



JÉSSICA ROCHINHA DE VIVEIROS

**OS CRIMES SEXUAIS CONTRA OS MENORES**  
**(EM PARTICULAR, O PROBLEMA DO SEU BEM JURÍDICO)**

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais,  
Sob orientação do Doutor Pedro Caeiro

Julho 2017





• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JÉSSICA ROCHINHA DE VIVEIROS

**OS CRIMES SEXUAIS CONTRA OS MENORES**  
**(EM PARTICULAR, O PROBLEMA DO SEU BEM JURÍDICO)**

**SEXUAL CRIMES AGAINST CHILDREN**  
**(IN PARTICULAR, THE PROBLEM OF THEIR PROTECTED LEGAL  
INTEREST)**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra, no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na  
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais,  
sob orientação do Senhor Professor Doutor  
PEDRO CAEIRO

Coimbra,  
Julho, 2017

## I. Agradecimentos:

Aos meus **pais**, sem eles nada disto seria sequer possível ou sonhado, muito menos realizado. Agradeço-lhes por ampararem as minhas quedas, ouvirem os meus gritos interiores (porque são pais e sabem), e exteriores de desespero e nunca, mas nunca deixarem de acreditar em mim. E em como eu seria capaz de fazer isto. De nunca me exigirem nada, e ao não me exigirem, eu fui capaz, e ao longo destes seis penosos anos, aqui estou eu, para lhes agradecer, de coração por todo o esforço que fizeram para me terem cá. Para vocês, Lucinda e José António, um Obrigado é pouco por todas as dificuldades que passamos juntos, a distância enorme que nos separava. Acreditem, era muita a vontade de deixar tudo e ir ter convosco, mas o empenho e a responsabilidade para tentar fazer de mim alguém e para vos orgulhar sempre foi maior. É a vocês que devo e dedico esta tese.

À minha avó **Rita**, que mesmo longe, senti-a e sinto-a sempre perto a mim, que olha sempre por mim e esteve comigo em todos os momentos. É a minha estrela mais brilhante e sei que está orgulhosa por estar a finalizar esta etapa. *\*Semper Praesens\**

Ao **André**, que sempre me acompanhou ao longo destes árduos anos académicos longe de casa, que todo o apoio me prestou e por me ter sustido as lágrimas, por me ter feito sorrir todas as vezes que eu não acreditava em mim mesma, e desesperava. Obrigada a ti, que nunca me deixaste ir ao fundo e a ti te devo muito. Esta tese, em parte, também é tua.

Aos amigos que Coimbra me deu, à Ana, à Inês, aos demais que me acolherem e me fizeram sentir em casa, e ao David por nesta última etapa se ter demonstrado um amigo fiel, um obrigada.

Obrigada a toda a minha família que sempre me ajudou, aconselhou e proporcionou bons momentos, em especial aos meus padrinhos, tios, avó, primos e à Ana Viveiros.

Ao meu orientador, Doutor **Pedro Caeiro**, pela paciência e pelos sábios conselhos que me levaram a elaborar esta tese. Um mestre, que decerto, ficarei grata por ter aparecido no meu caminho, pois com ele aprendi que carregar um título académico pode ser sinal (e neste caso é) de humildade e interajuda. Muito Obrigada.

A **Coimbra** e à **Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, um obrigada especial. Foram a minha segunda casa, e serão aquelas que sempre irei amar: *“Aos que virão depois de mim /caiba em sorte outra herança:/ o oiro depositado/ nas margens da lembrança.”*

## II – RESUMO

Nos crimes sexuais contra os menores, há que saber, em particular, quais os seus bens jurídicos protegidos e se coincidem com os bens jurídicos dos crimes contra a liberdade sexual.

A evolução cronológica do abuso sexual de menores no direito penal, desde o Código penal de 1882 até ao Código penal atual, o que mudou, e se o direito penal se desvinculou da moral por completo.

O que podemos esperar do bem jurídico protegido pelos crimes sexuais contra os menores? Poderá haver alguma alteração no código penal português no sentido de incluir os crimes contra os menores, em especial, na mesma seção dos crimes contra a liberdade sexual?

**Palavras-chaves:** menores; bens jurídicos; autodeterminação; abuso sexual

## III – ABSTRACT

Regarding sexual crimes against children, It's important to know, in particular, what are the protected legal interests and know if they match with the protected legal interests of crimes against sexual self-determination.

The chronological evolution of the sexual abuse of children in criminal law, from the Criminal legislation of 1882 to the current Criminal legislation, what has changed, and if criminal law has completely got dissociated itself from the moral.

What can we expect from the protected legal interest by sexual crimes against children? Could there be any change in the penal code of Portugal, in order to include crimes against children, especially, in the same section of crimes against sexual freedom?

**Keywords:** Children; protected legal interest; Self-determination; sexual abuse

*“O segredo da genialidade  
é carregar o espírito da  
infância na maturidade.”*

Thomas Huxley

#### **IV – Abreviaturas:**

**Ac.** - Acórdão

**APAV** – Associação de Apoio à Vítima

**Art.** – Artigo

**C.C.** – Código Civil

**CEJ** – Centro de Estudos Judiciários

**D.L.** – Decreto-Lei

**C.P.** – Código Penal

**C.P.P.** – Código de Processo Penal

**C.R.P.** – Constituição da República Portuguesa

**C.S.M.** - Conselho Superior de magistratura

**Ed.** – Edição

**i.é.** – Isto é.

**MGF** – Mutilação Genital Feminina

**M.P.** ministério Público

**Ob. cit.** – Obra Citada

**p. ou pp.** – página (s)

**pp.** – previsto e punido

**RPCC** – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

**Séc.** – Século

**ss** – seguintes

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça

**TRC** – Tribunal da Relação de Coimbra

**TRE** – Tribunal da Relação de Évora

**TRG** – Tribunal da Relação de Guimarães

**TRL** – Tribunal da Relação de Lisboa

**TRP** – Tribunal da relação do Porto

**Vol.** - Volume

## Índice

A – Notas Introdutórias .....	8
<b>CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DA SEXUALIDADE .....</b>	<b>11</b>
<b>1. – A Descoberta da sexualidade Infantil .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 – Teorias .....</b>	<b>11</b>
1.1.1 – Teoria psicanalítica .....	11
1.1.2. – Teoria evolutiva.....	15
1.1.3 – Teoria Antropológica .....	16
1.1.4 – Teoria da aprendizagem .....	17
<b>1.2 – O que é, de facto, relevante para as crianças a nível sexual? .....</b>	<b>18</b>
<b>2 – A evolução da proteção das crianças a nível europeu e internacional.....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 – Convenção sobre os Direitos da Criança.....</b>	<b>20</b>
<b>2.2 - Protocolo Facultativo à Convenção sobre os direitos das crianças .....</b>	<b>21</b>
<b>2.3 – Convenção contra o Cibercrime .....</b>	<b>22</b>
<b>2.4 – Convenção de Lanzarote .....</b>	<b>23</b>
<b>3 – Os menores no Código Penal.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 – A questão da maioridade .....</b>	<b>26</b>
<b>3.2 – Evolução (?) Legislativa.....</b>	<b>26</b>
3.3.1 – Os antecedentes .....	26
3.2.2 – A reforma de 1995.....	28
3.1.2 – E as mulheres?.....	33
<b>4 – Crimes sexuais contra menores.....</b>	<b>35</b>
<b>4.1 – Desde o C.P. de 1852 até 1995 .....</b>	<b>35</b>
<b>4.2 – De 1995 a 2007 .....</b>	<b>39</b>
<b>4.3 – A reforma de 2015 .....</b>	<b>42</b>
<b>4.3.1. A Lei n.º 83/2015 de 05 de agosto .....</b>	<b>42</b>
<b>4.3.2 – A Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto.....</b>	<b>52</b>
<b>5 - Relatórios estatísticos.....</b>	<b>55</b>
<b>5.1 – O que pode levar a este aumento? .....</b>	<b>57</b>
<b>CAPÍTULO II - O BEM JURÍDICO PROTEGIDO .....</b>	<b>60</b>
<b>1. O bem jurídico nos crimes contra a liberdade sexual .....</b>	<b>60</b>
<b>1.1 – O consentimento .....</b>	<b>65</b>
<b>1.2 – Acordo ou consentimento? .....</b>	<b>69</b>
<b>2. O Bem jurídico protegido nos crimes contra a autodeterminação sexual .....</b>	<b>74</b>
<b>2.1 – O abuso sexual de menores.....</b>	<b>74</b>
<b>2.1.1 – Abuso sexual de menores <i>versus</i> pedofilia.....</b>	<b>77</b>

<b>3 - Revisão da divisão formal entre os bens jurídicos protegidos .....</b>	<b>81</b>
<b>CAPÍTULO III – OS MENORES NO PROCESSO PENAL POR CRIMES SEXUAIS .....</b>	<b>86</b>
<b>1 - A tramitação por crimes sexuais .....</b>	<b>86</b>
<b>1.1 – O testemunho da criança .....</b>	<b>90</b>
<b>B – Em jeito de conclusão .....</b>	<b>98</b>
<b>C– Acórdãos.....</b>	<b>101</b>
<b>D - Legislação: .....</b>	<b>102</b>
<b>E - Bibliografia .....</b>	<b>103</b>



## A – Notas Introdutórias

Nos dias que correm, uma das temáticas com maior impacto social e pessoal continua a ser aquela relacionada com os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima<sup>1</sup>, que estão previstos no capítulo V, seção I e II do C.P., respetivamente, com a previsão de disposições comuns a ambos os crimes que se encontram a partir do art. 177.º.

De forma ambígua, podemos argumentar que, por estarem consagrados em seções diferentes, tratam de bens jurídicos diferentes, ou, a contrário *sensu*, por estarem dentro do mesmo capítulo, se tomem como iguais as suas diferenças. Observa-se, aliás, uma linha ténue que traça estes dois ilícitos.

Nos crimes consagrados na seção I não há uma especificação da vítima, utilizando expressões vagas, nomeadamente “outra pessoa”, “pessoa inconsciente” e “pessoa internada”, especificando apenas no art. 168.º a “mulher”, por ser um tipo legal, à semelhança do aborto<sup>2</sup>, onde só a mulher pode ser vítima. Por sua vez, nos artigos que compõem o leque dos crimes contra a autodeterminação sexual prescreve-se já uma especificidade quanto ao agente passivo desses mesmos crimes. Vejamos: o art. 171.º indica o “menor de 14 anos”, como vítima; o 172.º e 174.º referem o “menor entre 14 e 18 anos”; o art. 173.º indica como vítimas o “menor entre 14 e 16 anos”; nos demais artigos apenas se salienta o “menor”. Sendo assim, podemos concluir que nos crimes contra a autodeterminação sexual está em causa o ilícito ser praticado com /contra o menor.

Na perspetiva de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, os crimes contra a liberdade sexual são aqueles cometidos contra adultos ou menores sem o consentimento destes, já os crimes contra a autodeterminação sexual são cometidos contra menores de modo

---

<sup>1</sup> Falamos aqui em vítima no seu sentido mais subjetivo. Não que antes não designasse-mos os sujeitos passivos destes crimes como tal, apenas atualmente, com a nova alteração do C.P.P. veio a ser introduzido tal conceito de forma expressa no art. 67.º A..

<sup>2</sup> Não obstante além de vítima também poder ser autora, tal como no infanticídio. Quanto ao crime de infanticídio, este era mais frequente nos tempos passados, ao que Teresa Beleza nos diz que, relativamente a este crime, poderia estar associado a duas situações. Em primeiro lugar à influência perturbadora do parto, ou, em segundo lugar, em ocultar aquilo que o Código denominava de desonra. Como nos refere a autora “quanto à ”influência perturbadora” do parto, a sua consagração como causa fortemente diminuidora da responsabilidade tem, quanto a mim, o perigo de reforçar a imagem da motivação biológica, e não racional, da mulher, por contraposição ao homem”. BELEZA, Teresa Pizarro, *A mulher no Código Penal*, Cadernos Condição Feminina, 1984, p. 37.

consensual, com o “consentimento” destes.<sup>3,4</sup> Para este autor, o âmago da questão está na violação do livre e total desenvolvimento do menor. À semelhança, FIGUEIREDO DIAS refere que “a seção I protege a liberdade sem fazer aceção de idade; enquanto a seção II estende essa proteção a casos que ou não seriam crime se praticado entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade”<sup>5</sup>.

Dadas as suas características próprias, por ser pequena, dependente e indefesa, a criança é um dos elementos de maior vulnerabilidade, constituindo um alvo fácil e frequente da violência e de todo o tipo de abuso e exploração. Embora a violência física seja a sua faceta mais visível, muitos outros tipos de violentação, e não menos nefastos, resultam da negligência, dos maus tratos e do abuso sexual

Sendo assim, de forma genérica e inicial podemos concluir que os crimes contra a liberdade sexual não têm uma vítima especificada, por abrangerem tanto adultos como crianças, neste último caso quando o crime se consumar sem o seu consentimento, e os crimes contra a autodeterminação apenas dirão respeito a menores, por estar em causa o seu livre desenvolvimento na esfera da sexualidade.

Pretendemos, assim, desenvolver um pouco da sexualidade infantil, quando é que esta começa, analisando-a numa perspetiva jurídico-psicológica, citando o pai da psicanálise FREUD, que desenvolveu uma posição bem vincada acerca desta temática, não obstante haverem outras posições. Tentaremos perceber o que é relevante para as crianças a nível sexual e se a sexualidade se inicia tão presto como alguns autores que *infra* defendem.

O nosso objetivo é, também, abordar a evolução legislativa no C.P. no decorrer dos anos, digamos séculos até, em como as expressões e os conceitos moralistas mudaram, passando assim os crimes relacionados com o pudor e moralidade pública a constar nas seções que fazem atualmente parte do nosso C.P.. Tencionamos analisar igualmente as alterações introduzidas em 2015 e a sua repercussão, socorrendo-nos de acórdãos e opiniões doutrinárias, observando que são algumas destas inovações e

---

<sup>3</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos direitos do Homem*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, 2010, p. 502

<sup>4</sup> A meu humilde ver não é a definição mais correta, contudo posteriormente e oportunamente irei analisar melhor esta problemática.

<sup>5</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra editoras, 1999, p. 442.

introduções realizadas por imposição de convenções e protocolos internacionais e europeus.

Por fim, ponto nuclear desta dissertação e de maior exigência na análise será o caminho que traçaremos em face da discussão sobre qual o bem jurídico protegido nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores, ou seja, será que está em causa a proteção do mesmo bem jurídico em ambos os tipos legais, ou podemos dizer que há uma proteção diferente? Será que a liberdade sexual não é tão abrangente, que não consiga incluir dentro da mesma seção os crimes contra a autodeterminação sexual? Será mesmo necessário haverem duas seções diferentes, já que os menores são protegidos por ambas as seções?

A grande questão que nos levou a realizar esta dissertação foi saber se de facto faz sentido a existência de duas seções no C.P., uma destinada à liberdade sexual e outra à autodeterminação sexual, quando ambas protegem os menores, estando apenas a separá-las a linha ténue, na perspetiva de alguns autores<sup>6</sup>, do consentimento prestado pelo menor quando estamos perante um abuso sexual de menores, ou do constrangimento do mesmo.

De facto, vemos que há muitas questões a serem levantadas e que carecem de uma investigação minuciosa, quiçá perigosa, pois tentar “entrar” e questionar uma lei que foi uma vitória concebida em 1995, não será, de todo, tarefa fácil.

---

<sup>6</sup> A desenvolver oportunamente

## CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DA SEXUALIDADE

### 1. – A Descoberta da sexualidade Infantil

#### 1.1 – Teorias

A sexualidade dos menores foi (e ainda continua a ser) uma questão muito debatida, quer na psicologia, quer no direito e até mesmo na medicina. Toda a evolução sexual é composta por uma forte componente biológica, o que faz com que ao longo da nossa vida passemos por diversas fases onde a sexualidade se manifesta de diferentes formas, consoante a idade, a cultura e a “organização social”<sup>7</sup>, originando a diferenciação entre a sexualidade adulta e a infantil, dentro de várias *teorias evolutivas* e sociais.

Para FÁVERO, o conceito de sexualidade infantil é definido da seguinte maneira: “atividades e manifestações sexuais que podem ser vividas individualmente ou em conjunto com uma ou mais crianças (...) devem ser espontâneas, diferentes das de outros, não sendo obrigatório manifestar-se, nem no seu aspeto individual, nem em conjunto, em todas as crianças.”<sup>8</sup>

Mas final quando é que os menores descobrem a sua sexualidade?

##### 1.1.1 – Teoria psicanalítica

Segundo FREUD<sup>9</sup>, através da *teoria psicanalítica da sexualidade*, a vida sexual da criança já se começa a manifestar a partir do seu 3.º ou 4.º ano de vida. Manifestação esta

---

<sup>7</sup> Nas palavras de FÁVERO, Marisalva F., *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Climepsi Editores, Lisboa, 2003, p. 35

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 56

<sup>9</sup> Vide FREUD, Sigmund, *Três ensaios sobre a teoria da sexualidade*, tradução por Ramiro da Fonseca, Coleção Vida e Cultura, Edição Livros do Brasil, 1999, p. 90 ss

Os três ensaios sobre a sexualidade, segundo Freud, são os seguintes: - Primeiro Ensaio: as ideias apresentadas sobre as perversões, na medida em que são associadas à excitação e à obtenção do prazer de modo generalizado, ao mesmo tempo que são concebidas independentemente de um objeto sexual pré-determinado, refiram-se não apenas à síntese perversa, mas a toda a sexualidade humana. Nesse sentido, e isso Freud salienta desde o início, as perversões, ou melhor, as tendências perversas fariam parte constitutiva da sexualidade infantil; - Segundo Ensaio: tomando como modelo prototípico da sexualidade infantil o ato de sucção do bebê, Freud deriva as três características daquela, sem, no entanto mencionar explicitamente a questão do apoio (da sexualidade sobre a autoconservação), que aparecerá de modo mais evidenciado apenas na edição de 1915; - Terceiro Ensaio: Logo no início do terceiro ensaio, no momento em que Freud sintetiza suas ideias a respeito da evolução da libido, que conduziria “*a vida sexual infantil a sua forma definitiva e normal*”, evidencia-se um hiato entre o segundo e o terceiro ensaio. Enquanto no segundo, a sexualidade infantil, portadora aliás dos caracteres da sexualidade humana em geral, é apresentada como essencialmente perversa e polimorfa, no terceiro, tais caracteres tendem a desaparecer,

que é visível aos olhos da comunidade. Este autor definiu assim várias fontes de auto-prazer, de acordo com o desenvolvimento infantil, e que a infância abrangia diferentes prazeres sequenciais relacionado com diferentes partes do corpo. Tais fontes são compostas por cinco fases: fase oral, fase anal, fase fálica, fase de latência e fase genital, reconhecendo assim o erro da comunidade que entendia que a sexualidade só começava no início da puberdade.

A primeira fase ocorre quando a criança tem entre 0 a 2 anos de idade, e é designada de *fase oral*, ou seja, a zona que provocava libido, erotização e satisfação era a boca, que estava associada à amamentação, num primeiro estágio através da sucção do leite que se encontrava no peito e, num segundo, através do surgimento dos dentes que se satisfazia no ato de morder.

A segunda fase é designada de *fase anal* que surge entre os 2 e os 4 anos de idade. A particularidade desta fase é que a criança começa a ter o controlo das suas ações e de algo que é seu, podendo expelir ou não algo que ele próprio teve a capacidade de gerar. A satisfação manifesta-se de dois modos: a pulsão da destruição do objeto e a retenção ligada à pulsão do controlo passivo. Este autor chegou a insinuar que a libido estava para o instinto sexual, como a fome estava para o instinto de nutrição.

A *fase fálica* é a terceira fase desenvolvida pelo pai da psicanálise, que como o nome indica, ocorre com a descoberta dos órgãos sexuais em formação, a curiosidade que os menores detêm em saber que órgão é aquele que os acompanha e o porquê de não o poder revelar à comunidade. Nesta última fase que se dá dos 3 aos 5 anos de idade os órgãos genitais tornam-se a zona erógena dominante. FREUD acrescenta que, ao longo destas três fases, as crianças desenvolvem o primeiro momento da vida psíquica que se designa de *complexo de Édipo*<sup>10</sup>, que é o despertar de sentimentos opostos, de amor e

---

o que é atribuído por Freud às modificações nelas introduzidas com o surgimento da puberdade. A sexualidade adulta resultaria de uma espécie de desenvolvimento da pulsão: dispersa em várias zonas erógenas, isolada em suas pulsões parciais e predominantemente auto-erótica (sem objeto) na infância, a sexualidade ganha um outro tipo de organização na puberdade. Essa nova organização caracterizar-se-ia pela hierarquização e subordinação das diversas zonas erógenas à genital, visando a obtenção do máximo de prazer, mas sobretudo colocando-se a serviço da função de reprodução, o que se torna possível a partir da combinação das diversas pulsões parciais em uma só. Cfr: AMARAL, Mônica Guimarães Teixeira, *Os três ensaios sobre a teoria da sexualidade: um texto perdido em suas sucessivas edições*, Psicologia USP, São Paulo, 1995

<sup>10</sup> O *complexo de Édipo* foi desenvolvido por FREUD na sua teoria da psicanálise, tendo-se inspirado na lenda do “Édipo Rei”. Segundo remontam os dizeres, Édipo assassinou o seu pai e casou com a própria mãe, tendo quatro filhos com ela. Traduzindo-se este complexo para a vida comum, é caracterizado como os desejos amorosos que a criança experimenta relativamente aos pais, ou seja, o amor pelo progenitor do sexo oposto e “ódio” ao progenitor do mesmo sexo. In MIGUELEZ, Nora B. S., *Complexo de Édipo – Novas psicopatologias, Novas Mulheres, Novos Homens*, Editora Casa do Psicólogo, Brasil, 2007, p. 23 e ss

ódio, direcionados para aqueles que lhe são mais próximos, os pais. Para as crianças do sexo masculino este “complexo” origina um sentimento de posse por parte da mãe ao mesmo tempo que deseja que o pai desapareça. Por sua vez, nas meninas ocorre o mesmo, estas sentem uma atração pela figura paternal e não querem a mãe por perto pois sentem-se ameaçadas por existir outra figura na vida do pai com a mesma fisionomia que ela, ocasionando um sentimento de rejeição, principalmente pela ausência de pênis, o que lhe transmite um sentimento de castração<sup>11</sup>.

Posteriormente, dos 6 aos 12 anos, existe um declínio do *complexo de Édipo* com a entrada da nova fase e um “esquecimento”/ adormecimento da sexualidade, ou seja, as crianças começam a desenvolver interesse por áreas cognitivas e intelectuais através dos jogos e da convivência em sociedade, existindo um afrouxamento sexual que permite às crianças canalizarem a sua energia para outros fins a descobrir. Corresponde, assim, ao período em que os menores saem da sua esfera de conforto e enfrentam, a tempo inteiro, a sociedade, como é o exemplo da ida para a escola e a descoberta de um novo mundo que suscita curiosidade, ocasionado pela convivência destes com outras crianças e com a descoberta mútua das brincadeiras e jogos que ocasionam prazer, a nível intelectual. Estamos assim na *fase da latência*.

Por último, deparamo-nos com a fase da descoberta da sexualidade dos menores que ocorre após os 12 anos, a *fase genital*, onde estes, já adolescente, buscam o prazer através da sexualidade. É um período de enorme evolução, onde o sentimento de conquista comanda o sentido da vida, e onde estes esperam que um novo mundo lhes traga novas sensações de prazer, sendo nesta cruzada que a criança cresce e se desenvolve, definindo-se como pessoa.

Contudo, e como seria de esperar, tendo em conta toda a análise sexual minuciosa que FREUD fez acerca das crianças, esta teoria psicanalítica da sexualidade gerou descrenças por parte de alguns autores e, conseqüentemente, críticas. Como principal crítica apontamos a de BENTOVIM e VIZARD<sup>12</sup> que, segundo eles, a fase da latência de FREUD é na verdade o momento evolutivo em que a sociedade ensinou às crianças como manifestar os seus sentimentos e carências, onde é pregado o ensinamento de que os comportamentos sexuais não se devem manifestar em público. Outra das grandes críticas apontadas, com a qual nos identificamos, é ao *complexo de Édipo*, pois consideramos que na altura em que FREUD desenvolveu esta teoria, as relações familiares eram vistas de

---

<sup>11</sup> FREUD, *ob. cit.* p. 94

<sup>12</sup> FÁVERO, *Ob. cit.* p. 50.

uma outra forma que não a atual. Não é o desenvolvimento da sexualidade que nos faz ficar agarrados a um dos progenitores, mas sim o afeto que recebemos, independentemente de ser pai ou mãe, e assim, concordamos com a posição adotada por MORENO, nos termos da qual a relação exclusiva que uma criança passa a desenvolver com um dos pais se deve à dificuldade de sair das relações em corredor, onde há uma dependência infantil até que haja uma forma de “aprender a partilhar com uma pessoa de cada vez e avançar até á fase de triangulação, na qual se aprende a partilhar com outra pessoa o seu espaço privilegiado, até então dividido com uma só pessoa.”<sup>13</sup>

FREUD<sup>14</sup>, pioneiro na sexualidade infantil, levou uma série de sexólogos e psicólogos a vislumbrar que, afinal, a sexualidade não se inicia na adolescência com o amadurecimento dos órgãos sexuais, mas sim anteriormente, o que foi importante para saber que o desenvolvimento sexual infantil tem repercussões profundas sobre a vida erótica de um adulto e até mesmo na estruturação do seu carácter enquanto pessoa. Apesar das diversas críticas que este autor sofreu por ter uma visão clara, ampla e prematura da evolução da sexualidade, o certo é que contribuiu para uma distinção importante entre as metas e os objetos dos instintos sexuais. Vejamos, o objeto é definido como a pessoa para a qual se dirige a atividade sexual, já a meta é a atividade para onde se dirige a pulsão. E esta diferenciação permitiu que FREUD documentasse a sua hipótese de que o instinto sexual é composto por partes componentes. Obviamente que críticas houveram acerca deste olhar visionário, mas certo é que a sexualidade não era vista mais como uma “pulsão”, ou uma atividade apenas limitada aos adultos, com vista à reprodução humana, e que as crianças também eram portadoras desde a nascença dessa “condição sexual.”<sup>15</sup> A verdade é que os seus escritos podem parecer manchados pelo que hoje designamos de ‘preconceitos’, e na realidade até estão, mas também “revelam uma preocupação genuína<sup>16</sup> por aqueles que deram por si, apesar de não o fazerem por opção própria, a sentirem-se excitados de forma que causavam problemas sérios aos próprios atendendo as condições sociais em que viviam.”

---

<sup>13</sup> *Idem*, p. 51

<sup>14</sup> Cabe particularmente a FREUD o mérito de ter chamado a atenção para a sexualidade infantil dos primeiros anos e mais ainda durante o período edipiano, embora também se fale da sexualidade do adolescente e do adulto. A teoria psicanalítica pode dar ao educador indicações inestimáveis do modo como conduzir a criança e evitar determinados erros educativos. De facto, Freud diz mais o que a educação sexual não deve ser do que como deve proceder-se. In OLIVEIRA, José Barros, *Freud e a educação sexual*, in Revista Portuguesa de Pedagogia, ano XXIII, 1989, p. 297-322

<sup>15</sup> FERRO, António, FARIA Carlos Gari, *Psicanálise e sexualidade – tributo ao centenário de Três ensaios sobre uma teoria da sexualidade – 1905-2005*, Casa do Psicólogo, 2005, p. 25

<sup>16</sup> BERING, Jesse, *Perversões – Os Comportamentos Sexuais Desviantes*, Circulo dos Leitores - Temas e debates. 1ª edição, 2015, p. 33

### 1.1.2. – Teoria evolutiva

Esta teoria, à semelhança da anterior, é possuidora de marcos ou fases para explicar de que forma se desenvolve a sexualidade, nomeadamente a fase pré-natal, a puberdade e o climatério. No entanto, não se bastando com fases, ainda há sub-fases compostas pelo desenrolar da idade, ou seja, entre a fase do pré-natal e a puberdade, situa-se a pré-puberdade, e entre a puberdade e o climatério encontra-se a vida adulta. Pode parecer um pouco confuso, mas passemos a explicar.

O bebé, quando nasce, já traz consigo capacidades fisiológicas que lhe permitem obter a satisfação sexual mediante o contacto com a pele, isto é, o pénis e o clitóris já vêm irrigados e inervados, o que possibilita a sua excitação ao contacto sexual sem, no entanto, sentir desejo ou paixão. As crianças já trazem consigo um sentimento sexuado de feminilidade ou masculinidade que são também imputados pelos familiares na sua maneira de ser para com eles e no ensinamento que lhes proporcionam quanto à forma de se relacionarem com os outros. Exemplo disso é os pais dizerem à criança do sexo feminino que não deve mostrar os seios nem a zona pélvica e os rapazes apenas não podem mostrar esta última zona. As crianças aprendem através da observação do meio social, quer seja com outras crianças, quer com outros adultos. É necessário salientar que a identidade de género não é a mesma coisa que identidade sexual, enquanto a primeira é motivada pelos familiares na forma de tratar a criança e fazer com que esta se comporte dentro dos padrões normais, a segunda diz respeito à concreta descoberta evolutiva da sexualidade. Uma das formas em que é possível averiguar que as crianças têm perfeita noção da distinção entre o sexo feminino e o masculino é através do desenho, onde aprendem desde pequenos que as mulheres são desenhadas com cabelo comprido e saia.

Vemos assim uma imposição do que pode ser considerado a identidade de género, onde uma criança desde muito nova sabe a forma concreta de desenhar um menino ou uma menina e sabe que as meninas não podem mostrar a parte de cima do tronco, enquanto os meninos já podem. Não haverá assim uma ausência de livre vontade por parte da criança para agir consoante aquilo que sente, mesmo que ligeiramente orientado por bases dos pais? Essa questão prende-se com a troca da identidade de género, um menino que quer ser menina ou vice-versa, mas não nos compete aqui atentar sobre este assunto em concreto.



Ao contrário da teoria de FREUD, dos 6 aos 12 anos é quando as crianças desenvolvem o conhecimento da sexualidade através de brincadeiras de cariz sexual com outras crianças, mas tendo noção que tais condutas podem ser reprovadas pela comunidade devido à imputação de valores e condutas sociais realizadas pelos pais<sup>17</sup>.

Segundo a linha de pensamento desta teoria evolucionista, nada ocorre de forma espontânea, mas sim de um resultado de interações e de trocas sociais, mais concretamente com a família ou os amiguinhos da escola.

A nosso ver, esta teoria contende a ser mais realista que a teoria da psicanálise, não obstante, imperfeita aos olhos da sociedade por tocar na sexualidade dos menores de forma promíscua e detalhada, afirmando que crianças com 7 ou 8 anos já se masturbam. Tais factos podem corresponder à realidade, no entanto, parte da sociedade ainda não está sexualmente evoluída para depreender que tais descrições podem ocorrer com crianças que vêm como “anjinhos, almas sem mácula”.

### 1.1.3 – Teoria Antropológica

Acerca desta teoria não há muito a explicar, em comparação às demais. A obtenção desta teoria foi desenvolvida através de um estudo do comportamento na Melanésia por MALINOWSKI<sup>18</sup>. Este autor afirma que, ao longo da sua jornada, comprovou que as crianças gozavam de liberdade para a sua real e íntegra descoberta, pois após os 4 anos as crianças já se reuniam para realizarem jogos que visavam a obtenção de prazer, tendo em conta que nada era ocultado no seio daquela comunidade. Ou seja, as crianças podiam presenciar conversas de cariz sexual tidas entre adultos, bem como presenciar os atos sexuais entre eles.

Para nós, comunidade ocidental, a liberdade sexual (e não só) de que estas crianças são possuidoras é atroz e desproporcional, pois, na nossa bolha social temos vindo a aprender que as crianças gozam desse mesmo estatuto até relativamente tarde e os ensinamentos que lhes proporcionamos são inspirados nos ideais conservadores, onde a sexualidade não se começa a desenvolver tão cedo, como ocorre nesta ilha, pois, para nós, é impensável uma menina estar sexualmente preparada para a prática de atos aos 6 anos e os rapazes aos 10.

---

<sup>17</sup> *Idem*, p. 47

<sup>18</sup> *Idem*, p. 52

Posto isto, podemos concluir que os investigadores e sexólogos ainda têm um longo caminho a percorrer no âmbito da sexualidade de forma a conseguir gerar opiniões minimamente concordantes. Encontram-se ainda em aberto as opções destinadas a versar sobre a melhor forma de educar as crianças, de falar abertamente sobre algumas questões e quando falar; de verificar se o sentimento afetivo que uma criança desenvolve com um dos progenitores pode ser tão vinculado e atroz ao ponto de apelidá-la de “complexada” e se a proximidade a um deles leva ao desdém desenvolvido pelo outro; a partir de que idade é relevante o consentimento de uma criança (não apenas no âmbito do direito penal e segundo prescrições legais); quando é que podemos falar de uma verdadeira sexualidade, isto é, quando é que uma criança descobre por fim a sua sexualidade e tem a noção do que pode ou não fazer? Como vemos, são questões complexas e pouco consensuais por parte das comunidades.

Para nós, comunidade dita ‘moderna’ do séc. XXI, temos bem presente o que consideramos ser eticamente censurável quando uma criança se encontra no cerne da questão, exemplo disso é o disposto nos art. 171.º e seguintes do C.P. que incriminam os atos sexuais praticados com menores de 14 anos, e os vários acórdãos<sup>19</sup> em que a jurisprudência tem-se debruçado para resolver litígios criminais onde existem atos sexuais com crianças.

#### 1.1.4 – Teoria da aprendizagem

Esta teoria defende que a aprendizagem do papel sexual é similar à aprendizagem de qualquer outro papel na sociedade, baseia-se na teoria da modelagem de comportamentos, isto é, os menores imitam aquilo que vêm fazer os adultos ou nos meios de comunicação, contudo, tais comportamentos são ocultados perante a sociedade, porque sabem que serão sancionados.

