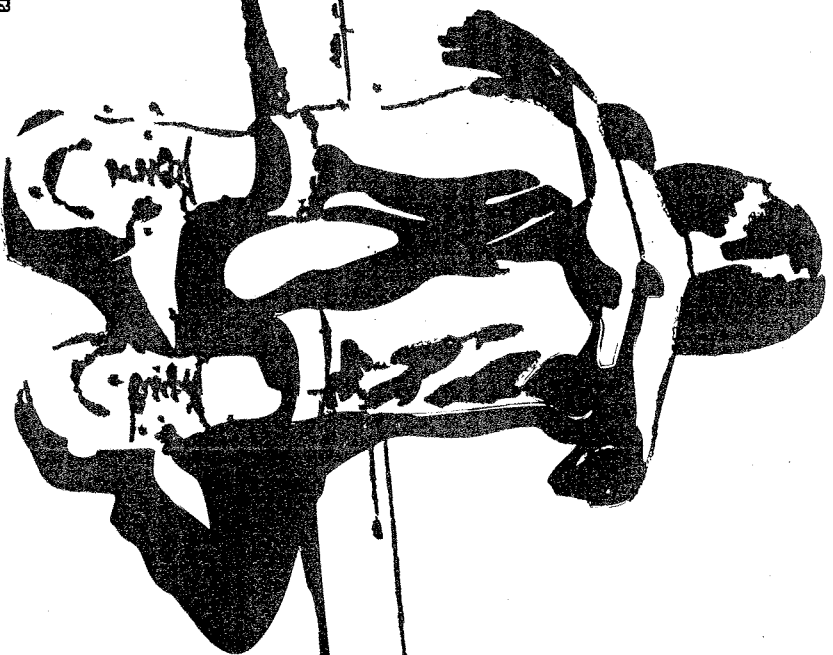


Ana Rita Alfaiate

A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores



A RELEVÂNCIA PENAL
DA SEXUALIDADE DOS MENORES


18.8.77

PREFÁCIO

Há quem entenda que os orientadores não devem fazer prefácios aos trabalhos que orientaram. De certa maneira, continuo a pensar que essa é uma boa prática. Todavia, podemos sempre, com iguais razões, encontrar justificações para a excepção. Mas não é disso que vou falar. Vou antes falar deste estudo sobre “*A relevância penal da sexualidade dos menores*”. Trabalho contido, na medida certa, levado a cabo em um português escorreito, com uma lógica interna que não é demais realçar, a que se junta uma compreensão pessoal sobre aquilo que se discute, crítica e valora. Para além disso, é bom dizê-lo, trabalha-se um tema que a muitos não deixaria de intimidar, sobretudo, neste nosso tempo, de exaltação radical a tudo o que seja protecção penal de menores. Também por aqui se podem abrir janelas de coragem compreensiva e tuteladora dos verdadeiros interesses dos menores. E esse não será o menor dos méritos desta obra.

Tudo isto são mais do que boas razões para que este livro deva ser lido, estudado e criticado. Pois que, todo o saber só se enriquece quando sobre ele se reflecte criticamente. Crítica que, nas palavras do meu saudoso mestre Eduardo Correia, é ainda e sempre a forma mais nobre de honrarmos os autores.

José de Faria Costa

Composição e impressão
 Coimbra Editora

ISBN 978-972-32-1730-8

Depósito Legal n.º 296 761/2009

Agosto de 2009

Aos meus pais e ao Francisco.

Ao David, eterno anjo-da-guarda que me ensinou em silêncio muitas das cores do Mundo.

NOTA PRÉVIA

O trabalho que agora se publica corresponde, com brevíssimas correções formais, à dissertação de mestrado, em Ciências Jurídico-Criminais, que defendi em provas públicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 27 de Março de 2009. Neste momento, é, pois, devida uma palavra de agradecimento ao júri daquela defesa.

À Senhora Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria, arguente que me chamou a reflectir e a percorrer sobre os pontos mais complexos do trabalho, intervindo sempre com o claro único objectivo de tornar a discussão mais rica.

À Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, pelo estímulo que logo no dia da defesa me deu, apontando caminhos para novas empreitadas e revelando assim uma confiança que tudo farei por merecer.

Finalmente, ao Senhor Professor Doutor José Francisco de Faria Costa, o orientador, o professor e, posso dizê-lo, o amigo, pela presença sempre atenta, pela crítica mais saudável a cada passo desta caminhada, pelo tempo de muitas conversas, pela paciência para me ajudar a arrumar ideias.

Agradeço ainda às Dras. Alexandra Vilela e Rita Basílio, que se empenham nos meus trabalhos quase tanto como eu e a quem tem cabido a dura tarefa de os lerem; a todos os amigos que a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra me deu: professores, funcionários e alunos; em especial, à Carla e à Patrícia, pelo apoio incondicional de todas as horas; e aos que tiveram sempre a melhor palavra para o pior momento!

ABREVIATURAS E SIGLAS

(Por ordem alfabética)

- A. A. F. D. L. — Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- Ac. — Acórdão
- AR — Assembleia da República
- Art. — Artigo
- BFDUC* — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
- CC — Código Civil
- CP — Código Penal
- CPP — Código de Processo Penal
- CRP — Constituição da República Portuguesa
- DL — Decreto-Lei
- Ed. — Edição
- Fasc. — Fascículo
- L — Lei
- MP — Ministério Público
- N.º — Número
- Polic. — Policopiado
- RLJ* — *Revista de Legislação e de Jurisprudência*
- RMP* — *Revista do Ministério Público*
- RPCC* — *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*
- STJ — Supremo Tribunal de Justiça
- TC — Tribunal Constitucional
- TRG — Tribunal da Relação de Guimarães
- TRP — Tribunal da Relação do Porto
- Vol. — Volume

“Livre não sou, que nem a própria vida
Mo consente.
Mas a minha aguerrida
Teimosa
É quebrar dia a dia
Um grilhão da corrente.

Livre não sou, mas quero a liberdade.
Trago-a dentro de mim como um destino.
E vão lá desdizer o sonho do menino
Que se afogou e flutua
Entre nenúfares de serenidade
Depois de ter a lua!”

Miguel Torga, *Conquista*, in *Cântico do Homem*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende ser uma reflexão sobre a relevância da sexualidade dos menores em sede de direito penal. A necessidade de perceber a especificidade dos menores enquanto sujeitos de direito e a consciência dos limites de fruição da sexualidade em função da idade determinaram, num primeiro momento, por si só, que empreendéssemos este esforço.

O primeiro capítulo do trabalho está dividido em três partes: a primeira, onde se questiona quem é o menor e se avançam algumas considerações a propósito da especialidade da maioridade penal em face da maioridade civil; uma segunda parte, acerca da evolução dos crimes, numa perspectiva caracterizada pela confrontação e comparação, sem pretensão crítica visível; e uma terceira e última parte, relativa à promoção do processo penal por crime sexual contra menor, onde nos restringimos a considerações sobre a essencialidade de este ser ouvido e de a sua vontade ser o *præius* da actuação penal.

A convicção de que o núcleo em torno do qual deve girar todo o nosso esforço se prende com o bem jurídico que o legislador pretende tutelar levou-nos a considerar que só depois de analisado esse bem jurídico seria possível evoluir no campo das investigações. Importa discutir a sua evolução e involuções e a sua dignidade penal. Para isso, é essencial que nos socorramos das ideias de fragmentariedade penal e adequação social das condutas e, desse modo, também que convoquemos o elemento da ofensividade de tais condutas como elemento essencial do crime. O segundo capítulo do nosso trabalho trata precisamente estas questões associadas ao bem jurídico. Começa-se por analisar a sua evolução, passa-se, depois, por uma reflexão sobre a sua natureza e características e termina-se com uma ponderação crítica muito específica, relativamente a algumas incriminações do actual CP português, tentando, nessa sede, lançar pistas de soluções que nos parecem mais justas.

Finalmente, e porque este trabalho seria incompleto se nele não houvesse um espaço de análise do valor da declaração de vontade do menor, analisámos as figuras do acordo e do consentimento. Procurámos perceber os pressupostos e limites de cada uma delas, tendo sempre presente o menor que as mobiliza. Simultaneamente, examinámos, tipo a tipo, qual a figura em causa em face dos bens jurídicos protegidos.

A instrumentalização dos novos crimes para ilustrar as nossas considerações era um processo inevitável. O grande objectivo do estudo, porém, é mais a problematização em abstracto destas questões do que a crítica ou aplauso circunstanciados a determinada opção legislativa. A revisão de 2007 do CP operou uma importantíssima alteração em sede de crimes sexuais e por isso seria uma opção pólucio arguta da nossa parte não nos servirmos da actualidade desse exemplo para mostrar a nossa posição. Tentámos trazer ao espaço discursivo opiniões muito próprias, mas, apesar de tudo, esforçámo-nos por não oferecer ao leitor um trabalho de letra morta em face de uma alteração ao CP posterior à sua conclusão.

A verdade, no entanto, é que enunciar critérios sem lhes testar a aplicabilidade prática não fazia, na nossa opinião, qualquer sentido. A actualidade conspirou, todavia, para que esse esforço fosse empreendido muitas vezes “sem rede”. A juventude das novas incriminações ditou, desde logo, a dificuldade em encontrar jurisprudência de suporte. Se a doutrina foi acompanhando o devir da orientação penal logo à medida que propostas de alteração iam sendo anunciadas, razão pela qual encontramos, a par dos textos mais gerais, alguns autores que tratam já e tomam posição quanto aos novos crimes e às suas implicações, a jurisprudência é, neste trabalho, por impossibilidade prática que nos aflige, um elemento claramente falho. É-o, não cansamos de o repetir, pela juventude dos exemplos que pretendemos que ilustrem as nossas posições e por que não houve ainda espaço à realização da nova justiça penal em matéria sexual, pelo menos com a firmeza da jurisprudência dos tribunais superiores. Apesar de tudo, a opção tinha de ser feita e não nos pareceu que a segurança das opiniões maduras suplantasse a vantagem de uma discussão urgente. Essa é a razão de ser da nossa escolha.

CAPÍTULO I

O MENOR NO DIREITO PENAL SEXUAL PORTUGUÊS

1. QUEM É O MENOR?

Ao longo deste trabalho, o conceito de crimes sexuais será assumido latamente, nele se incluindo, conforme a época jurídico-legislativa abordada, os crimes contra a honestidade, os crimes contra os costumes, os crimes sexuais previstos no Código de 1982 e os actuais crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Deste modo, atendendo ao objecto do nosso estudo, poderemos estar perante crimes sexuais que protegem bens comunitários como a moral e o pudor público ou, no sentido estrito do termo, os crimes sexuais previstos no Código de 1982, ou ainda, num sentido mais rigoroso, os “comportamentos que ofendem ou põem em perigo os específicos bens jurídicos que se inscrevem na esfera sexual das pessoas ofendidas”⁽¹⁾.

Assim esclarecidas as faces do conceito, bem se entende porque serve ele o propósito de nos referirmos, independentemente da época tratada, a uma única fórmula que convoque todas as considerações sobre o assunto discutido. De facto, quando com mais propriedade poderia falar-se em crimes sexuais seria a partir da revisão de 1995 do CP, que operou a mudança decisiva de paradigma nestas incriminações. Mas a verdade é que o legislador acabou até por assumir o conceito numa altura em que o bem jurídico protegido não era ainda aquele de que fala Figueiredo Dias, mas se mantinha, isso sim, apegado a uma moral

⁽¹⁾ Nas palavras de Dias, Jorge de Figueiredo, «Crimes contra os costumes», *Polis*, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Verbo, 1983, p. 1376 (citado: «costumes»).

e pudor sexuais comunitários (ou seja, logo na redacção inicial do Código de 1982). Por isso, falar aqui em crimes sexuais significa falar na evolução das incriminações que, independentemente do bem jurídico tutelado, punam as condutas que de algum modo sejam conotadas com uma dimensão sexual da existência humana.

O nosso estudo não pretende, todavia, fazer uma análise exaustiva de todos os crimes sexuais, ou mesmo de todos os actuais crimes sexuais. O que nos importa nesta abordagem é considerar os crimes sexuais cuja vítima seja um menor. Ora, o conceito de menor, ou pelo menos o conceito de menor protegido em sede de crimes sexuais, sofreu, também ele, uma evolução ao longo dos CP conhecidos. Daí que, antes de qualificar consideração sobre os menores enquanto vítimas de crimes sexuais, seja imprescindível saber quem são os menores que se pretende proteger com aquelas incriminações.

Ao tempo do Código de Seabra, a menoridade durava até aos vinte e um anos, devendo considerar-se crimes contra menores os praticados contra pessoas que não tivessem ainda atingido aquela idade. Uma leitura do CP de 1852 permite-nos encontrar várias disposições legais cuja formulação atende à especial protecção de determinadas pessoas em função da idade: o artigo 34.º/29 do CP, por exemplo, referia-se expressamente à circunstância agravante do cometimento do crime com desprezo do respeito devido à idade do ofendido, e assim também à pouca idade dos menores. Apesar dessa ampla margem da menoridade, a legislação penal da época atendia já à necessidade de um *certo* adensamento do conceito de menor em face do crime concretamente em causa.

Em sede de crimes sexuais, era até aos dezanove anos que se sustentava a importância de uma tendencial protecção absoluta do ofendido e dos bens jurídicos de que este fosse titular. Enunciou o Ac. do STJ, de 14 de Dezembro de 1955, que “a lei protege os menores de dezanove anos, de forma absoluta, contra quaisquer actos atentatórios do pudor, punindo, por isso, os actos impúdicos, mesmo com aceitação dos ofendidos e independentemente da existência ou inexistência de pudor por parte destes”⁽²⁾. A idade da vítima, no entanto, apresentava-se

como um fenómeno dinâmico de avaliação da ofensividade de determinadas condutas. Ou seja, o mesmo acto praticado com menores de idades distintas suscitava juízos de censura ética diversos. Disto mesmo deu conta o Ac. do STJ, de 31 de Julho de 1957, referindo-se a essa avaliação a propósito do crime de atentado ao pudor, relativamente ao qual, no momento de decisão da medida da pena, a idade relevava como “aspecto circunstancial de maior ou menor valoração na intensidade dolosa do agente e dos resultados que pode provocar”⁽³⁾.

Diversamente do que mais tarde veio a acontecer com o CP de 1982, o CP de 1852 não previa uma idade de referência para o consentimento do menor, assumindo que a capacidade deste para o prestar variava em função “da idade, do grau de cultura, etc.”⁽⁴⁾. Não obstante, uma leitura mais atenta das condutas puníveis nesse Código de 1852, em matéria de crime sexuais, deixa perceber o desvalor do consentimento do menor com menos de dezanove anos. Aceitava-se que até essa idade o ofendido não reunia as características de “discernimento suficiente para medir o alcance do seu acto” e, por conseguinte, não relevava o consentimento que prestasse.

Para o legislador, a assunção do discernimento para consentir fazia-se em termos progressivos a partir dos dezanove anos. Esta idade não operava, por isso, a completa autonomia do menor em matéria sexual, reservando-se algumas figuras criminosas para os actos praticados com menores com mais de dezanove anos e menos de dezoito, ou vinte e um. Por exemplo, num caso de cópula consentida com um menor de dezanove anos, não se verificando a existência de estupro ou de violação, ainda o agente seria punido pelo crime de atentado ao pudor⁽⁵⁾. Mas, nessa lógica de progressiva aquisição da capacidade de decidir, entre os dezanove e os dezoito anos o consentimento da pessoa ofendida adquiria maior relevo e a cópula consentida não era punida se se provasse que a vítima não havia sofrido qualquer sedução tendo em vista a obtenção do consentimento⁽⁶⁾, ou seja, se o consentimento não pudesse dizer-se viciado.

⁽³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁾ *Idem*, p. 112.

⁽⁵⁾ *Idem*, p. 656.

⁽⁶⁾ *Idem*, p. 663.

⁽²⁾ FAVEIRO, Vitor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *Código Penal Português anotado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1960, p. 660 (citado: *anotado*).

No entanto, o CP considerava que mesmo a vítima entre os dezoito e os vinte e um anos era ainda especialmente vulnerável a algumas condutas de carácter sexual. Por isso, assumia para essa faixa etária uma protecção mais densa do que a que concedia aos maiores de idade. Não o fazia relativamente a todas as condutas, aceitando que a aquisição de discernimento por parte do menor se encontrava já suficientemente estabilizada para que este compreendesse o alcance de algumas práticas sexuais. Mas em casos, por exemplo, de lenocínio, era possível verificar esta preocupação. O lenocínio de maiores de vinte e um anos só era punido quando praticado pelo marido ou por ascendente da pessoa ofendida. Já a conduta do que excitasse, favorecesse ou facilitasse a corrupção (prostituição e devassidão) de menores de idade era punida sempre, quer se tratasse de agente ascendente ou marido, quer se estivesse perante um encarregado de menor ou qualquer terceiro que com habitualidade se dedicasse àquela prática. Aquela conduta só não era punida como lenocínio no caso de ser praticada isoladamente, por terceiro, situação em que havia crime, mas de corrupção de menor ⁽⁷⁾.

A fraca amplitude do consentimento do menor não era tão questionável em face destes crimes como é actualmente, uma vez que o bem jurídico protegido por eles especificava bem a relevância das concepções comunitárias do que era o melhor para o menor, independentemente daquilo que este pudesse, em concreto, entender como sendo o melhor para si. Aliás, o próprio carácter público de todos os crimes sexuais contra menores de doze anos (art. 399.º/1 do CP) ajuda na compreensão da intolância máxima da sociedade e do legislador aos comportamentos lesivos do bem jurídico comunitário tutelado. As características do ofendido, designadamente a sua idade muito precoce, acrescentavam desvalor à acção do agente, face à tendencial castidade e ao pudor dos menores, que eram valores considerados fundamentais na construção de toda a moral e pudor sexuais da comunidade. Afinal, que comunidade poderia aceitar a corrupção dos menores num momento histórico de forte enraizamento religioso das Leis dos Homens? Não sendo expressiva qualquer discussão doutrinária quanto ao bem jurídico tutelado, o

(7) *Idem*, pp. 696 e ss.

direito penal funcionava como garante da moral pública na esfera sexual, ora da honestidade, ora do pudor, ora da virgindade. A maior intolância face às condutas que atingissem estes bens jurídicos, através da ofensa a um menor, sublinhava apenas a especial necessidade de protecção do ofendido concreto. Na verdade, o bem jurídico mantinha-se e o que se alterava era a carência de protecção em função da menoridade do ofendido. E relativamente às vítimas menores de doze anos, não era só a intolância face à lesão que se sobrepunha a qualquer consideração do sujeito em concreto, mas também a legitimidade activa da sociedade em geral para denunciar.

A lei presumia uma absoluta carência de tutela, independentemente da moral e do pudor efectivamente ofendidos, relativamente a todos os menores de dezasseis anos. O bem jurídico tutelado não precisava, para que pudesse falar-se em lesão, de qualquer ofensa reconduzida ao menor. Estávamos perante um bem jurídico comunitário, cuja relevância se sobrepunha, necessariamente, à vontade do agente e da vítima. Até aos doze anos desta última, aceitava-se que o interesse protegido pela norma, violado em concreto pela ofensa ao menor, só estaria acautelado pela perseguição do agente. De um modo distinto, a prática do crime sobre vítimas maiores de doze, mas menores de dezasseis, já podia acabar por não ser alvo de um processo penal, o que, atendendo à assunção da tendencial protecção absoluta dos menores até aos dezasseis anos, manifestava algum afrouxamento no comprometimento da comunidade com esse desiderato.

Com o CC de 1967 manteve-se a maioridade civil nos vinte e um anos e só com o DL n.º 496/77, de 25 de Novembro, se antecipa aquela para os dezoito anos. O CP de 1982 define, no entanto, um critério para o consentimento válido e eficaz dos menores. Comungando da ideia de progressividade na aquisição da capacidade para decidir, ideia essa que já vinha do CP anterior, o legislador de 1982 não considerou que à menoridade civil devesse corresponder uma uniforme incapacidade para consentir. Deste modo, ficou escrito que, a partir dos catorze anos, e desde que o menor tivesse atingido o discernimento para compreender o sentido e alcance da sua vontade, o consentimento que prestasse seria válido e eficaz. Protegia-se, em matéria sexual, no entanto, ainda a moral e, nesse sentido, o menor, na formação da consciência do seu consentimento, não tinha de atender apenas ao seu específico pudor e con-

cepções morais, mas à ofensa que a conduta produziria para o pudor e moral comunitários.

Embora a partir de 1995 o CP passe a acolher um novo desenho dos tipos penais sexuais, baseado numa nova concepção do bem jurídico tutelado, agora entendido como a liberdade sexual, a verdade é que a maioridade para o consentimento não se altera. O que se altera é a idade até onde o legislador entende que é razoável prevenir incriminações específicas em função da idade da vítima, deixando de ser possível encontrar, neste plano, distinções entre maiores e menores entre os dezoito e os dezoito anos. Assim, a especial protecção às vítimas de crime sexual passou a ser até aos dezoito anos, com especial enfoque, obviamente, naquelas que não tenham ainda completado os catorze. O crime de lenocínio de menor passa a estar previsto apenas para os casos de vítimas com menos de dezasseis anos, punindo-se nos termos gerais do lenocínio as condutas daquela natureza que violem a liberdade sexual dos menores entre os dezoito e os dezoito anos. Entre os dezoito e os dezoito anos, a única protecção especial dada à vítima de crime sexual acontece no caso de abuso sexual praticado por agente a quem a vítima tivesse sido confiada para educação ou assistência, mas porque relevava aqui a especial proximidade entre o agente e a vítima e o acrescido desvalor da violação do dever que àquele também incumbia de proteger a liberdade sexual desta. No fundo, neste crime, há dois bens jurídicos postos em crise: a liberdade sexual do menor e a sua confiança na pessoa com responsabilidade na sua educação ou assistência. Ora, pela especial vulnerabilidade inerente à vítima que deposita confiança no agente, o legislador entendeu que até ao limite da menoridade estava justificada uma protecção específica. Em todas as outras situações, os crimes praticados contra menores entre os dezoito e os dezoito anos eram legalmente previstos como se praticados contra maiores.

Com a revisão de 2007 do CP altera-se a maioridade para o consentimento, tendo esta sido fixada nos dezoito anos. O artigo 38.º/3 do CP deixa de consagrar a idade de catorze anos para o consentimento válido e eficaz e aumenta aquela idade para os dezoito anos, não prescindindo, todavia, e quanto a nós, como adiante desenvolveremos, muito bem, do critério do discernimento do menor para compreender o sentido e alcance do consentimento que presta. É também com a revisão de 2007 que mais claramente se acentua a especial protecção da menoridade,

até ao seu limite, ainda situado nos dezoito anos. Encontramos hoje, por isso, várias condutas sexuais com previsão incriminatória específica em função da menoridade.

A doutrina e a jurisprudência foram paulatinamente substituindo o termo menor pelas palavras criança, adolescente e jovem. Ao nível penal, porém, é fácil encontrar a dicotomia maior e menor de idade nos dispositivos de referência aos crimes sexuais e é compreensível que assim seja. De facto, a referência ao menor enquanto vítima não traduz nada mais nada menos que o facto de a vítima não ter ainda atingido a maioridade civil. Não pode, em nosso entender, conotar-se o termo com qualquer ideia de inferioridade dos titulares menores do direito ou interesse legalmente protegido e não é líquido que a substituição dos conceitos acarrete rigor à discussão. Muito embora algumas epígrafes tenham assumido, sobretudo a partir da revisão de 1995, que os crimes são praticados contra crianças ou adolescentes, é essencial a concretização de determinadas condutas típicas e ilícitas com referência às idades dos titulares dos bens jurídicos protegidos. Por isso, a par da epígrafe “Abuso sexual de crianças”, encontramos outras em que se utiliza a palavra menor. E não se julgue que o conceito se reconduz agora apenas aos maiores de catorze e menores de dezoito, ou seja, aos que, não sendo crianças, não são maiores de idade. Basta atentar nos crimes de lenocínio de menores e pornografia de menores para constatar que é indiferentemente designado o menor, independentemente da sua idade.

A Organização Mundial das Nações Unidas definiu, em 1989, na Convenção dos Direitos da Criança, que “... considera-se como criança todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade...”, salvaguardando, no entanto, a seguir: “... a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. E crianças são, então, todos os menores de idade, todos aqueles que não tenham atingido a maioridade. Ora, a União Europeia, na concretização da pretensão harmonizadora das legislações nacionais também quanto ao que deve entender-se por criança, veio acrescentar que é criança “... qualquer pessoa com menos de dezoito anos de idade”⁽⁸⁾. O CP português,

⁽⁸⁾ Neste sentido, as definições do artigo 3.º/d do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Pre-

no entanto, aplica, como vimos, o conceito de criança de uma forma mais restrita, sendo, por isso, mais rigoroso falar em crimes sexuais contra menores em vez de crimes sexuais contra crianças e jovens.

Não obstante a consagração da idade até à qual se considera determinado sujeito um menor, a aquisição progressiva da maioridade até aos dezoito anos é uma ideia assente e cada vez mais enraizada. Na própria Convenção dos Direitos da Criança de 1989 encontramos eco deste entendimento de uma maturidade, capacidade e maioridade progressivas⁽⁹⁾. O artigo 12.º da Convenção assegura à pessoa com menos de dezoito anos, capacitada a formular os seus próprios juízos, o direito de expressar as suas próprias opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com ela, devendo levar-se em consideração essas opiniões em função da sua idade e maturidade. No mesmo sentido convergiu o direito português. Actualmente, a tendência é para aceitar que, havendo capacidade do menor para decidir aspectos concretos da sua vida, a sua vontade deve ser potencialmente atendida⁽¹⁰⁾. Assim, desde 1977 que o legislador considerava maior aquele que perfaça os dezoito anos (art. 130.º do CC), mas isso não o impediu de explorar as ideias de antecipação⁽¹¹⁾ e progres-

venção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, de 15 de Novembro de 2000 (Resolução da AR n.º 32/2004), do artigo 1.º/4 da Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, para a luta contra o tráfico de seres humanos, do artigo 1.º/4 da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, sobre a luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e do artigo 4.º/4 da Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, de 16 de Maio de 2005.

⁽⁹⁾ Sobre estas maturidade, capacidade e maioridade progressivas e antecipadas, interessante a leitura de PALMERI, Giuseppe, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene Editore, 1994; e de alguns contributos da obra de CRISTOFARO, Marcello de; BELVEREDE, Andrea, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Diritto e problemi contemporanei, 4, Milano, Giuffrè Editore, 1980, sobretudo o de DOGIOTTI, Massimo, pp. 250 e ss., o de BELVEREDE, Andrea, pp. 321 e ss., o de GRENDENE, Iginio, pp. 423 e ss., e o de MUNARI, Francesca Menegazzi, pp. 647 e ss.

⁽¹⁰⁾ No mesmo sentido, GERSÃO, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, Coimbra Editora, Outubro-Dezembro de 1997, p. 581.

⁽¹¹⁾ Sobre este aspecto, embora numa vertente civilista, MARTINS, Rosa Cândido, «Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?», *Lex Familiae*, Ano 1, N.º 1, Centro de Direito da Família, 2004, p. 70.

sividade que subjazem às chamadas “maioridades especiais”⁽¹²⁾. A maioridade para o consentimento, prevista no artigo 38.º/3 do CP, é disso apenas um exemplo.

As alterações avançadas pela revisão de 2007 para os limites éticos das vítimas de determinadas condutas previstas no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, designadamente no caso da pornografia e do lenocínio de menores, mostram bem, no entanto, que pode não ser descabido pensar num recuo na assunção desta maioridade antecipada progressiva. A idade para o consentimento foi elevada e a consideração de uma especial protecção em função da menoridade estendeu-se muitas vezes até ao limite dos dezoito anos. No crime de pornografia de menores⁽¹³⁾, por exemplo, que não existia autonomamente mas tem a génese no artigo do abuso sexual de crianças, a vítima era o menor de catorze anos. Com a alteração ao CP, doutro modo, elevou-se a idade desta para os dezoito anos, fazendo-se referência à vítima apenas enquanto menor e não se balizando este conceito com recurso a qualquer idade⁽¹⁴⁾. Ora, se entendermos que é também nestas opções legislativas que se manifestam os conceitos de progressividade e antecipação da autonomia e maioridade, a alteração produzida não é inocua e o menor é hoje, face a muitas condutas sexuais, alguém cuja protecção se estende por mais tempo.

⁽¹²⁾ Para mais desenvolvimentos quanto a esta ideia de “maioridades especiais”, veja-se OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 242; e ainda, entre outros, MARTINS, Rosa Cândido, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p. 817, e o estudo de MOREIRA, Sónia, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, N.º 291, Setembro-Dezembro de 2001, pp. 159 a 194.

⁽¹³⁾ Comentado por ANTUNES, Maria João, «Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual», *BFDUC*, Vol. LXXXI, 2005, pp. 63 e ss. (citado: «incriminações»).

⁽¹⁴⁾ A Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de Novembro de 2001, no entanto, considerava a possibilidade de cada Estado Parte decidir um limite máximo inferior para a idade das vítimas neste crime, ainda que no mínimo a tutela tivesse de estender-se a todos os menores de dezasseis anos (art. 9.º/3).



2. TIPOS LEGAIS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES — DO CP DE 1852 AOS DIAS DE HOJE

2.1. O CP de 1852 e a revisão de 1886

No Decreto de 10 de Dezembro de 1852, confirmado pela L de 1 de Julho de 1853, encontramos uma tipologia pouco rigorosa de crimes sexuais. Estes figuram como incriminações contra a moralidade e os bons costumes e não como meios de tutela de um bem jurídico individual. Revisito em 1884, mercê das críticas de severidade e desproporção das penas ⁽¹⁵⁾, o CP não ganha ainda, por essa data, concordância tão forte que o faça vigorar por longo período. Todavia, surge em 1886 uma nova compilação da legislação penal, pensada para erradicar os principais móveis de crítica do Código e da Revisão anteriores.

