



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Crimes Sexuais

Contra Adolescentes

**Os artigos 172º e 173º do Código Penal à luz da
Lei nº40/2020**

Marta Rio Santos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Crimes Sexuais

Contra Adolescentes

**Os artigos 172º e 173º do Código Penal à luz da
Lei nº40/2020**

Marta Rio Santos

Orientador: Maria da Conceição Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2021

*À avó Videira,
Ao avô João,
E à minha mãe. Sem ti, nada disto era possível.*

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito
em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”

Eduardo Juan Couture

AGRADECIMENTOS

À Senhora Professora Doutora Conceição Cunha dirijo o meu mais profundo agradecimento pela disponibilidade demonstrada e pela incansável ajuda ao longo da realização deste trabalho. Agradeço-lhe o cuidado em responder prontamente aos inúmeros emails enviados, e a paciência por sempre responder às infinitas questões colocadas. Uma orientação realizada em circunstâncias atípicas, mas exemplarmente desempenhada, sem nunca negligenciar palavras de incentivo e sempre disponível para oferecer sábios conselhos.

À Professora Luísa Cordeiro, uma figura essencial no meu percurso escolar e que não falhou em ajudar-me neste momento tão crucial, o meu sincero obrigada por todo o apoio e sabedoria transmitida.

Aos meus amigos que já me acompanham há anos, um enorme obrigada pelo apoio incondicional e por acreditarem em mim, mesmo quando eu duvido. Às três amigas que a Católica me trouxe, só posso agradecer de coração cheio por nunca me deixarem sozinha neste processo. Partilhando dos mesmos anseios, nunca falharam em fazer-me rir.

Por último, e não menos importante, à minha família de sangue e de coração, o maior obrigada. Tarefa praticamente impossível é colocar em palavras o quanto vos sou agradecida por sempre me apoiarem, encorajarem e nunca duvidarem, por um segundo, do que sou capaz. Ainda assim, espero que saibam que vos levo comigo no coração, vá para onde for. Em especial, à minha mãe: a mulher que personifica o meu exemplo de determinação, coragem e resiliência, sempre com o coração no sítio certo e que nunca me deixa vacilar: sem ti não seria o que sou, muito, muito obrigada.

RESUMO

O presente estudo de investigação tem como foco os crimes sexuais contra adolescentes, em particular, o crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável e o crime de atos sexuais com adolescentes (arts. 172º e 173º CP, respetivamente).

Definimos como nosso objetivo a análise construtiva e crítica da tutela da liberdade e autodeterminação sexual dos adolescentes. Para tal, iniciamos com uma reflexão sobre a evolução histórica destes crimes, para de seguida refletirmos sobre as situações de consentimento inválido (ou viciado) dos adolescentes.

Num momento posterior, é apresentado e desenvolvido o tema nuclear deste trabalho: a comparação crítica entre o art. 172º CP e o art. 173º CP, à luz da Lei nº40/2020, que alterou profundamente o primeiro tipo legal de crime mencionado, indagando se faz sentido a manutenção do segundo. De forma a fundamentar a nossa investigação, para além de contrapormos as normas incriminadoras em análise, procedemos também a um exercício de hipóteses: apreciamos decisões jurisprudenciais, anteriores à entrada em vigor da nova lei, e tentamos equacionar qual seria a decisão tomada hoje, tendo em conta a alteração legislativa efetuada.

Por fim, aludimos a um problema transversal às várias alterações legislativas, que diz respeito às molduras penais dos crimes tipificados nos arts. 163º/1 e 164º/1 CP agravados em razão da idade, em comparação com aquelas que os arts. 172º e 173º CP consagram.

Palavras-chave: menores; adolescentes; consentimento; liberdade e autodeterminação sexual; alteração legislativa; dependência; abuso; vulnerabilidade

ABSTRACT

The present research study focuses on sexual crimes against adolescents, in particular, the crime of sexual abuse of dependent children or in a particularly vulnerable situation and the crime of sexual acts with adolescents (arts. 172 and 173 CP, respectively).

We defined as our goal the constructive and critical analysis of the protection of adolescents' sexual freedom and self-determination. To this end, we begin with a

reflection on the historical evolution of these crimes, and then we reflect on the situations of invalid (or addicted) consent of adolescents.

At a later time, the core theme of this work is presented and developed: the critical comparison between art. 172° CP and art. 173° CP, in the light of Law n°40/2020, which profoundly altered the first legal type of crime mentioned, and for that we wonder whether it makes sense to maintain the second. In order to ground our investigation, in addition to opposing the incriminating norms under analysis, we also proceeded with an exercise of hypotheses: we appreciate jurisprudential decisions, prior to the entry into force of the new law, and we try to figure out what decision would be made today, taking into consideration the legislative change that happened.

Finally, we allude to a problem that cuts across the various legislative changes, which concerns the criminal frames of crimes typified in arts. 163°/1 and 164°/1 CP aggravated due to age, in comparison with those that arts. 172° and 173° CP consecrate.

Keywords: minors; adolescents; consent; sexual freedom and self-determination; legislative change; dependency; abuse; vulnerability

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	10
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL.....	13
1. A evolução legislativa dos crimes sexuais.....	13
2. A inserção sistemática: distinção entre a Secção I e Secção II do CP.....	15
CAPÍTULO II – O CONSENTIMENTO DO MENOR E A TUTELA JURÍDICO- PENAL.....	18
CAPÍTULO III – A TUTELA JURÍDICO-PENAL DOS ADOLESCENTES.....	24
1. A distinção entre os artigos 172º e 173º CP.....	24
2. As relações abrangidas pelo art. 172º CP.....	26
3. O abuso de inexperiência do art. 173º CP.....	30
CAPÍTULO IV – FARÁ SENTIDO MANTER O ART. 173º CP TENDO EM CONSIDERAÇÃO A NOVA REDAÇÃO DO ART. 172º CP?.....	32
1. A alínea b) do art. 172º vs. o art. 173º.....	32
2. A alínea c) do art. 172º vs. o art. 173º.....	33
3. Reflexão.....	34
4. Análise de jurisprudência.....	35
CAPÍTULO V – AS MOLDURAS PENAIIS DOS ARTS. 163º/1 E 164º/1 VS DOS ARTS. 172º E 173º DO CÓDIGO PENAL.....	44
1. A moldura do 172º CP vs. arts. 163º/1 e 163º/2 CP.....	44
2. A moldura do art. 173º CP vs. arts. 163º/1 e 164º/1 CP.....	46
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA.....	50
JURISPRUDÊNCIA.....	53
SITE DA INTERNET.....	53

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – acórdão

Art./arts. – artigo/artigos

Cap. – capítulo

CCCP – Comentário Conimbricense do Código Penal

Cit. – já citado numa nota anterior

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DP – Direito Penal

ed. – edição

ibidem – o mesmo título da nota anterior

idem – o mesmo autor da nota anterior

in – usado quando se extrai de uma obra, de uma revista ou de um site da internet

Nº - número

ob. cit., - obra citada numa nota anterior

p./pp. – página/páginas

Proc. – processo

RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

t. – tomo

TR – Tribunal da Relação

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UC – Universidade de Coimbra

UCP – Universidade Católica Portuguesa

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais contra adolescentes encontram-se previstos nos arts. 172º e 173º do Código Penal, que tipificam o crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável e o crime de atos sexuais com adolescentes, respetivamente.

Os crimes que dizem respeito ao abuso sexual, por si só, são crimes que, quando conhecidos pelo público, têm uma grande repercussão na sociedade e são, tendencialmente, vistos como muito graves, sendo “desejada” uma punição adequada ao “horror cometido”. Esta vontade de condenação de alguém, que reprime o direito de liberdade sexual de outra pessoa, é ampliada quando a vítima se trata de uma criança. Contudo, em relação aos adolescentes é possível constatar uma grande divisão doutrinal fundamentada pela ideia pré-concebida de que nos dias de hoje os jovens têm ao seu dispor todo o tipo de informação, que, muito dificilmente, se deixam ludibriar.

Com o receio de que este estigma atinja um ponto sem retorno, e que esta faixa etária acabe por cair no esquecimento da tutela penal, pretendemos aqui analisar os crimes sexuais contra adolescentes de forma crítica e construtiva. Para tal, começaremos por fazer referência à evolução legislativa que os vários tipos legais sofreram, bem como elucidar qual a diferença entre a Secção I e a Secção II do Código Penal, no Cap. I. Demonstraremos de seguida, no Cap. II, como o “consentimento” prestado pelos adolescentes não pode ser considerado um consentimento válido e eficaz a nível penal. Posteriormente, dar-nos-emos conta de que as normas incriminadoras em análise consagram determinados conceitos que não contam com o consenso nem da doutrina, nem da jurisprudência. Assim, efetuaremos uma breve exposição sobre os vários problemas que estes artigos levantam individualmente, no Cap. III.

Perante esta conjuntura, num momento posterior, propomo-nos, tendo em conta a alteração legislativa operada pela Lei nº40/2020 que reforça o quadro sancionatório e processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, levantar algumas questões que a mesma suscita e a manifestar uma tendência de resposta. A principal problemática que será enunciada, e que se determina como tema principal deste estudo, será a de saber se faz sentido, ou não, a manutenção do art. 173º CP, tendo em conta a alteração legislativa a que foi sujeito o art. 172º CP. Assim, iremos colocá-los em

confronto, recorrendo não só à análise de doutrina, bem como de alguns casos de jurisprudência, no Cap. IV.

Para finalizar, iremos aludir, no Cap. V, a um problema que se manteve mesmo após a alteração em apreciação, que se reflete na comparação entre as molduras penais previstas nos arts. 163º/1 e 164º/1 em confronto com as alcançadas nos arts. 172º e 173º CP.

CAPÍTULO I – OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

1. A evolução legislativa dos crimes sexuais

O Direito Penal assume-se, hoje, como o direito de *ultima ratio* onde se tutelam bens jurídicos fundamentais.

Torna-se inevitável que as incriminações acompanhem a evolução social. Os crimes sexuais não são exceção, apresentando-se “passos de gigante em nome da protecção penal da liberdade e autodeterminação sexual de menores”¹. É exatamente aqui que se centra a nossa questão: o percurso feito entre a tutela da moralidade social até contemplar o bem jurídico que hoje conhecemos – a liberdade e autodeterminação sexual dos cidadãos.

No CP de 1852, o bem jurídico protegido era a moral social, inserindo-se os crimes sexuais no Capítulo denominado como “Crimes contra a honestidade”, não protegendo desta forma o indivíduo.

Na mesma linha, o CP de 1886 continua a apresentar a inserção no referido Capítulo, tutelando desta forma o pudor público com a utilização de expressões como “mulher virgem”, “atentado ao pudor” e “mulher honesta”. É de salientar que o procedimento criminal terminava no caso de o homem casar com a mulher ofendida, entendendo-se que tal não acarretaria nenhum dano para a mesma².

No CP de 1982, os crimes sexuais passaram a estar regulados no Capítulo epígrafado “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, inseridos no Título III do CP “Crimes contra valores e interesses em sociedade”. É desta forma evidente que continuavam a ser tutelados “os sentimentos gerais da moralidade” em detrimento da liberdade sexual do indivíduo. Uma das grandes críticas apontadas ao código da altura era a punição semelhante entre crimes contra o património e crimes contra as pessoas³. Contudo, foi notória uma tentativa, embora insuficiente, de evolução

¹ MARIA JOÃO ANTUNES, “Crimes contra a liberdade e autodeterminação dos menores”, in *JULGAR – N.º 12 (especial)*, 2010, p. 161.

² JÉSSICA ROCINHA DE VIVEIROS, “Os crimes sexuais contra os menores (em particular, o problema do seu bem jurídico)”, in *Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais*, julho 2017, UC, p. 36.

³ ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, 2009, p. 36

nesta matéria, com a descriminalização de condutas como a homossexualidade e o ultraje à moral pública.

No sentido de colmatar as lacunas e insuficiências do Código anterior, é com a reforma do CP de 1995 que se dá uma profunda alteração no âmbito dos crimes sexuais. Estes passaram a integrar o Capítulo V do CP “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, do Livro II, Título I “Dos crimes contra as pessoas”. Substituiu-se a tutela da moralidade e dos interesses sociais, para dar foco ao bem jurídico eminentemente pessoal, o da liberdade e autodeterminação sexual.