Logo podemos evidenciar que esta teoria convencionou a importância e a necessidade da educação e da aprendizagem social, colocando ao centro a forma como os sujeitos se transformam e agem de acordo com o que é socialmente aceite e correto por toda a sociedade, contudo, apesar do desenvolvimento social ser naturalmente aceite, carece de afetos e sentimentos sexuais, onde a racionalidade se sobrepõe ao coração e aos sentimentos afetivos e sociais, tendo uma forma mecanista de olhar para o ser humano

---

<sup>19</sup> Vide Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 05-07-2006.

como ser social e cognitivo, desvalorizando assim a condição humana na sua parte mais sensível que são as emoções.

## **1.2 – O que é, de facto, relevante para as crianças a nível sexual?**

O toque é essencial ao desenvolvimento integral, harmonioso e sexual da criança, pois através do toque caloroso de alguém próximo a criança sente-se amada e protegida, sendo um dos fatores de desenvolvimento cognitivo da sexualidade.

Podemos afirmar que a boca é a zona privilegiada da sexualidade. Já dizia FREUD<sup>20</sup>, é onde começam os bebés a alimentar-se, a ter instintos que lhes são próprios, através da boca, dos lábios e da língua, quando o bebé ingere há uma sensação de prazer e erotismo, que ao longo da vida irá descobrir que também é uma forma de prazer sexual.

A sensualidade é outra das características relevantes a nível da sexualidade, porque a criança ao crescer irá ver modificações no seu corpo, irá vê-lo a tornar-se sexual. Tocar-se ou ser tocado constitui uma fonte de prazer, o que não deve fazer com que se estranhe que um bebé do sexo masculino tenha pequenas ereções na altura do banho, porque a sexualidade começa cedo, mesmo que indiretamente.

A aprendizagem da higiene é outro dos fatores que faz com que as crianças ganhem sentido através da contenção e do relaxamento, isto é, e na perspetiva de FREUD<sup>21</sup>, a criança começa a dominar os músculos dos esfíncteres, exercendo um controlo sobre o próprio corpo, quando e como quer, e assim obtendo o prazer.

A linguagem e o seu desenvolvimento assume também papel relevante, pois a criança começa a ganhar curiosidade e a querer atribuir nomes às coisas, principalmente ao seu órgão genital, que os pais tendem a indicar com nomes infantis como “pipi”. Não acreditamos que aqui, numa fase que ocorra desde os 0 aos 6 anos, deva haver uma comunicação real entre os pais e a criança que os faça ver que, em vez de um “pipi” têm um pénis ou clitóris, por exemplo. Cada situação tem que ser adequada ao momento em que estão.

O auto-erotismo ocorre com crianças após os três anos que começam a desenvolver algum interesse nos seus órgãos sexuais e começam a mexer nos mesmos por serem partes extremamente sensíveis, e ao tocá-los podem obter prazer a nível sexual

---

<sup>20</sup> FREUD, Sigmund, Três ensaios sobre a teoria da sexualidade, *ob. cit.* p. 34

<sup>21</sup> *Idem*, p. 36

ou como forma de acalmá-los. A auto-estimulação começa a ser normal para as crianças, elas sabem que ao fazê-lo sentem prazer e têm noção que, tal como o banho, é algo feito na sua intimidade e sem a presença dos pais. É a busca pelo prazer<sup>22</sup>.

Por fim, os jogos sexuais são a última característica que releva no âmbito da sexualidade dos menores, o descobrir que raparigas são diferentes de rapazes que têm “coisas” consideradas díspares, faz com que haja a vontade ávida de brincarem para poderem descobrir mais um do outro, tanto que reconhecem que muitas de tais brincadeiras não seriam bem encaradas pelos pais, por mais uma vez envolver a intimidade, pelo que fazem-no às escondidas e assim brincam aos «médicos» e «às mães e aos pais». Descobrem que ambos são diferentes sexualmente e por isso há uma atração, traduzida na curiosidade em saber como explorar os órgãos um do outro<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> DIAMOND, Jared, *Porque Gostamos de Sexo – A Evolução Da sexualidade Humana*, Rocco, 2001, p. 29 ss

<sup>23</sup> JACOB, Jo-Anne, ROBERT, Joceyne, *A Minha Sexualidade Até Aos 6 Anos*, Tradução do livro francês “Ma sexualité de 0 à 6 ans, Porto Editora, 2006, p. 75 ss.

## 2 – A evolução da proteção das crianças a nível europeu e internacional

### 2.1 – Convenção sobre os Direitos da Criança

Esta Convenção foi a grande pioneira do direito das crianças no pós segunda guerra mundial, concebeu de forma inovadora a criança<sup>24</sup> como uma pessoa titular de direitos e liberdades fundamentais, com o direito de participar nas decisões que lhe digam respeito, sendo que o direito das crianças nesta convenção é tripartido em direito de provisão – onde são reconhecidos os direitos sociais das crianças, como a saúde e educação; direito de proteção – direito da criança a ser protegida contra atos de discriminação e abusos sexuais, exploração, injustiça e conflito; e direitos de participação<sup>25</sup> - onde são realçados os direitos civis e políticos das crianças<sup>26</sup>. A Convenção foi dotada da mesma eficácia *erga omnes* de que são portadoras as Constituições de cada Estado que se vinculasse.

Além dos direitos elencados, ainda tinha como princípios subjacentes a a) participação social pelas crianças, como pessoas e sujeitos de direito, levada a cabo pela política educacional de um país; b) superior interesse da criança<sup>27</sup>, ou seja, todas as instituições devem tomar decisões que lhes ofereçam o máximo bem-estar; c) sobrevivência e desenvolvimento, onde devem ser tomadas todas as medidas de modo a preservar a vida e a qualidade de vida destas e garantir um desenvolvimento com harmonia; e ainda d) a não discriminação, pois nenhuma criança deve ser discriminada em função da sua raça, idade, passado, antecedentes ou idioma.

Foi adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas a 20 de Novembro de 1989 e foi ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990<sup>28</sup>, numa altura em que, entre nós, ainda vigorava o C.P. de 1982, vimos abarcarem no seio português questões provenientes desta Convenção, tais como o exposto no art. 34.º que salienta o seguinte: “Os Estados

---

<sup>24</sup> Neste sentido *vide* MÓNACO, Gustavo Ferraz, *A Declaração Universal dos direitos das crianças e seus sucedâneos internacionais* (tentativa de sistematização) Universidade de Coimbra, 2004, p. 102 ss.

<sup>25</sup> SOTTOMAYOR, Clara, *Temas de Direito das Crianças*, 2014, Almedina, p. 53

<sup>26</sup> Cfr: ANDRADE, Lucimary B. P., *Educação Infantil – Discurso, Legislação e Práticas Institucionais*, Cultura Académica, São Paulo, 2010, p. 84

<sup>27</sup> O princípio do interesse superior da criança fora já utilizado em diversos instrumentos internacionais, nomeadamente na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, nos termos da qual «A criança gozará de uma proteção especial e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.»

<sup>28</sup> Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 211/90

Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e de violência sexuais. Para esse efeito, os Estados Partes devem, nomeadamente, tomar todas as medidas adequadas, nos planos nacional, bilateral e multilateral para impedir: a) que a criança seja incitada ou coagida a dedicar-se a uma atividade sexual ilícita; b) que a criança seja explorada para fins de prostituição ou de outras práticas sexuais ilícitas; c) que a criança seja explorada na produção de espetáculos ou de material de natureza pornográfica.”. Isto é, como bem sabemos, Portugal em 1990 preparava-se para dar o grande salto nos temas de conteúdo sexual, que só ocorreu cinco anos após a ratificação da Convenção, sendo esta convenção um grande ponto de reflexão para a modificação da lei penal em matéria dos crimes sexuais, e do papel dos menores.

Em suma, a Convenção teve assim por objetivo reunir, num único instrumento legislativo, as diferentes medidas internacionais de proteção à criança, representando um forte documento inovador internacionalmente reconhecido dos direitos das crianças, definindo-se como um marco fundamental no percurso da construção e definição de um estatuto digno para todas as crianças.<sup>29</sup>

## **2.2 - Protocolo Facultativo à Convenção sobre os direitos das crianças**

Adotado a 25 de Maio de 2000, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, ratificado em Portugal a 16 de maio de 2003, era dotado de ideias inovadoras no âmbito da proteção das crianças, ditando que todos os Estados-Parte deveriam garantir que, no mínimo, os seguintes atos e atividades fossem plenamente abrangidos pelo seu direito criminal ou penal, quer cometidos a nível interno ou transnacional ou numa base individual ou organizada.

Este protocolo reconheceu a existência de determinados grupos vulneráveis, nomeadamente, as crianças do sexo feminino que se encontram em maior risco de exploração sexual, tendo também como problema central a crescente disponibilização de pornografia infantil na Internet e em outros suportes tecnológicos. As suas conclusões apelam à criminalização mundial da produção, distribuição, exportação, transmissão, importação, posse intencional e publicidade da pornografia infantil, e sublinhando a importância de uma cooperação e parceria mais estreitas entre os Governos e a indústria

---

<sup>29</sup> Na opinião de FULLGRAF, Jodete Bayer, A Infância de papel e o papel da infância, Florianópolis, Outubro de 2001, p. 33

da Internet, através da adoção de medidas de sensibilização pública para reduzir a procura que está na origem da venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, e acreditando, também, na importância de reforçar a parceria global entre todos os Estados.

Este Protocolo tende para a proteção das crianças, vítimas não só do ato abusivo que as sujeitam, como também da divulgação e exploração desse mesmo abuso, não descurando do seu resguardo e respeito pelas tradições e valores culturais de cada povo, para almejar a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança.

### **2.3 – Convenção contra o Cibercrime**

Os crimes sexuais de menores no ciberespaço têm ocorrido com cada vez mais frequência, já que as estratégias dos pedófilos são facilitadas pela internet, não só pelo simples facto da tecnologia permitir e facilitar a comunicação entre toda uma rede de pedofilia, como também pela circunstância de as redes sociais oferecerem um leque vasto de oportunidades e de alienação da população infantojuvenil, não sendo necessário, atualmente, uma deslocação física e nem dependente da área geográfica em que se encontre. A “sociedade do papel” tem transitado de uma forma acelerada para uma “sociedade digital”<sup>30</sup>, afluindo na era da Informação. Os jovens constituem um dos segmentos das populações que mais crescem na utilização da internet, com especiais competências para interagir com as novas tecnologias, que as gerações dos seus pais muitas vezes não possuem, e é no ciberespaço que satisfazem a curiosidade típica da idade.

O conceito de Ciberespaço contém cantos escuros onde a atividade criminosa floresce, cujas ações eletrónicas têm repercussões negativas. As crianças podem tornar-se vítimas de abuso sexual, fornecendo informações pessoais e desenvolvendo relacionamentos com os infratores, que os atraem, a sua casa, aos seus espaços, para fins de natureza sexual e pornográfica<sup>31</sup>.

Como tal, e como existia (e existe) uma constante preocupação das grandes ordens internacionais, no ano de 2001 foi elaborada a Convenção contra o Cibercrime, aprovada por Resolução da Assembleia da República de 15 de setembro de 2009 e ratificada por Decreto do Presidente da República da mesma data.

---

<sup>30</sup> MAGRIÇO, Manuel Eduardo Aires, *A Exploração Sexual de Crianças no Ciberespaço*, Sinapis Editores, 2013, p. 1

<sup>31</sup> Cfr: ANTUNES, Maria João, *Crimes contra a autodeterminação ... ob. cit. p. 157*

Esta Convenção pretendeu harmonizar a lei penal material, no que se refere às previsões relativas à área do cibercrime, zelando para que na lei processual penal as autoridades competentes sejam dotadas dos necessários poderes de investigação e de combate a esta nova área da criminalidade. Criou igualmente um mecanismo rápido e eficaz de cooperação internacional.

Com a alteração do C.P. pela reforma de 2015, vimos uma tentativa (bem sucedida) de Portugal adaptar-se à Convenção, pelo disposto nos números 5 e 6 do artigo 176.º, ao introduzir no seio deste artigo a expressão e a punição de aceder ou divulgar no ‘sistema informático’ material pornográfico de menores, sendo que esta definição pode ser compreendida como aquela que designa qualquer dispositivo isolado ou conjunto de dispositivos interconectados ou relacionados entre si, sendo que um ou vários desses dispositivos asseguram, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados.

## **2.4 – Convenção de Lanzarote**

A Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, mais conhecida por Convenção de Lanzarote, local onde foi aberta a assinatura e aprovada, sendo posteriormente adotada e ratificada por Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, de 28 de Maio, tinha três ideais basilares na sua criação (art. 1.º). Residiam, nomeadamente, na prevenção e combate à exploração sexual e os abusos sexuais de crianças; na proteção dos direitos das crianças vítimas de exploração sexual e de abusos sexuais; e na promoção da cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças. Este instrumento de direito internacional revestiu-se de particular acuidade, pois este tipo de criminalidade adquiriu proporções inquietantes a nível nacional e internacional, precisamente no que se refere ao uso crescente das tecnologias de informação e comunicação, tanto pelas crianças, como pelos autores das infrações penais, em que a cooperação internacional se mostra fundamental para prevenir e combater a exploração e o abuso sexual de crianças. Assim, o propósito da Convenção de Lanzarote é o de assegurar o bem-estar e os melhores interesses das crianças, contribuindo eficazmente para a realização do objetivo comum de proteção das crianças contra a



exploração sexual e os abusos sexuais, independentemente dos seus autores, e a prestar assistência às vítimas<sup>32</sup>.

Os objetivos que a Convenção se propôs alcançar são levados a cabo por políticas de sensibilização das pessoas que trabalham em contacto com crianças, pela adoção de programas ou medidas de intervenção preventivas, ao fazer com que haja a participação das crianças, nos meios de comunicação e da sociedade civil e, principalmente, através da própria educação da criança, isto é, escolaridade básica e secundária, informação sobre os riscos de exploração sexual e abusos sexuais, bem como sobre os meios de que dispõem para se proteger, adaptados ao seu estágio de desenvolvimento.

No entanto, a Convenção adotou posições vincadas e, digamos, extremistas, em relação ao registo criminal, o que gerou controvérsia, sendo por isso alvo de críticas. Vejamos o art. 37.º que tem como epígrafe “Registo e armazenamento de dados nacionais sobre pessoas condenadas por infrações penais de natureza sexual”. Pois bem, diz no decorrer deste artigo que os Estados – Parte podem tomar as “medidas necessárias” para terem acesso aos “dados relativos à identidade e ao perfil genético de pessoas condenadas por infrações penais” que contendem com o abuso sexual de menores, prostituição e pornografia. Contudo, esta questão suscita-me dúvidas, e coloca-se a questão de saber de que modo a privacidade dos condenados será mantida, i. é., será que por terem cometido algum crime, diretamente relacionado com os crimes que deram por base à criação da convenção, devem ver o seu direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, consagrado na CRP<sup>33</sup>, ser-lhes retirado? Seria necessário tentar alargar o acesso à base de dados àqueles que exercem responsabilidades parentais e a outros profissionais? Parece-me manifestamente excessivo, mesmo que em causa esteja acautelar o superior interesse da criança, não podemos olvidar o compaginar com os direitos fundamentais dos condenados que serão inscritos no registo de condenados. Deve haver uma especial atenção aos critérios ou princípios de proporcionalidade, de razoabilidade e de adequação.<sup>34</sup> Tal ‘publicidade da vida alheia’ do condenado constituiria um forte

---

<sup>32</sup> Cfr: Parecer Da Ordem Dos Advogados - 2014/2016

<sup>33</sup> Cfr: CANOTILHO, Gomes, MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993, anotação ao artigo 26º, pág. 182.

<sup>34</sup> Nas palavras de André Leite “ciente de que o acesso aos dados de registo por certo importaria um juízo de inconstitucionalidade, parece que o legislador, por não querer deixar de transmitir uma falsa aparência de segurança e, talvez, um exemplo de ‘populismo penal’, acabou por criar uma norma simplesmente emblemática, sem conteúdo útil na prática, e nessa medida, pernicioso, sabido como é que o ‘Direito Penal simbólico’ é uma marca hodierna do nosso ramo de Direito que só contribui, em regra, para a sua descredibilização.” In LEITE, André, *Ob. cit.* p. 74

obstáculo à reinserção no seio da sociedade, que é uma das finalidades das penas e medidas de segurança consagrados no art. 40.º do C.P..

Da mesma opinião partilha a APAV, pois refere que a “eficácia previsível deste registo é pouca, dado que não tem como principal utilidade evitar a reincidência (...) acresce ainda que, quanto à reincidência que de facto existe, os dados de investigação mais recentes indicam que a constituição de um registo de agressores sexuais que possa ser sujeito a consulta pública é inútil na sua prevenção, não sendo por isso a solução mais adequada.<sup>3536</sup>”

---

<sup>35</sup> APAV – Parecer sobre a proposta de Lei n.º 305/XII que procede à alteração do C.P. p. 12

<sup>36</sup> A ser desenvolvido posteriormente

### **3 – Os menores no Código Penal**

#### **3.1 – A questão da maioridade**

A maioridade civil<sup>37</sup>, em Portugal, sofreu uma evolução desde a idade de 25 anos previsto nas Ordenações Afonsinas, passando pelos 21 anos previstos no Código de Seabra. Pelo que, assumimos hoje os 18 anos, previsto no art. 122.º do C.C., como a idade em que se atinge um desenvolvimento físico e psíquico, fruto da aprendizagem de situações práticas da vida, da experiência comum e do processo de socialização, que permitem a maturidade e discernimento necessários à atuação responsável do jovem, capaz de gerir a sua pessoa e bens.

Sendo certo que a condição civil da maioridade vale para as demais compilações legislativas, a lei penal tem algumas especificidades relevantes para a situação em si, visando uma proteção de bens jurídicos ao consagrar um leque mais restrito e minucioso do conceito de menoridade e especificando a responsabilidade penal ligada à maturidade e avaliação das condutas por eles praticadas. Consagra o art. 19.º do C.P. que “os menores de 16 anos são inimputáveis”, sendo apenas responsabilizados aqueles que, à data da prática do facto, já tenham feito os 16 anos, na medida em que já são possuidores de maturidade e discernimento para avaliar as consequências das suas condutas.

Aquando do código de Seabra, a maioridade só se iniciava a partir dos 21 anos, sendo considerado crimes contra menores todos aqueles que tivessem por vítima uma pessoa que ainda não tivesse feito os seus 21 anos.

#### **3.2 – Evolução (?) Legislativa**

##### 3.3.1 – Os antecedentes

Até ao séc. XVII, as crianças eram associadas ao desejo sexual dos adultos, devido à época em questão, participavam nas diversas atividades e ouviam tudo o que os adultos comentavam. Eram vistos como adultos num corpo pequeno, estranha e indiferente à sexualidade, não havia a proteção que era suposto. Contudo, graças às grandes mudanças sociais, morais e religiosas, advindas da revolução francesa, os menores começaram a ser

---

<sup>37</sup> Cfr com SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil* - Volume I, Coimbra editora, 2003

vistos de forma diferente, graças à nova noção de “inocência infantil”, que versou em dois sentidos: proteger as crianças da vida que seria reservada a adultos, nomeadamente a sexualidade e, por fim, vê-las como seres em crescimento e não como adultos em tamanho reduzido. Todos estes fatores levaram a que o código francês de 1832 impusesse que qualquer ato sexual cometido com um menor de 11 anos seria punido com pena de prisão.

Retomando os antepassados do C.P. de 1995, vamos analisar a vertente dos menores enquanto sujeitos passivos destes crimes, neste decurso de tempo.

Antes da reforma de 1995<sup>38</sup>, a grande reforma penal, os crimes que estavam intimamente ligados com o abuso sexual da vítima, fosse ela menor ou maior de idade, inseriam-se na categoria de “*crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*”<sup>39</sup>, inseridos na seção intitulada “*crimes contra os bons costumes*” e ainda, num passado mais distante, incluíam-se no capítulo epígrafado de “*crimes contra a honestidade*”. Por se considerarem tais crimes uma ofensa a valores éticos e sociais relevantes, ligados aos sentimentos gerais de moralidade sexual, ocasionando não apenas um crime contra a pessoa em si, mas um crime contra a sociedade em geral, esta tipologia não era vista como um bem jurídico individual, mas sim supra individual. Tais incriminações estavam intimamente ligada com os bons costumes no sentido de pudor público<sup>40</sup>, por influência dos valores advindos das leis francesas. O direito penal relacionava-se intimamente com a moral.

O C.P. de 1852, de 10 de dezembro, no seu capítulo IV, consagrava uma definição pouco profunda do que eram os crimes sexuais, figurando como “incriminações contra a moralidade e os bons costumes e não como meios de tutela de um bem jurídico individual”<sup>41</sup>, devido à ligação existente entre a vida sexual e as normas morais. Isto é, quem ocorresse num destes crimes violava o bem jurídico protegido na altura, que era a

---

<sup>38</sup> A precisar posteriormente o seu conteúdo.

<sup>39</sup> Como tal vide Ac. do STJ datado de 20-05-1995, cuja descrição dos factos enunciam que o “*crime de violação de menor de 12 ano*” inclui-se no artigo “243.º do Projecto da Parte Especial do Código Penal de 1966, discutido na 12 sessão da Comissão Revisora e mostra-se incluído no capítulo “*Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*” e na secção dos “*Crimes Sociais*” (*violação*)”.

<sup>40</sup> Na perspetiva de DIAS, Figueiredo e CAEIRO, Pedro, “O Código Penal português de 1852 incriminou no seu artigo 429.º, o ultraje à moral pública e, no seu art. 390.º, de forma genérica o ultraje público ao pudor. Sob a designação geral de crimes contra a honestidade previu, além do referido ultraje público ao pudor, os crimes de atentado ao pudor, estupro, violação, rapto, adultério, lenocínio e corrupção de menores.” Em DIAS, Jorge de Figueiredo, CAEIRO, Pedro: “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, in Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado. Vol. 1. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1997, p. 1396

<sup>41</sup> ALFAIATE, Ana Rita, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*” dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito das ciências jurídico-criminais, para a obtenção do grau de mestre, Coimbra, 2008 p. 16

moral social. Mais do que crimes que atentavam à honestidade eram crimes contra os costumes, que surgiram em Portugal pela lei de imprensa de 1834 e de 1850, e posteriormente passaram a contar no C.P. de 1852.<sup>42</sup>

No ano de 1886, deu-se uma reforma do C.P. português na tentativa de colmatar as insuficiências de que o código antecessor padecia. No entanto, nos crimes de cariz sexual, as alterações não foram substanciais, isto porque os crimes sexuais continuam como meio de tutela do pudor público e proteção da moralidade. Ao analisarmos o código podemos encontrar expressões, felizmente ultrapassadas, como "atentado ao pudor", "satisfazer paixões lascíveis", "mulher virgem", "cópula ilícita" (a cópula seria lícita se, mesmo violenta, fosse conjugal). Vejamos, *v.g.*, o art. 400.º: "Aquele que cometer um crime de estupro de mulher virgem ou que violar uma mulher não jovem mas virgem". Neste exemplo, o casamento colocava termo à acusação da parte ofendida e à prisão preventiva.

Já no C.P. de 1982, o legislador não deixou de considerar os crimes sexuais num capítulo de crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social, que se inseriam no capítulo dos crimes contra os costumes.

Ditosamente ficou para trás no tempo e nos modos a existência de violações 'morais' que não conformavam a lesão de um autêntico bem jurídico, pois passaram a integrar o conceito material de crime. O direito penal sexual evoluiu no sentido de deixar "de ser um direito tutelar da 'honestidade', 'dos costumes' ou 'dos bons costumes' – e onde por isso caberia a punibilidade de práticas sexuais que, à luz dos 'sentimentos gerais de moralidade sexual' devessem ser consideradas 'desviadas', 'anormais', 'viciosas': numa palavra, 'imorais' (a homossexualidade e a prostituição incluídas) -, para se tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo contra as pessoas: o bem jurídico da liberdade e autodeterminação da pessoa."<sup>43</sup>

### 3.2.2 – A reforma de 1995

Nunca porventura uma reforma penal foi tão amplamente discutida e debatida na sociedade como a de 1995. A chamada grande revisão do C.P. ocorreu no ano de 1995

---

<sup>42</sup> França foi o país europeu pioneiro desta consagração através da Lei de 18-07-1791. Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Crimes contra os costumes*, enciclopédia polis, verbo, I volume, p. 1371

<sup>43</sup> ANTUNES, Maria João, *Crimes Contra Menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 59

com a aprovação do D.L. n.º 48/95, de 15 de março, que visou colmatar as insuficiências<sup>44</sup> que vigoravam anteriormente, como é o exemplo do desequilíbrio das medidas legais das penas, da dificuldade sentida pela jurisprudência na efetivação justa dos preceitos legais e as preocupações de justiça sentidas pela opinião pública, efetivadas pelos *mass media*<sup>45</sup>.

O código penal era, até então, um código obsoleto para a época, que não protegia com mais rigor a esfera pessoal do indivíduo, enquanto crimes contra pessoas, em comparação a crimes contra o património ou contra a propriedade, punindo-os com semelhante severidade, por isso esta (tão almejada) alteração do C.P. visou implementar uma raiz democrática dos parâmetros de um estado de Direito, como o nosso.

Uma das mais importantes alterações<sup>46</sup>, que não foram recebidas com muito espanto por parte da comunidade, deu-se no âmbito dos crimes sexuais, pois o direito penal sexual foi aquele que mais teve que assumir proporções atuais ao longo dos anos<sup>47</sup>. Logo, ao longo deste repensar de ideias legislativas e de reorganização sistemática do código – que passou a abarcar, de forma feliz, um capítulo intitulado de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual -, ficou assente que o bem jurídico protegido seria a liberdade (e não os bons costumes ou valores ético-sociais) e, como tal, a moldura penal passou a ser agravada principalmente quando estivesse em causa casos de violência ou exploração, principalmente se as vítimas fossem crianças<sup>48</sup>, salientando que não poderia ser considerado crime os atos sexuais entre adultos, em privado, desde que consentidos por ambas as partes<sup>49</sup>.

Quanto aos menores, a alteração foi significativa e foi dado um passo enorme no que concerne ao afastamento da moralidade. Citando TERESA BELEZA, “a ideia de atentado ao pudor é substituída pela de desrespeito pela autodeterminação sexual. Já não é o pudor da criança ou jovem que está em causa (...) mas a convicção legal (*iuris et de iure*, dir-se-ia) de que abaixo de uma certa idade ou privada de um certo grau de autodeterminação a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> BELEZA, Teresa. Sem sombra de pecado: *o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal de 1995*, in Jornadas de Direito Criminal Lisboa: CEJ, 1996, p. 6

<sup>45</sup> Também designados por Costa Andrade como “opinion-maker”, vide ANDRADE, Manuel da Costa, *Métodos Ocultos de Investigação*, in “Que Futuro para o Processo Penal? Simpósio em homenagem a Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do CPP Português.”, p. 525

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, Actas e Projecto da Comissão de Revisão – *crimes contra a liberdade sexual*, Ministério, 1993, p. 24

<sup>47</sup> Sendo certo que não podemos, ainda, desassociar por completo os crimes sexuais da moral.

<sup>48</sup> *Idem*. p. 247

<sup>49</sup> *Idem*. p. 247

<sup>50</sup> BELEZA, Teresa, *sem sombra de pecado: ob. cit.* p. 15

A idade relevante prevista no *supra* citado diploma era os catorze anos, que assumia aqui duas vertentes, negativa e positiva: a negativa dizia respeito a uma total proibição de qualquer ato sexual abaixo desta idade, e a prática de atos sexuais com menores de catorze anos relevava como uma circunstância modificativa agravante quando estivesse em causa crimes de coação sexual, violação, procriação artificial não consentida e tráfico de pessoas; já a vertente positiva abrangia o consentimento, pois o n.º 3 do art. 38.º consagrava os catorze anos como a idade a partir do qual poderiam, os menores, prestar o seu consentimento de modo a este ser válido e eficaz, logo, a cópula praticada com menor entre os catorze e os dezasseis anos já só “seria punida por estupro se ficasse provado o abuso da inexperiência.”<sup>51</sup>

No entanto, com esta nova alteração passou a constar do, então, artigo 170.º (tal como do 162.º, 163., 164.º, 165º e 174.º do C.P.) o conceito de ‘atos sexuais de relevo’, que à partida parece um conceito de certo modo indeterminado e um tanto ao quanto subjetivo. Mas afinal quais os atos sexuais que são considerados ‘ato sexuais de relevo’? O intuito da criação de um conceito vago ocorreu como forma de desprender de conteúdos moralistas, e estamos assim perante o princípio genérico delimitador dos tipos<sup>52</sup>, ou seja, uma ação sexual só poderia ser criminalizada se se inclui-se na ‘categoria’ de ‘ato sexual de relevo’. Inicialmente, o coito anal e vaginal eram considerados atos sexuais de relevo, o que agora é designado de cópula.

Tal conceito indeterminado confere ao aplicador uma certa margem de manobra, cobrindo, na sua plástica moldura penal abstrata, as hipóteses de atos graves e daqueles que, muito menos graves, não deixem de atentar contra a autodeterminação sexual do menor, o bem jurídico protegido, a liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem, para os adultos; a liberdade de crescer na relativa inocência até se atingir a idade da razão para então se poder exercer plenamente aquela liberdade. Na perspetiva descritiva de MOURAZ LOPES<sup>53</sup>, ato sexual de relevo é todo aquele que comporta cópula, cópula vulvar ou vestibular, penetração peniana anal e bucal, beijo lingual, excitação do clitóris de uma paciente na ocasião de um exame ginecológico, passar as mãos nas coxas, seios, órgãos sexuais, e ainda todas as formas que induzem à manipulação sexual. Ou seja, é ‘ato sexual de relevo’ todo o que tenha uma natureza objetiva estritamente

---

<sup>51</sup> ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal... ob. cit.* p. 28

<sup>52</sup> Neste sentido BELEZA, Teresa P., “*Sem sombra do pecado...*”, *ob. cit.* p. 13

<sup>53</sup> Cfr: MOURAZ, Lopes, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1998 p. 25

relacionada com a atividade sexual, isto é, que normalmente apenas seja praticado no domínio da sexualidade entre pessoas. Na perspetiva dos Juízes Venerandos do STJ<sup>54</sup> (Ac. 12-07-2005), o arguido formar o desígnio, quando a menor tinha 12 anos de idade, de manter com esta um relacionamento amoroso e de cariz sexual, procurando passar a maior parte tempo na companhia desta e beijando-a, constitui ‘*ato sexual de relevo*’.

Colocamos aqui a questão de saber se os *atos sexuais de relevo* não se encontram estritamente ligados com a moralidade, pois tal conceito subjetivo dá azos a diversas interpretações segundo a moralidade dos julgadores. A nós, parece-nos certo que há um lapso do legislador em fazer constar neste artigo os atos sexuais de relevo, contudo, também percebemos que seria exaustivo estar a descrever ao pormenor que *ato sexual de relevo* é o tocar nas coxas, nos órgãos genitais, no peito, entre outros. Contudo, continuamos a defender uma posição restrita de que *atos sexuais de relevo* são ainda vestígios que sobraram do nosso C.P. ancestral e da ligação com a moral.

Para a autora INÊS FERREIRA LEITE, “a noção de ato sexual de relevo surge, no nosso panorama legal concomitantemente com a admissão de que o bem jurídico protegido nos crimes sexuais seria a liberdade e não a moralidade ou o pudor público. O ato sexual de relevo passa a ser aquele que contende de forma grave com a liberdade sexual de uma pessoa, e não com os seus sentimentos de vergonha ou pudor ou com o conceito de moral sexual dominante,”<sup>55</sup>

Na verdade, o D.L. n.º 48/95 pretendeu afastar dos crimes sexuais a ideia de moralidade, pudor, escândalo público, ficando assim em causa, pura e simplesmente, a liberdade sexual, salientando que o direito penal apenas intervém quando existe a violação de bens jurídicos fundamentais, e a sua proteção iria versar sobre a proteção desse mesmo bem jurídico que é a liberdade sexual.

Digamos que foi um passo exímio por parte do legislador, tendo em conta a reforma penal que ocorria na generalidade dos países europeus<sup>56</sup>, porque o bem jurídico que a incriminação visa proteger é iminentemente pessoal, e nas palavras de LAUFHUTTE: “o legislador deixou afirmada a vontade de abandonar as representações ultrapassadas sobre os valores a tutelar em matéria sexual e de deixar de considerar a manutenção da

---

<sup>54</sup> Ac. Supremo Tribunal de Justiça, 12-07-2005.

<sup>55</sup> LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia*, Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração, Almedina, 2004, p. 75

<sup>56</sup> Vimos movimentos de reforma no Projeto do C.P. espanhol de 1980, que tencionava deslocar a tónica da proteção da honestidade para a liberdade sexual, o que fez com que os crimes estivessem autonomizados numa categoria própria.



moral sexual como um bem jurídico. O legislador significou que em causa apenas bens individuais e não supra individuais da comunidade e do estado.”<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> LAUFHUTTE, *Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, JZ 1974, p. 875 *Apud*, ANDRADE, Manuel da Costa, *o consentimento*, p. 391

### 3.1.2 – E as mulheres?

Acerca da evolução histórica do papel das mulheres muito há a dizer, mas pouco se encontra desconhecido. É sabido que as mulheres no decorrer dos séculos tinham um papel passivo e pouco participativo.

No C.P. de 1852, as mulheres eram vistas como ‘objetos dos homens’, seus senhores. Consigo, além de honestidade, as mulheres teriam que carregar a obediência, virgindade e respeito para com os demais. Vejamos o art. 392.º deste diploma legal, em que se dizia que “quem estuprar mulher virgem, ou mulher honesta maior que doze anos e menor de dezassete, será punido com pena de degredo temporário”, ou o art. posterior, “aquele que tiver cópula ilícita com mulher (...)”. Vemos assim que, ao folhear o código, a mulher aparece sempre como a vítima de crimes sexuais, não obstante crianças, e além do mais ela é a que detém o dever *máxime* de respeitar as condutas morais da época, apresentando-se sempre como honesta e virgem, para que possa ser moralmente adequada e respeitosa – um respeito que a nosso ver é aquém daquele que roça o limiar mínimo de dignidade, mas atendendo aos padrões do séc. XIX se considera, digamos, manifestamente (des)‘adequado’.

A mulher começa a surgir num papel ativo após a I Guerra Mundial. Com a ida dos homens para a guerra, as mulheres assumiram os postos de trabalho deixados vagos pelos mesmos, a fim de rentabilizar a economia que vigorava na época. Estávamos assim na vigência do C.P. de 1886, no entanto e apesar desta evolução social, as mulheres continuam tipificadas da mesma maneira que eram aquando da vigência do C.P. antecessor.