A nova redacção mantém os crimes sexuais como meio de tutela do pudor público, da honestidade ou da virgindade. Embora constem do capítulo dos crimes contra a honestidade, do título dos crimes contra as pessoas, os crimes sexuais mantêm a característica de protecção da moralidade e pudor sexuais. Enquanto crimes de natureza sexual capazes de ofender os menores, fínhamos, à época, o ultraje público ao pudor (art. 390.^o), o atentado ao pudor (arts. 391.^o e 398.^o), a cópula (arts. 392.^o, 393.^o, 394.^o e 398.^o), o rapto com fins desonestos (arts. 395.^o, 396.^o, 397.^o e 398.^o) e o lenocínio (arts. 405.^o e 406.^o) ⁽¹⁶⁾.

Por crime de ultraje público ao pudor compreendiam-se as acções imorais (cópula, acção impúdica ou acção indecente) praticadas por meio de actos, gestos ou atitudes que, não acompanhadas de violência, ofendessem o pudor público, não sendo consensual a necessidade de uma pessoa certa e determinada se sentir ultrajada ⁽¹⁷⁾. Diferia do

⁽¹⁵⁾ Assim em BAPTISTA, Luis Osório da Gama e Castro Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, 1.^o vol., Coimbra, França e Arménio, 1917, p. 14 (citado: *notas*).

⁽¹⁶⁾ Era ainda crime contra a honestidade o adultério, embora, numa tentativa de nos circunscrevermos à essencialidade, não o abordemos neste nosso estudo.

⁽¹⁷⁾ BAPTISTA, Luis Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 15], pp. 712 e ss. Este crime difere do de ultraje à moral pública, previsto no artigo 420.^o do CP, uma vez

crime de atentado ao pudor porque neste último a acção se destinava concretamente a uma pessoa, protegendo-se, no tipo, a honestidade violada em concreto, por referência a uma vítima específica. Nos casos de atentado ao pudor, tratando-se de menor de doze anos ⁽¹⁸⁾, o crime era público e não era necessária a prova de violência. Havendo violência, porém, não era necessária a prova da idade. Não havendo violência e tratando-se de maior de doze anos, o crime passava a ser o de ultraje ao pudor, verificados que estivessem os requisitos desse crime, salvo no caso da cópula consentida com menor de dezasseis anos, maior de doze, que configurava ainda um crime de atentado ao pudor ⁽¹⁹⁾.

Quanto aos crimes de estupro e violação ⁽²⁰⁾, entendia-se que as vítimas seriam apenas mulheres, sustentando-se que o sujeito activo seria um homem, dada a essencialidade da cópula como elemento do tipo. Seriam vítimas de estupro as mulheres virgens maiores de doze e menores de dezoito anos que, seduzidas, consentissem na cópula pela primeira vez, pois que só a cópula apta à perda da virgindade ⁽²¹⁾ produziria o resultado típico do crime de estupro. Vítimas de violação, diferentemente, podiam ser quaisquer mulheres. O estupro era, por conseguinte, concebido de modo diferente da violação ⁽²²⁾. Naquele, a ofendida parti-

que este último, protegendo também o pudor público, se realizava no atentado àquele valor que fosse produzido por meio de palavras, escritos ou desenhos.

⁽¹⁸⁾ Esta idade é, depois, a partir da L de 20 de Julho de 1912, elevada para os dezasseis anos. Todavia, a redacção do artigo só acolhe a nova idade com o DL n.º 36 387, de 1 de Julho de 1947. Assim em BAPTISTA, Luis Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 15], p. 714; e FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 656.

⁽¹⁹⁾ Conforme FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], pp. 658 e ss.

⁽²⁰⁾ Desenvolvidos sobre este crime e as razões da especificidade quanto ao sujeito passivo, exclusivamente a mulher, em SANTOS, Beleza dos, «O crime de violação», *RLJ*, Ano 57, N.º 2268-2274, Coimbra Editora, 1925.

⁽²¹⁾ Sobre o conceito social de virgindade adoptado, vide FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], pp. 668 e ss., onde se define que "será virgem a mulher que nunca exerceu a cópula; e não o será aquela que uma vez, pelo menos, a tenha exercido, quer esta tenha sido completa, quer incompleta".

⁽²²⁾ Para uma leitura mais aprofundada sobre algumas perplexidades a propósito destes crimes, vide RAMOS, Fernando João Ferreira, «Estupro e violação — ontem e hoje», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao sistema*

capava voluntariamente na acção, pese embora para tal tivessem sido usados artifícios que lhe haviam viciado a vontade; distintamente, para que pudesse falar-se em violação, exigia-se violência física ou veemente intimidação, acompanhadas de uma resistência firme e constante da ofendida ou, em outros casos, fraude que não fosse sedução ou a privação, pela mulher, do uso da razão ou dos sentidos. Em ambos os crimes, porém, assentava-se na necessidade de uma cópula entre o agente e a vítima, não sendo suficientes quaisquer actos contrários à honra ou aos bons costumes da ofendida.

Cabe notar ainda, a propósito dos crimes de estupro e violação, o relevo do consentimento da ofendida. A idade da vítima convocava, nessa sede, diferentes valorizações do consentimento prestado. Até aos doze anos, o consentimento da menor na cópula não produzia qualquer efeito, sendo considerado ineficaz, o que justificava a condenação do agente pelo crime de violação⁽²³⁾. Prestado entre os doze e os dezasais anos, era relativa a eficácia do consentimento da menor — sempre punida, a cópula consentida sê-lo-ia por estupro se houvesse sedução e por atentado ao pudor se falhasse este elemento⁽²⁴⁾. Quando a vítima tivesse mais de dezasseis anos, mas menos de dezoito, atribuía-se eficácia ao seu consentimento e o agente era punido por estupro apenas no caso de haver prova da sedução. Finalmente, apesar da maioridade estabelecida no CC se situar nos vinte e um anos, o CP considerava que a partir dos dezoito anos o consentimento da mulher na cópula era absolutamente eficaz, notando embora que para se falar em verdadeiro consentimento é necessária a consciência dos próprios actos e o livre exercício da vontade⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ sancionatório e parte especial, Vol. II, Centro de Estudos Judicários, Lisboa, 1998, pp. 181 a 198.

⁽²⁴⁾ Neste sentido, FAVERO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 675.

⁽²⁵⁾ Em geral sobre a lenta evolução da valoração do consentimento da mulher para a actividade sexual, o estudo de CAZZETTA, Giovanni, «Colpevole col consensire. Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'ottocento», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XI, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 1997, pp. 424 a 462.

⁽²⁶⁾ FAVERO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 663.

Em anotações ao crime de violação, descrito no artigo 393.º do CP, encontramos referência a um bem jurídico distinto — a liberdade sexual da mulher maior de doze anos⁽²⁶⁾. Apesar disso, parece-nos que não pode retirar-se desta anotação qualquer antecipação do bem jurídico que actualmente se protege nos crimes sexuais em geral. Não é possível dizer que o crime de violação se perspectivava no sentido de uma atribuição daquele bem jurídico liberdade sexual à esfera pessoal da ofendida e, por isso, não é de protecção da liberdade sexual propriamente dita que pode falar-se quanto à *ratio* daquele artigo. De facto, não se considerando ilícita a cópula, ainda que violenta, praticada entre marido e mulher, sobejam muitas dúvidas sobre a protecção daquela liberdade sexual da mulher enquanto bem jurídico pessoal. Se assim fosse, a sua ofensa entender-se-ia, parece-nos, passível de consumação por qualquer pessoa. Qualquer acção apta à violação daquele bem jurídico, independentemente do sujeito activo da prática, estaria punida⁽²⁷⁾. Ora, considerar excluídas deste âmbito normativo as “violações conjugais” permite afirmar que a protecção da mulher se dá num enquadramento de moralidade e honestidade, cuja violação é impossível em face de actos praticados dentro de uma relação conjugal que os legitima, à luz dos costumes e da moral sexual da época. A questão nem sequer se punha, note-se, ao nível do difícil plano da prova destas violações, que as torna pouco visíveis ainda hoje. A questão suscitava-se e resolvia-se a montante — havendo uma união conjugal, sustentada no sacramento do matrimónio, sequer se presumia a não violação. Assumia-se não haver, de todo, possibilidade de violação. A possível violência utilizada nestas situações poderia justificar a condenação do agente por outros crimes, mas não pelo de violação.

Ao graduar-se a gravidade da violação consoante esta se concretizasse em “mulher recatada e honesta” ou “mulher de que todos se servem”, parece-nos que a discussão quanto ao bem jurídico pode dar-se por encerrada.

⁽²⁶⁾ BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 15], pp. 720, 722 e 723.

⁽²⁷⁾ No mesmo sentido, RABOSO, Vera Lúcia, «Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual», in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 943 (citado: «moralidade»).

rada e que a consideração de um bem jurídico pessoal de liberdade sexual da mulher pode, em definitivo, dizer-se afastada. E concluir deste modo não significa, todavia, que repudiamos de todo, do horizonte em que perspectivamos os bens jurídicos em causa, a possibilidade de, concretamente, e apesar da natureza “comunitária e social” da honestidade e dos bons costumes, se poder reconduzir a valorização das acções típicas ilícitas também às características do ofendido. Bem vistas as coisas, o que emerge de grande parte das anotações aos diversos crimes plasmados no CP a propósito de condutas sexuais é uma necessidade de protecção diferente consoante, entre outros elementos, como já vimos, a idade da pessoa ofendida. A menoridade desta fazia, não raro, emergir um desvalor de acção e resultado em face dos valores comunitários, justificando-se o carácter público do crime se a vítima tivesse menos de doze anos. Mas na ponderação graduada da ofensividade da violação não se atendia à idade da ofendida e antes a uma presunção de maior ou menor honestidade desta. Por isso, não é difícil perceber que o âmbito de tutela da norma se situa mais ao nível das considerações morais gerais da sociedade e perante o pudor e honestidade da vítima do que da sua vontade e liberdade.

Ainda no âmbito dos crimes contra a honestidade e podendo funcionar como agravante de alguns crimes sexuais, previa-se o crime de rapto, com fim desonesto, de menores do sexo feminino⁽²⁸⁾. O rapto de qualquer mulher com fim desonesto e por meio de violência física, veemente intimidação, qualquer fraude que não fosse sedução ou em casos de privação, pela mulher, do uso da razão ou dos sentidos, era punido como atentado ao pudor com violência. Mas no caso de se considerar como fim desonesto o estupro ou a violação, então o agente era punido por estes crimes, de forma agravada⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ O Código de 1852 entendia que qualquer pessoa podia ser vítima deste crime, mas a Revisão de 1886 alterou o artigo para passar a prever como vítimas apenas as mulheres.

⁽²⁹⁾ O rapto podia ainda ser consensual, quando a mulher maior de doze e menor de dezoito anos consentisse em sair da casa ou lugar em que estivesse com a devida autorização. Nestas hipóteses estar-se-ia também perante uma circunstância agravante do crime de estupro ou, não se consumando este, perante um novo tipo — de rapto por sedução. Porém, o bem jurídico tutelado não seria já o bom-nome da mulher ou a sua integridade sexual, mas sim a autoridade daqueles sob cujo poder a mulher se encontrava. Por

Finalmente, qualquer pessoa podia ser vítima do crime de lenocínio e, deste modo, também os menores. Para que este crime se verificasse, exigia-se uma acção corruptora de determinada pessoa, com a finalidade de satisfação de desejos desonestos de outrem. O agente do facto podia ser um ascendente, o marido, o encarregado do menor ou um terceiro. Tratando-se de uma pessoa ofendida maior, todavia, os factos só eram punidos se praticados por ascendente ou pelo marido da vítima, entendendo o legislador que a honestidade desta estaria em causa, nestas hipóteses, independentemente da sua idade. A conduta assumia um desvalor acrescido devido à desconsideração pelo especial dever que recaía sobre o agente de zelar pela honestidade e pudor da vítima. Por outro lado, o lenocínio de menores era sempre punido. Se praticado de forma habitual, punia-se independentemente do agente. Falhando o elemento da habitualidade, a conduta era punida como lenocínio se praticada pelos agentes enumerados no artigo 405.º do CP — o ascendente, o marido ou o encarregado da vítima —, ou como corrupção de menor⁽³⁰⁾ se praticada por terceiro.

2.2. O CP de 1982

Apesar das inovações relativamente à velha compilação de 1886, o CP de 1982 não deixou de considerar os crimes sexuais num capítulo de crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social, inserto no título dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade. Por isso, o abandono da denominação de crimes contra os costumes, que se mantinha no Anteprojecto de Eduardo Correia, mas que caiu, não surtiu o efeito real do abandono do paradigma de criminalizar como crimes sexuais as condutas que atentassem contra a moral e os bons costumes. A secção dos crimes sexuais contava com dezoito artigos, encontrando-se opções distintas das dos vinte e sete artigos que o Anteprojecto perfilhava.

isso, este parece-nos um crime em que se tutela um bem jurídico distinto e, embora se trate ainda de um possível tipo de protecção de menores, não pode já falar-se de um crime de carácter sexual. Por todos, FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 679.

⁽³⁰⁾ Sobre a relação do crime de lenocínio com o de corrupção de menores, *vide*, no sentido das diferenças, *idem*, pp. 696 e ss.

A cópula com menor de catorze anos começou a ser sempre punida por violação — uma solução distinta da do Código anterior, em que o consentimento prestado por maiores de doze poderia levar a uma condenação por atentado ao pudor ou por estupro. Os actos análogos à cópula⁽³¹⁾, punidos até então por atentado ao pudor, passaram, no caso dos menores de doze anos, a ser também punidos por violação, o que permitiu que a vítima do crime passasse a poder ser do sexo feminino ou do sexo masculino⁽³²⁾. O CP punia a cópula com menor entre os catorze e os dezasseis anos, com abuso da sua inexperiência ou mediante promessa séria de casamento, pelo crime de estupro e, distintamente do que sugeria o Anteprojecto, para a verificação do crime considerou não ser necessária a prova da virgindade da menor de dezasseis. A mesma conduta, mas praticada com menor entre os dezasseis e os dezoito anos, não era punida⁽³³⁾.

A evolução da moralidade sexual e da concepção dos critérios da necessidade e dignidade penais foi exigindo uma definição do que se entendia por atentado ao pudor. Nem todas as condutas, mercê da evolução do paradigma moral sexual, tinham já, no entendimento do legislador, dignidade penal. E, assim sendo, era necessário definir quais as que tinham. O artigo 205.º do CP estabelecia, então, que configurava um atentado ao pudor “o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”. Era punido por este crime, com

⁽³¹⁾ Para um estudo mais aprofundado do que deve entender-se por acto análogo à cópula, por todos, o estudo de MOTTA, J. Carmona da, «Crimes contra a liberdade sexual. Crimes contra a autodeterminação sexual», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, Vol. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1998, pp. 212 e ss.

⁽³²⁾ Sobre a relevância da consagração dos actos análogos à cópula como elemento do tipo de violação e a justiça da equiparação da vitimação por este crime de homens e mulheres, encontramos o estudo de BELEZA, Teresa Pizarro, «O conceito legal de violação», *RMPP*, Ano 15, N.º 59, Julho-Setembro de 1994, pp. 51 a 64.

⁽³³⁾ A cópula ou atentado ao pudor relativamente a pessoas detidas ou equiparadas, incluindo em escolas, colégios ou casas de educação ou correcção, praticadas por quem aí exercesse funções ou trabalhasse, com aproveitamento da situação do ofendido, eram punidos num tipo autónomo. No entanto, se, por força de outro preceito, coubesse pena mais grave ao agente, era essa a aplicada.

pena de prisão até três anos, quem atentasse, por qualquer meio, contra menor de catorze anos. Se o ofendido tivesse mais de catorze, mas menos de dezasseis anos, o agente era punido com pena de prisão até um ano. O artigo 38.º do CP assumia, porém, que era eficaz o consentimento prestado por maior de catorze anos, desde que cumulativamente verificado o discernimento do menor para avaliar o sentido e alcance desse consentimento, no momento em que o prestasse. Tratando-se de ofendidos maiores de dezasseis anos, o agente já só seria punido se o atentado ao pudor ocorresse por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, os ter tornado inconscientes ou posto na impossibilidade de resistir ou, alternativamente, em relação a pessoa inconsciente, incapaz de resistir fisicamente, ou portadora de anomalia psíquica que a incapacitasse para avaliar o sentido moral do atentado ao pudor ou para se determinar de harmonia com essa avaliação — casos em que não era possível valorar o consentimento.

O crime de ultraje ao pudor contava, no Anteprojecto, com uma distinção entre o ultraje público ao pudor — onde era tutelado o sentido geral comunitário de pudor ou moralidade sexual — e o ultraje ao pudor de outrem — que se consumava pela prática, contra outra pessoa, certa e determinada, de um acto contrário ao pudor ou moralidade sexual. Assim entendidos também na redacção final do CP, foi ainda acrescentado, ao lado do ultraje público ao pudor, o conceito de exibicionismo, que até hoje se mantém.

A prostituição passaria a ser punida no Anteprojecto, segundo um entendimento de que, embora o acto de entrega da mulher não deva ser punível, o crime é imprescindível “quando o exercício da prostituição ponha em causa de forma relevante os valores da comunidade e as concepções ético-sociais dominantes”⁽³⁴⁾. A redacção original do actual CP não acolheu, porém, esta concepção e a prostituição não foi incluída no elenco de tipos penais⁽³⁵⁾. Punida, pelo crime de lenocínio⁽³⁶⁾, era

⁽³⁴⁾ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Especial, A. A. F. D. L., Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 209.

⁽³⁵⁾ Sobre a relevância das opções de criminalização desta e outras condutas, veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, «costumes» [n. 1], pp. 1376 e 1377; e PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade sexual. A sua tutela na revisão do CP», *Sub Judice*, 11, Janeiro-Junho

a conduta do que fomentasse, favorecesse ou facilitasse a prática de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição, relativamente a menor, bem assim como a do que explorasse o ganho imoral da prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas; e, por tráfico de pessoas, a conduta do que aliciasse, seduzisse ou desviasse outra pessoa para a prática, em outro país, da prostituição ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual.

A par destas incriminações, o CP contava ainda com outros tipos de crimes sexuais cuja vítima podia ser um menor, como a cópula mediante

de 1996, p. 43 (citado: «liberdade»). Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução legal a propósito do fenómeno da prostituição em Portugal, veja-se OLIVEIRA, Alexandra, «História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal», *RMP*, Ano 25, N.º 98, Abril-Junho de 2004, pp. 145 a 156.

(36) Tendo-se abandonado a noção de rufanaria, não podemos concordar com Figueiredo Dias quando afirma que esta deixa de ser punida no Código de 1982 — assim em DIAS, Jorge de Figueiredo, «costumes» [n. 1], p. 1376. Na realidade, embora sob a epígrafe de lenocínio e punida com uma pena e não com uma medida de segurança, continuava a punir-se a conduta daquele que explorasse o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas, bem assim como a daquele que favorecesse ou facilitasse a prostituição (não obstante, é certo, não se protegesse já no tipo qualquer pessoa sem que ficasse provada a exploração, pelo agente, da situação de abandono ou extrema necessidade económica da vítima, elemento de que se prescindia apenas no caso dos menores e dos portadores de anomalia psíquica). Só a revisão de 1995 permitirá pensar na exclusão daquele crime do nosso horizonte jurídico-penal. Ainda assim, para aceitarmos esta descriminalização da conduta terenos de, com RODRIGUES, Anabela Miranda, «Artigo 170.º — Lenocínio», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 521 e ss. (citado: «170.º»), aceitar que a rufanaria se circunscreve afinal apenas àquele conduta descriminalizada, do que explorasse o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas. O proxenetismo, que continua ainda hoje a punir-se e que consiste no fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição, tem de entender-se distintamente e arredado do rufanismo que se descriminalizou. A norma proposta pelo Anteprojecto de Eduardo Correia agrupava o rufanismo com o proxenetismo, de forma pouco rigorosa, sob a mesma epígrafe «Rufanaria» e o CP de 1982, alterando a epígrafe para lenocínio, continuava também, no mesmo artigo, a punir ambas as condutas. Não obstante, uma análise da evolução do instituto mostra que o artigo 71.º do CP de 1852 distinguia, na previsão da aplicação de medidas de segurança, os rufões que viviam total ou parcialmente a expensas de mulheres prostitutas, dos que favoreciam ou excitavam habitualmente a depravação ou corrupção de menores, ou se dedicavam ao aliciamento para a prostituição (os proxenetas, na distinção que estabelecemos).

fraude, que inspira a fraude sexual ainda hoje punida, embora já não circunscrita a um erro sobre o desvalor da cópula face ao estado de casado e podendo ofender qualquer pessoa e não apenas mulheres. Por último, a previsão do crime de inserinação artificial, que evoluiu para o actual artigo 168.º do CP e que pune a conduta do que pratique acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, não acolheu a solução preconizada no Anteprojecto de Eduardo Correia. Com efeito, ali punia-se, justamente, por este crime, a mulher casada que consentisse na inserinação sem o consentimento do outro cônjuge — um passo que pode, aliás, ser visto como o primeiro na mudança de paradigma em matéria de crimes sexuais, conferido que foi à mulher o direito de dispor sobre o seu corpo autonomamente e ainda que a moral e o pudor público se achassem de algum modo afectados (37), (38).

2.3. A grande revisão de 1995

Em 1995, o CP é alvo de uma revisão (39) cujo maior impacto se dá ao nível dos crimes sexuais. É verdade que a necessidade de revi-

(37) Concordando com os que afirmam não se estar aqui perante um verdadeiro crime sexual, desenvolvimentos sobre o bem jurídico protegido pela incriminação — a liberdade de e para a maternidade — e a consequente incorrecta localização sistemática do artigo, vejam-se em RODRIGUES, Anabela Miranda, «Artigo 168.º — Procriação artificial não consentida», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 501 e ss.; e ainda, defendendo a criação de um capítulo autónomo para os crimes contra a liberdade de procriação, PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], p. 46; e RAPOSO, Vera Lúcia, «moralidade» [n. 27], p. 957.

(38) A assumida tendência descriminalizadora do CP de 1982 levou a que não fossem acolhidos os restantes artigos do Anteprojecto de Eduardo Correia — publicações obscenas (art. 258.º), oferta ou exibição a menores (art. 259.º), espectáculos contrários ao pudor (art. 260.º), solicitações desonestas (art. 262.º) e propaganda de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual (art. 263.º).

(39) Para maiores desenvolvimentos sobre as razões da revisão, vide PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], pp. 41 a 48; BELEZA, Teresa Pizarro, «Sem sombra de pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal*, Vol. I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, pp. 157 a 183 (citado: «pecado»); BELEZA, Teresa Pizarro, «A revisão da parte especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, «individualismo»», in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, A. A. F. D. L., Lisboa, 1998,

são do Código não emergiu tanto pelo surgimento de um novo bem jurídico protegido por aquelas incriminações como pela necessidade de equilibrar as molduras penais previstas para os diferentes crimes — não podia, no entendimento legislativo, protelar-se mais o repensar daquelas molduras, sobretudo em face de um Código que não apontava claramente a protecção maior da esfera pessoal do indivíduo, punindo com semelhante severidade crimes contra as pessoas e crimes contra o património. Mas, agravando em larga medida os crimes contra as pessoas, a matéria dos crimes sexuais sofreu as maiores alterações, nomeadamente ao nível dos crimes contra menores. O apelo justiciero da comunidade, que se mostrava cada vez mais inconformada com as penas aplicadas aos casos de crimes sexuais* que ofendessem menores, não deixou de repercutir-se nas opções do legislador. A principal alteração nesta matéria, no entanto, prende-se com a aceitação de que, pelas incriminações, não deveriam proteger-se a moral ou o pudor sexual, mas sim a liberdade e a autodeterminação sexual do indivíduo.

De então para cá, o bem jurídico protegido por estes tipos penais tem sido, pois, concebido inserido na ampla liberdade individual de cada sujeito e as incriminações têm procurado suster-se dentro dos limites da necessidade de protecção e simultânea promoção dessa liberdade, na esfera sexual.

A atitude liberal que acaba por enformar a revisão de 1995 opera a alteração ao nível da inserção sistemática dos crimes sexuais no CP, passando estes a constar do título dos crimes contra as pessoas e de um capítulo autónomo de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. As normas relativas à protecção 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 da secção dos crimes contra a liberdade

pp. 92 e ss. (citado: «legitimação»); GERSÃO, Eliana, «Crimes sexuais contra crianças», *Infância e Juventude*, 97.2, Abril-Junho de 1997, pp. 9 a 29 (citado: «crianças»); e SOTTOMAVOR, Maria Clara, «A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a revisão de 1977», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 143 e ss. (citado: «situação»).

sexual. Constam desta última secção os crimes de coacção sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, abuso sexual de pessoa internada, fraude sexual, procriação artificial não consentida, tráfico de pessoas, lenocínio e actos exhibicionistas. São crimes contra a autodeterminação sexual o abuso sexual de crianças, o abuso sexual de adolescentes e dependentes, o estupro, os actos homossexuais com menores e o lenocínio de menor.

A tendência seguia, como vimos, no sentido de limitar a intervenção penal aos casos em que a dignidade e necessidade dessa aplicação de *ultima ratio* fossem evidentes, o que nos parece absolutamente acertado. E o valor da adequação social da conduta não se avaliava agora por referência à moral ou ao pudor público, mas pela ofensa que causasse à liberdade sexual da vítima. Por conseguinte, é estabelecido um princípio genérico delimitador dos tipos segundo o qual só serão punidos os actos sexuais que tenham relevo (40) e sejam aptos à violação daquele novo bem jurídico protegido. A técnica legislativa evoluiu no sentido desta especificação do que deve e do que não deve ser crime e da previsão expressa, em determinados tipos penais, das condutas aptas à intervenção penal — a cópula e o coito anal, na revisão de 1995, mas também o coito oral acrescentado pela revisão de 1998, ou as condutas descritas como possíveis consumações de actos sexuais de relevo descritas pela revisão de 2007 e que constam de introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Especificando embora alguns actos como actos sexuais de relevo, a revisão de 1995 não apresentava, apesar disso, uma definição do conceito, incluindo-o de forma tão indeterminada quanto fosse possível, tendo em vista a sua densificação na análise do caso concreto. A questão não era pacífica e foram numerosas as tentativas de definir o que devia entender-se por acto sexual de relevo. Somos, nesta matéria, favoráveis a uma interpretação objectivista do conceito, não assumindo, para a sua verificação inteira, portanto, a necessidade da intenção libidinosa do agente. E, deste modo, acto sexual de relevo será, nas palavras de Figueiredo Dias, “todo aquele que, de um ponto de vista pre-

(40) Neste sentido, BELEZA, Teresa Pizarro, «pecado» [n. 39], pp. 167 e ss.

dominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica" (41). Este critério delimitador dos tipos compreendia uma função negativa de exclusão da tipicidade das condutas bagatelares ou insignificantes e uma outra função, positiva, de exigência de averiguação do seu relevo em face do bem jurídico liberdade sexual. Ou seja, na prática, o que a alteração do bem jurídico protegido impunha, por esta via, era que deixasse de punir-se a conduta que, atentatória, por exemplo, da moral ou do pudor públicos, não consubstanciava uma ofensa relevante à liberdade sexual do sujeito (42).

A idade inferior a catorze anos determinava a total proibição de qualquer acto sexual de relevo, aceitando-se que abaixo desta idade o menor "não é livre de se decidir sexualmente" (43) — era punido por abuso sexual de crianças aquele que praticasse com, ou em, menor de catorze anos qualquer acto sexual de relevo, sendo as formas mais graves de consumação do crime a cópula ou o coito anal, e integrava ainda este tipo de crime a prática de acto exibicionista perante menor e a actuação sobre este por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos, bem como a utilização da criança em fotografia, filme ou gravação pornográficos. Além disso, em casos de crimes de coacção sexual, violação, procriação artificial não consentida e tráfico de pessoas, a idade da vítima, inferior a catorze anos, relevava como circunstância agravante (44).

Atendendo ao conteúdo do artigo 38.º/3, era a partir dos catorze anos, desde que simultaneamente reunido o discernimento suficiente para entender o seu sentido e alcance, que o CP aceitava o consentimento

(41) DIAS, Jorge de Figueiredo, «Artigo 163.º — Coacção sexual», in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 447.

(42) Para mais desenvolvimentos, veja-se, por todos, *idem*, pp. 448 e ss.

(43) Neste sentido, BELIZA, Teresa Pizarro, «pecado» [n. 39], p. 169.

(44) Na realidade, o CP de 1982 não acolheu uma geral circunstância agravante da prática do facto contra pessoa particularmente indefesa em razão da idade e que seria tributária do já mencionado artigo 34.º/29 do CP de 1852. Esta agravante passou, no novo Código, a ser um elemento do tipo, mas apenas de alguns crimes.

do menor. Assim, a cópula praticada com menor entre os catorze e os dezasseis anos já só era punida por estupro se ficasse provado o abuso da inexperiência (45). Nas hipóteses em que se verificasse a violência, ou a ameaça grave, bem assim como naquelas em que o agente tivesse tomado a vítima inconsciente ou a tivesse posto na impossibilidade de resistir, a cópula ou o coito anal eram punidos por violação, independentemente da idade da vítima e se, nas mesmas circunstâncias, o acto sexual de relevo fosse distinto, o agente era punido por coacção sexual. Se o abuso sexual fosse praticado contra adolescente e dependente, confiado ao agente para educação ou assistência, a conduta era punida até aos dezasseis anos da vítima, e, tratando-se de menores confiados, mas verificando-se o abuso, pelo agente, da posição que exercia ou da função que tinha, a incriminação estendia-se até aos dezoito anos da vítima.

