



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O crime de atos sexuais com adolescentes
A questão da idade e do abuso de
inexperiência da vítima

Andreia Morim da Silva

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O crime de atos sexuais com adolescentes
A questão da idade e do abuso de
inexperiência da vítima

Andreia Morim da Silva

Orientador: Maria da Conceição Fonseca Ferreira da Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

À minha mãe, a minha guia e o meu exemplo. O meu tudo.

“A paz exige quatro condições essenciais: verdade, justiça, amor e liberdade”

Papa João Paulo II

AGRADECIMENTOS

O meu primeiro agradecimento é concedido à Senhora Professora Doutora Conceição Cunha por ter despertado a vontade de escrever sobre este crime, por ter aceite orientar-me nesta fase tão importante do meu percurso e por toda a paciência nas reuniões e nos emails trocados.

Por me ter acolhido durante os 4 anos de licenciatura e por ter consolidado e justificado a minha paixão pela justiça pelo Direito, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Um agradecimento especial ao Senhor Professor Doutor Faria Costa e à Senhora Professora Doutora Inês Godinho pois devo-lhes o gosto pelo Direito Criminal e pelo Código Penal.

À Universidade Católica Portuguesa e a todos os docentes que tive a oportunidade de conhecer e que fomentaram, de forma acentuada, a vontade de ser uma eterna estudante de Direito. Não posso deixar de agradecer à Biblioteca da Universidade Católica Portuguesa e aos seus funcionários por toda a disponibilidade, quase diária, em me prestar auxílio na etapa de pesquisa e análise.

Não posso terminar sem proferir um agradecimento profundo e À APAV, em especial a todos os meus colegas do Gabinete do Porto, por me ter permitido uma aprendizagem real, crua e dura dos crimes contra as pessoas.

A todas as vítimas que me permitiram entrar nas suas vidas e conhecer os detalhes mais avassaladores de tantos episódios de violência.

Finalmente, aos meus pais pelo incentivo e por suportarem todo o investimento. Aos meus avós pelo amor e pelas bênçãos. Ao Nuno por todas as palavras desafiadoras. Aos meus tios e primos. À Cristiana e à Mariana por toda a amizade, em especial nos momentos de incerteza e de dúvida. Ao Pedro por todo o amor. A Deus.

A vocês devo tudo.

Agradeço a todos.

RESUMO

A presente dissertação, intitulada: “ O crime de atos sexuais com adolescentes: a questão da idade e do abuso da inexperiência da vítima” tem como linhas mestras as mais importantes interrogações e conclusões quanto aos dois requisitos mencionados. Deste modo, ao longo do estudo realizámos alguns desvios que se mostram essenciais para uma correta compreensão do art. 173º do CP, tais como, a delimitação de quais os atos sexuais encarados como penalmente relevantes.

Ao longo da dissertação, procurámos respostas também no âmbito das ciências sociais e da psicologia, de forma a moldarmos a nossa orientação no sentido de que se nos afigura importante a elevação dos limites etários exigidos pelo tipo, bem como colocámos e construímos uma hipótese relacionada com eventuais consequências comportamentais no adolescente, decorrentes de anterior abuso sexual na infância.

Palavras chave: atos sexuais, atos sexuais penalmente relevantes, atos sexuais com adolescentes, limites etários, abuso da inexperiência, consentimento, consequências dos abusos sexuais na infância.

ABSTRACT

The present dissertation, entitled: “The crime of sexual acts with adolescents: the issue of age and the abuse of the victim's inexperience” has got as main guidelines the most important questions and conclusions regarding the two requirements mentioned. Thus, throughout the study we made some deviations that are essential for a correct understanding of the article 173° of the Penal Code, such as the delimitation of which sexual acts are considered to be criminally relevant.

Throughout the dissertation, we also look for answers in the scope of social sciences and psychology, in order to shape our orientation that it is important to raise the age limits required by the type, as well as to place and construct a hypothesis related to possible behavioral consequences in adolescents, resulting from previous sexual abuse in childhood.

Key words: sexual acts, criminally relevant sexual acts, sexual acts with adolescents, age limits, abuse of the victim's inexperience, consent, behavioral consequences of child sexual abuse.

INDÍCE

ADVERTÊNCIA	10
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	11
INTRODUÇÃO	12
Capítulo I- Breve referência à evolução dos crimes sexuais	14
Capítulo II- O bem jurídico	17
1.1 Algumas considerações acerca do bem jurídico nos crimes sexuais	17
Capítulo III-Atos sexuais penalmente relevantes	20
3.1 Atos exibicionistas	21
3.2 Contacto de natureza sexual	25
3.3 Ato sexual de relevo	27
Capítulo IV-Limites etários da tutela penal.....	31
Capítulo V-O Abuso de inexperiência	36
Capítulo VI- A sexualidade na infância e adolescência: o olhar da psicologia.....	40
6.1 Sexualidade Infantil	41
6.2 Consequências comportamentais na adolescência decorrentes do abuso sexual de menores	46
CONCLUSÃO.....	48
BIBLIOGRAFIA	51
LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	55
JURISPRUDÊNCIA.....	55

ADVERTÊNCIA

Serve a presente advertência para alertar que a dissertação foi redigida de acordo com as regras do novo acordo ortográfico. Deste modo, ressaltamos que as citações de obras bem como de acórdãos foram transcritas de um modo integral, não se realizando quaisquer alterações.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac./Acs. – Acórdão/ Acórdãos

APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

Art.º/arts. - Artigo/ Artigos

Cap. – Capítulo

CP – Código Penal

CCCP – Comentário Coninbricense ao Código Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

Ed.– Edição

Ibidem – A mesma obra da nota anterior

Idem – O mesmo autor da nota anterior

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

N.º/n.ºs - Número/Números

P. - Página

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

T. - Tomo

TC- Tribunal Constitucional

TEDH- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol - Volume

Vide - veja

INTRODUÇÃO

Todos os dias deparamo-nos com casos que envolvem e denunciam a prática de abusos físicos e/ou psicológicos de crianças e de jovens adolescentes. Deste modo, é ponto assente que o vigente CP português no seu capítulo V, secção I e II, elenca uma série de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima. A questão que nos surge de imediato prende-se, efetivamente, com a distinção de ambas as secções. Ora, ao atentarmos nas mesmas, acabamos por denotar que existe um fio condutor que as une, acima de tudo, as distingue: nos crimes contra a liberdade sexual (secção I), a vítima poderá ser qualquer pessoa, uma vez que não se faz qualquer menção quanto à sua idade e género; por sua vez, se analisarmos a secção II do mesmo capítulo somos a concluir que os crimes aí elencados têm em comum a premissa de serem praticados colocando em causa a autodeterminação sexual dos menores. Com efeito, é exatamente a autodeterminação sexual dos menores o ponto fulcral do presente estudo, na medida em que me proponho a realizar uma análise do crime de atos sexuais com adolescentes, presente no art. 173º CP. Ora, o preceito eleito envolveu, desde os seus primórdios, graves falhas de interpretação e estipulação normativa. Deste modo, no cap. I proceder-se-á a uma breve referência à evolução legislativa e histórica dos crimes sexuais, em especial do crime de atos sexuais com adolescentes. De seguida, no cap. II e III temos como objetivo a perceção do bem jurídico tutelado bem como a explicitação dos atos sexuais abrangidos pela norma incriminadora, respetivamente. Por sua vez, no cap. IV e V realizamos uma busca e análise de alguns casos jurisprudenciais em função dos requisitos da idade e do abuso da inexperiência da vítima, assim como lançamos a discussão os mais importantes debates e distintas interpretações de ambos os pressupostos.

No capítulo VI, decidimos encarar o desafio de mergulhar, quase que à deriva, na psicologia e nas ciências humanas. Em linhas breves, vamos tentar perceber o que é realmente a sexualidade infantil e identificar, através da teoria de Freud, quais os contornos e características da mesma. De seguida, já na adolescência, iremos aferir as eventuais consequências na vida dos adolescentes decorrentes de abusos sexuais na infância. Além do mais, proceder-se-á à investigação da eventual consequência, ao nível sexual, de comportamentos sexuais inadequados como o fascínio emotivo-sexual dos adolescentes, ainda que inconsciente, para com os adultos. Será que podemos considerar

este fascínio como um dado que denota a inocência e a inexperiência do jovem menor? Não deveria ser tida em conta a existência de eventuais abusos sexuais na infância pelo adolescente?

Partindo destas hipóteses iremos de encontro ao ponto central da presente dissertação: a questão dos limites etários bem como o conceito tão abrangente e amplo que configura o “abuso da inexperiência”.

Capítulo I- Breve referência à evolução dos crimes sexuais

Artigo 173º

Actos sexuais com adolescentes

1 - Quem, sendo maior, praticar ato sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que ele seja praticado por este com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos.

2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos.

1- A tentativa é punível.

“Se olharmos para o passado, a conclusão só pode ser a de que foram dados passos de gigante invocando a proteção penal da liberdade e da autodeterminação sexual dos menores.”¹

Atentemos no CP de 1852, onde os crimes sexuais em conjunto com os seus abrangentes conceitos não se encontravam devidamente enquadrados, pelo que tais crimes não eram considerados crimes contra as pessoas, mas crimes contra a moralidade e honestidade. Deste modo, o foco do bem jurídico era concedido à moralidade social e não ao indivíduo.²

Por sua vez, a reforma 1886 manteve a moralidade social como o bem jurídico tutelado pelos crimes sexuais” (...) mantém os crimes sexuais como meio de tutela do pudor público, da honestidade ou da virgindade”³. Ora, praticava o crime de estupro⁴ “aquele que, por meio de sedução, estuprar mulher virgem, maior de 12 anos e menor de 18 anos”.⁵ No que concerne ao conceito de sedução, o mesmo gerava várias e dúbias interpretações⁶, uma vez que abrangia o namoro, as dádivas e

¹ MARIA JOÃO ANTUNES “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in *Revista Julgar* nº12, 2010, p.153

² ANA ALFAIATE, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, 2009, p.26.

³ *Idem*, p.26.

⁴ O estupro era assim distinguido da violação na medida em que o mesmo não envolvia violência mas sedução;

⁵ FIGUEIREDO DIAS; MARIA JOÃO ANTUNES, “Anotação ao art. 173.º”, in CCCP, t. I, 2.ª ed., 2012, pp. 852 e ss.

⁶ Em confronto com tamanha generalidade do elemento típico “sedução”, atentemos nas palavras de FIGUEIREDO DIAS: “instaurou-se em Portugal (...) uma lamentável jurisprudência que interpretava em termos tão amplos o elemento típico estuprar (...) que considerava manobra típica de sedução, idónea a integrar o tipo, todo o contacto corporal entre o agente e a vítima destinado a criar nesta uma excitação genésica (sic) conducente ao consentimento na cópula (...). O que obviamente constituía uma

o contacto físico.⁷ Consequentemente, a tutela era concedida à virgindade da mulher, tida como aspeto fulcral da sua honra.

Já no decorrer dos anos 60 do séc.XX, apesar de não se ter verificado qualquer alteração legislativa, o panorama começou a mudar, consequência da evolução de aspetos valorativos e culturais. Deste modo, chegou-se à conclusão de que a honra, a pureza, bem como a moralidade da mulher não cabia ao Direito Penal tutelar.⁸

Avancemos até ao CP de 1982 que, depois de uma longa e demorada elaboração, veio concluir, e bem, admitamos, que o autor do crime de estupro poderia ser também uma mulher, indo de encontro ao princípio constitucional da igualdade. Por outro lado, não podemos deixar de mencionar outra novidade crucial no que concerne ao crime em análise, uma vez que fora colocada de parte a exigência de virgindade da vítima. Baseados na leitura e interpretação dos CP anotados no período de 1852 a 1982 “(...) as prioridades- e as contradições- da doutrina portuguesa incidem sobre a definição de pudor, mas sobretudo de virgindade, de sedução e cópula (...) num cenário em que as mulheres são equiparadas a património familiar (...)”⁹

No que respeita às variadíssimas interpretações do conceito de estupro já mencionadas, o mesmo é substituído, conforme o art. 204º, pela premissa de que pratica o referido crime o indivíduo (feminino ou masculino) que, abusando da inexperiência da vítima ou através de uma promessa séria de casamento, mantiver cópula com maior de 14 anos e menor de 16 anos. No entanto, a Comissão Revisora de 1991 teve como principais pontos de discussão a descriminalização do crime de estupro ou, em paralelo, uma nova alteração/restricção do corpo da norma. A Comissão acabou por entender que a manutenção do preceito era essencial para um sustentável desenvolvimento sexual dos jovens adolescentes.¹⁰ Com a Revisão de 1995, o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais passou a ser, claramente, a

jurisprudência absurda, precisamente porque se o sedutor não conseguisse despertar na vítima a excitação sexual o facto seria com toda a probabilidade subsumível ao tipo da violação (...) “.in CCCP, t. I, 2.ª ed., 2012, pp. 853 e 854.

⁷ BEATRIZ PACHECO –“ O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes – Reflexões críticas em torno do conceito de abuso de inexperiência da vítima, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal”, sob orientação de Conceição Ferreira da Cunha, Porto – Universidade Católica, 2013, p. 31.