No decorrer do séc. XX, o C.P. sofreu alterações devido a convulsões sociais e políticas, desde o Projeto inicial de alteração do código de 1963 até ao efetivo C.P. de 1982. Subiu ao poder o governo, deixando cair o regime monárquico, e cheio de ideais republicanas e inovadoras descriminalizou o adultério, que passa assim a ser considerado um ‘mero ilícito civil’; deixou de constar neste (novo) projeto legal que o marido matasse a mulher caso a encontra-se em flagrante adultério; também vimos criminalizada a prostituição – feminina - realizada em determinados locais públicos que até então era vista como um crime passível de medida de segurança. Denotamos assim uma mudança

significativa de mentalidades, que correspondia a uma (benigna) desmoralização do Direito Penal que se pretendia democrático e de intervenção mínima<sup>58</sup>.

A mulher começou a surgir, timidamente, como uma cidadã, já tinha direito de voto, podia frequentar os mesmos lugares que os homens, a sua voz era ouvida por alguns e aparece singularizada em alguns crimes, como é o exemplo do art. 137.º, o infanticídio e o aborto. A mulher surgia assim vítima<sup>59</sup> primordial de alguns ilícitos penais, como é o caso da violação (anterior art.º 210.º), cuja redação definia-a como a “cópula com uma mulher” estando subjacente aqui a imposição brutal do homem sobre a mulher, sendo os homens excluídos como vítimas. Um atentado de um homem face a outro homem seria, quanto muito, atentado ao pudor (antigo art. 205.º).

Anteriormente, existia o crime de cópula fraudulenta (antigo art.º. 203.º), onde se um homem tivesse relações sexuais com uma mulher, convencendo-a de que é marido dela, cometia um crime. Tal crime foi abolido. Existia também o art.º 153.º que tratava de “maus tratos entre os cônjuges”, realçando aqui a ideia da mulher como ser fisicamente mais frágil e vítima de maus tratos por parte do cônjuge. Tal foi substituído pelo crime de violência doméstica (art.º. 152.º CP).

Vemos, assim, que na anterior redação do C.P. de 1982, a mulher assumia um papel de vítima, havendo assim ainda a ideia de discriminação. A mulher tratada como um ser mais frágil, submetida à violência conjugal do marido e à violência sexual dos homens. Não que atualmente não seja assim, não que atualmente grande parte das vítimas do crime de violação não continuem a ser as mulheres, cerca de 82,3%<sup>60</sup>, mas a mulher é vista perante o C.P. atual como uma pessoa com capacidades de cometer crimes da mesma forma que o homem. Crimes esses que são indiferenciados quanto ao sexo do autor ou da vítima. Será que poderemos dizer que, realmente, estamos perante um estado de Direito Democrático que preserva o princípio da Igualdade – onde todos os cidadãos são iguais perante a lei, independentemente do sexo - na aplicação do direito e na criação do mesmo<sup>61</sup>, consagrado no art. 13.º da CRP? Aparentemente parece que sim.

---

<sup>58</sup> BELEZA, Teresa, A mulher no código Penal de 1982, *ob. cit.*, p. 36

<sup>59</sup> *Idem*, pg. 37

<sup>60</sup> Dados Estatísticas APAV Relatório Anual 2014, p. 15, disponível em: [http://www.apav.pt/apav\\_v2/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Relatorio\\_Anual\\_2014.pdf](http://www.apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2014.pdf)

<sup>61</sup> CANOTILHO, JJ, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 7ª Edição, Coimbra, 2003, p. 426

## 4 – Crimes sexuais contra menores

### 4.1 – Desde o C.P. de 1852 até 1995

No C.P. de 1852 os conceitos de crimes sexuais eram pouco definidos atendendo ao que já historiámos anteriormente, sabemos que estes crimes inseriam-se no âmbito da moralidade e não nos crimes contra a pessoa.

A nova redação do C.P. 1886 continua a manter os crimes sexuais como crimes tutelados pela moral e honestidade, sendo que, os menores podiam ser vítimas dos crimes previstos no art. 390.º (ultraje público), 391.º (atentado ao pudor), do art. 391 ao 394.º e 398.º (cópula), do 395.º ao 398.º (rapto com fins desonestos) e ainda o disposto nos arts. 405.º e 406.º (lenocínio).

O crime de ultraje público ao pudor<sup>62</sup>, que se define como sendo aquele onde havia a prática de atos sexuais considerados imorais, por meio de atos ou formas, não violentos, que ofendessem o pudor público (que era considerado um termo um pouco indefinido para as pessoas daquela época)<sup>63</sup>. Distinguia-se assim do crime de ultraje à moral pública, previsto no art. 420.º, que era consumado através da utilização de palavras escritas ou ditas que atentassem contra a moralidade, e ainda do crime de atentado ao pudor, onde a ação já se destinava a uma pessoa em concreto e o bem jurídico protegido por este crime era a honestidade violada. Se o menor tivesse mais de doze anos e não houvesse violência estaríamos perante o crime de ultraje público.

No crime de estupro, o *modus operandi* enraizado na época fazia das vítimas as mulheres virgens maiores de dezoito anos e dos homens os estupradores que utilizavam a sedução para que as mulheres consentissem<sup>64</sup>, voluntariamente, na cópula que lhes

---

<sup>62</sup> No direito comparado, aquando da vigência do Código Criminal do Império no Brasil, o ultraje público ao pudor não era visto como um crime, mas sim como uma contravenção. Vide, FAUSTO, Boris, *Crime e Cotidiano – A criminalidade em São Paulo (1880-1924)*, Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 197

<sup>63</sup> ALFAIATE, Ana, A tutela ... *ob. cit.* p. 17

<sup>64</sup> Quanto ao consentimento da menor, VÍTOR FAVEIRO E LAURENTINO SILVA constata que até aos doze anos o consentimento da menor não releva, sendo ineficaz e portanto existia crime de violação; entre os doze e os dezasseis anos a prática da cópula em mulher virgem iria corresponder ao crime de estupro, o mesmo se verificava se a mulher tivesse entre dezasseis a dezoito anos, desde que se desse como provado o artifício da sedução, e por fim a partir dos dezoito anos o consentimento da mulher seria plenamente eficaz, tendo em conta o seu amadurecimento e por conseguinte seria inteiramente responsável pelos seus atos, e a cópula seria válida e não consubstanciaria crime. Contudo, é necessário salientar que o “não consubstanciaria crime” era apenas válido para quando esta estivesse casada e realizasse o ato sexual com o marido, caso contrario cometeria adultério (art.401.º) ou ultraje ao pudor público (391.º). In FAVEIRO,

fizesse perder a virgindade. Contudo, à dissemelhança do crime de estupro temos o crime de violação que mantem os intervenientes, não havia restrição à idade das mulheres, contudo, o ponto fulcral era a violência física ou intimidação que o homem utilizava para conseguir realizar a cópula com a mesma. Tanto no estupro como na violação, o homem seria sempre condenado ou numa pena de prisão ou de degredo, e ainda obrigado a pagar um dote à mulher ofendida, pois, devido às suas “paixões lascivas”, a mulher deixou de ser considerada pura e era vista como menos desejada perante a sociedade. No entanto, o procedimento criminal cessaria se o homem cassasse com a mulher ofendida, pois tal não acarretaria nenhum dano para a mesma.

O crime de adultério já não segue os mesmos trilhos dos anteriores. Estava consagrado no art. 401.º, e ditava que “o adultério da mulher será punido com pena de prisão celular de dois a oito anos”, e no art. 404.º, caso o ‘adúltero’ fosse um homem, que apenas seria condenado a uma pena de multa. Logo, podemos constatar que a moral é mais benévola para o homem adúltero do que para a mulher, pois as regras morais não permitiam o contacto sexual com outra pessoa para além do cônjuge<sup>65</sup>. A mulher seria severamente castigada devido ao papel de ‘virgem’, ‘honesta’, ‘pura’, e ‘respeitosa’ que detinha na época, já que os homens sempre foram dotados de maior libertinagem moral e social.

Os crimes contra o pudor público, estupro e violação ascendem do direito romano e, mais tarde, do direito canónico, que converteu o nosso ordenamento jurídico penal numa miscelânea de sentimentos dotados de moralidade que instigavam, assim, a punição de atos sexuais extramatrimoniais ou de qualquer outra de cariz indecoroso. Os ideais assentavam na convivência monogâmica e “a sacralização do casamento enquanto fundamento ético da vida em sociedade constituía o pilar de toda uma construção dogmática moralista.”<sup>66</sup>

Outro dos crimes em que a vítima era um menor é o crime de rapto de menores do sexo feminino para fim desonesto, previsto nos art. 395.º a 397.º. Os pressupostos para a consumação deste crime seriam o rapto para fim desonesto, por meio de ‘violência física’, ‘veemente intimidação’ ou qualquer ‘fraude’, ‘sem sedução’, que prive assim a mulher do ‘uso dos sentidos’. O agente seria, então punido, por atentado ao pudor com violência,

---

Vítor A. D., ARAÚJO, L.S., *Código Penal Português Anotado*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1960. pp. 675 e 676

<sup>65</sup> RAPOSO, Vera L., *Da Moralidade À Liberdade: O Bem Jurídico Tutelado Na Criminalidade Sexual*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 935

<sup>66</sup> *Idem*, p. 936

funcionando, assim, como uma circunstância modificativa agravante. Este crime agravava também o crime de estupro se tivesse havido a subtração de mulher virgem, maior de doze anos e menor que dezoito, com o seu consentimento; no entanto, caso o estupro não se viesse a realizar, o agente seria punido com o crime de rapto por sedução, cuja pena aplicável seria pena de prisão correccional até um ano.

Os menores também poderiam ser vítimas de lenocínio, previsto e punido no art. 404.º e 406.º do C.P. 1886, que consistia na ação corrupta de determinada pessoa, com a finalidade de satisfazer desejos desonestos de outrem, através da prostituição. Este crime surgia na sua forma agravada se estivessemos perante o favorecimento de pessoa descendente, tutorada ou mulher do agente, pois exigia-se um especial dever de zelar pela honestidade da vítima.

A revisão de 1982, pelo D.L. n.º 400/82 de 23 de setembro<sup>67</sup>, acarretou novas mudanças no código penal, que se foram aproximando, ainda que timidamente, do conceito que temos hoje dos crimes sexuais, e deixando para trás uma noção um pouco primitiva. Foi eliminada a categoria dos crimes contra os “bons costumes”, substituída pela “categoria de crimes sexuais”. Caminhávamos assim para uma nova era, a da descriminalização de determinadas condutas, como é o exemplo da prostituição (com a exceção do desencaminhamento de menores de 16 anos), da homossexualidade e do ultraje à moral pública<sup>68</sup>.

Sendo assim, a cópula com menor de catorze anos começou a ser punida como violação (ao contrário do C.P. anterior que, desde que a menor consentisse, era punida como atentado ao pudor ou estupro), e a cópula entre menor de catorze e dezasseis anos, com a promessa séria de casamento, abusando assim da inexperiência da menor e não sendo necessário esta ser virgem, era assim punido pelo crime de estupro. Vemos ainda um aumento da moldura penal destes crimes. Não se pense que, com a primeira reforma penal do séc. XX, deixaram de coexistir no código expressões como ‘atentado ao pudor’, pois este encontrava-se previsto no n.º 2 do art. 205.º e o preceito expunha que tal crime era praticado se ‘outrem fosse levado a sofrer, presenciar ou praticar um ato sexual que violasse, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual’ e este ‘era punido com pena de prisão até três anos se a vítima fosse um menor de catorze anos’. No entanto,

---

<sup>67</sup> O C.P. de 1982 baseou-se, essencialmente, nos projetos elaborados em 1963 (parte geral) e em 1966 (parte especial) de autoria de Eduardo Correia, e tentou suprir as insuficiências dos códigos antecessores, adaptando-se ao novo espírito legislativo do pós 25 de abril de 1974 .

<sup>68</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “Crimes contra os costumes ...” *ob. cit.* p. 1376 e 1377

se a vítima tivesse mais de dezasseis anos, o agente só poderia ser punido se o atentado ao pudor ocorresse por meio de violência ou ameaça grave e tivesse posto o menor em impossibilidade de resistir fisicamente. A homossexualidade com menor também era punida no art. 207.º, pois aquele que desencaminhasse menor de dezasseis anos, para a prática de atos sexuais consigo ou com terceiro, do mesmo sexo, seria punido com uma pena de prisão até três anos. Estes crimes seriam agravados se a vítima em causa fosse descendente ou ascendente, aluno ou aprendiz, ou ainda se houvesse uma dependência hierárquica, económica ou laboral entre a vítima e o agente.

Ao longo do código vemos que não há alusão ao crime de prostituição, apesar do Anteprojeto de EDUARDO CORREIA querer fazer constar como crime quando a prostituição ponha em causa os valores da comunidade, contudo, tais preceitos não foram acolhidos aquando da redação do código. Entre os anos 1853 e 1962, vigorou a regulamentação da prostituição, à qual foi atribuída a natureza de «profissão à condição»<sup>69</sup>, desde que fosse praticada em casas concebidas para o efeito – casas de alterne - e sujeitas a fiscalizações que visavam prevenir e controlar a propagação de doenças<sup>70</sup>. Contudo, com a aprovação do D.L. n.º 400/82, as condutas de fomento, favorecimento ou facilitação dos atos de prostituição, quando estivesse em causa um menor ou pessoa possuidora de anomalia psíquica, ou qualquer pessoa que se encontrasse em situação de abandono ou extrema pobreza (cfr. art. 215.º), continuaram a ser criminalizadas através do lenocínio. Sendo assim, a prática de atos sexuais com adultos deixou de constar na esfera do direito penal, mas nunca se desvinculando do ramo moral – até hoje.

À semelhança destes crimes que ora acabamos de referir, os menores ainda poderiam ser vítimas de outros crimes. Exemplo disso continuava a ser a violação e ainda a cópula mediante fraude, circunscrita a um erro sobre o desvalor da cópula face ao estado de casado, pois a mulher (menor) teria que supor que se encontrava em situação

---

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Alexandra Maria da Silva – *Da Prostituição ao Trabalho Sexual: Actrizes, Práticas e Contextos*. Universidade do Porto: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, 2001, pp. 12 e 13

<sup>70</sup> No que diz respeito aos diplomas legais que se encontravam em vigor, destacamos o Regulamento Sanitário das Meretrizes do Porto, criado em 1853, no qual era previsto a sujeição das prostitutas a inspeções periódicas de saúde, e o Regulamento Policial das Meretrizes e Casas de Toleradas da cidade de Lisboa, criado em 1958.

Até que, em 1983, após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/82, que aprovou o Código Penal, veio a operar-se a despenalização da prostituição, perdurando, ainda assim, a criminalização da conduta de fomento, favorecimento ou facilitação dos atos de prostituição. Foi, deste modo, tipificado o crime de lenocínio. In ALBERTO, José Maria, *Dos Crimes Sexuais: Do Crime De Lenocínio Em Especial*. O Novo Paradigma Da Criminalidade Sexual, Dissertação de Mestrado para obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na Universidade Autónoma de Lisboa, 2012, pp. 22 e ss.

matrimonial com o agente do crime (cfr. art. 203.º), em que a pena de prisão ia dos seis meses até aos três anos.

Vimos, portanto que esta revisão legal foi um grande passo para a sociedade da altura, dotada de moralismo advindo dos antecedentes histórico-legais, e que este código procurou concretizar a analogia substancial entre a ordem de valores jurídico-constitucionais com a ordem de valores penal. Contudo, foi alvo de críticas, pois foi incapaz de acabar definitivamente com a ascensão moralista, mesmo após uma constituição fruto de novas tendências democráticas e liberais. A verdade é que, no âmbito criminal, a evolução foi lenta, por vezes mesmo “regressiva”<sup>71</sup>.

#### **4.2 – De 1995 a 2007**

Já referimos anteriormente que a reforma de 1995 foi a grande vitória dos ideais consagrados na nova sociedade que se gerou em Portugal, sendo certo que o C.P. de 1982 não foi perfeito na sua substância, o C.P. de 1995 veio colmatar essa insuficiência e acrescentar que o direito penal já não se associava na sua plenitude aos “sentimentos gerais de moralidade sexual”.

Nas palavras de ANA RITA ALFAIATE, “a atitude liberal que acaba por enformar a revisão de 1995 opera a alteração ao nível da inserção sistemática dos crimes sexuais no C.P., passando estes a constar do título dos crimes contra as pessoas e de um capítulo autónomo de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. As normas relativas à proteção da autodeterminação sexual aplicam-se exclusivamente em casos de menores e quando a conduta do agente não possa subsumir-se em nenhuma delas, são subsidiariamente convocadas as normas de seção dos crimes contra a liberdade sexual.”<sup>72</sup> Logo, são crimes contra a autodeterminação sexual o crime de abuso sexual de crianças (art. 172.º), abuso sexual de adolescentes e dependentes (173.º), estupro (174.º), atos homossexuais com adolescentes (175.º) e lenocínio de menores (176.º).

A deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, significou um abandono dos sentimentos gerais de moralidade em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, que são bens

---

<sup>71</sup> RAPOSO, V. Lúcia, *Da moralidade... ob. cit.* p. 938

<sup>72</sup> Vide ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal ...*, *ob. cit.* p. 26



eminentemente pessoais<sup>73</sup>. Esta mutação do bem jurídico aqui protegido, no sentido da sua personalização, fez com que o legislador descobrisse outras vertentes da liberdade sexual que merecessem a sua atenção e fossem carecidas de tutela por parte do direito penal.

O abuso sexual de crianças era (e continua a ser) o ato sexual de relevo tido com um menor de catorze anos, independentemente dos artifícios utilizados para conseguir abusar da criança, através de cópula ou coito anal. Posteriormente, com a revisão do C.P. de 1998 além deste atos sexuais de relevo, passou a constar também o coito oral.

Seguidamente, o art. 173.º retrata a penalização para quem abusar de menores entre os catorze e os dezasseis anos (quando lhe tenha sido confiado para educação ou assistência) e menores com idades compreendidas entre os dezasseis e os dezoito anos (quando também lhe tenha sido confiado o menor para educação ou assistência, abusando assim da função ou cargo que exerça). Tal crime deu lugar ao abuso sexual de menores dependentes, com a reforma de 2001. Como, à data de 1995, não desapareceram todas as marcas morais e temporais advindas dos antigos códigos, continuou a ser penalizado o crime de estupro, que era tido como o ato sexual levado a cabo contra um menor com idade entre os catorze e os dezasseis anos, abusando assim da sua inexperiência, que deixou de constar no C.P. em 1998, computando o seu sentido para o abuso sexual de menores ou atos sexuais com adolescente.

Na revisão de 2001 foi autonomizado também o tráfico de menores, que antes constava de um capítulo indiviso aplicado, por analogia, ao tráfico de adultos, passando a ter um artigo próprio em conjunto com o lenocínio, que punia aquele que aliciasse, transportasse, procedesse ao alojamento de menor de dezasseis anos, ou propiciasse as condições para a prática por este, em país estrangeiro, de prostituição ou de atos sexuais de relevo, com pena de prisão de 1 a 8 anos. Aumentou-se, ainda, o âmbito de punição da pornografia infantil, ao punir-se também a detenção de materiais pornográficos, em cuja produção se utilizem menores de 14 anos, quando esta detenção coexista com o propósito de exhibir ou ceder tais materiais.

Em 2007<sup>74</sup>, com a introdução do Lei n.º 59/2007, teve lugar a transcrição do crime de abusos sexuais de crianças para o (atual) art. 171º CP e a modificação da estrutura

---

<sup>73</sup> Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de março

<sup>74</sup> Vide DIAS, Maria do Carmo Siva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007*. De 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual», in Revista do CEJ (2008) (n.º especial Jornadas sobre a revisão do Código Penal – Estudos). P. 256

deste artigo. Para tal, alargou-se o âmbito da incriminação no nº 2 e 3, alínea a), e retirou-se as condutas que nada tinham que ver com a liberdade e autodeterminação sexuais, enquadrando-as no novo crime de pornografia de menores, tipificado no art. 176.º

O art. 172.º imputa a prática de atos sexuais de relevo em toda a circunspeção anterior, com a ressalva da idade dos menores dependentes (entre os catorze e os dezoito anos de idade), bem como a especialidade de existir uma certa confiança do menor para com o agente, por este estar confinado aos seus cuidados e à assistência.

Também foi eliminado o crime de “Atos homossexuais com adolescentes”, que teve por base a consagração do princípio da igualdade, predisposto no art. 13.º da CRP, na medida em que agora, pelo disposto no art. 173.º do CP, os atos sexuais de relevo abrangem tanto os atos sexuais com homossexuais ou com heterossexuais.

Nestes termos, vimos que a revisão penal de 2007 distingue atos sexuais de relevo (cópula, coito anal e oral e penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo), atos sexuais de relevo (atos sexuais com gravidade objetiva), atos de contacto sexual (atos sexuais sem gravidade objetiva) e atos de exibicionismo<sup>75</sup>.

Presenciamos, também, a criação do crime de importunação sexual, previsto no art. 170.º, que abrangeria o assédio sexual na rua ou em locais públicos, mesmo que o ato para o qual a vítima é constrangida não seja considerado um ato sexual de relevo para o efeito do art. 163.º, punindo ainda os atos de exibicionismo e o constrangimento a atos sexuais, exigindo, nesta segunda hipótese, que exista um contacto físico, de natureza sexual, não desejado. Contudo, se não houvesse contacto físico, tudo o que seja abuso verbal de conteúdo sexual, que é também ofensivo e perturbador da integridade e da liberdade, não estaria penalizado, a menos que a vítima seja uma criança com menos de 14 anos, uma vez que aqui estamos no âmbito do crime de abuso sexual de criança<sup>76</sup>.

Outro crime que recebeu destaque com a reforma de 2007 foi o crime de lenocínio, que tem como pressupostos a existência da fomentação, o favorecimento ou a facilitação do exercício da prostituição do menor, sendo que há uma agravação da moldura abstrata da pena se o crime for cometido profissionalmente ou com intenção lucrativa, por meio de violência, fraude, abuso de autoridade ou aproveitando-se da especial vulnerabilidade

---

<sup>75</sup> ALBUQUERQUE, Paulo P., *Comentário ao Código Penal*, ob. cit. p. 504

<sup>76</sup> Neste sentido SOTTOMAYOR, Clara, Dossier: Violências De Género E Direito(S): *Diálogos Feministas*, Lisboa, Junho de 2015

de que a vítima possa padecer. Pressupõe assim uma forma de adensar a exploração de que a vítima é alvo.<sup>77</sup>

Quanto estamos perante vítimas que são menores de catorze anos, as penas previstas para os crimes de coação sexual, violação, lenocínio de menores e pornografia de menores são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo. O mesmo se passa se o menor tiver menos de dezasseis anos, sendo que neste caso a pena é agravada de um terço.

### **4.3 – A reforma de 2015**

#### **4.3.1. A Lei n.º 83/2015 de 05 de agosto**

Atualmente, no C.P., podemos afirmar que os menores são aqueles que continuam a ser privilegiados com uma maior proteção e extensão da lei penal, pois podem ser vítimas dos crimes que atentem à liberdade sexual, como dos crimes (para si reservados) que atentem contra a sua autodeterminação sexual.

I - No ano de 2014, houve uma proposta de alteração do C.P. - o projeto de lei n.º 522/XII - de modo a alterar a natureza da violação e da coação sexual para crimes públicos. Como causas apontadas para a alteração da lei constava que “o crime de violação é um atentado aos direitos humanos das mulheres e das crianças, à sua integridade física e emocional, à sua liberdade e autodeterminação sexual”, “é pois no não consentimento que se configura o atentado à autodeterminação e liberdade sexual, e as demais formas de violência usadas”, pelo que “deve o crime p.p. pelo artigo 164.º do C.P. ser de natureza pública<sup>78</sup>”.

A supra mencionada proposta de alteração da lei gerou várias controvérsias e posições contraditórias: se, de um lado, tínhamos o interesse íntimo da vítima, do outro não respeitávamos a sua vontade, de depender dela ou não o procedimento criminal. Contra a alteração da lei estava o Conselho Superior de Magistratura, que considerava correta “a maneira como estava a lei, só após a queixa é que a investigação do crime se iniciava e não pela vontade de um terceiro que interpusesse por si”<sup>79</sup>. Segundo o parecer

---

<sup>77</sup> Nas palavras de ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância, ob. cit.* p. 30

<sup>78</sup> Cfr: Projeto de lei n.º 522/XII, disponível em: <http://app.parlamento.pt>.

<sup>79</sup> Cfr. Parecer do CSM de 1 de Outubro de 2014. Disponível em: <http://app.parlamento.pt>

que emitiram, fundamentaram, e bem, que tal “pode acarretar, para o ofendido, consequências ainda mais perniciosas do que aquelas que são decorrentes do cometimento do próprio crime”. Ainda contra a aprovação da lei manifestou-se a Associação Sindical dos Juizes Portugueses, manifestando veemente a sua opinião, com base na vontade da vítima e afirmando que se esta, “de forma perfeitamente livre e consciente, não quer o processo, para evitar a sua vitimização ou porque, por opção pessoal, entende que o seu sofrimento será mais agudizado, o processo não seria iniciado (o Estado não pode ultrapassar a vontade de quem foi mais prejudicado pelo ato criminoso).<sup>80</sup>”

**II** - A par desta proposta de alteração, ainda houve a intenção de alterar o texto legal, propondo-se que no n.º 2 do art. 163.º fossem incluídas circunstâncias agravantes como, por exemplo, a agravação da pena se a coação sexual fosse cometida na presença de menor, ou ainda nas alíneas a) e b) se o ato sexual fosse cometido contra menor de catorze anos e dezasseis anos, respetivamente, visando proteger essencialmente as mulheres e as crianças, pois, na perspetiva dos autores da proposta de alteração da lei, “o crime de violação atinge, sobretudo, mulheres e crianças”<sup>81</sup>. No entanto, apesar de boa intenção e inteligente valor, a proposta não foi aprovada na sua íntegra.

**III** - A alteração do C.P. deu-se com a Lei n.º 83/2015 de 05 de agosto, que tentou dar cumprimento ao disposto na Convenção do Conselho da Europa sobre a Prevenção e Luta Contra a Violência sobre as Mulheres e sobre a Violência Doméstica, designada e conhecida por Convenção de Istambul<sup>82</sup>. Esta lei criou assim (novas) incriminações

---

<sup>80</sup> Vide Associação Sindical dos Juizes Portugueses de junho de 2014. Disponível em: <http://app.parlamento.pt>

<sup>81</sup> Vide Projetos de lei n.ºs 522/XII, p. 1; Projeto de Lei n.º 504/XII/3.º (BE), n.º 515/XII/3.ª (CDS-PP), N.º 517/XII/3.º (PSD)

<sup>82</sup> A Convenção de Istambul entrou em vigor no dia 1 de Agosto de 2014 e colocou a Portugal desafios de uma abordagem integral do seu quadro normativo, mas também foi uma oportunidade de comprometimento da sociedade, do Estado e dos/as parlamentares na sua implementação e monitorização. Esta convenção reconhece que a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens, não deixando de reconhecer ainda que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados «crimes de honra» e a mutilação genital, as quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens.

Como finalidades essenciais que ressaltam desta convenção podemos enunciar as que estão expostas no seu art. 1.º, nomeadamente:

a) Proteger as mulheres contra todas as formas de violência, bem como prevenir, instaurar o procedimento penal relativamente à violência contra as mulheres e à violência doméstica e eliminar estes dois tipos de violência;

b) Contribuir para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e promover a igualdade real entre mulheres e homens, incluindo o empoderamento das mulheres;

autónomas. Falamos do crime de mutilação genital feminina, estando inviabilizada a relevância do consentimento da vítima para este efeito (artigos 144.º-A e 149.º, n.º 3 do Código Penal), do crime de perseguição (artigo 154.º-A do Código Penal) e do crime de casamento forçado (artigo 154.º-B do Código Penal). Procedeu também à alteração dos crimes de violação (artigo 164.º do Código Penal), coação sexual (artigo 163.º do Código Penal) e importunação sexual (artigo 170.º do Código Penal).

**IV** – Procedeu-se assim à trigésima oitava alteração do C.P., que modificou dois artigos (essenciais) quanto aos crimes sexuais, nomeadamente no que diz respeito ao crime de coação sexual deu-se no seu n.º 2 e retirou-se a disposição que fazia alusão às relações familiares e de dependência hierárquica, económica e laboral e foi incluído o “quem (...) constranger”. Vimos a diminuição do conjunto de pressupostos punitivos, eliminando a referencia ao elemento adicional do tipo, consagrando assim um elemento estruturante do tipo ‘conduta’, um outro de execução livre, o que faz sentido tendo em conta que a incriminação visa abranger todas as hipóteses fáticas em que o agente obriga o ofendido a manter ato ofensivo ao seu bem jurídico e ao seu livre desenvolvimento<sup>83</sup>. Impôs-se ainda, nestes crimes, o alargamento do âmbito da criminalização a todos os atos sexuais praticados sem consentimento<sup>84</sup> de uma das partes, acabando com a distinção entre atos sexuais de relevo e atos sexuais sem relevo.

**V** - Quanto ao crime de violação previsto no 164.º houve, também, uma alteração do seu n.º 2, pois deixou de constar como necessário, por parte do agente, o abuso de autoridade proveniente de uma relação familiar ou a existência de dependência económica, laboral ou hierárquica por parte da vítima, sendo apenas necessário o constrangimento de uma pessoa por meio não compreendido no número 1 do art. 163.º (i. é., o agente ter posto, através de violência ou ameaça grave, a vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir), levando-a a sofrer ou praticar coito anal, vaginal, cópula ou a sofrer a introdução vaginal ou anal de objetos ou parte do corpo. À semelhança do crime

---

c) Conceber um quadro global, bem como políticas e medidas de proteção e assistência para todas as vítimas de violência contra as mulheres e de violência doméstica;  
d) Promover a cooperação internacional, tendo em vista a eliminação da violência contra as mulheres e da violência doméstica;  
e) Apoiar e assistir as organizações e os serviços responsáveis pela aplicação da lei para que cooperem de maneira eficaz, tendo em vista a adoção de uma abordagem integrada para a eliminação da violência contra as mulheres e da violência doméstica.

<sup>83</sup> LEITE, André Lamas, *As Alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais* – Nótulas Esparsas, in *Julgar*, n.º 28, Jan/Abr de 2016 p. 64

<sup>84</sup> O consentimento tido aqui como atos positivos e de colaboração, ou uma conduta ativa. Neste sentido Vide SOTTOMAYOR, Clara, *Dossier: Violências De Género E Direito(S): Diálogos Feministas*, Lisboa, Junho de 2015

de coação sexual, vimos o desaparecimento dos elementos objetivo-subjetivos, dando assim por reproduzido na íntegra o disposto quanto ao crime anterior.

**VII** - Até à entrada em vigor da Lei nº 83/2015, o crime de importunação sexual, previsto no art. 170.º, punia com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias quem importunasse outra pessoa praticando perante ela atos de carácter exibicionista ou constrangesse outra pessoa a contacto de natureza sexual<sup>85</sup>, designado na redação anterior de ‘atos de carácter exibicionista’. A conduta proibida consistia na importunação, que podia ser cometida através de dois tipos de conduta: ora pela prática de atos de carácter exibicionista, ora pela prática de constrangimento da vítima a ter contacto sexual com o agente<sup>86e87</sup>. A estrutura da norma manteve-se, mas foi aditada e, neste caso, criminalizada a formulação de propostas de carácter sexual, o que antes não se encontrava expresso na letra da norma. Este aditamento, que visou dar cumprimento ao art. 40.º da Convenção de Istambul, gerou alguma controvérsia por parte da comunidade, porque nesta “proposta de carácter sexual” incluiu-se o vulgo ‘piropo’<sup>88</sup>, i. é., quem proferir palavras orais ou escritas de convite/ incitação/ estímulo a práticas, conteúdos, sentidos semânticos de teor sexual dirigidos a alguém incorre no crime punido pelo art. 170.º do C.P.. Algo que para as mulheres e raparigas - tendo em conta que aqui houve uma proteção contra a violência de género e as vítimas são na maior parte das vezes do sexo feminino<sup>89</sup> - foi considerado um alívio pois estavam, de certo modo, protegidas da ‘coisificação’ e das investidas dos homens que as molestavam e assediavam<sup>90</sup>. Cumpre ressaltar que o bem aqui protegido,

---

<sup>85</sup> Neste Sentido Vide Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 26-02-2014. “Ultrapassa a mera imoralidade, constituindo importunação sexual, adequada ao preenchimento do tipo de crime do artigo 170.º do C.P., o ato em que o arguido chama a atenção de menor, de quinze anos de idade, para a sua pessoa e, quando aquela olha na sua direção, retira das calças o seu pénis, exibindo-lho”.

<sup>86</sup> CASTILHOS, Daniela, GUIMARÃES, Ana Paula, *O Crime De Importunação Sexual No Código Penal Português*, disponível em <http://repositorio.uportu.pt/>.

<sup>87</sup> Hoje podemos designar “importunação” como um transtorno ou perturbação causados a terceiros, que se produzem na relação da pessoa com a sua própria sexualidade”. CAEIRO, Pedro, FIGUEIREDO, José Miguel, *Ainda Dizem Que as Leis Não Andam: Reflexões Sobre o Crime de Importunação Sexual em Portugal e em Macau*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 26, n.º 1 a 4, janeiro a dezembro 2016, p. 235

<sup>88</sup> É necessário realçar que o piropo não foi criminalizado, isto é, não foi criminalizada a conduta de um homem que diz a uma mulher que ela se encontra bonita ou bem vestida em determinada situação e em certo contexto. Foram sim objeto de criminalização as propostas de cariz sexual que ofendam de forma grosseira o bem jurídico da vítima.