Finalmente, tratando-se de menor com mais de catorze, mas menos de dezasseis anos, estava prevista a incriminação do crime de lenocínio de menor, mesmo que não se verificasse o uso de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta e sequer a actuação profissional ou intenção lucrativa do agente (46).

(45) A alteração ao nível do bem jurídico protegido justifica a queda do elemento constitutivo do tipo que vinha do Código de 1982 e que consistia na promessa séria de casamento como forma de obtenção do consentimento.

(46) Homens ou mulheres podem ser agentes ou vítimas destes crimes sexuais. Relativamente ao crime de violação, tendo deixado de punir-se apenas a cópula e tendo-se acrescentado a incriminação, indistintamente, para a verificação do tipo, do coito anal, do coito oral e agora da introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, também os homens podem ser vítimas do crime. Não obstante, só em 1998 se redige o tipo penal sem aceção de sexo. Desenvolvimentos sobre este crime na sua concepção moderna em DIAS, Jorge de Figueiredo, «Artigo 164.º — Violação», in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 466 a 476; e COSTA, José Martins Barra da, ALVES, Lurdes Barata, «Perspectivas teóricas e investigação no domínio da delinquência sexual em Portugal», *RPCC*, Ano 9, Fasc. 2, Abril-Junho de 1999, pp. 288 e ss. (citado: «delinquência sexual»).

Assim sendo, por óbvio, apenas no caso da procriação artificial não consentida a vítima só pode ser a mulher. Mas porque este, no entanto, como afirmámos já, não nos parece sequer um crime sexual no sentido actual de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual da pessoa, não teceremos mais considerações a seu propósito.

2.4. As revisões de 1998 e de 2001

Tal como referimos, a revisão de 1998 acrescentou a referência expressa a um outro acto sexual de relevo — o coito oral — que passou, juntamente com a cópula e o coito anal, a figurar entre os mais ofensivos actos sexuais de relevo. Mas esta não foi a única alteração da revisão de 1998. Assim, por abuso sexual de crianças passou a ser punida a conduta do que exibisse ou cedesse, a qualquer tipo ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos em que se utilizasse menor de catorze anos, tendo a revisão de 2001 acrescentado ainda a incriminação da conduta do que detivesse aqueles materiais com o propósito de os exibir ou ceder. O abuso sexual de adolescentes e dependentes deu lugar ao abuso sexual de menores dependentes, passando a punir-se, independentemente do abuso do agente face à posição que exercia ou à função que tinha, os actos praticados contra menor entre os catorze e os dezoito anos, confiado para educação ou assistência. Foi criminalizado o assédio sexual e os crimes de tráfico de pessoas e de lenocínio prescindiram da exploração, pelo agente, da situação de abandono ou de necessidade da vítima, abarcando mais situações. O tráfico de menores, até aí punido, no caso dos maiores de catorze anos, nos mesmos termos do tráfico de adultos, passou a consistir de uma incriminação autónoma em que, depois, pela revisão de 2001, passa a punir-se aquele que alicie, transporte, proceda ao alojamento ou acolhimento de menor de dezanove anos ou propicie as condições para a prática, por este, em país estrangeiro, da prostituição ou de actos sexuais de relevo.

2.5. Que revisão, em 2007?

A última revisão do CP, de 2007, segue uma linha bastante menos liberal, sobretudo relativamente à anunciada pelas soluções de 1995. Uma alteração de fundo foi o elevar da maioridade para o consentimento penal para os dezasseis anos. Mas representará mesmo esta alteração da maioridade para consentir um recuo na assunção da capacidade e maturidade progressivas do menor? Entendemos que não, desde logo se olharmos à alteração que pode ser vista como a mais importante de 2007, mas que está implícita: a que se reconduz à natureza dos bens jurí-

dicos protegidos nos crimes sexuais. Sobre este assunto, no entanto, nos debruçaremos no nosso segundo capítulo.

A revisão acrescenta ao elenco não taxativo de actos sexuais de relevo, conferindo-lhe gravidade semelhante à cópula, ao coito anal e ao coito oral, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos. O crime de abuso sexual de crianças continua a proteger os menores de catorze anos, mas agora apenas da prática de actos sexuais de relevo, da importunação sexual e da conduta do que sobre o menor actue por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos. As mesmas condutas são ainda punidas por abuso sexual de menores dependentes entre os catorze e os dezoito anos, confiados ao agente para educação ou assistência. Mas algumas das formas de consumação do abuso sexual passam a constituir, juntamente com formas novas, um tipo novo de crime: a pornografia de menores, a que detidamente nos referiremos adiante.

No caso de vítimas menores de catorze anos, são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, as penas previstas para os crimes de coacção sexual, violação, procriação artificial não consentida, lenocínio de menores e pornografia de menores sendo que, quanto a este último crime, apenas relativamente a algumas condutas. E estas penas, bem assim como a do novo crime de recurso à prostituição de menores, são ainda agravadas de um terço, também nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de dezasseis anos.

Ao nível da secção dos crimes contra a liberdade, a revisão substituiu o tipo penal do exibicionismo por um outro mais lato, de importunação sexual, que engloba as condutas de carácter exibicionista e ainda os contactos de natureza sexual que a vítima tenha sido consentida a suportar e que podiam consubstanciar, pela solução anterior, quando muito, uma mera tentativa do crime correspondente aos factos em causa.

Quanto ao crime de lenocínio, este passa a corresponder a uma incriminação apenas do que profissionalmente ou com intenção lucrativa fomenta, favoreça ou facilite o exercício, por outra pessoa, da prostituição, podendo sofrer uma agravação em função dos meios, mas não relevando para a sua aplicação a mera prática de actos sexuais de relevo. No fundo, o que o artigo faz é clarificar a conotação com uma contrapartida como forma de adensar a exploração de que a vítima é alvo.

No entanto, o CP considerava que mesmo a vítima entre os dezoito e os vinte e um anos era ainda especialmente vulnerável a algumas condutas de carácter sexual. Por isso, assumia para essa faixa etária uma protecção mais densa do que a que concedia aos maiores de idade. Não o fazia relativamente a todas as condutas, aceitando que a aquisição de discernimento por parte do menor se encontrava já suficientemente estabelecida para que este compreendesse o alcance de algumas práticas sexuais. Mas em casos, por exemplo, de lenocínio, era possível verificar esta preocupação. O lenocínio de maiores de vinte e um anos só era punido quando praticado pelo marido ou por ascendente da pessoa ofendida. Já a conduta do que excitasse, favorecesse ou facilitasse a corrupção (prostituição e devassidão) de menores de idade era punida sempre, quer se tratasse de agente ascendente ou marido, quer se estivesse perante um encarregado de menor ou qualquer terceiro que com habitualidade se dedicasse àquela prática. Aquela conduta só não era punida como lenocínio no caso de ser praticada isoladamente, por terceiro, situação em que havia crime, mas de corrupção de menor (7).

A fraca amplitude do consentimento do menor não era tão questionável em face destes crimes como é actualmente, uma vez que o bem jurídico protegido por eles especificava bem a relevância das concepções comunitárias do que era o melhor para o menor, independentemente daquilo que este pudesse, em concreto, entender como sendo o melhor para si. Aliás, o próprio carácter público de todos os crimes sexuais contra menores de doze anos (art. 399.º/1 do CP) ajuda na compreensão da intolância máxima da sociedade e do legislador aos comportamentos lesivos do bem jurídico comunitário tutelado. As características do ofendido, designadamente a sua idade muito precoce, acrescentavam desvalor à acção do agente, face à tendencial castidade e ao pudor dos menores, que eram valores considerados fundamentais na construção de toda a moral e pudor sexuais da comunidade. Afinal, que comunidade poderia aceitar a corrupção dos menores num momento histórico de forte enraizamento religioso das Leis dos Homens? Não sendo expressiva qualquer discussão doutrinária quanto ao bem jurídico tutelado, o

(7) *Idem*, pp. 696 e ss.

direito penal funcionava como garante da moral pública na esfera sexual, ora da honestidade, ora do pudor, ora da virgindade. A maior intolância face às condutas que atingissem estes bens jurídicos, através da ofensa a um menor, sublinhava apenas a especial necessidade de protecção do ofendido concreto. Na verdade, o bem jurídico mantinha-se e o que se alterava era a carência de protecção em função da menoridade do ofendido. E relativamente às vítimas menores de doze anos, não era só a intolância face à lesão que se sobrepunha a qualquer consideração do sujeito em concreto, mas também a legitimidade activa da sociedade em geral para denunciar.

A lei presumia uma absoluta carência de tutela, independentemente da moral e do pudor efectivamente ofendidos, relativamente a todos os menores de dezasseis anos. O bem jurídico tutelado não precisava, para que pudesse falar-se em lesão, de qualquer ofensa reconduzida ao menor. Estávamos perante um bem jurídico comunitário, cuja relevância se sobrepunha, necessariamente, à vontade do agente e da vítima. Até aos doze anos desta última, aceitava-se que o interesse protegido pela norma, violado em concreto pela ofensa ao menor, só estaria acautelado pela perseguição do agente. De um modo distinto, a prática do crime sobre vítimas maiores de doze, mas menores de dezasseis, já podia acabar por não ser alvo de um processo penal, o que, atendendo à assunção da tendencial protecção absoluta dos menores até aos dezasseis anos, manifestava algum afrouxamento no comprometimento da comunidade com esse desiderato.

Com o CC de 1967 manteve-se a maioridade civil nos vinte e um anos e só com o DL n.º 496/77, de 25 de Novembro, se antecipa aquela para os dezoito anos. O CP de 1982 define, no entanto, um critério para o consentimento válido e eficaz dos menores. Comungando da ideia de progressividade na aquisição da capacidade para decidir, ideia essa que já vinha do CP anterior, o legislador de 1982 não considerou que à menoridade civil devesse corresponder uma uniforme incapacidade para consentir. Deste modo, ficou escrito que, a partir dos catorze anos, e desde que o menor tivesse atingido o discernimento para compreender o sentido e alcance da sua vontade, o consentimento que prestasse seria válido e eficaz. Protegia-se, em matéria sexual, no entanto, ainda a moral e, nesse sentido, o menor, na formação da consciência do seu consentimento, não tinha de atender apenas ao seu específico pudor e con-

cepções morais, mas à ofensa que a conduta produziria para o pudor e moral comunitários.

Embora a partir de 1995 o CP passe a acolher um novo desenhos dos tipos penais sexuais, baseado numa nova concepção do bem jurídico tutelado, agora entendido como a liberdade sexual, a verdade é que a maioridade para o consentimento não se altera. O que se altera é a idade até onde o legislador entende que é razoável prevenir incriminações específicas em função da idade da vítima, deixando de ser possível encontrar, neste plano, distinções entre maiores e menores entre os dezoito e os dezoito anos. Assim, a especial protecção às vítimas de crime sexual passou a ser até aos dezasseis anos, com especial ênfase, obviamente, naquelas que não tenham ainda completado os catorze. O crime de lenocínio de menor passa a estar previsto apenas para os casos de vítimas com menos de dezasseis anos, punindo-se nos termos gerais do lenocínio as condutas daquela natureza que violem a liberdade sexual dos menores entre os dezasseis e os dezoito anos. Entre os dezasseis e os dezoito anos, a única protecção especial dada à vítima de crime sexual acontece no caso de abuso sexual praticado por agente a quem a vítima tivesse sido confiada para educação ou assistência, mas porque relevava aqui a especial proximidade entre o agente e a vítima e o acrescido desvalor da violação do dever que àquele também incumbia de proteger a liberdade sexual desta. No fundo, neste crime, há dois bens jurídicos postos em crise: a liberdade sexual do menor e a sua confiança na pessoa com responsabilidades na sua educação ou assistência. Ora, pela especial vulnerabilidade inerente à vítima que deposita confiança no agente, o legislador entendeu que até ao limite da menoridade estava justificada uma protecção específica. Em todas as outras situações, os crimes praticados contra menores entre os dezasseis e os dezoito anos eram legalmente previstos como se praticados contra maiores.

Com a revisão de 2007 do CP altera-se a maioridade para o consentimento, tendo esta sido fixada nos dezasseis anos. O artigo 38.º/3 do CP deixa de consagrar a idade de catorze anos para o consentimento válido e eficaz e aumenta aquela idade para os dezasseis anos, não prescindindo, todavia, e quanto a nós, como adiante desenvolveremos, muito bem, do critério do discernimento do menor para compreender o sentido e alcance do consentimento que presta. É também com a revisão de 2007 que mais claramente se acentua a especial protecção da menoridade,

até ao seu limite, ainda situado nos dezoito anos. Encontramos hoje, por isso, várias condutas sexuais com previsão incriminatória específica em função da menoridade.

A doutrina e a jurisprudência foram paulatinamente substituindo o termo menor pelas palavras criança, adolescente e jovem. Ao nível penal, porém, é fácil encontrar a dicotomia maior e menor de idade nos dispositivos de referência aos crimes sexuais e é compreensível que assim seja. De facto, a referência ao menor enquanto vítima não traduz nada mais nada menos que o facto de a vítima não ter ainda atingido a maioridade civil. Não pode, em nosso entender, conotar-se o termo com qualquer ideia de inferioridade dos titulares menores do direito ou interesse legalmente protegido e não é líquido que a substituição dos conceitos acarrete rigor à discussão. Muito embora algumas epígrafes tenham assumido, sobretudo a partir da revisão de 1995, que os crimes são praticados contra crianças ou adolescentes, é essencial a concretização de determinadas condutas típicas e ilícitas com referência às idades dos titulares dos bens jurídicos protegidos. Por isso, a par da epígrafe “Abuso sexual de crianças”, encontramos outras em que se utiliza a palavra menor. E não se julgue que o conceito se reconduz agora apenas aos maiores de catorze e menores de dezoito, ou seja, aos que, não sendo crianças, não são maiores de idade. Basta atentar nos crimes de lenocínio de menores e pornografia de menores para constatar que é indiferentemente designado o menor, independentemente da sua idade.

A Organização Mundial das Nações Unidas definiu, em 1989, na Convenção dos Direitos da Criança, que “... considera-se como criança todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade...”, salvaguardando, no entanto, a seguir: “... a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. E crianças são, então, todos os menores de idade, todos aqueles que não tenham atingido a maioridade. Ora, a União Europeia, na concretização da pre-tendida harmonização das legislações nacionais também quanto ao que deve entender-se por criança, veio acrescentar que é criança “... qualquer pessoa com menos de dezoito anos de idade”⁽⁸⁾. O CP português,

⁽⁸⁾ Neste sentido, as definições do artigo 3.º/d do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Pre-

no entanto, aplica, como vimos, o conceito de criança de uma forma mais restrita, sendo, por isso, mais rigoroso falar em crimes sexuais contra menores em vez de crimes sexuais contra crianças e jovens.

Não obstante a consagração da idade até à qual se considera determinado sujeito um menor, a aquisição progressiva da maioridade até aos dezoito anos é uma ideia assente e cada vez mais enraizada. Na própria Convenção dos Direitos da Criança de 1989 encontramos eco deste entendimento de uma maturidade, capacidade e maioridade progressivas⁽⁹⁾. O artigo 12.º da Convenção assegura à pessoa com menos de dezoito anos, capacitada a formular os seus próprios juízos, o direito de expressar as suas próprias opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com ela, devendo levar-se em consideração essas opiniões em função da sua idade e maturidade. No mesmo sentido convergiu o direito português. Actualmente, a tendência é para aceitar que, havendo capacidade do menor para decidir aspectos concretos da sua vida, a sua vontade deve ser potencialmente atendida⁽¹⁰⁾. Assim, desde 1977 que o legislador considera maior aquele que perfaz os dezoito anos (art. 130.º do CC), mas isso não o impediu de explorar as ideias de antecipação⁽¹¹⁾ e progres-

venção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, de 15 de Novembro de 2000 (Resolução da AR n.º 32/2004), do artigo 1.º/4 da Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, para a luta contra o tráfico de seres humanos, do artigo 1.º/1 da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, sobre a luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e do artigo 4.º/1 da Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, de 16 de Maio de 2005.

⁽⁹⁾ Sobre estas maturidade, capacidade e maioridade progressivas e antecipadas, interessante a leitura de PALMERI, Giuseppe, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene Editore, 1994; e de alguns contributos da obra de CRISTOFARO, Marcello de, BELVEREDE, Andrea, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Diritto e problemi contemporanei, 4, Milano, Giuffrè Editore, 1980, sobretudo o de DOGIOTTI, Massimo, pp. 250 e ss., o de BELVEREDE, Andrea, pp. 321 e ss., o de GRENDENE, Igino, pp. 423 e ss., e o de MINARI, Francesca Menegazzi, pp. 647 e ss.

⁽¹⁰⁾ No mesmo sentido, GERSÃO, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, Coimbra Editora, Outubro-Dezembro de 1997, p. 581.

⁽¹¹⁾ Sobre este aspecto, embora numa vertente civilista, MARTINS, Rosa Cândido, «Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?», *Lex Familiae*, Ano 1, N.º 1, Centro de Direito da Família, 2004, p. 70.

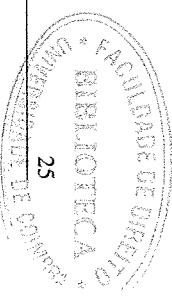
sividade que subjazem às chamadas “maioridades especiais”⁽¹²⁾. A maioridade para o consentimento, prevista no artigo 38.º/3 do CP, é disso apenas um exemplo.

As alterações avançadas pela revisão de 2007 para os limites étários das vítimas de determinadas condutas previstas no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, designadamente no caso da pornografia e do lenocínio de menores, mostram bem, no entanto, que pode não ser descabido pensar num recuo na assunção desta maioridade antecipada progressiva. A idade para o consentimento foi elevada e a consideração de uma especial protecção em função da menoridade estendeu-se muitas vezes até ao limite dos dezoito anos. No crime de pornografia de menores⁽¹³⁾, por exemplo, que não exista autonomamente mas tem a génese no artigo do abuso sexual de crianças, a vítima era o menor de catorze anos. Com a alteração ao CP, doutro modo, elevou-se a idade desta para os dezoito anos, fazendo-se referência à vítima apenas enquanto menor e não se balizando este conceito com recurso a qualquer idade⁽¹⁴⁾. Ora, se entendermos que é também nestas opções legislativas que se manifestam os conceitos de progressividade e antecipação da autonomia e maioridade, a alteração produzida não é inócua e o menor é hoje, face a muitas condutas sexuais, alguém cuja protecção se estende por mais tempo.

⁽¹²⁾ Para mais desenvolvimentos quanto a esta ideia de “maioridades especiais”, veja-se OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 242; e ainda, entre outros, MARTINS, Rosa Cândido, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p. 817, e o estudo de MOREIRA, Sónia, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, N.º 291, Setembro-Dezembro de 2001, pp. 159 a 194.

⁽¹³⁾ Comentado por ANTUNES, Maria João, «Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual», *BFDUC*, Vol. LXXXI, 2005, pp. 63 e ss. (citado: «Incriminações»).

⁽¹⁴⁾ A Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de Novembro de 2001, no entanto, considerava a possibilidade de cada Estado Parte decidir um limite máximo inferior para a idade das vítimas neste crime, ainda que no mínimo a tutela tivesse de estender-se a todos os menores de dezasseis anos (art. 9.º/3).



2. TIPOS LEGAIS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES — DO CP DE 1852 AOS DIAS DE HOJE

2.1. O CP de 1852 e a revisão de 1886

No Decreto de 10 de Dezembro de 1852, confirmado pela L de 1 de Julho de 1853, encontramos uma tipologia pouco rigorosa de crimes sexuais. Estes figuram como incriminações contra a moralidade e os bons costumes e não como meios de tutela de um bem jurídico individual. Revisto em 1884, mercê das críticas de severidade e desproporção das penas ⁽¹⁵⁾, o CP não ganha ainda, por essa data, concordância tão forte que o faça vigorar por longo período. Todavia, surge em 1886 uma nova compilação da legislação penal, pensada para erradicar os principais móveis de crítica do Código e da Revisão anteriores.

A nova redacção mantém os crimes sexuais como meio de tutela do pudor público, da honestidade ou da virgindade. Embora constem do capítulo dos crimes contra a honestidade, do título dos crimes contra as pessoas, os crimes sexuais mantêm a característica de protecção da moralidade e pudor sexuais. Enquanto crimes de natureza sexual capazes de ofender os menores, tínhamos, à época, o ultraje público ao pudor (art. 390.^o), o atentado ao pudor (arts. 391.^o e 398.^o), a cópula (arts. 392.^o, 393.^o, 394.^o e 398.^o), o rapto com fins desonestos (arts. 395.^o, 396.^o, 397.^o e 398.^o) e o lenocínio (arts. 405.^o e 406.^o) ⁽¹⁶⁾.

Por crime de ultraje público ao pudor compreendiam-se as acções imorais (cópula, acção impúdica ou acção indecente) praticadas por meio de actos, gestos ou atitudes que, não acompanhadas de violência, ofendessem o pudor público, não sendo consensual a necessidade de uma pessoa certa e determinada se sentir ultrajada ⁽¹⁷⁾. Diferia do

⁽¹⁵⁾ Assim em BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, 1.^o vol., Coimbra, França e Arménio, 1917, p. 14 (citado: *notas*).

⁽¹⁶⁾ Era ainda crime contra a honestidade o adultério, embora, numa tentativa de nos circunscrevermos à essencialidade, não o abordenos neste nosso estudo.

⁽¹⁷⁾ BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 15], pp. 712 e ss. Este crime difere do de ultraje à moral pública, previsto no artigo 420.^o do CP, uma vez

crime de atentado ao pudor porque neste último a acção se destinava concretamente a uma pessoa, protegendo-se, no tipo, a honestidade violada em concreto, por referência a uma vítima específica. Nos casos de atentado ao pudor, tratando-se de menor de doze anos ⁽¹⁸⁾, o crime era público e não era necessária a prova de violência. Havendo violência, porém, não era necessária a prova da idade. Não havendo violência e tratando-se de maior de doze anos, o crime passava a ser o de ultraje ao pudor, verificados que estivessem os requisitos desse crime, salvo no caso da cópula consentida com menor de dezasseis anos, maior de doze, que configurava ainda um crime de atentado ao pudor ⁽¹⁹⁾.

Quanto aos crimes de estupro e violação ⁽²⁰⁾, entendia-se que as vítimas seriam apenas mulheres, sustentando-se que o sujeito activo seria um homem, dada a essencialidade da cópula como elemento do tipo. Seriam vítimas de estupro as mulheres virgens maiores de doze e menores de dezoito anos que, seduzidas, consentissem na cópula pela primeira vez, pois que só a cópula apta à perda da virgindade ⁽²¹⁾ produziria o resultado típico do crime de estupro. Vítimas de violação, diferentemente, podiam ser quaisquer mulheres. O estupro era, por conseguinte, concebido de modo diferente da violação ⁽²²⁾. Naquele, a ofendida parti-

que este último, protegendo também o pudor público, se realizava no atentado àquele valor que fosse produzido por meio de palavras, escritos ou desenhos.

⁽¹⁸⁾ Esta idade é, depois, a partir da L de 20 de Julho de 1912, elevada para os dezasseis anos. Todavia, a redacção do artigo só acolhe a nova idade com o DL n.º 36 387, de 1 de Julho de 1947. Assim em BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 15], p. 714; e FAVEIRO, Vítor António Duarte e Araújo, *Laurentino da Silva, anotação* [n. 2], p. 656.

⁽¹⁹⁾ Conforme FAVEIRO, Vítor António Duarte e Araújo, Laurentino da Silva, *anotação* [n. 2], pp. 658 e ss.

⁽²⁰⁾ Desenvolvimentos sobre este crime e as razões da especificidade quanto ao sujeito passivo, exclusivamente a mulher, em SANTOS, Beleza dos, «O crime de violação», *RLJ*, Ano 57, N.º 2268-2274, Coimbra Editora, 1925.

⁽²¹⁾ Sobre o conceito social de virgindade adoptado, vide FAVEIRO, Vítor António Duarte e Araújo, Laurentino da Silva, *anotação* [n. 2], pp. 668 e ss., onde se define que "será virgem a mulher que nunca exerceu a cópula; e não o será aquela que uma vez, pelo menos, a tenha exercido, quer esta tenha sido completa, quer incompleta".

⁽²²⁾ Para uma leitura mais aprofundada sobre algumas perplexidades a propósito destes crimes, vide RAMOS, Fernando João Ferreira, «Estupro e violação — ontem e hoje», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao sistema*

cipava voluntariamente na acção, pese embora para tal tivessem sido usados artifícios que lhe haviam viciado a vontade; distintamente, para que pudesse falar-se em violação, exigia-se violência física ou veemente intimidação, acompanhadas de uma resistência firme e constante da ofendida ou, em outros casos, fraude que não fosse sedução ou a privação, pela mulher, do uso da razão ou dos sentidos. Em ambos os crimes, porém, assentava-se na necessidade de uma cópula entre o agente e a vítima, não sendo suficientes quaisquer actos contrários à honra ou aos bons costumes da ofendida.

Cabe notar ainda, a propósito dos crimes de estupro e violação, o relevo do consentimento da ofendida. A idade da vítima convocava, nessa sede, diferentes valorações do consentimento prestado. Até aos doze anos, o consentimento da menor na cópula não produzia qualquer efeito, sendo considerado ineficaz, o que justificava a condenação do agente pelo crime de violação⁽²³⁾. Prestado entre os doze e os dezasseis anos, era relativa a eficácia do consentimento da menor — sempre punida, a cópula consentida sê-lo-ia por estupro se houvesse sedução e por atentado ao pudor se falhasse este elemento⁽²⁴⁾. Quando a vítima tivesse mais de dezasseis anos, mas menos de dezoito, atribuía-se eficácia ao seu consentimento e o agente era punido por estupro apenas no caso de haver prova da sedução. Finalmente, apesar da maioridade estabelecida no CC se situar nos vinte e um anos, o CP considerava que a partir dos dezoito anos o consentimento da mulher na cópula era absolutamente eficaz, notando embora que para se falar em verdadeiro consentimento é necessária a consciência dos próprios actos e o livre exercício da vontade⁽²⁵⁾.

sanccionatório e parte especial, Vol. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1998, pp. 181 a 198.

⁽²³⁾ Neste sentido, FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 675.

⁽²⁴⁾ Em geral sobre a lenta evolução da valoração do consentimento da mulher para a actividade sexual, o estudo de CAZZETTA, Giovanni, «Colpevole col consensite. Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'ottocento», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XL, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 1997, pp. 424 a 462.

⁽²⁵⁾ FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 663.

Em anotações ao crime de violação, descrito no artigo 393.º do CP, encontramos referência a um bem jurídico distinto — a liberdade sexual da mulher maior de doze anos⁽²⁶⁾. Apesar disso, parece-nos que não pode retirar-se desta anotação qualquer antecipação do bem jurídico que actualmente se protege nos crimes sexuais em geral. Não é possível dizer que o crime de violação se perspectivava no sentido de uma atribuição daquele bem jurídico liberdade sexual à esfera pessoal da ofendida e, por isso, não é de protecção da liberdade sexual propriamente dita que pode falar-se quanto à *ratio* daquele artigo. De facto, não se considerando ilícita a cópula, ainda que violenta, praticada entre marido e mulher, sobejam muitas dúvidas sobre a protecção daquela liberdade sexual da mulher enquanto bem jurídico pessoal. Se assim fosse, a sua ofensa entender-se-ia, parece-nos, passível de consumação por qualquer pessoa. Qualquer acção apta à violação daquele bem jurídico, independentemente do sujeito activo da prática, estaria punida⁽²⁷⁾. Ora, considerar excluídas deste âmbito normativo as “violações conjugais” permite afirmar que a protecção da mulher se dá num enquadramento de moralidade e honestidade, cuja violação é impossível em face de actos praticados dentro de uma relação conjugal que os legitima, à luz dos costumes e da moral sexual da época. A questão nem sequer se punha, note-se, ao nível do difícil plano da prova destas violações, que as torna pouco visíveis ainda hoje. A questão suscitava-se e resolvia-se a montante — havendo uma união conjugal, sustentada no sacramento do matrimónio, sequer se presumia a não violação. Assumia-se não haver, de todo, possibilidade de violação. A possível violência utilizada nestas situações poderia justificar a condenação do agente por outros crimes, mas não pelo de violação.

Ao graduar-se a gravidade da violação consoante esta se concretizasse em “mulher recatada e honesta” ou “mulher de que todos se servem”, parece-nos que a discussão quanto ao bem jurídico pode dar-se por encerrada.

⁽²⁶⁾ BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 15], pp. 720, 722 e 723.

⁽²⁷⁾ No mesmo sentido, Raposo, Vera Lúcia, «Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual», in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 943 (citado: «moralidade»).

rada e que a consideração de um bem jurídico pessoal de liberdade sexual da mulher pode, em definitivo, dizer-se afastada. E concluir deste modo não significa, todavia, que repudiemos de todo, do horizonte em que perspectivamos os bens jurídicos em causa, a possibilidade de, concretamente, e apesar da natureza "comunitária e social" da honestidade e dos bons costumes, se poder reconduzir a valorização das acções típicas ilícitas também às características do ofendido. Bem vistas as coisas, o que emerge de grande parte das anotações aos diversos crimes plasmados no CP a propósito de condutas sexuais é uma necessidade de protecção diferente consoante, entre outros elementos, como já vimos, a idade da pessoa ofendida. A menoridade desta fazia, não raro, emergir um desvalor de acção e resultado em face dos valores comunitários, justificando-se o carácter público do crime se a vítima tivesse menos de doze anos. Mas na ponderação graduada da ofensividade da violação não se atendia à idade da ofendida e antes a uma presunção de maior ou menor honestidade desta. Por isso, não é difícil perceber que o âmbito de tutela da norma se situa mais ao nível das considerações morais gerais da sociedade e perante o pudor e honestidade da vítima do que da sua vontade e liberdade.