Esta liberdade sexual era tutelada tanto na sua vertente negativa, tendo por base o direito de qualquer pessoa recusar atos de natureza sexual para os quais não queira consentir; como na sua vertente positiva, que se traduz na liberdade da pessoa se poder relacionar sexualmente quando, como e com quem quiser, desde que para tal não prejudique nem ponha em causa direitos de terceiros.

Neste sentido, fundamentou-se a orientação seguida por FIGUEIREDO DIAS de que jamais se poderiam criminalizar os comportamentos sexuais tidos por adultos, em privado, que neles livremente consentissem⁴. A reforma de 95 tentou também colmatar a crítica acima referida relativamente às penas dos crimes pessoais em comparação com as penas aplicáveis aos crimes patrimoniais, procedendo-se por isso a uma agravação das molduras penais.

Numa posterior alteração, com a introdução da Lei nº59/2007, foi descriminalizado o tipo legal “Atos homossexuais com adolescentes”, sendo absorvido pelo crime do art. 173º CP, que engloba tanto atos homossexuais como heterossexuais, por força do princípio da igualdade previsto no art. 13º CRP.

Numa nota mais recente, em 2015, procederam-se a alterações legislativas com a Lei nº83/15 e com a Lei nº103/15 que transpuseram a Diretiva 2011/92/UE e visaram também dar cumprimento à Convenção de Istambul e à Convenção de Lanzarote. É de salientar, entre as várias alterações, que a tentativa passa a ser punida, nomeadamente nos arts. 172º e 173º CP, desaparecendo também a pena de multa para estes tipos ilícitos. Há aqui uma notória preocupação com a proteção especial dos menores, resultante da própria Convenção de Istambul, salvaguardando os seus direitos fundamentais à luz da Convenção das Nações Unidas de 1889. Neste sentido, torna-se importante esclarecer que o âmbito de proteção da Convenção de Istambul centra-se tanto nos maiores, como nos menores, tendo imposto o alargamento dos crimes de

⁴ FIGUEIREDO DIAS, “Nótula antes do art. 163º”, in *CCCP*, t. I, 2ª ed., 2012, p. 708

coação sexual e de violação. Por seu turno, a Convenção de Lanzarote refere-se exclusivamente aos menores.

Para terminar, é de individualizar a alteração introduzida pela Lei nº40/2020, que vem reforçar o quadro sancionatório em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. Em especial, singularizar a alteração a que foi sujeito o art. 172º CP (abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável⁵), introduzindo-se três alíneas ao nº1 do referido artigo no sentido de particularizar e de definir qual o tipo de relação que o autor tem de ter com a vítima menor⁶.

2. A inserção sistemática: distinção entre a Secção I e Secção II do CP

O Direito Penal pretende tutelar e proteger bens jurídicos dotados de dignidade penal (art. 40º CP), sendo que estes estão tendencialmente previstos na CRP (art. 18º/2 CRP). Para isto é necessário que se tipifiquem normas incriminadoras.

Neste sentido, o nosso Código Penal encontra-se dividido em duas partes: a Parte Geral e a Parte Especial. Na primeira encontram-se os princípios gerais que regulam a interpretação e aplicação das normas. Como já referido, a Parte Especial, no Livro II, inicia-se com os “Crimes contra as pessoas”, sendo que o Cap. V, epígrafado de “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, se encontra dividido em duas secções.

A Secção I (arts. 163º a 170º CP) diz respeito aos crimes contra a liberdade sexual, enquanto na Secção II (arts. 171º a 176º-A CP) se preveem os crimes contra a autodeterminação sexual. Isto não se traduz numa separação estanque de bens jurídicos tutelados, uma vez que a autodeterminação sexual será uma concretização, um sentido mais amplo, da liberdade sexual⁷. De facto, o que sucede é que a Secção I se propõe tutelar a liberdade e autodeterminação sexual de todos os indivíduos, independentemente da idade, tanto na sua vertente negativa como positiva. Por seu turno, a Secção II protege comportamentos que, ou não seriam considerados como

⁵ Sublinhado meu, no sentido de alertar que a parte em destaque da epígrafe do artigo foi introduzida pela referida Lei 40/2020

⁶ Esta alteração será tratada em pormenor mais à frente

⁷ INÉS FERREIRA LEITE, “A tutela penal da liberdade sexual”, in *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, pp. 7/8. No mesmo sentido, ANA RITA ALFAIATE, “A Relevância...”, *ob. cit.*, p. 89

crime se praticados entre adultos, ou sendo-o, o seriam dentro de limites menos amplos, ou teriam uma menor gravidade⁸.

Parte-se da ideia, constitucionalmente prevista (arts. 26º/1, 69º e 70º CRP), de que as crianças e adolescentes, pela sua maior vulnerabilidade, carecem de uma proteção acrescida no sentido de poderem desenvolver livremente a sua personalidade⁹.

Ora, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual surge ligado a um outro: o do livre desenvolvimento da personalidade do menor, nomeadamente em matéria sexual. Isto concretiza-se na ideia de que o menor, com uma gradual autonomia reconhecida pelo direito penal, deve ser capaz de construir e desenvolver a sua personalidade sexual sem a interferência por parte de terceiros.

Torna-se necessário esclarecer também que a Secção II tipifica comportamentos ditos “consentidos”¹⁰ por menores, isto é, que são livres de atos típicos de constrangimento, como a violência ou ameaça grave. FIGUEREDO DIAS considera que estamos perante “condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coação, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual”¹¹. Na mesma linha de pensamento, CLARA SOTTOMAYOR, defende que os danos psíquicos causados por um abuso sexual a crianças e jovens se projetam no seu futuro, afetando inclusivamente a sua vida adulta¹².

Por sua vez, se os comportamentos forem dotados dos meios típicos de constrangimento a ato sexual¹³, então, aplicar-se-ão os tipos legais previstos na Secção I, agravados em razão da idade, caso o menor tenha menos de 16 anos (art. 177º/6 CP), ou se a vítima for menor de 14 anos (art. 177º/7 CP). Esta opção do legislador justifica-se

⁸ FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao art. 171º”, in *CCCP*, t.1, 2ª ed., 2012, p. 832

⁹ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, 2016, p. 146

¹⁰ Consentimento será tratado no Capítulo II

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao art. 171º”, *ob. cit.*, p. 834

¹² CLARA SOTTOMAYOR, “O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança” in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – a função dos juízes sociais. Actas do Encontro*, 2003, p. 35

¹³ Importa referir que com as alterações aos crimes de coação sexual e de violação, desde 2015, se coloca a questão de saber se aos comportamentos que impliquem constrangimento (por qualquer meio), relativamente a menores de 16 anos, também se deverão aplicar os tipos legais previstos na Secção I agravados em razão da idade, ou os tipos legais da Secção II que também ficam preenchidos (como por exemplo, o art. 171º CP, se a vítima for menor de 14 anos) – sobre este problema, CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir”, in *Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, 2016, p. 162 e 163

pelo motivo de destas condutas resultar uma ilicitude mais agravada, o que leva à aplicação de uma pena mais severa¹⁴.

Conclui-se desta forma que na Secção I estão previstas condutas sexuais marcadas pela utilização de meios de constrangimento, em que a vítima pode ser qualquer pessoa, de qualquer idade. Por sua vez, na Secção II os atos sexuais são conseguidos sem esses meios, mas carecem igualmente de repressão penal, visto a vítima ser um menor, necessitando de uma proteção tendencialmente absoluta, protegendo-se comportamentos lesivos para o seu desenvolvimento.

¹⁴ CONCEIÇÃO CUNHA, “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – a função dos juizes sociais. Actas do Encontro*, 2003, p. 195

CAPÍTULO II – O CONSENTIMENTO DO MENOR E A TUTELA JURÍDICO-PENAL

Os atos sexuais praticados com menores de diferentes idades são alvo de uma repressão jurídica diferente. Essa variação decorre do reconhecimento por parte do direito penal que o nível de maturidade, e conseqüente determinação e avaliação do risco, varia nos menores consoante a sua aproximação à idade adulta. De facto, “à medida que o adolescente transita para a adultícia envolve-se em cada vez mais atividades orientadas para os pares e outros adultos, torna-se cada vez mais como-um-adulto em postura e aparência, deseja e exhibe cada vez mais autonomia”¹⁵. Neste sentido, afirma ANA RITA ALFAIATE “porque o bem jurídico não é estático, porque conhece uma vertente dinâmica, não é possível alhear as incriminações do amadurecimento do menor”¹⁶. Desta forma, o CP vai, gradualmente, a partir dos 14 anos, conferindo um nível de autonomia e de autodeterminação sexual progressivo até se chegar aos 18 anos¹⁷. Assim, é-nos permitido confirmar o exposto pelos vários escalões etários previstos nos tipos legais: até aos 14 anos (arts. 171º e 177º/7 CP); entre os 14 e os 16 anos (arts. 173º e 177º/6 CP), entre os 14 e os 18 anos (arts. 172º e 174º CP) e ainda para todos os menores de 18 anos (arts. 175º a 176º-A CP).

Concretizando, até aos 14 anos os menores gozam de uma tutela absoluta, isto é, a sua liberdade sexual encontra-se totalmente protegida, por se considerar que até aí o menor não tem discernimento para consentir ou acordar em qualquer tipo de atos sexuais, decorrendo de presunção legal que o consentimento por eles prestado não é válido (art. 171º CP). Contudo, isto não pode significar, na nossa opinião, fundamentada em ANA RITA ALFAIATE, que os menores de 14 anos fiquem interditos de qualquer atividade sexual¹⁸. De facto, não se pretende criminalizar todo o comportamento, uma vez que há atos cometidos em que ambos os intervenientes são menores, resultante da natural descoberta da sexualidade e do corpo que não podem ser considerados como crime. Por exemplo, se duas crianças de 10 ou 11 anos tocam nos órgãos sexuais uma da outra porque ambas têm curiosidade, não resulta daqui qualquer tipo de abuso. É desta forma que muitas das vezes os menores se apercebem das diferenças entre os corpos de

¹⁵ MANUELA FLEMING, *“Adolescência e autonomia. O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais”*, 1997, p. 136

¹⁶ ANA RITA ALFAIATE, *“A Relevância...”*, *ob. cit.*, p. 88

¹⁷ CONCEIÇÃO CUNHA, *“Do Dissentimento...”*, *cit.*, p. 150

¹⁸ ANA RITA ALFAIATE, *“A Relevância...”*, *ob. cit.*, p. 90

rapazes e raparigas¹⁹. Em sentido concordante, CARLA DOMINGUES e AUGUSTA ALVARENGA defendem que, “sendo na adolescência que ocorre as maiores possibilidades de identificações de gênero e de sexo, consideramos que o exercício da sexualidade apresenta-se como elemento importante na formação da identidade adolescente”²⁰. Por isto, o que se pretende tipificar são atos que sejam abusivos e capazes de pôr em causa o normal desenvolvimento da personalidade do menor no domínio sexual.

Por sua vez, os menores entre os 14 e os 18 anos estão sujeitos a uma tutela relativa. Isto é, nesta faixa etária reconhece-se a liberdade sexual negativa e positiva, no sentido em que determinados comportamentos deixam de ser qualificados como crime, por reconhecimento de uma maturidade gradual, mas não se deixa de incriminar outros por considerar que há condutas que, mesmo “consentidas”, são idóneas a prejudicar o desenvolvimento do menor. Contudo, é notório, ainda assim, uma preocupação em ter em conta os vários estádios de maturidade, uma vez que os vários tipos incriminadores não apresentam limites idênticos para todos. Nas palavras de CONCEIÇÃO CUNHA: “entre os 14 e os 18 anos o jovem pode consentir num relacionamento sexual, considerando-se, em regra, tal consentimento livre, a menos que existam relações de domínio”²¹.

Daqui resulta a necessidade de saber como e de que forma é que um menor pode livremente consentir numa relação sexual e o que é necessário para que esse consentimento seja considerado válido a nível penal. Não esquecendo que a lei penal deve intervir no sentido de regular a vida em ordem à proteção da pessoa, nunca descurando o livre arbítrio do cidadão²².