<sup>89</sup> SOTTOMAYOR, Clara, *Dossier*, *Ob. cit.*

<sup>90</sup> Nas palavras de Clara Sottomayor, “O assédio sexual está legitimado por uma cultura sexista permissiva com a agressividade sexual masculina e que presume a disponibilidade sexual das mulheres para os homens, transmitindo às adolescentes, que circulam na rua, a sensação de o seu corpo ser um objeto sexual dos homens. As meninas, desde os primeiros sinais de puberdade, são despojadas do seu sentimento de pertença a si mesmas e o medo da violação ou de outras agressões sexuais passa a fazer parte da sua vida e a dominar a sua existência. Como defesa contra este sentimento, muitas adolescentes e mulheres jovens reagem, negando a presença de si mesmas no seu corpo ou tornando a sua presença no mundo menos visível, como

que julgamos ter um sentido misto de proteção da liberdade sexual (em sentido amplo), da reserva da intimidade da esfera sexual, mesmo em espaços públicos, e da integridade moral, não será afetado se em causa estiver o piropo engraçado que até faz sorrir o seu destinatário, mas sim o de cariz sexual, vulgar, o ordinário e deplorável.

Vejam, em primeiro lugar, qual é o bem jurídico que se encontra aqui protegido pelo art. 170.º. Poucas dúvidas há que é a liberdade e a autodeterminação sexual das pessoas, expressão que tem por conteúdo praticar ou não, de forma livre e determinada, o ato sexual e de escolher o/a parceiro/a para tal fim, e bem como, o direito de ordenar com autonomia a intervenção de terceiros na própria vida sexual. Este crime tem a particularidade de não existir uma presença “ativa/passiva” por parte da vítima na execução do ato, pois basta-se com a mera receção por parte desta, de atos comunicativos de teor sexual, quer sejam através de atos exibicionistas ou mediante formulação de propostas de cariz sexual, que constriam a vítima<sup>91</sup>.

Com esta introdução legislativa põe-se a questão de saber se não estaria assim em causa a violação da liberdade de expressão. A resposta parece-nos óbvia em dizer que não. A liberdade de alguém termina onde começa a dos demais, e a proferição de palavras com teor obsceno pode chocar e interferir com a esfera da vida privada e integridade moral de cada um<sup>92</sup>. A lei é clara ao exigir a formulação de propostas, não bastando as meras conversas de cariz sexual para preencher a factualidade típica. Por isso, o tipo não abrange palavras, gestos ou expressões faciais que não contenham o intuito de sedução ou de proposta sexual.

Outra das questões que se levantam é a de saber se, perante determinadas expressões de cariz libidinoso, podemos afirmar que estamos perante um crime de importunação sexual, ou então, perante um crime de injúria/difamação. Como referido *in supra*, no crime de difamação o bem jurídico protegido que retiramos da inserção sistemática deste tipo é a liberdade sexual – por se incluir nos crimes contra a liberdade sexual – e há a pretensão de criminalizar a conduta típica verbalizada contendo apenas teor sexual, ou seja, quem profere o piropo não está a cometer algum crime, só se esse mesmo piropo for sexual - “formulando propostas de teor sexual”. Para estar presente o tipo objetivo de ilícito penal é necessário que o agente esteja perante a vítima e não

---

se não merecessem o tempo e o espaço, prejudicando este sentimento a afirmação pessoal e o próprio direito a existir”, *Idem*.

<sup>91</sup>CAEIRO, Pedro, FIGUEIREDO, José Miguel Dias, *Ainda Dizem... Ob. Cit.* p. 254

<sup>92</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, FIDALGO, Sónia, *Comentário ao artigo 170.º in Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Vol. I, 2.ª Edição, 2012, p. 817*

necessariamente dirigido a ela<sup>93</sup>; por sua vez, o tipo subjetivo ocorre quando o agente agiu com dolo e com a intenção clara de ofender a vítima, em qualquer modalidade.

O crime de difamação, previsto no 180.º do C.P., e o crime de injúria, indicado no art. 181.º do C.P., protegem o mesmo bem jurídico: a honra nas suas múltiplas refrações, nomeadamente, na conceção fática e normativa<sup>94</sup>. No primeiro crime existe uma conceção fática da honra, numa visão subjetivista ou interior, que se traduz num juízo valorativo que cada um faz de si e, uma honra objetivista ou exterior<sup>95</sup>, valores que uma pessoa goza num contexto social, ou seja, “difamar é desacreditar publicamente”<sup>96</sup>. O que nos leva a crer que não se incluem neste âmbito de difamação nenhum convite ou proposta de teor sexual ao ofendido, tanto que este nem necessita de se encontrar presente, podendo o agente proferir juízos de valor a um terceiro (ao contrário do que ocorre com o crime de importunação sexual – “Quem importunar outra pessoa”...). No que concerne ao crime de injúria, também protege a honra do visado, e este tem que estar na presença do agente, não incluindo aqui a possibilidade dele injuriar o ofendido a terceiros. Segundo FARIA COSTA, as injúrias são “palavras ofensivas da sua honra e consideração”<sup>97</sup>, não existindo uma especificidade quanto ao teor destas ofensas, o que nos permite concluir que tais palavras são ditas com o intuito de rebaixar e desvalorizar a vítima, não tendo por base uma proposta de cariz sexual, como tem o crime de importunação sexual.

Contudo, convém termos em atenção que nem todas as palavras com conteúdo erótico ou menos puritano devam ser levadas a tribunal, pois “... o direito não pode intervir sempre que a linguagem utilizada incomoda ou fere suscetibilidades do visado, só o pode fazer quando é atingido o núcleo essencial de qualidades morais que devem existir para que a pessoa tenha apreço por si própria e não se sinta desprezada pelos outros”<sup>98</sup>. No entanto, e em bom rigor, é certo que há outras expressões, como por exemplo “*Estás cada vez melhor! Comia-te toda! És toda boa! Pagavas o que me deves!*” que, se calhar, são suscetíveis de ferir a sensibilidade de uma pessoa e por isso ela entenda que haja razões para levar ‘isso’ a tribunal, mesmo considerando e tendo presente os princípios de economia processual e intervenção mínima do direito penal. Estas

---

<sup>93</sup> ALMEIDA, Miguel Pimenta, *O piropo e a lei penal* - Breves notas sobre a alteração ao artº 170º do Código Penal, 1ª versão, Jan 2016, p. 3

<sup>94</sup> COSTA, José de Faria, *Anotação ao Crime de Difamação (180.º) e Injúria (181.º) in Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 1ª edição, Coimbra 1999, p. 601 - 643

<sup>95</sup> *Idem*, p. 603

<sup>96</sup> Nas palavras de GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal Passo a Passo*, Vol. I, 2011, Coimbra, Almedina, pág. 341.

<sup>97</sup> COSTA, José de Faria, *Anotação, ob. cit.* p. 630

<sup>98</sup> Neste sentido e citando o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, datado de 24-02-2016.



expressões foram proferidas à assistente do Proc. n.º 243/15.2GASPS.C1 do Tribunal da Relação de Coimbra<sup>99</sup>, que intentou uma ação contra o arguido pelo crime de injúria (p.p. pelo art. 181.º do C.P.). Contudo, segundo o entendimento do tribunal, o arguido apenas se dirigiu “de forma grosseira e boçal” à assistente, “fazendo uma apreciação subjetiva acerca das qualidades físicas desta e anunciando os seus propósitos libidinosos relativamente a ela,” e acrescenta ainda que “o que está aqui em causa é apenas falta de educação e não o cometimento de um crime”. Vejamos, o primeiro erro processual foi ter sido levado a cabo um crime de injúria e não um crime de importunação sexual, pois é nos pressupostos deste crime que a conduta do arguido se insere; em segundo lugar, concordamos com os juízes desembargadores na forma analisada de tais expressões, pois, atenderam ao concreto bem jurídico violado por parte do arguido, apenas aditando que as suscetibilidades pessoais só merecerão tutela jurídica a partir do momento em que, passando a integrar aquelas ideias dominantes no meio social, se revistam de uma particular força de pressão, que determine a sua integração positiva no ordenamento jurídico.

Em suma, a criminalização desta vertente do crime de importunação sexual consiste na suscetibilidade de ofender a liberdade sexual, a liberdade de não ser importunado fora de um âmbito de adequação social, para uma prática de atos íntimos, ofensivos da sua honra e que tem, na maior parte das vezes, um sentido de desvalorização, tentando transformar a vítima, que normalmente é do sexo feminino, numa *res*, que se encontra à mercê dos olhos penetrantes do agente que, em conjunto com o seu olhar libidinoso, profere palavras ofensivas e sexualmente reprováveis.

Como referem PEDRO CAEIRO E MIGUEL FIGUEIREDO, a expressão literal de *qualquer proposta*, incluindo propostas para atos sexuais, não podem qualificar-se como sendo de relevo ou mesmo de teor sexual se não envolverem conteúdos de atos sexuais. Mesmo que se atribua dignidade penal à importunação de outra pessoa com base no constrangimento ou contato físico que não se traduza num ato sexual de relevo, temos, no entanto, que reconhecer que tal juízo não vale para propostas que visem atos sem relevo ou que não digam sequer respeito a atos, porque esse tipo de interação não é apto a causar uma perturbação da liberdade e da autodeterminação sexual que careça de tutela

---

<sup>99</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 14-09-2016, com o seguinte sumário “A expressão “Estás cada vez melhor! Comia-te toda! És toda boa! Pagavas o que me deves!”, dirigida pelo arguido à assistente, constituindo linguagem grosseira, boçal e ordinária, suscetível de ferir a sensibilidade subjetiva da visada, não atinge, no seu todo, o patamar mínimo de dignidade ético-penal apto a fazer intervir o tipo de crime previsto no artigo 181.º do CP.”

penal. E ainda, tal como dito *in supra*, não deve confundir-se a importunação sexual com a ofensa ao pudor alheio ou à injúria<sup>100</sup>.

**VIII** - No que diz respeito aos crimes de abuso sexual de crianças, de menores dependentes e atos sexuais com adolescentes, observou-se também uma alteração significativa. O art. 171.º, que prevê o abuso sexual de menores, passou a conter uma nova alínea, a c), que dispõe o seguinte: “quem aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais é punido”. Regista-se uma punição do ‘voyeurismo<sup>101</sup>’ de adultos, desde que se prove que existiu o aliciamento. Está subjacente uma atuação sobre o objeto da ação que, não tendo de lhe provocar a intenção ou o desejo de assistir a tais atos, pode aproveitar-se de uma desejo pré-existente, e nestes casos não é necessário provar esta intenção por parte do agente. A forma de aliciamento é livre, podendo conter várias formas de cariz económico, familiar ou por forma de qualquer outro vício da vontade. O consentimento do menor é irrelevante para afastar da ilicitude do ato, tendo em conta não só a proteção do menor, como também a idade para este poder prestar o seu consentimento e este ser efetivamente válido, contudo, é de denotar que, para alguns autores, como ANDRÉ LEITE, em alguns casos e atendendo à maturidade do menor e de outros elementos de prova circunstanciando, “tal hipótese seja de todo a cogitar”<sup>102</sup>.

A tentativa passou a ser punida, uma alteração exímia do legislador que criou expressamente este número para que debates jurisprudenciais não se levantassem quanto a esta questão, cumprindo assim com os requisitos ressalvados no art. 23.º do C.P.. Trata-se assim de uma antecipação da tutela penal, com a qual o legislador quis reforçar a importância do bem jurídico e da sua respetiva proteção no âmbito criminal. A tentativa também passou a ser punida no tipo legal do art. 172.º - abuso sexual de menores dependentes e do 173.º - atos sexuais com adolescentes - e viu-se alargado, com a reforma de 2015, quanto ao primeiro ilícito, a moldura penal abstrata prevista no seu n.º 3, que fez com que desaparecesse a alternativa da pena de multa, restando apenas a pena de prisão até cinco anos. No crime de atos sexuais com adolescentes também desapareceu a possibilidade de pena de multa, bastando-se para a proteção do bem jurídico elencado neste artigo a moldura penal abstrata de até dois anos de pena de prisão, ou, no caso do

---

<sup>100</sup> CEIRO, Pedro, FIGUEIREDO, José Miguel, *Ainda Dizem... Ob. Cit.* p. 282

<sup>101</sup> O ‘voyeurismo’ é uma prática sexual onde o indivíduo consegue obter prazer sexual através da observação de outras pessoas, neste caso, crianças, que podem estar envolvidas em atos sexuais, nuas ou em qualquer ato vestuário que seja apelativo ao fetiche e ao voyeur.

<sup>102</sup> LEITE, André, Lamas, *ob. cit.* p. 66

n.º 2 do mencionado artigo, até três anos, se estivermos perante “cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”.

**IX** - De forma sucinta, cabe ainda ressaltar as alterações realizadas em alguns outros artigos penais. No que alude ao crime de prostituição e lenocínio de menores, verificou-se uma agravação da moldura penal abstrata deste último crime, que passou de 5 para 8 anos, bem como a eliminação da possibilidade de punir o agente com pena de multa, enquanto pena principal. Por sua vez, o crime de pornografia de menores, art. 176.º, foi o que a mais alterações esteve sujeito. Desde logo, no n.º 3 agravou-se a criminalização dos atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º1, quando praticados com violência ou ameaça grave, sendo nesse caso punidos com pena de prisão de um a oito anos. Estes elementos passaram, assim, a incluir o tipo de ilícito de forma expressa e inequívoca, caso contrário converter-se-iam em critérios inadequados para a função que o legislador lhe reserva, nomeadamente o de consentirem uma adaptação típica às concretas factuais. Também a este crime foram aditados os números 5 e 6, fruto de Convenções e Protocolos que Portugal se comprometeu a ratificar, como é o exemplo da Lei do Cibercrime<sup>103</sup>, que teve séria influência na adição de expressões como ‘sistema informático’, que oportunamente desenvolveremos. O estipulado nestes dois números pode ser agravado se o agente tiver como intenção o lucro (n.º 7), ora, é justificável a intenção lucrativa do agente, estamos perante um elemento adicional do tipo subjetivo, que carece de prova.

**X** - Outra novidade trazida pela Lei 83/2015 foi o acrescento à compilação penal do art. 144.º -A – Mutilação Genital Feminina (MGF), que é definida, segundo a Organização Mundial de Saúde, como o conjunto de procedimentos que envolvem a remoção parcial ou total da genitália externa feminina ou outros danos aos órgãos genitais femininos, seja por razões culturais ou do foro não terapêutico. Custa-nos a conceber a ideia de que em Portugal, enquanto país desenvolvido que proclama ser, subsista a prática de MGF. A verdade é que se verifica, só que tais práticas tendem a ser ocultadas. A proteção do bem jurídico integridade física tem por objeto específico o aparelho genital

---

<sup>103</sup> Legislação basilar desta alteração, além da Convenção sobre o Cibercrime, a Convenção do cibercrime Juntamente com as Recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa (89) 9 e (95) 13 inicialmente presente na Lei n.º 109/91, de 17 de agosto, depois revogada pela atual Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro e ainda pela referência à Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho de 24 de fevereiro, relativamente a ataques contra os sistemas de informação, bem como à Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho.

feminino<sup>104</sup>. Os portugueses não têm como ritual mutilar genitalmente as mulheres ou meninas portuguesas. Sucede principalmente com mulheres oriundas de outros países, que se encontram a residir em Portugal e cuja prática é comum dos seus territórios nacionais<sup>105e106</sup>, mais concretamente nos países africanos. Como tal, justifica-se esta tutela penal, devido não apenas à gravidade intrínseca do ato, mas sobretudo, na ideia de uma união entre toda a comunidade internacional na luta contra práticas lesivas da fruição sexual completa como parte da personalidade de cada indivíduo, bem como na recusa de qualquer tradição ou costume que possa atentar contra bens jurídicos essenciais para as sociedades de acolhimento.

Contudo, alguma doutrina não aceitou bem a autonomização da MGF<sup>107</sup> do artigo 144.º que, antes, implicitamente a punia, por se prever a mesma moldura legal abstrata (de dois a dez anos) e por se invocar, de forma acérrima, no art. 144 –A, a vulnerabilidade da dignidade da mulher da mesma forma que o previa o art. 144.º. Pois bem, no nosso entender, calculamos que faça toda a lógica metodológica em existir a separação de um artigo ambíguo como é o art. 144.º, e fazer constar de forma expressa um artigo que saliente e discorra sobre os elementos subjetivos e objetivos deste ilícito, uma vez que esta temática é um claro problema social que assenta em questões de discriminação e estigmatização com base no género, enraizadas em assimetrias de poder, refletindo uma das muitas formas de violência contra as mulheres - física, psicológica, sexual - e com nefastas consequências para a saúde, educação e empoderamento das crianças, jovens e mulheres vítimas desta prática. Como tal, e devido à quantidade de imigrantes em Portugal, não só pela facilidade de ultrapassar barreiras políticas, como também sociais e linguísticas, é necessário que haja uma previsão expressa deste ilícito, para que se possa cumprir com o estipulado internacionalmente, como também se faça chegar à população, onde esta tradição se encontra enraizada, que dentro dos limites territoriais portugueses têm que cumprir com o legislado e, acima de tudo, proteger a integridade física e sexual das vítimas do sexo feminino que, consentindo ou não, querendo ou não, são as que sofrem com esta forma brutal de invasão física e psicológica.

---

<sup>104</sup> MONTE, Mário Ferreira, *Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos Tempos, Novos Crimes, in Julgar*, n.º 28, Jan/Abr de 2016, p. 75

<sup>105</sup> Para mais informação vide o Relatório Final de Mutilação Genital Feminina: prevalências, dinâmicas socioculturais e recomendações para a sua eliminação, Março de 2015

<sup>106</sup> Cfr: MARTINGO, Carla, *O Corte dos Genitais Femininos em Portugal: O caso das Guineenses – Estudo Exploratório*, Editorial do Ministro da Educação., 1ª Edição, Lisboa, 2009, p. 25 ss.

<sup>107</sup> LEITE, André, *ob. cit.* p. 73

#### 4.3.2 – A Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto

No seguimento destas alterações de 2015 surge a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que teve como tarefa principal transpor para o nosso ordenamento jurídico as reformas pretendidas pela União Europeia, com vista a uniformizar a conceção das medidas jurídico-penais no âmbito da criação de um registo de identificação criminal de condenados por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, segundo o disposto na Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011. Esta transposição para o seio português tinha como objetivo primordial permitir às entidades empregadoras terem acesso às informações necessárias para se poderem precaver aquando da possível contratação de pessoas que tenham sido (anteriormente) condenadas por crimes sexuais, e evitar assim que estas desenvolvam atividades de proximidade com menores.

Sabemos, ou julgamos saber, que o Parlamento Europeu e o Conselho tiveram no cerne da criação desta diretiva o relevante superior interesse da criança, no âmbito da sua liberdade e autodeterminação, combatendo o abuso, exploração e pornografia infantil. A criança estava a tentar ser protegida a todo o custo, não apenas em Portugal, como no resta da Europa e do mundo, pois o ponto n.º 1 da Diretiva faz alusão ao abuso de menores como violação grave dos direitos fundamentais, e a salvaguarda dos mesmos à luz da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre o direito das crianças. Daí haver uma necessidade de alertar os seus Estados-Membros, para estes adotarem fortes e seguras medidas preventivas e dissuasoras no combate a este fenómeno que, como vimos, está a conhecer um crescimento notório.

Como tal, a UE tentou utilizar três ‘técnicas’ de combate ao abuso sexual de menores: a primeira era a repressão, onde eram alertados os legisladores nacionais para penalizar de forma eficaz e proporcionada os infratores, tal como consta nos pontos 12 e 15 da Diretiva, através do agravamento das molduras abstratas cabidas aos crimes sexuais; outra das medidas foi o da prevenção, que consistia em campanhas de informação e sensibilização acerca do abuso e exploração de menores, ao adotarem uma postura que favoreça o direito das crianças<sup>108</sup>; por último, propôs-se a prevenção da reincidência

---

<sup>108</sup> Ponto 34 da Diretiva “Os Estados-Membros deverão estabelecer e/ou reforçar as políticas de prevenção do abuso sexual ou da exploração sexual de crianças, nomeadamente através de medidas de dissuasão e redução da procura que favoreça todas as formas de exploração sexual de crianças, e de medidas para reduzir o risco de as crianças se tornarem vítimas, através de campanhas de informação e sensibilização e

através da sujeição dos agressores a uma avaliação de perigosidade, de modo a perceber se eles podem voltar a cometer os mesmos crimes <sup>109</sup>, e ainda, proibir os agentes de exercer atividades profissionais que impliquem o contato com crianças e fazer com que os empregadores possam estar informados acerca do registo criminal dos agentes, para que não lhes possam dar emprego.

Trata-se de uma solução com a qual, não concordamos, pois vai contra as regras do direito penal. Quando o agente sai em liberdade, deve pressupor-se que se encontra ressocializado e, portanto, se encontra no seus poderes de exercer a vida cívica, conforme as exigências de prevenção especial positiva. Ao estar a munir os empregadores de informações de carácter carcerário e penitenciário acerca do historial do agente, para que não lhes possa dar trabalho, choca-se com essas regras. Devemos dar o benefício da dúvida ao agente e pressupor que ele venha ressocializado, de acordo com o artigo n.º 2.º do Código de Execução das Penas e das Medidas Privativas da Liberdade. Por último, consta no ponto 43 da Diretiva que a 3.ª medida era de cariz administrativo, incluindo a adoção, pelos Estados-Membros, nomeadamente, de um registo de pessoas condenadas por crimes sexuais, a que algumas pessoas – aqui leia-se pais – poderiam ter acesso (limitado), circunscrito à sua área de residência, para saber se haveria algum agente condenado pela infração de abuso sexual de menores por ‘perto’<sup>110</sup>. Folgamos saber, como veremos, que este disposto não foi bem-sucedido entre nós.

Como sabemos, é uma obrigação nossa, enquanto Estado-Membro da União Europeia, transpor a Diretiva<sup>111</sup>, pelo qual a fizemos através da já supra citada Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto, que se repercutiu em algumas alterações no nosso código penal, particularmente no sentido do I - alargamento de tipo de ilícito a outras modalidades de ação e II - a atos tentados (art. 171 a 173.º C.P.); III - agravamento de

---

de programas de investigação e educação. Em tais iniciativas, os Estados-Membros deverão adoptar uma abordagem que favoreça os direitos das crianças. Cumpre dispensar um cuidado especial para garantir que as campanhas de sensibilização destinadas às crianças sejam adequadas e de fácil compreensão. Deverá ponderar-se a criação de linhas telefónicas de ajuda ou de emergência.”

<sup>109</sup> Pontos 37 e 38 da Diretiva: “A fim de prevenir o abuso sexual e a exploração sexual de crianças, deverão ser propostos aos agressores sexuais programas ou medidas de intervenção especificamente a eles destinados. Esses programas ou medidas de intervenção deverão adoptar uma abordagem ampla e flexível, centrada nos aspectos médicos e psicossociais, e ser de carácter facultativo. Esses programas ou medidas de intervenção devem ser entendidos sem prejuízo dos programas ou medidas de intervenção impostos pelas autoridades judiciais competentes. (38) Esses programas ou medidas de intervenção não constituem um direito imediato. Cabe aos Estados-Membros decidir quais são os programas ou medidas de intervenção adequados”

<sup>110</sup> GULPILHARES, Fábio, Crimes Sexuais: Uma Nova Conceção Plúctico-Criminal? *In* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 26, n.º 1 a 4, Janeiro – Dezembro 2016, pp. 184 ss

<sup>111</sup> MACHADO, Jónatas, Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao pós 11 de Setembro, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 722

algumas molduras abstratas; IV- criação de novas incriminações e V- aditamento dos artigos 69.º B e 69.º C.

Todas as penas acessórias previstas no nosso C.P. são verdadeiras penas, uma vez que estão ligadas à culpa do agente e têm efeitos preventivos, sendo determinadas de acordo com os critérios gerais de determinação da medida da pena, previstos no artigo 171.º do C.P.<sup>112</sup>.

Merecedores de críticas por parte de FÁBIO GULPILHARES são os artigos 69.º-B e 69.º C, que este considera que se traduzem num aumento excessivo e injustificável do ponto de vista jurídico-penal, contrastando com o limite máximo da regra de 5 anos e, além do mais, figuram-se desproporcionais quando comparadas com outras penas acessórias cujos máximos são até 15 anos, isto porque, ao condenar um agente pela prática de um facto numa pena acessória cuja moldura abstrata aplicável varie entre os 2 ou 5 anos e os 20 anos deve ser criticado. E este autor<sup>113</sup> questiona se não estaremos perante a automaticidade dos efeitos das penas, devido à ânsia do legislador, numa tentativa forçada de transpor a diretiva, que contribuiu para que fossem negligenciadas certas medidas e cautelas.<sup>114</sup>

Concordamos com o autor, pois de 5 a 20 anos é um lapso temporal muito extenso e não se justifica, há uma incongruência por parte do legislador nestas adições, porque apesar de sabermos que são penas acessórias e, como tal, dependem de aplicação por parte do juiz, há aqui uma inteira força convocatória, como se, além da pena a que foi sujeito, o agente ainda tivesse de, cumulativamente, ser punido com uma destas penas acessórias. Claro está que, no início de cada artigo se encontra a expressão “pode”, mas o ser teor normativo é de tão forma claro e expresso que formula uma (quase) obrigatoriedade ao juiz no sentido da aplicação. E qual a razão de ser do lapso temporal de vinte anos? Será que quando o agente sai da prisão já não deveria sair ressocializado? Então se, durante vinte anos, não pode aproximar-se de crianças por ainda não se encontrar psicologicamente ou patologicamente bem para o fazer, neste caso já cabe à medicina ou psicologia intervir e interná-lo ou administrar medicamentos, e isso iria demonstrar que possivelmente a prisão não teria sido a melhor solução, mas sim uma medida de segurança.

---

<sup>112</sup> ANTUNES, Maria João, *Consequências*, *ob. cit.*, p. 34

<sup>113</sup> GULPILHARES, Fábio, *Crimes Sexuais*, *ob. cit.* p. 230

<sup>114</sup> *Idem*, *Ibidem*. pp. 192 e 193

Em Portugal, sabemos que não foi acolhida a ideia do registo de identificação criminal dos agentes de forma “pública”, não acolhendo assim a proposta defendida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que considerou tal medida como preventiva da reincidência. Os deveres previstos no registo ocorrem apenas após a execução da pena aplicada. A existir um juízo de perigosidade, este deveria ter lugar neste último momento, pois não é admissível uma aferição tão antecipada da perigosidade, portanto, o registo de identificação criminal já nada tem a ver com a prática dos crimes cometidos mas sim com a prevenção da prática de crimes no futuro, em virtude da perigosidade (dita) inerente a este tipo de criminosos, por isso, há quem fale aqui em medidas de segurança e não verdadeiras penas. Questão que levantamos é que não sabemos ao certo em que categoria se insere, mas o importante é que não tenha sido transposta para o ordenamento jurídico português, pois isso colocaria em causa as regras do bom direito e de reintegração a que todos os ex-reclusos têm direito.

## **5 - Relatórios estatísticos**

A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) é uma organização sem fins lucrativos e de voluntariado, que apoia, de forma individualizada, qualificada e humanizada, vítimas de crimes, através da prestação de serviços gratuitos e confidenciais, pelo qual consideramos um associação fidedigna nos seus dados estatísticos para analisar e tirar conclusões nesta dissertação.

Segundo os relatórios da APAV, o número de casos de abuso sexual de menores tem vindo a aumentar ao longo dos últimos anos. Analisaremos então dados estatísticos desde o ano de 2013 até 2015 para comparar. No ano de 2013, a percentagem de crianças que chegavam à APAV e relatavam serem vítimas do crime de abuso sexual de menores representava cerca de 10,6%, ou seja, 68 crianças. Em 2014 esse valor aumentou para 72 crianças (11,3%) e, em 2015, 102 crianças chegaram à APAV (13%), alegando terem sido abusadas sexualmente.

Em situação de violência doméstica no contexto familiar chegaram a esta instituição 32 (5%) crianças vítimas de abuso sexual no ano de 2013, e por abuso sexual de menores dependentes 16 menores (2.5%). No ano de 2014, 30 crianças foram abusadas (4.3%) e 13 menores dependentes (1.9%) também foram abusados. Por fim, no ano de 2015, 23 crianças tinham sido abusadas no seio familiar (2.9%) e 5 menores dependentes também (0.6%).



Podemos ver assim que entre estes anos houve um aumento do crime de abuso sexual, e perguntamos se será este um crime que se encontra na “moda”? Julgávamos ser um crime que ficou preso ao séc. XVII, onde as crianças eram vistas como adultos em miniaturas, mas afinal o que leva a que cada vez mais crianças sejam abusadas sexualmente?

Entre estes anos, o número de vítimas de crimes sexuais que recorreu aos serviços da APAV somou um total de 1.799 casos, o que demonstrou uma evolução de 38,7%. Dentro destes dados estatísticos, podemos apurar que, em 96% das vezes o agressor é um homem, empregado, na faixa etária dos 25-45 anos e próximo da vítima. No entanto, nos crimes de violação e coação sexual, nestes anos, estamos perante verdadeiras cifras negras, pois dos casos conhecidos, só 46% das vítimas apresentaram queixa.<sup>115</sup>

Nos dados estatísticos de 2016<sup>116</sup>, as vítimas de crimes sexuais foram 329, representando 82,4% do sexo feminino e as crianças representando 42,6%, onde 9,7% frequentava o 3.º ciclo, 9,1 o pré-escolar e 8,8% no 2.º ciclo, sendo a relação com o autor 9,7% das vezes conhecidas, onde 9,1% das vezes costumam ser filhas(os) e 7,8% são desconhecidos.

No ano transato, 143 mulheres e crianças socorreram-se da APAV, pois tinham sido violadas, 26 tinham sido importunadas sexualmente, 142 crianças tinham sido abusadas sexualmente, 12 menores dependentes tinham sido abusados por aqueles a quem tinham sido confiados para educação ou assistência<sup>117</sup>. Relativamente às idades dos 0-3

---

<sup>115</sup> [http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Crimes\\_Sexuais\\_2013\\_2015.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Crimes_Sexuais_2013_2015.pdf)

<sup>116</sup> [http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Relatorio\\_Anual\\_2016.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2016.pdf)

<sup>117</sup> Relativamente ao Abuso sexual de menores dependentes o artigo 172.º C.P. remete para o artigo anterior, ou seja, quem realizar ato sexual de relevo, cópula, coito anal ou coito vaginal (...) será punido. Trata-se aqui de uma interligação de artigos mas de um circuito mais apertado, pois este artigo inclui-se dentro do artigo 171.º, acrescentando e especificando a parte dos “menores dependentes”. Maria João Antunes entende que a relação de dependência abrange os menores que tenham sido confiados ao agente para educação ou assistência no âmbito de três situações: a) Por força da lei, como sucede no caso dos progenitores, que exercem as responsabilidades parentais nos termos dos artigos 1878º, 1901º e 1911º do C.C.; b) Por imposição de uma decisão judicial, isto é, quando o menor é entregue a apenas um dos progenitores, a uma terceira pessoa ou a adotante, de acordo com o disposto nos artigos 1903º, 1907º, 1915º, 1986º e 1997º do C.C.; c) No domínio das relações de facto, v.g., tendo sido o menor confiado de facto ao agente para educação ou assistência. O artigo 1907º do C.C. prevê que o menor possa ser confiado a um terceiro, familiar ou não, na ausência dos progenitores, cabendo a este os poderes e deveres dos pais que forem exigidos para o adequado desempenho das suas funções

Nada há de novo a acrescentar quando dizemos que o bem jurídico protegido é a autodeterminação sexual, ou seja, o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, ligado à ideia de que a liberdade e autodeterminação sexual de menores com as idades compreendidas no art. 172.º, confiados a outrem para educação ou assistência, se encontra carecida de uma proteção particular. Então o que difere este crime do crime de abuso sexual de menores? É a confiança que é depositada no agente, pois o agente é alguém próximo da vítima, alguém em quem a vítima confia e por isso tem o agente facilidade em se aproximar dela e, conseqüentemente, abusar, e ainda fazer com que esta permaneça calada e não relate o sucedido a ninguém, sob coação ou ameaças. Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de

anos, 68 menores haviam sido abusados, entre os 4-5 80 crianças, 6-10 246 crianças e dos 11-17 anos 432 crianças. A maior parte das vítimas residia nos distritos de Lisboa, Porto, Faro e Setúbal, sendo que, na maioria das vezes, era o pai o abusador (8,8%) com uma idade situada na faixa etária dos 35-54 anos, com o estado civil casado (29.6%) e empregado (32,5%).

Este tipo de vitimização, sofrida por estas crianças, costuma ser uma vitimização continuada, na maior parte das vezes com duração de 2 a 6 anos na residência comum (54.6%).

A grande questão que se coloca é o porque deste aumento exponencial de crianças abusadas. De quem será a culpa? Obviamente do agressor. Mas porquê? É a grande questão à qual não sabemos dar resposta e não conseguimos dar uma resposta concreta. Sabemos normalmente que os abusadores são pedófilos e que, como tal, sofrem de um distúrbio mental punível por lei, só se há cada vez mais ‘doentes’ a circular nas ruas ao lado das nossas crianças, mesmo assim, este aumento continua por explicar, principalmente aquele que vem do seio familiar, normalmente do pai, o porquê do pai abusar de uma filha? O quão doente é ele? E ele é efetivamente doente? Ficam aqui várias questões sem respostas.

### **5.1 – O que pode levar a este aumento?**

Diversos estudos clínicos tem permitido associar algumas características familiares mais frequentes ao abuso de menores, nomeadamente: o modelo familiar patriarcal, o baixo rendimento da família, a presença de um substituto paterno, falta de aspeto físico ou emocional do pai, relações incestuosas entre membros da família, inadequação das relações conjugais, pobreza, entre outros<sup>118</sup>.

---

Guimarães condenou o pai, a quem tinha sido retirado o exercício das responsabilidades parentais, numa pena única conjunta de 2 anos e 6 meses de prisão, por ter molestado sexualmente a sua filha de 14 anos, que se encontrava institucionalizada, nos momentos compreendidos, no respeito pela decisão respetiva, nos dias de férias ou fins-de-semana que passava em sua casa.