⁸ FIGUEIREDO DIAS; MARIA JOÃO ANTUNES, “Anotação ao art. 173.º”, in CCCP, t. I, 2.ª ed., 2012, pp. 852 e ss.

⁹ KATIE RUSSEL “Rape Crisis Centers”- *Combate à violência de Género- da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, p.41

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS; MARIA JOÃO ANTUNES, ob. cit., p.856

liberdade e autodeterminação sexual, ao invés de bens jurídicos supra individuais, como a moral sexual. Tal alteração é evidente pela própria inserção dos crimes sexuais nos crimes contra as pessoas.

Em 1998 o crime de estupro é substituído pelo crime de atos sexuais com adolescentes (art. 204º) e inovado no sentido de se ter esclarecido que o agente do mesmo terá de ser maior de idade e que o coito anal bem como o oral são equivalentes à cópula.

Por conseguinte, procedeu-se em 2007 ao termo da distinção punitiva até então existente entre atos heterossexuais e homossexuais com adolescentes, colocando-os em pé de igualdade no que toca à incriminação e punição.¹¹

Efetuando a ponte com o direito comparado, desloquemo-nos até à Alemanha, onde de igual forma fora eliminado o preceito 175 (*Homosexuelle Handlungen*), tendo-se procedido à alteração do 182, estabelecendo-se que a vítima menor de 16 anos tanto poderia ser do sexo feminino como masculino. Exemplos desta evolução são também a legislação penal em Espanha, França e Áustria¹².

Mais se informa que se estipulou normativamente a possibilidade de incriminação nos casos em que o indivíduo maior de idade leve a que, aproveitando-se da inexperiência, o adolescente pratique atos sexuais com outrem. Por outro lado, o crime em análise passou a abranger qualquer ato sexual de relevo e alargou o elenco de atos de relevo qualificados à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.

¹¹Os ac. do TC n.º 247/05 e n.º 351/2005 acabaram por declarar a inconstitucionalidade do anterior art. 175º no que diz respeito à diferenciação até então realizada entre a prática de atos sexuais homossexuais e heterossexuais com adolescentes, na medida em que tal configurava uma clara violação dos arts. 13.º, n.º 2 e 26.º, n.º 1 da CRP, pelo que mesmo fora revogado.

Ac. Do TC n.º 247/05 “O princípio de que só a liberdade e a autodeterminação de expressão sexual podem figurar como bem jurídico penalmente tutelado”, já que este princípio tem como corolários, “por um lado, a igualdade entre os sexos e, por outro lado, a neutralidade face às diversas modalidades de orientação sexual, não devendo estabelecer-se tratamentos diferenciados para as condutas homossexuais e heterossexuais”.

¹² Em relação ao CP austríaco o TEDH declarou que o preceito 209 relativo à incriminação da prática de atos sexuais homossexuais com adolescentes seria discriminatório.

Capítulo II- O bem jurídico

1.1 Algumas considerações acerca do bem jurídico nos crimes sexuais

O Código Penal Português, no Capítulo V do Livro II, contempla os crimes contra a liberdade sexual (1ª secção) e os crimes contra a autodeterminação sexual (2ª secção). Com efeito, numa fase tão embrionária desta dissertação, cabe realizar uma breve explicação quanto à divisão referida. No que concerne aos crimes contra a liberdade sexual estamos diante de “comportamentos que atentam contra o direito de cada pessoa a decidir livremente da sua vida e práticas sexuais”¹³. Por sua vez, a incriminação no nos crimes contra a autodeterminação sexual encontra o seu alicerce “nas condutas que incidem sobre vítimas que, atendendo à idade, se entendeu não estarem em condições de se autodeterminarem sexualmente, (...) serão suscetíveis de prejudicar o livre desenvolvimento da sua maturidade e vida sexuais”¹⁴.

Com efeito, a tónica distintiva está no facto de as incriminações da Secção I concederem tutela à liberdade e/ou autodeterminação sexual de todas as pessoas, não se fazendo qualquer menção à idade da vítima, bem como ao facto de os tipos legais da Secção II assentarem na particularidade de assumirem a protecção das vítimas menores em situações que, não raras as vezes não são consideradas crime aquando da sua prática entre adultos, “ (...) ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é uma criança ou um menor de certa idade”.¹⁵ Com efeito, entendeu-se que o menor é dotado de vulnerabilidade e impotência que carecem de uma maior tutela por parte do Direito Penal.

Assumimos que é na esfera do menor que mais situações problemáticas surgem, uma vez que, nas palavras de ANA RITA ALFAIATE, “o problema suscita-se com maior propriedade, bem é de ver, nas situações de crimes contra menores. Primeiro, em consequência do dinamismo da sua experiência da sexualidade, já necessariamente mais

¹³ Carmo, R., Alberto C Guerra, P. (2006) *O Abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o Direito e a Psicologia* (2ª ed) Coimbra, Almedina, 2006, p.36.

¹⁴ *Ibidem*, p.36.

¹⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, artigos 131º a 201º, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 711, Anotação ao artigo 163º, nota II, parágrafo 6.

estabelecida nos adultos, e depois pelo desvalor autónomo das condutas relativamente ao desenvolvimento do menor e pela definição difícil dos limites de proteção da sua sexualidade perante terceiros.”¹⁶

Relativamente aos preceitos da Secção II, torna-se pertinente fazer as seguintes notas: o art. 171º tem como função a tutela dos menores com idade até aos 14 anos; por sua vez, o art.173º (de natureza semipública) tem como objetivo a defesa de adolescentes com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos de idade, o art. 172 e o art. 174º abrangem os menores entre os 14 e os 18 anos e, por último, os art. 175º e 176º tutelam todos os menores de 18 anos.

Deste modo, o tipo legal em estudo, atos sexuais com adolescentes, encontra-se inserido na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, pelo que chega o momento de tecer algumas considerações acerca do bem jurídico protegido pelo tipo legal.

A delimitação do bem jurídico tutelado pelo art.173º não é consensual, uma vez que surgiram distintas opiniões acerca do seu âmbito de aplicação e tutela. Por um lado, Ana Rita Alfaite refere que, nos crimes sexuais praticados contra menores, o bem jurídico tutelado “ (...) deve considerar-se uma concretização do bem jurídico liberdade sexual em sentido amplo.”¹⁷. A autora afirma que os crimes sexuais contra menores são, em concreto, “(...) crimes contra a liberdade individual do menor (...)”¹⁸. Carmo Dias, por seu turno, não concorda, a nosso ver erradamente, com a premissa de que a tutela se dirige ao livre desenvolvimento da personalidade do menor mas sim a “considerações éticas, representadas e avaliadas por adultos”.¹⁹

Teresa Beleza afirma que a tutela do art. 173.º incide num “controlo sobre a sexualidade feminina”²⁰. Não podemos prosseguir sem efetuar uma crítica à ideia propugnada, uma vez que não se pretendeu controlar a sexualidade dos envolvidos, mas sim o livre

¹⁶ANA RITA ALFAITE, “A relevância penal da sexualidade dos menores” *dissertação apresentada à faculdade de direito da Universidade de Coimbra, no âmbito das ciências jurídico-criminais*, para a obtenção do grau de mestre, Coimbra, 2008, p.71.

¹⁷ ANA RITA ALFAIATE, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra Editora, 2009, p.89.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p.89

¹⁹ CARMO DIAS, *Crimes Sexuais com Adolescentes (Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português)*, Coimbra, Almedina, 2006.

²⁰TERESA BELEZA - “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, «individualismo»”, *in Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, 89-118, p. 92.

desenvolvimento sexual dos adolescentes, tutelando situações abusivas que o coloquem em causa. Por conseguinte, importa reter que não estamos diante de uma “incriminação generalizada e indiferenciada de todos os atos sexuais entre adultos e adolescentes independentemente de qualquer atentado à sua autodeterminação sexual (...)”²¹, uma vez que assistimos especificamente a essa incriminação nos casos em que se demonstre o abuso da inexperiência do adolescente. Além do mais, cumpre referir que o legislador não pretendeu impor um padrão quanto a comportamentos tidos como moral e socialmente aceites, padrão existente outrora, como já tivemos oportunidade de constatar²².

Já Maria João Antunes alude à proteção de um bem jurídico supraindividual, e não a uma tutela individual da liberdade e autodeterminação sexual dos menores “pelo menos quando os atos sexuais de relevo com adolescentes não consistam em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”²³.

O nosso entendimento quanto ao bem jurídico tutelado pelo normativo vai de encontro ao assumido por Figueiredo Dias, entendimento que se tem postulado nas decisões de alguns casos jurisprudenciais: “(...) é o livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente de 14 a 16 anos, de qualquer sexo, face a processos proibidos de sedução conducentes à cópula ou ao coito anal ou oral”²⁴. No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (17/10/2012) o arguido, acusado de manter relações sexuais através de cópula e introdução vaginal com uma adolescente de 14 anos, fora condenado pelo tribunal *a quo* numa pena única de prisão efetiva de 3 anos (dois crimes de atos sexuais com adolescentes- art. 173º). Em sede de recurso, a defesa socorreu-se do argumento, entre outros, de que arguido e menor eram de etnia cigana e que “ Não obstante o facto de o arguido ser conhecedor da idade da menor C...., para ele tal facto não foi, nem é, minimamente relevante, já que para os elementos da comunidade dele (etnia cigana), a partir do momento em que uma mulher possa ter filhos, já está em idade de casar. O que acontece frequentemente.»²⁵. O argumento da defesa não prosseguiu “ (...) em causa, seja com referência ao cidadão de etnia cigana ou de qualquer outra etnia, cor, língua,

²¹ BEATRIZ PACHECO, ob. cit, p. 34.

²² *Idem, ibidem*.

²³ *Idem, ibidem*, p.33.

²⁴ Acórdão TRP de 17/10/2012 e Acórdão TRE de 29/03/2005.

²⁵ Acórdão TRP de 17/10/2012.

religião, origem nacional ou social, a proteção do “livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente”.²⁶

Na nossa perspetiva, a posição adotada no referido Ac., constituindo-se, também, como a opinião dominante da jurisprudência, parece-nos ser a mais adequada. Atente-se que, o facto de o adolescente pertencer a determinada etnia, religião, estrato social, entre outros, não o transforma, automaticamente, num adulto. É fundamental reter a informação de que, em regra, um jovem com idade compreendida entre 14 e os 16 anos não possui o discernimento necessário que lhe permita entender e avaliar as consequências do seu comportamento, especialmente quando está em causa uma relação (de certo domínio) com um adulto. Geralmente, nestes casos estamos diante de uma “atividade sexual prematura de um adolescente, ainda que este tenha dado o seu consentimento e [perante] uma conduta abusiva de aproveitamento sexual por parte de um adulto”²⁷.

Capítulo III-Atos sexuais penalmente relevantes

A revisão de 2007 ao CP estipulou um conjunto de atos sexuais que, de acordo com alguns autores, devem ser interpretados de um modo gradual quanto à sua gravidade. MARIA SILVA DIAS considera que há que distinguir três categorias de atos²⁸: os atos exibicionistas e o contacto de natureza sexual (arts. 170º, 171º n.º3, al. a) e 172º, n.º2 do C.P.) colocando-os no mesmo patamar e considerando-os como os menos graves; o ato sexual de relevo, previsto no crime de coação sexual (163º) e descrito como resultado de alguns crimes de forma simplificada (165º, 1; 166º, 1; 167º, 1; 171º, 1; 172º, 1; 173º, 1; 174º, 1 do C.P.), por último, os atos sexuais de especial relevo, presentes no crime de violação (164º) e que, aquando da sua verificação em determinados casos, qualificam os crimes previstos nos artigos 165º a 167º e 171º a 174º do C.P. Deste modo, pretendo distinguir/delimitar os atos sexuais que estão incriminados no art. 173º dos que estão tipificados no art. 170º²⁹.

²⁶ Acórdão TRP de 17/10/2012

²⁷ Acórdão TRP de 22.11.2017

²⁸ CARMO DIAS, “Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 136, 1.º outubro-dezembro 2013, p.75.

²⁹ Note-se que não abordaremos as “propostas de teor sexual” uma vez que não são atos sexuais.

Paulo Pinto de Albuquerque remete para a existência e distinção de atos sexuais sobre os quais o direito penal tem uma específica tutela: os “atos sexuais de especial relevo (cópula, coito anal e oral e penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo), atos sexuais de relevo (atos sexuais com gravidade objetiva), atos de contacto sexual (atos sexuais sem gravidade objetiva) e atos de exibicionismo (...).”³⁰

3.1 Atos exibicionistas

No que diz respeito aos atos de carácter exibicionista³¹, ANABELA RODRIGUES E SÓNIA FIDALGO³² afirmam que os mesmos envolvem **a prática** de atos relacionados com o sexo. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE define o ato exibicionista como uma “ (...) ação com conotação sexual realizada diante da vítima, que suscite o receio fundado da prática subsequente de um ato sexual com a vítima.”³³. Em relação ao “receio” mencionado pelo Autor, mostra-se essencial realçar o progressivo alargamento³⁴ do tipo legal da importunação sexual. A incriminação poderá advir de três comportamentos: dos atos exibicionistas praticados diante a vítima, do constrangimento a contactos de natureza sexual ou de propostas de natureza sexual³⁵. Saliente-se, então, a questão quanto à classificação do tipo legal de importunação sexual, através de atos exibicionistas, como crime de perigo ou como crime de dano. A distinção entre crime de dano e crime de perigo ocorre através da análise do bem jurídico em causa, pelo que se averigua se a conduta criminosa causa uma lesão

³⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3a ed. atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, p. 641.