De facto, na base do consentimento como causa de exclusão de ilicitude encontra-se o direito à autodeterminação. O art. 38º CP enumera uma série de pressupostos dos quais faz depender a validade do consentimento: (1) tem de se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis; (2) não ofender os bons costumes; (3) tem de ser do conhecimento do agente; (4) ser sério, livre e esclarecido e (5) a pessoa tem de ter capacidade para consentir.

Importante é considerar que entendemos por bem jurídico disponível todo aquele sobre o qual o titular possa dispor livremente mediante a sua vontade sem, no entanto,

¹⁹ MARISALVA FÁVERO, *Sexualidade Infantil e Abusos Sexuais a Menores*, 2003, p. 30

²⁰ CARLA DOMINGUES e AUGUSTA ALVARENGA, “Identidade e Sexualidade no discurso adolescente”, in *Rev. Bras. Cres. Desenv. Hum.*, São Paulo, 7(2), 1997, p. 38

²¹ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento...”, *cit.*, p. 151

²² ANA RITA ALFAITE, “*A Relevância*”, *ob. cit.*, p. 71

lesar direitos de terceiros. Enquadra-se nesta categoria a liberdade sexual. *A contrario*, entender-se-á como um bem indisponível aquele que o titular não pode sacrificar em função da sua liberdade, nomeadamente a vida. Por sua vez, considera-se com capacidade para consentir quem tiver mais de 16 anos, de acordo com o nº3 do art.²³

Tendo em conta a idade mínima para se consentir livremente - 16 anos - levantam-se várias questões que nos propomos analisar.

É importante fazer uma breve referência a uma interrogação proposta por CONCEIÇÃO CUNHA no sentido de saber se os menores de 14 anos terão capacidade para dissentir. De facto, se é vedado aos menores de 14 anos qualquer capacidade para consentir, estando presente no art. 171º CP uma presunção de que esse consentimento não é válido, a autora pergunta-se se, apesar de o menor ainda não ter capacidade para afirmar o que quer, no domínio da sexualidade, mais especificamente do relacionamento sexual com adultos, não terá já discernimento para saber o que não quer? ANA RITA ALFAIATE entende, na mesma linha de pensamento, que “mais facilmente são aceites as hipóteses que subsistem tendo em vista o valor da manifestação negativa de vontade do menor, que obstaculiza a ação”²⁴. E, nesse sentido, o dissentimento de um menor de 12 ou 13 anos não poderá constituir-se como uma circunstância agravante? CONCEIÇÃO CUNHA tende para uma resposta afirmativa²⁵, o que merece a nossa concordância, tendo em consideração que um abuso sexual por si só deixará marcas psicológicas irremediáveis, bem como, muitas das vezes, também físicas. Essas marcas só terão tendência para agravar-se quando o menor expressa o seu dissentimento para a relação abusiva.

Tendo em consideração o exposto, mesmo que se entenda que a criança, tal como não dispõe de capacidade para consentir, também não tem capacidade para recusar, tal não pode significar que fique “à mercê dos desejos dos adultos”²⁶. Por isso, basta que o consentimento não possa ser considerado livre para que seja protegida deste tipo de relacionamentos.

²³ Importa esclarecer que o artigo não se refere apenas à idade, fazendo ainda depender do “discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance” do consentimento, no momento em que o presta. No âmbito das relações sexuais, mais do que de consentimento, deverá falar-se em acordo, uma vez que quando o consentimento é válido, há um aqui um acordo que exclui o próprio tipo legal – sobre este problema, COSTA ANDRADE, “Consentimento e acordo em direito penal”, 1991.

²⁴ ANA RITA ALFAIATE, “*A Relevância...*”, *ob. cit.*, p. 91

²⁵ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento...”, *cit.*, pp. 153 e 154

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 145

Em relação aos adolescentes, em particular, nomeadamente nas proteções concedidas pelos arts. 172º e 173º, parte da doutrina insurge-se contra as mesmas, uma vez que considera que é excessiva a intervenção do direito penal, que se devia constituir como direito de *ultima ratio*, em relações consentidas entre adolescentes e adultos. Consideram que não há legitimidade para o DP atuar²⁷, visto que os jovens já apresentam conhecimento suficiente para serem capazes de determinarem aquilo que querem, bem como o que não querem, e avaliarem as consequências de uma relação sexual. Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que, nos dias de hoje, tendo em conta a sociedade informada em que os jovens se inserem, “só muito excecionalmente, em meios muito fechados”, o adolescente pode ser considerado como inexperiente²⁸. Para além disto, há quem advogue que numa relação de dependência está sempre em causa uma certa proximidade, daí uma menor desigualdade na relação e, por isso mesmo, o consentimento do menor será mais livre.

Contudo, é necessário ter em atenção duas vertentes: não se criminaliza, mais uma vez, toda e qualquer relação sexual, e só se criminaliza quando o consentimento prestado não se considere totalmente livre.

Em primeiro lugar, é necessário ter em consideração que tanto no art. 172º CP, como no art. 173º CP estamos perante a incriminação de comportamentos abusivos: ou de uma relação de dependência, ou de inexperiência do menor. O que está aqui em causa, é que este consentimento prestado pelo menor não é considerado livre e esclarecido, nem autêntico ou espontâneo. Ou seja, se um menor de 17 anos mantiver uma relação sexual com um maior de 18 ou 19 anos, em que ambos consentem nesse tipo de contactos e não há qualquer abuso por parte do maior, no sentido em que se encontram numa relação de paridade, então esta situação não encaixa em nenhum tipo legal citado, e é perfeitamente legítima ao abrigo da liberdade sexual dos adolescentes²⁹. Ao contrário do que defende INÊS FERREIRA LEITE, não estamos aqui perante uma “conceção segundo a qual a vontade dos menores é irrelevante”³⁰, mas sim, “o uso da

²⁷ ANTÓNIO ARAÚJO, *Crimes Sexuais Contra Menores – Entre o direito penal e a constituição*, 2005, p. 107: “qualquer interferência nessa esfera de liberdade será constitucionalmente insustentável”

²⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art. 173º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., 2015, p. 693

²⁹ MARISALVA FÁVERO, “Sexualidade...”, *ob. cit.*, p. 65

³⁰ INÊS FERREIRA LEITE, “A tutela...”, *cit.*, p. 5, nota 17

coerção, exploração ou violência sexual é considerado desviante e suscetível de enquadramento legislativo criminal”³¹.

Segundo, e de forma a refutar a concepção defendida por ANTÓNIO ARAÚJO, há autores que merecem a nossa concordância, que explicam como o ascendente de uma das partes sobre a outra implica sempre um consentimento que não pode ser considerado livre. MARIA CLARA SOTTOMAYOR³², MARISALVA FÁVERO³³, e agora, MOURAZ LOPES³⁴, demonstram como a relação de proximidade só terá efeitos ainda mais nefastos numa situação de abuso sexual de menor, uma vez que há uma quebra de confiança perante alguém que o deveria proteger e falha nessa obrigação. Para além disto, torna-se muito mais fácil para o agressor, que tem consciência dessa relação de domínio³⁵, impedir uma ulterior denúncia ou influenciar a mesma.

O menor, seja pela relação de dependência, seja pela sua inexperiência, que não tem de ser necessariamente sexual, irá sempre sentir-se constrangido a consentir, muitas vezes nem tendo perceção dos danos emocionais que irá ter de acarretar num futuro tanto próximo como distante. E é exatamente este tipo de abuso que se pretende combater, bem como possibilitar a quem não tem consciência plena e autodeterminação, no sentido de estar influenciado, uma proteção justa e uma possibilidade de alcançar essa consciência de forma livre e independente de qualquer interferência imprópria de terceiros.

Em suma, a adolescência pauta-se por um turbilhão de emoções que leva a que estejamos perante um período volátil da vida dos jovens, uma vez que eles estão mais emotivos e tendem a tomar decisões de forma espontânea e sem avaliar consequências³⁶. Tal como afirma MANUELA FLEMING, “a passagem do desejo de autonomia ao comportamento autónomo é um processo de aquisição gradual de novos comportamentos, conseguido, para a maior parte dos adolescentes, à custa da desobediência aos pais”³⁷.

Por este motivo, e apesar de, efetivamente, ser uma idade em que os adolescentes se encontram em constante aprendizagem, nomeadamente na área da

³¹ RICARDO BARROSO, CELINA MANITA, PEDRO NOBRE, “Violência sexual juvenil: conceptualização, caracterização e prevalência”, in *RPCC*, Ano 21 nº3, 2011, p. 435

³² CLARA SOTTOMAYOR, “O poder...”, *ob. cit.*, pp. 35 e 39

³³ MARISALVA FÁVERO, “Sexualidade...”, *ob. cit.*, p. 159

³⁴ MOURAZ LOPES, TIAGO MILHEIRO, *Crimes sexuais, análise substantiva e processual*, 2ª ed., 2019, p. 34

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 34

³⁶ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento...”, *cit.*, p. 149

³⁷ MANUELA FLEMING, “Adolescência...”, *ob. cit.*, p. 191

sexualidade, o facto de adquirirem conhecimentos, não se traduz *de per si*, num amadurecimento. Isto porque, “mais conhecimento nem sempre implica mais equilíbrio, estabilidade emocional (...). Pelo contrário, hoje a adolescência prolonga-se por mais tempo”³⁸. De facto, o prolongamento dos estudos e consequente dependência económica dos jovens em relação aos pais retardam, sem dúvida, o amadurecimento dos jovens. Efetivamente, “o nível de maturidade atingido em todas as áreas de funcionamento não é necessariamente idêntico (a competência social do adolescente pode ser inferior à competência académica, por exemplo)”³⁹, tornando-se, assim, imprescindível uma tutela que efetivamente os proteja de terceiros, e, de certa forma, de si próprios também.

³⁸ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento”, *cit.*, p. 148

³⁹ MANUELA FLEMING, “Adolescência...”, *ob. cit.*, p. 78

CAPÍTULO III – A TUTELA JURÍDICO-PENAL DOS ADOLESCENTES

1. A distinção entre os artigos 172º e 173º CP

O crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável e o de atos sexuais com adolescentes (arts. 172º e 173º CP, respetivamente), são representativos da referida tutela relativa que a lei penal oferece aos maiores de 14 anos. Estes tipos legais pretendem “proteger os jovens que consentem, mas de um modo algo “viciado” (não totalmente livre), ou em razão da situação de dependência em que se encontram (art. 172º) ou em razão do “abuso de inexperiência” (art. 173º)”⁴⁰.

Desta forma, propomo-nos a analisar as suas diferenças, nomeadamente ao nível do âmbito de proteção referente à idade, da moldura penal e das próprias divergências jurisprudenciais e doutrinárias que emergem em torno destes tipos legais, em especial dos seus meios típicos de execução.

1.1. O abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável

O tipo legal de crime foi introduzido no nosso ordenamento jurídico com a Reforma de 1995 do CP. Encontram-se aspetos comuns com o antigo crime de atentado ao pudor, consagrado nos arts. 205º e 206º/2 do CP de 1982.

Em 1998, o artigo é alterado e cai a exigência de o agente ter de atuar com “abuso da função que exerce ou da posição que detém”. Desta forma, alargou-se o âmbito da incriminação, no sentido em que passa a ser “suficiente a existência desta relação [de dependência]⁴¹ para se pressupor o abuso ou para se entender que o comportamento implica sempre um abuso ou interfere sempre na (livre e harmoniosa) autodeterminação do menor”⁴².

Em 2007, o crime passa a ter natureza pública e consagra-se no nº3 do art. 172º a pena de prisão em alternativa à de multa quando o agente atuar com intenção lucrativa.

⁴⁰ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento...”, *cit.*, p. 161

⁴¹ Esclarecimento meu

⁴² CONCEIÇÃO CUNHA, “Crimes sexuais...”, *ob. cit.*, p. 207. No mesmo sentido, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, “Código penal: parte geral e especial: com notas e comentários”, 2014, p. 22

Esta opção pela pena de multa poderia encontrar a sua justificação no *animus* do agente, visto que tinha como objetivo final lucrar com a conduta punível.