Numa ocasião, num colchão do quarto onde todos pernoitavam, quando se preparavam para dormir, encosta-se a ela e começa a acariciar-lhe os seios e a vagina, dizendo-lhe: “já está na altura..., quando é que vamos fazer sexo?”; e, noutras três ocasiões, lhe tira as cuecas e as calças do pijama que tinha vestidas e coloca-se por cima dela, introduzindo-lhe o seu pénis erecto na vagina, mantendo com ela relações de cópula, aí se esfregando até ejacular, causando-lhe dores e sangramento na primeira vez.” - Ac. tribunal da Relação de Guimarães, de 08-06-2015

<sup>118</sup> MACHADO, Clara, *Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças, Carla Machado e Rui Abrunhosa Gonçalves (coordenadores) 2.ª Edição, Coimbra, junho 2003, p. 46

Pesquisas desenvolvidas por WOLFE & BIRT<sup>119</sup> têm associado um conjunto de características essencialmente maternas (como é o exemplo das drogas, problemas psiquiátricos, depressões pós-parto) à sua maior incapacidade de protegerem as crianças e de perceberem, ou tentarem perceber, o que de facto se passa com elas e à volta delas. Que as suas crianças são vítimas de abuso sexual!<sup>120</sup>

Ao considerar o impacto na vítima, temos que salientar que o abuso é uma experiência e não uma desordem<sup>121</sup>, logo, da perspectiva psiquiátrica não existe um síndrome clínico específico das crianças abusadas e estas tanto podem aprestar vários sintomas, como até mesmo nenhuns.<sup>122</sup> Como comportamentos exteriorizados, a criança revela agressividade, declínio no rendimento escolar, problemas de atenção, raiva, ansiedade, depressão, isolamento social, abuso de drogas ou álcool. Estes efeitos são atribuíveis às dinâmicas envolvidas no abuso: a sexualidade traumática, a traição (que decorre da violação de uma relação de confiança), a estigmatização e a impotência. Para além destes sintomas assinalados, diversos autores<sup>123</sup> evidenciam que as vítimas destes abusos podem exibir sintomatologia típica de desordem de stress pós-traumático (PTSD), através da intensa ativação fisiológica, reviver o ato sexual nos pesadelos ou em forma de flashbacks, memórias intrusivas, ou pensamentos associados ao abuso.

Então, segundo este estudo onde se envolve a psiquiatria e o direito, podemos ver que as crianças abusadas, a maior parte delas, encontram-se no seio familiar, ou, pelo menos, próximas de alguém que consideram ser da família. Segundo alguns autores, o primeiro passo é agir e lidar com o problema em questão, nomeadamente, lidar diretamente com as famílias. D. WOLFE<sup>124</sup>, descreve vários programas de intervenção que visam aumentar o suporte social das famílias violentas através da sua inclusão em grupos de ajuda mútua, de recursos humanos voluntários e elementos da comunidade. Já

---

<sup>119</sup> WOLF, V & BIRT, J. *Child Sexual Abuse in E. Mash & L. Terdal Assessment of Childhood disorders*, New York: The Guilford Press, 1997, pp. 569-623

<sup>120</sup> No entanto esta posição tem vindo a ser fortemente obstaculizada pelas feministas que dizem que a culpa não é totalmente das mães mas sim dos pais, pois muitas vezes elas vivem num contexto familiar de violência doméstica, e sofrem traumas profundos devido a isso, não conseguindo, por isso, dar toda a atenção desejada aos filhos.

<sup>121</sup> MACHADO, Clara, *Violência*, *ob. cit.* p.50

<sup>122</sup> BONEYMCCOY, S & FINKELHOR, D, *Prior Victimization – a risk factor for child sexual abuse and for PTSD – Related Symptomatology among sexually abused young*. *Child Abuse & Neglect*, 19, 1995, p. 1401-1421

<sup>123</sup> *Ibem*, p. 1411, e *vide* ainda, MACHADO, Clara, *ob. cit.* p. 53

<sup>124</sup> WOLFE, D. *The Role of Intervention and treatment services in the prevention of child abuse and neglect*. In G. Melton & F. Barry (Eds), *Protecting children from abuse and neglect*, New York: The Guilford Press, 1994, p. 224-303

HAMILTON<sup>125</sup> refere também a necessidade de reduzir o isolamento social das famílias abusivas, pela integração em grupos de suporte, tais como Pais Anónimos ou a Igreja local, pela disponibilização de serviços de emergência, e pelo relacionamento de pais que já tenham dito mais filhos com aqueles pais que tenham sido pais pela primeira vez<sup>126</sup>. Ou seja, tudo passa pelo contato familiar, a criança, na perspetiva destes autores depende dos pais e da sua proteção para não serem abusadas.

Estes programas não se dirigem apenas ao conceito de “família” como também ao conceito de ‘pai violento’, recorrendo a programas de intervenção em grupo, em que o controlo da raiva ocupa geralmente o papel central, sendo por vezes coadjuvado pelo treino de auto-instruções de relaxamento, de forma a controlar o stress. Pois bem, tudo estaria bem, se este programa fosse inteiramente viável na prática e não apenas na teoria, pois sabemos que atualmente não dá para os pais conseguirem lidar com tais programas, e temos que ter em atenção que estes programas ou estas iniciativas foram desenvolvidas por autores nos anos 1970/80, em que a ideia era a mãe doméstica e o pai agressivo e alcoólico. Não digo que em algumas situações isso não se mantenha, mas não considero o programa a cima mencionado dos pais irem a reuniões de pais anónimos nem os pais (homens) irem a estes treinos de relaxamento, viáveis.

Até certo ponto, uma vigilância mais atenta pode até evitar ou prevenir algumas tentativas de abuso sexual, mas sabemos que não será nunca suficiente para evitá-lo, porque aqui relatamos e concentramo-nos no abuso intrafamiliar, por ser na maior percentagem das vezes, onde elas são abusadas, mas sabemos, que em todo o lado, elas correm perigo e ainda há um longo caminho a percorrer. Então, o melhor a fazer é proporcionar um lar estável à criança, visualizar as redes sociais, não fazer com que esta viva num casulo, mas também não lhe dar a liberdade que não lhe é propícia da idade. Uma pessoa que abusa sexualmente de uma criança, no meu ponto de vista, sofre de uma parafilia grave, e não sei até que ponto não pode ser considerado doente.

---

<sup>125</sup> HAMILTON, L. *Variables associated with child maltreatment and implications for preventions and treatment*. In J.T. Pardeck (Ed.), *Child abuse and neglect: Theory, research and practice*, Amsterdam: OPA, 1989, pp. 29-54

<sup>126</sup> MACHADO, Carla, GONÇALVES, Miguel, VILA-LOBOS, Ana João, *Crianças expostas a múltiplas formas de violência in Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças, Carla Machado e Rui Abrunhosa Gonçalves (coordenação), 2.ª Edição, Coimbra, Junho 2003 pp. 135 ss

## CAPÍTULO II - O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

### 1. O bem jurídico nos crimes contra a liberdade sexual

Como é do nosso conhecimento, o bem jurídico inicialmente protegido nos crimes de violação e de estupro era a moralidade, os bons costumes e os fundamentos ético-sociais, isto é, o “conjunto de infrações penais que têm em conjunto a sua estreita relação com a vida sexual e as normais morais que a regem numa certa coletividade e em um dado momento histórico”<sup>127</sup>. No decorrer dos tempos e com a evolução da humanidade, advinda também de influências alemãs e dos grandes órgãos de soberania internacional, vimos este conceito e esta proteção tendenciosa ser substituída por uma expressão nova que marcava os tempos modernos: crimes sexuais. Sabemos também que a mudança não foi repentina, já há muito se falava nos crimes sexuais, mas só com a grande reforma de 1995 é que tais crimes passaram a estar expressamente redigidos na lei.

Atualmente constata-se que o direito penal visa a proteção de bens jurídicos onde não há espaço para a moral e para os bons costumes, que constituíam o pilar da intervenção do direito penal na época antiga, nem muito menos para punir alguém com base em tais fundamentos desadequados.

Tanto no crime de coação sexual como no crime de violação, sabemos que têm à partida o mesmo ilícito criminal, no entanto, vemos que, enquanto o crime de violação tem um elenco taxativo de atos sexuais, a coação sexual apenas remete para a questão controversa do ‘*ato sexual de relevo*’. Já referimos anteriormente em que se consubstancia este ato de relevo sexual, e qual a opinião de alguma doutrina e jurisprudência em relação a este assunto, digamos, vago. Para MOURAZ LOPES, são atos sexuais de relevo não apenas os já anteriormente referenciados, como também quaisquer distúrbios de cariz sexual designados de parafilias<sup>128e129</sup>, como por exemplo masoquismo, zoofilia, necrofilia, jogos de urina, froteurismo, desde que praticados sem o consentimento ou vontade dos sujeitos envolvidos.<sup>130</sup> No entanto, não podemos dizer que a coação sexual apenas diz respeito a

---

<sup>127</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, Crimes contra os Costumes, *ob. cit.* p. 1373

<sup>128</sup> Na perspectiva de Jesse Bering, alguns sexologistas têm salientado, desde então, que «parafilia» é na realidade um termo impróprio quando é aplicado a desejos desviantes. preferem usar o mais obscuro «paralagnia», já que lagnia é a palavra grega para desejo sexual. Esta designação é na realidade melhor empregue dado que a questão principal é o que anima os órgãos sexuais das pessoas e não o amor *per si*.” BERING, Jesse, *ob. cit.* p. 170 e cfr: Evidence Regarding the Need for a Diagnostic category for a coercive Paraphilia, in Archives of Sexual Behavior 39, n.º 2, 2010.

<sup>129</sup> A ser desenvolvida oportunamente.

<sup>130</sup> MOURAZ, Lopes, “Os Crimes Contra...” 2.ª edição, *ob. cit.* p. 27

crimes onde constem ‘atos sexuais de relevo’ e a violação de crimes onde haja a cópula, coito anal, coito oral ou o sofrer a introdução vaginal de partes do corpo ou objetos.

No C.P. de 1982, a moldura penal sugerida para estes dois tipos de ilícitos era mais grave quando estávamos perante um crime de violação do que propriamente quando estávamos perante o crime de coação sexual – então designado de atentado ao pudor com violência. Com a reforma de 1995 notou-se uma aproximação entre as duas molduras penais abstratas (de três a dez anos e de um a oito anos, respetivamente), e começou a revelar-se que a violação consistia numa coação sexual especial, com a consequência de que assim se restringia à cópula obtida por violência ou por meios análogos.<sup>131</sup> Sendo assim, o crime de coação e violação constituem o núcleo de proteção da liberdade sexual, a violação consubstancia uma forma mais grave – de especialização - da coação sexual, constituindo nas palavras de FIGUEIREDO DIAS “uma medida da mesma unidade e são, passíveis de tratamento unitário”<sup>132</sup>. Como tal, MIGUEZ GARCIA entende que a melhor forma de conseguir distinguir a coação sexual da coação sexual “qualificada” – violação - consiste em “esta ser concebida como crime de penetração”<sup>133</sup>. Isto porque, para este autor, o ‘ato sexual de relevo’ não inclui cópula ou coitos, pois esses atos estão reservados para o crime de violação, bastando para se consubstanciar este ato de relevo o toque, a apalpação genital, desde que contenha conteúdo sexual. Posição com a qual, humildemente, tecemos o nosso apreço.

A questão de saber qual o bem jurídico que norteia este crime de coação sexual é consensual, vimos que o bem jurídico de autoconfirmação da vida e de práticas sexuais das pessoas é uma categoria mais ampla que ganha autonomia perante a liberdade sexual<sup>134</sup>. Quer isto dizer que cada pessoa adulta tem o direito de decidir a sua vida em matéria e práticas de cariz sexual, sem que ninguém tenha que se imiscuir nesse assunto, desde que sejam partilhadas em ‘privado’<sup>135</sup> e que os intervenientes consentam, caso contrário o direito penal tem legitimidade para intervir. Autores como MAIWALD<sup>136</sup>

---

<sup>131</sup> No crime de coação Sexual o resultado conforma um aspeto “menos grave” por na ordem hierárquica das condutas sexuais (puníveis) o ato sexual de relevo comportar uma menor intensidade do ataque do que o incorporado no ato sexual de relevo qualificado típico (cópula, coito anal) do crime de violação. In GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal Passo a Passo*, Vol. I 2ª Edição, Almedina, 2015.

<sup>132</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, anotação ao art. 163.º in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra editoras, 1999, p. 446

<sup>133</sup> GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal... ob. cit.* p. 55

<sup>134</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, anotação ao art. 163.º *Ob. cit.* p. 445

<sup>135</sup> Citando ‘privado’ *Idem Ibidem*, p. 445

<sup>136</sup> Maiwald *apud, idem ibidem* 445

defendem que os crimes protegem a liberdade sexual negativa perante atos sexuais e não a liberdade positiva para tais atos.

O crime de violação, previsto no artigo 164.º do C.P., protege o bem jurídico da liberdade de determinação sexual, sendo um crime indiferenciado quanto à idade, ao sexo da vítima ou do agente, contudo, a disposição legal deste crime nem sempre foi assim. Na redação original do C.P. de 1982 – anterior artigo 201.º - a vítima do crime só poderia ser uma mulher (“cópula com uma mulher”), sendo os homens excluídos da inclusão na categoria de vítimas<sup>137</sup>. É certo que há uma especialização do crime de violação face ao crime de coação sexual, e esta especialização ocorreu, em tempos, devido ao resultado que tal conduta poderia ter na vítima, nomeadamente naqueles crimes consumados mediante cópula, em que a vítima ficasse grávida do seu abusador<sup>138</sup>, e além do mais, a violação era materialmente extra-conjugal, causando vergonha e embaraço às vítimas. No entanto, tal noção foi alvo de duras críticas por causa da evolução temporal e da facilidade de acesso com que os contraceptivos chegaram às pessoas, mas, na perspetiva de FIGUEIREDO DIAS esta é uma “consequência extra-típica que, por isso, não deve ter influencia nem na especialização do bem jurídico, nem na modelação concreta do tipo legal de crime”<sup>139</sup>. Por sua vez, também a ideia de que a violação era consumada fora do matrimónio ficou ultrapassada, pois, como bem sabemos, o crime de violação inclui-se dentro do seio familiar, e há imensos casos de violação entre cônjuges. O problema que reina aqui, e que tem como consequência a pouca abundância jurisprudencial reside na prova, o quão difícil é fazer prova do crime de violação no seio matrimonial.

Um dos problemas que se coloca à atual redação do 164.º do C.P. é o conceito de “violência”, que parece conduzir a uma bagatela penal, não especificando que tipo de violência subjaz, deixando assim à discricionariedade das autoridades competentes. A par da violência reside ainda a questão do ónus de resistência da vítima, como se esta, ao não defender o seu corpo e a sua autonomia, merecesse ser violada, ou, nas palavras DE CLARA SOTTOMAYOR, como se “a sua liberdade sexual deixasse de ser tutelada pelo direito penal”<sup>140</sup>. O que é necessário ter em conta é que a violência pressupõe, desde logo, a falta

---

<sup>137</sup> BELEZA, Teresa Pizarro, Beleza, *A mulher no Código Penal de 1982*, ob. cit. p. 37

<sup>138</sup> Tais consequências, em regra, não poderiam ter lugar no crime de coação sexual, uma vez que, como dito in supra, na minha conceção os atos sexuais de relevo não integram práticas sexuais consumadas.

<sup>139</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Anotação ao art. 164.º*, ob. cit. p. 467

<sup>140</sup> SOTTOMAYOR, Clara, *O conceito legal de violação*, ob. cit. pp. 274 -275

de consentimento<sup>141e142</sup> da vítima, bastando o consentimento implícito da mesma, a partir do momento em que o agente tem conhecimento que está a praticar o ato sexual contra a sua vontade, ou na perspectiva de ROXIN, quando é exteriormente “visível a falta de anuência da vítima, mesmo que por reações físicas, não sendo necessário expressá-lo por palavras”<sup>143</sup>. Não obstante os casos em que há violações a homens, as vítimas, na sua grande maioria, e para isso concluirmos basta uma breve análise dos acórdãos proferidos, são as mulheres. Como referiu TERESA BELEZA, “o crime de violação simboliza a violência, a imposição brutal, o domínio terrorista do homem sobre a mulher”<sup>144</sup>.

A violência<sup>145</sup> constitui, assim, uma forma de atuação em que, para a realização do ato pretendido se faz uso da força física sobre a vítima de modo a coagi-la à pratica do mesmo.

Na vigência do C.P. de 1888<sup>146</sup>, o STJ defendia que o elemento - violência<sup>147</sup> - deveria estar preenchido sempre que o ato fosse praticado contra ou sem a vontade da vítima<sup>148</sup>. A limitação do conceito de violência é fundamental, pois a diferença entre a equiparação da violência à ausência de vontade da vítima ou a sua oposição traduzem, em termos práticos, na absolvição ou não do arguido. Na perspectiva de FIGUEIREDO DIAS, o “meio típico da coação é pois, antes de tudo, a violência, existindo esta quando se aplica a força física (como *vis absoluta* ou como *vis compulsiva*), destinada a vencer uma

---

<sup>141</sup> A legitimação da força justificante do consentimento provém da intenção político-criminal de fazer com que em certos casos, perante a vontade de auto-realização do titular do bem jurídico, o direito penal permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário da preservação desse mesmo bem jurídico e acaba assim, por lhe conferir prevalência. In DIAS, Direito, *ob. Cit.* p. 502 e Vide ainda ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora 1991, p. 537

<sup>142</sup> Para Costa Andrade, a partir do momento em que há consentimento não pode dizer-se preenchido o crime de violação. O consentimento enquanto causa de justificação que irá excluir a ilicitude. In ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento do ofendido*, in Para uma nova justiça penal, Coimbra, 1983, p. 100

<sup>143</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, 1997, p. 530

<sup>144</sup> Cfr: BELEZA, Teresa, *Mulheres, Direito, Crime - Perplexidade de Cassandra* – Lisboa, 1993 p. 283.

<sup>145</sup> Na perspectiva de Simas Santos o conceito de violência “pressupõe a falta de consentimento do sujeito passivo que deve manifestar-se por inequívoca resistência, não bastando uma platónica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte, a não ser que essa passividade seja gerada por um trauma físico ou psíquico, ou pelo convencimento da inutilidade de prolongar a resistência.” vide SANTOS, M. Simas, HENRIQUES, M. Leal, *Código Penal*, II volume, 2ª edição, Rei dos Livros, 2004, anotação ao artigo 164.º

<sup>146</sup> SOTTOMAYOR, Clara, *ob. Cit.* A autora critica o facto de a expressão “violência” ser empregue ao longo destes tempos e sem alterações significativas, já que “Esta configuração da violação já vigorava no Código Penal de 1886 e atravessou todas as reformas sem alterações significativas, sinal de que o legislador não esteve atento à tutela da autodeterminação sexual em toda a sua amplitude, fruto de uma época que, preocupada em combater a repressão sexual, entendeu a liberdade sexual como uma liberdade contra intervenções excessivas do Estado nos costumes e não como a liberdade sexual negativa individual das mulheres contra os homens, que tiveram, durante séculos, direito sobre o seu corpo”, p.274

<sup>147</sup> In Dicionário de Língua Portuguesa, 7ª edição, Porto Editora, p.1867, “a qualidade ou estado do que é violento, força empregada contra o direito natural de alguém; potencia, coação”

<sup>148</sup> Neste sentido vide *Acórdão STJ de 07/10/1964, proc. n.º 042034*



resistência oferecida ou esperada”.<sup>149</sup> Para MOURAZ LOPES, o n.º 2 do artigo 163.º do C.P. encontra-se reservado para os atos sexuais praticados com a ausência de consentimento da vítima, já que o n.º 1 do supra referido artigo, apenas diz respeito a situações consideradas mais graves, onde além da falta de consentimento, subsiste a violência e a ameaça grave<sup>150</sup>. No meu entender, o conceito de violência no artigo 164.º do C.P., além da violência física exercida mediante coação, deve incluir ainda a violência psíquica.

Em suma, o entendimento da doutrina já começa a ser unânime e consolidado quanto ao conceito de violência empregue num crime de violação, nomeadamente, “comete o crime de violação o agente que fecha a ofendida num compartimento e, usando a força, tenta ter com ela relações sexuais; são atos de execução do crime de violação, os de agarrar a vítima, traçá-la pelas costas, empurrá-la, arrastá-la à força desde a casa dela para o interior da sua, atirá-la para cima da cama..., deitar-se sobre ela, desapertar as calças, baixar as cuecas, de forma de deixar à vista a zona pubiana e apontar o seu pénis... penetrando-a”<sup>151</sup>.

No entanto, temos que ter atenção redobrada, pois ao olhar para a secção onde se encontram os crimes contra a liberdade sexual, como, posteriormente iremos desenvolver, eles não se perpetuam apenas nos adultos, e sim também nos menores, podendo, induzir em erro ao pensar que os menores têm uma categoria privilegiada para eles, na secção II do C.P., e por isso a secção I abrange a penas os adultos.

Chegados aqui, vimos que o que releva na fronteira entre o cometimento dum crime contra a liberdade sexual e a prática corriqueira de atos sexuais entre duas pessoas é o consentimento.

---

<sup>149</sup> Segue, na mesma perspetiva, o *Acórdão STJ de 25/11/92*, a violência no crime de violação «tem de se traduzir na prática de atos que tenham como resultado constringer a vítima a suportar uma conduta que não quer, numa construção da figura em que o constringimento corresponde a um ter de suportar uma determinada atuação, contra a vontade e sem possibilidade do exercício de uma reação com recurso aos meios normais de defesa contra tal.»

<sup>150</sup> Para este autor, a vítima não é portadora de um ónus de resistência, isto porque, pode haver um consentimento que não é livre por intermédio da coação ou ameaça, que visa assim evitar atos de violência física. Este autor, tenta fazer coincidir o crime de violação com a falta de consentimento. In LOPES, Mouraz, *Os crimes contra, ob. cit.* p. 49 ss

<sup>151</sup> GONÇALVES, Rui Abrunhosa, *Violência e Vítima de crimes, vol. I – Adultos*, Coimbra, 2ª edição, p. 136

## 1.1 – O consentimento

O consentimento só é relevante nos crimes contra a liberdade sexual e não nos crimes contra a autodeterminação sexual, como, posteriormente iremos apurar. Logo, resta-nos saber que consentimento é este.

O consentimento encontra-se previsto no artigo 38.º do C.P. e é uma causa de exclusão da ilicitude<sup>152</sup>, à semelhança das demais causas previstas no artigo n.º 31.º do C.P.. Cumpre ressaltar que o elemento subjetivo (comum) das causas de justificação consiste no conhecimento da situação objetiva justificante por parte do agente no momento em que se pratica o facto típico. Faltando assim este elemento, não há causa de justificação.

O consentimento tem uma larga e variada história, surgindo assim pela primeira vez no digesto Ulpiano (ano 170-228 d.C.) com a seguinte redação: “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, abrangendo assim a injúria, não só em sentido estrito como também qualquer lesão que interferisse com direitos de personalidade<sup>153</sup>, ou seja, não há nenhum ilícito se a intervenção na esfera jurídica alheia está em concordância com a vontade do seu titular.

A legitimação da força justificante do consentimento provém da intenção político-criminal de fazer com que em certos casos, perante a vontade de auto-realização do titular do bem jurídico, o direito penal permita que essa vontade se sobreponha ao interesse comunitário da preservação desse mesmo bem jurídico e acaba assim, por lhe conferir prevalência<sup>154</sup>. Se a vontade do titular do bem jurídico for consentir, esse consentimento deve ser equiparado ao perdão<sup>155</sup>. O fundamento assenta na autonomia do portador do bem jurídico e na possibilidade dele o dispor livremente, de modo que, em regra, não é ilícito o comportamento consentido que lese esse bem jurídico, não obstante o

---

<sup>152</sup> O direito penal não é uma ciência abstrata, pelo contrário, existe para se aplicar às situações concretas da vida social. Como tal, um facto que constitui um tipo de ilícito, pode, em concreto, por força das circunstâncias em que é praticado, transformar-se num facto justificado, aprovado pela ordem jurídica e, portanto, não ser considerado ilícito, não obstante continuar a ser típico, tal como refere CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal - Parte Geral*, Coimbra Editora, 2ª edição, 2014, p.257

Não podemos ver a causa de justificação como uma exceção, como uma renúncia ou falha do direito penal. A autorização da prática de uma conduta típica mas não ilícita deve-se à proteção do interesse ou bem jurídico que, num determinado momento ou situação concreta, é considerado mais valioso e como tal, merecedor de uma maior proteção por parte do legislador e tolerância por parte da comunidade.

<sup>153</sup> Honig *apud*, ROXIN, Claus, *Derecho Penal – Parte Geral*, Tomo I, 1997, p. 511

<sup>154</sup> Neste sentido, Germano Silva, “o consentimento só constitui causa de justificação quando constitua uma circunstância exterior ao tipo legal e a ordem jurídica considere que a renúncia pelo titular do bem protegido à sua proteção merece relevância em termos de afastar a tutela contra a própria vontade do titular do bem”. SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português – Parte Geral*, 2005, p. 140

<sup>155</sup> SANTOS, M. Simas, HENRIQUES, M. Leal, *Noções elementares de Direito Penal*, Porto, 2009, p. 100

consentimento surgir como colisão de interesses jurídico-penais, o que faz com que haja uma antinomia entre o interesse da comunidade na preservação de bens jurídicos e o interesse da auto-realização do titular do bem-jurídico lesado, da sua autonomia pessoal e da sua vontade.

Pelo disposto *in supra*, o consentimento não será um negócio<sup>156</sup> nem uma renúncia à tutela penal, como foi apontada<sup>157</sup>. Estaremos assim perante dois polos: o sistema pessoal (autorrealização) e o sistema social (tutela do direito penal),<sup>158</sup> e este só

---

<sup>156</sup> Vide Zitelmann, que via o consentimento como um negócio jurídico (unilateral) por parte do ofendido, consentindo este a lesão ao seu bem jurídico, ZITELMANN, Ernst, *Ausschluss Der Widerrechtlichkeit* (1906), p. 56 *apud* Dias, Figueiredo, *Direito Penal, ob. Cit.* p. 471

<sup>157</sup> Vide WELZEL, *ob. Cit.* p. 99. Este autor afirma que o consentimento é uma renúncia à proteção do direito penalmente tutelado.

<sup>158</sup> Roxin tem uma posição vincada e delimitada quanto à função do consentimento: o consentimento assume-se como forma de exclusão do tipo e não da ilicitude. Assenta assim a sua convicção nos ideais da teoria liberal do bem jurídico, pois os bens jurídicos consubstanciam uma forma de atuação livre do seu proprietário e, como tal, não pode existir uma lesão desse bem jurídico quando uma ação tem por base a vontade do seu titular, pelo contrário, constitui uma manifestação da sua autorrealização. Sendo que a concordância da vítima anula uma razão para omitir ou realizar determinada ação.

Por sua vez, na perspetiva da doutrina coimbrã, o consentimento releva apenas para a exclusão da ilicitude, ou antijuridicidade, caso não fosse o que consta no art. 38.º do C.P., pois “o consentimento exclui a ilicitude do facto”, não se referindo, portanto, à tipicidade. Constitui por isso ponto assente pela teleologia da norma que o consentimento justifica a ilicitude, no entanto, no direito comparado, esta questão levanta muita divergência.

No direito comparado brasileiro, a opinião de alguns autores diverge quanto à admissibilidade, ou não, do consentimento como causa de justificação da ilicitude.

A primeira doutrina apresentada é a de que o consentimento não constitui uma causa de justificação, neste sentido Zaffaroni refere o seguinte: “O artigo 23.º do C.P. brasileiro dispõe como causas de exclusão da antijuridicidade o estado de necessidade, a legítima defesa, o cumprimento de um dever legal e o exercício regulamentar de um direito.”, não havendo assim espaço para o consentimento. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 2004 p. 565. Em sentido contrário e no mesmo ordenamento jurídico, Gustavo Ávila “O consentimento como causa excludente da ilicitude, numa compreensão que vigora até hoje.” Este autor salienta dois tipos de consentimento que se assemelham à dogmática jurídico-penal em Portugal, nomeadamente, o consentimento real/efetivo e o consentimento presumido, alargando especificamente este último nas intervenções médico-cirúrgicas. In ÁVILA, Gustavo e POZZEBON, Fabrício, *Crime e Interdisciplinaridade*, Porto Alegre, 2012, p. 332; Ou seja, o consentimento não tem previsão expressa no código penal brasileiro, como exclusão da ilicitude, mas a verdade a doutrina muito se debate quanto à sua admissibilidade implícita, como por exemplo Fernando Galvão que salienta a “melhor compreensão sobre o conteúdo material da ilicitude levou os penalistas nacionais a reconhecerem que as causas de justificação não se limitam aos casos expressamente previstos em lei, admitindo-se a existência de causas supralegais de exclusão da ilicitude. O consentimento expresso do ofendido pode e deve ser reputado, entre nós, uma causa supralegal de justificação”, isto faz com que o consentimento no ordenamento jurídico brasileiro é acolhido pela doutrina e jurisprudência. In GALVÃO, Fernando, *Direito Penal - Parte geral*, Belo Horizonte, D`Plácido, 2007. p.214 e 320

No direito comparado italiano temos no artigo 50.º do C.P o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, “non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre”. No entanto, esta disposição se encontra limitada nas palavras de Dolcini, e Marinucci, “o consentimento releva apenas naqueles casos em que os factos possam ser justificados pelo direito penal e visem uma tutela do interesse exclusivo do mesmo”. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, p. 202 e no mesmo sentido GIUSTI, G. in *Trattato di Medicina Legale e Scienze Affini*, Volume 4, 2009, p. 485

No Ordenamento Jurídico Alemão é de denotar uma especificação dada ao consentimento, pois este não se inclui na parte geral do C.P. e sim na parte especial, mais concretamente no §228, que só se remete às ofensas à integridade física, ou seja, o consentimento atua como causa de exclusão da ilicitude, e só é admitido no âmbito das lesões corporais, desde que a ação não contrarie os bons costumes. No mesmo

será eficaz se se virem cumpridos os seus pressupostos de eficácia, enumerados ao longo do art. 38.º, nomeadamente: 1 – caracter pessoal e a disponibilidade do bem jurídico lesado, 2 – Não contrariedade aos “bons costumes”, 3 – Ato de autodeterminação, 4 – O conhecimento do consentimento.

Dispõe o n.º 1 do art. 38.º que o consentimento tem que se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis. Os bens jurídicos livremente disponíveis são aqueles que são livremente disponíveis pelo seu titular e por isso sempre que a concordância assuma forma de consentimento deve considerar-se relevante, exemplo disso é a liberdade sexual. Por sua vez os bens jurídicos absolutamente indisponíveis, são aqueles que o seu portador não pode dele dispor livremente por ter carácter legalmente consagrado e dizer respeito, não só ao portador do bem jurídico, como também à comunidade em si, isto é, o bem jurídico deixa de estar confinado exclusivamente à vontade de auto-realização do seu titular, v.g. a vida.

Os bons costumes sabemos que é um conceito vasto e até certo ponto indeterminado, entende-se ser um elemento normativo do tipo que remete para uma valoração global sobre a ilicitude da conduta à luz dos valores tutelados pelo direito penal<sup>159</sup>. Logo, o facto consentido não deve ofender os bons costumes. É necessário saber que a referida cláusula, *infra*, não assenta na moral<sup>160</sup>, sendo que ela será capaz de ditar a ineficácia do consentimento quando o facto que foi consentido contenha uma gravidade e irreversibilidade tal, que leve a que, apesar da disponibilidade do bem jurídico, a lei valore a sua lesão e conseqüente punição (a lesão tem que contender com o modo de ser da pessoa humana) em detrimento da autorrealização do seu titular.

Para que vejamos cumprido outro pressuposto de validade do consentimento, este não pode assentar sob condutas que contrariem os bons costumes. O que faz com que coloquemos a questão de saber, se com tudo o que foi dito até agora, esta cláusula (limitativa) dos bons costumes não é um elemento que tem ultrapassado várias gerações legislativas e que deveria ser retirado. A meu ver não, pois entendo que a cláusula continua a manter válida uma réstia de moral e validade, legítima aos olhos dos seus destinatários, mesmo que o seu elemento essencial não se baseie no íntegro respeito pela

---

sentido, para Welzel, o consentimento é uma causa de justificação da antijuridicidade e também da tipicidade, mas releva apenas nas lesões corporais. WELZEL, ob. Cit. p. 99

<sup>159</sup> ALBUQUERQUE, *Ob. Cit.* p. 195

<sup>160</sup> Na ordem disto esteve em causa a oposição do sentimento comunitário dominante, vg. a certas práticas masoquistas de carácter sexual ou a interrupção consentida da gravidez (que atualmente é voluntária e legal). In DIAS, *Direito penal ... ob. Cit.* p. 481.

moral, principalmente no que aos crimes sexuais diz respeito, pois, como sabemos, apesar de ter sido uma das grandes ambições da reforma penal de 1995, a moral não se desassociou do direito de forma total, pelo contrário, continua a haver uma linha ténue entre os crimes sexuais e a moral.

Outro pressuposto de validade do consentimento diz respeito à autodeterminação<sup>161</sup>, que está intrinsecamente ligada com a capacidade, ou seja, quem consente tem que ter capacidade para tal e tem de o fazer de forma livre e esclarecida. Contudo tal capacidade não se auferê pelas normas jurídico-civis, sendo apenas exigível que quem consente tenha maturidade e o discernimento suficientes para avaliar o significado do consentimento, o sentido da ação e a sua consequência no âmbito da ilicitude penal. Segundo o postulado no número 3 do artigo 38.º C.P., só será válido o consentimento se for prestado por quem tiver mais de 16 anos<sup>162</sup>. O portador do consentimento deverá ainda estar devidamente esclarecido das consequências do seu consentimento e das possíveis lesões que lhe será devido, e ainda terá que ser pautado pela eficácia, *rectius*, não pode padecer de nenhum vício de vontade. Estes vícios de vontade estão presentes no crime de coação e de violação, através do uso da força e da violência, sendo, provavelmente o pressuposto que se vê imediatamente rompido por estarem preenchidos os requisitos de punibilidade presentes nestes ilícitos penais. O legislador em 2007 aumentou a idade a partir do qual é possível falar num consentimento válido e eficaz em matéria penal, passando assim dos catorze para os dezasseis anos, com o entendimento de promover uma tutela mais intensa e adequada dos menores, pois não se compreendia que uma criança de catorze ou quinze anos tivesse o discernimento e maturidade necessários<sup>163</sup> para poder prestar o seu consentimento. Contudo, vamos explicar de forma mais explícita o que sucede quando o menor alcança a idade de dezasseis anos: antes desta idade não é reconhecido, ao menor, autonomia suficiente para ultrapassar, por sua vontade, a proteção de bens jurídicos sobre os quais não possa deles dispor livremente, e ainda, não tem capacidade para acordar relativamente a condutas que possa dispor, que atentem aos bens jurídicos e que se encontrem limitadas pela cláusula dos bons costumes.