³¹ Crime de importunação sexual art.º 170 “ Quem importunar outra pessoa praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal” redação dada pela Lei n.º 83/2015, de 05/08, tendo por base o estipulado pelo art. 40.º da Convenção de Istambul.

³² ANABELA RODRIGUES; SÓNIA FIDALGO, “Comentário ao art. 170º” in *CCCP*, t. I, 2.ªed., 2012, p.816.

³³ Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06/05/2009 «Sumário: Para que se preencha o tipo criminal do art. 170º do Código Penal é necessário que o acto dito exibicionista represente para a pessoa perante a qual é executado o perigo de que se lhe siga a prática de um acto sexual que ofenda a sua liberdade de autodeterminação sexual». ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3a ed. atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, p. 676.

³⁴ Note-se que o crime de importunação sexual, até à entrada em vigor da Lei nº 83/2015, punia com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias **quem importunasse outra pessoa praticando perante ela atos de carácter exibicionista ou constrangesse outra pessoa a contacto de natureza sexual.**

³⁵ CONCEIÇÃO CUNHA, *Os crimes contra as pessoas – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017, p.144

concreta e efetiva desse mesmo bem ou se, pelo contrário, o coloca numa situação de perigo. É de realçar que em relação ao crime de perigo, consoante se tenha de provar ou não o perigo efetivo para o bem, este se subdivide em crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato³⁶. Veja-se que, nos casos em que a “realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efectiva do bem jurídico”, o crime é de dano, enquanto no crime de perigo “a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico”³⁷.

A par das considerações já realizadas quanto à distinção entre crime de dano e crime de perigo, torna-se pertinente referir que, de acordo com a maioria de doutrina³⁸ e da jurisprudência³⁹, é exigido que resulte um perigo real para a liberdade sexual da vítima decorrente da prática de atos exibicionistas e que esta prática envolva um certo receio, na vítima, de um posterior ato sexual. Por isso, entendem que determinados comportamentos e atos, insuficientes para atingir o cerne do bem jurídico em causa, (como por exemplo o manuseamento dos órgãos sexuais em via pública) caso criem o receio de que destes poderão advir atos sexuais posteriores, representam, concretamente, o crime de importunação sexual, entendido como crime de perigo concreto.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e ANABELA MIRANDA RODRIGUES afirmam que determinado comportamento (que detenha conotação sexual e que seja praticado diante das vítimas) apenas será punível nos casos em que exista “um perigo de que se lhe siga a prática de um acto sexual que ofenda a sua liberdade de autodeterminação sexual”⁴⁰.

Com o devido respeito, não cremos que o crime de importunação sexual seja construído da forma enunciada pelos autores, uma vez que entendemos que o tipo legal em causa é, nas suas três modalidades, um crime de dano.

³⁶GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português –Teoria do Crime*, 2a ed., Universidade Católica Editora, 2015, pp. 35 e 36.

³⁷FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2011, p.309.

³⁸ VICTOR DE SÁ PEREIRA; ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal Anotado e Comentado, Legislação Conexa e Complementar*, 2.a ed., Quid Juris, 2014, pp. 498 e 499; MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Código Penal Anotado art.º 131.º ao 235.º*, Vol. III, 4.a ed., Rei dos Livros, 2016, p. 533.

³⁹ Assim, v.g., Ac. do TRP, de 06.05.2009, proc. 598/06.0JAPRT.P1; Ac. do TRG, de 07.06.2010, proc. 465/04.1GBGMR.G1; Ac. do TRC, de 26.02.2014, proc. 17/11.0GBAGD.C1.

⁴⁰ANABELA RODRIGUES; SÓNIA FIDALGO, ob, cit, p. 818.

Em primeiro lugar, atentemos no facto do já referido perigo de um eventual ato sexual acabar por se aproximar, bastante, da realidade da tentativa do crime sexual posterior. Note-se que aquela corrente doutrinária acaba por admitir uma equiparação dos atos exibicionistas à tentativa de um outro crime sexual, como salienta ANABELA MIRANDA RODRIGUES “pode admitir-se que o efeito desta protecção se lograva com a punição da tentativa do crime sexual que o agente quer cometer (...)”. Contudo, concluem que “nisto residiu a opção do legislador, que preferiu assegurar autonomamente a incriminação destes comportamentos, através da consagração de um crime de perigo concreto para a liberdade sexual da pessoa”⁴¹. De acordo com esta premissa (e diga-se, ao mesmo tempo, conclusão) somos de imediato a citar duas consequências essenciais: sempre que ocorra a importunação de uma vítima, através da prática de atos exibicionistas, e que essa mesma prática envolva o perigo ou o receio de uma nova conduta sexual, tal representará, uma tentativa do crime-fim⁴². Além do mais, é evidente que, de acordo com a lógica enunciada, sempre que estivermos diante de um crime de importunação sexual decorrente da prática de atos exibicionistas, o mesmo acaba por integrar, inevitavelmente, comportamentos que representam, também, a tentativa de determinados crimes sexuais.

Todavia, esta conceção quando confrontada com as alterações introduzidas em 2015 perde a base da sua fundamentação, uma vez que o legislador estipulou, de um modo geral para os crimes sexuais, a punibilidade da tentativa, bem como elevou, tanto no crime de coação sexual como no de violação, a moldura penal dos mesmos. Com efeito “(...) a zona residual que poderia ser coberta pela importunação sexual por meio de actos exibicionistas, enquanto crime de perigo concreto, parece ter desaparecido por completo, pois todos os crimes que poderiam servir de referência ao perigo concreto são hoje puníveis, sob a forma tentada, com penas muito superiores.”⁴³.

Por outro lado, é sabido que grande parte dos indivíduos que praticam atos exibicionistas não têm como principal objetivo a prática de posteriores atos sexuais mais graves, uma vez que alcançam a satisfação sexual através dos primeiros. Por outras

⁴¹ANABELA RODRIGUES, anotação 23^a ao art. 171.º”, in *CCCP- Parte Especial Tomo I, Artigos 131º a 201º*, 2a ed., Coimbra Editora, 1999, p.534

⁴² “...o próprio acto exibicionista será, nesse contexto, um acto de execução do crime de Coacção sexual (ou de Violação, ou de abuso sexual).” PEDRO CAEIRO; JOSÉ FIGUEIREDO, “Ainda dizem que as leis não andam: Reflexões sobre o crime de Importunação Sexual em Portugal e em Macau”, in *RPCC*, 2016, p.176

⁴³ Idem p. 177.

palavras, o entendimento realçado *supra* (crime de perigo concreto) acaba por se traduzir na inutilidade do crime de importunação sexual, na sua forma de atos exibicionistas⁴⁴.

Pelos motivos enunciados, ainda que numa explicitação breve, entendemos que desde que se verifique a importunação e constrangimento da vítima, ocorre a lesão da sua liberdade sexual, independentemente de os atos exibicionistas causarem, ou não, receio ou perigo de cometimento de outros crimes sexuais.

Questão distinta, mas de igual modo importante no que diz respeito a uma verdadeira análise comparativa, é a da diferença de atuação quando estamos perante um crime sexual praticado contra menores de 14 anos. Relativamente aos menores de 14 anos, a tutela penal é absoluta⁴⁵, na medida em que se tornou sólido que os menores com idade até aos 14 anos não são dotados de capacidade de consentimento, no que diz respeito à prática de atos sexuais. Com efeito, é claro que “qualquer conduta sexual que envolva menores de 14 anos irá lesar o desenvolvimento da sua personalidade, fundamentando-se na ideia de que abaixo desta idade o menor não terá, em princípio, capacidade para decidir de forma livre, consciente e esclarecida, em termos de relacionamento sexual”⁴⁶. De encontro ao escrutinado *supra* relativamente aos atos exibicionistas (e também aos contactos entendidos como sexuais) abrangidos pelo crime de importunação sexual, cabe realçar se, nos casos em que a vítima do crime seja um menor de 14 anos, se deve exigir, ou não, que o menor seja, efetivamente, importunado e/ou constrangido pelo adulto. Defendemos que não. A verdade é que não nos parece razoável que se exija ao menor este sentimento de que foi importunado, uma vez que, não raras as vezes, o mesmo não consegue entender o significado global dos comportamentos sexuais do adulto. Ora, tal como CONCEIÇÃO CUNHA⁴⁷, entendemos que uma maior abrangência do tipo legal é o caminho a seguir sempre que a vítima seja um menor de 14 anos, pelo que o tipo legal (art. 171º nº3/a)⁴⁸ estará preenchido assim que se pratique

⁴⁴ Vide Ac. do TRP, de 09.03.2011, proc. 329/09.2PBVRL.P1, p.7. “(...) quando ocorre um puro acto exibicionista de cariz sexual não se segue, em regra, qualquer outro acto sexual adicional com a própria vítima, pelo que aquela exigência acrescentada do perigo de se seguir um acto sexual de relevo ou um acto de cópula ou equiparado, deixaria sem tutela penal a violação do bem jurídico aqui em causa.”

⁴⁵ CONCEIÇÃO CUNHA “Crimes Sexuais contra crianças e adolescentes” in *RJLB*, Ano 3 (2017), nº 3, p.353.

⁴⁶ CARMO DIAS – *Crimes Sexuais com adolescentes, Particularidades dos artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2006, p.216.

⁴⁷ CONCEIÇÃO CUNHA, ob. cit, p.353.

⁴⁸ Veja-se o Artigo 171.º do CP:
Abuso sexual de crianças

ato exibicionista ou determinado contacto de carácter sexual, independentemente de o menor se sentir, ou não, constrangido. Entendemos que nestes casos o livre desenvolvimento sexual do menor já é colocado em causa.

Finalmente, realizadas as devidas e mais importantes considerações acerca dos atos exibicionistas, seguimos com o objetivo de perceber que outros atos sexuais são, e em que medida, penalmente relevantes. Avancemos até ao contacto de natureza sexual.

3.2 Contacto de natureza sexual

O **contacto de natureza sexual** impõe a realização de uma ação, conotada como sexual, **no corpo da vítima**, mas que não assume a gravidade de ato sexual de relevo⁴⁹. Desta forma, excluem-se todos os comportamentos que não denotem carácter físico e sexual⁵⁰, como os gestos e palavras obscenas dirigidas a terceiros. Além do mais, este contacto tem de ser imposto à vítima, na verdade, esta tem de ser constrangida a manter contacto sexual com o agente, contra a sua vontade.⁵¹ Relativamente aos comportamentos eventualmente abrangidos pela disposição- contacto de natureza sexual- diversos são os entendimentos.

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

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

3 - Quem:

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

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

c) Aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais;

é punido com pena de prisão até três anos.

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

5 - A tentativa é punível

⁴⁹ Atentemos na Proposta de Lei 98/X que esteve na base da Lei n.º 59/2007, que assumiu que o crime de importunação sexual abarca “o constrangimento a contactos de natureza sexual que não constituam atos sexuais de relevo.”

⁵⁰ Em sentido oposto, Inês Ferreira Leite –“A tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, p.60: “restam dúvidas quanto à exigência de que o contato de natureza sexual tenha natureza física ou se também abrangerá contatos não corporais, tais como conversações intimidadoras e sexualmente explícitas.”

⁵¹ Saliente-se, de novo, a posição defendida por Conceição Cunha, nos casos em que a vítima é um menor de 14 anos. A Autora afirma que não faz qualquer sentido a exigência respeitante ao “constrangimento” do menor, uma vez que o crime se encontra preenchido aquando da prática do contacto de natureza sexual pelo adulto- CONCEIÇÃO CUNHA, “Crimes Sexuais contra crianças e adolescentes” in *RJLB*, Ano 3 (2017), nº 3, p.353.

Por sua vez, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁵² salienta que “o contacto de natureza sexual pode incluir o toque (com objetos ou partes do corpo) da nuca, do pescoço, dos ombros, dos braços, das mãos, do ventre, das costas, das pernas e dos pés da vítima. Também constitui contacto de natureza sexual a aproximação física do corpo do agente ao da vítima de modo que quase se toquem, incluindo a aproximação frente a frente do agente às costas da vítima, mas excluindo a aproximação das costas do agente às costas da vítima”.⁵³

MIGUEZ GARCIA⁵⁴ chama a atenção para a importância do comportamento que envolve o contacto corporal entre agente e vítima pressupor a importunação da mesma através da imposição da vontade do agente. Entende que o constrangimento exigido pelo tipo deverá ser agressivo e imposto à vítima contra a sua vontade. O autor acaba por justificar a sua posição com alguns exemplos rotineiros, como o marido que confunde a sua esposa com outra pessoa que se encontra à sua frente, no lugar onde outrora estava a sua companheira, ocorrendo contacto corporal entre os dois mas sem que tal se configure no constrangimento exigido.⁵⁵

Por conseguinte, tem-se entendido que “ (...) as situações de erro, de engano, manobras ardilosas ou fraudulentas, ou abuso da inexperiência da vítima.”⁵⁶ não assumem a natureza de constrangimento exigida.