Com a alteração legislativa introduzida em 2020, o nº3 do artigo passa apenas a prever a possibilidade de pena de prisão até 5 anos. Desta forma, a pena de multa deixa de poder ser considerada e a moldura penal é agravada, passando o seu máximo de 3 para 5 anos de prisão. Para além disto, são introduzidas diversas alíneas que tentam clarificar os vários tipos de relações (abusivas) criminalizadas.

Estamos perante um crime doloso em todos os seus elementos e em que não é estabelecida qualquer diferença entre a prática de atos sexuais de relevo simples e qualificado em termos de moldura penal, *a contrario* do que sucede no art. 171º/1 e 2 CP para o qual o art. 172º CP remete. É também um crime público, em que a tentativa é punível.

1.2. Atos sexuais com adolescentes

O artigo 173º CP, tal como hoje o conhecemos, tem na sua origem o crime de estupro previsto no Código de 1886. Incriminava-se “Aquele que, por meio de sedução, estuprar mulher virgem, maior de doze e menor de dezoito anos”; protegendo-se, desta maneira, a virgindade: “pretendia-se o controlo sobre a castidade feminina”⁴³.

Em 1982, o requisito de virgindade da vítima desaparece, bem como a distinção do sexo do agente e da vítima.

Em 1995, consagrou-se a pena de multa em alternativa à pena de prisão (alternativa que desapareceu com a revisão de 2015).

Com o CP de 1998 o artigo passou a prever a epígrafe atual e instituiu que o agente do crime só pode ser pessoa maior, equiparando o coito anal e oral à cópula.

A incriminação da norma visa os atos sexuais obtidos mediante abuso de inexperiência do adolescente, e não de todo e qualquer ato sexual entre menor e adulto. Deste modo, o bem jurídico protegido identifica-se com o livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual⁴⁴.

Apresenta-se como o único crime da Secção II que exige como limite etário os 16 anos e apresenta natureza semipública, sendo a tentativa punível.

⁴³ BEATRIZ PACHECO, “O crime de atos sexuais com adolescentes”, in *Dissertação de Mestrado em Direito Criminal*, 2012, UCP, p. 31

⁴⁴ MARIA JOÃO ANTUNES, “Anotação ao artigo 172º”, in *CCCCP*, t.1, 2ª ed., 2012, p. 846

2. As relações abrangidas pelo art. 172º CP

A redação do art. 172º CP até à alteração legislativa, introduzida pela Lei nº40/2020, previa apenas a expressão “confiado para educação ou assistência”. Expressão essa que continua tipificada na agora alínea a) do nº1 do referido artigo, tendo sido, no entanto, adicionada nessa mesma alínea a previsão da conduta abusiva por parte de alguém que exerça responsabilidades parentais sobre o menor.

2.1. Confiado para educação ou assistência

A expressão em análise nunca foi objeto de consenso relativamente ao seu significado, tanto na doutrina como na jurisprudência.

As divergências variam entre aferir a necessidade de ser uma relação que dure mais ou menos no tempo, de saber se tem de ser constante ou pode ser intermitente, saber em que consiste efetivamente “educação” e “assistência” e, nesse sentido, quem é que pode assumir essa qualidade enquanto agente.

A relação de confiança para educação ou assistência pode resultar “das situações decorrentes da lei, de decisão judicial ou administrativa, de contrato, [e] também aquelas que se estabelecem através de relações de facto”.⁴⁵

Defendemos a posição de que a relação tem de assentar num pressuposto essencial: tem de existir uma convivência entre o menor e o autor, sem necessidade de coabitação⁴⁶. Contudo, essa convivência tem de ser suficiente para que haja uma submissão e obediência, no sentido de se poder afirmar que o agente possui sobre o menor os mesmos, ou idênticos, poderes que os pais teriam na mesma situação.

Neste sentido, encontramos o Acórdão do STJ, de 27-11-2019, proc. 1257/18.6SFLSB.L1.S1 que acaba por confirmar a decisão do tribunal de 1ª instância na qualificação jurídica dos comportamentos do agente como abuso sexual de menores dependentes. Elucidando, o arguido AA de 58 anos entende que o abuso sexual que praticou com a vítima BB de 17 anos não se pode subsumir ao tipo legal em causa, porque considera que “não resulta claramente que a menor lhe havia sido confiada para educação e assistência, pois, o recorrente não tinha qualquer vínculo legal de que se

⁴⁵ Ac. do STJ, de 27-11-2019, p. 2

⁴⁶ Ac. do STJ, de 27-11-2019, p. 6: “A coabitação por si só, não é elemento constitutivo do crime de abuso sexual de menores dependentes”

pudesse concluir que a menor se encontrava a si confiada para a educação e assistência”⁴⁷. AA vivia com a mãe da vítima, e respetivos filhos, como se fossem casados. Da matéria de facto ficou provado que o arguido começou por beijar a vítima na boca, tocar-lhe nos seios e introduzia-lhe os seus dedos na vagina da menor⁴⁸. “Decorrido cerca de um mês após o início destes contactos (...) introduziu o seu pénis na vagina da vítima, friccionando-o repetidamente”. Após este momento, o arguido manteve este tipo de contactos com a vítima recorrentemente, que aconteciam nos quartos do domicílio comum⁴⁹. Ora, decidiu o tribunal que “os filhos menores de qualquer progenitor que vive em união de facto com outra pessoa têm os mesmos direitos e devem ser igualmente tratados, educados e assistidos que os filhos de ambos”. Continuou “consta dos factos que o arguido participava, quotidianamente, na educação e no provimento das necessidades da menor. Consta que (...) o arguido exercia uma posição de dominância [no agregado familiar]. Concluindo também que “ficou provado que o arguido se prevaleceu dessas circunstâncias especiais para concretizar os seus instintos libidinosos, praticando na e com a BB os atos sexuais descritos”⁵⁰. Assim, acabou por julgar improcedente o recurso do arguido quanto à qualificação jurídica, reafirmando que se tratava de um caso de abuso sexual de menores dependentes, previsto no art. 172º CP.

Acresce que a relação em causa tanto pode ser constante, como intermitente, devendo ambas as situações serem incluídas no âmbito de proteção do artigo, uma vez que, como defende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE “a especialidade da incriminação reside na confiança do menor para educação ou assistência ao agente”⁵¹. No seguimento, o autor defende que “a confiança não tem de ser permanente, podendo ser temporária ou intermitente”⁵². MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO afirmam que “o menor está confiado ao agente se existe uma relação de estreita dependência e subordinação”⁵³, assumindo que “os deveres de assistência podem ficar episodicamente confiados a outra pessoa”⁵⁴.

⁴⁷ Ac. do STJ, de 27-11-2019, p. 5

⁴⁸ Ac. do STJ, de 27-11-2019, p. 18

⁴⁹ Ac. do STJ, de 27-11-2019, p. 19

⁵⁰ Ac. do STJ, de 27-11-2019, p. 37

⁵¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art.172º”, *ob. cit.*, p. 689

⁵² *Idem, ibidem*, p. 690

⁵³ MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, “Código penal...”, *ob. cit.*, p. 724

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 724

2.2. A nova alínea b) do art. 172º CP

Com a revisão de 2020 foi introduzida uma alínea b) ao art. 172º CP, que prevê a responsabilização de quem abuse de uma “posição de manifesta confiança, de autoridade ou de influência sobre o menor”.

Deste modo, torna-se essencial referir em primeiro lugar uma questão que há muito era discutida na doutrina e que gira em torno de saber se os professores podem ser agentes do anterior nº1 do artigo 172º CP, atual alínea a) do tipo legal. Há uma fação de autores que tendia, mesmo antes da alteração legislativa ocorrida em 2020, para uma solução afirmativa. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE inclui os professores e todos aqueles a quem o menor tenha sido entregue para “educação ou assistência médica ou social”⁵⁵. MARIA JOÃO ANTUNES entende que não, uma vez que “não estão propriamente encarregados da educação do menor em termos globais e de forma individualizada”⁵⁶, não deixando porém de lhes reconhecer “uma participação efetiva na educação do menor”⁵⁷. Atualmente, esta questão doutrinal poderá ser remetida para a alínea b) do nº1 do art. 172º CP. Notemos: os professores são capazes de integrar cada uma das três “particularidades” exigidas pela norma incriminadora, uma vez que, em princípio, a figura do professor será admirada pelos alunos; principalmente numa idade de incertezas como é a adolescência, os menores veem neles pessoas em quem podem confiar. De facto, os adolescentes estão, muitas das vezes, mais tempo com os próprios professores na escola do que em casa, sendo desta forma totalmente inquestionável a influência que os mesmos têm sobre os adolescentes e a autoridade que lhes é inerente, pelo próprio dever de respeito que devem exigir.

Esta alínea vai também colocar alguns problemas na distinção do art. 173º CP, nomeadamente na diferenciação entre a conduta “abusar da influência” e “abusar da inexperiência” de um menor. Vamos poder constatar que estamos perante conceitos similares, facilmente confundíveis, visto que acabam por refletir situações que apresentam características semelhantes. Isto poderá resultar numa desconformidade de decisões jurisprudenciais e acabar por tornar o nosso ordenamento jurídico pouco harmonioso.⁵⁸

⁵⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art. 172º”, *ob. cit.*, p. 690

⁵⁶ MARIA JOÃO ANTUNES, “Anotação ao artigo 172º”, *ob. cit.*, p. 849

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 849

⁵⁸ Será feita uma análise mais pormenorizada desta questão no Capítulo V, com recurso a jurisprudência.

2.3. A nova alínea c) do artigo 172º/1 CP

Com a alteração legislativa introduzida pela Lei nº40/2020, como já foi mencionado, o artigo 172º/1 CP passou a integrar três alíneas das quais destacamos, agora, a alínea c): “abusando de outra situação de particular vulnerabilidade do menor, nomeadamente por razões de saúde ou deficiência”.

No nosso entender, esta redação suscita várias questões, nomeadamente a de saber como é que se distinguirá a citada “particular vulnerabilidade”, do conceito de “abuso de inexperiência” do art. 173º CP. Alguém que seja inexperiente não se torna vulnerável? JOSÉ VILALONGA sugeria um alargamento do requisito legal do art. 173º CP de modo a também abranger o abuso de situações económico ou sociais precárias; abuso de situação de necessidade e o abuso de debilidade ou de ausência de educação⁵⁹. Poderão estar estas situações agora abrangidas pela alínea c) do art. 172º/1 CP? Pensamos que ao se consagrar o abuso de “outra situação de particular vulnerabilidade” se alargou a cláusula incriminadora de tal modo que só através de uma interpretação muito restritiva e limitativa é que não se conseguem incluir as situações enumeradas pelo autor.

Sobre a coadunação da alínea em causa com o art. 173º CP, acreditamos que estamos aqui perante uma redundância e que, com esta alínea, o art. 172º acaba por consumir o previsto no art. 173º, isto porque muito dificilmente se consegue conceber a ideia de que alguém que consideramos como inexperiente não fique sujeito a uma especial vulnerabilidade. Quer entendamos a inexperiência como ausência de atividade sexual, ou apenas inexperiência quanto à vida em sociedade no seu todo, isto é, nas interações com os outros, penso que a falta de amadurecimento e experiência de vida, torna inevitavelmente um adolescente vulnerável a abusos por parte de terceiros, no caso, a abusos sexuais.⁶⁰

Acresce a isto que o art. 177º/1/c) prevê a agravação em um terço das penas previstas entre os artigos 167º a 176º, ou seja, onde se inclui o art. 172º, se a vítima for: “pessoa particularmente vulnerável em razão da idade, deficiência ou gravidez”. A alínea em apreciação refere também a situação de deficiência. Deste modo, não estaremos aqui perante um lapso do legislador ao não ter tido em consideração o princípio da proibição da dupla valoração?

⁵⁹ JOSÉ VILALONGA, “Breves reflexões sobre os artigos 174º e 175º do Código Penal: A cláusula abuso de inexperiência”, in *O Direito*, Ano 137, 2005, III, pp. 545 e 546

⁶⁰ Esta questão será aprofundada no Capítulo IV, com recurso a jurisprudência.

O referido princípio estabelece que não podemos ter em consideração a mesma circunstância duas vezes aquando da determinação da pena. Neste seguimento, ao ser aplicada a agravação do art. 177º/1/c) em razão da deficiência estar-se-á a valorar uma segunda vez a mesma circunstância visto que esta particular condição já se encontra prevista no tipo legal de crime, que é motivo para a agravação.