---

<sup>161</sup> A Autodeterminação como pressuposto de eficácia do consentimento será oportunamente e materialmente aprofundado

<sup>162</sup> Para mais *vide* WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations, Cambridge studies in philosophy and law*, Cambridge, University Press, 2003, p. 215

<sup>163</sup> SCHULHOFER, Stephen, *Taking sexual seriously: rape law and philosophy*, Vol. 11, Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 69.

O conhecimento do consentimento é o mínimo denominador comum da causa de justificação, pois constitui a exigência subjetiva indispensável à exclusão da ilicitude<sup>164</sup>, ou seja, “adequada informação é um pressuposto da validade do consentimento<sup>165</sup>”. Dispõe o número 4 do art. 38.º que se o consentimento não for conhecido do agente, este irá ser punido com a pena aplicável à tentativa.<sup>166</sup>

Chegados aqui, podemos verificar que o consentimento<sup>167</sup> (e todos os seus elementos de validade) constitui causa de exclusão da ilicitude, não punindo por isso as relações sexuais entre duas pessoas desde que haja o consentimento de ambas, pois o ato por eles praticado não é típico. Sendo assim, o ato sexual praticado por menor de 16 anos que preste o seu consentimento é ineficaz aos olhos da lei.

## 1.2 – Acordo ou consentimento?

Segue-se falar do acordo, enquanto figura controversa quanto ao seu conteúdo e nem sempre autonomizável do consentimento. Isto porque a conceção que vigora na doutrina coimbrã é um paradigma dualista, isto é, existe um consentimento que exclui a ilicitude – enquanto causa de justificação – e um acordo que exclui o tipo. Este paradigma emana de uma conceção realista, pois, apesar de um ato ser justificado, isso não irá fazer com que haja uma inexistência da lesão do bem jurídico<sup>168</sup>, *rectius*, a conduta deixa de ser ilícita, mas continua a estar tipificada na lei. GEERDS<sup>169</sup> foi o primeiro autor a evidenciar um paradigma dualista originado pela absoluta diferenciação entre acordo (Einverständnis) e consentimento (Einwilligung). No entanto a compreensão normoteórica e onto-antropológica implica uma distinção entre ambas, onde não deve haver a renúncia de uma face à outra.

---

<sup>164</sup> DIAS, *Ob. Cit.* p. 393

<sup>165</sup> Cfr: Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-11-14, proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1

<sup>166</sup> No entanto, é quanto a este último aspeto que as vozes doutrinárias se fazem ouvir, entrando assim em discórdia. Isto porque resta saber se o n.º 4 remete para o regime da tentativa ou apenas para a pena aplicável à tentativa, havendo até doutrina que considere o n.º 4 do referido artigo um corpo estranho no sistema do C.P., de difícil compreensão e aplicação.

Para Figueiredo Dias, quando o consentimento não é conhecido do agente, aplica-se o regime da tentativa e não a pena, isto porque e fazendo uso das suas palavras “se o legislador entendeu não punir a tentativa de um certo crime, não se vê porque sejam maiores o desvalor de ação e o dolo em casos de comportamentos objetivamente justificados do que o são em caso de, por qualquer razão exterior, o resultado ter acabado por não se verificar.”

<sup>167</sup> Vide ANDRADE, Manuel da Costa, O consentimento do Ofendido *ob. cit.* p. 110

<sup>168</sup> GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito penal*, 2015, p. 115

<sup>169</sup> GEERDS, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetz Entwurf*, 1960, p. 42 *apud* ANDRADE, *Consentimento, ob. Cit.* p. 142

O consentimento e o acordo são diferentes tanto no plano teleológico-axiológico como no plano prático-normativo, adverte Costa Andrade<sup>170</sup>, tendo, no entanto, a preocupação de acentuar que “os nomes são seguramente o menos importante”<sup>171</sup>, pois o consentimento reporta-se à lesão do bem jurídico tipicamente protegido, enquanto o acordo acaba por evidenciar a realização e autonomia da vontade expressa na lesão desse mesmo bem jurídico.

O acordo que exclui o tipo<sup>172</sup> é uma posição pragmática que não está juridicamente regulada, e é tido como uma manifestação de vontade que mediatiza a realização positiva, e porventura a mais autêntica, dos bens jurídicos pertinentes, fazendo assim com que a ação, antes de lesar o bem jurídico, contribua para a sua perfeita realização<sup>173</sup>. Nestes casos a referida ação contra a vontade do lesado é o elemento objetivo do crime e a sua autodeterminação pessoal é o único objeto de proteção da norma, como por exemplo nos crimes contra a propriedade, a liberdade a liberdade sexual (a dissuasão penal em matéria de relações sexuais só tem praticamente a ver com o constrangimento ou a imaturidade do parceiro), o domicílio<sup>174</sup><sup>175</sup> e a privacidade.

O acordo ‘encaminha’, em bom rigor, para o mesmo lado o sistema pessoal e social, ou seja, faz com que estejam ambos em concordância, já o consentimento, à *contrario sensu*, levanta o problema imanente de ambos os sistemas, pois faz com que haja a preponderância do sistema pessoal (autorrealização) ao social (proteção do bem jurídico lesado).

Passemos agora à análise das diferenças latentes entre o acordo e o consentimento que foram, assertivamente, enunciadas por Roxin: a primeira diferença refere que o acordo é uma manifestação de uma vontade interna do portador ao passo que no consentimento se exige uma vontade que seja reconhecida para o exterior, tal como refere o n.º 2 do art.º 38 (“vontade esclarecida”); na segunda dissemelhança, o acordo pressupõe uma vontade natural do portador, mesmo que esta não

---

<sup>170</sup> ANDRADE, Costa, *Consentimento...* ob. Cit. pp. 142 e 143

<sup>171</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento em Direito Penal Médico*, in *RPCC*, Ano 14, n.ºs 1 e 2, p. 122

<sup>172</sup> O tipo que apresenta-se, sobretudo, como um tipo de garantia, ou seja, um conjunto de elementos que a lei tem que referir para que se cumpra com o princípio “*nullum crimen, nulla pena sine lege*”, DIAS, *Direito Penal*, ob. Cit. p. 284

<sup>173</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 474

<sup>174</sup> Neste sentido *Vide Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 14/7/2008, proc. n.º 0812103* “Trata-se de um caso de acordo que exclui a tipicidade”

<sup>175</sup> Em sentido contrário *Vide Ac. Tribunal da Relação de Évora de 17/03/2015, proc. n.º 880/12.7TALLE*, que entende que quando há a violação de domicílio releva o consentimento e não o acordo.. Posição com a qual não concordo.

tenha a capacidade ou maturidade, por sua vez, no consentimento, tal como resulta da letra da lei, tem que haver uma maturidade e discernimento para avaliar as consequências do seu consentimento, bem como uma idade mínima para poder prestá-lo; A próxima distinção diz respeito aos vícios da vontade, visto que, em regra, o acordo não padece de vícios, mas como analisarei mais adiante, o consentimento está limitado por alguns deles que são capazes de ditar a sua ineficácia; por fim, a quarta diferença prende-se com a cláusula dos bons costumes<sup>176</sup>, pois ao contrário do que sucede com o consentimento, o acordo não comporta nenhuma cláusula, limitativa, dos bons costumes porque a lei assim não o prevê e seria de certo modo incongruente, tendo em conta que os bons costumes valem como expressão que irá regular dois polos. Tendo em conta que no acordo existe harmonia entre esses dois polos, não faz, pois, sentido a existência de tal cláusula, uma vez que existe a congruência da autonomia e da tutela penal<sup>177</sup>.

A liberdade sexual é um bem jurídico pessoal, por isso, em face de crimes cuja proteção se reconduza a este bem jurídico, o acordo traduz a adequação social da conduta do agente e, assim, a subtração do caso concreto do âmbito de tutela em abstrato da norma. Contudo, como sabemos, isto sofre alterações quando estamos perante bens jurídicos supra-individuais, pois aqui exclui-se a possibilidade de acordo, uma vez que a vítima não tem autonomia para afastar a tipicidade da conduta praticada. No entanto, nada impede que possamos tentar solucionar a vontade da vítima em sede de tipicidade e ponderar uma solução em sede de justificação da conduta, pois mesmo tendo-se excluída a possibilidade de acordo não se exclui a possibilidade de consentimento<sup>178</sup>.

Posto isto, resta-nos colocar a questão de saber se podemos falar de um acordo ou de um consentimento quando estamos no âmbito de crimes sexuais. Propugnamos o entendimento de que, e voltando a frisar que não há, em concreto, uma separação entre ambos os bens jurídicos, o acordo prevalece nos crimes contra a liberdade sexual, enquanto o consentimento deve permanecer nos crimes contra a autodeterminação. Isto porque, nos crimes contra a liberdade sexual, há um acordo das partes que afasta o tipo e não é considerado crime, mas nos crimes contra a autodeterminação sexual não há um acordo, há um consentimento prestado, que se torna ineficaz e jamais deveria ser considerado válido, que provoca uma lesão do bem jurídico tipicamente protegido.

Com isto, defendemos que o consentimento a nível sexual consagrado nos crimes

---

<sup>176</sup> ANDRADE, Costa, *Consentimento*, ob. Cit. p. 537

<sup>177</sup> ROXIN, *Derecho*, ob. Cit. p. 513 ss

<sup>178</sup> ALFAIATE, Ana Rita, *Ob. Cit.* p. 104



contra a autodeterminação sexual, em especial o previsto no art 172.º do C.P., não deveria ser considerado válido, pois além de haver um desacordo com a própria lei que prevê no art. 38.º C.P., como idade mínima, os 16 anos, há um desvalor do menor que com 14 anos não tem que prestar consentimento, sendo o mesmo considerado ineficaz aos olhos da lei, contrariamente ao defendido por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que considera que os “crimes contra a autodeterminação são crimes cometidos contra menores de modo consensual, isto é, com o consentimento destes.”<sup>179</sup>

O grau de maturidade ou capacidade adquiridos pelo menor no momento da prática do facto não são os únicos fatores que influenciam o discernimento para o acordo e para o consentimento, associam-se igualmente as circunstâncias externas que podem viciar a formação da vontade. A análise do acordo e do consentimento obedece, nas palavras de ANA RITA ALFAIATE, a um juízo de atualidade e concretude. “Primeiro, é preciso que a vontade manifestada seja formada atendendo à situação concreta; depois, é imprescindível que o juízo do menor seja atual. Deste modo, o acordo de um menor para uma relação sexual no dia x, não pode ser presunção de acordo para uma nova relação sexual, posterior, no dia y. E o seu consentimento para uma participação num filme hoje não pode dispensar o seu consentimento para uma participação num filme daqui a um mês. Cada vontade é formada para uma atividade e esgota-se nela.”<sup>180</sup>

O problema não se esgota aqui e coloca-se a seguinte questão: se os menores estão protegidos pela liberdade sexual, como é que no abuso sexual não se exige a sua oposição? Releva-se aqui imperativo saber se o legislador pretendeu retirar aos menores o bem jurídico da liberdade sexual. A doutrina divide-se segundo duas orientações distintas: a) alguns autores entendem que os menores não dispõem da sua liberdade sexual, por não terem capacidade, pelo que o bem jurídico tutelado não será nem a liberdade nem a autodeterminação sexual; b) outros defendem que, apesar dos menores de 14 anos disporem da sua liberdade sexual, a lei estabelece uma presunção iuris et de jure de que não têm capacidade para a exercer, dada a sua imaturidade,<sup>181</sup> ponto esse que desenvolveremos oportunamente.

Voltando ao acordo prestado pelos menores, subsistem apenas duas circunstâncias que permitem que o acordo por estes prestado, com idade inferior a catorze anos, seja

---

<sup>179</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, ob. Cit. p. 502

<sup>180</sup> ALFAIATE, Ana Rita, Ob. Cit. p. 110

<sup>181</sup> LEITE, Inês, Pedofilia, ob. cit. p. 29

considerado eficaz, ou seja, a conduta não seja considerada crime. São elas o facto de o ato ser praticado entre dois menores, não vislumbrando assim qualquer abuso de inexperiência por parte de nenhuma das partes; e o contexto sociocultural em que o ato foi praticado. Se o ato for praticado por dois menores que partilhem da mesma idade, ou de idades relativamente próximas, não podemos falar de crime ou de abuso sexual, pois não há um abuso da inexperiência de uma criança face à outra, pelo contrário, há sim um descobrir da sexualidade, um desenvolver da autodeterminação sexual, não havendo assim agressores ou vítimas, onde o direito penal se deve manter alheio, a menos que haja a presença de um adulto a filmar tal descobrir da sexualidade. Contudo, quando se fala aqui de menores de catorze anos, falamos em crianças que estão no pleno despertar da sua sexualidade, no descobrir das coisas, e não em bebés com dois ou três anos de idade. Imaginemos, se uma criança de onze anos abusar de uma criança de três anos, a situação muda de figura, e esta criança mais crescida necessitará da intervenção do direito, e é para isso que serve a Lei Tutelar Educativa, que culminará no internamento num Centro Educativo, com a finalidade de educação e adaptação sociais e sexuais através de programas escolares, sociais e de psicologia. Pelo que, no entendimento da doutrina, para não haver abuso sexual, a diferença de idades entre crianças não deve ultrapassar os seis anos<sup>182</sup>.

Em relação ao outro pressuposto que o direito penal “aceita” em compreender-se como alheio, trata-se do contexto sociocultural em que o ato sexual ocorreu. Vejamos, por exemplo, a étnia cigana. Sabemos que eles têm regras e estilos de vida diferentes dos nossos, casam cedo<sup>183</sup>, às vezes cedo demais, com quinze ou dezasseis anos unem laços<sup>184</sup>. Estamos, assim, perante uma adequação social da conduta que tem de atender ao meio em que esta se insere, pelo que será possível não encontrar crimes entre atos sexuais praticados com menores, desde que haja sempre a sua anuência ao ato praticado, mesmo que o sujeito ativo seja maior de idade. O direito penal, tendo em conta este contexto social, deverá, portanto, abster-se de punições.

---

<sup>182</sup> Na perspectiva de ARAÚJO, António, *Crimes Sexuais contra Menores*. Entre o Direito Penal e a Constituição, Coimbra Editora, 2005, p. 405

<sup>183</sup> Em Portugal só é permitido casar a partir dos dezasseis anos, tal como consta da alínea a) do art. 1601.º do C.C.

<sup>184</sup> LOCATELLI, Moacir António, *O acaso de uma cultura: Uma Análise Antropológica dos Ciganos*, Santa Rosa-RS : Barcellos Livreiro e Editor, 1981, p. 66

## 2. O Bem jurídico protegido nos crimes contra a autodeterminação sexual

### 2.1 – O abuso sexual de menores

O bem jurídico protegido nos crimes contra menores não é tão linear como aquele que afirmamos ser nos crimes contra adultos, há uma divergência quanto ao bem jurídico protegido em causa. Nas palavras de ANA RITA ALFAIATE, com as quais concordo plenamente, “o problema suscita-se com maior propriedade, bem é de ver, nas situações de crimes contra menores. Primeiro, em consequência do dinamismo da sua experiência da sexualidade, já necessariamente mais estabelecida nos adultos, e depois pelo desvalor autónomo das condutas relativamente ao desenvolvimento do menor e pela definição difícil dos limites de proteção da sua sexualidade perante terceiros.”<sup>185</sup>

Apesar de alguns autores<sup>186</sup> dizerem que não há, em concreto, uma divisão – ou digamos separação - entre o bem jurídico protegido nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes contra a autodeterminação sexual, posição com a qual não nos identificamos, a verdade é que, apesar de ambos protegerem um conceito muito íntimo da esfera particular e privada da vida de cada um, o bem jurídico protegido pelos crimes contra a autodeterminação sexual é o livre desenvolvimento da personalidade das crianças na sua esfera sexual, psicológica, o direito a ser criança. Devemos orientar-nos no sentido de que o bem jurídico autodeterminação sexual é uma conceção ampla do bem jurídico liberdade sexual, uma vez que este último tem uma amplitude suficiente para abarcar não só os crimes contra adultos, como também os crimes contra menores, com algumas particularidades que posteriormente iremos desenvolver.

O certo é que os atos sexuais praticados com menores de diferentes idades são alvo de uma censura penal diversa, isto porque o legislador tem em conta os diferentes estádios de evolução e desenvolvimento emocional e físico do menor, e a prática de atos sexuais com um menor prejudica o seu desenvolvimento global, ou seja, o menor não é livre para se decidir em termos de relacionamento sexual<sup>187</sup>, visando assim uma proteção da juventude e do seu livre desenvolvimento.

---

<sup>185</sup> ALFAIATE, Ana Rira, Ob. cit. p. 71

<sup>186</sup> Neste âmbito vide DIAS, Jorge de Figueiredo, Nótula antes do art. 163.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª Edição, p. 441.

<sup>187</sup> BELEZA, Teresa, in *Jornadas de Direito Criminal*, Revisão do Código Penal 1996, Volume I, CEJ p. 169.

Mas em concreto, do que se trata o abuso sexual de menores? É uma forma de atentado e abuso infantil em que alguém com idade superior à do menor utiliza-a para estimulação sexual, e isso inclui pressioná-la a envolver-se em atividade de cariz sexuais, que muitas vezes não tem conhecimento, por falta de maturidade, exposição indecente do seu próprio corpo, tudo para a satisfação do agente, onde a criança cede, por causa da sua inocência.

No percorrer desta II seção vimos que a idade do menor não é estanque, pelo contrário, varia, pois temos no artigo 171.º a idade compreendida até aos catorze anos e posteriormente, no artigo 172.º, sob a epígrafe de “abuso sexual de menores dependentes”, onde a faixa etária dos menores se situa entre os catorze e os dezoito anos; no artigo seguinte prevê-se o crime tipificado como “atos sexuais com adolescentes”, cuja idade abrangida é dos catorze aos dezasseis anos; por fim, no artigo 174.º do C.P, os menores protegidos contra o recurso à prostituição são aqueles que tenham entre catorze e dezoito anos, não obstante os demais artigos que relevam de forma similar este último tema.

Resta-nos saber o motivo desta relevância da tutela penal da idade do menor, como forma de permitir, ou melhor, como forma de ser válido o consentimento por ele prestado para a prática de atos sexuais, que aos olhos da lei, e entre adultos, será considerado válido. Os limites de idade impostos pela lei são meramente indicadores, isto porque não poderemos dizer, ao certo, quando é que o menor atinge o discernimento necessário ou a maturidade sexual exigida para a prática de tais atos. Estes, simplesmente, vão florescendo com o tempo, na medida que a maturidade não é um marco adquirido com o cumprir de uma certa idade, existindo autores que defendem que menores com a mesma idade têm diferentes graus de amadurecimento e maturidade.<sup>188</sup> Mas este limite, que na lei portuguesa consta de 14 anos, é uma forma de assegurar e acautelar a segurança dos menores que, por impulso da idade, julgam saber o que fazem, ou ainda, para protegê-los não deles mesmos mas de terceiros com intenções maliciosas que os levam a crer, através de promessas apalavradas, que algo dura para sempre, ou até mesmo, os forcem a serem objetos do seu ímpeto sexual, como se de mini adultos de tratassem.

---

<sup>188</sup> Neste Sentido, vide: HORSTKOTTE, “*L’âge et les conditions du consentement dans le domaine sexuel*”, in *Études relatives à la recherche criminologique. Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*, vol. XXI, 1984, p. 186.

Desta forma, ao perfazer 16 anos<sup>189</sup>, o menor alcança a maioridade penal e a idade viripotente<sup>190</sup>, o seu consentimento passa a ser considerado eficaz (desde que respeite os pressupostos do art. 38.º, n.º 3), é-lhe assim atribuída legitimidade processual ativa (através do exercício do direito de queixa), a idade deixa de ser considerada uma agravante de certos crimes (art. 177.º, n.º 5, a *contrario sensu*) e ainda, a prática de ato sexual mediante abuso da inexperiência do menor deixa de ser punível. Isto tudo porque o legislador parte do pressuposto que, apesar de ainda em construção, a maturidade é maior num menor com 16 anos do que num menor com 14 anos, o que não é consensual na doutrina. Não obstante, isso não significa que, com o atingir dos 16 anos, opere de forma plena a autonomia do menor em matéria sexual, pois como sabemos, este é protegido até aos 18 anos nos arts. 172.º e 174.º a 176.º.

Da mesma forma que não podemos dizer que há uma individualização dos dois bens jurídicos, também não podemos insinuar que a liberdade sexual sofre uma limitação quando estão em causa menores. Pelo contrário, existe uma amplitude que lhe é reconhecida em função da idade, por isso designamos essa categoria como crimes contra a autodeterminação sexual, visando única e exclusivamente proteger o menor não só de terceiros como de si mesmos, pela ausência de discernimento, entendido pela jurisprudência<sup>191</sup> como marco para o início da consciência de uma vida sexual<sup>192</sup>. Dizemos então que o abuso sexual pode ser considerado como um comportamento criminoso que se caracteriza pelo envolvimento do menor em práticas para as quais não prestou o seu consentimento, não tem qualquer preparação e não conseguiu compreender que visavam exclusivamente a satisfação do adulto envolvido, gerando-se uma relação de poder ou de autoridade sobre o menor.<sup>193</sup>

Sabemos que o aclamado consentimento prevê a idade de 16 anos<sup>194</sup> para que o anuimento do menor seja válido, como consta do art. 38.º do C.P., então podemos colocar

---

<sup>189</sup> Neste sentido RAMOS Ferreira, *Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei n.º 92/VI*, in RMP, ano 15, n.º 59 p. 39

<sup>190</sup> Cfr: arts. 19.º do CP e 1601.º, a) do CC

<sup>191</sup> Neste sentido vide Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 05-06-2013

<sup>192</sup> Os 14 anos é o limite abaixo do qual não é unânime o reconhecimento de algum valor à vontade do menor, tendo em conta a necessidade da sua proteção tendencialmente absoluta, inclusive perante si mesmo e as suas escolhas. Citando ALFAIATE, Ana Rita, *ob. cit.* p. 72.

<sup>193</sup> MAGALHÃES, T. *Maus tratos em Crianças e jovens: Guia prático para profissionais*, 4.ª Edição, Coimbra, 2005, Quarteto Coimbra

<sup>194</sup> A Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro elevou a, até então, idade da relevância do consentimento dos 14 para os 16 anos, de modo a promover uma tutela mais intensa das crianças e dos adolescentes, pois, “Não se entende que uma criança de 14 anos de idade deva consentir em sofrer ofensas contra bens-jurídicos disponíveis, como é o caso da integridade física”. In, Proposta de lei n.º 98/x p. 10. Cfr. Código Penal, *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, 1993, p. 553.

a questão de saber se também não deveríamos aumentar a idade do menor dos 14 para os 16, para ser considerado abuso sexual de menores, não obstante haver o artigo que consubstancia o crime de atos sexuais com adolescentes? A nosso ver não. Consideramos que os 14 anos é a idade apropriada para constar como “trave” ao desenvolvimento cognitivo e sexual da criança. Apesar da diferença de dois anos ser pouca, julgamos que maiores de 16 anos têm uma consciência sexual relativamente avançada, em comparação aos menores de 14 anos, não só pela evolução dos tempos e pela banalidade com que agora se fala em atos sexual e da sexualidade em geral, até nas escolas, como também pela sua depreensão do assunto em questão<sup>195</sup>. O princípio que fundamenta a menoridade sexual não é qualquer suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas sim, que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual. Só o tempo, por meio de um processo de socialização no qual o sujeito racional completo é (con)formado, permite a modelação de um processo de decisão corretamente elaborado. Assim, o legislador começa por determinar uma idade cronológica determinante, por razões de segurança jurídica, que entre nós está fixada nos 14 anos.<sup>196</sup>

### **2.1.1 – Abuso sexual de menores *versus* pedofilia**

Antes de iniciarmos um percurso sobre a diferença entre pedofilia e abuso sexual de menores (cujo este último já sabemos do que se trata), cumpre saber que a pedofilia não se encontra prevista na lei, não é um crime<sup>197</sup>, é sim considerada um transtorno, ou mais vulgarmente conhecida como parafilia sexual.

As parafilias são consideradas variações do impulso sexual que acabam por culminar em anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos. As atividades parafínicas envolvem objetos não humanos, atividades ou situações incomuns, sofrimento ou humilhação próprios ou do parceiro, atividades com crianças ou outras pessoas sem o seu consentimento, sendo por isso, muitas vezes interpretadas como

---

<sup>195</sup> Contudo, o limite etário não é consensual no direito comparado, vejamos:

No artigo 176.º do C.P. alemão e no art. 224.º a) do C.P. brasileiro, a idade perpetuada é de 14 anos, tal como no nosso C.P., mas em Espanha a proteção da sexualidade do menor dá-se aos 13 anos, um ano antes como resulta dos artigos 180.º e 181.º do C.P. espanhol; em França a proteção estende-se até aos 15 anos, tal como consta dos artigos 222-24.º/2, 222-29.º/1

<sup>196</sup> Ac. do Supremo Tribunal de justiça de 12/11/2014

<sup>197</sup> Ao contrário do que dita o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-06-2009, que refere “C sido extraditado para a X a pedido das autoridades judiciais, pela prática de crimes de pedofilia, ficando então o A aos cuidados de D.”

“desvios sexuais”<sup>198</sup>. Como tal, a temática das parafilias é sempre difícil de abordar, por causar choques morais imediatos ao se ter aproximação de atos sexuais tão diferentes daqueles que convencionalmente são considerados 'normais'.<sup>199</sup> Acerca da etiologia das parafilias, os fatores biológicos, ambientais, e as funções interativas da mente alinham ao ponto da fantasia sexual ser elemento patognomónico<sup>200</sup>. Contudo, quando a realização de fantasias ocorre além da esfera sexual adulta, como é o caso da pedofilia, considera-se também uma instância psicopatológica do crime. Resta-nos, portanto, indagar sobre este problema: até que ponto as parafilias podem levar à criminalidade, ou serão “simples fantasias”?

Como parafilias ou transtornos sexuais temos os exemplos da Erotomania, Frotteurismo, Exibicionismo, Narcizismo, Gerontofilia ou Cronoinversão, Dolismo, Donjuanismo, Travestismo, Pedofilia, Riparofilia, Necrofilia, Mixoscopia ou Voyerismo, Lubricidade Senil, Fetichismo, Vampirismo, Bestialismo, Sadismo e Masoquismo. Logo, podemos aqui comprovar que a pedofilia é considerada uma parafilia sexual.

A pedofilia consiste na atração sexual de adultos por crianças, sendo considerado pedófilo todo aquele que sente atração sexual por crianças. Na perspectiva de HOWIT<sup>201</sup>, o conceito de pedofilia é, dentro de alguns limites, flexível. Pode tratar-se de um comportamento normal ou de uma perversão, podendo ser legal ou ilegal, consoante os atos ou manifestos. Posição com a qual INÊS LEITE concorda, isto porque, na perspectiva da autora, “na construção de um conceito legal de pedofilia devemos orientarmo-nos pelo princípio da intervenção mínima (...) não será função do direito penal tutelar o mero desejo sexual (ou atração) de um adulto por uma criança, ainda que expresso de alguma forma não deverá ser sancionado,”<sup>202</sup>. Adianta ainda que estaremos perante casos de pedofilia se o adulto “escolhe aquela vítima como objeto da sua agressão sexual, porque corresponde à imagem de uma criança e porque se trata de um ser vulnerável e relativamente acessível”, no entanto, “se a vítima, independentemente da idade, aparenta já características de adulto, físicas e psicológica, que são adequadas a provocar um desejo sexual, não estaremos perante um caso de pedofilia”. Pois bem, a nosso entender, esta

---

<sup>198</sup> NETO, Alfredo, CARVALHO, Juliana Oliveira de, *Psiquiatria para estudantes de medicina*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2003, Tema 78, p. 489

<sup>199</sup> JUNIOR, Oswaldo M. Rodrigues, *Parafilias: Das Perversões às Variações Sexuais*, Editora ZAGODONI

<sup>200</sup> HISGAIL, Fani, *Pedofilia – Um Estudo Psicanalítico*, Iluminuras, São Paulo, 2007, p. 53

<sup>201</sup> HOWIT, Denis, *Paedophiles and sexual offences against children*, John Wiley and Sons, Nova Iorque 1995, p. 95

<sup>202</sup> LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia*, *ob. cit.* p. 13

última conceção levanta aqui outra questão: quererá isto dizer que, face ao caso de uma menina de 13 anos que, por já ter um corpo relativamente bem desenvolvido para a idade, consegue chamar a atenção de um homem de 50 anos, que tem conhecimento da idade dela, mas já que esta aparenta ser mais velha e tem mais maturidade, com ela pratica atos sexuais de relevo, não estamos perante um caso de pedofilia? A pedofilia começa através do desejo sexual, da instigação e da procura por menores. Deve ter-se presente que será considerada pedofilia toda a vontade e desejo em ter relações, tocar ou aproximar-se de crianças, independentemente dos efeitos.

Outra questão que se coloca é a sua ilegalidade, porque a pedofilia não está – diretamente – prevista na lei, encontrando-se subjacente no art. 172.º - abuso sexual de menores, até porque não é preciso haver o contacto sexual direto com a criança, pois a própria lei no seu artigo 174.º, 175.º e 176.º do C.P. prevê, mesmo que indiretamente, diversos modos de pedofilia, quer seja através do recurso de prostituição de menores, lenocínio de menores ou pornografia de menores. Logo, “quem fomentar, fornecer, utilizar ou facilitar ...”, será aqui, em específico, o pedófilo, quer seja com o intuito de ver pornografia de menores, quer com o intuito de vendê-la a outrem.

Pode afirmar-se que, nos anos 70, registou-se uma redescoberta da pedofilia, contada pelas vítimas já adultas, na sua maioria mulheres, devido aos movimentos feministas ocorridos nessa década. A maior parte destas situações decorriam dentro do seio familiar, no entanto, eram vistas pelas vítimas como maus tratos e não como abusos, sendo medicadas; posteriormente, na década de 90, deu-se uma difusão e propagação da pedofilia, da existência de pedófilos na comunidade que abusavam sexualmente das crianças, passando a ser considerado um problema de maior significância, por parte da comunidade em si e a nível dos *media*, que davam conta de relatos de abusos ocorridos.

No entrar do novo século, consolidou-se generalizadamente a ideia de que o abuso sexual de menores era, de facto, um grave problema, que necessitava de ser travado, e que se traduzia na pedofilia. As mulheres continuavam a ser as vítimas, na sua maioria, mas já apareciam casos de homem violentados e abusados por outros homens. Nesta década surgiu o escândalo Casa Pia, que trouxe à ribalta não só o desígnio de pedofilia e pedófilo, como enalteceu o abuso sexual de menores aos olhos de uma sociedade que não se encontrava estruturalmente preparada para sustentar tamanho choque de realidade, que foi mais causado pelo envolvimento de figuras públicas do que propriamente pelo crime horrendo que ocorrera.



A jurisprudência tem entendido, em todo o caso, continuar a utilizar o termo pedofilia, mesmo que a lei não a mencione, como é possível ver no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 15 de maio de 2014, que profere o seguinte: “O Tribunal não pode esquecer o extremo impacto que a situação dos autos tem no tecido social, e as consequências extremas que atos de pedofilia têm e a forma negativa como os mesmos são vistos”.

A pedofilia é considerada um transtorno psicótico, ou seja, uma doença, de modo que, seguindo as regras do C.P., um pedófilo é considerado um inimputável e, consequentemente é-lhe aplicada uma medida de segurança e não uma pena de prisão? Propomos o entendimento de que o pedófilo, ao cometer atos de pedofilia, não se torna um sujeito inimputável, por se tratar de uma “doença” da personalidade antissocial e da vontade, isto porque sabe o que está a fazer. Mesmo considerando que se trata de uma patologia, ele preserva o entendimento dos seus atos, o que o diferencia de um psicótico ou de um outro doente verdadeiramente inimputável. Os seus atos não excluem a culpabilidade, pois não afetam a sua inteligência e a sua vontade, o fato da pedofilia ser uma patologia não significa que o pedófilo não deva ser punido, ou deva ser considerado inimputável. Contudo, os pedófilos têm tendência à reincidência, pelo que, mesmo na prisão devem ser tratados.

Sabemos desde FREUD, com o exposto *in supra*, que as crianças são seres sexualizados, e que a sua sexualidade inicia-se relativamente cedo, ou quase à nascença, ainda que inocentes, mas também podem ser vistos como brinquedos sexuais eróticos para aqueles que os olham como presas com desejos inconfessáveis. Na atualidade, a pedofilia, que já é velha conhecida, surge com uma frequência inédita, e as tecnologias de informação e comunicação iniciaram um processo obscuro que passa por traumatizar a criança não só pelo contacto físico, como pela visualização dessa perversidade por milhões de tarados sexuais, digamos, pedófilos.

### 3 - Revisão da divisão formal entre os bens jurídicos protegidos

Chegados aqui, ao tema fulcral desta dissertação, resta-nos saber, afinal, quais os bens jurídicos protegidos nos crimes sexuais contra menores, saber se existe ou não uma lesão diferente do bem jurídico dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Sabemos que as crianças são naturalmente mais frágeis, estão vulneráveis pela sua inexperiência e imaturidade, a formas de pressão, manipulação, enganos, coação da vontade pelos adultos, e como tal, estando eles em processo de crescimento, percebe-se que o legislador tenha reservado uma seção específica para “protegê-los”.