No que concerne às situações inesperadas e súbitas, ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO afirmam que tal “ (...) é irrelevante para aferir a tipicidade da conduta. O facto de o contacto sexual ser súbito, inesperado ou instantâneo não lhe confere imediatamente o carácter de coativo, mas também não lhe retira necessariamente esse carácter.”⁵⁷

⁵² PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, 2ª ed., p. 531 e 532.

⁵³ MAFALDA COSTA “A nova incriminação da importunação sexual –retorno ao direito penal dos bons costumes?” Dissertação de Mestrado em Direito Criminal apresentada na Escola de Direito da Universidade Católica do Porto sob a orientação da Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha, 2016, p.26

⁵⁴ MIGUEZ GARCIA- *O Direito Penal Passo a Passo - Elementos da Parte Especial com os crimes contra as pessoas*, Volume I, Almedina, 2011, p.305

⁵⁵ O exemplo concedido pelo Autor não constitui crime, uma vez que não há dolo por parte do agente. Deste modo, há um erro que exclui o dolo.

⁵⁶ ANABELA RODRIGUES E SÓNIA FIDALGO -Comentário ao crime de Importunação Sexual, in *CCCP*, t. I, 2.ªed., 2012, p.829 e PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, 2ª ed., p. 531.

⁵⁷ ANABELA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, ob. Cit, p. 829

Entendimento contrário foi o dado no Acórdão do TRE 15/05/2012: “(...) o constrangimento da vítima, necessário ao preenchimento do ilícito típico, pressupõe coacção (isto é, uma imposição, uma forma de pressão que vença a oposição da vítima, por mínima que seja), algo mais de que a simples sujeição a um contacto inesperado.”⁵⁸

Dado o exposto, realce-se, novamente, a possibilidade de a vítima ser um menor de 14 anos. Nestes casos, em virtude do que já fora mencionado *supra*, a idade da vítima constitui-se como um elemento preponderante aquando da análise da incriminação em causa: podemos estar diante do crime de importunação sexual (art. 170º CP), caso a vítima seja maior de 14 anos, ou do crime de abuso sexual de menor (artigo 171º do CP), quando a vítima é um menor de 14 anos. Deste modo, também ao nível do bem jurídico encontramos particularidades, uma vez que no primeiro preceito é tutelada a liberdade sexual enquanto no crime de abuso sexual de menores protege-se a autodeterminação sexual do menor.⁵⁹

Somos a entender, de acordo com a ideia de o Direito Penal ser de *ultima ratio*, que um determinado comportamento para ser criminalmente relevante deve comportar um contacto sexual, conseguido através de constrangimento físico e que o mesmo atinja⁶⁰, incontornavelmente, o cerne da liberdade sexual da vítima (não assumindo, contudo, a gravidade de um ato sexual de relevo).

3.3 Ato sexual de relevo

Centremo-nos, novamente, no crime de atos sexuais com adolescentes, segundo o qual o autor do crime terá de ser, obrigatoriamente, uma pessoa maior de idade e a vítima um menor entre os 14 e os 16 anos, não existindo qualquer aceção de sexo, contrariamente ao que chegou a estar legalmente estipulado. Desta forma, não é criminalmente relevante e punível: a prática consensual de ato sexual de relevo com maior de 16 anos bem como quando o agente é menor de 18 anos, mesmo que atue com abuso da inexperiência da vítima.

⁵⁸ Acórdão TRE 15/05/2012 <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/7048E451287AF72480257DE10056F86D>

⁵⁹ DANIELA CASTILHOS e ANA PAULA GUIMARÃES, “O Crime De Importunação Sexual No Código Penal Português”, 2015, disponível em <http://repositorio.uportu.pt/> p.8.

⁶⁰ Perfilhamos que o mesmo poderá ser, efetivamente, inesperado e de surpresa. Admitamos: se um determinado ato, ainda que inesperado, levar a que a vítima seja obrigada a suportar um contacto de natureza sexual, o mesmo não foi consentido pela vítima. E é pelo facto de não ter sido consentido que condiciona a sua liberdade sexual.

Em momento que se mostre mais pertinente iremos lançar a discussão sobre a questão da idade bem como a necessidade de manutenção deste tipo legal de crime.

Relativamente ao requisito exigido pelo tipo legal “quem praticar (...) ato sexual de relevo” importa tecer algumas considerações essenciais.

O art.173º distingue duas situações opostas: ato sexual de relevo (nº1), cópula e atos equiparados (nº2). No que respeita à correta interpretação de ato sexual de relevo, várias foram as vozes que se levantaram com o objetivo de o concretizar, tendo surgido três posições⁶¹: a interpretação objetivista, a subjetivista e a mista (tida como a menos exigente, mescla a aceção objetivista e a subjetivista).

De acordo com a posição objetivista, é considerado ato sexual de relevo o comportamento que, em primeiro lugar, se encontra “diretamente relacionado com a esfera da sexualidade” e, em segundo lugar, se constitua numa conduta que, objetivamente, denote uma gravidade específica e mais acentuada.⁶²

A segunda teoria identifica como aspeto essencial de análise a intenção libidinosa⁶³ do agente, isto é, a intenção do mesmo em obter prazer sexual ou conceder a outrem tal prazer.

Do exposto decorre, que a primazia deve ser conferida à teoria objetivista uma vez que deve ser considerado como sexual todo o comportamento⁶⁴ que se relacione diretamente com a sexualidade e seja suscetível de interferir na liberdade e autonomia sexual da vítima⁶⁵. Além do mais, não concordamos que se deva atender à intenção do agente de forma a concluir, ou não, se a conduta em causa se consubstancia num ato sexual de relevo.

A preocupação centra-se, neste momento, no âmbito objetivo do conceito de ato sexual de relevo, pelo que se entendeu que o mesmo terá, em primeiro lugar, de se constituir

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS “Anotação ao art. 163.º”, in *CCCP*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 718.

⁶² FIGUEIREDO DIAS, 1999, p.447.

⁶³ FIGUEIREDO DIAS “Anotação ao art. 163.º”, in *CCCP*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 718 e MAIA GONÇALVES, “Anotação ao art. 163.º”, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 18.ª ed., 2007, p. 624.

⁶⁴ No que respeita ao comportamento, importa referir que se exige que o mesmo seja passível de ser reconhecido, externamente, como sendo de natureza sexual.

⁶⁵ FIGUEIREDO DIAS “Anotação ao art. 163.º”, in *CCCP*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 718, vide Acórdão TRC DE 13/01/2016.

como um ato sexual. No entanto, o CP não nos fornece um elenco exemplificativo dos atos que poderiam ser abarcados pelo conceito em análise.

De acordo com o enunciado no Ac. do STJ de 15/6/2000, o ato sexual de relevo assume-se como “toda a conduta que ofenda bens jurídicos fundamentais ou valores essenciais das pessoas quanto à sua livre expressão do sexo. A conduta, para ser de relevo, terá de ser intensa, objetivamente grave e traduzir intuítos e desígnios sexuais que frontalmente sejam atentatórios da autodeterminação sexual da vítima”.

Após a elucidação, ainda que breve, acerca do conteúdo concetual dos atos exibicionistas e do contacto de natureza sexual do art. 170.º, chegamos à conclusão que o art. 163.º representa a incriminação dos atos sexuais de relevo.

Não obstante as ilações retiradas, não podemos deixar de atentar na “qualidade” dos atos sexuais abrangidos pelo art. 164.º “atos sexuais de especial relevo”. Do mesmo modo que os atos sexuais de relevo, os atos presentes no art. 164º, como a própria designação indica, são também dotados de relevância, mas de uma relevância especial e acentuada.

Ora, entre o crime de coação sexual (163º) e o crime de violação (164º) facilmente se constata que o ponto divergente está exatamente na qualidade dos atos sexuais praticados: o preceito da coação sexual cinge-se aos atos sexuais de relevo, enquanto a violação exige a prática de atos sexuais de especial relevo⁶⁶. Em relação a estes dois preceitos, entende-se, frequentemente, que “o tipo fundamental é atualmente a coação sexual” e o crime de violação, materialmente, é um caso especial de coação sexual, é aliás a forma mais grave de coação sexual, com as suas características específicas (comissão mediante cópula, coito anal, coito oral, e outras que agora expressamente se lhes equiparam, mas nem sempre).”⁶⁷

São apontados como exemplos dos primeiros: a cópula vulvar e o toque, com objetos ou partes do corpo, nos órgãos genitais, seios, nádegas, coxas e boca. Ora, a delimitação casuística entre os preceitos acaba por não se mostrar muito fácil e reta, pelo que chegou-se à conclusão que o crime de violação caracteriza-se, sempre, pela existência

⁶⁶ Alguns autores chegam a considerar o crime de violação como uma forma agravada do crime de coação sexual.

⁶⁷ MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, *Código Penal Parte geral e especial com notas e comentários*, Almedina, 2014, pág. 679.

de penetração. É, efetivamente, a penetração que acaba por facilitar a distinção entre os atos sexuais de relevo e os atos sexuais de especial relevo: “Acto sexual de relevo” será todo aquele comportamento que de um ponto de vista essencialmente objectivo pode ser reconhecido por um observador comum como possuindo carácter sexual e que em face da espécie, intensidade ou duração ofende em elevado grau a liberdade de determinação sexual da vítima”.⁶⁸

Deste modo, a interpretação dos **atos sexuais de especial relevo** reconduz-se à interpretação do conceito de penetração. Importa referir que a especialidade destes atos não abrange a cópula vulvar⁶⁹, tendo-se entendido que, não existindo penetração intravaginal, não estamos perante o crime de violação. Com efeito, são tidos como integradores do tipo “ atos sexuais de especial relevo” os seguintes comportamentos sexuais: cópula⁷⁰, coito anal ou coito oral e introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos.

Relativamente à particularidade de a cópula vulvar não revestir qualidade de ato sexual de especial relevo e, devido a tal, a sua prática não se consubstanciar no crime de violação, somos a discordar drasticamente. Não estaremos a dar demasiada importância a um preciosismo? Coloquemo-nos no lado da vítima. A nosso ver, existir ou não penetração acaba por não implicar uma alteração significativa no seu sofrimento, que justifique que as duas situações sejam tratadas de um modo completamente distinto. Concordamos com FIGUEIREDO DIAS quando evidencia que “Não se encontram abrangidas aqui por conseguinte, (contra, porventura, a – todavia não evidenciada – intenção do legislador) ações como a do coito vulvar ou do vestibular ou o da auto masturbação; ações que, (...) **podem evidenciar um conteúdo de ilícito tanto ou mais**

⁶⁸ Citação retirada do Ac. do TRC de 13/01/2016; Ac. Do TRP de 13/03/2013, respeitante à prática do crime de coação sexual (163º CP).

⁶⁹ A cópula vulvar/vestibular ocorre aquando o contacto, sem penetração, entre os órgãos genitais masculinos e femininos. Ac. STJ de 29/10/2008 “O facto de o crime de violação englobar agora, também, os actos de penetração anal e oral não desvirtua a noção de cópula. Cópula continuará a ser entendida como resultado de uma relação heterossexual de conjugação carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos, que, como tal, exige sempre a introdução completa ou incompleta do órgão sexual masculino na vagina, **o que afasta a equiparação com a chamada cópula vestibular ou vulvar.**”

⁷⁰ De acordo com Paulo Pinto de Albuquerque “ato pelo qual o pénis de um homem é introduzido na vagina de uma mulher haja ou não emissio seminis.” in PINTO DE ALBUQUERQUE, 2010, p.511; quanto à dispensa de ejaculação e/ou orgasmo, o STJ no Ac. nº.5/2003 fixou o seguinte: “exigir-se na violação consumada o orgasmo ou ejaculação, como por vezes se lê, é um puro preciosismo, atendendo à essência do bem jurídico protegido”(…) a norma incriminadora contenta-se com a introdução do pénis na vagina, total ou parcial.”

pesado para a autodeterminação sexual da vítima do que alguns dos que caem dentro da tipicidade.”⁷¹.

Após termos realizado um breve percurso no caminho dos atos sexuais criminalmente puníveis e acentuado algumas discussões, cabe, neste momento, retomar a interpretação do tipo legal de atos sexuais com adolescentes. Verificamos que o artigo 173.º do CP abrange a punição da prática de atos sexuais de relevo (173.º n.º1), e é relativamente a estes que MARIA JOÃO ANTUNES e FIGUEIREDO DIAS são ávidos críticos da sua introdução no tipo legal em estudo, socorrendo-se do argumento da dignidade penal, afirmando que essa mesma introdução, passível de constituir uma inconstitucionalidade material, é uma limitação “desproporcional, desadequada e desrazoável” de direitos fundamentais do adolescente. Entendem estes autores que tal poderá levar ao extremo de “punir com pena criminal os abraços, os beijos, as carícias entre dois namorados, um com 18 anos feitos, outros com quase 16.”⁷².

Não nos identificamos com o pensamento dos referidos autores, uma vez que houve a preocupação de se inserir no tipo legal a expressão “abuso da sua inexperiência” que, como veremos em alguns casos jurisprudenciais, acaba por ser muito relevante na delimitação das condutas a criminalizar. E, admitamos, dificilmente se conseguirá provar o abuso da inexperiência nos casos em que as idades da vítima e agressor são muito próximas (exemplo dado pelos Autores). Não esqueçamos, portanto, que para que a conduta do agente seja considerada crime de atos sexuais com adolescentes, é exigido o abuso da inexperiência da vítima.