3. O abuso de inexperiência do art. 173º CP

O conceito de abuso de inexperiência exigido pelo artigo 173º CP é mais um meio típico de execução cuja definição não conta com unanimidade doutrinal e jurisprudencial. A questão central consiste em saber se por inexperiência se deve entender a inexperiência sexual, ou se a inexperiência não se cinge à inexperiência sexual.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE afirma “uma coisa é certa: de todo afastada está a inexperiência do adolescente quando ele já tenha tido experiências sexuais”⁶¹. ANTÓNIO DE ARAÚJO segue a mesma linha de pensamento ao declarar que “quanto à experiência (...) importa notar que esse conceito se pretende, naturalmente, com a *experiência sexual*”⁶²⁶³. E ainda, MOURAZ LOPES entende que “inexperiente será a pessoa que não possui o conhecimento prático das atividades sexuais”⁶⁴.

Do lado oposto encontramos autores como CONCEIÇÃO CUNHA, que defende que o abuso de inexperiência deve ser interpretado no sentido de abuso da vulnerabilidade da vítima⁶⁵, não o associando desta forma à virgindade da mesma. JOSÉ VILALONGA diz-nos que “a experiência (...) não tem necessariamente de ser uma experiência no plano sexual”⁶⁶. FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES entendem que a “inexperiência liga-se à sedução, não necessariamente ao resultado desta. Por isso é que a exigência tradicional da virgindade da vítima (...) perdeu da mesma forma o seu significado”⁶⁷. Neste mesmo sentido encontramos o Ac. de 27-02-

⁶¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art. 173º”, *ob. cit.*, p. 693

⁶² Itálico do autor

⁶³ ANTÓNIO DE ARAÚJO, “Crimes...”, *ob.cit.*, p. 117

⁶⁴ MOURAZ LOPES e CAIADO MILHEIRO, “Crimes...”, *ob. cit.*, p. 202

⁶⁵ CONCEIÇÃO CUNHA, “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, *in RJLB*, Ano 3 (2017), nº3, p. 357 nota 39

⁶⁶ JOSÉ VILALONGA, “Breve...”, *cit.*, p. 541

⁶⁷ MARIA JOÃO ANTUNES e FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao artigo 173º”, *in CCCP*, t.1, 2ª ed., 2012, p. 862

2019 do STJ, proc. 2165/15.8JAPRT.P1.S1 que declara que o requisito de inexperiência “não tem de ficar afastado só porque a vítima dispõe de conhecimentos da vida sexual ou teve já mesmo anteriormente experiências sexuais”⁶⁸. O STJ, no acórdão em questão, acaba mesmo por concluir que a inexperiência da vítima se deve ao facto de “a personalidade da menor BB [vítima] era caracterizada pela imaturidade, sugestibilidade, falta de ressonância crítica dos seus comportamentos e clara incapacidade para se auto-determinar sexualmente, manifestando falta de consciência das consequências dos seus comportamentos na sua vida presente e futura”⁶⁹.

De facto, o entendimento de que a virgindade não pode ser requisito sustenta-se em três grandes argumentos: primeiro, pela teologia da norma, porque desta forma deixar-se-ia desprotegido o bem jurídico de autodeterminação sexual dos menores que é o que se pretende tutelar; em segundo, pela evolução legislativa tendo em conta que a virgindade deixou de constar como requisito do crime em 1982. Entender a virgindade como requisito representaria um retrocesso na nossa ordem jurídica, e quase se poderia falar outra vez num direito que visa tutelar a moral e valores sociais. Por fim, tendo em consideração a letra da lei, pois se tal fosse intenção do legislador ele próprio teria referido a inexperiência sexual expressamente, o que não acontece, fazendo apenas referência à inexperiência. JOSÉ VILALONGA vai exatamente neste sentido quando afirma que “a letra da lei não o exige e a própria finalidade da norma não o sugere”⁷⁰.

Posto isto, BEATRIZ PACHECO apresenta uma solução, na qual nos revemos, sobre quais os critérios a ter em conta na determinação do conceito de inexperiência: vulnerabilidade, fragilidade e incapacidade de reatividade da vítima, sendo sempre imprescindível ter em consideração o caso concreto e as suas circunstâncias⁷¹.

Para além desta divergência, há autores que entendem que o artigo em causa deveria mesmo ser eliminado, defendendo que a resolução destes casos deveria ser feita através de mecanismos não penais⁷². Contudo, caso isto sucedesse, acabariam por ficar carecidas de tutela situações que aparentemente são consensuais, mas que têm no seu âmago uma grande fragilidade emocional.

⁶⁸ Ac. de 27-02-2019 do STJ, p. 34

⁶⁹ Ac. de 27-02-2019 do STJ, p. 32

⁷⁰ JOSÉ VILALONGA, “Breve...”, *cit.*, p. 541

⁷¹ BEATRIZ PACHECO, “A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes”, in *Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, 2016, p. 177

⁷² MARIA JOÃO ANTUNES e FIGUEIREDO DIAS, “Anotação ao artigo 173º”, *ob. cit.*, p. 861.

CAPÍTULO IV – FARÁ SENTIDO MANTER O ART. 173º CP TENDO EM CONSIDERAÇÃO A NOVA REDAÇÃO DO ART. 172º CP?

A alteração legislativa operada pela Lei nº40/2020 teve como escopo reforçar o quadro sancionatório e processual em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação dos menores. Desta forma, a pergunta que agora colocamos vai no sentido de saber se fará sentido a manutenção do art. 173º CP com a introdução das alíneas b) e c) no nº1 do art. 172º CP.

Como já foi referido, são alíneas que parecem concorrer com o crime de atos sexuais com adolescentes, e por este motivo propomo-nos agora a analisar, mais detalhadamente, se os dois artigos acabam por regular as mesmas circunstâncias incriminadoras; se têm âmbitos de aplicação diferente, mas que poderão acabar por coincidir; ou, se pelo contrário, estão previstas situações distintas e, portanto, a alteração legislativa cumpriu o seu propósito.

1. A alínea b) do art. 172º vs. o art. 173º

O conceito que agora nos levanta suspeições prende-se com o uso da expressão “abusando (...) de influência sobre o menor” na alínea b) do nº1 do art. 172º em contraposição com o abuso de inexperiência do art. 173º CP. Abusar da influência que se detém sobre o menor não se reconduz a abusar da sua própria inexperiência?

Estamos aqui a falar de idades em que a personalidade do menor se está a formar e, conseqüentemente, também os seus valores e crenças, o que considera ser mau ou bom, verdadeiro ou falso.

Quando partimos do pressuposto de que alguém é capaz de exercer a sua influência sobre outra pessoa, então é porque a pessoa, que “permite” que esse controlo suceda, vê na outra uma figura de autoridade, domínio ou preponderância. Isto é, vê no “influenciador” alguém que admira e que pretende seguir. Ora, se estes casos são possíveis entre adultos já com determinada idade, em que, à partida, têm a sua personalidade bem definida e todo um conjunto de antecedentes que os ajudam a tomar as suas decisões em conformidade com aquilo que consideram correto, não será de esperar que o mesmo não aconteça, com muito mais frequência e facilidade, com jovens que ainda não têm plena capacidade para se autodeterminar?

“Abusar” conta com a definição de “ir além do que é considerado sensato ou conveniente; aproveitar-se de”⁷³. O conceito de “influência” tem mesmo na sua definição a “capacidade para alterar o carácter, o desenvolvimento ou o comportamento de algo ou alguém”, como ainda “poder ou autoridade de pessoa (...) que se traduz na obtenção de vantagens, favores, etc.; autoridade; prestígio”⁷⁴. Por sua vez, “inexperiência” apresenta como significado “falta de experiência”⁷⁵, que se assume como “conhecimento obtido pela prática de uma atividade ou pela vivência”⁷⁶.

Neste sentido, pretendemos mostrar como será difícil para o Direito fazer uma distinção clara dos conceitos e de atitudes de alguém que, ao abusar da falta de experiência de uma pessoa, não exerça uma posição de autoridade sobre a mesma ao ponto de alterar o desenvolvimento e comportamento da vítima. Nesta nota, a questão dos professores que foi anteriormente abordada, será aprofundada no momento da análise da jurisprudência no ponto 4 deste capítulo.

2. A alínea c) do art. 172º vs. o art. 173º

Como referido anteriormente são vários os problemas que giram em volta da nova alínea c) do art. 172º CP: não só quanto à sua distinção em relação ao art. 173º CP como relativamente à interpretação e clarificação desta alínea.

Uma das principais questões já enunciadas refere-se à complexidade de distinguir “particular vulnerabilidade” presente na alínea c) do art. 172º do, mais uma vez, conceito de abuso de inexperiência do art. 173º CP. A particular vulnerabilidade do menor é especificada no artigo com referência ao motivo de saúde ou deficiência, sendo, porém, o âmbito da incriminação alargado pelo recurso à expressão “nomeadamente”. De facto, parece que estamos perante situações de elevada gravidade e que apenas essas devem ser consideradas para o preenchimento do tipo legal. Contudo, o uso do conceito “nomeadamente” transporta-nos para um âmbito de incriminação mais alargado, que poderá incluir uma maior diversidade de situações.

Por “vulnerável” entende-se alguém que “pode ser atingido (...) frágil”; “diz-se do ponto fraco de uma pessoa”⁷⁷. Assim, como é que se consegue distinguir, com precisão, no sentido de se obter uma maior uniformidade nas decisões jurídicas um

⁷³ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/abusar>

⁷⁴ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/influencia>

⁷⁵ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/inexperiencia>

⁷⁶ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/experiencia>

⁷⁷ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/vulneravel>

comportamento que se aproveite de um ponto fraco da vítima, de um comportamento que se aproveite da inexperiência do menor?

Neste sentido, o conceito de abusar da “particular vulnerabilidade” da vítima, poderá, na nossa opinião, ocorrer numa situação em que o menor se encontre fragilizado e mais “vulnerável”, por exemplo, em consequência de um estado de depressão. Se o agente orientar a sua conduta para se aproveitar dessa circunstância, que influencia de forma decisiva o comportamento e emoções da pessoa que dela padece, parece-nos que inquestionavelmente se poderá subsumir a conduta à alínea c) do nº1 do art. 172º CP.

Por outro lado, podemos encontrar uma situação típica de um menor que esteja a passar pelo período da adolescência, em que se sente desamparado e incompreendido pelos pais, e o agente abusa desse estado mais frágil e volátil para ganhar a confiança do menor e levá-lo a satisfazer os seus desejos sexuais. Ora, ao considerarmos que na alínea c) terão de estar em causa situações de uma gravidade acrescida, então uma “fase turbulenta” como a descrita não será enquadrada nesta alínea. Assim, somos remetidos para a alínea b) do nº1 do art. 172º CP, que prevê o abuso de uma posição de “confiança” e “influência” sobre o menor. A opção por estas duas alíneas terá de ser ponderada de acordo com a gravidade do estado da vítima, bem como tendo em consideração o tipo de relação (mais ou menos próxima) que o agente tem com o menor⁷⁸.

3. Reflexão

Como analisado, os conceitos previstos nos artigos 172º e 173º CP complicam a sua interpretação e conseqüente distinção, uma vez que parece que se tocam em muitos dos pontos essenciais, ao englobarem praticamente as mesmas circunstâncias incriminadoras. No entanto, os artigos não são semelhantes em todos os aspetos, nomeadamente no que diz respeito à faixa etária tutelada em cada um deles. O art. 172º CP protege os menores entre os 14 e os 18 anos, enquanto o art. 173º CP protege apenas os menores com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos.