Voltando à última questão abordada num ponto anterior desta dissertação, dissemos que há uma divisão doutrinal acerca da tutela do bem jurídico consagrado e tutelado pelo art. 172.º do C.P., onde tínhamos o primeiro grupo onde alguns autores entendiam que os menores não dispõem de liberdade sexual pois não têm capacidade, pelo que, o bem jurídico tutelado não pode ser a autodeterminação sexual nem a liberdade sexual, e um segundo grupo de autores que defende que, apesar dos menores de 14 anos disporem da sua liberdade sexual, a lei estabelece uma presunção de que não têm capacidade para a exercer, dada à sua imaturidade física e psicológica.<sup>203</sup>

FIGUEIREDO DIAS pertence ao primeiro grupo de autores, adotando assim uma posição mais conservadora, pois na primeira edição do comentário conimbricense do C.P. tratava a segunda seção como crimes contra a liberdade ou/e autodeterminação sexual, não havendo assim, desde logo uma distinção entre ambos. Fazia ainda a referência, no Projeto de Revisão do C.P. de 1995, que “a especificidade deste crime reside como que numa obrigação de castidade e virgindade quando estejam em causa menores.”<sup>204</sup> Contudo, não podemos também esquecer a altura em que tal foi proferido, os tempos eram outros, estávamos perante uma revisão revolucionária do C.P. e as ideias ainda não estavam bem consolidadas, no entanto, à data eram esses os ideais que pairavam acerca da introdução desta seção individualizadora para os menores, não era proteger em concreto a sua autodeterminação mas sim a sua castidade. Neste seguimento, TERESA BELEZA<sup>205</sup> acrescenta que, além da liberdade sexual, há ainda a liberdade de crescer na

---

<sup>203</sup> LEITE, Inês Ferreira, *Ob. Cit.* p. 29

<sup>204</sup> In DIAS, Jorge de Figueiredo, *Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, *ob. cit.* p. 261

<sup>205</sup> “BELEZA, Teresa, “*sem sombra*”, *ob. cit.* p. 165

inocência até atingirem uma idade de razão para tomarem conhecimento e aí poderem exercer a plena liberdade sexual que lhes é dada, isto porque, até uma certa idade a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual. Pois bem, apesar de já ser uma posição um pouco antiga dos anos 80, devemos concordar, reservadamente, com esta posição, na medida em que até certa idade e entrando no âmbito do consentimento, uma criança não é livre para decidir sobre o seu próprio corpo ou ter contacto com a sexualidade, daí o legislador ter posto a barreira etária dos 14 anos, que já referenciámos.

Já MOURAZ LOPES<sup>206</sup> admite que há uma proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento da personalidade, que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica. Entende também que os 14 anos significam a faixa etária entre a fase da adolescência e da infância, e este crime baseia-se em perturbações fisiológicas e psicológicas que um precoce despertar sexual pode provocar e como tal, são factos suficientes para uma tutela jurídica efetuada nestes termos. Este autor comenta, relativamente ao que FIGUEIREDO DIAS diz sobre o dever de castidade, que “menos que uma obrigação ao que quer que seja, entendemos que se trata sim, de proibir a prática de atos que condicionem a liberdade de escolha de exercício da sexualidade do menor num futuro próximo.”<sup>207</sup>

Autores espanhóis como ORTS BERENGUER<sup>208</sup> e J.J. BEGUÉ LEZAÚN<sup>209</sup> debruçaram-se sobre o assunto, onde o primeiro é mais crítico e entende que o bem jurídico não poderá ser a liberdade sexual mas sim o desenvolvimento e a descoberta da sexualidade sem experiências traumáticas ou sem a intromissão dos adultos numa esfera tão íntima como é a sexualidade dos menores. Para este autor, o crescer livre e sem traumas é sim a verdadeira proteção aqui em causa, não a liberdade sexual. Já o segundo autor tem uma posição mediana, não nega por completo que o bem jurídico possa ser a liberdade sexual, mas à semelhança de ORTS, considera que está em causa, essencialmente, a livre formação da personalidade do menor.

Por outro lado, podemos aceitar que o menor de 14 anos é possuidor e por isso protegido pela liberdade sexual só que não pode dela usufruir por falta de capacidade para isso, ou seja, por ainda não ter o discernimento e maturidade necessários que precisa para

---

<sup>206</sup> LOPES, J. Mouraz, *Crimes sexuais ob. cit.* p. 140

<sup>207</sup> *Idem, Ibidem*, p. 140

<sup>208</sup> In AAVV, *Comentarios al Código Penal de 1995* Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 936 e 937

<sup>209</sup> Delitos contra la libertad e indemnidade sexuales: ley orgánica 11/99, de 30 de abril, Bosch, Madrid, 1999, p. 211

poder dispor da sua sexualidade. I. é, assim supomos que o legislador dá a liberdade sexual mas tira-lhes o pleno gozo da mesma, por que razão? Pelas já elencadas em cima, falta de maturidade para saber o que é o sexo. Não partilhamos da mesma opinião de INÊS FERREIRA LEITE, que considera que “não será sempre negativo e indesejável para o seu desenvolvimento saudável, que o menor de 14 anos possa ter contatos sexuais”, pois, a nosso entender, não consideramos benéfico nem saudável um menor de 14 anos ter experiências ou contatos sexuais, nada iria acrescer à sua formação enquanto pessoa.

Como referido *in supra*, sabemos que os bens jurídicos que serão atingidos quando há o abuso sexual de um menor de 14 anos são, além da sua autodeterminação, o seu livre desenvolvimento da personalidade, o seu desenvolvimento pessoal, cognitivo, sexual e psicológico.

A razão de ser dos crimes contra a autodeterminação sexual prende-se com a proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, por isso carece de tutela, nas palavras de MOURAZ LOPES,<sup>210</sup> daí existir aquele trave dos 14 anos que, por senso comum, é o que separa a infância da adolescência. Nesta fase, os tipos de experiências sexuais são tão relevantes que podem direcionar uma preferência sexual de um adolescente quando este alcançar a sua fase adulta, sendo por isso importante que nesta fase inicial se procure proteger o desenvolvimento da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade do menor no futuro. Vemos assim que não é apenas a autodeterminação que está aqui em causa, como também o livre desenvolvimento da pessoa humana e a sua liberdade de escolha. Não estamos cingidos a um único bem jurídico. Da mesma forma que nos crimes contra a liberdade sexual, que são tão abrangentes que incluem os crimes contra a autodeterminação sexual, o desenvolvimento humano, a proteção da sexualidade, entre outros bens jurídicos infindáveis de carácter íntimo que esta seção visa proteger.

Será pertinente colocar-se a questão: se os crimes contra a liberdade sexual são tão abrangentes, compreendendo de igual modo os menores (quando o ato sexual é praticado sem o seu consentimento, ou quando há o uso de violência ou força – posição à qual direcionamos interrogações), não faria sentido eliminar a seção dos crimes contra a autodeterminação sexual, e passar a constar tudo de uma mesma seção – crimes contra a liberdade sexual? Porque é sabido que, além de todos os bens jurídicos referenciados em cima, a liberdade sexual dos menores é talvez, dos mais importantes. Concentravam-

---

<sup>210</sup> LOPES, Mouraz, *Os crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 115

se os dois tipos numa seção só e dentro do artigo 163.º ou 164.º C.P. abria-se um leque de agravantes consoante a idade do menor e os meios empregues pelo abusador. Não faria sentido estarem incluídos no mesmo artigo? Os bens jurídicos que ambos visam proteger são assim tão diferentes que não possam caber dentro do mesmo âmbito de proteção? Na nossa ótica jurídica, julgamos que não. Apesar de poderem ser alvo de algumas discórdias, o bem jurídico protegido não difere no todo em ambos os tipos de crime, pois no âmago da proteção desta está a sexualidade, a liberdade sexual, o livre desenvolvimento. Apesar de considerarmos que os menores até determinada idade não têm capacidade para decidirem sobre a sua própria autodeterminação, a liberdade sexual tem uma competência de englobar a autodeterminação sexual, no âmbito do abuso sexual de menores, lenocínio de menores, abuso sexual de menores dependentes, atos sexuais com adolescentes, recurso à prostituição de menores e pornografia de menores.

Os crimes contra a autodeterminação sexual tipificam condutas livres de violência e de ameaças graves mas que são suscetíveis de causar graves danos no desenvolvimento da personalidade do menor, uma vez que este não tem ainda capacidade para formar livremente a sua vontade. Somos do entender que os menores são livres, têm direito à liberdade sexual, mas não têm um direito à integridade pessoal na vertente de poder dispor do seu corpo livremente (quando falamos em menor, falamos daqueles que têm 14 anos ou idade inferior). Considerar que a prática de atos sexuais consentida entre menores ou entre um maior e um menor é lícita só porque ele consente é de uma barbaridade atroz, que nos faz pensar se recuámos de volta ao tempo em que as crianças eram vistas como adultos em miniatura e serviam para satisfazer os prazeres carnis dos adultos<sup>211</sup>.

Neste contexto revolucionário, não surpreende que a mutação do bem jurídico tutelado com a incriminação tenha sido acompanhada pela modificação da índole processual do ilícito, nomeadamente que ao seu carácter público tenha sucedido uma natureza híbrida, mista ou atípica. A opção por um bem jurídico disponível não podia deixar de ter também consequências processuais. Tanto mais que — como já referimos — está em causa a intimidade da vítima e, muitas vezes, a manutenção das próprias relações familiares. Aliás, a imposição da perseguição criminal, à revelia da sua vontade, pode provocar a recusa de prestar depoimento, nos casos em que isso seja possível (art.

---

<sup>211</sup> Nesta vertente, MARQUES, *Débora, Helena da Silva, O menor Vítima de Crime Sexual*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com menção em Ciências Jurídico Forenses, Abril, 2013

134.º do C.P.P.) ou até a prestação de falsos depoimentos<sup>212</sup>. A vítima pode silenciar o crime, pode modificar a sua versão, pode retratar-se a fim de evitar a condenação do seu algoz. Em suma: o menor, os seus representantes e, subsidiariamente, o Ministério Público, são os melhores juízes da equação custos/benefícios que a perseguição destes crimes encerra, devendo ao carácter disponível do bem jurídico tutelado pelo ilícito corresponder o poder de dispor do próprio processo. Se o bem jurídico é a liberdade e autodeterminação sexual, então a perseguição criminal deverá estar dependente da vontade da vítima ou de quem a represente.

Certamente a ideia parece-nos radical e desproporcional aos olhos dos mais conservadores, pois uma mudança assim acarretava não só inserir no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual dos menores, como também todos os outros crimes que com eles vêm acompanhados, exemplo disso será o lenocínio de menores. O que faríamos com os demais crimes que estão intimamente ligados com a esfera pessoal do menor? Ficavam a constar da seção dos crimes contra a liberdade sexual, pois afinal, não deixam de ser crimes contra a liberdade sexual, no seu sentido estrito, vejamos: o abuso sexual de menores dependentes visa proteger a autodeterminação do menor acompanhado pela relação de dependência que este tem com o agressor; os atos sexuais com adolescentes protegem a inexperiência da vítima; o recurso à prostituição de menores protege as vítimas entre os 16 e os 18 anos de serem alvo de práticas de atos sexuais mediante o pagamento de uma remuneração ou contrapartida; o lenocínio de menores visa tutelar o livre desenvolvimento, no domínio da sua sexualidade, não permitindo que a mesma seja explorada a qualquer título através da indução ao exercício da prostituição; na pornografia de menores evidencia-se a característica bifásica da liberdade sexual, pois é protegida, em primeiro lugar, a integridade física do menor e, em segundo, deseja-se punir aqueles que fazem da pornografia infantil um negócio ou que simplesmente a assistem, podendo este crime incluir-se perfeitamente numa das alíneas do art.º 169.º C.P., ou até ter um artigo autónomo dentro da liberdade sexual.

---

<sup>212</sup> Nestes termos, VEIGA, António Miguel, *Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais* (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento), RPCC, p. 109 (2009)

### CAPÍTULO III – OS MENORES NO PROCESSO PENAL POR CRIMES SEXUAIS

#### 1 - A tramitação por crimes sexuais

O crime de abuso sexual de crianças encontra-se previsto no artigo 171.º do C.P.. Vislumbrando o artigo 178.º, podemos verificar que não estamos diante de um crime de natureza semipública, e sim perante um crime público. O que nos interessa saber aqui é como se procede a tramitação legal neste tipo de crime.

O direito processual penal, como um conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos concertos<sup>213</sup>, ou na perspectiva de alguns autores, o processo penal assume-se como um assunto da comunidade<sup>214</sup>, tem estrutura acusatória integrada por um princípio – subsidiário - da Investigação<sup>215</sup> (artigo 340.º código de Processo Penal). Prima assim, pelos seguintes princípios gerais informadores: a) Princípio da promoção ou iniciativa processual; b) Prossecução ou decurso processual; c) Princípios relativos à prova; d) Princípios relativos à forma. Contudo, tais princípios, nem sempre comportaram um sistema lógico-coerente, isto é, concorrem uns com os outros, limitando-se reciprocamente, o que fez com o que o direito positivo apenas “oferecesse” uma transação entre eles, tentando assim conciliá-los ao máximo.<sup>216e217</sup>

Numa perspectiva atual, podemos considerar que tais princípios são limitados por *preceitos constitucionais* que exprimem os valores preferenciais num dado momento e numa certa comunidade, devendo estes reduzirem-se ao mínimo de modo a obter a aprovação da comunidade a nível ético-jurídico. No entanto, apesar de poder parecer, com tudo o que foi descrito, que estes princípios possam estar limitados a uma comunidade que se encontra juridicamente presa num passado dos primórdios do surgimento do direito

---

<sup>213</sup> Vide SILVA, Germano Marques, *Curso de processo Penal*, Tomo I, Lisboa, 1996, p.13 e VALENTE, Manuel Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 27

<sup>214</sup> Vide, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974 (reimpr. 2004) p. 116

<sup>215</sup> Na perspectiva de Figueiredo Dias, esta estrutura é a via correta para uma evolução do processo penal e deve partir do reconhecimento e aceitação da tensão dialética inarredável entre a tutela dos interesses do arguido e a tutela dos interesses da sociedade, representados pelo poder democrático do Estado, pelo que, além do mais, deve haver uma cisão entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga, in *Idem* . pp. 113 ss.

<sup>216</sup> SILVA, Germano Marques, ob. Cit. p. 46, contudo, segundo este autor e seguindo a posição de GOLDSCHMIDT: “(...) a análise destes princípios é de muita utilidade, por duas razões: a primeira pedagógica, ao permitir apreender sinteticamente os valores fundamentais em que assenta o direito processual vigente e a segunda razão, porque funcionam como instrumento da política legislativa, enquanto permitem confrontar o sistema processual com os valores sociopolíticos dominantes”.

<sup>217</sup> Cfr: ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Edições Almedina, Abril 2016

penal e da ausência do papel punitivo do Estado, os princípios irão tentar assegurar a segurança fática das pessoas mediante o sentido que dão às normas, a orientação concedida ao legislador penal, e permitem, ainda, à dogmática, não apenas explicar, como também compreender os problemas do Direito Processual Penal<sup>218</sup>.

O princípio que nos interessa aqui tratar nesta dissertação, para objetivar a tramitação dos crimes contra menores, é o princípio da legalidade e da oficialidade que se integram num dos princípios da Promoção Processual, *rectius*, aqueles relativos à dinâmica orgânica do processo penal, em conjunto com o princípio da legalidade e o princípio da acusação.

No âmbito do princípio da legalidade, o M.P. está obrigado a promover o processo penal sempre que adquire a notícia do crime, e a deduzir acusação sempre que recolher indícios suficientes da prática do mesmo e de quem foi o seu agente. Já o princípio da oficialidade<sup>219</sup> trata de esclarecer a quem compete a iniciativa ou o impulso de investigar a prática de um crime e a decisão de a submeter ou não a julgamento. Contudo, na perspectiva de FIGUEIREDO DIAS, “não no sentido de determinar se uma tal competência deva ser deferida ao juiz da causa ou antes a qualquer outra entidade dele diferenciada<sup>220</sup>”, pois a oficialidade versa sobre a discussão da nossa estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação. Tal princípio irá decorrer assim de 3 ideias nucleares: desde logo, com respeito à compreensão do direito penal, a sua finalidade e a sua proteção; a segunda associa-se ao monopólio do Estado, que intervém num conflito que pertencia, inicialmente, a duas pessoas; *last, but not the least*, o direito penal é um assunto comunitário. Exemplo disso é que, não compete (em regra) a uma entidade particular decidir os dois momentos, pois o direito penal visa a proteção subsidiária de bens jurídicos<sup>221</sup>, não no sentido de proteger o lesado do bem jurídico em causa, mas de toda a

---

<sup>218</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *ob. Cit.* pp. 81-82

<sup>219</sup> É um princípio da comunidade moderna: (no direito romano vigorava o princípio da ação popular, segundo o qual qualquer pessoa poderia deduzir a acusação penal – privatizando o processo penal; no direito germânico antepassado, vigorava o princípio da acusação privada, que deixava a vontade do impulso penal para o ofendido e para a sua família) onde, segundo a regra da oficialidade, (que comporta dois momentos) uma entidade pública deve desencadear o procedimento criminal, competindo-lhe a iniciativa de investigar a prática de uma infração (primeiro momento) e cabendo-lhe, depois, a decisão de a submeter ou não a julgamento (segundo momento). Isto torna claro que o impulso do processo não fica dependente da vontade do ofendido nem da (nova) vítima<sup>219</sup>, que surge no contexto processual como uma parte processual, o que não deixa de gerar dúvidas sobre a sua (re)descoberta, esquecendo porém, que não estamos a voltar a um período de ouro da vítima, que de ouro, digamos, não teve muito. Ao Estado incumbe promover as condições que assegurem os direitos e liberdades fundamentais e permitam a livre realização da personalidade ética dos membros da comunidade – como já referido – tem que fazer face às situações de lesão dos interesses considerados essenciais para ressocializar o infrator.

<sup>220</sup> DIAS, *Processo Penal*, *ob. Cit.* p. 116

<sup>221</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal ob. cit.* p.. 3 e 4.



comunidade. Além do mais, a iniciativa processual compete a uma entidade pública, cuja função foi conferida pelo artigo 202.º e 219.º da C.R.P., nomeadamente o Ministério Público<sup>222</sup>.

No C.P. de 1852, os crimes sexuais tinham natureza semipública, exceto se fossem praticados contra “menor de doze anos”<sup>223</sup>, caso em que eram considerados públicos. Mas a particularidade vai para os crimes particulares, porque a ação penal dependia da participação do ofendido e da sua família mas não do participante, legitimando apenas a prossecução penal por parte do M.P., e recaía sobre o ofendido a possibilidade de escolher entre a perseguição penal do agente (que lhe traria mais malefícios que benefícios, pois a sua honra seria manchada) e a convivência anónima com a agressão não denunciada.<sup>224</sup> O problema colocava-se na denúncia, não na denúncia do crime público, porque isso competia ao M.P., mas quem tinha capacidade para denunciar o crime semipúblico. Apenas se vislumbravam duas hipóteses, ou a pessoa era capaz e emancipada, ou então tinha idade superior a doze anos. Contudo, tal matéria veio a ser alterada com o C.P. de 1982, que estabeleceu como idade mínima para exercer o direito de queixa os 16 anos. Relativamente a quem fosse mais jovem, deveria ser o seu representante legal a fazê-lo. Neste código o abuso de menor de 12 anos continuava a ser considerado crime público, bem como o ultraje ao pudor, lenocínio e tráfico de pessoas, portanto, o impulso processual cabia ao M.P.

Com a reforma de 1998 o legislador limitou-se a afinar este regime, alargando-se a intervenção oficiosa do M.P. a menores de 16 anos e sujeitando-a ao interesse do menor e não a um interesse público antes aclamado. Na falta de queixa dos titulares, o M.P. só

---

<sup>222</sup> Segundo o artigo 219.º da C.R.P., o M.P. – sujeito processual – é o órgão que representa o Estado, que deve defender os interesses que a lei determinar (estando limitado às exigências decorrentes do princípio da legalidade) participando assim na execução da política criminal. É dotado de autonomia funcional e deve, ainda, prestar contas à comunidade, por decorrência do princípio democrático, o que se torna complicado de conciliar, tentando fazer com que haja uma concordância prática.

Como sabemos, o M.P.- *dominus do inquérito* – tem competência para exercer a ação penal. Após ter adquirido a notícia do crime (por conhecimento próprio, através dos O.P.C., denúncia ou pelos meios de comunicação) tem que indagar quais os fatos em causa, se os mesmos têm relevância criminal e terá que auferir a sua legitimidade para instaurar um processo-crime, ou seja, o M.P. tem que provisoriamente efetuar um exercício de qualificação jurídica dos fatos tentando enquadrá-los num tipo legal de crime. Nesta fase – inquérito – o M.P. será auxiliado pelos O.P.C. atuando estes na sua dependência funcional. No entanto, o M.P. está limitado pela natureza do crime, ou seja, a sua legitimidade irá ser auferida consoante estejam perante crimes públicos, crimes semipúblicos ou crimes particulares (em sentido estrito). Cfr: SANTOS, Gil Moreira, *O Direito Processual Penal*, 2002, p. 43

Os crimes públicos constam do artigo 48.º do C.P.P, e são aqueles em que vale na íntegra os dois momentos do princípio da oficialidade, *rectius*, cabe ao M.P. a legitimidade para promover o processo penal, através do impulso processual e da decisão de submeter ou não a causa a julgamento. Neste sentido vide Ac. do Tribunal da Relação do Porto, 16/10/2013.

<sup>223</sup> ALFAIATE, Ana Rita, *ob. cit.* P. 31

<sup>224</sup> *Idem, Ibidem*, p. 33

poderia promover a ação penal quando a proteção do menor assim o impusesse e não lhe fosse prejudicial, o que gerou críticas com base na incoerência da simultânea natureza semipública destes crimes.

Devido à natureza pública do crime de abuso sexual de crianças, aos princípios da oficialidade e da legalidade, o M.P. não pode, atualmente, ponderar a promoção processual segundo critérios de custo e de benefício daí decorrente para a vítima.<sup>225</sup> Começamos assim por avaliar o primordial sentido do direito processual penal e o superior interesse da criança. Como sabemos, e tratando-se o abuso sexual de um crime com natureza pública, o M.P. tem toda a legitimidade (e, digamos, o dever) para promover o processo penal após a aquisição da notícia do crime, contudo questiona-se: o superior interesse da criança e a salvaguarda da criança abusada, não estarão em posição de primazia face ao prosseguimento do processo penal? Para nós, parece que a resposta é óbvia: sim. Isto porque, mesmo com uma possível vitimização secundária<sup>226</sup>, existem formas de salvaguardar a integridade psicológica dos menores, como, por exemplo, nas declarações para memória futura. O superior interesse da criança deve ser considerado prioritário em todas as decisões em que esteja em causa o seu bem-estar psíquico e afetivo, logo, o M.P. ao iniciar o processo deve ter sempre em atenção a salvaguarda e os interesses da criança, pois “as nossas crianças são um bem demasiado escasso para as colocarmos em perigo”<sup>227</sup>. Outro dos aspetos onde podemos verificar a salvaguarda dos interesses dos menores no nosso C.P. é no que diz respeito aos prazos de prescrição do procedimento criminal, que variam de dois a 15 anos, consoante a pena abstrata do crime, mas no número 5 do 118.º, podemos constatar que há aqui uma resguarda pois “nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, o procedimento criminal não se extingue, por efeito de prescrição, antes de o ofendido perfazer 23 anos”.

---

<sup>225</sup> Na perspetiva de CORREIA, João Conde, *O Papel Do Ministério Público No Crime De Abuso Sexual De Crianças*, in julgar - N.º 12 (especial) – 2010, p. 163

<sup>226</sup> Vitimização secundária, isto é, o processo penal é um “mal” pelo qual a vítima terá que passar, ou seja, uma dupla vitimização que tem início quando a vítima sofre a infração – mal do crime – e que, posteriormente, prolonga-se em toda a fase do processo penal, desde a queixa até à fase de julgamento; por fim, está em causa alcançar uma descriminalização<sup>226</sup> real de certos comportamentos, principalmente quando haja dúvidas quando à sua incriminação.

Teresa Beleza quanto à admissibilidade ou não de mediação penal no crime elencado no artigo 164.º C.P., diz o seguinte “a exclusão dos demais crimes contra a liberdade sexual visa prevenir que a mediação penal conduza ao aparecimento de fenómenos de vitimização secundária, na medida em que tratando-se de uma mediação direta, implique o contacto da vítima.” In BELEZA, Teresa e MELO, Helena, *A Mediação Penal em Portugal*, Almedina, 2012, p. 72

<sup>227</sup> CORREIA, João Conde, *ob. cit.* p. 171

Tal como entende MARIA JOÃO ANTUNES<sup>228</sup>, posição com a qual concordamos, nos crimes contra menores, a queixa exercida pelo próprio menor, significa atribuir uma especial proteção aos interesses da vítima, pois ninguém melhor do que o menor consegue fazer um juízo de ponderação dos seus verdadeiros interesses, decidindo se o processo-crime acarretará um mal para si, ou neste caso, nas palavras sábias de FIGUEIREDO DIAS<sup>229</sup> “decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da intimidade e da consequente estigmatização processual, sob pena de outra forma, poderem frustrar-se as intenções político criminais que, nesses casos, se pretendem alcançar com a criminalização.”

Contudo, com a Lei n.º 59/2007, o abuso sexual de menores de 14 anos tem natureza pública e o M.P., enquanto fiel da balança entre o interesse público e o interesse do ofendido deve dar início ao processo, mesmo que o superior interesse da criança assim o não permita, na íntegra. No entanto, existirão modos de tentar minimizar o sofrimento da criança abusada, até porque, o abuso sexual de menores não deixa, jamais, de ser um assunto da comunidade.

### 1.1 – O testemunho da criança

As declarações para memória futura têm natureza excepcional<sup>230</sup> e constituem uma exceção ao princípio da imediação, são diligências de prova realizadas pelo juiz de instrução na fase do inquérito, que visam a sua valoração em fases mais adiantadas do processo como a instrução e o julgamento, mesmo na ausência das pessoas que as produziram, contrariando assim o princípio de que toda a prova deve ser produzida em julgamento. Contudo, o legislador não poderia “ignorar as realidades da vida”<sup>231</sup> e, após adquirida a notícia do crime, o M.P. tem que dar início ao processo mesmo contra os mais elementares interesses do menor, ou eventuais custos que o processo venha a ter, é uma das características da natureza pública do crime.

---

<sup>228</sup> ANTUNES, Maria João, *comentário ao artigo 178.º*, p. 896

<sup>229</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As Consequências jurídicas do Crime*, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, 2009, p. 668

<sup>230</sup> A recolha de declarações para memória futura constitui uma exceção ao princípio da imediação, pois as provas recolhidas sob a égide do juiz de instrução podem ser tomadas em conta no julgamento. Trata-se de uma forma parcial de antecipação de julgamento. E daí o carácter contraditório que é conferido à diligência, em que é obrigatória a presença do M.P. e do defensor. COSTA, Maia, *in Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 2014, p. 962

<sup>231</sup> BUCHO, Cruz, *Declarações para memória futura*, (elementos de estudo), 2012, p. 8 disponível em: [https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes\\_para\\_memoria\\_futura.pdf](https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf)

As declarações para memória futura<sup>232</sup> são uma medida de alcance inovador e de grande eficácia em termos probatórios, que devem ser particularmente consideradas no planeamento e desenvolvimento de toda a ação penal. Podem ser obtidas em qualquer fase do processo e destinam-se a recolher antecipadamente prova para que, em caso de necessidade, a mesma possa ser lida e valorada em audiência de discussão e julgamento<sup>233</sup>. Apesar de tudo, existe uma procura de evitar os danos de um mau processo que consiste na tomada de declarações para memória futura, no caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, procedendo-se sempre à inquirição do ofendido no decurso do inquérito, desde que a vítima não seja ainda maior, num ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo o menor ser assistido no decurso do ato por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito (art. 271.º, n.ºs 2 e 4, do C.P.P.).

Na exposição de motivos da P.L. n.º 109/X, refere-se o seguinte: “nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, passa a ser obrigatória a recolha de declarações para memória futura (sendo que hoje é facultativa), durante o inquérito”<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Na perspectiva de Paulo Pinto de Albuquerque: “o ato processual para memória futura pode ter por objeto: a) Inquirição de testemunha, em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que a impeça de ser ouvida em julgamento, ou se ela for vítima dos crimes do catálogo legal; b) A inquirição de assistente em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvida em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo legal; c) A inquirição das partes civis em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que as impeçam de serem ouvidas em julgamento, ou se elas forem vítimas dos crimes do catálogo legal d) Tomada de declarações de perito ou de consultor técnico em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro do próprio, que o impeçam de ser ouvido em julgamento. e) Acareações entre testemunhas, assistentes ou partes civis (com ou sem intervenção do arguido) desde que um dos participantes seja uma testemunha, um assistente ou uma parte civil com doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvido em julgamento ou se ele for vítima dos crimes do catálogo legal (art. 271.º n.º 7 in fine) f) O reconhecimento feito por testemunha, assistente ou parte civil em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvida em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo legal e; g) A reconstituição do facto com participação da testemunha, assistente ou parte civil em caso de doença grave ou deslocação para o estrangeiro, que o impeça de ser ouvida em julgamento, ou se ele for vítima dos crimes do catálogo legal.

in ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao Código de Processo Penal, à luz da constituição da República e da Convenção europeia dos direitos do homem* 3.ª edição, Universidade Católica Editora, 2009, p.700

<sup>233</sup> NUNES, Pedro Jorge Fernandes, *Depoimentos Para Memória Futura: Conteúdo Dogmático E Aplicação Prática*, dissertação para obtenção do grau de mestre na Universidade Autónoma de Lisboa, janeiro de 2014, p. 12, acrescentado ainda “que embora, em princípio, toda a prova deva ser produzida em audiência, o legislador não podia deixar de ter em atenção as eventualidades do dia-a-dia, pode na verdade, “suceder que a produção de determinada prova apresente carácter de urgência incompatível com a espera do momento normal e oportuno da audiência de julgamento; pode dar-se o caso de haver risco de perda da prova se houver de aguardar-se por aquele momento”.

<sup>234</sup> *Idem, Ibidem*. P. 724

Em todos os casos de declarações para memória futura, passou a garantir-se a plenitude do princípio do contraditório, uma vez que está em causa a antecipação parcial de uma audiência de julgamento.

Coloca-se a grande questão doutrinal de saber se, efetivamente, deve proceder-se à constituição de arguido para se dar lugar às declarações para memória futura, ao que a doutrina tem sido muito relutante. A jurisprudência<sup>235</sup> já se pronunciou no sentido de estas poderem ser obtidas antes do arguido estar constituído. Contudo, VINÍCIO RIBEIRO<sup>236</sup> não concorda pois, não há julgamento sem acusação e sem arguido, logo, face ao regime vigente, não faz sentido levar a cabo as declarações para memória futura sem um arguido já constituído. Para DAMIÃO CUNHA<sup>237</sup>, “uma vez que a aquisição antecipada da prova supõe o respeito pelo princípio do contraditório, parece que só se pode recorrer a ele existindo já uma pluralidade de sujeitos processuais (com especial relevo para a existência de um arguido); não pode, pois, o M.P. a ele recorrer (através de requerimento) se não existir já um arguido. De resto, a finalidade desta diligência visa a audiência de julgamento, o que supõe já a constituição de uma pessoa como arguido”. Já MOURAZ LOPES<sup>238</sup> refere que não se pode lançar mão deste instituto, sem que antes tenha sido constituído arguido no processo, pois a necessidade de assegurar que as declarações para memória futura não colidam com a estrutura acusatória, que subjaz ao processo penal, obriga ao rigoroso cumprimento dos requisitos a que se alude no artigo 271.º. Assim se concretiza o princípio do contraditório, traduzido na presença do arguido e do defensor, bem como na possibilidade de se solicitar ao juiz a formulação de perguntas adicionais à testemunha, efetivando-se o exercício das garantias de defesa essenciais a um processo justo”.

Neste seguimento, JOAQUIM MALAFAIA<sup>239</sup> sustentou, igualmente, a impossibilidade de as declarações para memória futura poderem ser obtidas antes de o arguido estar constituído como tal. Segundo este autor: “Estas declarações (para memória futura) são recolhidas, com base na necessidade, é certo, com o fito primordial de poderem ser valoradas na audiência de discussão e julgamento. O processo penal é por

---

<sup>235</sup> Neste sentido Vide Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de abril de 2001,

<sup>236</sup> Cfr: RIBEIRO, Vinício, *Código de Processo Penal - Notas e Comentários*, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2013, p. 724

<sup>237</sup> CUNHA, Damião – *O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento in RPCC*, ano 7, 3 julho-setembro de 1997; p. 409

<sup>238</sup> LOPES, Mouraz – *O Interrogatório da vítima nos Crimes Sexuais: as Declarações para memória futura” Sub Judice*, justiça e sociedade, n.º 26, Out/dezembro de 2003, p. 16

<sup>239</sup> MALAFAIA, Joaquim, *O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura*, in RPCC, n.º 14, 2004, p. 532

força do comando constitucional acusatório, estrutura essa que se mantém durante todo o processo. Por isso, as declarações para memória futura, não podem ser obtidas antes do arguido, sujeito processual estar como tal e poder contraditar o depoimento, ou seja de participar na definição do direito a aplicar no seu caso”.

Com posição contrária encontra-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>240</sup>, não obstante o ter feito de forma bastante sintética, pronunciando-se no sentido de que as declarações para memória futura podem ser tomadas mesmo quando no processo não há, ainda, suspeitos constituídos arguidos, ou até quando não se conhece a identidade do(s) suspeito(s). De forma ponderada aparece PEDRO NUNES<sup>241</sup>, sustentando que o respeito pelo princípio do contraditório não exige a constituição de arguido antes da prestação das referidas declarações para memória futura, nem impede que as mesmas venham a ser valoradas; exige, sim, a obrigatoriedade de defensor, mesmo que não esteja identificado qualquer suspeito. Além do mais, e encarando a questão do contraditório e das garantias de defesa numa perspetiva distinta, importa não olvidar que a Constituição remete para o legislador a responsabilidade de determinar quais os atos, além do julgamento, que estão subordinados ao princípio do contraditório, assim como os casos em que, assegurados os direitos de defesa, se dispensa a presença do arguido.

Contudo, mais questões controversas se erigem, nomeadamente se as declarações para memória futura não põe em causa o princípio do contraditório e a produção de prova. O nosso processo penal é pautado pelo princípio do contraditório, isto é, deve ser dada a oportunidade a todo o participante processual de ser ouvido e de expressar as suas razões antes de ser tomada qualquer decisão que o afete, designadamente que seja dado ao arguido a possibilidade de contestar ou contrariar as posições provenientes da acusação, sendo assim, não podemos dizer que as declarações para memória futura violam o princípio do contraditório? Acreditamos que se impõe uma resposta negativa, porque conclui-se que quaisquer elementos de prova, mesmo aqueles que são oficiosamente recolhidos pelo tribunal, estão sujeitos ao princípio do contraditório, excluindo-se a hipotética condenação com base em elementos de prova que não foram debatidos em sede de audiência e julgamento. Fica, assim, intocado o contraditório pois ocorre obrigatoriamente na audiência de julgamento. No mesmo sentido segue o Ac. do Supremo Tribunal de Justiça<sup>242</sup>, definindo que “as declarações para memória futura, verificados os

---

<sup>240</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal ob. cit.* p.702.