Capítulo IV-Limites etários da tutela penal

O art.19º do C.P estipula que “os menores de 16 anos são inimputáveis”, ou seja, *a contrario*, apenas os menores que tenham prefeito 16 anos, à data da prática do facto, serão criminalmente responsáveis pelos seus comportamentos. De acordo com nº3 do art.º 38 do CP: “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”. Deste modo, elevando a idade para consentir, o legislador procurou enfatizar, em 2007, uma intensa promoção da tutela dos menores “não se

⁷¹FIGUEIREDO DIAS, 2012, pág. 750.

⁷² FIGUEIREDO DIAS “Anotação ao art. 173º”, in *CCCP*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 861. A este respeito, vide Acórdão TRC DE 13/01/2016.

entendendo que uma pessoa com catorze ou quinze anos de idade deva consentir relevantemente em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física, e acrescenta-se que as orientações que têm vindo a ser preconizadas pela União Europeia, sobretudo quanto a crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, apontam no sentido da necessidade desta alteração.”⁷³ Para além do limite etário dos 16 anos, ainda se exige que a pessoa tenha o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento prestado.

Centremo-nos agora nos menores enquanto sujeitos passivos dos crimes sexuais. No primeiro capítulo do presente estudo focamos a evolução legislativa no que diz respeito aos crimes sexuais, mais especificamente contra os menores. Deste modo, “a ideia de atentado ao pudor é substituída pela de desrespeito pela autodeterminação sexual. Já não é o pudor da criança ou jovem que está em causa (...) mas a convicção legal (*iuris et de iure*, dir-se-ia) de que abaixo de uma certa idade ou privada de um certo grau de autodeterminação a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”⁷⁴.

Posto isto, o crime de atos sexuais com adolescentes tem como um dos pressupostos essenciais que o agente do crime seja maior de idade e a vítima um adolescente entre os 14 e os 16 anos. Relativamente à exigência da maioridade por parte do agente, somos a concordar uma vez que atos sexuais entre adolescentes tendem a ser normais e típicos.

Seguidamente, vamos tecer algumas considerações relacionadas com os limites etários balizados no preceito legal. São puníveis os atos sexuais entre adultos e adolescentes com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos⁷⁵. E se, porventura, o adolescente, não tiver perfeito ainda os 17 anos, tendo 16 anos e 5 meses, por exemplo? Atente-se no Ac. do TRP de 04/06/2014⁷⁶, em que a matéria de facto já provada consiste no seguinte: num determinado dia, a ofendida J, com 16 anos, solicita o serviço de transporte de táxi do arguido B, com 43 anos. Contudo, o arguido B opta por realizar um desvio na rota, com o objetivo de levar a menor para um local “escondido” e de difícil acesso, até que

⁷³ ANA RITA ALFAITE, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra Editora, p. 129. Vide também ponto nº 4 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 98/X de 7 de setembro de 2006, para alteração do CP.

⁷⁴ TERESA BELEZA, “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal de 1995”, in *Jornadas de Direito Criminal Lisboa: CEJ*, 1996, p.15

⁷⁵ Através do abuso de inexperiência do adolescente.

⁷⁶ Processo 1298/09.4J4PRT.P1, relatora Maria Deolinda Dionísio.

se desloca para o banco traseiro da viatura e pratica relações sexuais de cópula com a adolescente, sempre com a discordância da mesma. Em decorrência do acontecimento descrito, a vítima viu a sua vida emocional afetada: alterações emocionais diretamente relacionadas com o crime; perturbação de stress pós-traumático; perturbações alimentares; depressão; etc.

Por sua vez, o arguido interpôs recurso justificando-o com base na idade da menor, uma vez que entende que o tipo legal incrimina a prática de atos sexuais com adolescentes com idade **até aos 16 anos** e, na verdade, a menor já tinha 16 anos aquando da prática dos factos, concluindo a defesa que o arguido não praticou o crime do art.173º. A decisão do TRP vai de encontro ao que fora enunciado pela defesa, evidenciando que o limite superior deste tipo legal é balizado pela data em que se completam os 16 anos. Em síntese, apesar do menor não ter chegado ainda à idade dos 17 anos, na prática já ultrapassou o marco dos 16 anos tutelado pela norma, pelo que é, para o efeito, maior de 16 anos. Por esta razão, o TRP conclui que o arguido não praticou o crime de atos sexuais com adolescentes, contudo alude à possibilidade de tais atos configurarem o crime de violação (art.º 164 CP)⁷⁷.

Além do mais, há ainda um aspeto fulcral a ter atenção no que diz respeito ao requisito da idade. Tais considerações relacionam-se com o aumento das balizas etárias do crime. Nomeadamente, tem-se discutido se a prática de atos sexuais de relevo com adolescentes deveria abarcar os adolescentes até aos 18 anos. Somos a concordar inteiramente com tal posição, uma vez que um adolescente de 16, 17 anos ainda se encontra numa fase de aprendizagem, de consolidação das suas crenças e ideais, bem como, em regra, de apreensão do significado global de um relacionamento sexual. É notório que o rápido e pleno acesso à tecnologia, a maior abertura familiar e académica ao ensino da educação sexual acabam tornar o adolescente precocemente “adulto”, contudo também temos a consciência clara que a tecnologia, por exemplo, é um peso com duas medidas, uma vez que possibilita a entrada dos menores num mundo perverso, tornando-os mais vulneráveis a situações de risco. Deste modo, não podemos automaticamente realizar uma ligação entre o facto de o menor estar sujeito, em comparação com alguns anos atrás, a um imenso volume de informação e tecnologia e a

⁷⁷ Havendo dissentimento, após a revisão de 2015, estaríamos perante, claramente, um crime de violação-aspeto mais discutível antes da revisão. Além do mais, considerações relativas ao conceito de violência deverão ser analisadas.

maturidade do jovem. Na mesma senda, CONCEIÇÃO CUNHA⁷⁸, “se entendermos precocidade como sinónimo de maturidade, tal opinião, não nos parece mesmo correta”. A Autora esclarece que, a par dos aspetos sociológicos enunciados, o enfoque deverá ser concedido, também, ao estudo, já existente no âmbito da psicologia e, especialmente, das neurociências, da (i) maturidade ao nível emocional e cognitivo da criança/adolescente:

“Na adolescência, há uma forte ativação do sistema emocional, e, por outro lado, uma imaturidade do controlo cognitivo, o que explica que, embora os adolescentes consigam compreender conceitos e apresentem coerência lógica, sejam imaturos na tomada de decisões, muitas vezes precipitados, porque o sistema límbico domina o controlo cognitivo: assim, são menos capazes de controlar os seus impulsos, prever as consequências dos seus atos, avaliar os riscos das suas escolhas, tendo uma visão de curto prazo, sendo movidos pelo prazer momentâneo; são também mais influenciados pela pressão dos grupos. Há estudos que indicam que a maturidade psicossocial se desenvolve até aos primeiros anos da idade adulta, sendo estas conclusões corroborados pela neurociência, quando esclarece que, de facto, certas funções cerebrais só se completam por volta dos 21 anos, o que explicará a menor reflexão/maior impulsividade e instabilidade dos jovens.”⁷⁹

Do lado oposto ao que defendemos, MARIA JOÃO ANTUNES⁸⁰ E CARMO DIAS⁸¹ afirmam que o menor quando completa 14 anos já tem capacidade física e intelectual que lhe permite distinguir o certo do errado, o abuso do não abuso.

Novamente, acreditamos que o tipo legal deveria abarcar também os adolescentes até aos 18 anos. Não nos parece de todo viável, com o devido respeito, que os menores assim que completem 14 anos alterem ou consolidem, de um modo instantâneo, a sua personalidade. Pelo contrário, frisamos a inconstância e a (i) maturidade frágil que é tão típica desta faixa etária. Concordamos, porém, que a tutela conferida aos adolescentes não se deve verificar com a mesma intensidade em relação à conferida aos menores de 14 anos⁸², contudo essa mesma tutela não se deve restringir ao mínimo, deixando

⁷⁸ CONCEIÇÃO CUNHA– “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, Porto, fevereiro, 2016, p.148

⁷⁹ Idem, ibidem

⁸⁰ MARIA JOÃO ANTUNES, “Anotação ao art. 175.º”, in *CCCP*, t. I, 1999, p. 570.

⁸¹ CARMO DIAS, *Crimes...*, cit., p. 231.

⁸² De acordo com INÊS LEITE, à medida que os menores vão ultrapassando as fases mais importantes e notórias da infância e começam a entrar no mundo da adolescência, é inevitável que a tutela conferida aos bens jurídicos em causa acabe por não revestir a mesma natureza: INÊS LEITE– “A tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, ano 21, n.º 1, Janeiro-Março 2011, p. 78.

entregues a si próprios, neste caso, adolescentes entre os 16 e os 18 anos, que poderão não perceber alguns métodos de sedução utilizados por adultos com vista à prática de atos sexuais.

Portanto, um dos aspetos fundamentais que deve ser amplamente avaliado e analisado corresponde à tentativa de perceber em que momento é que, geralmente, uma criança/adolescente se encontra capaz de entender plenamente as suas pretensões emocionais e sexuais, bem como as eventuais implicações das escolhas pelas quais envereda. Neste sentido, concordamos com CONCEIÇÃO DA CUNHA⁸³ quando afirma que a maturidade do adolescente deve ser avaliada consoante o crescimento “não só intelectual/cognitivo, mas também valorativo e emocional”.

Por outras palavras, defendemos que o art.º 173 deveria permitir, para um correto tratamento casuístico, a tutela dos adolescentes até aos 18 anos que mantenham atos sexuais com adultos (não esquecendo o requisito: abuso da sua inexperiência).

Finalmente, não conseguimos descortinar o fundamento da diferenciação etária que é realizada entre o art.º 173 e os artigos 172.º, 174.º, 175.º, 176.º e o 176.ºA do CP, na medida em que este elenco de crimes assumem os 18 anos como limite etário. Note-se a clara incongruência legal através de um caso reportado ao crime de aliciamento do artigo 176º/A: uma jovem de 17 anos é aliciada, via internet, por um adulto, que esconde a sua verdadeira identidade, com vista a marcarem um encontro; o adulto, abusando da inexperiência da adolescente, consegue que a menor mantenha com ele relações sexuais. O agente será punido pelo crime do artigo 176º/A, porém, curiosamente não será responsabilizado pelo crime de atos sexuais com adolescentes, uma vez que a menor já tinha 17 anos⁸⁴. Não estará, neste caso, o direito penal a preocupar-se com o “pouco” em detrimento do “muito”? Repare-se que a conduta criminalizada pelo art.º 173 é manifestamente mais gravosa do que a punida pelo 176º/A, daí que não consigamos destrinçar um fundamento válido e oportuno que justifique tal diferenciação.

⁸³ CONCEIÇÃO CUNHA, 2016, p.148.

⁸⁴ Exemplo concedido por CONCEIÇÃO CUNHA – “Da criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento do menor na esfera sexual”, in *Estudos em Homenagem a Manuel da Costa Andrade*, p. 399 a 419.

No capítulo III procuraremos perceber, através de ferramentas concedidas pela psicologia, qual é a idade, aproximadamente⁸⁵, que marca a existência de maturidade sexual consciente por parte dos jovens.

Capítulo V-O Abuso de inexperiência

Para que um adulto seja responsabilizado pela prática de atos sexuais de relevo com um adolescente é necessário que o mesmo atue com abuso da inexperiência da vítima. Antes de mais, tentamos entender, na língua portuguesa, qual é o significado do conceito de inexperiência. Busca esta que não se revelou de grande ajuda, uma vez que o dicionário⁸⁶ define o conceito como: 1) falta de experiência; 2) qualidade de inexperiente. De igual modo, também na jurisprudência e na doutrina são vários os entendimentos e interpretações dados ao “abuso de inexperiência”, pelo que se torna difícil a tarefa de identificar, nas situações práticas, os acontecimentos que demonstram, de facto, o abuso de inexperiência do adolescente.

A doutrina e jurisprudência dominante identificam a existência de uma íntima ligação entre o conceito de inexperiência e a virgindade das vítimas.

De acordo com PINTO DE ALBUQUERQUE, nos tempos atuais apenas conseguimos concretizar o conceito de inexperiência nas comunidades menos desenvolvidas e instruídas⁸⁷.

LOURAZ LOPES⁸⁸, CARMO DIAS⁸⁹, bem como PINTO DE ALBUQUERQUE defendem que, se o adolescente, até ao momento da prática de atos sexuais com adulto, tiver já iniciado a sua vida sexual, tal acaba por invalidar o requisito do abuso da sua inexperiência e, por sua vez, não se verifica o preenchimento do tipo legal. Em relação

⁸⁵ Perpetuamos a ideia de que, efetivamente, não existe uma idade “estaque” para o acordo do adolescente. Fatores como o meio sociocultural e a maturidade do menor deverão ser tidos na avaliação do caso.

⁸⁶ Definição concedida pelo Dicionário Priberam.