Depois de termos analisado todas as diferenças, que acabam por ser semelhanças entre estes dois artigos, parece-nos que não é compreensível esta distinção de idades. É certo que, tal como referido no Capítulo I, o direito penal confere uma tutela relativa aos

⁷⁸ Tentaremos exemplificar melhor esta distinção e ponderação no momento de análise de jurisprudência.

maiores de 14 anos, que se traduz no acesso a uma progressiva autonomia. Todavia, e tendo em conta a aproximação, que é evidente, dos conceitos de abuso de inexperiência dos tipificados no art. 172º CP, não nos parece lógica uma proteção de um grupo mais restrito (14 a 16 anos), quando comparada com a proteção ampla que é dada pelo artigo 172º CP. Esta distinção encontrava justificação no facto de o art. 173º CP ser considerado o crime “menos grave” dos tipos legais elencados, mas acaba por desproteger os menores com 17 anos, que podem também ser vítimas do tipo de abuso de inexperiência. Neste seguimento, o art. 172º CP oferece uma moldura penal bastante ampla – pena de prisão de 1 a 8 anos – capaz de se adequar às necessidades de prevenção especial, encontrando desta forma uma pena justa consoante a gravidade do ato⁷⁹.

Em suma, sendo o conceito de abuso de inexperiência tão genérico, e após todas as questões mencionadas, quando comparado com as definições apresentadas no art. 172º CP, não fará sentido que este absorva o primeiro? É exatamente isto a que nos propomos responder, através de uma análise prática de algumas decisões jurisprudenciais, em que esperamos chegar a uma conclusão mais fundamentada.

4. Análise de jurisprudência

Neste ponto da discussão parece-nos pertinente a análise de situações práticas, na tentativa de chamar a atenção para a questão de saber se faz ou não sentido a manutenção do art. 173º CP. É de ressaltar que não pretendemos dar uma resposta definitiva, devido à impossibilidade de aprofundar o tema ao ponto de conseguirmos tomar uma decisão categórica, ponderada e fundamentada. Iremos apenas colocar questões e manifestar a nossa inclinação sobre estes problemas. Por este motivo, propomo-nos agora a analisar três acórdãos para questionarmos se as circunstâncias que foram integradas no art. 173º CP, não o poderiam ser, com a Lei nº40/2020 no art. 172º CP.

⁷⁹ ANA SOUSA, “O crime de abuso sexual de menores dependentes. Uma análise crítica”, in *Dissertação de Mestrado Direito Criminal*, 2015, UCP, p. 40

4.1. Acórdão da Relação de Guimarães, de 12-10-2020

O acórdão que iremos analisar primeiro, retomando a questão dos professores enunciada no capítulo anterior, é do TR de Guimarães proc. 1443/17.6T9BRG.G1. Sumariamente e para contextualizar, trata-se de um caso em que uma menor de 14 anos (L.S.) foi vítima da prática de atos sexuais por parte do seu professor de educação física, que era também seu diretor de turma e professor de xadrez (o arguido, M.J.).

É descrito, tendo sido considerado como facto provado, que o arguido se aproveitou “em toda a sua atuação, da proximidade que lhe adivinha da sua condição de seu professor, Direito de Turma e orientador de xadrez, aulas que esta frequentava, muitas vezes, sozinha, na companhia deste.”⁸⁰ Ora, é a partir desta condição de proximidade que M.J. inicia os contactos de natureza sexual, abusando da confiança que a menor depositava nele, bem como de todo o tempo de que dispunha sozinho com ela. De facto, começou por contactar diariamente a menor com recurso à aplicação Messenger, o que fez com que L.S. começasse a nutrir “sentimentos mais afetuosos pelo arguido”⁸¹. Posteriormente, os atos iniciaram-se durante uma aula de xadrez, em que o arguido jogou com a menor ao jogo “verdade ou consequência”, no qual a menor perdeu e por esse motivo o professor disse-lhe que tinha de cumprir a consequência, e “em ato contínuo, o arguido aproximou-se da menor e beijou-a na boca”⁸², o que, na nossa opinião, neste momento revela a figura de autoridade que a menor revê no professor, para além da manifesta influência que foi sendo cimentada através das conversas diárias pelo Messenger.

Após este episódio, “todas as sextas-feiras seguintes, durante as aulas de xadrez⁸³, (...) encontrando-se sozinho com a menor L.S., beijava-a na boca e apalpava-a, passando as suas mãos (...) sobre a zona da sua vagina e das mamas, por cima e por debaixo da roupa que vestia”. Beneficiando da sua posição enquanto professor, conseguiu ludibriar a menor a deslocar-se com ele de carro “a fim de praticarem atletismo”⁸⁴ e acabou por levá-la para uma sala arrendada praticando atos sexuais com a menor: “pediu à menor que se despisse, o que esta acedeu, tendo também tirado as suas

⁸⁰ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 6

⁸¹ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 5

⁸² Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 5

⁸³ Sublinhado meu no sentido de evidenciar o aproveitamento da condição de professor e consequente acesso a um tempo determinado em que está sozinho com a vítima.

⁸⁴ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 5

roupas”⁸⁵, continuando “por solicitação do arguido, a menor L.S. segurou no pénis deste (...) metendo-o depois à boca; por sua vez, o arguido colocou-se por cima da menor e lambeu-lhe a vagina e as mamas”⁸⁶. Neste seguimento, o arguido sugeriu à menor que praticassem relações sexuais de cópula, porém “a menor recusou prontamente, e o arguido aceitou”⁸⁷.

Após este encontro fora da escola, o arguido continuou a aproveitar-se das aulas de xadrez, para manter este tipo de contactos, encontrando-se com a vítima, momentos em que “o arguido voltou a beijar sempre a menor na boca e apalpou-lhe o corpo, nomeadamente a zona das mamas e da vagina, por cima e por debaixo da roupa.”⁸⁸.

A partir do momento em que a relação em questão se tornou pública, o arguido “rogou à menor para que não contasse a ninguém que tinha mantido com ela encontros de natureza sexual, de modo a, assim, eximir-se à ação da justiça e manter o seu posto de trabalho, como professor.”⁸⁹

É de salientar que L.S. era uma menor que já sofria de algumas condições psicológicas, nomeadamente por falta de autoestima, que foram agravadas com esta atuação do arguido. Contudo, é ainda mais importante referir que o arguido tinha conhecimento deste problema, tendo inclusivamente preenchido um formulário para um pedido de acompanhamento psicológico⁹⁰.

Este acórdão resulta da interposição de recurso da decisão da 1ª instância, por vários motivos, nomeadamente quanto à qualificação jurídica dos factos. Os comportamentos praticados pelo arguido foram integrados no art. 172º/1 do Código Penal, que à data tinha como epígrafe “Abuso sexual de menores dependentes”, pelo tribunal de 1ª instância. O que o TRG questiona é “se entre o arguido e a menor ocorre uma relação de dependência que leve à subsunção dos factos ao tipo legal em apreço”⁹¹. Recorde-se que o referido artigo no seu nº1 determinava que “quem praticar ou levar a praticar ato descrito nos nºs 1 e 2 do artigo anterior, relativamente a menor entre 14 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

⁸⁵ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 5

⁸⁶ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 5

⁸⁷ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 5

⁸⁸ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p.5

⁸⁹ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 5

⁹⁰ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 8

⁹¹ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 10

Neste sentido, a dúvida com que este tribunal se depara para confirmar, ou não, a decisão anteriormente tomada quanto à qualificação jurídica dos factos, é de perceber se a relação existente entre um professor(a) e um(a) aluno(a) menor, *in casu*, professor-aluna, é suscetível de se subsumir ao conceito de relação de dependência. O Tribunal da Relação acaba por chegar à conclusão, apoiado por várias doutrinas que também aqui já foi referida, que, tal como MARIA JOÃO ANTUNES defende, os professores “não estão propriamente encarregados da educação do menor em termos globais e de forma individualizada”⁹², concluindo que esta relação não se pode integrar no art. 172º CP. Isto porque, “a relação de dependência exigida pela lei, não se basta com alguma ascendência ou autoridade⁹³, com alguma convivência, com alguma noção de submissão⁹⁴ ou obediência. Exige mais: exige que o menor, mesmo que transitoriamente, esteja subordinado ao agente como o estaria aos pais a quem são, em primeira linha, confiadas a educação ou assistência.”⁹⁵

Por estes motivos, e defendendo o tribunal que é “o abuso da vulnerabilidade, da fragilidade, da incapacidade de reação” que tem de se ter em conta em cada caso concreto, é que acabou por subsumir os comportamentos em análise ao art. 173º CP, considerando que houve antes um abuso de inexperiência por parte do arguido em relação à vítima.

Contudo, e com todo o respeito, é-nos possível questionar se, agora, tendo em consideração a nova redação do art. 172º CP a opção do Tribunal não seria a de confirmar, inserindo o caso numa das novas alíneas, a decisão de 1ª instância. Ora vejamos: estamos aqui perante um arguido de 48 anos e uma vítima menor com 14 anos à data da prática dos factos. Ficou provado que M.J. se aproveitou da sua condição de professor para se aproximar, estimular e estabelecer contactos privados com a aluna, inclusivamente nas aulas de xadrez. L.S., a vítima, apresentava já há algum tempo um problema de baixa autoestima, de que o arguido tinha conhecimento, mais uma vez por meio da sua profissão, especialmente por ser diretor de turma da aluna.

A menor, ainda que inexperiente, manifestamente confiava no professor, algo que foi conseguido pelas conversas iniciadas no Messenger na qualidade de professor,

⁹² Ac. do TRG, de 12-10-2020, p. 11 e MARIA JOÃO ANTUNES, “Anotação ao art. 172º”, *ob. cit.*, p. 849

⁹³ Sublinhado meu no sentido de chamar a atenção para o paralelismo que vai ser efetuado com a nova redação do artigo.

⁹⁴ Sublinhado meu no sentido de chamar a atenção para o paralelismo que vai ser efetuado com a nova redação do artigo.

⁹⁵ Ac. do TRG, de 12-10-2020, p.11

que, como vimos, desenvolveu na vítima sentimentos para como arguido. Via nele uma figura de autoridade, algo que é demonstrado logo no primeiro contacto iniciado pelo arguido no jogo de verdade ou consequência, em que ele diz que ela tem de cumprir a consequência. E também foi influenciada ao ponto de ser lograda, na altura em que M.J. combina um encontro com a menor com o pretexto de praticarem atletismo e acaba por conduzi-la a uma sala privada praticando com ela atos de natureza sexual. Pelo exposto, pretendemos demonstrar como estão verificadas as três situações previstas pela atual alínea b) do nº1 do art. 172º CP: “abusando de uma posição de manifesta confiança, de autoridade ou de influência sobre a menor”. De facto, até o próprio tribunal utilizou as expressões “ascendência”, “autoridade” e “submissão” para justificar a não inserção no artigo em causa, mas que agora acabam por fazer sentido tendo em conta a redação e respetiva interpretação da alínea b).

De forma a concluir o exposto até este momento, consideramos que este caso, se fosse julgado à luz da nova Lei, teria tido um enquadramento jurídico diferente, e ter-se-ia preterido o art. 173º CP pelo art. 172º/1/b) CP, uma vez que o atual art. 172º CP oferece um meio incriminador mais específico, ao qual a situação seria subsumível. Acresce também que seria possível uma melhor adequação da pena aos atos cometidos e às consequências nefastas que estes tiveram para a menor. Por fim, acreditamos que, efetivamente, os casos em que o arguido tenha a qualidade de professor possam ser subsumidos nesta alínea.

4.2. Acórdão do STJ, de 22-10-2020

O acórdão agora em análise, proc. 175/19.5JDLSB.L1.S1, relata a conduta prosseguida pelo arguido em relação à vítima menor (BB), consistente na prática de atos sexuais, por virtude de um abuso “da confiança e laços de afectividade que logrou estabelecer com a vítima e seus pais”⁹⁶.

Resulta dos factos dados como provados, que o arguido, casado com o padrinho da vítima, estabeleceu com o menor BB uma relação sexual que se iniciou a pedido do agente através da solicitação de que a vítima se masturbasse à frente dele⁹⁷, tendo

⁹⁶ Ac. STJ, de 22-10-2020, p. 4

⁹⁷ Ac. STJ, de 22-10-2020, p. 4

posteriormente sido o próprio a masturbar BB⁹⁸, escalando para a prática de coito oral ao menor⁹⁹.