Ainda no âmbito dos crimes contra a honestidade e podendo funcionar como agravante de alguns crimes sexuais, previa-se o crime de rapto, com fim desonesto, de menores do sexo feminino ⁽²⁸⁾. O rapto de qualquer mulher com fim desonesto e por meio de violência física, veemente intimidação, qualquer fraude que não fosse sedução ou em casos de privação, pela mulher, do uso da razão ou dos sentidos, era punido como atentado ao pudor com violência. Mas no caso de se considerar como fim desonesto o estupro ou a violação, então o agente era punido por estes crimes, de forma agravada ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ O Código de 1852 entendia que qualquer pessoa podia ser vítima deste crime, mas a Revisão de 1886 alterou o artigo para passar a prever como vítimas apenas as mulheres.

⁽²⁹⁾ O rapto podia ainda ser consensual, quando a mulher maior de doze e menor de dezoito anos consentisse em sair da casa ou lugar em que estivesse com a devota autorização. Nestas hipóteses estar-se-ia também perante uma circunstância agravante do crime de estupro ou, não se consumando este, perante um novo tipo — de rapto por sedução. Porém, o bem jurídico tutelado não seria já o bom-nome da mulher ou a sua integridade sexual, mas sim a autoridade daqueles sob cujo poder a mulher se encontrava. Por

Finalmente, qualquer pessoa podia ser vítima do crime de lenocínio e, deste modo, também os menores. Para que este crime se verificasse, exigia-se uma acção corruptora de determinada pessoa, com a finalidade de satisfação de desejos desonestos de outrem. O agente do facto podia ser um ascendente, o marido, o encarregado do menor ou um terceiro. Tratando-se de uma pessoa ofendida maior, todavia, os factos só eram punidos se praticados por ascendente ou pelo marido da vítima, entendendo o legislador que a honestidade desta estaria em causa, nestas hipóteses, independentemente da sua idade. A conduta assumia um desvalor acrescido devido à desconsideração pelo especial dever que recaía sobre o agente de zelar pela honestidade e pudor da vítima. Por outro lado, o lenocínio de menores era sempre punido. Se praticado de forma habitual, punia-se independentemente do agente. Falhando o elemento da habitualidade, a conduta era punida como lenocínio se praticada pelos agentes enumerados no artigo 405.º do CP — o ascendente, o marido ou o encarregado da vítima —, ou como corrupção de menor ⁽³⁰⁾ se praticada por terceiro.

2.2. O CP de 1982

Apesar das inovações relativamente à velha compilação de 1886, o CP de 1982 não deixou de considerar os crimes sexuais num capítulo de crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social, inserto no título dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade. Por isso, o abandono da denominação de crimes contra os costumes, que se mantinha no Anteprojecto de Eduardo Correia, mas que caiu, não surtiu o efeito real do abandono do paradigma de criminalizar como crimes sexuais as condutas que atentassem contra a moral e os bons costumes. A secção dos crimes sexuais contava com dezoito artigos, encontrando-se opções distintas das dos vinte e sete artigos que o Anteprojecto perfilhava.

isso, este parece-nos um crime em que se tutela um bem jurídico distinto e, embora se trate ainda de um possível tipo de protecção de menores, não pode já falar-se de um crime de carácter sexual. Por todos, FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 679.

⁽³⁰⁾ Sobre a relação do crime de lenocínio com o de corrupção de menores, vide, no sentido das diferenças, *idem*, pp. 696 e ss.

A cópula com menor de catorze anos começou a ser sempre punida por violação — uma solução distinta da do Código anterior, em que o consentimento prestado por maiores de doze poderia levar a uma condenação por atentado ao pudor ou por estupro. Os actos análogos à cópula⁽³¹⁾, punidos até então por atentado ao pudor, passaram, no caso dos menores de doze anos, a ser também punidos por violação, o que permitiu que a vítima do crime passasse a poder ser do sexo feminino ou do sexo masculino⁽³²⁾. O CP punia a cópula com menor entre os catorze e os dezasseis anos, com abuso da sua inexperiência ou mediante promessa séria de casamento, pelo crime de estupro e, distintamente do que sugeria o Anteprojecto, para a verificação do crime considerou não ser necessária a prova da virgindade da menor de dezasseis. A mesma conduta, mas praticada com menor entre os dezasseis e os dezoito anos, não era punida⁽³³⁾.

A evolução da moralidade sexual e da concepção dos critérios da necessidade e dignidade penais foi exigindo uma definição do que se entendia por atentado ao pudor. Nem todas as condutas, mercê da evolução do paradigma moral sexual, tinham já, no entendimento do legislador, dignidade penal. E, assim sendo, era necessário definir quais as que tinham. O artigo 205.º do CP estabelecia, então, que configurava um atentado ao pudor “o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”. Era punido por este crime, com

⁽³¹⁾ Para um estudo mais aprofundado do que deve entender-se por acto análogo à cópula, por todos, o estudo de MOTTA, J. Carmona da, «Crimes contra a liberdade sexual. Crimes contra a autodeterminação sexual», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, Vol. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1998, pp. 212 e ss.

⁽³²⁾ Sobre a relevância da consagração dos actos análogos à cópula como elemento do tipo de violação e a justiça da equiparação da vítima por este crime de homens e mulheres, encontramos o estudo de BEIÇA, Teresa Pizarro, «O conceito legal de violação», *RMP*, Ano 15, N.º 59, Julho-Setembro de 1994, pp. 51 a 64.

⁽³³⁾ A cópula ou atentado ao pudor relativamente a pessoas detidas ou equiparadas, incluindo em escolas, colégios ou casas de educação ou correcção, praticados por quem aí exercesse funções ou trabalhasse, com aproveitamento da situação do ofendido, eram punidos num tipo autónomo. No entanto, se, por força de outro preceito, coubesse pena mais grave ao agente, era essa a aplicada.

pena de prisão até três anos, quem atentasse, por qualquer meio, contra menor de catorze anos. Se o ofendido tivesse mais de catorze, mas menos de dezasseis anos, o agente era punido com pena de prisão até um ano. O artigo 38.º do CP assumia, porém, que era eficaz o consentimento prestado por maior de catorze anos, desde que cumulativamente verificado o discernimento do menor para avaliar o sentido e alcance desse consentimento, no momento em que o prestasse. Tratando-se de ofendidos maiores de dezasseis anos, o agente já só seria punido se o atentado ao pudor ocorresse por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, os ter tornado inconscientes ou posto na impossibilidade de resistir ou, alternativamente, em relação a pessoa inconsciente, incapaz de resistir fisicamente, ou portadora de anomalia psíquica que a incapacitasse para avaliar o sentido moral do atentado ao pudor ou para se determinar de harmonia com essa avaliação — casos em que não era possível valorar o consentimento.

O crime de ultraje ao pudor contava, no Anteprojecto, com uma distinção entre o ultraje público ao pudor — onde era tutelado o sentido geral comunitário de pudor ou moralidade sexual — e o ultraje ao pudor de outrem — que se consumava pela prática, contra outra pessoa, certa e determinada, de um acto contrário ao pudor ou moralidade sexual. Assim entendidos também na redacção final do CP, foi ainda acrescentado, ao lado do ultraje público ao pudor, o conceito de exibicionismo, que até hoje se mantém.

A prostituição passaria a ser punida no Anteprojecto, segundo um entendimento de que, embora o acto de entrega da mulher não deva ser punível, o crime é imprescindível “quando o exercício da prostituição ponha em causa de forma relevante os valores da comunidade e as concepções ético-sociais dominantes”⁽³⁴⁾. A redacção original do actual CP não acolheu, porém, esta concepção e a prostituição não foi incluída no elenco de tipos penais⁽³⁵⁾. Punida, pelo crime de lenocínio⁽³⁶⁾, era

⁽³⁴⁾ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Especial, A. A. F. D. L., Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 209.

⁽³⁵⁾ Sobre a relevância das opções de criminalização desta e outras condutas, veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, «costumes» [n. 1], pp. 1376 e 1377; e PEREIRA, Rui Carlos, «Liberdade sexual. A sua tutela na revisão do CP», *Sub Judice*, 11, Janeiro-Junho

a conduta do que fomentasse, favorecesse ou facilitasse a prática de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição, relativamente a menor, bem assim como a do que explorasse o ganho imoral da prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas; e, por tráfico de pessoas, a conduta do que aliciasse, seduzisse ou desviasse outra pessoa para a prática, em outro país, da prostituição ou de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual.

A par destas incriminações, o CP contava ainda com outros tipos de crimes sexuais cuja vítima podia ser um menor, como a cópula mediante

de 1996, p. 43 (citado: «liberdade»). Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução legal a propósito do fenómeno da prostituição em Portugal, veja-se OLIVEIRA, Alexandra, «História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal», *RM/P*, Ano 25, N.º 98, Abril-Junho de 2004, pp. 145 a 156.

⁽³⁶⁾ Tendo-se abandonado a noção de rufanaria, não podemos concordar com Figueiredo Dias quando afirma que esta deixa de ser punida no Código de 1982 — assim em DIAS, Jorge de Figueiredo, «costumes» [n. 1], p. 1376. Na realidade, embora sob a epígrafe de lenocínio e punida com uma pena e não com uma medida de segurança, continuava a punir-se a conduta daquele que explorasse o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas; bem assim como a daquele que favorecesse ou facilitasse a prostituição (não obstante, é certo, não se protegesse já no tipo qualquer pessoa sem que ficasse provada a exploração, pelo agente, da situação de abandono ou extrema necessidade económica da vítima, elemento de que se prescindia apenas no caso dos menores e dos portadores de anomalia psíquica). Só a revisão de 1995 permitirá pensar na exclusão daquele crime do nosso horizonte jurídico-penal. Ainda assim, para acermos esta descriminalização da conduta teremos de, com RODRIGUES, Anabela Miranda, «Artigo 170.º — Lenocínio», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 521 e ss. (citado: «170.º»), aceitar que a rufanaria se circunscreve afinal apenas àquela conduta descriminalizada, do que explorasse o ganho imoral de prostituta, vivendo, total ou parcialmente, a expensas suas. O proxenetismo, que continua ainda hoje a punir-se e que consiste no fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição, tem de entender-se distintamente e arredado do rufanismo que se descriminalizou. A norma proposta pelo Anteprojecto de Eduardo Correia agrupava o rufanismo com o proxenetismo, de forma pouco rigorosa, sob a mesma epígrafe «Rufanaria» e o CP de 1982, alterando a epígrafe para lenocínio, continuava também, no mesmo artigo, a punir ambas as condutas. Não obstante, uma análise da evolução do instituto mostra que o artigo 71.º do CP de 1852 distinguia, na previsão da aplicação de medidas de segurança, os rufões que viviam total ou parcialmente a expensas de mulheres prostitutas, dos que favoreciam ou excitavam habitualmente a depravação ou corrupção de menores, ou se dedicavam ao aliciamento para a prostituição (os proxenetas, na distinção que estabelecemos).

fraude, que inspira a fraude sexual ainda hoje punida, embora já não circunscrita a um erro sobre o desvalor da cópula face ao estado de casado e podendo ofender qualquer pessoa e não apenas mulheres. Por último, a previsão do crime de inseminação artificial, que evoluiu para o actual artigo 168.º do CP e que pune a conduta do que pratique acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, não acolheu a solução preconizada no Anteprojecto de Eduardo Correia. Com efeito, ali punia-se, justamente, por este crime, a mulher casada que consentisse na inseminação sem o consentimento do outro cônjuge — um passo que pode, aliás, ser visto como o primeiro na mudança de paradigma em matéria de crimes sexuais, conferido que foi à mulher o direito de dispor sobre o seu corpo autonomamente e ainda que a moral e o pudor público se achassem de algum modo afectados ⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾.

2.3. A grande revisão de 1995

Em 1995, o CP é alvo de uma revisão ⁽³⁹⁾ cujo maior impacto se dá ao nível dos crimes sexuais. É verdade que a necessidade de revi-

⁽³⁷⁾ Concordando com os que afirmam não se estar aqui perante um verdadeiro crime sexual, desenvolvimentos sobre o bem jurídico protegido pela incriminação — a liberdade de e para a maternidade — e a consequente incorrecta localização sistemática do artigo, vejam-se em RODRIGUES, Anabela Miranda, «Artigo 168.º — Procriação artificial não consentida», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 501 e ss.; e ainda, defendendo a criação de um capítulo autónomo para os crimes contra a liberdade de procriação, PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], p. 46; e RAPOSO, Vera Lúcia, «moralidade» [n. 27], p. 957.

⁽³⁸⁾ A assumida tendência descriminalizadora do CP de 1982 levou a que não fossem acolhidos os restantes artigos do Anteprojecto de Eduardo Correia — publicações obscenas (art. 258.º), oferta ou exibição a menores (art. 259.º), espectáculos contrários ao pudor (art. 260.º), solicitações desonestas (art. 262.º) e propagação de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual (art. 263.º).

⁽³⁹⁾ Para maiores desenvolvimentos sobre as razões da revisão, vide PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], pp. 41 a 48; BELÉZA, Teresa Pizarro, «Sem sombra de pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal», *in* Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal, Vol. I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, pp. 157 a 183 (citado: «pecado»); BELÉZA, Teresa Pizarro, «A revisão da parte especial na reforma do Código Penal: legitimação, requilíbrio, privatização, «indivíduo dualismo»», *in* Jornadas sobre a revisão do Código Penal, A. A. F. D. L., Lisboa, 1998,

são do Código não emergiu tanto pelo surgimento de um novo bem jurídico protegido por aquelas incriminações como pela necessidade de equilibrar as molduras penais previstas para os diferentes crimes — não podia, no entendimento legislativo, protelar-se mais o repensar daquelas molduras, sobretudo em face de um Código que não apontava claramente a protecção maior da esfera pessoal do indivíduo, punindo com semelhante severidade crimes contra as pessoas e crimes contra o património. Mas, agravando em larga medida os crimes contra as pessoas, a matéria dos crimes sexuais sofreu as maiores alterações, nomeadamente ao nível dos crimes contra menores. O apelo justicheiro da comunidade, que se mostrava cada vez mais inconformada com as penas aplicadas aos casos de crimes sexuais⁴⁰ que ofendessem menores, não deixou de repercutir-se nas opções do legislador. A principal alteração nesta matéria, no entanto, prende-se com a aceitação de que, pelas incriminações, não deveriam proteger-se a moral ou o pudor sexual, mas sim a liberdade e a autodeterminação sexual do indivíduo.

De então para cá, o bem jurídico protegido por estes tipos penais tem sido, pois, concebido inserido na ampla liberdade individual de cada sujeito e as incriminações têm procurado suster-se dentro dos limites da necessidade de protecção e simultânea promoção dessa liberdade, na esfera sexual.

A atitude liberal que acaba por enformar a revisão de 1995 opera a alteração ao nível da inserção sistemática dos crimes sexuais no CP, passando estes a constar do título dos crimes contra as pessoas e de um capítulo autónomo de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. As normas relativas à protecção 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 invocadas as normas da secção dos crimes contra a liberdade

pp. 92 e ss. (citado: «legitimação»); GERSÃO, Eliana, «Crimes sexuais contra crianças», *Infância e Juventude*, 97.2, Abril-Junho de 1997, pp. 9 a 29 (citado: «crianças»); e SOTOMAYOR, Maria Clara, «A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a revisão de 1977», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 143 e ss. (citado: «situação»).

sexual. Constan desta última secção os crimes de coacção sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, abuso sexual de pessoa internada, fraude sexual, procriação artificial não consentida, tráfico de pessoas, lenocínio e actos exibicionistas. São crimes contra a autodeterminação sexual o abuso sexual de crianças, o abuso sexual de adolescentes e dependentes, o estupro, os actos homossexuais com menores e o lenocínio de menor.

A tendência seguia, como vimos, no sentido de limitar a intervenção penal aos casos em que a dignidade e necessidade dessa aplicação de *ultima ratio* fossem evidentes, o que nos parece absolutamente acertado. E o valor da adequação social da conduta não se avaliava agora por referência à moral ou ao pudor público, mas pela ofensa que causasse à liberdade sexual da vítima. Por conseguinte, é estabelecido um princípio genérico delimitador dos tipos segundo o qual só serão punidos os actos sexuais que tenham relevo⁽⁴⁰⁾ e sejam aptos à violação daquele novo bem jurídico protegido. A técnica legislativa evoluiu no sentido desta especificação do que deve e do que não deve ser crime e da previsão expressa, em determinados tipos penais, das condutas aptas à intervenção penal — a cópula e o coito anal, na revisão de 1995, mas também o coito oral acrescentado pela revisão de 1998, ou as condutas descritas como possíveis consumações de actos sexuais de relevo descriptas pela revisão de 2007 e que constam de introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

Especificando embora alguns actos como actos sexuais de relevo, a revisão de 1995 não apresentava, apesar disso, uma definição do conceito, incluindo-o de forma tão indeterminada quanto fosse possível, tendo em vista a sua densificação na análise do caso concreto. A questão não era pacífica e foram numerosas as tentativas de definir o que devia entender-se por acto sexual de relevo. Somos, nesta matéria, favoráveis a uma interpretação objectivista do conceito, não assumindo, para a sua verificação inteira, portanto, a necessidade da intenção libidinosa do agente. E, deste modo, acto sexual de relevo será, nas palavras de Figueiredo Dias, “todo aquele que, de um ponto de vista pre-

(40) Neste sentido, BELEZA, Teresa Pizarro, «pecado» [n. 39], pp. 167 e ss.

dominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica” (41). Este critério delimitador dos tipos compreendia uma função negativa de exclusão da tipicidade das condutas bagatelares ou insignificantes e uma outra função, positiva, de exigência de averiguação do seu relevo em face do bem jurídico liberdade sexual. Ou seja, na prática, o que a alteração do bem jurídico protegido impunha, por esta via, era que deixasse de punir-se a conduta que, atentatória, por exemplo, da moral ou do pudor públicos, não consubstanciava uma ofensa relevante à liberdade sexual do sujeito (42).

A idade inferior a catorze anos determinava a total proibição de qualquer acto sexual de relevo, aceitando-se que abaixo desta idade o menor “não é livre de se decidir sexualmente” (43) — era punido por abuso sexual de crianças aquele que praticasse com, ou em, menor de catorze anos qualquer acto sexual de relevo, sendo as formas mais graves de consumação do crime a cópula ou o coito anal, e integrava ainda este tipo de crime a prática de acto exhibicionista perante menor e a actuação sobre este por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos, bem como a utilização da criança em fotografia, filme ou gravação pornográficos. Além disso, em casos de crimes de coacção sexual, violação, procriação artificial não consentida e tráfico de pessoas, a idade da vítima, inferior a catorze anos, relevava como circunstância agravante (44).

Atendendo ao conteúdo do artigo 38.º/3, era a partir dos catorze anos, desde que simultaneamente reunido o discernimento suficiente para entender o seu sentido e alcance, que o CP aceitava o consentimento

(41) Dias, Jorge de Figueiredo, «Artigo 163.º — Coacção sexual», in Comentário Cominbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 447.

(42) Para mais desenvolvimentos, veja-se, por todos, *idem*, pp. 448 e ss.

(43) Neste sentido, BELEZA, Teresa Pizarro, «pecado» [n. 39], p. 169.

(44) Na realidade, o CP de 1982 não acolheu uma geral circunstância agravante da prática do facto contra pessoa particularmente indefesa em razão da idade e que seria tributária do já mencionado artigo 34.º/29 do CP de 1852. Esta agravante passou, no novo Código, a ser um elemento do tipo, mas apenas de alguns crimes.

do menor. Assim, a cópula praticada com menor entre os catorze e os dezasseis anos já só era punida por estupro se ficasse provado o abuso da in experiência (45). Nas hipóteses em que se verificasse a violência, ou a ameaça grave, bem assim como naquelas em que o agente tivesse tomado a vítima inconsciente ou a tivesse posto na impossibilidade de resistir, a cópula ou o coito anal eram punidos por violação, independentemente da idade da vítima e se, nas mesmas circunstâncias, o acto sexual de relevo fosse distinto, o agente era punido por coacção sexual. Se o abuso sexual fosse praticado contra adolescente e dependente, confiado ao agente para educação ou assistência, a conduta era punida até aos dezasseis anos da vítima, e, tratando-se de menores confiados, mas verificando-se o abuso, pelo agente, da posição que exercia ou da função que tinha, a incriminação estendia-se até aos dezoito anos da vítima.

Finalmente, tratando-se de menor com mais de catorze, mas menos de dezasseis anos, estava prevista a incriminação do crime de lenocínio de menor, mesmo que não se verificasse o uso de violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta e sequer a actuação profissional ou intenção lucrativa do agente (46).

(45) A alteração ao nível do bem jurídico protegido justifica a queda do elemento constitutivo do tipo que vinha do Código de 1982 e que consistia na promessa séria de casamento como forma de obtenção do consentimento.

(46) Homens ou mulheres podem ser agentes ou vítimas destes crimes sexuais. Relativamente ao crime de violação, tendo deixado de punir-se apenas a cópula e tendo-se acrescentado a incriminação, indistintamente, para a verificação do tipo, do coito anal, do coito oral e agora da introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, também os homens podem ser vítimas do crime. Não obstante, só em 1998 se redige o tipo penal sem aceção de sexo. Desenvolvimentos sobre este crime na sua concepção moderna em Dias, Jorge de Figueiredo, «Artigo 164.º — Violação», in Comentário Cominbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 466 a 476; e COSTA, José Martins Barra da, ALVES, Lurdes Barata, «Perspectivas teóricas e investigação no domínio da delinquência sexual em Portugal», *RPCC*, Ano 9, Fasc. 2, Abril-Junho de 1999, pp. 288 e ss. (citado: «delinquência sexual»).

Assim sendo, por óbvio, apenas no caso da procriação artificial não consentida a vítima só pode ser a mulher. Mas porque este, no entanto, como afirmámos já, não nos parece sequer um crime sexual no sentido actual de crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual da pessoa, não teceremos mais considerações a seu propósito.

2.4. As revisões de 1998 e de 2001

Tal como referimos, a revisão de 1998 acrescentou a referência expressa a um outro acto sexual de relevo — o coito oral — que passou, juntamente com a cópula e o coito anal, a figurar entre os mais ofensivos actos sexuais de relevo. Mas esta não foi a única alteração da revisão de 1998. Assim, por abuso sexual de crianças passou a ser punida a conduta do que exibisse ou cedesse, a qualquer tipo ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos em que se utilizasse menor de catorze anos, tendo a revisão de 2001 acrescentado ainda a incriminação da conduta do que detivesse aqueles materiais com o propósito de os exibir ou ceder. O abuso sexual de adolescentes e dependentes deu lugar ao abuso sexual de menores dependentes, passando a punir-se, independentemente do abuso do agente face à posição que exercia ou à função que tinha, os actos praticados contra menor entre os catorze e os dezoito anos, confiado para educação ou assistência. Foi criminalizado o assédio sexual e os crimes de tráfico de pessoas e de lenocínio prescindiram da exploração, pelo agente, da situação de abandono ou de necessidade da vítima, abarcando mais situações. O tráfico de menores, até aí punido, no caso dos maiores de catorze anos, nos mesmos termos do tráfico de adultos, passou a consistir de uma incriminação autónoma em que, depois, pela revisão de 2001, passa a punir-se aquele que alicie, transporte, proceda ao alojamento ou acolhimento de menor de dezasseis anos ou propicie as condições para a prática, por este, em país estrangeiro, da prostituição ou de actos sexuais de relevo.

2.5. Que revisão, em 2007?

A última revisão do CP, de 2007, segue uma linha bastante menos liberal, sobretudo relativamente à anunciada pelas soluções de 1995. Uma alteração de fundo foi o elevar da maioridade para o consentimento penal para os dezasseis anos. Mas representará mesmo esta alteração da maioridade para consentir um recuo na assunção da capacidade e maturidade progressivas do menor? Entendemos que não, desde logo se olharmos à alteração que pode ser vista como a mais importante de 2007, mas que está implícita: a que se reconduz à natureza dos bens jurí-

dicos protegidos nos crimes sexuais. Sobre este assunto, no entanto, nos debruçaremos no nosso segundo capítulo.

A revisão acrescenta ao elenco não taxativo de actos sexuais de relevo, conferindo-lhe gravidade semelhante à cópula, ao coito anal e ao coito oral, a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos. O crime de abuso sexual de crianças continua a proteger os menores de catorze anos, mas agora apenas da prática de actos sexuais de relevo, da importunação sexual e da conduta do que sobre o menor actue por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos. As mesmas condutas são ainda punidas por abuso sexual de menores dependentes entre os catorze e os dezoito anos, confiados ao agente para educação ou assistência. Mas algumas das formas de consumação do abuso sexual passam a constituir, juntamente com formas novas, um tipo novo de crime: a pornografia de menores, a que detidamente nos referiremos adiante.

No caso de vítimas menores de catorze anos, são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, as penas previstas para os crimes de coacção sexual, violação, procriação artificial não consentida, lenocínio de menores e pornografia de menores sendo que, quanto a este último crime, apenas relativamente a algumas condutas. E estas penas, bem assim como a do novo crime de recurso à prostituição de menores, são ainda agravadas de um terço, também nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de dezasseis anos.

Ao nível da secção dos crimes contra a liberdade, a revisão substituiu o tipo penal do exibicionismo por um outro mais lato, de importunação sexual, que engloba as condutas de carácter exibicionista e ainda os contactos de natureza sexual que a vítima tenha sido consentida a suportar e que podiam consubstanciar, pela solução anterior, quando muito, uma mera tentativa do crime correspondente aos factos em causa.

Quanto ao crime de lenocínio, este passa a corresponder a uma incriminação apenas do que profissionalmente ou com intenção lucrativa fomenta, favoreça ou facilite o exercício, por outra pessoa, da prostituição, podendo sofrer uma agravação em função dos meios, mas não relevando para a sua aplicação a mera prática de actos sexuais de relevo. No fundo, o que o artigo faz é clarificar a conotação com uma contrapartida como forma de adensar a exploração de que a vítima é alvo.

O tráfico de pessoas, menores e maiores, passa, por seu turno, a constar do elenco de crimes contra a liberdade pessoal, deixando a finalidade da conduta de assumir preponderância na definição do bem jurídico tutelado, o que, de resto, nos parece solução de grande acerto⁽⁴⁷⁾.

Estas, contudo, não foram as alterações da revisão de 2007 que suscitaram maior crítica pública. Um dos aspectos mais criticados foi, esse sim, a alteração do paradigma dos crimes sexuais, que passam a ser, em geral, crimes públicos. Mas também são dignos de nota os novos crimes, como o recurso à prostituição de menores e algumas condutas de pornografia infantil. Os desenvolvimentos que empreendemos de ora em diante vão, exactamente, no sentido da compreensão e análise destas mutações na última revisão do Código — ao nível da natureza dos crimes, dos bens jurídicos tutelados e do relevo da declaração de vontade do menor.

3. O MENOR NO PROCESSO PENAL POR CRIME SEXUAL

Os crimes sexuais previstos no CP de 1852 tinham, se nos servirmos das terminologias actuais, natureza semi-pública, só assim não acontecendo quando fossem praticados contra menor de doze anos (caso em que eram públicos). Anotações ao Código evidenciam que a doutrina definia antes a natureza particular⁽⁴⁸⁾ daqueles crimes. No entanto, e uma vez que a acção penal dependia da participação da pessoa ofen-

⁽⁴⁷⁾ Sobre esta alteração, veja-se a anotação de LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª ed. (Revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro), Coimbra Editora, Fevereiro de 2008, pp. 93 e ss. (citado: *alteração 07*); mas não deixe de ler-se, sobre o crime, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Artigo 169.º — Tráfico de pessoas», in Comentário Comibricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 510 a 517.

⁽⁴⁸⁾ A epígrafe do artigo 399.º do CP explicitava a “natureza particular destes crimes”. Cf. FAVERO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], p. 682. Referimo-nos aos crimes de ultrage público ao pudor (art. 390.º), atentado ao pudor (art. 391.º), estupro (art. 392.º), violação (art. 393.º) e violação de menores de doze anos (art. 394.º).

dida, dos seus pais, avós, marido, irmãos, tutores ou curadores⁽⁴⁹⁾, mas o seu prosseguimento não exigia a querela do participante⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾, não

⁽⁴⁹⁾ Na redacção original do Código de 1852, a legitimidade processual activa cabia apenas à pessoa ofendida, aos seus pais ou aos seus tutores. Mas a Nova Revisão Penal de 1886 veio alargar o espectro de possíveis titulares da acção penal.

A referência feita à pessoa do marido não traduz que vítimas dos crimes pudessem ser apenas as mulheres. Muito embora fossem elas as vítimas comumente aceites para quase todos os tipos penais, mesmo quando a referência a essa exclusividade não era expressa (caso do crime previsto no art. 394.º, de violação de menores de doze anos), pelo menos nos crimes de ultrage público ao pudor (art. 390.º) e atentado ao pudor (art. 391.º) a vítima podia ser do sexo feminino ou do sexo masculino. Por isso, quando a lei se refere à legitimidade activa do marido para a participação criminal, ela está apenas a sublinhar uma certa inferioridade da mulher, que podia ser “representada” pelo marido. De facto, o inverso não era verdadeiro e no caso de a vítima ser um homem não lograva a sua mulher desta faculdade, por lhe ser negada aquela representação de interesses do cônjuge.

⁽⁵⁰⁾ Isto mesmo se deduz das anotações ao artigo 399.º, onde se esclarece que o que está vedado ao MP é apenas a iniciativa do processo. O escândalo associado aos processos por estes crimes justificava a solução da lei. O risco de desonra da mulher perpetrado no processo podia ditar que esta ou os seus representantes preferissem o exclusivo mal do crime. Por todos, quanto a este assunto, FAVERO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], pp. 683 e ss.