⁸⁷ “... na sociedade de informação do século XXI, só muito excepcionalmente, em meios fechados, se pode configurar essa inexperiência”, PINTO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art. 173.º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed., 2010, pp. 544 e 545.

⁸⁸ JOSÉ MOURAZ LOPES - *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 139.

⁸⁹ MARIA DO CARMO DIAS - *Crimes Sexuais com Adolescentes (Particularidades dos Artigos 174 e 175 do Código Penal Português)*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 233.

aos jovens adolescentes que, aquando do encontro sexual com o adulto, já tenham, anteriormente, iniciado a sua vida sexual⁹⁰, só em escassas situações é que se provará a sua inexperiência⁹¹. António de Araújo, Leal-Henriques e Simas Santos, apesar de assumirem uma posição próxima da dos Autores enunciados, entendem que serão de excluir as situações em que a experiência sexual anteriormente obtida tenha sido resultado de uma situação de abuso⁹².

Não concordamos inteiramente com o defendido *supra*, uma vez que não nos parece plausível que se realize uma avaliação detalhada quanto à vida sexual do adolescente anterior à, eventual, prática do crime.⁹³ Não nos esqueçamos que a palavra “virgindade” foi retirada, em 1982, do preceito tendo por detrás motivos sólidos, pelo que defender a importância da mesma na aferição da prática do crime, a nosso ver, representa um voltar aos ideais da jovem mulher pura implicando “... uma reminiscência moralista e uma rotulação jurídica e socialmente inaceitável.”⁹⁴

Não conseguimos, por isso, estabelecer umnexo de causalidade entre a prática de relações sexuais e a experiência do adolescente, uma vez que os adultos, nestes casos, utilizam métodos de sedução artificiosos e elaborados que impossibilitam uma perceção consciente das suas verdadeiras intenções por parte das vítimas menores.

Atente-se no acórdão⁹⁵ de 22/11/2017 do TRP. Resumidamente, estamos perante um recurso interposto pelo arguido B, depois de ter sido condenado, em primeira instância, pela prática, entre outros, de seis crimes de atos sexuais com adolescentes. No que concerne à matéria de facto, deu-se como provado que o arguido abordou, via

⁹⁰ A este respeito, veja-se o entendimento do STJ a cerca do conceito de inexperiência do adolescente “... é inexperiente a rapariga menor de 15 anos que nunca antes tenha mantido trato carnal com outro homem.” Ac. do STJ, de 19/03/1992.

⁹¹ Vide VERA RAPOSO “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 954; MAIA GONÇALVES, “Anotação ao art. 173.º”, in *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 18.ª ed., 2007, p. 653.

⁹² BEATRIZ PACHECO, “O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes”, 2013, p. 35.

⁹³ Contra a eventual relação entre virgindade e inexperiência da vítima, CONCEIÇÃO CUNHA “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais*, Actas do Encontro, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003, p.212; ANA RITA ALFAITE, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra Editora, p.85; CARMONA DA MOTA, “Crimes contra a liberdade sexual, crimes contra a autodeterminação sexual”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2.º volume, 1998, p. 210.

⁹⁴ BEATRIZ PACHECO “A convenção de Istambul e o Crime de atos sexuais com adolescentes”- *A Convenção de Istambul e a Violência de Género – Combate à violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Universidade Católica Editora, Porto, fevereiro, 2016, p.176

⁹⁵ Processo 13/14.5GAVLC.P1, relatora Maria Dolores da Silva e Sousa.

mensagens telefônicas, as ofendidas F e K. O arguido não revelou a sua verdadeira identidade, indicando um nome falso, e dizendo ter 18/23 anos quando na realidade teria 43 anos. Durante cerca de dois meses, o arguido manteve contacto com as adolescentes, trocando mensagens de amor, pelo que conseguiu que as mesmas, em separado, aceitassem encontrar-se com ele. No encontro manteve relações sexuais com as menores de cópula completa.

Inconformado, o arguido interpõe recurso argumentando que não se provou que teria abusado da inexperiência das vítimas, pois, na verdade, as menores, não só já não seriam virgens, como “tinham já suficiente experiência sexual anterior e dominavam relativamente bem a arte da sedução e da intriga”. Colmatando a defesa que, o arguido considera ter sido ele “manipulado e usado por todas as menores tendo em vista o propósito de cada uma delas de se tornar a sua eleita ou favorita”.

O TRP afirma que o conceito de abuso de experiência não se encontra relacionado nem pressupõe a inexistência de um relacionamento sexual anterior. Ao atentarmos em todos os factos apresentados, facilmente percebemos que o arguido abusou, efetivamente, da inexperiência das vítimas, na medida em que as menores estão inseridas num meio social desfavorecido, com pouca supervisão parental, e tendo o agente ocultado propositadamente a sua identidade, idade e estado civil (métodos típicos dos predadores sexuais).

Se dúvidas restassem quanto à inexperiência das menores, esclarecemos que ambas acreditaram em tudo o que o arguido lhes contou, incluindo o facto de ter uma idade próxima da delas, pelo que nos afastamos claramente da ideia de que a prática de atos sexuais, anterior à relação com o adulto, invalida, *a priori*, a inexperiência da vítima.

Centremo-nos no consentimento. Entendeu-se, e bem, que o consentimento de um menor até aos 16 anos não é válido uma vez que, em regra, este não tem a consciência total das consequências que poderão advir das suas escolhas e, por isso, as suas decisões poderão ser facilmente inflacionadas e seduzidas. Deste modo, a dúvida persiste: quando é que o consentimento prestado é livre? Para além disso, e no caso do crime de atos sexuais com adolescentes, quando é que se verifica o abuso da inexperiência do jovem adolescente?

As duas questões relacionam-se, inevitavelmente. Ora, sempre que se verifique e se prove o abuso da inexperiência do adolescente, também se verifica que o consentimento por ele prestado a manter contacto sexual com o adulto, não é consciente, livre de manipulação, espontâneo e esclarecido.⁹⁶

Na nossa perspetiva, o conceito de inexperiência abarca alguns critérios que o julgador deverá ter em conta aquando da apreciação do caso. Deste modo, o facto de a vítima já ter iniciado a sua vida sexual anteriormente ao contacto sexual com o adulto ou o facto de a mesma possuir conhecimentos, ainda que consolidados, acerca da sua sexualidade não conduz automaticamente à não incriminação do adulto. Aspetos relacionados com a diferença de idades entre adulto e adolescente, as diferenças socio-culturais e a utilização de meios enganosos de sedução deverão ser analisados. Além do mais, a vulnerabilidade e a sensibilidade do adolescente também deverão ser pesadas em grande medida aquando da análise de todos os factos. No âmbito da vulnerabilidade da possível vítima, urge que avaliemos, também, a existência de uma eventual relação de domínio/manipulação do adulto para com o adolescente. Nas palavras de BEATRIZ PACHECO, defendemos que “o juiz deve ter presente tudo o que demonstre o domínio, a assimetria e o desequilíbrio de poder entre os parceiros sexuais.”⁹⁷.

Como alicerces do nosso entendimento mencionamos: a teleologia da norma⁹⁸, uma vez que o que se pretende tutelar é o livre desenvolvimento da personalidade do adolescente; o facto de a expressão referente à virgindade, outrora existente, ter deixado de se incluir na discipção típica⁹⁹ e, para além disso, o próprio preceito legal não fazer qualquer menção à anterior experiência sexual do adolescente. Mais se informa que, o facto de o adolescente ter tido já experiências sexuais com outros adolescentes, numa relação de paridade, não exclui que possa ser ainda vítima de um abuso de inexperiência por parte de um adulto (no sentido de abuso de vulnerabilidade).

Outra questão debatida centra-se na eventualidade de a iniciativa sexual surgir do adolescente. MARIA DO CARMO DIAS¹⁰⁰ defende que não estaremos diante um abuso de inexperiência sempre que: a iniciativa para a prática de atos sexuais tenha

⁹⁶BEATRIZ PACHECO, “O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes”, 2013, p.40

⁹⁷BEATRIZ PACHECO, “A convenção de Istambul e o Crime de atos sexuais com adolescentes”, p. 177

⁹⁸ BEATRIZ PACHECO, “O Crime de Atos Sexuais com Adolescentes”, 2013, p.36.

⁹⁹ Ideia abandonada desde a reforma de 1982.

¹⁰⁰MARIA DO CARMO DIAS, ob. cit., p.96.

surgido da vítima; o jovem adolescente tenha concedido o seu consentimento de forma livre e consciente; e nos casos em que não seja possível aferir que fora o abuso de inexperiência do adolescente que conduziu ao consentimento prestado.

Todavia, depois das ideias já elucidadas, não podemos deixar de discordar com a Autora. Em relação ao consentimento prestado, este tem de ser profundamente analisado de forma a escrutinar a base da relação, isto é, se está alicerçada em sentimentos de paridade, em moldes livres de qualquer tipo de domínio e manipulação, ou se, por outro lado, existe um aproveitamento, ainda que dissimulado, da vulnerabilidade do adolescente (carências monetárias, afetivas e intelectuais).

A Autora refere, também, a iniciativa. Contudo, o facto de esta partir do adolescente não acaba por evidenciar, na maior parte dos casos, a sua inexperiência? É neste momento que lançamos à discussão uma das chaves mestras da presente dissertação. Deverá ser concedida alguma importância, no âmbito do conceito de abuso da inexperiência, a um eventual fascínio emotivo-sexual por parte dos jovens adolescentes para com os adultos? Este comportamento sexual desviante da sua parte poderá estar relacionado com abusos sexuais sofridos e ocorridos na infância? Tais abusos não deveriam ser analisados aquando da ponderação da inexperiência do adolescente? E em que medida esses mesmos devem pesar nessa ponderação, ou seja, deverão ser conotados como indicadores de experiência ou de inexperiência sexual? Note-se que, sendo o crime de atos sexuais com adolescentes doloso, o agente deverá ter consciência da vulnerabilidade da vítima.

Com vista a encontrar resposta para as questões acima colocadas, mergulhamos no mundo da psicologia, concretamente no estudo da sexualidade infantil e dos comportamentos sexuais inadequados e desviantes que possam advir de abusos sexuais sofridos pelos adolescentes abrangidos pela incriminação do art.º173 quando eram crianças.

Capítulo VI- A sexualidade na infância e adolescência: o olhar da psicologia

Como já tivemos oportunidade de constatar, os crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual nas situações em que as vítimas menores tenham idade inferior a 14

anos são dotados de natureza pública. Por outro lado, os crimes sexuais com ou contra adolescentes com mais de 14 anos são de natureza semipública.

Aquando da escolha do tema da dissertação um dos pontos que nos pareceu curioso abordar foi, efetivamente, as eventuais ligações à psicologia, que o crime em causa convoca.

O crime em estudo, atos sexuais com adolescentes, exige, na nossa opinião, que recuemos da adolescência à infância, na medida em que é nesta fase, como se irá constatar, que a sexualidade se começa a desenvolver.

Em primeiro lugar, vamos tentar compreender o conceito de sexualidade e de sexualidade infantil mediante o recurso à teoria elaborada por Freud e procurar perceber os eventuais transtornos que o abuso e o contacto sexual com adultos podem desencadear na vida das crianças quando se tornam adolescentes. Desta forma, admitimos que esses mesmos abusos deverão ser avaliados ao nível da inexperiência (e não tidos como marcadores da experiência sexual) do adolescente.

6.1 Sexualidade Infantil

Considerada como algo inerente e integrante da vida humana, a sexualidade, juntamente com as culturas, as gerações e os tempos, acaba por sofrer, compreensivelmente, mutações de interpretação e de justificação. Deste modo, ao longo dos tempos várias foram as tentativas de definição e de concetualização do conceito de sexualidade.

Sabe-se que o primeiro pensador acerca da sexualidade infantil foi Sigmund Freud¹⁰¹, o pai da psicanálise.

A priori, a expressão “sexualidade infantil” acaba por nos causar, inevitavelmente, um sentimento de perplexidade: cremos, na sociedade atual, que as crianças são efetivamente crianças e que a ligação destas duas palavras acaba por não fazer qualquer sentido, despertando em nós um sentimento imediato de repulsa. Contudo, após este

¹⁰¹ Sigmund Freud, *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*, tradução por Ramiro da Fonseca, Coleção Vida e Cultura, Edição Livros do Brasil, 1999, p. 90 ss

mergulho na psicologia e nas ciências humanas/sociais, aprendemos que o conceito de sexualidade acarreta um largo e abrangente conjunto de significados. Ora vejamos.

A OMS foi debitando possíveis definições que se aproximavam à manifestação em causa, tendo em 1975 divulgado uma possível explicação do conceito que acabou por se demonstrar muito abrangente. Devido a tal, em 2001 lançou mão de uma definição elaborada¹⁰² pelos mais variados pensadores:

“A sexualidade é um aspeto central do ser humano ao longo da vida e inclui o sexo, género, identidades e papéis, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é experimentada e expressa através de pensamentos, fantasias, desejos, crenças, atitudes, valores, comportamentos, práticas, papéis e relações. Embora a sexualidade possa incluir todas estas dimensões, nem sempre elas são todas experienciadas ou expressas. A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, económicos, políticos, culturais, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais.”

De acordo com BANTMAN¹⁰³, a “sexualidade, mais do que qualquer outra relação humana, desabrocha em termos de uma cultura e de uma norma em vigor”.