No momento da prática dos factos estava em vigor a lei penal anterior à alteração de 2020, perante o exposto, o tribunal entendeu que estávamos perante um crime de atos sexuais com adolescentes (art. 173º CP), agravado pelo art. 177º/1/b) CP. Considerou que “a vítima não tinha qualquer capacidade de avaliar o sentido e o significado do acto sexual, circunstância de que o arguido se aproveitou para concretizar os seus instintos libidinosos.”¹⁰⁰ Ora, a agravação do art. 177º/1/b) CP opera quando a vítima se encontra numa “relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime foi praticado com aproveitamento desta relação”, agravando a pena do crime de atos sexuais de um terço, passando assim o seu limite máximo para 2 anos e 8 meses. No entanto, já o antigo art. 172º CP consagrava que quem praticasse atos sexuais com menores que lhe tivessem sido confiados para educação ou assistência, seria punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Assim, questionamo-nos, com todo o respeito pela decisão do Tribunal, se já na altura não se poderia ter optado pela aplicação do crime de abuso sexual de menores dependentes. Isso porque BB ficava muitas vezes a cargo do arguido quando pernoitava na sua residência, por exemplo, devido ao facto de o arguido se encontrar casado com padrinho da vítima. De facto, a agravação a que foi sujeito o art. 173º CP pelo art. 177º/1/b) prevê mesmo em razão de uma “relação familiar” ou até mesmo por “coabitação”, ainda que esporádica. A opção por este tipo legal de crime teria possibilitado uma pena mais grave e adequada ao caso concreto, sem a necessidade de agravação.

Todavia, hoje, seria ainda clara a submissão do caso ao art. 172º, integrando-se na alínea b) do nº1. Parece-nos evidente, até porque é o próprio tribunal que dá como facto provado, que o arguido se aproveitou do facto de se encontrar casado com o padrinho da vítima, o que lhe permitia manter “uma relação afim de relação familiar com a vítima (...) que lhe granjeava acesso facilitado ao menor e possibilidade de com este poder conviver com regularidade”¹⁰¹, bem como “da confiança e relações de afetividade”¹⁰² que este estabeleceu tanto com a vítima, como com os seus pais. Deste

⁹⁸ Ac. STJ, de 22-10-2020, p. 5

⁹⁹ Ac. STJ, de 22-10-2020, p. 5

¹⁰⁰ Ac. STJ, de 22-10-2020, p. 7

¹⁰¹ Ac. STJ, de 22-10-2020, p. 7

¹⁰² Ac. STJ, de 22-10-2020, p. 7

modo, o requisito exigido pela alínea b) do nº1 do art. 172º CP de abusar de uma posição de manifesta confiança, encontra-se inteiramente preenchido. Demonstrado fica que, em mais uma situação, à luz da nova lei, seria o crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável que prevalecia, em prejuízo do art. 173º CP.

4.3. Acórdão da Relação do Porto, de 07-12-2018

O caso em análise tem como arguido B, de 72 anos, e a vítima D, com 14 e 15 anos à data da prática dos factos, e é relatado no acórdão da Relação do Porto, proc. 437/17.6JAPRT.P1.

A conjuntura desenvolve-se por B frequentar de forma assídua o estabelecimento dos pais de D, mantendo com os mesmos uma relação de estreita proximidade e amizade. Para além disto, os pais da vítima contavam com a ajuda do arguido para a manutenção e realização de algumas tarefas, inclusivamente transportava “os filhos, nomeadamente, à escola, a casa e ao café”¹⁰³, comprava medicamentos aos progenitores de D e procedia ao seu pagamento, e ainda “por vezes pediam ao arguido que lhes emprestasse dinheiro, ao que este acedia, e que lhe era pago de forma faseada”¹⁰⁴. Encontra-se desta forma demonstrada uma dependência económica e familiar para com o arguido.

No decurso desta relação de proximidade e numa das deslocações efetuadas para ajudar a irmã de D a ir para uma festa, o arguido aproveitou a viagem de regresso em que se encontrava sozinho com a vítima para lhe puxar “para cima a camisola que ela tinha vestida e começou a apalpar-lhe os seios, que beijou, chupando-lhe os dois mamilos”, continuando “colocou a sua mão por dentro das calças que a menor vestia e, por cima das cuecas, acariciou-lhe a zona púbica”¹⁰⁵. Neste seguimento, quando o arguido tentou avançar nos seus atos e meter-lhe a mão por dentro das cuecas, a vítima “pediu-lhe que não o fizesse, dizendo-lhe que era muito nova e afastando-lhe a mão, o que levou o arguido a parar.”¹⁰⁶ Este tipo de contacto sexual continuou a ocorrer e o arguido “advertiu a ofendida que não os relatasse e que, se o fizesse, “fodia” a sua irmã

¹⁰³ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p. 4

¹⁰⁴ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p. 4

¹⁰⁵ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p. 4

¹⁰⁶ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p.4

e deixava de ajudar os seus pais.”¹⁰⁷ É de salientar que o arguido não frequentava apenas o estabelecimento comercial, sendo presença também na residência familiar da menor.

A qualificação jurídica destes comportamentos foi integrada no art. 173º CP, ou seja, no crime de atos sexuais com adolescentes, que se constitui como o crime menos grave dos previstos na Secção II do Capítulo I do CP. Com o devido respeito, não podemos concordar com esta decisão.

Estamos aqui perante uma menor que tinha uma relação, que acabou por se confirmar poder ser qualificada como próxima do arguido¹⁰⁸, bem como dos seus pais e irmã. A vítima não tinha, por outro lado, outras relações sociais, estas eram na verdade “praticamente inexistentes a que não seria, com muita probabilidade, alheia a circunstância de uma certa falta de autoestima”; neste seguimento, “a mãe reconheceu que não tinha tempo para a menor e que basicamente quem lhe dedicava tempo era o arguido”¹⁰⁹. Acresce a isto a dependência económica da sua família em relação a B, bem como as suas ameaças para ela não contar, caso o fizesse a ajuda iria acabar

Posto isto, perguntamo-nos se estamos perante um caso de abuso de inexperiência da menor (art. 173º CP), de abuso de uma posição de confiança e influência (art. 172º/1/b) CP) ou ainda, de abuso da sua particular vulnerabilidade (art. 172º/1/c) CP).

Primeiramente, cremos que facilmente se compreende a hipótese de escolha da alínea b) do nº1 do art. 172º CP. Resulta do exposto no acórdão que o arguido é alguém em quem a família de B confia, fruto da convivência diária, bem como da dependência do mesmo para as situações já referidas. Assim, parece-nos que a submissão do caso a esta alínea seria plausível, uma vez que os requisitos de abuso de uma posição de manifesta confiança, bem como de influência, se encontram preenchidos.

Contudo, não podemos descurar a hipótese de submissão também na alínea c) do dito artigo. Retomando a problemática já descrita, a alínea c), com os exemplos dados, “em razão de saúde ou deficiência”, parece apontar para situações extremamente graves. Por este motivo, e face aos factos dados como provados, parece-nos de considerar que a falta de autoestima, aliada à ausência de relações afetivas, tanto familiares, como sociais, bem como a dependência económica da família e ainda a chantagem e ameaças de que foi alvo, são circunstâncias extraordinariamente penosas. Assim, não deixamos de parte a possibilidade de, ao estarmos perante uma menor que se encontrava

¹⁰⁷ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p. 4

¹⁰⁸ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p. 16

¹⁰⁹ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p. 16

vulnerável e frágil, a mesma ser suscetível a manipulações, de forma a satisfazer os desejos sexuais do arguido. Portanto, acreditamos que também o requisito da alínea c) do nº1 do art. 172º CP se encontra preenchido e que, conseqüentemente, este caso seja passível de preencher este tipo legal. Perante a possibilidade de submissão a estas duas alíneas, fica demonstrada a amplitude que esta norma incriminadora (art. 172º/1 CP) nos oferece.

É de realçar que, face ao facto de o arguido se ter socorrido da chantagem para a menor não contar nada aos pais, tornava questionável a submissão do caso ao crime de coação sexual consagrado no art. 163º/1 CP, agravado em razão da idade pelo art. 177º/6 CP. Este concurso aparente de crimes será analisado com o devido pormenor no capítulo seguinte, mas chamamos desde já a atenção para o facto de as molduras penais previstas por estes dois tipos de crime serem muito semelhantes.

O caso apresentado demonstra de forma significativa que a decisão, hoje, muito dificilmente tenderia para a aplicação do art. 173º CP a estes comportamentos, podendo optar-se antes pela alínea b) ou pela alínea c) do nº1 do art. 172º CP. Assim, mais uma vez, apresentamos uma situação em que uma conduta anteriormente julgada pelo crime de atos sexuais com adolescentes, seria absorvida pelo crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável.

CAPÍTULO V – AS MOLDURAS PENAIS DOS ARTS. 163º/1 E 164º/1 VS DOS ARTS. 172º E 173º DO CÓDIGO PENAL

Tendo em conta a problemática levantada no final do capítulo anterior, resta-nos agora proceder a uma breve exposição sobre as questões que as molduras penais dos crimes de coação sexual e de violação levantam, em comparação com as previstas nos arts. 172º e 173º CP.

Nos tipos legais de crime concretizados nos arts. 163º e 164º CP (coação sexual e violação, respetivamente) em momento algum é feita qualquer alusão à idade da vítima, podendo assumir tal condição, um adulto ou um menor. Todavia, se estivermos perante um menor de 14 anos aplicar-se-ão as agravantes previstas no art. 177º/7 CP, e se for um menor de 16 anos serão aplicadas as consagradas no nº6 do art. 177º CP.

O conflito sucede quando comparamos as molduras penais dos artigos 163º/1 e 164º/1 obtidas com a agravação em razão da idade, com aquelas que estão previstas com a aplicação dos artigos 172º e 173º CP.

1. A moldura do 172º CP vs. arts. 163º/1 e 163º/2 CP

O crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável apresenta uma moldura penal que fixa a pena de prisão entre 1 a 8 anos, para quem pratique atos sexuais com menores entre os 14 e os 18 anos. Por sua vez, os arts. 163º/1 e 164º/1 CP preveem a prática de atos sexuais, através da utilização de meios de constrangimento, não violentos, aplicando uma moldura penal até 5 anos no caso de coação sexual, e de 1 a 6 anos no caso de violação.

É de salientar, assim, que o consentimento coagido ou dissentimento poderá ser inserido nos arts. 163º/1 ou 164º/1 CP, caso não haja violência nem ameaça grave, mas desde que sejam empregues outros meios de constrangimento. Contudo, esta conduta será agravada em razão da idade se a vítima for um menor de 16 anos de acordo com o art. 177º/6 CP: o art. 163º/1 CP passa a prever uma moldura penal até 6 anos e 7 meses e, por sua vez, o crime de violação sexual vê o seu limite mínimo subir para 1 ano e 4 meses, e o seu limite máximo para 8 anos.

Por seu turno, o consentimento sem uso de meios de constrangimento, mas em que se recorra a uma conduta marcada pelo abuso de qualquer uma das relações

tipificadas no art. 172º CP será abrangida pelo crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável.

Assim, constata-se que a moldura penal conseguida com a agravação do crime de coação sexual é inferior à apresentada pelo art. 172º CP e que, se estiver em causa o crime de violação agravado em razão da idade, o crime do art. 172º CP prevê uma moldura “idêntica, mas ligeiramente inferior no limite mínimo”¹¹⁰.

Retomando a questão em análise no acórdão comentado no ponto 4.3. do capítulo anterior, como explica FIGUEIREDO DIAS, quando nos deparamos com um caso em que encontramos dois tipos legais em concurso aparente, isto é, quando se verifica “uma pluralidade de normas típicas concretamente”¹¹¹ aplicáveis, mas não uma pluralidade de crimes efetivamente¹¹² cometidos”¹¹³, temos de averiguar qual corresponde melhor ao sentido da ilicitude do caso concreto.

Constatamos que, de um lado, tem de existir um ilícito dominante, preponderante; e, do outro lado, um ilícito dominado, subsidiário¹¹⁴: no caso, o primeiro será o crime de coação sexual, e o segundo o crime de abuso sexual de menores dependentes. Contudo, o ilícito dominado apresenta uma moldura ligeiramente superior à do ilícito dominante, e por esse motivo será essa moldura mais grave a ser aplicada. Logo, apesar de estarmos efetivamente perante um clima de constrangimento subsumível ao nº1 do art. 163º CP, pelo facto de o arguido ameaçar a menor para que esta não contasse o sucedido¹¹⁵, a moldura penal aplicável seria a mais grave, no caso, a do art. 172º CP.