⁽⁵¹⁾ A intervenção dos ofendidos particulares ao nível da tramitação processual não conheceu sempre os contornos com que hoje a definimos. A grande alteração ao nível do paradigma dessa intervenção aconteceu com o surgimento do DL n.º 35/007, de 13 de Outubro de 1945. Até aí, os particulares eram partes acusadoras e intervenientes principais no processo. Mas se em tese a sua actuação devia ser paralela à do MP, não raro o que acontecia era a manifestação de vinganças particulares e ódios de estimação, possível pelos poderes alargados que se relacionavam com o papel de parte principal. A urgência de uma restrição destes poderes dos particulares acaba por sanar-se com o DL n.º 35/007, que estabelece em definitivo uma estrutura acusatória de processo, a erguer-se sobre corolários vários, de entre eles o da oficialidade. A necessidade de restringir os poderes dos particulares e a aceitação de um processo assente no princípio da oficialidade não podiam, porém, afastar de todo em todo o particular do desenrolar processual. Aquela DL estabeleceu, por isso, que os particulares passariam a ser auxiliares do MP, a quem subordinariam a sua intervenção no processo, passando, assim, a chamar-se assistentes, podendo na altura constituir-se assistentes, nomeadamente, os ofendidos. Com a consagração do princípio da oficialidade, estava a reconhecer-se a necessidade de atribuir a uma entidade pública ou estadual a competência para o impulso processual e para a subsequente decisão de submeter ou não a causa a julgamento. Só a actividade oficiosa de uma entidade assim assegura a realização plena da justiça penal e é garante da independência da mesma, porque desvinculada das paixões dos parti-

é possível afirmar hoje que os crimes fossem particulares. O carácter particular do crime, à luz da formulação actual, distingue-o dos demais

culares. Todavia, esta concepção alargada dos poderes do Estado não pôde nunca alhear-se da crítica de que o seu surgimento não é condição suficiente e necessária para o abandono de uma tramitação processual em que a voz da vítima possa e deva ouvir-se. E, assim, aquele princípio da oficialidade tem, desde o início, existido combinado com casos legalmente estabelecidos de participação dos particulares de uma forma conformativa da decisão processual final.

Estabelecendo a nossa CRP que é ao MP que "... compete ... exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade..." (art. 219.º/1 da CRP), prevê o nosso CPP a figura do assistente como sujeito processual (arts. 68.º a 70.º do CP). De facto, sujeito do processo não será qualquer vítima, pelo simples facto de o ser, mas sim aquela vítima (aquele ofendido com a prática do crime) que se constitua assistente. Ao ofendido, o CPP atribui o papel de mero participante processual, mas se o ofendido pretender fazer valer de forma constitutiva as suas declarações, então é-lhe imposto o ónus de constituir-se assistente. A partir do momento em que se constitui assistente, a vítima tem, então, poderes de conformação processual (art. 69.º/2 do CPP).

Constitucionalmente, porém, só em 1997 a CRP consagra expressamente o direito que o ofendido tem de intervir no processo (art. 32.º/7 da CRP). Analisando o preceito, facilmente se apreende uma manifestação do carácter compromissório da nossa Constituição de 1976. Consideramos estar, no caso do artigo 32.º/7 da CRP, perante um compromisso constitucional que, assentando no consenso, procura que, ao lado do princípio da oficialidade, se respeite o direito, que ao ofendido deve assistir, de intervir no processo. Este artigo não especifica a forma de intervenção do ofendido, remetendo a densificação do preceito constitucional para um aturado estado de desenvolvimento legislativo processual ordinário. Todavia, não é letra desnecessária e de pouca valia a que o legislador constitucional acrescenta em 1997. Bem diferente deve ser a compreensão daquela sua atitude — é que, não se comprometendo com um modelo prático para a acção processual do ofendido, o legislador constitucional garante-lhe o direito de participar no processo que tenha por objecto a ofensa de que foi vítima. Quanto a nós, mais do que um direito a intervir no processo, ou melhor, ao lado do seu direito a intervir no processo, o ofendido tem a garantia de que tal participação não lhe pode ser vedada, directa ou indirectamente, por lei ordinária. O que vale por dizer que, se a forma de intervir no processo é constituindo-se assistente, a nenhum ofendido pode ser vedada a hipótese de se constituir como tal, passando assim, e só assim podendo passar, a ser sujeito processual.

Para mais desenvolvimentos, veja-se CORREIA, Eduardo, *Processo criminal*, Coimbra, 1954, pp. 48 a 65; NEVES, A. Castanheta, *Sumários de processo criminal (1967-1968)*, Coimbra, 1968, pp. 120 a 126; DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, I Vol., Coimbra Editora, 1974, pp. 505 a 512; e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal* (Lições coligidas por Maria João Antunes), Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, pp. 54 a 56 e 88 a 89;

pela necessidade de impulso processual pelo ofendido, mas também pela imprescindibilidade da participação deste na concretização do desenrolar processual. Ora, no CP de 1852, a participação dos crimes apenas legitimava a prossecução penal pelo MP. Em anotações ao artigo 399.º encontramos a justificação para a designação *particular* quanto ao carácter dos crimes. Este carácter particular traduzia-se na decisão de dar à pessoa ofendida a possibilidade de escolher entre a perseguição penal do agente e a convivência anónima com a agressão não denunciada⁽⁵²⁾. Ao optar pela participação, a vítima não podia subtrair dessa escolha as implicações de prováveis escândalos, cujas consequências seriam novos danos para a sua honra e bom-nome. Muitas vezes, eram essas consequências que pesavam no sentido da não denúncia, mas uma conscientização dos riscos era imprescindível para a decisão de iniciar ou não a acção penal. Aliás, o CP de 1982 serviu-se também desta mesma argumentação para manter a natureza semi-pública dos crimes sexuais contra menores. Não obstante, importa não confundir os planos em que o carácter dos crimes foi pensado em cada um dos códigos.

No CP de 1852, a ponderação de interesses por parte do ofendido (ou outro) só era possível se este tivesse mais de doze anos, pois sempre que a conduta ofendesse pessoa menor de doze anos, o crime era público⁽⁵³⁾. A ofensa moral e à desonra da pessoa menor de doze anos

e ainda Dias, Jorge de Figueiredo, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», in *O novo Código de Processo Penal*, Jornadas de direito processual Penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, pp. 9 e 10; SOR-TOMAYOR, Arménio, «A voz da vítima», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, 2001, pp. 841 a 850; e, a propósito da necessidade de promoção dos direitos da vítima do crime, PABLOS de MOLINA, Antonio Garcia, *Tratado de Criminologia*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 169 e 170.

Ao nível das notas de direito constitucional, por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3.ª ed., Almedina, 1999, pp. 213 e 214; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, pp. 523 e 524; e MIRANDA, Jorge, MEBERROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo. (Artigos 1.º a 79.º), Coimbra Editora, Março de 2005, p. 361.

⁽⁵²⁾ FAVERO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], pp. 683 e ss.

⁽⁵³⁾ BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 15], p. 729.

é que se atribuía um tal desvalor que se entendia que só a perseguição penal do agente satisfaria os interesses da vítima e da comunidade. Contudo, apesar dessa atenção dispensada aos menores de doze anos, a verdade é que o Código não espelhava soluções para algumas das mais complicadas situações: um exemplo é o caso de o agente do crime ser o progenitor do ofendido ⁽⁵⁴⁾, em que não se fazia ainda qualquer juízo de vantagem da consagração da possibilidade de iniciativa pública.

Nem todos os ofendidos tinham capacidade para participar o crime, desde logo por questões de menoridade. Tratando-se de vítimas com menos de doze anos, a questão da legitimidade para a denúncia não era relevante, dada a natureza pública do crime e a possibilidade de o MP prosseguir a acção. Mas a lei também não esclarecia a partir de que idade era possível ao ofendido dar início ao processo, por si mesmo, nas hipóteses de crimes semi-públicos. A solução passaria por duas vias: ou só podia participar criminalmente uma conduta ilícita, de forma autónoma, a pessoa ofendida que não fosse incapaz e portanto aquela que fosse maior ou emancipada, ou se admitia a participação de qualquer ofendido, desde que maior de doze anos. A segunda hipótese conferia a vantagem de, no caso dos titulares menores de idade, associar uma amplíssima legitimidade activa para a denúncia ao grande desvalor das condutas. E, por outro lado, se no caso de ofendidos com menos de doze anos o crime era público e o MP não carecia de qualquer impulso para iniciar a acção penal, então, em se tratando de uma pessoa ofendida com mais de doze anos e nada se ressaltando a este propósito, a denúncia da vítima deveria reunir suficiente consistência para justificar a acção do MP. Parece-nos, contudo, que a solução encontrada foi uma espécie de regime misto, densificado no caso concreto — em anotações ao artigo 399.º do Código encontramos passagens que atribuem ao ofendido menor de dezoito anos capacidade para se queixar isoladamente ⁽⁵⁵⁾; mas a referência apenas a menor de dezoito anos, não se esclarecendo maior de que idade, e a necessidade de sublinhar a validade da queixa naquele caso concreto, não deixam concluir pela opção de uma idade a partir da qual fosse indiscutível que a pessoa ofendida pudesse queixar-se.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁾ *Idem*, pp. 730 e 731.

A consagração, no novo CP de 1982, de uma idade, concretizando este critério e concebendo em momento anterior à maioridade ou emancipação a capacidade de denunciar, aponta no sentido de uma alteração na valorização das opções do menor e, deste modo, no sentido da aceitação, num plano mais amplo, das suas maioridade e capacidade progressivas. Pelo CP de 1982 foi dada expressa legitimidade processual activa aos ofendidos com mais de dezasseis anos. Tratando-se de uma vítima com idade inferior (ou incapaz), podiam exercer o direito de queixa o representante legal, o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, os descendentes ou, subsidiariamente, os ascendentes, irmãos ou os descendentes destes. Mantinham o carácter público os crimes sexuais cujo ofendido tivesse menos de doze anos ⁽⁵⁶⁾ e todos os crimes de exibicionismo e ultraje público ao pudor, lenocínio e tráfico de pessoas, independentemente da idade da vítima. E tornaram-se públicos aqueles crimes em que o agente fosse o titular do direito de queixa por se tratar do cônjuge ou de representante legal da pessoa ofendida (art. 211.º/2). A redacção inicial do CP de 1982 não reconhecia a possibilidade da iniciativa oficiosa de processo por parte do MP, pelo que os crimes sexuais contra menores se dividiam entre os que tinham natureza pública e os que acolhiam uma natureza semi-pública. Mesmo no caso de o agente ser o titular do direito de queixa, em que se previa já a desnecessidade de participação criminal, isto apenas traduzia uma mutação em concreto da natureza daquele crime para crime público.

A iniciativa oficiosa do MP nos casos de crimes semi-públicos é muito diferente da intervenção daquele em matéria de crimes públicos e confere uma verdadeira natureza atípica ⁽⁵⁷⁾ aos crimes a que se aplica.

⁽⁵⁶⁾ BELEZA, Teresa Pizarro, «pecado» [n. 39], p. 182.

⁽⁵⁷⁾ Assim, ANTUNES, Maria João, «Sobre a irrelevância da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa (Artigo 178.º/2 do Código Penal. Anotação ao Acórdão da Relação do Porto, de 10 de Fevereiro de 1999)», *RPCC*, Ano 9, Fasc. 2, Coimbra Editora, Abril-Junho de 1999, pp. 326 e ss. (citado: «irrelevância»); ANTUNES, Maria João, «Oposição de maior de dezasseis anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal», *RMP*, Ano 26, N.º 103, 2005, pp. 21 a 37 (citado: «oposição»); e ainda ALBERGARIA, Pedro Soares de, «Abuso sexual de menores: público ou semi-público, eis a questão», *Sub Iudice*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, p. 153 (citado: «público»).

Na realidade, a natureza pública impõe que o MP, tendo conhecimento de um crime, investigue os factos, enquanto o papel que lhe cabe nos casos de iniciativa oficiosa consiste em que, antes de iniciar a investigação, o magistrado pondere o interesse da vítima e/ou o interesse público — relativamente aos quais subordinará a sua intervenção. Aos procedimentos a que o MP está vinculado num caso de crime público acresce, nestas excepções ao carácter semi-público dos crimes sexuais, uma outra ponderação: a justiça que determina a investigação dos crimes públicos de que haja conhecimento não é igual à justiça com que o Procurador decide actuar nos casos de crimes sexuais contra menores, à luz de uma ponderação do interesse da vítima e/ou do interesse público.

Esta específica legitimidade activa do MP veio a ser prevista pela revisão de 1995 do CP, que incluiu, na parte geral do Código, um novo número, no artigo relativo aos titulares do direito de queixa, segundo o qual “quando o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas, no caso, ao agente do crime, pode o MP dar início ao procedimento se *especiais razões de interesse público* o impuserem” (art. 113.º/5) e na secção de disposições comuns do novo capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual estabeleceu que o MP poderia, em casos de crimes sexuais praticados contra menores de doze anos, dar início ao processo se *especiais razões de interesse público* o impusessem (art. 178.º/2). Pela revisão de 1998, ficou depois estabelecido que “quando o procedimento criminal depender de queixa, o MP pode, nos casos previstos na lei, dar início ao procedimento quando o *interesse da vítima* o impuser” (art. 113.º/6), concluindo-se que em situações de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores de dezasseis anos, o MP pode dar início ao procedimento se o *interesse da vítima* o impuser (art. 178.º/2). E esta é a intervenção do MP que se mantém até 2001 — ocasião da revisão que leva a que deixe de falar-se na iniciativa oficiosa do MP, atento o *interesse público*, nos casos de crimes praticados contra menor de catorze anos em que o agente seja titular do direito de queixa (art. 178.º/1b), voltando a conceber-se estes como crimes públicos.

O interesse da vítima e o interesse público a que a lei se referia como fundamentos das ponderações do MP para a decisão de agir oficialmente por crimes sexuais contra menores não eram, apesar de tudo, muito diferentes. Foi-se entendendo que o interesse público deveria

Cap. I — O menor no direito penal sexual português 49

perspectivar-se de acordo com a melhor solução para os interesses da vítima⁽³⁸⁾, pelo que o que se pedia ao MP era que ponderasse as vantagens e desvantagens para a vítima em se dar início a um processo penal, tanto quando a lei apelava a considerações do interesse do menor como quando o fizesse convocando o interesse público.

Originariamente, o legislador considerou que, quando o agente do crime é simultaneamente o titular do direito de queixa, o que está em causa, em termos gerais, é o interesse público. E por isso, num primeiro momento, era esse interesse que vinculava o MP a impulsionar o processo, independentemente da idade da vítima. Não obstante, a interpretação da *ratio* daquela intervenção foi exigindo uma avalliação das vantagens e desvantagens para a vítima do crime em se avançar para um processo penal. Significando este a forte possibilidade de se irem reproduzindo os factos, várias vezes, num esforço por recuperar a memória do episódio, cedo se fez notar que o interesse da vítima podia correr num sentido distinto do da promoção processual. O juízo do MP enforçava-se, assim, pelo interesse dos menores, mesmo antes de ser esse a figurar expressamente na letra da lei, e apesar de se falar em interesse público.

Em 2001, surge a nova redacção do artigo 178.º do CP, fruto da natural evolução legislativa, que bebe nas considerações da doutrina e da jurisprudência a maturação dos seus institutos. Apesar de tudo, a alteração não foi no sentido de explicitar que o interesse a ponderar pelo MP deveria ser o interesse do menor, tendo optado o legislador de 2001 por assumir que a protecção daquele interesse torna inevitável, em alguns casos, a existência de processo-crime. Assim sendo, previu como crimes públicos os praticados contra menores de catorze anos por pessoa a quem caberia a exercício do direito de queixa. Quando o legislador acrescenta o critério da idade da vítima — inferior a catorze anos — e se decide pelo carácter público do crime nesses casos não põe em causa

⁽³⁸⁾ Neste sentido, entre outros, ANTUNES, Maria João, «Artigo 178.º — Queixa», in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 595 (citado: «178.º»); e ALBERTO, Isabel, CARMO, Rui do, GUERRA, Paulo, *O abuso sexual de menores. Uma conversa sobre a justiça entre o direito e a psicologia*, Coimbra, Livraria Almedina, Novembro de 2002, p. 51 (citado: *conversa*).

o interesse daquela ⁽⁵⁹⁾ como interesse tutelado. Entendemos que assunir que o interesse da vítima é o principal interesse em causa não significa não poder perspectivar-lo dentro de um enquadramento maior que é o interesse público. Além disso, a opção pelo carácter público de um crime denota a intolerância da sociedade — e consequentemente do legislador — face ao ataque ao bem jurídico tutelado, atentas também as características do ofendido. Por isso, serem públicos estes crimes apenas no caso dos menores de catorze anos significava tão-somente que até essa idade se considerava que qualquer ponderação relativamente aos custos e benefícios decorrentes do processo penal conduziria inequivocamente à decisão de perseguir o agente.

Os crimes que o legislador de 2001 tornou públicos não tinham nada que ver com aqueles em que o titular do direito de queixa podia simplesmente decidir nada fazer, mas sim com aqueles em que o titular era o agente do crime e por isso seria inevitável que nada fosse feito, independentemente de qualquer ponderação de interesses do menor. Nestes casos, a intervenção do MP podia surgir, oficiosamente, mas para isso era necessário verificar alguns sinais da prática do crime e as condicionantes que advinham da especial proximidade entre agente e vítima propiciavam muitas vezes que o episódio se mantivesse dentro de um certo secretismo, a que o legislador entendeu que só o carácter público podia obviar. Por outro lado, a necessária ponderação a que o MP estaria vinculado esbatia-se nestes casos — seja porque a não perseguição do agente, dada a sua proximidade com a vítima, podia favorecer a repetição dos episódios de crime, seja porque, atendendo ao valor do desenvolvimento saudável da personalidade do ofendido e pesando os custos da estreita convivência com o agressor e aqueles do processo penal, sobejavam, a favor destes, pelo menos, as vantagens da condenação do agente. E, deste modo, *maxime* em se tratando de vítimas com menos de catorze anos — crianças muito pequenas — os defendidos valores da paz familiar e do sossego do menor tinham de

ceder perante a necessidade de acautelar a não reiteração do crime. Não desconsiderando a intromissão quer na esfera de intimidade da vítima, quer naquela das relações familiares ⁽⁶⁰⁾, aqui em causa, o carácter público dos crimes justificar-se-ia ainda mais pelo desvalor maior da conduta praticada por aquele a quem cabia, precisamente, um especial dever de protecção do menor. A solução, apesar de tudo, não era totalmente pacífica. Mas a possibilidade que a lei conferia ao MP de este suspender provisoriamente o processo, atendendo ao interesse da vítima, podia bem obviar, algumas vezes, às consequências da concepção destes crimes como públicos. Não estando já na disponibilidade daquela magistratura a ponderação *ab initio* para a perseguição penal, subsistia a justiça de prever que o MP, enquanto curador dos menores, mantivesse o ónus de ponderar ao longo do processo as vantagens de o prosseguir ou suspender consoante o interesse da vítima.

Distintamente, tratando-se de uma vítima menor, mas com mais de catorze anos, podia bem questionar-se por que razão o crime não devia ser também crime público. Quer a especial proximidade entre a vítima e o agente, quer o facto de ser este a poder exercer o direito queixa, podiam suscitar a questão de saber se não deveria igualmente aqui considerar-se a natureza pública do crime. Acontece, todavia, que sempre que um menor com mais de catorze anos fosse vítima de um crime contra a liberdade ou a autodeterminação sexual e o agente do crime fosse quem podia exercer o direito de queixa era possível ainda lançar mão de outras soluções de protecção dos seus interesses: tratando-se de menor de dezasseis anos, o MP podia, atendendo ao interesse da vítima, impulsionar o processo penal (art. 178.º/4); e em caso de vítima maior de dezasseis anos, tinha já ela própria legitimidade para se queixar. Por último, a solução surgia na senda da determinação doutrinária de que é até aos catorze anos que se justifica uma protecção jurídico-penal absoluta para o desenvolvimento global do menor com quem seja, em que seja ou que pratique acto sexual ⁽⁶¹⁾, que se vai esbatendo a partir dessa idade.

⁽⁵⁹⁾ Assim, LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal (de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto)*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2002, pp. 120 e ss. (citado: *alteração 01*).

⁽⁶⁰⁾ ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 58], p. 596.

⁽⁶¹⁾ ANTUNES, Maria João, «Incriminações» [n. 13], pp. 64 e 65.

Aquela não era, no entanto, a única hipótese de iniciativa oficiosa do MP — a revisão de 1995 considerava também a possibilidade da iniciativa oficiosa do processo penal nos casos de crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores de doze anos, se a isso aconselhassem especiais razões de interesse público. A mudança de paradigma do bem jurídico protegido pelos tipos penais dos crimes sexuais aconteceu com esta revisão de 1995 e àquela previsão da intervenção do MP não nos parece que fosse alheia a nova concepção do bem jurídico tutelado pelas incriminações em causa. De facto, não eram já a moral ou os bons costumes a determinar a intervenção penal em casos de crimes sexuais, mas antes um bem jurídico inserido na esfera pessoal do ofendido, que se traduzia num amplíssimo direito seu à liberdade sexual que sofria mutações em face da ofensa em concreto, destacando-se enquanto direito ao livre desenvolvimento da pessoa, direito à autodeterminação sexual ou à liberdade sexual.

Pelo CP de 1982, na redacção original, eram públicos os crimes sexuais praticados contra menor de doze anos. Mas a concepção destes crimes sexuais como crimes públicos sustentava-se na aceitação de que o que se tutelava pela incriminação eram o pudor e a moralidade sexual. Com a alteração do bem jurídico protegido e a especial relação que este assumiu face ao ofendido, desprendendo-se da conformação dos valores comunitários, pareceu inevitável a consagração da regra do carácter semi-público destes crimes. Contudo, esta alteração em sede de bem jurídico protegido, aliada à assunção de uma maior necessidade de protecção daquele, atentas as características do ofendido de acordo com a sua especial debilidade em razão da idade justificaram, para o legislador, que se configurasse uma possibilidade de iniciativa oficiosa do MP quando a vítima tivesse menos de doze anos e ponderado que fosse o interesse público, como excepção à regra do carácter semi-público dos crimes sexuais contra menores.

Em face do novo bem jurídico protegido, um bem jurídico pessoal do ofendido, facilmente se compreendeu que nem sempre um processo de índole penal realizaria vantagens suficientes para compensar os prejuízos: pela esfera intimíssima em que as condutas operam, pelos danos resultantes do escândalo de um crime com esta configuração, pela possível desconsideração social crescente face à vítima, entre outros aspectos. E foi este o contexto em que surgiu, para o MP, o ónus de ponderar,

Cap. I — O menor no direito penal sexual português 53

antes de dar officiosamente início ao processo penal, se “a protecção do menor impõe a promoção processual e a existência de um processo não é prejudicial para a pessoa da vítima”⁽⁶²⁾.

A ponderação de especiais razões de interesse público legitimava, até 1998, esta iniciativa oficiosa do MP, mas a compreensão doutrinária da norma ilustrou atempadamente que o que verdadeiramente estava em causa era o interesse da vítima. Era às consequências para o desenvolvimento da sua personalidade em formação e ao facto de se tratar de uma conduta ofensiva da sua esfera de intimidade mais profunda que o MP tinha de atender para decidir pelo processo penal⁽⁶³⁾. Deste modo, com a revisão de 1998, clarificou-se que a intervenção a título officioso por parte daquela magistratura estaria justificada sempre que o interesse da vítima o aconselhasse. Esta revisão vem alargar, além disso, até aos dezasseis anos, a idade da vítima protegida. Até então, era possível o ofendido com mais de dezasseis exercer por si o direito de queixa e o MP intervir por meio da iniciativa oficiosa de processo nos casos de vítimas com menos de doze anos, pelo que subsistia um problema de legitimidade activa nas situações de crimes sexuais contra menores entre os doze e os dezasseis anos. Não podendo ainda exercer por si só o direito de queixa, os seus interesses não eram também alvo das ponderações do MP e a iniciativa processual dependia exclusivamente da vontade do seu representante legal. Assim, a impunidade de muitos casos em que a decisão do representante legal para exercer o direito de queixa era viciada pelas relações de especial proximidade com o agente do facto mobilizou o legislador a estender sobre estes menores o manto da protecção que é apanágio daquelas ponderações do curador dos incapazes em matéria de crimes sexuais contra menores⁽⁶⁴⁾.

Atendendo, pois, a que é ao interesse do menor que é vítima que o MP tem de subordinar, nesta matéria, a sua actuação, bem se compreende que, a propósito do artigo 178.º/4 do CP, na redacção anterior à revisão de 2007, iniciado um processo penal por crime sexual contra

⁽⁶²⁾ ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 58], p. 594.

⁽⁶³⁾ Neste sentido, *idem*, pp. 593 e ss.; LOPES, José Mouraz, *alteração 01* [n. 59], pp. 120 e ss.; e PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], p. 47.

⁽⁶⁴⁾ Neste sentido, ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 58], p. 594.

menor, a título officioso, pelo MP, que para tanto ponderou os interesses da vítima, a oposição posterior, pelo seu representante legal, à continuação do processo, não dovesse operar qualquer efeito. Num modelo de processo como o que acolhamos, o MP, aquando da sua intervenção oficiosa nesta matéria, mais não faz do que agir de acordo com o que é melhor para a vítima. Tivesse a vítima capacidade para se queixar, ela própria, ponderando as vantagens e prejuízos que o processo penal lhe acarretaria, se teria queixado. Por isso, aceitamos a oposição à continuação do processo, nestes casos, quando feita pelo ofendido que entretanto perfaça dezasseis anos e que, numa avaliação dos seus interesses nesse momento, conclua que o que melhor os acautela é a extinção do processo-crime. Se, distintamente, é o representante legal que em momento posterior ao do início do processo penal pretende opor-se, já, de outro modo, não nos parece razoável atribuir relevância a esta oposição. Por um lado, porque a lei não vincula o representante legal a uma ponderação dos interesses do menor, prévia ao exercício do seu direito de queixa; por outro, porque caberá sempre ao MP, enquanto para tanto não estiver capacitado o menor, avaliar os benefícios do percurso criminal e, deste modo, cada trâmite processual continuará fundamentado no interesse da vítima, a que não pode sobrepor-se a vontade do representante legal ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ Neste mesmo sentido, ALBERGARIA, Pedro Soares de, «público» [n. 57], pp. 153 e 154; quanto à irrelevância, em geral, da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa, veja-se ANTUNES, Maria João, «irrelevância» [n. 57], pp. 323 e ss.; e quanto ao valor da oposição do menor com mais de dezasseis anos, em particular, também ANTUNES, Maria João, «oposição» [n. 57], pp. 21 a 37. Em sentido contrário, relativamente ao valor da oposição pelo representante legal, LOPES, José Mouraz, *alteração 01* [n. 59], p. 122.

Sobre este mesmo assunto, conta a jurisprudência nacional com o Ac. TRP, de 31 de Janeiro de 2001, relativo ao processo 0011239 e com Esteves Marques como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008). Todavia, na nossa opinião, embora o referido ac. decida, justamente a questão sobre que se debruçava, julgando pela irrelevância de uma desistência de queixa por parte de um representante legal, não acerta quando afirma peremptoriamente que “uma vez iniciado o procedimento criminal ... o seu prosseguimento deixa de estar na disponibilidade do ofendido ou de quem o representante”. Tal como adiantámos, no caso do ofendido que entretanto perfaça os dezasseis anos, nada parece sustentar que o MP se

Em 2007, o legislador esclarece definitivamente a natureza do interesse protegido pela intervenção oficiosa do MP. Assim, o artigo 113.º do CP passa a prever que “quando o procedimento criminal depender de queixa, o MP pode dar início ao procedimento no prazo de 6 meses a contar da data em que tiver conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa, ou o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime”. É claro o avanço nesta matéria trazido pela revisão de 2007. Mas, curiosamente, uma nova problemática emerge, parecendo que a norma que prevê a intervenção oficiosa deixa de estar voltada para o tema dos crimes sexuais, esvaziando a discussão em torno daquela legitimidade activa do MP nestes crimes.

Pela redacção de 2007 do CP, passam a ser públicos os crimes sexuais praticados contra menores, à excepção do de actos sexuais com adolescentes, que dependerá de queixa, salvo no caso de suicídio ou morte da vítima. Se, por um lado, somos sensíveis à necessidade de

sobreponha à sua vontade, pois que a partir desta idade, reunindo o menor o discernimento suficiente para se considerar que a sua oposição resulta de uma avaliação séria dos custos e benefícios do processo penal, a irrelevância dessa sua declaração redundará, na nossa opinião, não numa protecção aos seus interesses, mas numa desconsideração relativamente a estes.

A discussão não se alargava, bem é de ver, à intervenção oficiosa do MP quando o titular do direito de queixa fosse o agente do facto. Primeiro, porque deixou, em 2001, de falar-se desta excepção, tendo estes crimes passado a crimes públicos se a vítima fosse menor de catorze anos. Depois, porque para os menores entre os dezasseis e os dezasseis anos que estivessem nesta situação parece-nos que seriam de aplicar, de forma combinada, os artigos 113.º/5 e 178.º/4 do CP. Reconduzindo as especiais razões de interesse público de que fala o primeiro artigo aos interesses da vítima, tal como vimos defendendo, bem se compreende que só esta solução acautelaria a unidade e coerência jurídicas no propósito de protecção da vítima menor de dezasseis anos, que não tem ainda capacidade para, autonomamente, se queixar do crime.