Segundo HOGAN¹⁰⁴, a sexualidade acompanha o Homem, com diferentes manifestações, e não apenas concertantes ao ato sexual, desde o seu nascimento, prolongando-se durante toda a sua vida.

De acordo com MARISALVA FÁVERO¹⁰⁵ a sexualidade infantil configura-se em “atividades e manifestações sexuais que podem ser vividas individualmente ou em conjunto com uma ou mais crianças (...) devem ser espontâneas, diferentes das de outros, não sendo obrigatório manifestar-se, nem no seu aspeto individual, nem em conjunto, em todas as crianças.”

Atentemos na teoria considerada a mais explicativa e fidedigna da sexualidade infantil.

¹⁰² Ana Paula Cantante “ A sexualidade nos jovens na perspetiva dos estudantes do ensino superior: do conceito à prática”, dissertação apresentada à Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologia, Lisboa, 2013.

¹⁰³B. BANTMAN, *Breve História do Sexo*, Lisboa: Terramar, 1997, p. 28.

¹⁰⁴ ROSEMARIE HOGAN, *Human sexuality: a nursing perspective*, USA: Appleton-Century-Crofts, 1980

¹⁰⁵FÁVERO MARISALVA, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Climepsi Editores, Lisboa, 2003, p. 35

6.1.1 Teoria psicanalítica

Novamente, os primeiros trabalhos respeitantes à sexualidade infantil encontram-se ligados a Sigmund Freud¹⁰⁶, tendo sido o primeiro a constatar que as crianças são providas de sexualidade. Segundo o neurologista, a manifestação da sexualidade ocorre desde muito cedo na vida infantil, pelo que veio a revolucionar os ideais da época¹⁰⁷ demonstrando, de acordo com dados obtidos de entrevistas¹⁰⁸ a vários progenitores e crianças, que estas eram dotadas de sentidos sexuais desde tenra idade.

Ao desenhar o desenvolvimento psicossocial da criança, Freud concluiu que as crianças têm prazer através de determinadas atividades rotineiras que se encontram biologicamente ligadas ao seu corpo, como a sucção e a defecação. Freud parte da disposição perverso-polimorfa como alicerce da sexualidade infantil¹⁰⁹, ou seja, as chamadas manifestações sexuais infantis caracterizam-se como desconectadas com o ato sexual, com a reprodução. Deste modo, Freud convoca a existência de várias partes do corpo através das quais a criança obtém prazer, pelo que estas manifestações sexuais acabam por se traduzir em múltiplas formas.¹¹⁰

Freud elenca cinco fases nas quais as crianças experimentam diferentes prazeres. Na primeira fase (fase oral), entre os 0 e os 2 anos, seria a boca da criança a proporcionar-lhe prazer: no caso da amamentação a satisfação é obtida pela nutrição e do aparecimento dos primeiros dentes que permitem obter satisfação através do ato de morder. A segunda fase (fase anal) encontra correlação com a capacidade da criança (entre os 3 e 4 anos) controlar as suas ações. Este poder que a criança agora tem encontra-se relacionado com a função da defecação, isto é, a criança percebe que é capaz de conduzir e dirigir tal ato. A fase fálica (terceira fase elencada por Freud) situa-se entre os 3 e os 5 anos caracteriza-se pelo facto de existir uma descoberta dos órgãos

¹⁰⁶ SIGMUND FREUD, ob. Cit, p. 90 e ss

¹⁰⁷ Até à divulgação da teoria psicanalítica a sexualidade era entendida, maioritariamente pela medicina, como uma manifestação biológica característica da fase da adolescência e da puberdade. Vide in Francisco Dias “O Infantil e a Disposição Perversa Polimorfa” artigo apresentado na atividade de Redepião no Campo Psicanalítico de Salvador-Bahia 03/06/2015, p.1.
<http://www.campopsicanalitico.com.br/media/1278/o-infantil-e-a-disposi%C3%A7%C3%A3o-perversa-polimorfa.pdf>

¹⁰⁸ JOANA SOFIA MARQUES PINTO, “Intervenção sobre os Comportamentos Sexuais Problemáticos de Crianças, direcionada aos Técnicos do Contexto Institucional”, dissertação apresentada à Escola de Ciências Sociais e Humanas de Lisboa, 2013, p.14, disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/7668/1/TESE_Joana_Pinto.pdf

¹⁰⁹ DANIELA PAULA DO COUTO “Freud, Klein, Lacan and the constitution of the subject” in *Revista Psicologia em Pesquisa*, 2017, p.1.1

¹¹⁰ FRANCISCO DIAS ob. cit, p.2.

sexuais que se encontram em formação, afirmando Freud que nesta fase as crianças questionam-se pelo porquê da existência de tais órgãos e pela justificação de os “guardarem” perante a comunidade. É nesta fase que começam a ter consciência e perceção que os rapazes e as raparigas têm órgãos genitais distintos, conseqüentemente a erotização e o foco volta-se para os mesmos. Chegado a esta fase, Freud une as três primeiras fases (oral, anal e fálica) de forma a construir o chamado complexo de Édipo¹¹¹ encarado como o primeiro momento da vida psíquica¹¹². Freud lança mão de hipóteses que demonstram que os meninos tendem a nutrir, nesta fase, sentimentos de amor em relação à mãe e de ódio direcionado ao pai, uma vez que o encaram como um adversário que lhes rouba o amor da mãe, estipulando a mesma premissa em relação às meninas e aos pais (complexo de Electra).

Entre os 6 e os 12 anos ocorre a fase da latência, detalhadamente as crianças começam a desenvolver importantes capacidades socio-cognitivas na medida em que conseguem entender muitos dos jogos didáticos e convivem, maioritariamente na escola, com outras crianças. Com efeito, a energia é automaticamente canalizada para os outros aspetos que se distanciam da sexualidade.¹¹³ A fase da latência recebeu algumas críticas, Bentovim e Vizard¹¹⁴ denotam o facto de haver um adormecimento da sexualidade decorrente da entrada das crianças para a sociedade, isto é, a vergonha, a timidez e a noção de que certos comportamentos não são válidos acabam por interferir, conduzindo a uma estagnação até ao desaparecimento de instintos relacionados com a sexualidade.

A partir dos 12 anos surge a fase genital: a descoberta efetiva da sexualidade. Freud afirma que a partir dos 12 anos a criança transforma-se em adolescente, entra no novo

¹¹¹ Freud identificou uma fase geral e universal a que a criança está sujeita: Complexo de Édipo, identificado como o ponto central e decisivo de toda a sexualidade humana. Na lenda, Édipo apaixonou-se pela sua mãe Jocasta e assassina o seu próprio pai. Freud serve-se desta lenda como forma de demonstrar o amor/ódio sentido pelas crianças em relação aos seus progenitores. Vide: Jacqueline de Oliveira Moreira “Édipo in Freud: the movement of a theory” article 2004, disponível em: https://www.researchgate.net/publication/262776668_Edipo_in_Freud_the_movement_of_a_theory/fulltext/03a436130cf24498d292e51a/Edipo-in-Freud-the-movement-of-a-theory.pdf .

¹¹² ANA AMARAL “ Manifestações do abuso sexual de menores e o desenho- Dores a cores em folhas de papel”, Tese Submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em psicologia aplicada, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, 2008, p. 14

¹¹³ JOANA SOFIA MARQUES PINTO, “Intervenção sobre os Comportamentos Sexuais Problemáticos de Crianças, direcionada aos Técnicos do Contexto Institucional”, dissertação apresentada à Escola de Ciências Sociais e Humanas de Lisboa, 2013, p.13, disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/7668/1/TESE_Joana_Pinto.pdf

¹¹⁴ FÁVERO MARISALVA, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Climepsi Editores, Lisboa, 2003, p. 50

mundo tanto emocional como intelectual, pelo que, em decorrência de tal, procura satisfação e prazer através da sexualidade.

Concretamente, os 11 e os 12 anos são apontados, em regra, como o marco do início da adolescência, apesar de “nem o seu início nem o seu fim são claramente marcados.”¹¹⁵

Nos E.U.A existem variadas demonstrações quanto à entrada na idade adulta dos adolescentes. Como tal, legalmente, a partir dos 17 anos são admitidos para se alistarem nas forças armadas; “aos 18, na maior parte dos estados, podem casar sem a permissão dos pais; dos 18 aos 21 (dependendo do estado), podem fazer contratos legais.”¹¹⁶ Além do mais, são tidos como marcadores sociológicos que demonstram a entrada na idade adulta: a autossuficiência e/ou a escolha de uma ocupação profissional, o casamento ou a constituição de família. Corroborando a sociologia, também a psicologia se refere ao auto conhecimento, à descoberta da própria identidade e ao termo do vínculo da dependência parental, como indicadores da passagem da adolescência para a fase adulta. No entanto, “algumas pessoas nunca abandonam a adolescência, independentemente da sua idade cronológica.”¹¹⁷.

Vejamos o que ocorre na Índia. Sabemos que o casamento infantil é ilegal na Índia, e que a idade legal para contrair casamento é de 18 anos para as mulheres e de 21 anos para os homens. Contudo, também sabemos que é uma prática regular, uma vez que entendem, no seio destas culturas, que a menstruação é o marco que permite a distinção de uma criança e de uma adulta. De acordo com a organização Girls Not Brides “mais de um quarto das raparigas indianas casam-se antes de completarem os 18 anos de idade.”¹¹⁸. Por sua vez, o Brasil ocupa a quarta posição no mundo respeitante ao maior número de jovens mulheres casadas até aos 15 anos de idade.

Deste modo, concluímos que a envolvência e o ambiente sociocultural têm um grande peso na delimitação, ainda que incerta, dos marcos etários que delimitam as várias fases: infância, adolescência e a idade adulta.

¹¹⁵DIANE E. PAPALIA, SALLY WENDKOS OLDS, RUTH DUSKIN FELDMAN, *O Mundo da Criança*, Editora McGraw-Hill Companies, Inc, 2001, p.508.

¹¹⁶ Idem, *ibidem*.

¹¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹¹⁸ NINA STROCHLIC, “A Infância Arrancada às Jovens Noivas da Índia” artigo *Revista National Geographic*, quarta-feira, 20 de junho de 2018.

6.2 Consequências comportamentais na adolescência decorrentes do abuso sexual de menores

“... a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão...”¹¹⁹

É certo que a prática do crime de abuso sexual de menores representa, inevitavelmente, a vinda de progressivos traumas e consequências avassaladoras na vida da criança.

Frequentemente são citados como consequências¹²⁰ do abuso sexual de menores, mutações na vida da criança e, *a posteriori*, no adolescente ao nível comportamental e emocional (sentimentos de medo, vergonha, ansiedade, etc.); ao nível social (afastamento e isolamento perante os pares); ao nível físico (lesões genitais, interferência na qualidade do sono, perturbações alimentares, etc.); ao nível sexual (comportamentos sexuais e afetivos inadequados e compulsivos). É para o nível sexual que vamos direcionar o nosso foco, uma vez que o abuso poderá ter como consequência a prática na adolescência de comportamentos sexuais inadequados.

É neste momento que colocamos em hipótese a intromissão desta consequência traumatológica no crime de atos sexuais com adolescentes, na medida em que procuramos entender se se poderá realizar uma ponte entre o facto de o adolescente ter sido abusado em menor e a propensão e tendência para relações amorosas e sexuais com adultos.

Alguns autores¹²¹ afirmam que se uma criança sofrer de abuso sexual tal acabará por influenciar negativamente o seu desenvolvimento psicossocial e é no âmbito sexual que se verificam os comportamentos mais curiosos e contraditórios, uma vez que, quando adolescentes, em regra, contornam e evitam todas as possibilidades de convivência com os outros, consequência do medo que a situação traumática se volte a repetir ou, por outro lado, sofrem alterações na sexualidade que levam ao desempenho de comportamentos sexuais de risco¹²².

¹¹⁹ Vide preâmbulo da CDC das Nações Unidas, adotada em 1989

¹²⁰ LÍGIA ALEXANDRA DA SILVA CARVALHO “ A valoração do testemunho da criança vítima de abuso sexual intra-familiar no contexto da avaliação forense”, dissertação elaborada no âmbito do mestrado em Ciências Forenses, 2007, p.44.

¹²¹“Childhood Sexual Abuse, Sexual Behavior, and Revictimization in Adolescence and Youth: A Mini Review” <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2019.02018/ful>

¹²²Idem, ibidem.

Em relação aos comportamentos sexuais de risco ou inadequados, é possível, na nossa opinião, conectá-los com eventuais relações e atos sexuais com adultos. Estamos em crer que esta ponte entre o crime de abuso sexual de menores e as suas possíveis consequências ao nível sexual (na adolescência) poderão relacionar-se com uma determinada tendência e propensão dos adolescentes para procurarem ter contacto amoroso, físico e sexual com adultos.

Para além disso, cremos que a hipótese lançada por nós, quando e se ocorrer, na prática, deve ser ponderada aquando da análise do requisito do abuso da inexperiência do art. 173º. Como já fora evidenciado, defendemos que a inexperiência que é exigida não é reconduzível à experiência anterior, pelo adolescente, de relações e sensações sexuais.