Podemos, no entanto, considerar outra variação do caso: por exemplo, se perante o não da vítima BB, o arguido procedesse à mesma ameaça, que no caso consistia em expor a orientação sexual da irmã, bem como deixar de ajudar financeiramente os seus pais, mas com um intuito diferente – o de compelir a menor a continuar a praticar atos sexuais de relevo. Aqui, podemos considerar que o meio de constrangimento empregue se subsume à “ameaça grave”, coagindo a vítima a continuar a praticar os atos de cariz sexual. Desta forma, encontrava-se preenchido o art. 163º/2 CP, que, só por si, apresenta uma moldura penal idêntica à do art. 172º CP. Portanto, quando aplicarmos a

¹¹⁰ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento...”, *ob. cit.*, p. 162

¹¹¹ Sublinhado do autor

¹¹² Sublinhado do autor

¹¹³ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, t.1, 3ª ed., 2019, p. 1175

¹¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 1179

¹¹⁵ Ac. do TRP, de 07-12-2018, p. 9

agravação do art. 177º/6 CP em razão da idade, a moldura penal obtida será superior à do abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável. Assim, ditam as normas penais que se aplicará a moldura mais grave¹¹⁶, ou seja, aplicar-se-ia o crime de coação sexual, que neste caso, seria, claramente, o ilícito dominante.

Porém, não podemos ignorar que estamos perante uma comparação de circunstâncias incriminadoras muito semelhantes, em que o aproveitamento da dependência e a atuação face ao dissentimento ou consentimento constrangido terão de ser analisados e explorados caso a caso, e evidentemente, “todo o contexto situacional deverá relevar na determinação da pena concreta”¹¹⁷.

2. A moldura do art. 173º CP vs. arts. 163º/1 e 164º/1 CP

O artigo 173º/1 CP prevê uma punição com pena de prisão até 2 anos para quem praticar ato sexual de relevo com um menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência.

Por sua vez, neste caso, a aplicação dos arts. 163º/1 ou 164º/1 CP agravados em razão da idade, conduz a uma moldura penal superior do que resultaria da aplicação do 173º CP. Relembrando, com a agravação operada pelo art. 177º/6 CP, o art. 163º/1 CP passa a prever uma moldura penal até 6 anos e 7 meses e, por sua vez, o crime de violação sexual vê o seu limite mínimo subir para 1 ano e 4 meses, e o seu limite máximo para 8 anos.

Desta forma é evidente que as molduras penais ficam sempre acima do limite máximo do crime de atos sexuais com adolescentes. Isto porque, se considera “mais grave o comportamento sexual quando houve dissentimento da vítima ou “consentimento” viciado por pressões”¹¹⁸, do que o comportamento sexual decorrente de um consentimento também viciado, mas por abuso de inexperiência. Se ambos os fatores coexistirem será de aplicar, por uma relação de subsidiariedade implícita, o crime mais grave, que no caso será ou o art. 163º/2 CP ou o art. 164º/2 CP¹¹⁹.

¹¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, “Direito penal...”, *ob. cit.*, pp. 1169 a 1205

¹¹⁷ CONCEIÇÃO CUNHA, “Do dissentimento...”, *ob. cit.*, p. 163

¹¹⁸ *Idem ibidem*, p. 162

¹¹⁹ *Idem ibidem*, p. 163

CONCLUSÃO

Volvidos meses de estudo e análise, chegou o momento de retirar as principais conclusões a que chegámos.

Os crimes sexuais constituem-se desde há muito como uma preocupação na nossa ordem jurídica. Naturalmente, foram sofrendo alterações que acompanharam a própria evolução da sociedade, desde o CP de 1852, que tutelava a moral social, culminando no bem jurídico que hoje conhecemos como liberdade e autodeterminação sexual.

Parece-nos fácil de compreender o porquê de os crimes sexuais terem um eco tão expressivo na sociedade, visto que estamos perante atos que, quando praticados, afetam a saúde física e psicológica da vítima de forma irremediável. Esta ressonância social ganha uma amplitude maior quando a vítima é uma criança. Por este motivo, o nosso Código Penal reconhece a carência de uma tutela reforçada no caso de a vítima ser um menor, criminalizando, na Secção II do Cap. V, comportamentos que caso fossem praticados em relação a maiores não seriam considerados como crime, ou, se o fossem, seriam menos graves. Estamos aqui perante a concretização de uma tutela absoluta para menores de 14 anos, e relativa para menores entre 14 e 18 anos. As condutas criminalizadas nesta Secção supõem um “consentimento” prestado pelo menor, que não pode ser considerado como válido tendo em conta o desenvolvimento progressivo da sua personalidade.

Dada a gradual maturidade que é reconhecida aos menores, a lei penal acaba por conferir uma autonomia crescente aos jovens até estes perfazerem 18 anos. Pela sua especial condição de vulnerabilidade, mesmo com a efetiva noção e certeza de que o amadurecimento é algo que se vai construindo, não podemos descartar uma necessidade especial de proteção quando determinadas circunstâncias estejam reunidas.

É aqui que se refletem os tipos legais de crime em análise: os artigos 172º e 173º CP constituem-se como o espelho da referida tutela relativa. Estamos perante relações que se configuram como díspares em relação à vítima, isto é, relações em que o agente se aproveita de uma circunstância específica de fragilidade em que o menor se encontra para, dessa forma, satisfazer os seus instintos libidinosos. Concretizando, o crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável exige o aproveitamento de uma relação *na qual se exerçam responsabilidades parentais*, de

uma *posição de manifesta confiança*, ou *abusando de outra situação de particular vulnerabilidade*. Por seu turno, o crime de atos sexuais com adolescentes exige que tenha existido um *aproveitamento da inexperiência do menor*.

Apesar de os conceitos citados não gozarem usufruírem de um entendimento unânime, uma coisa nos pareceu certa ao longo deste estudo: não se pretende criminalizar aqui toda e qualquer relação sexual com menores de 18 anos. Antes, apenas aquelas que consubstanciem um abuso, um aproveitamento de uma condição “anormal” em que o menor se encontre. Contudo, encontramos, surpreendentemente, posições doutrinárias que entendem que a criminalização destes comportamentos vai além da competência do direito penal. Tal como referimos, não podemos concordar com o defendido e acreditamos que este trabalho incidiu e demonstrou de forma adequada o perigo da impunidade de condutas tão prejudiciais ao são e livre desenvolvimento da personalidade dos adolescentes.

Posteriormente, encontrámos o desafio oferecido pela alteração legislativa efetuada pela Lei nº 40/2020, que mudou de forma significativa um dos artigos em estudo – art. 172º CP –, o que levou a que nos interrogássemos sobre o sentido da manutenção do art. 173º CP, à luz desta alteração.

Foi-nos possível, ao colocar em confronto estas duas normas legais, analisar as suas diferenças inequívocas, bem como constatar que se consagraram conceitos no art. 172º CP que em muito são semelhantes aos previstos no art. 173º CP.

Tendo em consideração o escasso número de caracteres disponibilizados para a realização deste trabalho, foi-nos possível apenas a formulação da problemática e consequentemente oferecer um esboço de resposta, coincidente com a nossa opinião. Cientes de que os problemas jurídicos se discutem, avaliam e legitimamente se decidem na prática, procuramos chamar aqui a atenção para uma eventual desconformidade na aplicação normativa se se optar pela manutenção de dois artigos que, na nossa opinião, acabam por regular âmbitos de aplicação que inevitavelmente se intersejam.

Pretendemos com a análise de jurisprudência, anterior a esta alteração legislativa, apontar que as diferenças entre os arts. 172º e 173º CP, quer quanto às idades, quer relativamente às molduras legais, em que o art. 173º CP apresenta uma moldura penal mais benevolente do que a consagrada no art. 172º CP, acabam por não fazer sentido, na prática. As relações de incriminação previstas no crime do art. 172º CP consomem aquela que é prevista no crime de atos sexuais com adolescentes, tal como foi demonstrando.

Pelo exposto, consideramos que é necessária uma nova revisão legislativa no sentido de não tornar tão insegura a aplicação de normas que pretendem tutelar um bem jurídico tão fundamental, como a liberdade e autodeterminação sexual.

Assim, deixamos a nossa sugestão de integração do art. 173º CP no art. 172º CP, que, tendo em conta a sua moldura penal flexível, permite adaptar a pena às necessidades do caso concreto. Para além disto, conta com uma cláusula prevista na alínea b) do nº1 do art. 172º CP, que, caso não seja interpretada de forma demasiado restritiva, é capaz de oferecer uma tutela necessária e adequada. Impera a necessidade de harmonizar a ordem jurídica, para que seja cada vez mais fácil alcançar o sentido de justiça.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Anotação ao art. 172º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015, 689-691
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Anotação ao art. 173º”, in *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015, 691-695
- ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- ANTUNES, Maria João – “Anotação ao art. 172º”, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 846-851
- ANTUNES, Maria João – “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, in *Julgar*, nº12 (especial), 2010, 153-161
- ARAÚJO, António de – *Crimes sexuais contra menores. Entre o direito penal e a constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3 (2017), n.º3, 345-376
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens. A Função dos Juizes Sociais. Actas do Encontro*, Almedina, 2003, 189-227
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir” in *Combate à Violência de Género – da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editoria, 2016

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

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

- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo 1, 3ª ed, Vol. 1, Coimbra: Gestlegal, 2019

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

- DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.) – “Violência sexual juvenil: conceptualização, caracterização e prevalência”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, nº3, Coimbra Editora, julho- setembro 2011, 427-437

- DOMINGUES C.M.A.S.; ALVARENGA, A. T. – “Identidade e sexualidade no discurso adolescente”, in *Ver. Bras. Cres. Desenv. Hum.*, São Paulo, 7(2), 1997, 36-63

- FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Lisboa: Climepsi, 2003

- FLEMING, Manuela – *Adolescência e autonomia. O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais*, 2ª ed, Edições Afrontamento, 1997

- GARCIA, M. Miguez; RIO, J. M. Castela, *Código Penal. Parte geral e especial. Com notas e comentários*, Coimbra: Almedina, 2014

- LEITE, Inês Ferreira – “A tutela penal da liberdade sexual”, in *Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais*, conferência sobre “Tutela da liberdade sexual” proferida no

âmbito do I Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, na Faculdade de Direito de Lisboa, abril de 2010, 1-44

- LOPES, Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – *Crimes Sexuais. Análise substantiva e processual*, 2ª ed, Coimbra: Almedina, 2019

- PACHECO, Beatriz – “A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes”, in *Combate à Violência de Género - Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 167-183

- PACHECO, Beatriz – *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, Porto, Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, 2012

- PATTO, Pedro Vaz – “Direito penal e ética sexual”, in *Direito e Justiça*, Revista da Universidade Católica Portuguesa, vol. XV, Tomo 2, 2001, 123-145

- SOTTOMAYOR, Maria Clara - “O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens. A Função dos Juizes Sociais. Actas do Encontro*”, Almedina, 2003, 9-63

- SOUSA, Ana – *O crime de abuso sexual de menores dependentes. Uma análise crítica*, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Porto, Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, 2015

- VILALONGA, José Manuel – “Breves reflexões sobre os artigos 174º e 175º do Código Penal. A cláusula abuso da inexperiência”, in *O Direito*, Lisboa: Typographia Lisbonense, Ano 137, (2005), III, 527-546

- VIVEIROS, Jéssica Rochinha de – *Os crimes sexuais contra os menores (em particular, o problema do seu bem jurídico)*, Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão TRP, de 07 de dezembro de 2018, processo nº 437/17.6JAPRT.P1, *in* www.dgsi.pt

- Acórdão STJ, de 27 de fevereiro de 2019, processo nº 2165/15.8JAPRT.P1.S1, *in* www.dgsi.pt

- Acórdão STJ, de 27 de novembro de 2019, processo nº 1257/18.6SFLSB.L1.S1, *in* www.dgsi.pt

- Acórdão TRG, de 12 de outubro de 2020, processo nº 1443/17.6T9BRG.G1, *in* www.dgsi.pt

- Acórdão STJ, 22 de outubro de 2020, processo nº 175/19.5JDLSB.L1.S1, *in* www.dgsi.pt

SITE DA INTERNET

- www.infopedia.pt