Com a revisão de 2007 do CP, tudo quanto expusemos continua a relevar em matéria de crimes sexuais. No entanto, apenas em casos de crime de actos sexuais com adolescentes, de que não resulte suicídio ou morte da vítima. Só este crime se manterá com o carácter semi-público que é condição para a intervenção oficiosa do MP em nome do interesse do ofendido (arts. 173.º, 113.º/4 e 5 a e 178.º/2).

comprometer a sociedade na protecção dos menores vítimas destes crimes, por outro, não deixamos de tener um certo descontrolo histórico nas denúncias, com consequências para a protecção da intimidade, privacidade e estabilidade da vítima. Sucumbem, deste modo, todas as cautelas e receios que se mantinham quanto à melhor maneira de fomentar o saudável desenvolvimento da personalidade, ainda em construção, do menor. E dizer isto não assenta justamente numa mera preocupação com os prejuízos que um processo penal contra a vontade do menor pode acarretar para o seu desenvolvimento, mas aponta ainda na direcção de se poder estar a abandonar, nesta matéria, a vontade da vítima.

A intervenção excepcional do MP nesta matéria era feita com base em ponderações do interesse da vítima. Ao assumir-se a alteração na regra da natureza destes crimes estará a aceitar-se que é o interesse da vítima que justifica que se inicie sempre, mesmo contra a sua vontade, um processo-crime neste casos. Esta, no entanto, é uma certeza que ainda não alcançámos. A natureza semi-pública e as intervenções atípicas do MP, longe de serem uma opção arbitrária do legislador, suportavam apenas que o interesse da vítima menor poderia, algumas vezes, não caminhar no sentido do processo-crime⁽⁶⁶⁾. O que não se traduzia, de todo, numa tentativa de escamotear o problema. Entidades com competência em matéria de Infância e Juventude e Comissões de Protecção de Crianças e Jovens estavam já obrigadas, pela lei, a dar conhecimento ao MP das situações de perigo que configurassem crime e que se suspeitasse vitimizarem um menor⁽⁶⁷⁾. E aquela magistratura estava já apta a dar o impulso processual necessário para que a perseguição do agente operasse.

Tampouco se julgue que as reservas que impomos à consagração da natureza pública do crime sexual praticado contra um menor encontram eco em qualquer resquício de vontade de deixar impunes estes crimes. Somos totalmente favoráveis à perseguição do agente, apenas denegando essa posição perante um prejuízo que se mostre intolerável para

⁽⁶⁶⁾ ALBERTO, Isabel, CARMO, Rui do, GUERRA, Paulo, *conversa* [n. 58], p. 53.

⁽⁶⁷⁾ O artigo 70.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (L n.º 14/79), com a epígrafe "Participação dos crimes cometidos contra crianças e jovens", determina que "quando os factos que tenham determinado a situação de perigo constituam crime, as entidades e instituições ... devem comunicá-los ao MP..."

o menor e nos faça recuar. E, ainda assim, o que nos parece é que um sistema processual penal que estruturasse o processo⁽⁶⁸⁾ tendo como elemento fundamental a vítima e que garantisse um trabalho multidisciplinar de escora das suas declarações nos salvaguardaria de alguns receios desta mudança de paradigma do legislador de 2007. Mas enquanto não for esse o quadro em que a vítima se move, não granjeia a nossa confiança um modelo em que qualquer pessoa, desobrigada de qualquer tipo de ponderação, possa a qualquer momento interferir na esfera mais íntima do menor.

O legislador de 2007 alargou em excesso a mancha de crimes públicos, isto, claro está, atendendo à sensibilidade e melindre dos interesses em causa. Um exemplo pode ajudar a ilustrar este nosso entendimento: imagine-se um filme com a participação consentida de um menor com quinze anos, produzido unicamente para uso pessoal do produtor. Em virtude da alteração da idade para o consentimento válido e eficaz, operada no artigo 38.º/3 do CP, e que passa a ser dezasseis anos, presuimos que aquele menor não atingiu ainda a maioridade sexual. A conduta passou a ser punida pelo CP, o que faz com que estejamos perante um crime sexual contra o menor em causa. Este, porém, não considera que a conduta do agente tenha, de algum modo, ofendido a sua liberdade sexual. Mas, apesar disso, o crime é denunciado, por um terceiro — o vizinho do produtor. A este terceiro não se exige qualquer ponderação

⁽⁶⁸⁾ Sobre a complexidade do processo de recolha das declarações da vítima menor e a imprescindibilidade do tratamento multidisciplinar destas questões, sem o qual não há verdadeira protecção, veja-se SOEIRO, Cristina, «O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça», *Sub Judice*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, pp. 21 a 29; MAGALHÃES, Teresa, VEIRA, Duarte Nuno, «Vítimas de crimes sexuais. A intervenção médico-legal na investigação criminal», *Sub Judice*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, pp. 7 a 12; o valioso trabalho de parceria já citado de ALBERTO, Isabel, CARMO, Rui do, GUERRA, Paulo, *conversa* [n. 58]; e as indicações de HAVEZ, Jean-Yves, VANDERMEERSCH, Damien, «La parole de l'enfant face à celle de l'adulte: l'audition et la confrontation des mineurs d'âge victims d'abus sexuels», *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, sobretudo pp. 67 e ss. Finalmente, com expressa referência aos modelos de recolha de depoimento protegido do menor, gravado e filmado, relativamente ao qual se exerce posteriormente o contraditório, sem necessidade de sucessivas audições da vítima, leia-se MAZZONI, Giuliana, *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, sobretudo pp. 8 e ss.

sobre o interesse da vítima e, tratando-se de um crime público, o MP, tendo notícia do crime, fica obrigado à investigação dos factos. Aquele menor, ouvido, declara ter consentido na filmagem. Todavia, a sua declaração de vontade não reúne os pressupostos de validade e eficácia aptos a afastar a ilicitude da conduta do agente, *maxime* se entendermos que, a par da liberdade sexual, se protegem com a norma bens jurídicos que não estão na disponibilidade da vítima. Portanto, o processo continua.

O MP pode, é certo, em face de um caso assim, decidir que uma suspensão provisória do processo acautelará os interesses daquele menor. Não obstante, apesar de já não se exigir a inexistência de antecedentes criminais do arguido, os requisitos para a determinação do instituto são ainda muito estreitos, sobretudo se atendermos ao aumento de crimes públicos verificado. Suponha-se que a esse mesmo produtor foi anteriormente aplicada medida semelhante por outro facto da mesma natureza⁽⁶⁹⁾ e, perante esse enquadramento, a solução da lei é a acusação do agente pelo crime de pornografia de menores.

Podemos pensar na especial vulnerabilidade da vítima, ou na facilidade em aliciar, por meio de recompensas, o menor para estas práticas e tentar encontrar aí argumentos a favor da nova solução do CP, do paradigma dos crimes sexuais enquanto crimes públicos. Mas a verdade é que, verificando-se uma dessas situações, estaremos perante uma vontade viciada, que não será livre e esclarecida, e que, portanto, não releva, independentemente do critério da idade. Sempre que a vontade

⁽⁶⁹⁾ Atentos os artigos 176.º/1/b e c, 38.º/3 e 178.º/3 do CP e o artigo 281.º/7 do CPP. De referir apenas os lapsos decorrentes da última revisão daqueles códigos: os pressupostos para a aplicação do instituto da suspensão provisória de processo são mais exigentes pela norma do CPP, onde, distintamente do que acontece na previsão do CP, se exige que o arguido não tenha sido condenado anteriormente por crime da mesma natureza; a diferença de redacção das duas normas, na medida em que uma prevê que, reunidos os pressupostos da suspensão, o MP a “pode determinar” (art. 178.º do CP) e a outra adianta que aquela magistratura, nesse caso, “determina” a aplicação do instituto (art. 281.º do CPP). No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, «“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal — Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», *RLJ*, Ano 137.º, Coimbra Editora, Janeiro-Fevereiro de 2008, p. 147 (citado: «bruscamente»).

do menor não pudesse, efectivamente, relear, pelos vícios que a contaminassem, podiam desencadear o processo os seus representantes legais. Iniciativa essa que não deveria ser consequência automática da conduta do agente, antes se exigindo desses representantes que o impulso processual resultasse de uma ponderação dos interesses do menor, da sua especial vulnerabilidade e do grau de ofensividade da conduta do agente. Ninguém, além do menor, do seu representante legal (não envolvido no crime, por óbvio) ou do MP, nas vestes de curador dos menores, poderá aferir melhor da vantagem do processo-crime. Veja-se a hipótese de uma criança com sete anos, vítima de abuso sexual de crianças. Pela solução da lei anterior à revisão de 2007, este era um crime que previa a possibilidade da intervenção atípica do MP para dar início ao processo, se o interesse da vítima o impusesse. Ponderavam-se, como já vimos, no caso das vítimas com menos de dezasseis anos, as vantagens e prejuízos que um processo de natureza penal acarretaria ao menor e ao desenvolvimento da sua personalidade. O MP avaliava o interesse da vítima, mas apenas porque esta ainda não era capaz de o fazer, sendo que aquela avaliação já seria do menor se este tivesse completado os dezasseis anos e se encontrasse reunido o critério do discernimento para avaliar o seu interesse. Atendia-se ao carácter íntimo da decisão nestas hipóteses e considerava-se a possibilidade de um processo onde se rebuscam todos os pormenores do crime sexual poder significar apenas uma nova ofensa para a vítima. Só depois se decidia. A avaliação do interesse do menor fazia-se a montante do processo, diferentemente do que acontece nos casos de crime público. Ora, antes da revisão, o problema não ganhava a dimensão que hoje tem porque havia crime público apenas em se tratando de uma vítima menor de catorze anos e cabendo ao agente a titularidade do direito de queixa; só nessas hipóteses se diferenciava a fase de conclusão de inquérito a avaliação da vantagem na suspensão provisória do processo, mediante uma devida ponderação do interesse do menor, pelo MP⁽⁷⁰⁾.

O instituto da suspensão provisória do processo não pode confundir-se com qualquer meio de obviar aos constrangimentos da falta de pun-

⁽⁷⁰⁾ Sobre as particularidades desta suspensão provisória do processo, LOPES, José Mouraz, *alteração 01* [n. 59], pp. 124 e 125.

deração do interesse do menor para a existência de processo, provocados pelo carácter público dos crimes e, por isso, será fraco remedeio das consequências deste seu carácter público. A verdade é que as alterações em matéria de natureza dos crimes produzem um enquadramento decisório distinto do que existia. Actualmente, quando não haja agravação pelo resultado, o MP pode determinar a suspensão provisória do processo até cinco anos, tendo em conta o interesse da vítima. Mas, para que esta suspensão possa ser aplicada, além da necessária concordância do juiz de instrução e do arguido, não pode ainda ter sido aplicada a este, anteriormente, medida similar por crime da mesma natureza. O que se verifica, enfim, é que o núcleo decisório não está apenas no interesse da vítima, mas também nas características do agente e na vontade deste. O agente *A* comete um crime sexual contra o menor *B*. Atendendo ao interesse da vítima, o MP decide pela suspensão do processo. Mas se o mesmo agente *A* comete outro crime sexual contra a vítima *C* e depois contra *D* e mais à frente contra *E*, o interesse destas vítimas deixa de ter qualquer relevância. O MP, em nosso entender, deve ainda avaliá-lo — deve avaliar sempre, em todos os casos, este interesse —, mas essa avaliação não produzirá qualquer efeito, o que não pode merecer o nosso aplauso. Ainda que a ponderação feita dite que para aquele menor a vantagem de um processo penal não supera o custo da intromissão na sua esfera de intimidade, podendo ter consequências irreversíveis no desenvolvimento da sua personalidade, o processo terá de prosseguir por já não estarem reunidas todas as condições para a suspensão provisória.

A dimensão do problema era efectivamente outra. A regra era sopesar o interesse da vítima antes da existência de processo e os casos em que este corria sem ter havido aquela ponderação dianteira, por se tratar de crime público, eram, assim, muito menos. Aliás, não nos parece sequer que a solução que estava prevista no artigo 178.º/1/b 2 e 3 do CP possa de algum modo servir como móbil para a alteração produzida pela revisão de 2007. Aquela era uma solução para um caso muito específico, onde sobreviviam, enquadrando as preocupações relativamente ao menor, interesses supra-individuais que apontavam no sentido do grande desvalor da conduta praticada por quem deveria, em princípio, assumir-se também como garante dos interesses da vítima. A natureza do crime em abstracto não se alterava. O que se alterava era a natureza do

crime em concreto, mediante a comunhão de dois factores cumulativos: a idade da vítima e o facto de o agente ser, simultaneamente, o titular do direito de queixa. O crime sexual contra as crianças mantinha-se como crime cujo impulso e continuidade de processo se faziam depois de ponderações sérias de interesses, pelo que os constrangimentos do intuito da suspensão tinham aqui necessariamente pouco eco⁽⁷¹⁾.

Um fortíssimo argumento a favor da alteração da natureza de alguns dos crimes sexuais contra menores foi a necessidade de adoptar no ordenamento jurídico interno as regras da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, cujo artigo 9.º/1 estipula que “cada Estado-Membro deve determinar que as investigações ou a instauração de procedimento penal por infracções abrangidas pela presente Decisão-Quadro não dependem de denúncia ou queixa por uma pessoa que tenha sido vítima da infracção...”. Não obstante, já pelo CP português se permitia a iniciativa processual pelo MP desacompanhado de qualquer queixa do representante legal do ofendido quando o interesse deste o justificasse. Esta solução só não era possível quando o menor tivesse mais de dezasseis anos. Mas a especial protecção à vítima em razão da sua menoridade parece esbater-se à medida que esta vai ficando mais velha e, consequentemente, em situações normais, mais capaz de, por si mesma, exercer os seus direitos.

A alteração do Código conduziu a que, independentemente de qualquer ponderação, os crimes sejam em regra públicos e a protecção ao menor seja alheia à sua idade. Os estádios de tutela dos seus interesses desaparecem para dar lugar a uma nova concepção de protecção de todo o sujeito menor, seja qual for a sua idade. Por isso, pode dizer-se que a nova solução alarga o leque de credores da “função de protecção penal das crianças e dos jovens até certos limites de idade”⁽⁷²⁾. Mas

⁽⁷¹⁾ No mesmo sentido, sobre o alargamento excessivo da mancha de crimes públicos e a inoperância do instituto da suspensão provisória enquanto meio de obviar aos recelos causados, leia-se ANDRADE, Manuel da Costa, «bruscamente» [n. 69], pp. 144 a 147.

⁽⁷²⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, «Nótitula antes do art. 163.º», in Comentário Conitribucense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 442.

não deixa de ser igualmente verdade que, por outra via, no entanto, lhes restringe esta protecção, permitindo que a ponderação da valia do processo-crime deixe de centrar-se no superior interesse da vítima ⁽⁷³⁾. Não podem bastar os argumentos que se prendem com a dificuldade que enfrentam alguns menores com mais de dezasseis anos em denunciar os crimes, *maxime* quando praticados em contexto intra-familiar, dada a vulnerabilidade afectiva e económica diante do agente. Às dificuldades inerentes ao processo iniciado por um menor naquelas circunstâncias não pode obviar a natureza pública do crime, mas antes uma aposta das diversas ciências sociais na formulação de um modelo de processo cada vez menos agressivo e mais compensador para a vítima. A esta, não basta que o agente seja condenado. É preciso assegurar-lhe suporte psicológico, social e material que lhe permita aceitar que se o caminho passa pela denúncia não há razão para não o percorrer. Ou seja, em se dando passos no sentido de efectivar a titularidade do direito de queixa pelos maiores de dezasseis anos, deixará de ser necessário que outrem assuma o impulso do processo.

Com a revisão de 2007, assistimos a uma proliferação de condutas punidas. Relativamente a muitas delas, todavia, não é despiciendo considerar que a liberdade sexual do menor não sofre uma efectiva lesão, sendo outro o bem jurídico que o legislador quer proteger. Desse objetivo não pode, contudo, arredar-se o pressuposto de que o menor é hoje um sujeito autónomo de direitos ⁽⁷⁴⁾. Por isso, protegê-lo exige também considerações acerca da evolução da sua maturidade sexual e da sua progressiva capacidade para fruir, positivamente, a sua liberdade. Nos casos de vítimas com mais de catorze anos, e atento o vasto leque de incriminações previstas no nosso CP, não é inócua a possibilidade de denúncias que obrigarão a processo penal sem que o menor, no entanto, tenha, de algum modo, sentido a sua liberdade sexual ofendida. Mas se

⁽⁷³⁾ Sobre a função específica de protecção da vítima, associada ao instituto da queixa, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Editorial Notícias, 1993, pp. 667 e 668 (citado: *consequências*).

⁽⁷⁴⁾ Facto, aliás, que o legislador também não tem desconsiderado. Hoje não se fala mais em poder paternal, mas em responsabilidades parentais, por exemplo. O menor não é dos pais, nem da sociedade. O menor é dele próprio. E aceitar isto significa aceitar que respeitá-lo é não decidir por ele já pode decidir por si.

o crime é público, qualquer pessoa pode denunciá-lo, sujeitando, logo aí, o menor a uma consequência indesejada. Não cultivamos qualquer intollerância ao processo e percebemos que a sua articulação com outros ramos do saber, designadamente a psicologia, pode bem obviar à carga negativa da sua *ultima ratio*. Mas isso não nos impede de continuar a defender que a regra da natureza pública dos crimes não traz vantagem. Com efeito, a lei previa já, no plano dos mecanismos de protecção, que todas as pessoas têm o dever de comunicar as situações de perigo em que se encontre um menor e que ao conhecimento de uma situação que configure crime, por parte de uma instituição de base ou de uma Comissão de Protecção, está associado um dever de comunicação ao MP. Tomando conhecimento do crime, o MP procedia às diligências necessárias para fazer uma triagem dos falsos positivos relativamente aos casos de indício forte de crime. A investigação partia já de uma base mais ou menos sólida e consistente e embora não fossem inéditos casos de falso abuso sexual, por exemplo, a verdade é que era possível, em algumas situações, com auxílio de relatórios sociais, anteciper essa inverosimilhança e o processo propriamente dito.

Existindo indícios fortes de crime, não deixa também de ser importante considerar que, algumas vezes, o interesse da vítima pode, efectivamente, por si só, justificar a ausência de processo, porquanto esta pode preferir “o esquecimento e o recato perante a afronta recebida” à “persegução do crime, com a consequente publicidade ou mesmo escândalo” ⁽⁷⁵⁾. Sabendo ainda que os crimes públicos são aqueles em que o legislador assume que se tutela um bem jurídico tão essencial à sociedade que não pode deixar-se na disponibilidade da vítima e dos seus representantes a iniciativa processual, impõe-se, todavia, não esquecer o problema da vítima secundária em face de processos forçados ⁽⁷⁶⁾. É bem de ver que

⁽⁷⁵⁾ Razões para uma natureza semi-pública dos crimes em GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado. Legislação Complementar*, 18.ª ed., Almedina, Setembro de 2007, p. 660 (citado: *CP anotado*); e ainda em ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 58], p. 596.

⁽⁷⁶⁾ Neste sentido, ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 58], p. 596; e ISASCA, Frederico, «O projecto do novo Código Penal (Fevereiro de 1991). Uma primeira leitura adjectiva», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 1, Aequitas, Editorial Notícias, Janeiro-Março de 1993, p. 93.

assumi-lo significa aceitar que ao direito processual penal se está a impor o ónus de ceder por incapacidade de acção de outros ramos das ciências sociais e da própria acção penal que, combinados com ele, deveriam garantir que, havendo crime, deve haver a perseguição do agente, sem aquelas preocupações. Mas a realidade mostra que este cenário não existe ainda. E é com base na realidade presente que tem de perspectivar-se o crime e a sua perseguição. Entender que a perseguição penal é justificada em casos assim, em que o menor se mostre cada vez mais exposto e vulnerável à medida que o processo se desenrola, parece-nos uma subversão das finalidades de protecção da sua pessoa.

O direito de queixa exercido pelo ofendido continuou, com a revisão de 2007, a exigir os dezasseis anos daquele. Nos casos em que o ofendido tenha menos de dezasseis anos ou não possa discernimento para entender o alcance e o significado do exercício deste direito, o direito de queixa pertence ao seu representante legal, sendo que, nestes casos, o MP pode sempre dar início ao procedimento nos seis meses a contar do conhecimento dos factos e dos autores e se a isso aconselhar o interesse do ofendido. Porém, resistia a necessidade de acautelar os interesses das vítimas menores de dezasseis e cuja vontade de prosseguir criminalmente contra o agente do crime não tivesse sido avaliada: ou por inércia do representante legal e desconhecimento do MP, ou por constrangimentos, da parte deste, de que não era do interesse do menor levar por diante um processo-crime.

Para dar resposta aos casos em que o direito de queixa se extingue, não por vontade da vítima, mas porque, não tendo esta capacidade para se queixar, tenha surgido um daqueles constrangimentos, o CP prevê que o menor que é ofendido antes de perfazer dezasseis anos possa ainda apresentar queixa quando atinja aquela idade (art. 113.º/6). Exceptuando a regra geral da extinção do direito de queixa nos seis meses após o conhecimento dos factos e dos seus autores, o Código admite uma tutela diferida do interesse do menor vítima e da sua vontade de avançar criminalmente contra o agente do crime. A solução parece-nos absolutamente acertada, sobretudo porque eleva a interesse superior a vontade da vítima e o respeito pelo que esta considera ser o melhor para si. E apesar de estar traçada para todos os crimes que não sejam públicos e que tenham como vítima um menor, esta solução bastaria, quanto a nós, para evitar a alteração do paradigma da natureza dos crimes sexuais

contra menores, relativamente à qual já manifestámos algumas reservas. Considerando a possibilidade que se dá ao ofendido de apresentar queixa depois de perfazer os dezasseis anos, parece-nos que aqueles crimes sexuais poderiam manter-se com a natureza que conheciam. Deste modo, não só estaria sempre acautelado o interesse do menor em prosseguir criminalmente contra os agentes do crime, como, por outra banda, se evitaria a aleatória espiral de denúncia que tememos. A opção do legislador foi, no entanto, num sentido diferente. A sua concepção de protecção da vítima menor exigiu a configuração de crimes públicos para a regra dos crimes sexuais contra menores. Isso, apesar de restar claro, pelo desenho dos prazos para a apresentação da queixa, que a vítima poderia sempre queixar-se depois de perfazer dezasseis anos, fazendo justiça ao seu interesse.

A solução que nos parecia mais equilibrada seria a da manutenção da natureza semi-pública dos crimes, combinada com as excepções da intervenção atípica do MP sempre que o interesse da vítima o justificasse e com a possibilidade de esta, completando os dezasseis anos, ainda se queixar. Dizer isto não nos impede de continuar a reconhecer a utilidade da previsão de o menor vítima poder apresentar queixa depois de perfazer dezasseis anos. Não descaramos que, apesar do carácter público que passam a ter os crimes sexuais contra menores em geral, a norma não foi criada apenas para os crimes sexuais. Nem descaramos que, mesmo naqueles crimes sexuais, subsiste ainda o crime semi-público de actos sexuais com adolescentes, em que este caminho pode, efectivamente, conduzir à justiça. Pense-se num crime de acto sexual com adolescente de catorze anos, em que o representante não exerce o direito de queixa e o MP não tem conhecimento dos factos. Acautelam-se os interesses da vítima ao permitir-lhe apresentar queixa “fora de prazo”. Nestes casos, o legislador deu à vítima menor dois anos e meio para exercer o seu direito de queixa, estabelecendo que este se extingue no prazo de seis meses a contar da data em que perfizer dezoito anos, subordinando a opção legislativa à ideia do especial dever de protecção relativamente aos menores. Assim, todos os crimes não públicos praticados contra menores, sexuais ou outros, passam a poder ser perseguidos até seis meses depois de a vítima completar a maioridade (arts. 113.º/6 e 115.º/2 do CP). A revisão conferiu às vítimas que perfaçam dezasseis anos a faculdade de requererem que seja posto termo aos processos iniciados por

queixa do representante legal ou por impulso do MP (art. 116.º/4 do CP). Ora, atendendo não só a que antes dos dezasseis anos deixa de reconhecer-se validade e eficácia ao consentimento dos menores, mas também ao facto de os crimes sexuais praticados contra estes passarem, em geral, a ser crimes públicos, esta inovação poderia traduzir o reconhecimento, na prática, da maioridade sexual progressiva do menor. Todavia, não basta o requerimento do menor para que o processo seja arquivado, não podendo falar-se num paralelo quanto à relevância da sua oposição em face do anterior artigo 178.º/4 do Código. E, por outro lado, esta facilidade surge vocacionada para os crimes semi-públicos e, dentre os crimes sexuais contra menores (vítimas com menos de dezoito anos), já notámos, só um manterá esta natureza.

Finalmente, ficou estabelecido em 2007 que “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” (art. 118.º/5). A esta diliação da responsabilidade criminal no tempo, geradora de incerteza e insegurança jurídicas, não estão, por certo, alheias as considerações do Estado-legislador sobre o bem jurídico tutelado nestes crimes e a necessidade da sua protecção. Pensada para impedir, por exemplo, que uma criança vítima de abuso sexual aos quatro anos e que só o “denuncie” aos quinze⁽⁷⁷⁾ veja prescrito o procedimento criminal, esta opção parece-nos, no entanto, demasiado comprometida com desconfianças e medos que alguns casos mediáticos têm causado. E o direito criminal não pode ser um direito perspectivado à medida dos anseios da comunidade. Pelo contrário — no direito penal há-de sobretudo encontrar-se a “serenidade conformadora que leva à justiça e que, de certa maneira, só o ‘tempo’ pode dar”⁽⁷⁸⁾. Se negamos ao tempo esta característica apaziguadora, podemos bem não a recuperar em mais lado nenhum. Como oportunamente sublinha Faria

(77) Estamos perante um crime público e, portanto, não há prazo para além do da prescrição para que possa prosseguir-se criminalmente.

(78) COSTA, José de Faria. «O direito penal e o tempo. Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição», in COSTA, José de Faria, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Editora, 2005, p. 173 (citado: *linhas*).

Costa, “as relações entre o tempo e o direito ... encontra[em] o seu equilíbrio em quatro específicos momentos: a) o tempo da memória que liga o direito ao passado; b) o tempo do perdão que o desliga do passado quando isso for necessário; c) o tempo de promessa que o liga ao futuro; e d) o tempo de o questionar para permitir desligá-lo (do passado) quando tal se impuser”⁽⁷⁹⁾.

Na nossa opinião, mais justo seria prever que o procedimento criminal não pudesse extinguir-se, por prescrição, em casos de crimes sexuais contra menores, antes dos dezoito anos do ofendido⁽⁸⁰⁾. Nestes termos, o menor teria sempre os prazos gerais da prescrição para denunciar e, quando se tratasse de crime sexual, veria ainda salvaguardadas as hipóteses em que seria de supor a prescrição, mas em que, por uma questão de protecção às crianças e aos jovens, não haveria extinção do procedimento por prescrição antes dos seus dezoito anos, “limite máximo, para além do qual já não se justifica uma especial protecção dos direitos humanos ... em razão da idade da pessoa”⁽⁸¹⁾. E assim se harmonizariam o objectivo desta especial protecção dos menores e os fundamentos que ditaram os prazos gerais da prescrição. Basta recordar Figueiredo Dias quando este se refere ao despropósito da punição num momento em que se assista já à “estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias, já apaziguadas ou definitivamente frustradas”⁽⁸²⁾.

(79) OST, François, *apud* COSTA, José de Faria, *Nogões Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris penalis)*. Introdução, Coimbra Editora, 2007, pp. 83 e 84 (citado: *fragmenta*).

(80) Ou, no máximo, dos seus dezanoove anos e meio, que é o prazo limite para que se interrompa a prescrição, pela constituição de arguido (em doze meses: arts. 121.º/1a do CP e 57.º/1, 276.º/2/c e 215.º/3 do CPP), atento o prazo legal dado ao menor para denunciar crimes de que tenha sido vítima antes de atingir a maioridade (até aos dezoito anos e seis meses: arts. 113.º/6 e 115.º/2 do CP).

(81) ANTUNES, Maria João, «Incriminações» [n. 13], pp. 64 e 65.

(82) Desenvolvidamente sobre a prescrição, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *consequências* [n. 73], pp. 698 e ss.

CAPÍTULO II
OS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS
PELAS INCRIMINAÇÕES SEXUAIS

4. DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES PARA OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE

A incriminação das condutas sexuais surgiu no âmbito dos crimes de ofensa aos costumes, ao pudor e à moralidade sexual da sociedade e sem necessidade de afronta a uma vítima em concreto ⁽⁸³⁾. Por crimes contra os costumes entendiam-se, numa perspectiva estrita do conceito, as tipificações do CP de 1886 de ultraje público ao pudor e de ultraje à moral pública e, numa visão lata da designação, o amplo “conjunto de infracções penais que têm em conjunto a sua estreita relação com a vida sexual e as normas morais que a regem numa certa colectividade e em dado momento histórico” ⁽⁸⁴⁾ — ou seja, os crimes contra a moralidade e os costumes sexuais. Pelo facto de se estar perante incriminações relativas a um específico pudor e moral, paulatinamente se foi substituindo o conceito de crimes contra a honestidade e contra os costumes pelo designativo de crimes sexuais. A mudança de paradigma do bem jurídico protegido, porém, não acompanhou esta evolução na denominação dos tipos e só depois da revisão de 1995 pode efectivamente falar-se numa alteração da concepção daquele bem jurídico.

A categoria dos crimes contra os costumes cedo gerou algumas perplexidades. Figueiredo Dias ⁽⁸⁵⁾ questionava a oportunidade de, em

⁽⁸³⁾ Detidamente em MOTA, J. Carmona da, «Dos crimes sexuais», *RMP*, Ano 4, Vol. 14, Julho de 1983, pp. 9 a 52 (citado: «crimes sexuais»).