Ora, coloquemos a seguinte hipótese: um adolescente de 15 anos sofreu abusos sexuais enquanto menor (10 anos) e já em adolescente, mantém relações sexuais com um adulto (note-se que não é a mesma pessoa que praticou o primeiro crime). No que concerne à aplicação do direito ao caso, apenas vão ser analisados os factos quanto ao segundo crime- atos sexuais com adolescentes-, na medida em que estamos perante um agente e factos distintos que não têm qualquer correlação com o crime anterior. Na nossa opinião, neste exemplo que poderá facilmente ocorrer na prática, deverão ser ponderados, para se analisar o requisito “ abuso de inexperiência” do adolescente, os abusos sofridos pelo mesmo na infância.

Assumimos que, depois de analisadas as intensas consequências traumatológicas na adolescência e na vida adulta que, em regra, advêm do abuso sexual de menores, o comportamento do adolescente poderá ser inflacionado pelos acontecimentos traumáticos anteriores.

Desta forma, evidenciamos que, na situação dada como exemplo, a capacidade de perceção e apreensão do adolescente, relativamente às consequências das suas escolhas, se encontra completamente influenciada pelos abusos sofridos na infância. Salientámos que esta possibilidade de acontecimentos anteriores deve ser somada ao facto de constituir já um dado da inexperiência do adolescente, o mesmo se encontrar numa idade problemática e, salvo exceções, muito emotiva em termos de relações interpessoais.

CONCLUSÃO

Depois de desenvolvidas as questões mais importantes e pertinentes que gravitam na esfera do crime de atos sexuais com adolescentes, cabe sintetizar as conclusões achadas:

- Como marcos importantes na história e desenvolvimento dos crimes sexuais evidenciamos que: no CP de 1852 os crimes sexuais eram considerados como crimes contra a moralidade e honestidade; em consequência da revisão de 1995, o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais passou a ser a liberdade e autodeterminação sexual, ao invés de bens jurídicos supra individuais; em 1998, o crime estupro é substituído pelo crime de atos sexuais com adolescentes, passando a exigir-se que o agente terá de ser maior de idade e o coito anal e oral passaram a ser equivalentes à cópula; em 2007 procedeu-se à eliminação da diferença de tratamento que se verificava em relação aos atos homossexuais com adolescentes. Presenciamos, deste modo, a uma evolução positiva do crime em análise.
- Evidenciamos a especial proteção que o DP concede aos menores, em concreto nos crimes sexuais. Assumimos que esta maior tutela se justifica pela especial vulnerabilidade e inocência do menor. Deste modo, analisamos os diferentes graus de proteção conferidos em razão da idade do menor.
- Foram tecidas importantes considerações a cerca do bem jurídico tutelado no crime de atos sexuais com adolescentes (art. 173º). Enfatizamos que o bem jurídico tutelado pelo normativo é o livre desenvolvimento sexual do adolescente, apesar das diferentes opiniões na doutrina e jurisprudência.
- Analisámos, especificamente, os atos sexuais que são considerados relevantes no âmbito penal: os atos exibicionistas, o contacto de natureza sexual, o ato sexual de relevo e os atos sexuais de especial relevo.
- Relativamente ao quesito da idade, exige-se que o menor tenha entre 14 e 16 anos. Assumimos a nossa posição: o aumento das balizas etárias do crime, na

medida em que um adolescente com idade entre os 16 e 17 anos, em regra, encontra-se em fase de maturação e consolidação do significado global de um relacionamento sexual. Concluimos que a precocidade atual dos nossos jovens não representa uma maior capacidade de apreensão das consequências das suas escolhas, mas, por outro lado, relaciona-se com um aumento da pressão a que estão sujeitos pelos pares. Esta pressão poderá revelar-se nas experiências sexuais com adultos, não ponderadas, com vista a atingir um determinado nível no grupo de “amigos”.

- Por outro lado, exige-se que o adulto abuse da inexperiência do adolescente. O problema é que a lei fala em inexperiência e não em inexperiência sexual. Somos a discordar da ligação que alguns autores fazem entre a prática, pelo adolescente, de relações sexuais anteriores aos atos sexuais com o adulto, como notórios da sua experiência sexual. Assim, a experiência sexual anterior não será sinónimo de experiência (em geral), no sentido de maturidade/consentimento válido e, assim, inexistência de abuso de vulnerabilidade. Quando se fala em “abuso da inexperiência” pretende-se tutelar o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual e, assim evitar o abuso da vulnerabilidade.
- Admitimos que a análise da (in) experiência do adolescente deve ser realizada casuisticamente, tendo em atenção a sua vulnerabilidade: a diferença de idade dos envolvidos, eventuais diferenças sociais e culturais e a existência de uma relação de domínio/manipulação, alicerçada em esquemas de sedução, por parte do adulto.
- Socorremo-nos de ensinamentos da psicologia com o objetivo de entender, ainda que superficialmente, o momento em que a sexualidade surge nos menores. Concluimos que esta é inerente ao ser humano desde o seu nascimento, pelo que se revela de modos distintos nos diferentes estádios de desenvolvimento, especialmente na adolescência.

- Por fim, colocamos a hipótese de o adolescente ter sofrido de abusos sexuais na infância. Clarificamos que tal poderá ter como consequência a prática de comportamentos sexuais desviantes, como a tendência para manter relações sexuais com adultos. Perfilhamos que estas situações deverão ser encaradas como indicativas de uma maior vulnerabilidade do adolescente e da sua inexperiência (totalmente inflacionada pelos traumas vividos).

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição atualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2015.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- ALFAIATE, Ana Rita - *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- AMARAL, Ana, “ Manifestações do abuso sexual de menores e o desenho- Dores a cores em folhas de papel”, Tese Submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em psicologia aplicada, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, 2008.
- ANTUNES, Maria João – “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in *Revista Julgar*, n.º 12 (especial), 2010.
- B.Bantman- *Breve História do Sexo*. Lisboa: Terramar, 1997.
- BELEZA, Teresa Pizarro - “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, «individualismo»”, in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, 89-118.
- BELEZA, Teresa Pizarro – “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996.
- CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel – *Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau*, 2016.

- CANTANTE, Ana Paula, “ A sexualidade nos jovens na perspectiva dos estudantes do ensino superior: do conceito à prática”, dissertação apresentada à Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologia, Lisboa, 2013.
- CARMO, Rui do; ALBERTO, Isabel; GUERRA, Paulo - *O Abuso Sexual de Menores. Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*, 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARVALHO, Lúcia Alexandra da Silva, “ A valoração do testemunho da criança vítima de abuso sexual intra-familiar no contexto da avaliação forense”, dissertação elaborada no âmbito do mestrado em Ciências Forenses, 2007.
- CASTILHOS, Daniela; GUIMARÃES, Ana Paula, “O Crime de importunação Sexual no Código Penal Português, 2015.
- COSTA, Mafalda Santos, “ A nova incriminação da importunação sexual- retorno ao direito penal dos bons costumes?”, dissertação de mestrado em Direito Criminal apresentada na Escola de Direito da Universidade Católica do Porto sob a orientação da Senhora Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha, 2016, p.26.
- COUTO, Daniela Paula, “ Freud, Klein, lacan and the constitution of the subject” *in Revista Psicologia em Pesquisa*, 2017.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Crimes sexuais contra jovens e crianças”, *in Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens*, A função dos Juizes Sociais, Actas do Encontro, Coordenação de Maria Clara Sottomayor, Coimbra: Almedina, 2003.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – Crimes sexuais contra crianças e adolescentes, *in RJLB*, n.º 3, 2017.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – Combate à violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, Universidade Católica Editora, Porto, fevereiro, 2016.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Da criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento do menor na esfera sexual”, *in Estudos em Homenagem a Manuel da Costa Andrade*, 2017, p. 399 a 419.

- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da- *Os crimes contra as pessoas-Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, Porto, Universidade Católica Editora, 2017.
- DIAS, Francisco “O infantil e a disposição perversa polimorfa”, artigo apresentado na atividade de Redepião no Campo psicanalítico de Salvador- Bahia, 03/06/2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Anotação ao art. 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 714-742.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – “Nótula antes do art.º 172.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Dias, Jorge de Figueiredo- *Direito Penal: Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora , 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANTUNES, Maria João – “Anotação ao art. 173.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 852-864.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – *Crimes Sexuais com adolescentes, Particularidades dos artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2006.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade, in *Revista Centro de Estudos Judiciários*, 1.º semestre, n.º 15, 2011.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, in *Revista do Ministério Público*, n.º 136, 1.º outubro-dezembro 2013.
- GARCIA, M. Miguez - *O Direito Penal Passo a Passo - Elementos da Parte Especial com os crimes contra as pessoas*, Volume I, Almedina, 2011.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – “Anotação ao art. 173.º”, in *Código Penal Português Anotado e Comentado, Legislação Complementar*, 18.ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, 651-653.

- HOGAN, Rosemarie “Human sexuality: a nursing perspective”, USA: Appleton-Cetury-Crofts, 1980.
- LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, ano 21, n. °1, janeiro-março 2011.
- LOPES, José Mouraz - *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MARISALVA, Fávero, *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Climepsi Editores, Lisboa, 2003, p. 35.
- MOREIRA, Jacqueline de Oliveira ,“ Édipo in Freud: the movement of a theory” in *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 9, n. 2, p. 219-227, mai./ago. 2004.
- MOTA, J. Carmona da – “Crimes contra a liberdade sexual, crimes contra a autodeterminação sexual”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2.º volume, 1998, 199-226.
- PAPALIA, Diane E., OLDS, Sally Wendkos, FELDMAN, Ruth Duskin, *O mundo da criança*, Editora McGraw-Hill Companies, Inc, 2001.
- PINTO, Joana Sofia Marques, “Intervenção sobre os Comportamentos Sexuais Problemáticos de Crianças, direcionada aos Técnicos do Contexto Institucional”, dissertação apresentada à Escola de Ciências Sociais e Humanas de Lisboa, 2013.
- RAPOSO, Vera Lúcia –“ Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 931-962.
- RODRIGUES, Anabela; FIDALGO, Sónia, “Importunação sexual” in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo. I, 2.ªedição, 2012.
- RUSSEL, Katie “Rape Crisis Centers”, Combate à violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, Universidade Católica Editora, Porto, fevereiro, 2016.
- SIGMUND, Freud - *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*, tradução por Ramiro da Fonseca, Coleção Vida e Cultura, Edição Livros do Brasil, 1999, p. 90 e ss.

- STROCHLIC, Nina “ A infância arrancada às jovens noivas da Índia” *in Revista National Geographic*, 2018.

Legislação Nacional

- Decreto de 10 de Dezembro de 1852, que aprova o Código Penal.
- Decreto de 16 de Setembro de 1886, que aprova o Código Penal.
- DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, que aprova o Código Penal.
- DL n.º 48/95, de 15 de Março, que altera o Código Penal.
- Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, que altera o Código Penal.
- Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, que altera o Código Penal.

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

- Código Penal Alemão, promulgado em 13 de Novembro de 1998.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão n.º 5/2003 do STJ, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 9 de janeiro de 2020, às 17:00h.
- Acórdão do TC n.º 247/05, de 10 de Maio de 2005, processo n.º 891/03, *in* <https://www.tribunalconstitucional.pt>, consultado em 15 de dezembro de 2019, às 17:00h.
- Acórdão do TRE, de 29 de Março de 2005, processo n.º 2856/04-1, *in* <http://www.dgsi.pt/> consultado em 22 de dezembro de 2019, às 9:00h.

- Acórdão do TC n.º 351/2005, de 5 de Julho de 2005, processo n.º 372/05, *in* <https://www.tribunalconstitucional.pt>, consultado em 15 de dezembro de 2019, às 18:00h.
- Acórdão do STJ, de 29 de outubro de 2008, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 9 de janeiro de 2020, às 9:00h.
- Acórdão do TRP de 6 de maio de 2009, processo n.º 598/06.0JAPRT.P1, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 4 de janeiro de 2020, às 17:00h.
- Acórdão do TRG de 7 de junho de 2010, processo n.º 465/04 1GBMR.G1, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 6 de janeiro de 2020, às 22:00h.
- Acórdão do TRP de 9 de março de 2011, processo n.º 329/09.2PBVRL.P1, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 5 de janeiro de 2020 às 16:00h.
- Acórdão do TRP, de 17 de outubro de 2012, processo n.º 297/11.0JAPRT.P1, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 17 de dezembro de 2019, às 10:00h.
- Acórdão do TRP, de 13 de março de 2013, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 9 de janeiro de 2020, às 10:00h.
- Acórdão do TRC, de 26 de fevereiro de 2014, processo n.º 17/11.0GBAGD.C1, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 7 de janeiro de 2020, às 11:00h.
- Acórdão do TRP, de 4 de junho de 2014, processo n.º 1298/09.4J4PRT.P1, *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 13 de janeiro de 2020, às 10:00h.
- Acórdão do TRC, de 13 de janeiro de 2016 *in* <http://www.dgsi.pt/>, consultado em 7 de janeiro de 2020, às 13:00h.
- Acórdão do TRP de 22 de novembro de 2017, processo 13/14.5GAVLC.P1, *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f4c7f07d6ad4d40080257ba6004bc2a8?OpenDocument>, consultado em 4 de janeiro de 2020, às 22:00h.