumento da ilicitude e da culpa do agente do crime. Nestas situações estamos perante um concurso aparente de normas (163.º/164.º e 171.º). A solução atual será aplicar o art. 171.º do CP e levar em conta o dissentimento da vítima na determinação concreta da pena, visto o tipo legal ter uma moldura legal mais severa. No que diz respeito à remissão do n.º 3 do 171.º para o 170.º do CP é necessário dizer que seria mais coerente

ter redigido o crime de importunação sexual autonomamente no n.º 3 e não optar pela técnica da remissão, na medida em que a letra do art 170.º não vai ao encontro do restante art. 171.º. Mas também podemos dizer que “atos de carácter exibicionista” e “propostas de teor sexual” não devem ter o mesmo alcance quando se trata de vítimas adultas ou menores. Do estudo percebemos também a necessidade de o legislador optar por uma de duas soluções para tornar mais coerente o Capítulo V: ou eliminar a Secção II e englobar a proteção da liberdade sexual quer dos menores quer dos adultos numa mesma secção ou autonomizar a proteção dos menores apenas na Secção II, eliminando a remissão para a Secção I. Por fim, não nos podemos esquecer do papel fulcral que o julgador assume quando estão em causa práticas de atos sexuais contra menores.

O presente estudo permitiu-nos concluir que apesar de muito já se ter alcançado no âmbito dos crimes sexuais contra menores de 14 anos, muito está também ainda por fazer. De facto, vemos que existem muitas questões a serem levantadas e que carecem de uma ponderação e reflexão por parte do legislador português. Mas, ainda assim, é preciso ter consciência que a mudança não se consegue apenas com leis, com boas leis, embora também passe pela sua existência. É igualmente necessário a sua correta, ponderada e sensível aplicação¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Neste sentido, CUNHA, 2003, p. 192.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Anotações ao art.171.º, 2.º edição, Lisboa: Universidade Católica, 2008.

ABRUNHOSA, Inês de Sousa, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças- Uma Análise Jurisprudencial*, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, Porto, 2015.

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

ALFAIATE, Ana Rita, *Crimes Sexuais Contra Menores: questões de promoção processual*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, org. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra: Coimbra Editora, 4 Volume, 2009-2010.

ARAÚJO, António de, *Crimes sexuais contra menores. Entre o direito penal e a constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal*, Separata de Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, Revista do Centros de Estudos Judiciários, 1996.

CARMO, Rui do; Paulo GUERRA; Isabel ALBERTO, *O Abuso Sexual de Menores: uma conversa sobre a justiça entre o direito e a psicologia*, edições almedina, 2.º edição, 2006.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito penal: parte geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*, Universidade Católica Editora, 2016.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Crimes Sexuais Contra Crianças e Jovens*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, a função dos juízes sociais*, org. SOTTOMAYOR, Maria Clara, Almedina Coimbra, 2003.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Da Criminalização do “Grooming”:* reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, org. José de Faria Costa, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 3 Volume, 2017.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*, in *Combate à Violência de Género: da convenção de Istambul à nova legislação penal*, org. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, Universidade Católica Editora, Porto, 2016.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Crimes Sexuais Contra Crianças e Adolescentes*, Atas da I Jornadas Nacionais sobre Violência de Género, Ano 3 (2017), n.º 3, org. Ordem dos Advogados/Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Crimes contra os costumes*, In *Pólis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Verbo, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, org. Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Repercussões da Lei 59/2007, de 4/9 nos «crimes sexuais»*, Revista do CEJ, 1.º Semestre 2008, n.º 8 (Especial), Almedina, 2008.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Crimes Sexuais com Adolescentes (Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português)*, Coimbra: Almedina, 2006.

FERREIRA, João Conde, *O papel do ministério público no crime de abuso sexual de criança*, Revista Julgar, N.º 12 (especial), 2010.

LEITE, Inês Ferreira, *A tutela penal da liberdade sexual*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, dir. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março, 2011.

LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Almedina, 2004.

LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 1.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

MANITA, Celina, *Quando as portas do medo se abrem...Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual*, in Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, a Função dos Juízes sociais, Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003.

PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro, *O Crime de Atos Sexuais Com Adolescentes, Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da*

vítima, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, 2012.

RAMOS, Fernando João Ferreira, *Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei n.º 92/VI*, in Revista do Ministério Público, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, ano 15, n.º 59, Julho-Setembro, 1994.

RIBEIRO, Catarina João Capela, *A Criança na Justiça, Trajetórias e Significados do Processo Judicial de Crianças Vítimas de Abuso Sexual Intrafamiliar*, Almedina, Coimbra, 2009.

SANI, Ana Isabel, *O Impacto da Vitimização Criminal nas Crianças*, in *As crianças e a Violência*, Coimbra: Quarteto, 2002.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, Universidade católica editora, Lisboa, 2012.

SENANE, Vânia Filipa Alho Paradinha, *Abuso Sexual de Menores: As Declarações para Memória Futura*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Direito das crianças vítimas de crimes violentos*, in *Intervenção psicológica e social com as vítimas*, Vol. I – Crianças, org. Sofia Neves, Almedina, 2012.

SOTTOMAYOR, Clara, *O conceito de legal de violação: um contributo para a doutrina penalista*, Revista do Ministério Público, 128, out-dez. de 2011.

SOEIRO, Cristina, *O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça*, Sub Judice n.º 26 – Crimes sexuais: o direito em ação, 2003.

SOUSA, Ana Paula da Costa, *O Crime de Abuso Sexual de Menores Dependentes, Uma análise crítica*, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, Porto, 2015.

VIVEIROS, Jéssica Rochinha de, *Os Crimes Sexuais Contra os Menores (em particular, o problema do seu bem jurídico)*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão da Relação de Coimbra, de 02 de fevereiro de 2011, *in* LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 1.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 141;

Acórdão da Relação de Coimbra, de 21 de março de 2012, *in* LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 1.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p.141;

Acórdão da Relação de Coimbra, de 18 de março de 2015, *in* LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 1.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015;

Acórdão da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 1997, *in* LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 1.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 141;

Acórdão da Relação do Porto, de 07 de outubro de 2009, *in* LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 1.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p.141;

Acórdão da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011, *in* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*, *in* Combate à Violência de Género: da convenção de Istambul à nova legislação penal, org. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p. 136 a 138.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de outubro de 1996, *in* LOPES, José Mouraz e Tiago Caiado MILHEIRO, *Crimes Sexuais: análise substantiva e processual*, 1.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 141;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de janeiro de 1996, *in* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Do dissentimento à falta de capacidade para consentir*, *in* Combate à Violência de Género: da convenção de Istambul à nova legislação penal, org. Cunha, Maria da Conceição Ferreira da, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, p. 136 a 138

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de outubro de 2000, *in* PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro, *O Crime de Atos Sexuais Com Adolescentes, Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima*, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, 2012, p. 25.

Disponíveis em, www.dgsi.pt.