⁽⁸⁴⁾ Dias, Jorge de Figueiredo, «costumes» [n. 1], p. 1371.

⁽⁸⁵⁾ *Idem*, pp. 1373 a 1376.

termos dogmáticos, se punirem condutas por referência a bens jurídicos universais, como o pudor e a moral públicos, em vez de outros, pessoais, como a liberdade sexual; e destacava a importância da mudança quanto ao bem jurídico protegido pressupor uma diferenciada localização sistemática dos tipos, que entendia não deverem estar na parte dos crimes contra a vida em sociedade ou os seus fundamentos éticos, mas antes no espaço dos crimes contra as pessoas. Por outro lado, o autor não deixava de fazer ainda referência à complexidade que, do ponto de vista político-criminal, a protecção de bens jurídicos como a moral ou o pudor impõe. Freqüentes ajustes nas incriminações derivavam automaticamente da evolução das concepções morais da sociedade (86), surgindo como momentos de descriminalização e despenalização (87) e fonte de alguma instabilidade criminal. Assim, as constantes mutações do que é a moral em determinada sociedade e dado momento histórico, mas também uma embrionária discussão em torno da legitimidade do direito penal para regular a vida das pessoas à luz da moral, acenderam os holofotes sobre a necessidade de se transformarem os crimes contra os costumes

(86) Sobre a imprescindível consideração do tempo-espaço de cada conduta na apreciação do seu valor ou desvalor, veja-se MOTA, J. Carmona da, «crimes sexuais» [n. 83], pp. 50 e ss.

(87) Conforme resulta da explanação de NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, pp. 75 e ss. (citado: *direito penal sexual*).

Acompanhamos Faria Costa na distinção entre descriminalização e despenalização. Assim, estaremos perante uma descriminalização quando o legislador decidir excluir determinada conduta do âmbito das proibições da “ciência do direito penal total” (por oposição ao fenómeno da neocriminalização, que incorpora novas condutas proibidas naquele âmbito) e em face de uma despenalização quando, distintamente, um crime passa a contra-ordenação, uma vez que a conduta deixa de ser punida pelo direito penal em sentido próprio, mas mantém um juízo de proibição ao nível daquela “ciência do direito penal total”. Relativamente à despenalização é ainda possível, na perspetiva do autor, e que acolhemos, distinguir a despenalização propriamente dita, a que nos referimos, da despenalização relativa, que ocorre por força do abaxamento da moldura penal abstracta de uma conduta criminosa, num juízo de menor censura penal para o crime. Assim, COSTA, José de Faria, *fragmenta* [n. 79], pp. 45, 46 e 86. Em sentido contrário, fazendo coincidir os termos descriminalização e despenalização, CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 178 e ss.

em verdadeiros crimes sexuais — aqueles que ofendem ou ponham em perigo bens jurídicos pessoais. Aliás, quanto ao problema dos crimes sem vítima, logo em 1983, no rescaldo da versão originária do actual CP, já Carmona da Mota alertava para o “papel e ... limites do direito penal numa sociedade democrática... [e para a] natureza fragmentária e subsidiária do direito penal, e ... insucesso, impopularidade e contra-produção (disfuncionalidade social) da intervenção dos códigos penais no domínio dos crimes sem vítima (ou vítima voluntária...)” (88).

Bem se sabendo que ao direito penal cabe a tutela de bens jurídicos, adensou-se a noção de que nesses não devem caber nem a moral, nem o pudor, nem os bons costumes de uma sociedade, antes se pugna por um figurino liberal do código, potenciador da pluralidade de formas de auto-realização de cada sujeito (89). Na realidade, à luz das concepções modernas do que deve ser o direito penal e o seu papel na regulação da vida, não se lhe reconhece legitimidade para punir qualquer conduta humana com base em concepções puramente moralistas. Não aceitar este desígnio traz muitas dificuldades, desde logo a de decidir que moral deve regular o nível de intervenção penal. Vivemos, na actualidade, em sociedades cada vez mais plurais, onde são perceptíveis diferentes códigos de moralidade e pudor, não parecendo fecundo o esforço de erigir apenas um deles a código moral acertado. Desde logo porque isso será revelador de uma atitude redutora, e, em certa perspetiva, intolerante, previsivelmente apartadas de um Estado de Direito Democrático.

O direito penal deve intervir para regular a vida em ordem à protecção da pessoa, dos seus direitos e liberdades, mas respeitando sempre o livre arbítrio do cidadão. Por isso, é sinal de maturidade do pensamento do legislador penal intervir despojado de inspirações morais (90).

(88) MOTA, J. Carmona da, «crimes sexuais» [n. 83], p. 17.

(89) Assim, NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *direito penal sexual* [n. 87], pp. 89 e ss.

(90) ROMANO, Augusto, «Tutela penale della libertà sessuale quale interesse primario della persona», *JUS, Rivista di scienze giuridiche*, Anno XLIII, 3, Setembro-Dicembre 1996, p. 415 (citado: «interesse»); e Dias, Jorge de Figueiredo, «O Código Penal português de 1982 e a sua reforma», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2-4, Acquiñas, Editorial Notícias, Abril-Dezembro de 1993, pp. 165 (citado: «reforma 82»).

Alguns autores foram categóricos neste afastamento da legitimidade do direito penal para regular a vida das pessoas de acordo com qualquer moral ou pudor. Roxin esclareceu que “ao legislador falta em absoluto a legitimidade para punir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da sua imoralidade”. No mesmo sentido, Morris e Hawkins sublinharam que, “do ponto de vista do direito penal, cada pessoa tem o inalienável direito a ir para o inferno à sua própria maneira conquanto que não lese directamente a pessoa ou propriedade alheias [e que] o direito penal não é o instrumento indicado para impor aos outros a recitação de vida”⁽⁹¹⁾.

Mas então, como encontramos o núcleo de bens jurídicos dignos de tutela penal? O bem jurídico digno de tutela penal encontra-se por referência a uma matriz constitucional de regulação social, a cuja orientação material está subordinada a “actuação do legislador ordinário aquando da criminalização de um determinado comportamento”⁽⁹²⁾. Só a Constituição pode ser âncora da intervenção legislativa ordinária, porquanto é ali aceite e vertido, como em mais lado nenhum tão perfeitamente, “o projecto social que uma dada comunidade visa realizar”⁽⁹³⁾. A partir daqui, importa apurar a legítima intervenção do legislador ordinário por referência à Constituição, em termos concretos, ou seja, saber se é *præius* da intervenção penal o comprometimento constitucional com a essencialidade do bem jurídico proposto.

A decisão quanto à relevância em concreto do acolhimento constitucional dos bens jurídicos dignos de tutela penal exige-nos a pondera-

⁽⁹¹⁾ APUD ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 387 (citado: *consentimento*).

⁽⁹²⁾ COSTA, José de Faria, *Direito Penal Especial. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004, p. 28 (citado: *problemas*).

⁽⁹³⁾ *Idem*, p. 29. Sobre a legitimação do direito penal, veja-se também ANDRADE, Manuel da Costa, «Constituição e direito penal», in *A justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Novembro de 1997, pp. 198 a 208 (citado: «constituição e direito penal»); e ANDRADE, Manuel da Costa, «Constituição e legitimação do direito penal», in *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2004, pp. 51 a 62.

ção de duas vias de pensamento. A primeira, veiculada entre nós sobretudo na obra de Figueiredo Dias⁽⁹⁴⁾ e Conceição Cunha⁽⁹⁵⁾, a segunda, uma porta aberta por Faria Costa. Assim, para a primeira linha de pensamento, é defensável uma vinculação constitucional dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal. Porém, esta deve ser contida, isto é, não numa lógica de vinculação estrita, ou, mais, literal, em que a previsão do direito penal se subordina a uma primeira abordagem do bem jurídico, na Constituição, mas antes por meio da aceitação de uma constituição material legitimadora da lei penal. E, deste modo, porquanto aceita, numa relação de mútua referência, a protecção não só dos bens jurídicos já expressamente acolhidos no seu seio, mas também aqueles que sejam implícitos e pressupostos das opções de fundo da Constituição. Hoje, porém, entendemos que já não é suficiente aceitar aquela ligação entre uma Constituição de referência e um direito penal de concreta interferência. Na realidade, como sustenta Faria Costa⁽⁹⁶⁾, a actualidade conhece uma pluralidade de ordenamentos superiores, não podendo já falar-se com exacta propriedade de um sistema piramidal do ordenamento jurídico. A última revisão do CP português, por exemplo, foi, na matéria que nos ocupa, impulsionada por uma Decisão-Quadro comunitária. Por esta razão, e também por aquela outra adiantada pelo autor, que se prende com a impossibilidade de o texto constitucional e até mesmo a constituição material acompanharem o dever constante da vida, somos levados a perfilhar a ideia de uma certa autonomia comprometida entre o ordenamento jurídico-constitucional e o penal.

A moral não é, bem se entende, valor alheio das concepções de política criminal. Como afirma Figueiredo Dias, “contra a moral, a moralidade ou os bons costumes ... se dirigem, em certo sentido, *todos*

⁽⁹⁴⁾ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, pp. 47 e 48.

⁽⁹⁵⁾ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Estudos e Monografias, Porto, Universidade Católica Portuguesa — Editora, 1995, pp. 196 e ss. (citado: *constituição e crime*).

⁽⁹⁶⁾ COSTA, José de Faria, *problemas* [n. 92], pp. 31 e ss.; e, detidamente, COSTA, José de Faria, *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, 2000, pp. 188 e ss. (citado: *perigo*).

os crimes” (97). E nem a evolução e modernização penal erradicam em absoluto esta realidade. A decisão de punir determinada conduta, mesmo em referência a bens jurídicos pessoais e à consagração constitucional, bebe no *modus vivendi* da sociedade em que se insere algum fundamento. A moral não pode é, por si mesma, condicionar direitos e liberdades individuais, antes devendo regular-se o quotidiano humano por uma promoção da liberdade e individualidade tão lata quanto o permita a convivência pacífica. Em acrescento, a consideração do direito penal enquanto verdadeiro direito de *ultima ratio* exige não descurar uma auto-responsabilização de cada indivíduo pelas suas condutas, mesmo quando estas se encontrem subtraídas de criminalização (98). De facto, parece óbvio que o sacrifício da vontade do indivíduo deva ser reduzido ao mínimo indispensável, razão pela qual apenas as condutas mais graves, que “provocam danos em pressupostos essenciais da convivência social”, podem dizer-se legitimamente punidas pelo direito penal (99).

A lógica fragmentária (100) do direito penal ajuda-nos na compreensão da limitação da sua área de intervenção. Só atendendo aos bens jurídicos protegidos se aferirá a legitimidade da intervenção do poder coactivo do Estado sobre a pessoa em concreto, sendo elevada a tensão entre as esferas de intervenção criminal justificada e de realização da liberdade individual, irrefutável mote de dúvidas na assunção de um ou outro destes valores em primazia, tendo em vista a justiça da proibição. A norma penal imiscui-se na esfera do indivíduo como limite à manifestação da sua liberdade total. Aceite-se que esse é o papel das normas,

(97) Dias, Jorge de Figueiredo, «costumes» [n. 1], p. 1371.

(98) NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *direito penal sexual* [n. 87], p. 23.

(99) *Idem*, pp. 71 e 140 e ss.; e ainda ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], p. 485; e CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *consistência e crime* [n. 95], pp. 347 e ss.

(100) NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *direito penal sexual* [n. 87], p. 99. Detidamente, COSTA, José de Faria, *perigo* [n. 96], pp. 252 e ss.; COSTA, José de Faria, «O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo», in COSTA, José de Faria, *linhas* [n. 78], pp. 9 a 26; e, sobre a fragmentaridade e a interpretação do tipo legal de crime na ponderação dos limites do direito penal, COSTA, José de Faria, «Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?», *RLJ*, Ano 134, N.º 3933, Abril de 2002, sobretudo pp. 361 e ss.

penais e outras, o que não afastará ainda a necessária cautela com a compressão operada pelo poder coactivo máximo do Estado, materializado na criminalização de determinada conduta. Assim sendo, só um critério que privilegie a incriminação das ofensas mais intoleráveis e só aos bens jurídicos dignos daquela intervenção permite potenciar, por outro lado, a liberdade de cada indivíduo. Esse é, inquestionavelmente, um não menos digno objectivo do direito penal — evitar que, em nome da protecção da liberdade de uma determinada pessoa, se sacrifique, paradoxalmente, a liberdade dessa mesma pessoa (101).

Logrado o esforço de punir apenas as condutas mais graves de ofensa aos bens jurídicos mais essenciais da sociedade, estaremos no caminho, não só da realização garantística do máximo de liberdade, mas também da segurança que se exige do direito penal. Principalmente, porque a “afirmação inequívoca do espaço de liberdade de cada um — de liberdade de comportamentos e de atitudes, pois é essa que conta no contexto da vivência comunitária — só é verdadeiramente actuante se se conceber e agir reflexivamente a partir de um campo de comportamentos definidos como livres” (102), acrescentemos, através de uma análise invertida dos comportamentos proibidos.

Em 1995, em atitude profundamente aplaudida por nós, como decorrência do que vai dito, finalmente, “a liberdade sucede aos bons costumes” (103) como bem jurídico paradigma da protecção penal em sede de

(101) ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], p. 395.

(102) COSTA, José de Faria, *fragmentação* [n. 79], pp. 25 e 26.

(103) BELEZA, Teresa Pizarro, «legitimação» [n. 39], p. 110; e, entre outros, sobre a reforma, ANDRADE, Manuel da Costa, «Sobre a reforma do Código Penal português — Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular», *RPPC*, Ano 3, Fasc. 2-4, Aquitias, Editorial Notícias, Abril-Dezembro de 1993, sobretudo pp. 434 e ss.; e Dias, Jorge de Figueiredo, «reforma 82» [n. 90], pp. 161 a 195.

Em face da perplexidade de apenas há bem poucos anos se ter logrado um Código despojado de concepções moralistas, veja-se não termos penado sozinho na caminhada empreendida. Mesmo quando a doutrina e a jurisprudência já ditavam a personalização do bem jurídico protegido, a Itália, por exemplo, continuava, na redacção legal, a tratar os crimes sexuais como crimes contra a moral pública e os bons costumes. Só pela L. de 15 de Fevereiro de 1996, n.º 66, é que se deu, naquele país, a transformação do paradigma da criminalidade sexual na perspectiva da letra legal. Sobre esta alteração em Itália, leia-se ROMANO, Augusto, «interesse» [n. 90], pp. 415 a 422; e BERTOLINO,

crimes sexuais, e também em sede de crimes sexuais contra menores. Independentemente da idade da vítima, restou claro que em matéria sexual só a liberdade e a autodeterminação sexuais são bens jurídicos dignos da intervenção protectoria de um direito de *ultima ratio* como o direito penal ⁽¹⁰⁴⁾. A liberdade pessoal de cada um limita necessariamente a intervenção punitiva do Estado. Aceitam-se condutas que, praticadas dentro de uma esfera de intimidade sexual, não ofendam terceiros, ainda que em abstracto possam dizer-se contrárias à moral e ao pudor público dominantes. Desloca-se o bem jurídico de um patamar de protecção de bens comunitários para a esfera pessoal de cada sujeito. São punidas as condutas que ofendem a liberdade individual sexual de um sujeito e não aquelas que em abstracto se reconduzam a um desvalor moral. A intervenção penal fica comprometida com os interesses de cada cidadão e não com a concepção geral da comunidade relativamente à moral e ao pudor e passamos a ter crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual da pessoa.

4.1. Particularidades da evolução do tratamento da homossexualidade de menores

O tratamento jurídico que a legislação penal portuguesa concedeu à homossexualidade até 1982, com demissão quanto à previsão de um tipo específico, era notado como um inequívoco sinal de tolerância sexual ⁽¹⁰⁵⁾. Apesar disso, o CP de 1982, na linha do que perfilhava o Anteprojecto de Eduardo Correia, passou a prever a incriminação da homossexualidade, notando muito embora que esta não devia, em abstracto, considerar-se il-

Marta, «Reati contro la moralità pubblica e il buon costume. Delitti contro la libertà sessuale. Violenza carnale. Valutazione delle dichiarazioni rese dalla persona offesa in assenza di riscontri oggettivi della condotta costruttiva. Inattendibilità di esse. (Giudizi di Cassazione)», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XLII, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 1999, pp. 695 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], pp. 395 e 494.

⁽¹⁰⁵⁾ PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], p. 43. Embora o Código de 1886 previesse a aplicação de medidas de segurança aos que se entregassem "habitualmente à prática de vícios contra a natureza" (art. 71.º/4.º). No sentido de por aqui se condenar a homossexualidade, RAPOSO, Vera Lúcia, «moralidade» [n. 27], p. 955.

cita e que a intervenção penal se subordinaria à verificação de um elemento típico que se consubstanciava no acto de desencaminamento de menores de dezasseis anos, por maiores. Esta justificação para a incriminação da homossexualidade encobria o desvalor acrescido que se atribuía às condutas homossexuais relativamente às heterossexuais. De facto, o acto de desencaminar menor de dezasseis anos, mas de sexo diferente, para a prática de acto contrário ao pudor consigo ou com outrem (também de sexo diferente do do menor) não configurava nenhum tipo de crime. Mesmo relativamente ao crime de estupro o paralelo era exíguo, uma vez que este punia apenas a cópula e previa expressamente a verificação de um elemento típico apto a viciar o consentimento: a inexistência ou a promessa de casamento. Por isso, a incriminação da homossexualidade com menores assentava na irrelevância dos consensos para determinadas condutas. Dado o especial desvalor que se atribuía à conduta, esta era punida independentemente da adesão válida dos dois parceiros à prática, assumindo-se o mero acto contrário ao pudor, se homossexual, como um forte indício de desencaminamento do menor.

Na realidade, a incriminação autónoma das práticas homossexuais com menores, em condições diferentes da das práticas heterossexuais, era norma que não gerava consensos. Não obstante, foi a mudança de paradigma em matéria de crimes sexuais que imprimiu à discussão vigor diferente. À luz de critérios morais, apesar de discutido, o tratamento diverso em função da orientação sexual podia ainda sustentar-se, mas os argumentos da normalidade e do desvio à natureza das coisas esvaziavam-se e já destoavam sobremaneira em se aceitando que o bem jurídico protegido devia, afinal, ser a ampla liberdade sexual dos menores, em que se enquadraria o seu direito ao livre desenvolvimento na esfera sexual.

Com a revisão de 1995, passam a ser punidos os actos homossexuais de relevo praticados por maior com menor entre os catorze e os dezasseis anos, bem assim como aqueles que o agente tenha levado o menor a praticar com outrem. Subtraída a aura moral da letra da incriminação, não se falava agora em desencaminamento e substituiu-se o conceito de acto contrário ao pudor por aquele que Teresa Beleza ⁽¹⁰⁶⁾ definia como

⁽¹⁰⁶⁾ Referências em BELEZA, Teresa Pizarro, «Pecado» [n. 39], pp. 167 e ss.; e BELEZA, Teresa Pizarro, «A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da lai-

delimitador dos tipos — acto sexual de relevo. No caso concreto, acto homossexual de relevo. Enquanto isso, no entanto, o crime de estupro não só mantinha a incriminação de um único acto sexual de relevo, a cópula, como exigia ainda que se provasse o abuso da in experiência da vítima, sendo, deste modo, muito mais latas as margens de punibilidade das relações homossexuais do que das heterossexuais.

Em 1998, abandonou-se o tipo penal do estupro, passando a ser punidos os actos sexuais com adolescentes que consistissem não apenas na cópula mas também no coito anal e no coito oral, praticados por maior ⁽¹⁰⁷⁾ relativamente a menor entre os catorze e os dezasseis anos. Com a nova configuração do tipo objectivo de ilícito, que apresentava, deste modo, a possibilidade de consumação por qualquer um destes actos sexuais de relevo, o crime parecia deixar de definir-se pelo carácter heterossexual da conduta e querer abarcar, assim, todas as relações, homo e heterossexuais. Todavia, foi mantida uma norma que punia os actos sexuais de relevo, quaisquer que fossem, se em causa estivesse uma relação homossexual entre um agente maior e uma vítima menor, sendo o agente punido ainda que com o menor não praticasse qualquer acto sexual de relevo, mas o levasse a praticá-lo com outrem e, deste modo, manteve-se a assunção de um desvalor acrescido das condutas homossexuais.

Funcionavam como indicadores da discriminação negativa das condutas homossexuais não só a exigência da verificação do abuso da in experiência no crime de actos sexuais com adolescentes e a ausência deste no caso de actos homossexuais, como ainda a largura desta última norma, que abrangia todos os actos sexuais de relevo e não apenas os mais graves, que eram os punidos em face de uma relação heterossexual. Estes foram, por isso, decisivos argumentos a favor do movimento de crítica à solução da lei. Era nítido que o bem jurídico protegido não era o mesmo em ambas as incriminações. Se assim fosse, a liberdade sexual que legitima a não intervenção penal nuns casos deveria levar o direito

ção dos “bons costumes” à ortodoxia da “liberdade”, in Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora, Ministério da Justiça, 1995, pp. 172 e ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Defendendo já esta restrição típica, da maioridade do agente, para a revisão de 1995, PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], p. 46.

penal a abster-se nos outros, mas tal não acontecia. Impunha-se, pois, aceitar que, na incriminação dos actos homossexuais com adolescentes, a liberdade sexual não era o único bem jurídico mobilizado. Apesar disso, não era fácil a consciencialização de que a dignidade do bem jurídico adicionalmente protegido pela incriminação justificava uma distinção tão profunda entre os crimes.

Neste enfiamento, alguma doutrina veio afirmar que apenas remi-niscências moralistas ⁽¹⁰⁸⁾ seriam aptas a justificar a assunção de que um acto sexual de relevo, qualquer que seja, se homossexual, é por si só mais ofensivo para a vítima e para o seu desenvolvimento físico e psíquico do que a cópula, o coito anal ou o coito oral heterossexuais. A proibição da homossexualidade não radicava em qualquer tipo de abuso, violência, exploração ou relação de especial proximidade com o menor que conferisse ao agente um maior dever de se abster da prática do acto sexual de relevo, subsistindo à luz de um código moral que ditava que a prática homossexual, por si mesma mais ofensiva da liberdade do menor, era também menos apta à obtenção do seu acordo do que a relação heterossexual ⁽¹⁰⁹⁾.

Assente primeiro na norma geral da igualdade de todos os cidadãos perante a lei e no direito à identidade pessoal, o movimento de crítica à solução incriminadora dos actos sexuais de relevo com adolescentes, do mesmo e de outro sexo, encontrou, em 1997, um argumento de enorme valia para a discussão — o direito ao desenvolvimento da personalidade ⁽¹¹⁰⁾, então previsto no artigo 26.º da CRP. Paria-se do

⁽¹⁰⁸⁾ Neste sentido, o estudo de DUARTE, Jorge Dias, «Homossexualidade com menores. Artigo 175.º do Código Penal», *RMP*, Ano 20, N.º 78, Abril-Junho de 1999, pp. 147 a 157 (citado: «homossexualidade»).

⁽¹⁰⁹⁾ Embora sustentando a ideia numa exigência irracional de um grau de maturidade distinto conforme o acto em causa, no mesmo sentido do que afirmamos, PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], p. 46. E questionando também a diferença de tratamento entre os actos sexuais e homossexuais de relevo, BELEZA, Teresa Pizarro, «legitimação» [n. 39], p. 92; BELEZA, Teresa Pizarro, «pecado» [n. 39], p. 181; e ainda LOPES, José Mouraz, *alteração 01* [n. 59], pp. 105 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ No sentido da aceitação pacífica de todas as formas de expressão sexual pelos sexólogos e sociólogos modernos, vide o estudo de CASTILÓN MORA, Luis, «Presente elemental de la sexología. Estructura de la identidad del sexo. Cambios sociales y delictos», in Estudos de derecho penal en homenaje al Professor Luis Jimenez

facto de ser este o valor colocado em causa pela configuração diferenciada daqueles crimes no CP, acrescentando-se que, sendo inerente àquele desenvolvimento o respeito pela natureza da opção sexual do menor e pela sua autodeterminação sexual, a incriminação dos actos homossexuais com adolescentes nos moldes previstos redundava num cessar desse desenvolvimento, até aos dezasseis anos, e num embuste à realização plena da identidade pessoal do menor.

Maria João Antunes (111) afirmava que o direito português do futuro deveria equiparar a ofensividade (112) da conduta homossexual à da conduta heterossexual, sob pena de uma distinção assente apenas na natureza homossexual dos actos sexuais poder ferir a legitimidade material da incriminação. Sustentava a autora que o legislador podia manter a incriminação dos actos sexuais de relevo com adolescentes entre os catorze e os dezasseis anos, mas apenas quando se provasse o abuso da sua inexperiência e independentemente do sexo de agente e vítima. A autora entendia a necessidade de incriminação nestes termos, defendendo que a prova de um abuso de inexperiência é apta para se considerar uma perturbação do livre desenvolvimento do menor na esfera sexual. De facto, não se está aí em face de uma relação verdadeiramente consensual, falhando os pressupostos da vontade válida e eficaz de uma das partes. E, assim sendo, está posta em crise a liberdade sexual do menor que é abusado e deve haver crime (113).

Em 2004, a CRP reescreve o elenco de factores em função dos quais nenhum sujeito pode ser discriminado relativamente aos demais e em que se concretiza o princípio da igualdade, deixando expressamente consagrado que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado,

de Asua, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, Junho 1986, p. 190. Veja-se ainda, a este propósito, ARONARD, David, *Sexual consent*, WestviewPress, 1998, pp. 121 e ss. (citado: *sexual consent*).

(111) ANTUNES, Maria João, «Artigo 175.º — Actos homossexuais com adolescentes», in Comentário Cominbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 571.

(112) Defendendo também um tipo único, DUARTE, Jorge Dias, «homossexualidade» [n. 108], p. 110.

(113) No mesmo sentido, da incriminação por um tipo único que compreenda o elemento do abuso da inexperiência, RAPOSO, Vera Lúcia, «moralidade» [n. 27], p. 956.

privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ... orientação sexual”. E, depois disso, o Ac. TC n.º 247/05, de 10 de Maio de 2005, decidiu “julgar inconstitucional, por violação dos artigos 13.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 175.º do CP, na parte em que pune a prática de actos homossexuais com adolescentes mesmo que não se verifique, por parte do agente, abuso da inexperiência da vítima” (114). Vingavam assim os argumentos dos críticos da solução legal, que encontravam já eco jurisprudencial. A partir daqui, o futuro anunciava uma alteração urgente na letra da lei, que veio a acontecer com a revisão de 2007 do CP.

Actualmente, são punidos, por acto sexual com adolescente, o homem maior que abuse da inexperiência do rapaz menor; o homem maior que abuse da inexperiência da rapariga menor; a mulher maior que abuse da inexperiência do rapaz menor; e a mulher maior que abuse da inexperiência da rapariga menor. Para tanto, basta que o agente pratique com a vítima, ou a leve a praticar com outrem, qualquer acto sexual de relevo, sendo punidas mais severamente as condutas que se traduzam na cópula, no coito anal, no coito oral ou na introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos. O desvalor associado à prática do acto homossexual desaparece da letra da lei e a ofensividade daquelas condutas passa a compreender-se e a aferir-se por meio dos mesmos critérios usados na interpretação da ofensividade das condutas heterossexuais. Deixa, pois, em definitivo, de punir-se a homossexualidade.

A solução do acórdão e que veio a ser preconizada também na mais recente alteração ao CP não foi, todavia, aplaudida por todos os autores. António Araújo (115) insurgiu-se contra a solução do referido Ac. TC n.º 247/05, de 10 de Maio de 2005, defendendo uma outra perspectiva relativamente à criminalização dos actos sexuais com adolescentes. Para este autor, era a redacção do artigo 175.º do CP que permitia respeitar o direito à orientação sexual dos menores entre os catorze e os dezoito anos. Distintamente do que a doutrina vinha avançando, o autor defendeu que só com aquela redacção seria possível punir a prática de actos

(114) ARAÚJO, António de, *Crimes sexuais contra menores. Entre o Direito Penal*

e a Constituição, Coimbra Editora, 2005, p. 457 (citado: *contra menores*).

(115) *Idem*, pp. 380 e ss.

heterossexuais com menores homossexuais e que, deste modo, são contrários à orientação sexual da vítima. O artigo 175.º do CP estaria, no entender deste autor, a interpretar-se de uma forma limitada, não estando a ser aproveitadas as virtualidades da sua letra. Embora uma interpretação do artigo no sentido da criminalização das condutas homossexuais praticada com menores heterossexuais servisse o propósito, estatisticamente sustentado, de proteger a opção sexual da maioria dos menores, o artigo não se esgotava aí. Em concreto, a maioria dos menores afirmar-se-á heterossexual, mas nem todos o serão. Ora, é preciso proteger também aqueles que, sendo homossexuais, mantêm uma relação heterossexual com um adulto, uma vez que esta é a relação contrária à sua orientação sexual.

Porque o autor interpretava a norma independentemente da orientação sexual dos parceiros, incriminando todas as relações que os menores, hetero ou homossexuais, tivessem com adultos, é que podia afirmar que a mesma alcançava uma “função de salvaguarda da orientação sexual em construção” (116). Atendendo a que a conduta era punida independentemente de qualquer circunstância apta a desconsiderar a vontade da vítima, o autor acrescentava que “é necessário atender à protecção dos adolescentes em relação à prática de relações sexuais que, apesar de consentidas, violentem ou contrariem a sua orientação” (117). E em cada caso concreto caberia analisar o enquadramento da violação da orientação sexual do menor que houvesse participado nos actos sexuais de relevo, criminalizando-se todos os agentes dos factos desvirtuados da opção primária daquela orientação.