<sup>241</sup> NUNES, Pedro Jorge Fernandes, *ob. cit.* p. 29

<sup>242</sup> Ac. STJ datado de 7/11/2007, proc. n.º 07P3630

pressupostos em que a produção é processualmente admitida (art. 271.º, n.º 1, do CPP), constituem um modo de produção de prova pessoal, submetido a regras específicas para acautelar o respeito por princípios estruturantes do processo, nomeadamente o respeito pelo princípio do contraditório.”<sup>243</sup>

Em suma, não devemos ver as declarações para memória futura como algo intocável, verdadeiro e irrefutável, isto porque, na verdade, em alguns casos, como veremos *infra*, pode e haverá uma mistura da fantasia com a realidade por parte do menor. O testemunho do menor num caso de abuso sexual é sempre uma questão controversa que tem levado a doutrina<sup>244</sup> e até mesmo a jurisprudência<sup>245</sup> a se pronunciarem sobre o mesmo.

Em alguns casos (para não dizer na maioria deles), não é possível recolher vestígios biológicos, como sémen ou outros vestígios de ADN, para poder comprovar quem foi o abusador, pelo que, o que irá valer nestes casos como prova são as declarações da criança, vítima do abuso, como única forma de reconstituir o crime. Por ser muitas vezes realizada de forma secreta, passado já algum tempo desde a prática do ato, e ser muito rara a confissão por parte do agressor, só o testemunho do menor é que pode validar o processo de modo à reconstituição do crime e à descoberta da verdade material. Contudo, o sistema judicial tem tendência a considerar a prova testemunhal do menor pouco credível e até mesmo contraditória. Tanto que coloca-se, muitas vezes, a questão de saber se os procedimentos legais para a recolha de informação prestada pelo menor são os mais adequados<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> No direito comparado vemos que também existe a antecipação de prova noutros ordenamentos jurídicos, vejamos: No Código de Processo Penal brasileiro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941, sucessivamente alterado (artigos 156.º-I, 225.º e 366.º); No Código de Processo Penal da Guiné-Bissau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º5/93, de 13 de Outubro, in Suplemento ao Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau, n.º41, de 13 de Outubro de 1993, [artigos 198.º, 242.º, n.º2, al.a)]; No Código de Processo Penal de Macau, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 48/96/M, de 9 de Setembro de 1996 [artigos 253.º, 276.º, 301.º e 337.º, n.º2, al. a)]; No Código de Processo Penal de Cabo Verde, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º2/2005, de 7 de Fevereiro, Boletim Oficial, 7 de Fevereiro, I Série, n.º 6, (artigos 309.º e 393.º, n.º1); No Código de Processo Penal de Timor-Leste, aprovado pelo Decreto-Lei n.º13/2005, de 12 de Dezembro de 2005 [artigos 230.º, 243.º e 266.º, n.º2, al. a)].

<sup>244</sup> Cfr: RIBEIRO, Catarina, *A Criança Na Justiça – Trajetórias E Significados Do Processo Judicial De Crianças Vítimas De Abusos Intrafamiliares*, Coimbra, Edição Almedina, 2009, p. 113 sss.

<sup>245</sup> “Atendendo, essencialmente, ao depoimento do menor Paulo S..., pouco credível, tendencioso, orientado e sugerido, construído e apoiado em longos silêncios, e monossílabos de discordância e concordância, entrecortados por frases curtas, mas mesmo assim bem pouco esclarecedoras, em muitos aspetos contraditório ao depoimento das restantes testemunhas da acusação, impunha-se que se desse como não provados os factos constantes dos pontos 4 a 12 da matéria fáctica dada como provada devendo, ser a Douta Decisão de que se recorre alterada, considerando-se aqueles factos como não provados” in Ac. do Tribunal da relação de Guimarães, datado de 12/04/2010

<sup>246</sup> MARTINS, Inês Zeferina, *a Relevância Do Testemunho Da Criança Vítima De Abuso Sexual*, Dissertação Apresentada À Universidade Católica Para A Obtenção Do Grau De Mestre, maio 2013, p. 24

A necessidade de recolher a informação necessária da criança motivou a criação de um instituto que visasse garantir a veracidade da prova, e que assegurasse que o menor poderia recordar das coisas de forma clara e serena. Para isso, o art. 352.º al b) e a lei n.º 93/99 de 4 de julho vieram a prever que, aquando do depoimento do menor, em sede de julgamento, o arguido se retire da sala se o declarante for menor de 16 anos e houver razões para crer que a sua audição na presença do arguido poderia prejudicá-lo gravemente, ou então inibi-lo de contra a verdade, e ainda fazer com que a criança não se encontre com os intervenientes do processo, ou a sua audição seja realizada numa sala específica e mais confortável, ou utilizando meios de ocultação ou teleconferência (art. 29.º e 30.º da mencionada lei).

A criança deverá assim ser ouvida no menor espaço de tempo, para que se recorde com a maior clareza possível dos factos, e deverá evitar-se que o menor repita o que declarou em sede de inquérito no julgamento, pelo que, para isso, existem as declarações para memória futura. Dispõe ainda o art. 131.º do C.P.P. que, sendo um menor de 18 anos a testemunhar, pode haver perícia sobre a sua personalidade, e isto para quê? Para auferir se o menor tem características de personalidade de quem presta o depoimento, isto é, se sabe falar e esclarecer as coisas devidamente, se tem a memória e a atenção apuradas e a capacidade de contradizer o investigador, e se é capaz de efetuar a “distinção entre a fantasia e a realidade, e a distinção entre a verdade e a mentira<sup>247e248</sup>”. Isto porque, um dos problemas encontrados no depoimento dos menores é justamente esse, distinguir a verdade da mentira ou a fantasia da realidade.

A primeira problemática é a a) mentira, a possibilidade da criança estar a mentir o que condiciona a descoberta da verdade material, a mentira que a leva para um mundo de fantasia e que julga estar a contar os factos que ocorreram, daí ser necessário uma avaliação psicológica. A criança pode estar simplesmente a mentir<sup>249</sup> por imposição de um membro familiar, como, por exemplo, a mãe que se chateia com o atual companheiro, padrasto da filha, e como forma de se vingar dele, faz com que a menina conte ou relate atos e ações que não aconteceram e que apenas foram ensaiadas pela mãe. Vigora aqui um exemplo de vingança que leva a uma lentidão da justiça e a um descalabre social de

---

<sup>247</sup> *Idem, Ibidem*, p. 27

<sup>248</sup> E ainda: PEIXOTO, Carlos, *Avaliação Da Credibilidade Das Alegações De Abuso Sexual De Crianças: Uma Perspetiva Psicológica Forense*. Tese De Doutoramento, Faculdade De Psicologia E Ciências Da Educação Do Porto, Porto, 2011

<sup>249</sup> Segundo Carlos Peixoto a capacidade de mentir é adquirida de forma progressiva a partir dos 3/4 anos., *ibidem*, p. 27



credibilidade pessoal. Outro problema é a b) sugestionabilidade<sup>250</sup>, que é dita de forma sumária como a extensão até à qual as pessoas primeiro aceitam e depois incorporam informações pós-eventos na sua coleção de memórias, ou seja, é uma forma de distorção da memória e é intrínseca ao funcionamento da memória humana, sendo uma tendência inconsciente da criança. Os primeiros estudos sobre isso deram-se no final do século XIX, em que ALFRED BINET concluiu que as crianças distorciam as lembranças de um evento a partir da sugestão do pesquisador. Segundo essa linha, as crianças também fantasiam, confundindo o mundo real com o imaginário, ocorrendo assim sugestionabilidade infantil<sup>251e252</sup>. Outro dos problemas que se levantam, é, como já dissemos anteriormente, o problema da c) fantasia, onde a imaginação e o mundo simbólico são dois processos essenciais de desenvolvimento normativo das crianças. O que é importante ter em atenção é se, de facto, a criança consegue distinguir a fantasia da sua realidade, dos factos que ocorreram. A d) capacidade mnésica, isto é, de memória, também pode tornar-se um obstáculo, pois o tempo em que ocorre o abuso e o ato de prestar depoimento pode ser tão longo que, por vezes, a memória das crianças já não alcança tais factos, porque a criança até uma certa idade tem tendência a esquecer tudo o que lhe aconteceu, não filtrando o bom, o mau, o certo ou o errado, e o stress e a falta de confiança, gerada pelo abuso que as fazem sentir depressivas, com baixa autoestima, pode fazer com que essas memórias se confundam ainda mais e não se lembrem das coisas ao pormenor. Isto é, a capacidade do depoimento do menor associado à sua memória está dependente do local onde é realizado o interrogatório e da maneira que é feita a abordagem dos adultos à criança. E por fim e) a linguagem, e o modo dos menores se conseguirem comunicar com os adultos, de forma perceptível e credível. A linguagem está também associada à linguagem física do menor, a sua inquietude, o seu receio, a sua capacidade de distorção<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> MARTINS, Inês, ob. cit. p. 29

<sup>251</sup> LOPES Jr, AURY e SEGER, *Prova Testemunhal e Processo Penal: A Fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenómeno das falsas memórias.*, p.04., disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_2/mariana\\_seger.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf)

<sup>252</sup> STEIN, Lilian M., NYGAARD, Maria Lucia. *A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais*. IBCCRIM – Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11, p. 159 “Os estudos pioneiros sobre a sugestionabilidade da memória de crianças do francês Alfred Binet (1900) levaram-no a concluir que as crianças respondem com falta de acuidade porque elas esquecem a informação originalmente experimentada. Ainda, as crianças podem se sentir pressionadas a dizer alguma coisa para responder à pergunta feita pelo entrevistador. Ele também estudou os efeitos da conformidade das crianças ao grupo. Assim, num grupo de crianças, a tendência é que a resposta dada pelas primeiras a serem questionadas, geralmente, é repetida pelas últimas crianças”

<sup>253</sup> Para mais vide ALMEIDA, Ana e BARRIO, Cristina del, *A vitimização entre companheiros em contexto escolar in Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças, Carla Machado e Rui Abrunhosa Gonçalves (coordenação), 2.ª Edição, Coimbra, Junho 2003, pp. 171 ss

Posto isto, temos que ter em atenção que o tribunal deverá ser capaz de saber que está perante uma criança alvo de abuso sexual, não perante um adulto ou um adulto em miniatura. As crianças são frequentemente vistas pelo sistema de justiça como testemunhas incompetentes e pouco credíveis, o seu depoimento é tido como contraditório, inconsistente e até mesmo confuso. Porém, na perspetiva de INÊS MARTINS, “a investigação especializada atual parece contradizer estas asserções, apresentando as crianças como possuidoras de boas competências comunicacionais e testemunhais. Embora necessário adequar o discurso à idade e fase de desenvolvimento da criança, o principal problema parece estar não na falta de capacidades da criança, mas sim, nas dificuldades dos diversos intervenientes judiciais em perceber o seu discurso e valorá-lo como prova.”<sup>254</sup>

---

<sup>254</sup> MARTINS, Inês, *ob. cit.* pp.43 e 44

## **B – Em jeito de conclusão**

Na presente dissertação, que agora alcança o seu epílogo, após um percurso repleto de dificuldades, dado o peso social do problema abordado, muitas questões foram suscitadas, certamente que algumas delas sem as respostas desejadas, e noutras tentou-se, com a devida vénia, elaborar-se uma humilde opinião.

Deambulando pela presente exposição, podemos averiguar que no decorrer dos anos houve uma alteração mais do que significativa, até podemos dizer, personalística, do conceito de bens sexuais, que deixaram de ser uma questão pública, que tivesse a ver com toda a comunidade e chocasse o pudor público, desaparecendo termos inconcebíveis (cremos nós) atualmente, como “mulher virgem” e viúva honesta”. Em 1995, com a grande reforma e, com a intervenção do DOUTOR FIGUEIREDO DIAS e do DOUTOR COSTA ANDRADE, foi dado “um pequeno passo para o homem, mas um grande passo para a humanidade”, em que vimos como bens jurídicos a liberdade e autodeterminação sexual, algo pessoal e íntimo. Após 1995, verificámos que o C.P. tem vindo a sofrer algumas alterações, onde a mais recente foi a de 2015, com as introduções das Leis n.º 83/2015, de 05 de agosto e n.º 103/2015, de 24 de agosto, que alteraram alguns aspetos significativos, no que diz respeito aos artigos relacionados com os crimes sexuais. Mas onde mais controvérsias surgiram foi no crime de importunação sexual e o “problema do piropo”, questão pouco ambígua e já (numa tentativa apaziguadora) resolvida pela doutrina e jurisprudência.

Quanto ao tema primordial desta dissertação, muitas dúvidas surgiram quanto à sua problemática e respetiva resolução. Como *in supra* fomos referindo, consideramos que o conceito de liberdade sexual seja demasiado vasto, e o de autodeterminação sexual, demasiado restrito. Não concordamos, com o devido respeito e duto suprimimento pelo legislador penal e por todos os mestres que estiveram na sua elaboração, na existência da separação destas duas seções, porque parece que estamos a proteger o bem jurídico da liberdade sexual para os adultos e o bem jurídico da autodeterminação sexual para as crianças, quando, na realidade, as crianças são protegidas pelas duas seções. Não se afigura com grande sentido tal distinção. Sendo assim, qual a *ratio* desta separação? Na perspetiva do DOUTOR PINTO DE ALBUQUERQUE, da qual discordamos, o que separa uma seção da outra é o consentimento do menor. Questionamos o seguinte: então, o menor consente no abuso sexual de menores? Para se consolidar o abuso de menor, a criança não tem que ter menos de 14 anos? E o consentimento não se presume eficaz apenas a

partir dos 16 anos? Não se compreende. Há quem fale também no constrangimento. Que constrangimento? Na violação pode haver constrangimento, enquanto no abuso sexual de um menor de catorze anos (volto a repetir, catorze anos!) não há constrangimento? Ele simplesmente sente-se plenamente à vontade para a consolidação do ato sexual? Realmente, há algumas questões e afirmações, neste caso, que não se afiguram de fácil compreensão, que não estimamos, e refutamos ao longo desta investigação.

Então, sendo assim, qual seria, possivelmente, a melhor opção? Parece mais favorável a inclusão da autodeterminação na seção da liberdade sexual, já que esta é tão abrangente e sabemos que a autodeterminação sexual é uma das vertentes da conceção de amplitude que comporta a liberdade sexual. Criávamos assim mais artigos, e tudo numa seção única. Não podemos dizer que se resolveriam de forma leviana as questões, nem de longe. Apenas é uma posição, realizada a partir de uma investigação, que comportou a análise das mais diversas perspetivas. Tal como dissemos no início, muitas são as questões que suscitamos e que ficam sem resposta. Mas que ficam para pensar, e quem sabe um dia, poder voltar a debruçar sobre o assunto e com mais maturidade e investigação, conseguir dar resposta.

Posto isto, versamos ainda sobre as crianças e o processo penal, mais concretamente o papel do Ministério Público e como ele deve promover officiosamente o processo, visto que, com base nos dados estatísticos da APAV, os crimes sexuais contra crianças estão a aumentar, o que é um assunto muito preocupante, sendo que o principal foco onde ocorrem esses abusos é no seio familiar, o que necessita de uma intervenção urgente por parte das entidades competentes.

Foi levantada a questão de saber se, de facto, poderemos questionar o abusador sexual como pessoa normal ou como um doente, um inimputável, com tendências psíquicas graves, se não seria melhor lhe aplicar uma medida de segurança. Este problema foi erguido por causa da adição dos artigos 69.º - B e 69.º - C do C.P., enquanto penas acessórias, que proíbem o condenado por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de exercer profissões, emprego, ou atividades públicas por um período fixado entre 2 a 20 anos, ou de 5 a 20 se a vítima for menor. Tal como citamos ao longo da dissertação, é um exagero prever-se um período de 20 anos, sem a possibilidade de poder exercer um cargo público, quando a finalidade da pena é o agente sair da prisão ressocializado<sup>255</sup>. Se ele tem que aguardar esse tempo todo até poder desenvolver esses

---

<sup>255</sup> Para mais ANTUNES, Maria João, *Consequências Jurídicas do Crime*, 1.ª Edição, Setembro, Coimbra Editora, 2013

cargos profissionais, então, possivelmente, a pena de prisão não terá sido a melhor decisão por parte do juiz.

Em suma, na sociedade contemporânea, reconhecidos os direitos da criança, as condições e os requisitos necessários e indispensáveis ao desenvolvimento pleno das suas capacidades, tornar-se-ia mais fácil identificar as situações que violam esses princípios e esses direitos. Contudo, apesar disso, e de se terem ultrapassado muitos tabus, mitos e falsas crenças, ainda nos falta percorrer um longo caminho.

## **C– Acórdãos**

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 07/10/1964

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 20-05-1992:

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-11-92

Ac. Supremo Tribunal de Justiça, 12-07-2005.

Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 7-11-2007,

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 05-06-2013

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 26-02-2014

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-11-2014

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-09-2016

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-06-2009

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2014

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 18-04-2001

Ac. Tribunal da Relação do Porto de 19/06/2013

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, 16/10/2013,

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 24-02-2016.

Ac. do Tribunal da relação de Guimarães, de 12/04/2010

Ac. tribunal da Relação de Guimarães, de 08-06-2015

Ac. Tribunal da Relação de Évora de 17/03/2015

- Todos Disponíveis em [WWW.DGSI.PT](http://WWW.DGSI.PT)

## **D - Legislação:**

Projeto de lei n.º 522/XII

Proposta de lei n.º 98/x

Projeto de Lei n.º 504/XII/3.º (BE)

Projeto de Lei n.º 515/XII/3.ª (CDS-PP)

Projeto de Lei n.º 517/XII/3.º (PSD)

Parecer do Conselho Superior Magistrados de 1 de Outubro de 2014

Associação Sindical dos Juizes Portugueses de junho de 2014:

Parecer da AO 2014/2016

Diretiva 2011/92/UE de 13 de dezembro de 2011

Lei n.º 103/2015 de 24 de agosto de 2015

Decreto-Lei 48/95 de 13 de março

## **E - Bibliografia**

AAVV, *Comentarios al Código Penal de 1995* Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996

ALBERTO, José Maria, *Dos Crimes Sexuais: Do Crime De Lenocínio Em Especial. O Novo Paradigma Da Criminalidade Sexual*, Dissertação de Mestrado para obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Criminais na Universidade Autónoma de Lisboa, 2012

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos direitos do Homem*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, 2010

ALFAIATE, Ana Rita, “*A relevância penal da sexualidade dos menores*” dissertação apresentada à faculdade de direito da universidade de Coimbra, no âmbito das ciências jurídico-criminais, para a obtenção do grau de mestre, Coimbra, 2008

ALMEIDA, Ana e BARRIO, Cristina del, *A vitimização entre companheiros em contexto escolar in Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças, Carla Machado e Rui Abrunhosa Gonçalves (coordenação), 2.ª Edição, Coimbra, Junho 2003

ALMEIDA, Miguel Pimenta, *O piropo e a lei penal - Breves notas sobre a alteração ao artº 170º do Código Penal*, 1ª versão, Jan 2016, disponível em: miguelpimentadealmeida.pt

AMARAL, Mônica Guimarães Teixeira, *Os três ensaios sobre a teoria da sexualidade: um texto perdido em suas sucessivas edições*, Psicologia USP, São Paulo, 1995

ANDRADE, Lucimary B. P., *Educação Infantil – Discurso, Legislação e Práticas Institucionais*, Cultura Académica, São Paulo, 2010

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora 1991

, *\_Consentimento em Direito Penal Médico*, RPCC, Ano 14, nºs 1 e 2



, \_Métodos Ocultos de Investigação, in “*Que Futuro para o Processo Penal?* Simpósio em homenagem a Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do CPP Português.”

, \_”*O consentimento do Ofendido no novo Código Penal,*” in Para uma Nova Justiça Penal, Coimbra, Livraria Almedina, 1996

ANTUNES, Maria João. “*Comentário ao artigo 172.º.*” In Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra editora, 1ª edição, 1999

, \_”*Comentário ao artigo 173.º.*” in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, de Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2012

, \_”*Consequências Jurídicas do Crime*”, 1.ª Edição, Setembro, Coimbra Editora, 2013

, \_”*Crimes Contra Menores:*” incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005

, \_”*Direito Processual Penal*”, Edições Almedina, Abril 2016

APAV – *Parecer sobre a proposta de Lei n.º 305/XII* que procede à alteração do Código Penal

ARAÚJO, António, *Crimes Sexuais contra Menores*. Entre o Direito Penal e a Constituição, Coimbra Editora, 2005

ARIÈS, Philippe, *A criança e a vida familiar no antigo regime*, traduzido por Miguel Serras Pereira, Ana Luísa Faria, Lisboa, Relógio d'Água, 1994

ÁVILA, Gustavo e POZZEBON, Fabrício, *Crime e Interdisciplinaridade*, Porto Alegre, 2012

BELEZA, Teresa Pizarro, *A mulher no Código Penal*, Cadernos Condição Feminina, 1984

, \_”*Mulheres, Direito, Crime*” - Perplexidade de Cassandra – Lisboa, 1993

, \_“Sem sombra de pecado”: o repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal de 1995, in Jornadas de Direito Criminal Lisboa: CEJ, 1996

BELEZA, Teresa e MELO, Helena, *A Mediação Penal em Portugal*, Almedina, 2012

BERING, Jesse, *Perversões – Os Comportamentos Sexuais Desviantes*, Circulo dos Leitores - Temas e debates. 1ª Edição, 2015

BONEYMCCOY, S & FINKELHOR, D, *Prior Victimization – a risk factor for child sexual abuse and for PTSD – Related Symptomatology among sexually abused young*. Child Abuse & Neglect, 19, 1995

BUCHO, Cruz, *Declarações para memória futura*, (elementos de estudo), 2012, disponível em:  
[https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes\\_para\\_memoria\\_futura.pdf](https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf)

CAEIRO, Pedro, FIGUEIREDO, José Miguel, *Ainda Dizem Que as Leis Não Andam: Reflexões Sobre o Crime de Importunação Sexual em Portugal e em Macau*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 26, n.º 1 a 4, janeiro a dezembro 2016

CANOTILHO, JJ, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 7ª Edição, Coimbra, 2003

CANOTILHO, JJ, MOREIRA Vital, *anotação ao artigo 26º in Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993

CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal - Parte Geral*, Coimbra Editora, 2ª edição

CASTILHOS, Daniela, GUIMARÃES, Ana Paula, *O Crime De Importunação Sexual No Código Penal Português*, disponível em <http://repositorio.uportu.pt/>

CORREIA, João Conde, *O Papel Do Ministério Público No Crime De Abuso Sexual De Crianças*, in julgar - N.º 12 (especial) – 2010

COSTA, José de Faria, *Anotação ao Crime de Difamação (180.º) in Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 1ª edição, Coimbra 1999

, \_ “ *Anotação ao Crime de Injúria (181.º) in Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 1ª edição, Coimbra 1999

COSTA, Maia, in *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 2014

CUNHA, Damião – *O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento in RPCC*, ano 7, 3 julho-setembro de 1997

*Delitos contra la libertad e indemnidade sexuales: ley orgânica 11/99*, de 30 de abril , Bosch, Madrid, 1999

DIAMOND, Jared, *Porque Gostamos de Sexo – A Evolução Da sexualidade Humana*, Rocco, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Actas e Projecto da Comissão de Revisão – crimes contra a liberdade sexual*, Ministério, 1993

, \_”Anotação ao art. 163.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra editoras, 1999

, \_”Anotação ao art. 164.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra editoras, 1999

, \_”Anotação ao art. 174.º” in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Coimbra editoras, 1999

, \_”Crimes contra os costumes”, in *enciclopédia polis*, verbo, I volume.

, \_”Direito Penal Português”, *As Consequências jurídicas do Crime*, 2 reimpressão, Coimbra Editora, 2009

, \_”*Direito Processual Penal*”, Coimbra Editora, 1974 (reimpr. 2004)

DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro: “*Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*”, in *Enciclopédia Polis da Sociedade e do Estado*. Vol. 1. 2ª Ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1997

DIAS, Maria do Carmo Siva, “*Repercussões da Lei n.º 59/2007. De 4/9 nos «crimes contra a liberdade sexual»*”, in *Revista do CEJ* o (2008) (n.º especial Jornadas sobre a revisão do Código Penal – Estudos).

Dicionário de Língua Portuguesa, 7ª edição, Porto Editora

*Evidence Regarding the Need for a Diagnostic category for a coercive Paraphilia*, in Archives of Sexual Behavior 39, n.º 2, 2010.

FAUSTO, Boris, Crime e Cotidiano – *A criminalidade em São Paulo (1880-1924)*, Editora da Universidade de São Paulo, 2001

FAVEIRO, Vítor A. D., ARAÚJO, L.S., *Código Penal Português anotado*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1960

FÁVERO, Marisalva F., *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*, Climepsi Editores, Lisboa, 2003

FERRO, António, FARIA Carlos Gari, *Psicanálise e sexualidade – tributo ao centenário de Três ensaios sobre uma teoria da sexualidade – 1905-2005*, Casa do Psicólogo, 2005

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

FULLGRAF, Jodete Bayer, *A Infância de papel e o papel da infância*, Florianópolis, Outubro de 2001

GALVÃO, Fernando, *Direito Penal - Parte geral*, Belo Horizonte, D'Plácido, 2007

GARCIA, M. Miguez, *O Direito Penal Passo a Passo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011

, \_“O Direito Penal Passo a Passo”, Vol. I 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015

GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetz Entwurf, 1960, p. 42 *apud* ANDRADE, Consentimento, *ob. Cit.*

GIUSTI, G. in *Trattato di Medicina Legale e Scienze Affini*, Volume 4, 2009

GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2015

GONÇALVES, Rui Abrunhosa, *Violência e Vítima de crimes*, vol. I – Adultos, Coimbra, 2ª edição

GULPILHARES, Fábio, *Crimes Sexuais: Uma Nova Concepção Político-Criminal?* In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 26, n.º 1 a 4, Janeiro – Dezembro 2016

HAMILTON, L. *Variables associated with child maltreatment and implications for preventions and treatment.* In J.T. Pardeck (Ed.), *Child abuse and neglect: Theory, research and practice*, Amsterdam: OPA, 1989

HISGAIL, Fani, *Pedofilia – Um Estudo Psicanalítico*, Iluminuras, São Paulo, 2007

HONIG *apud*, ROXIN, Claus, *Derecho Penal – Parte Geral*, Tomo I, 1997, p. 511

HORSTKOTTE, “*L’âge et les conditions du consentement dans le domaine sexuel*”, in *Études relatives à la recherche criminologique. Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*, vol. XXI, 1984

HOWIT, Denis, *Paedophiles and sexual offences against children*, John Wiley and Sons, Nova Iorque 1995

JACOB, Jo-Anne, ROBERT, Joceyne, *A Minha Sexualidade Até Aos 6 Anos*, Tradução do livro francês “*Ma sexualité de 0 à 6 ans*”, Porto Editora, 2006

JUNIOR, Oswaldo M. Rodrigues, *Parafilias: Das Perversões às Variações Sexuais*, Editora ZAGODONI, 2002

LEITE, André Lamas, *As Alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais – Nótulas Esparsas*, in *Julgar*, n.º 28, Jan/Abr de 2016

LEITE, Inês Ferreira, *A Tutela penal da Liberdade Sexual*, in *RPCC*, ano 21, n.º 1

\_, “*Pedofilia*”, *Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração*, Almedina, 2004

LOCATELLI, Moacir António, *O acaso de uma cultura: Uma Análise Antropológica dos Ciganos*, Santa Rosa-RS : Barcellos Livreiro e Editor, 1981

LOPES Jr, AURY e SEGER, *Prova Testemunhal e Processo Penal: A Fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenómeno das falsas memórias.*, p.04., disponível em:

[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_2/mariana\\_seger.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf)

LOPES, Mouraz – *O Interrogatório da vítima nos Crimes Sexuais: as Declarações para memória futura*” Sub Judice, justiça e sociedade, n.º 26, Out/dezembro de 2003

\_- “*Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1998

, “*Os crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação sexual no Código Penal*”, 4.º Edição, Coimbra Editora, 2008

MACHADO, Carla, GONÇALVES, Miguel, VILA-LOBOS, Ana João, *Crianças expostas a múltiplas formas de violência in Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças, Carla Machado e Rui Abrunhosa Gonçalves (coordenação), 2.ª Edição, Coimbra, Junho 2003

MACHADO, Clara, *Violência e Vítimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças, Carla Machado e Rui Abrunhosa Gonçalves (coordenadores) 2.ª Edição, Coimbra, junho 2003

MACHADO, Jónatas, *Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao pós 11 de Setembro*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2006

MAGALHÃES, T. *Maus tratos em Crianças e jovens: Guia prático para profissionais*, 4.ª Edição, Coimbra, 2005, Quarteto Coimbra

MAGRICO, Manuel Eduardo Aires, *A Exploração Sexual de Crianças no Ciberespaço*, Sinapis Editores, 2013

MALAFAIA, Joaquim, *O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos atos de instrução e nas declarações para memória futura*, in RPCC, n.º 14, 2004

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Giuffrè, fevereiro 2012

MARQUES, Débora, Helena da Silva, *O menor Vítima de Crime Sexual*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com menção em Ciências Jurídico Forenses, Abril, 2013

MARTINGO, Carla, *O Corte dos Genitais Femininos em Portugal: O caso das Guineenses* – Estudo Exploratório, Editorial do Ministro da Educação., 1ª Edição, Lisboa, 2009

MARTINS, Inês Zeferina, *a Relevância Do Testemunho Da Criança Vítima De Abuso Sexual*, Dissertação Apresentada À Universidade Católica Para A Obtenção Do Grau De Mestre, maio 2013

MIGUELEZ, Nora B. S., *Complexo de Édipo – Novas psicopatologias, Novas Mulheres, Novos Homens*, Editora Casa do Psicólogo, Brasil, 2007

MÓNACO, Gustavo Ferraz, *A Declaração Universal dos direitos das crianças e seus sucedâneos internacionais* (tentativa de sistematização) Universidade de Coimbra, 2004

MONTE, Mário Ferreira, *Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos Tempos, Novos Crimes*, in *Julgar*, n.º 28, Jan/Abr de 2016

NETO, Alfredo, CARVALHO, Juliana Oliveira de, *Psiquiatria para estudantes de medicina*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2003

NUNES, Pedro Jorge Fernandes, *Depoimentos Para Memória Futura: Conteúdo Dogmático E Aplicação Prática*, dissertação para obtenção do grau de mestre na Universidade Autónoma de Lisboa, janeiro de 2014

OLIVEIRA, Alexandra Maria da Silva – *Da Prostituição ao Trabalho Sexual: Actrizes, Práticas e Contextos*. Universidade do Porto: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, 2001

OLIVEIRA, José Barros, *Freud e a educação sexual*, in *Revista Portuguesa de Pedagogia*, ano XXIII, 1989

PEIXOTO, Carlos, *Avaliação Da Credibilidade Das Alegações De Abuso Sexual De Crianças: Uma Perspetiva Psicológica Forense*. Tese De Doutoramento, Faculdade De Psicologia E Ciencias Da Educação Do Poro, Porto, 2011

RAMOS, Ferreira, *Notas sobre os crimes sexuais no projeto de revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei n.º 92/VI*”, in *RMP*, ano 15, n.º 59

RAPOSO, Vera L., *Da Moralidade À Liberdade: O Bem Jurídico Tutelado Na Criminalidade Sexual*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003

Relatório Final de Mutilação Genital Feminina: prevalências, dinâmicas socioculturais e recomendações para a sua eliminação, Março de 2015

RIBEIRO, Catarina, *A Criança Na Justiça – Trajetórias E Significados Do Processo Judicial De Crianças Vítimas De Abusos Intrafamiliares*, Coimbra, Edição Almedina, 2009

RIBEIRO, Vinício, *Código de Processo Penal - Notas e Comentários*, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2013

RODRIGUES, Anabela Miranda, FIDALGO, Sónia, *Comentário ao artigo 170.º in Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Vol. I, 2.ª Edição*, 2012

ROXIN, Claus, *Derecho Penal – Parte Geral*, Tomo I, traduzido por Diego Peña, Miguel Conlledo e Javier Remesal, Civitas, 1997

SANTOS, Gil Moreira, *O Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2002

SANTOS, M. Simas, HENRIQUES, M. Leal, *anotação ao artigo 164.º Código Penal*, II volume, 2ª edição, Rei dos Livros, 2004

SCHULHOFER, Stephen, *Taking sexual seriously: rape law and philosophy*, Vol. 11, Kluwer Academic Publishers, 1992

SILVA, Germano Marques, *Direito Penal Português – Parte Geral*, 2005

SOTTOMAYOR, Clara, *Dossier: Violências De Género E Direito(S): Diálogos Feministas*, Lisboa, Junho de 2015

, *O Conceito Legal de Violação: um contributo para a doutrina penalista – A propósito do Ac. do TRP de 13 de Abril de 2011*, in *Revista do M.P.*, n.º 128, ano 32, Outubro-dezembro de 2011

, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, 2014



SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil - Volume I*, Coimbra editora, 2003

STEIN, Lilian M., NYGAARD, Maria Lucia. *A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais*. IBCCRIM – Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11

VALENTE, Manuel Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Almedina, 2010

VEIGA, António Miguel, *Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais* (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento), RPCC (2009)

WERTHEIMER, Alan, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge, University Press, 2003

WOLF, V & BIRT, j. *Child Sexual Abuse in E. Mash & L. Terdal Assessment of Childhood disorders*, New York: The Guilford Press, 1997

WOLFE, D. *The Role of Intervention and treatment services in the prevention of child abuse and neglect*. In G. Melton & F. Barry (Eds), *Protecting children from abuse and neglect*, New York: The Guilford Press, 1994

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 2004

ZITELMANN, Ernst, *Ausschluss Der Widerrechtlichkeit* (1906), p. 56 *apud* Dias, Figueiredo, *Direito Penal*, ob. Cit. p. 471

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

*(Arthur Schopenhauer)*