Por defender esta amplitude da norma, António Araújo (118) alertava para o facto de, relativamente ao propósito de defesa do bem jurídico em causa — a orientação sexual do menor —, o artigo 175.º do CP ser preferível ao artigo 174.º do CP. Ao fazer depender do abuso da inesperienza o preenchimento do tipo de ilícito, esta última norma deixaria de fora da sua alçada (para além de todos os actos sexuais de relevo que não se traduzissem numa cópula, num coito anal ou num coito oral) todos os actos sexuais de relevo violadores da orientação sexual de

menores cuja inesperienza fosse dificilmente comprovada, designadamente no caso dos que se dedicam à prostituição.

O autor advertia ainda para a tendência, designadamente ao nível da União Europeia, para a “condenação generalizada da prática de todos e quaisquer actos sexuais entre adultos e menores, com inteira abstracção de elementos adjacentes, como a «experiência» ou o «consentimento» do menor” (119). Aliás, na mesma linha de pensamento, Heidi Kiroosse defende a criminalização de todas as relações entre adultos e adolescentes, admitindo apenas a consagração de uma forma ao alcance do adulto para ilidir a presunção de não consentimento do menor (120). Presunções como esta, de não consentimento, surgem, no entanto, desfasadas de um direito processual penal assente na presunção de inocência do arguido, como o nosso. Não pode onerar-se o adulto com a necessidade de provar a adesão do menor, como meio de obviar à construção de um tipo demasiadamente largo. E, em suma, é a previsão da necessidade do abuso da inesperienza que, na nossa opinião, pode servir o propósito daquele imprescindível estreitamento.

Não obstante todas as considerações precedentes, não perfilhamos a solução preconizada por António Araújo. Apesar da preocupação crescente com a protecção da infância e da juventude, o enquadramento do tema da discriminação incriminatória em face da orientação sexual dos actos sexuais praticados não está esgotado. Numa perspectiva conflituante de interesses, adjacente ao bem jurídico que se assume proteger — a liberdade sexual — não nos parecem inócuas soluções onde, para protecção deste valor, atentas as especiais características do titular menor, se vá aceitando uma compressão cada vez maior da promoção do direito a ser livre e a ser, neste ponto, livre de se relacionar. Por isso, a redacção que a revisão de 2007 encontra, ao exigir o abuso da inesperienza, goza, quanto a nós, de um privilégio de justiça maior do que aquela que se encontraria por uma redacção que excluísse este requisito. O abuso da inesperienza funciona, na nossa opinião, como o elemento adjacente de equilíbrio de interesses, desde logo porque a experiência, embora não exclusivamente, também reflecte o discernimento do menor

(116) *Idem*, p. 382.

(117) *Idem*, p. 381.

(118) *Idem*, p. 403.

(119) *Idem*, p. 402.

(120) *Apud idem*, p. 374.

para a declaração de vontade para aquele acto certo e determinado e é um elemento dinâmico do acordo.

Malgrado esta solução encontrada em 2007, Figueiredo Dias (121) aludia à possibilidade de o caminho da incriminação de todos os actos sexuais com adolescentes, de carácter homossexual ou não, se estar a fazer até no sentido da descriminalização. E Maria do Carmo da Silva Dias (122) desenvolveu um alargado estudo em que também defendeu a eliminação daqueles tipos penais. Avançavam, ambos os autores, que mesmo os casos punidos por abuso da inexperiência deviam resolver-se em sede de mecanismos não penais, aptos para a educação e formação dos menores para a sexualidade.

Para a autora, estar-se-ia perante um abuso susceptível de incriminação sempre que o acto resultasse de uma relação de dependência, do aproveitamento de uma situação de necessidade, ou do aproveitamento da falta de maturidade sexual entre os catorze e os dezasseis anos, que impedissem o menor, no caso concreto, de reunir o discernimento suficiente para compreender o sentido e alcance do seu consentimento (123). Compreendendo nós a posição defendida, entendemos que, se num novo tipo único, tal como veio a acontecer em 2007, se mantém o necessário elemento do abuso da inexperiência, se acautelam casos carecidos de tutela penal.

O abuso da situação de dependência ou do estado de necessidade são mais facilmente perceptíveis pelo próprio menor, que acaba por manifestar a sua vontade consciente da falta de autenticidade desta. Mas já assim não sucederá numa hipótese de abuso em razão da inexperiência da vítima, uma vez que essas são as situações em que não é possível ao menor formar um juízo sobre o acto e decidir, válida e eficazmente, conformar-se ou não com ele. Por isso, sem a solução adoptada em 2007 ficam a descoberto da lei algumas situações de abuso — as que não têm

(121) DIAS, Jorge de Figueiredo, «Artigo 174.º — Actos sexuais com adolescentes», in Comentário Cominbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 564.

(122) DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Crimes sexuais com adolescentes. Particularidades dos artigos 174.º e 175.º do Código Penal português*, Almedina, 2006, pp. 366 e ss. (citado: *particularidades*).

(123) *Idem*, p. 373.

uma mera aparência de consensualidade, mas sim uma consensualidade que existe, mas não vale. Parece-nos, além disso, que, atendendo a toda a lógica protectora das intervenções legislativas mais recentes, não faria muito sentido deixar a descoberto da intervenção penal aqueles casos.

Julgamos, pois, que a densificação do conceito de abuso da inexperiência é a forma apropriada para abarcar as situações em que vontade da vítima com mais de catorze anos é inoperante do ponto de vista da exclusão do crime, por falta de cumprimento do requisito subjectivo do discernimento. Quando falhe este discernimento, é possível que se consume um abuso e, nesse caso, terá sido, inevitavelmente, atingida a liberdade sexual do menor, havendo crime. O “segredo” está na definição de abuso da inexperiência (124), porque só nessa situação a vítima menor tem uma protecção mais alargada do que a vítima maior em matéria de actos sexuais de relevo consensuais (no sentido de a vítima entender, em face do seu amadurecimento, que aquela é uma vontade esclarecida). Assim, abusa da inexperiência da vítima aquele que a seduz, explorando o seu discernimento imaturo para a decisão em concreto, não sinonimizando isso, necessariamente, a ignorância sexual numa perspectiva teórica ou mesmo prática, mas não livre (125). O que não pode verificar-se é uma determinação, por parte da vítima, que possa dizer-se inteiramente sabedora do que em concreto significa aquele acto sexual de relevo e das suas consequências, sendo que a ausência de experiências sexuais pode não passar de um indicador da incapacidade para a formulação do “juízo ético” de que fala Mouraz Lopes (126).

(124) Curiosamente, atenta a dificuldade desta questão, é possível encontrar hoje guíões de apuramento da capacidade dos menores para acordar na relação sexual com maiores. A necessidade de ir densificando conceitos tão complexos como inexperiência, capacidade, maturidade, maioridade progressiva e antecipada, diu a importância destes esforços. Veja-se, como exemplo, MONTFORT, Sue, BRICK, Peggy, *Unequal partners: teaching about power and consent in adult — teen and other relationships*, Second Edition, Geraldine r. Dodge Foundation, 2000.

(125) Neste sentido, ARAÚJO, António de, *contra menores* [n. 114], pp. 118 e ss., que refere ainda que a experiência sexual de acordo com uma determinada orientação não releva por si para o afastamento da inexperiência em sede de condutas de orientação sexual distinta.

(126) LOPES, José Mouraz, *alteração 01* [n. 59], pp. 101 e ss.

Finalmente, esta solução acarreta ainda vantagem, relativamente à que António Araújo preconizava, pelo facto de não punir, em abstracto, condutas consensuais. A avaliação casuística da ofensividade da conduta parece-nos mesmo que seria muito difícil de fazer em face de um artigo como o 175.º do CP (antes da revisão de 2007). Um menor com experiência heterossexual não poderá nunca acordar válida e eficazmente numa relação homossexual? Não podemos ser categóricos no afastamento desta possibilidade. Mas, se o fundamento do crime se afere mais pela orientação sexual do menor do que pela sua vontade, então não será fácil excluir a punição do adulto com quem ele leve a efeito aquela relação homossexual. Ora, esta será, na nossa opinião, também uma forma de negar ao menor capacidade para decidir.

5. O BEM JURÍDICO LIBERDADE SEXUAL

Expurgado o CP da protecção, em matéria sexual, de bens jurídicos que não se traduzissem em manifestações de liberdade, era preciso compreender que liberdade está em causa nestes casos. A liberdade sexual, enquanto bem jurídico-penal, apresenta-se com uma natureza complexa, na medida em que ao analisá-la somos confrontados com uma natureza a cuja realização só se acede pela simultânea verificação de uma dupla vertente e no ponto óptimo de equilíbrio desta. É possível identificar uma vertente negativa, estática, defensiva, amígdú único móbil audível da tutela penal⁽¹²⁷⁾, e que se traduz no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância. Mas a liberdade sexual encerra também uma outra vertente — positiva, dinâmica —, traduzida na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade⁽¹²⁸⁾. Nenhuma destas faces do bem jurídico pode bas-

tar para a sua definição. E, deste modo, não será completa a norma pensada apenas tendo em vista a protecção de uma das vertentes.

Se relativamente à vertente negativa do bem jurídico é consensual uma titularidade linear e independente da idade, cujo limite está na incriminação fragmentária apenas das condutas mais graves, a verdade é que é pela realização da vertente positiva da liberdade sexual do indivíduo que se vão diando também os freios da intervenção penal. É necessário reconhecer que há dinamismo no adensamento da capacidade e maturidade para decidir e, assim, para exercer a liberdade no domínio da sexualidade. Como limite para esta vertente dinâmica, positiva, da liberdade sexual de A, teremos a protecção da vertente negativa da liberdade sexual do seu parceiro sexual, B, sendo importante recusar que se lhe associem outras barreiras, baseadas, por exemplo, nos bons costumes. Pelas razões invocadas para o abandono do paradigma moralista da intervenção do direito penal sexual, não é razoável supor que à liberdade de dispor do corpo e sexo de um sujeito se imponha um limite como os bons costumes, que sofrem alterações ao longo do tempo e são distintos em face da sociedade que os mobiliza. Além disso, dentro da mesma sociedade e no mesmo tempo, não é objectiva e racional a aferição do que podem ser os bons costumes, antes se assumindo a dimensão ética da sexualidade positiva por uma maioritária, o que por si só atentará contra a valoração da sexualidade por todos os que com essa maioria não se identificarem, emergindo mais uma razão para que não possam, em nosso entender, valorar-se os bons costumes como meio apto a interferir na realização da liberdade sexual⁽¹²⁹⁾.

RÃO, Fernando, «A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais. Mudança de paradigma no novo Código Penal», *BFD*, Vol. LXXI, Coimbra, 1995, pp. 562 e ss.; ANDRADE, Costa, *consentimento* [n. 91], p. 395; NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *direito penal sexual* [n. 87], pp. 141 e 142; e LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, Almedina, 2004, p. 26 (citado: *pedofilia*).

⁽¹²⁷⁾ Assim, também para ANDRADE, Costa, *consentimento* [n. 91], p. 395.
⁽¹²⁸⁾ Conceções verdadeas, entre outros, nos estudos de RAMOS, Fernando João Ferreira, «Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 1, Aquilias, Editorial Notícias, Janeiro-Março de 1993, p. 54; TOR-

⁽¹²⁹⁾ Assim, NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *idem*, pp. 143 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa, «O consentimento do ofendido no novo Código Penal», in Para uma nova justiça penal, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 115 e ss. (citado: «ofendido»); e ANDRADE, Costa, *consentimento* [n. 91], p. 513.

As normas penais mostram-nos que a promoção da vertente positiva deste bem jurídico não ocupa um lugar de destaque no pensamento do legislador. Na realidade, o que se procura é uma forma de proteger a vertente negativa da sua realização. Facilmente se compreende a opção legislativa. No fundo, cada um fará por si o que entender para promover e fruir a sua sexualidade. Ao Estado, coativamente, é exigida a protecção contra as ofensas de terceiros à liberdade (também sexual) dos seus cidadãos. Ainda assim, como sintetiza Costa Andrade, “se não se reclama que o direito penal se comprometa na promoção activa [da vertente positiva da liberdade sexual], já se espera que ele não se constitua em motivo autónomo do seu sacrifício” (130). Deste modo, a partir do momento em que a vertente positiva da liberdade sexual do menor se enforma, é preciso pensar a norma de modo a que, punindo-se as condutas sexuais impostas por terceiros, não se faça perigar a liberdade do menor para assumir comportamentos sexuais por sua livre e séria vontade. Porque o bem jurídico não é estático, porque conhece uma vertente dinâmica, não é possível alhear as incriminações do amadurecimento do menor, uma vez que não o reconhecer pode contrariar o objectivo de proteger a sua própria liberdade sexual. Esta dupla vertente convoca, pois, juízos de ponderação de tutela e sacrifícios. Quanto maior for o leque de condutas punidas, quanto mais regulada estiver a experiência da sexualidade pelo menor, mais ínfimo é o espaço deixado à sua decisão individual. Por conseguinte, a decisão quanto aos limites da intervenção penal não é fácil de estabelecer.

6. O OFENDIDO MENOR E O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

6.1. Diferentes densidades da liberdade sexual ou a descoberta de um outro bem jurídico?

A liberdade sexual realiza-se plenamente no ponto de intersecção entre o mínimo de compressão da sua vertente negativa e o máximo potenciador da sua vertente positiva. Mas, como sabemos onde está

este ponto? Sem dificuldade se compreenderá que não é possível afirmar casuisticamente este equilíbrio sem que se encontre escora em princípios rudimentares de tutela da pessoa. Deste modo, embora seja indispensável curar da situação em concreto, desde logo pela especial relação entre o bem jurídico e a sua titularidade, há certos referentes que têm de estar inapelavelmente presentes em qualquer caso. 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 estabilizada nos adultos, e depois pelo desvalor autónomo das condutas relativamente ao desenvolvimento do menor e pela definição difícil dos limites de protecção da sua sexualidade perante terceiros.

Portanto, de acordo com a nossa opinião, impõe-se, neste momento, escrutar se o bem jurídico protegido pelos crimes sexuais contra menores difere da liberdade sexual tal como a descrevemos no ponto precedente. Ora, entendemos que os crimes sexuais previstos no CP sob a designação de crimes contra a autodeterminação sexual são, na realidade, crimes contra a liberdade individual do menor, *maxime*, contra a sua liberdade sexual. O bem jurídico protegido nos casos de crimes sexuais contra menores deve considerar-se uma concretização do bem jurídico liberdade sexual em sentido amplo (131), pois a titularidade do bem jurídico liberdade sexual, nesse seu sentido amplo, não deve ser afastada em função da menoridade. A autodeterminação sexual de que fala o CP mais não traduz que as especificidades decorrentes da progressiva autonomia do titular da liberdade sexual.

O bem jurídico liberdade sexual não sofre limitações em função da idade do seu titular, embora se concretize de diferentes formas (também) de acordo com aquele factor. Note-se que nos casos dos menores em idades mais precoces, não estando sequer formada a capacidade para a autodeterminação sexual, a doutrina convoca a protecção do desenvolvimento livre da personalidade no domínio da sexualidade (132),

(131) No mesmo sentido de LETTE, Inês Ferreira, *pedofilia* [n. 128], pp. 28 e ss.

(132) Entre outros, GERSÃO, Eliana, «Abuso sexual de crianças e jovens», Sumários do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores” (políc.), Centro de Direito da Família, FDUc, 2001-2002, p. 3; e DIAS, Jorge de Figueiredo, «Artigo 172.º — Abuso

(130) ANDRADE, Costa, *consentimento* [n. 91], p. 395.

mesmo sem que no Código se refira, em qualquer epígrafe ou corpo de artigo, aquele bem jurídico. E muito bem; muito acertada segue a doutrina que especifica aquele interesse em face de condutas ofensivas de menores sem capacidade ainda para a autodeterminação, para a formação dessa vontade. Na ampla liberdade sexual, que defendemos como bem jurídico protegido, cabem a liberdade sexual protegida pelas incriminações dos artigos da Secção I do Capítulo V do CP (Crimes contra a liberdade sexual), a autodeterminação sexual e ainda, para os menores sem capacidade seguir para se autodeterminarem sexualmente, o seu direito a um livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual.

Entendemos que, em regra, poderá falar-se em autodeterminação sexual a partir dos catorze anos, limite abaixo do qual não é unânime o reconhecimento de algum valor à vontade do menor, tendo em conta a necessidade da sua protecção tendencialmente absoluta, inclusive perante si mesmo e as suas escolhas (133). Este é, pois, o limite que deve estabelecer-se, a linha abstracta que distinguirá o momento em que a liberdade sexual do menor poderá realizar-se em ordem ao seu desenvolvimento livre em matéria sexual e aquele em que deverá falar-se já na sua autodeterminação sexual.

Como notaremos no capítulo seguinte, o Código não reconhece de forma explícita a capacidade do menor de catorze anos para se determinar positivamente em matéria sexual. Até aos catorze anos, porém, a protecção da liberdade sexual do menor, tendo em vista o livre desenvolvimento daquele na esfera sexual e a preparação e amadurecimento da sua autodeterminação, também não exclui a actividade sexual. Primeiro, porque nem todas as condutas sexuais praticadas por menores de catorze anos põem de algum modo em perigo o seu livre desenvolvimento ao nível sexual (134); e depois porque os catorze anos são um critério, mas não o único, pelo que, atendendo à conduta em causa,

sexual de crianças», in Comentário Conimbicense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 541 e 542 (citado: «172.º»).

(133) GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *CP anotado* [n. 75], pp. 648 e 649; e ANDRADE, Costa, *consentimento* [n. 91], p. 396.

(134) Neste sentido, também LERTE, Inês Ferreira, *pedofilia* [n. 128], pp. 36 e ss.

importa avaliar, não só o grau de lesão desta, mas também a capacidade do menor para, mesmo antes daquela idade, acordar nela. Mais facilmente aceites são as hipóteses que subsistem tendo em vista o valor da manifestação negativa de vontade do menor, que obstaculiza a acção. Ou seja, tem-se por menos constrangedor que mais precocemente o menor possa não querer determinado acontecimento na sua vida do que ter capacidade para, por si, incluir factos e condutas novas na sua experiência. A solução não é difícil de entender. Antes dos catorze anos, pela tendência marcadamente securitária da actual legislação de menores, é fácil argumentar contra a possibilidade de o contacto sexual não ser prejudicial ao menor. Esta formulação, aliás, só vinga porque entendemos que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual, independentemente da idade do menor.

Embora a existência de um limite etário seja consensual, a sua fixação nos catorze anos não goza de unanimidade. Esse é o limite previsto no CP alemão (art. 176.º/1). Já em Espanha a tendencial protecção absoluta do menor dá-se até aos treze anos, conforme resulta dos artigos 180.º/1/3.ª, 181.º/2 e 189.º/3/a do CP espanhol. Diversamente, em França essa protecção tende a alargar-se até aos quinze anos, conforme se retira da leitura dos artigos 222-24.º/2, 222-29.º/1 ou 227-22.º/1 do CP francês. Por outro lado, o CP brasileiro prevê uma presunção de violência do agente quando se trate de um crime sexual contra menor de catorze anos de idade (art. 224.º/a), consagrando deste modo a idade até onde a protecção dos menores é tendencialmente absoluta. A propósito da opção brasileira cabe precisar que a doutrina (135) esclarece que a presunção de violência legalmente estabelecida não se traduz numa verdadeira presunção de culpabilidade do agente, mas antes no eco da impossibilidade de a vítima menor de catorze anos prestar consentimento válido, sendo esta incapacidade de consentir da vítima a fazer presumir a violência do agente. A presunção é considerada, em abstracto, absoluta, sem possibilidade de ser afastada mediante a prova em

(135) GOMES, Luiz Flávio, «A presunção de violência nos crimes sexuais. (Enfoque crítico)», *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, Ano 4, N.ºs 15 e 16, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 159 (citado: «Violença»).

concreto de um discernimento suficiente do menor para consentir validamente ⁽¹³⁶⁾, e a justificação para isso está, precisamente, na tendencial protecção sem excepções aos menores de catorze anos.

Esta solução brasileira parece-nos, contudo, confusa nos seus pressupostos e objectivos. Primeiro, é incompatível com uma Constituição onde se insere uma presunção de inocência para o arguido, pelo menos até ao trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5.º LVII), a previsão em lei ordinária de uma presunção de violência. Depois, o crime transforma-se em virtude da existência ou não de violência, mas não numa lógica de previsão fundamental e qualificada própria da protecção do mesmo bem jurídico através de lesões diferenciadas — o fundamento do crime acaba por estar mais na violência empregue do que na protecção absoluta ao bem jurídico essencial da liberdade sexual do menor sem capacidade para a autodeterminação. O legislador brasileiro distingue os casos em que fica provada a violência, e que se traduzirão no crime de agressão sexual, daqueles em que não tenha havido efectiva violência, e a presunção se aplique pela incapacidade do menor para manifestar validamente a vontade, e que serão casos de abuso sexual.

Para Luiz Flávio Gomes, a presunção de violência surge para integrar nas condutas típicas ilícitas aquelas em que não se verifica uma violência real, mas ocorre o abuso sexual ⁽¹³⁷⁾. Na nossa opinião, todavia, igual objectivo se lograria sem o expediente da presunção, simplesmente por referência ao bem jurídico pessoal, relativamente ao qual é necessária a disponibilidade do titular que em concreto goza de protecção absoluta, inclusive contra si mesmo, por não se encontrar em condições de se autodeterminar. Por outro lado, a solução brasileira peca ainda, em nosso entender, por outra via. De facto, apesar de parecer dar alguns passos tentando aceitar a mudança de paradigma dos crimes sexuais, incluindo alguns deles num capítulo de crimes contra a liberdade sexual (Capítulo I), a verdade é que o título em que todos se inserem é o dos “crimes contra os costumes” (Título VI), pelo que não se trata de verdadeiras normas tuteladoras da liberdade sexual das pessoas. Nesse

sentido, num caso de crime sexual contra menor de catorze anos acaba por conceder-se num carácter relativo da presunção de violência em face da existência de meninas (e meninos, acrescentamos) para quem não se justificará falar num total desconhecimento dos assuntos da vida sexual ⁽¹³⁸⁾. Ora, esta solução serve apenas para deixar claro que o que se protege não é só (ou tanto) o livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual de todos os menores de catorze anos, mas também (ou sobretudo) o pudor dos que, sendo menores de catorze anos, não tenham ainda experiência sexual — uma absoluta subversão da protecção dos menores, uma vez que à violação reiterada do bem jurídico se atribui uma necessidade cada vez menor de protecção.

Luiz Flávio Gomes ⁽¹³⁹⁾ conclui que esta relatividade da presunção, com possibilidade de prova em contrário, operará nos casos de erro do tipo sobre a idade da vítima, em que vítima seja pessoa de comportamento leviano, e quando se prove que o menor tem discernimento suficiente para validamente consentir no acto sexual, mesmo, neste caso, que o seu comportamento não se revista também de muita virtude moral. Pecam as duas últimas hipóteses de afastamento do carácter absoluto da despropositada presunção por falha de vinculação a um bem jurídico digno de tutela penal. Afastar o carácter absoluto da presunção de violência em função da imoralidade do menor leva-nos a recordar o argumento de que ao direito penal falta legitimidade para punir a moral, o facto de o bem jurídico carecido de tutela ser a ampla liberdade sexual do menor, e a protecção tendencialmente absoluta deste até aos catorze anos.

O apaziguamento com uma solução como a brasileira não pode ser feito convocando a não consagração literal de uma presunção de inocência na Constituição. A verdade é que tal posição não vem sendo acolhida, desde logo com o argumento de não ser possível uma distinção entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade ⁽¹⁴⁰⁾. Mais, a interpretação do preceito não pode fazer-se com

⁽¹³⁸⁾ *Idem*, pp. 170 e 171.

⁽¹³⁹⁾ *Idem*, pp. 173 e ss.

⁽¹⁴⁰⁾ A Constituição Federal Brasileira optou pela consagração de uma norma semelhante à da Constituição Italiana de 1947 e que, para os tecnicistas-jurídicos Rocco

⁽¹³⁶⁾ *Idem*, p. 161.

⁽¹³⁷⁾ *Idem*, p. 160.

recurso ao facilitismo do argumento literal. Prevendo-se a dignidade da pessoa humana e regras outras sustentadoras da liberdade individual como corolário maior do direito penal moderno, não há-de ser o facto de a letra da lei não exprimir rigorosamente a existência da presunção de inocência a poder esvaziar de conteúdo liberal o preceito.

A gravidade de presumir a violência do acusado, como faz o artigo 224.º do CP brasileiro, alarga-se se se pensar que, sendo a presunção de inocência garantida última do tratamento do arguido como sujeito de direitos e não como um “pré-culpado”, se lhe está a alterar a forma de viver o processo penal e a diminuir inevitavelmente o direito a todas as garantias de defesa — *vide*, por exemplo, o artigo 32.º da CRP no número em que considera ser indispensável, para um processo com todas as garantias de defesa para o acusado, a presunção de inocência (141) até ao trânsito em julgado da sentença de condenação.

Por outro lado, a violência, como considera Cernicchiaro, é facto, e os factos ou existem ou não existem, não podendo presumir-se a sua verificação (142). Consideramos, pois, que o preceito brasileiro é institucional, sendo urgente expurgá-lo dessa inconstitucionalidade. A solução está em retirá-lo do texto da lei. E nada mais, porque em nada se afectará a protecção da liberdade sexual dos menores de catorze anos ao retirar-se aquele preceito. Basta, como garantia da protecção tendencialmente absoluta dos menores de catorze anos, trazer à consideração do facto a incapacidade do menor para se autodeterminar em matéria sexual (143).

A protecção, por um lado, e promoção, por outro, da liberdade recriam-se de diferentes modos em função da maturidade e capacidade da pessoa, porquanto o ponto óptimo entre cada uma das suas vertentes se vai alterando à medida daquele amadurecimento. Entendemos que a vertente negativa da liberdade tem sempre de acaulelar-se, mas que a

e Manzini, “*não estabelece alguma presunção de inocência, se não que se limita a declarar, como é natural, que o imputado não é declarado culpado até a condenação definitiva*”. *Apud idem*, pp. 176 e 177.

(141) Para maiores desenvolvimentos quanto à presunção de inocência, veja-se VIELA, Alexandra, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2005.

(142) GOMES, Luiz Flávio, «Violência» [n. 135], p. 183.

(143) *Idem*, pp. 188 e 189.

vertente positiva se vai consolidando à medida que o menor ganha consciência para praticar a sua autodeterminação, também sexual. Quando em causa está a protecção do desenvolvimento livre do menor na esfera sexual encontramos o máximo de intervenção protectora do Estado e, nesse momento, estamos perante uma relativa desoneração face à vertente positiva da liberdade sexual do menor. Mas, à medida que o menor vai adquirindo competências para a fruição da sexualidade, emerge o interesse da promoção da vertente positiva do bem jurídico, havendo necessariamente uma flexibilização no catálogo de condutas aptas a ofender a sua vertente negativa. O bem jurídico em causa, no entanto, é sempre, na nossa opinião, a liberdade sexual: um bem jurídico cuja poliedricidade justifica os variadíssimos matizes que assume, consoante a concreta titularidade. E, assim, as opções de criminalização e a discussão da amplitude maior ou menor do livre arbítrio que remanesça em face da codificação da vida têm de ser feitas por referência àquele bem jurídico.

Não obstante, surgem novos crimes cuja protecção não se dirige, ou não se dirige exclusivamente, à liberdade sexual do menor. Mesmo um raciocínio que nos levasse a dizer que era ainda aquele o bem jurídico protegido nos novos crimes, muito embora apenas na sua vertente negativa, estaria inquinado à nascença pelo facto de termos visto que a liberdade sexual só se realiza pelo equilíbrio das suas duas vertentes — e na construção de alguns novos crimes é afastada a possibilidade de o menor decidir por si, no domínio da sexualidade. Por outro lado, não se realiza também uma verdadeira protecção da vertente negativa da liberdade sexual, uma vez que, para isso, seria necessária a previsão de uma intromissão indesejada de terceiros na experiência sexual da vítima capaz de se autodeterminar. O que acontece, porém, é que não se dá à vítima, mesmo à que já tem aquela capacidade, a possibilidade de consentir na experiência. Por isso, não pode dizer-se que haja uma intromissão forçada do agente e que, desse modo, a incriminação surja vocacionada para a protecção da vertente negativa do bem jurídico.

O desfasamento da titularidade do bem jurídico relativamente a uma pessoa em concreto tem sido um processo natural. Albin Eser (144)

(144) ESER, Albin, «Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altro? Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato» (Tradução de FON-

fala no bem jurídico como um princípio global que permite a confluência supra-individual de bens jurídicos concretamente titulados, não ignorando as repercussões deste modelo relativamente à vítima. A protecção dá-se cada vez mais porque é posto em crise um interesse que se considera importante, não relevando tanto a violação desse mesmo interesse na esfera jurídica de uma pessoa concreta. Esta tendência encerra, no entanto, para a vítima, o risco de se tornar crescentemente estranha à estrutura de previsão dos crimes e, conseqüentemente, do processo penal. Ora, este risco é inaceitável e a supra-individualização dos bens jurídicos não pode desgarrar-se completamente da vítima⁽¹⁴⁵⁾, tal como não podem punir-se todas as condutas aptas à ofensa de valores supra-individuais, sacrificando-a inteiramente.

Hoje, é imperativo aceitar que o CP português também criminaliza, nesta matéria, em razão da protecção de outros bens jurídicos que não a liberdade sexual. Esses serão, necessariamente, bens jurídicos supra-individuais, porque só assim se justifica que ultrapassem a realização da vontade individual do menor, levando à incriminação da conduta. O novo bem jurídico não surge associado a todos os crimes previstos no CP. Mesmo depois da revisão de 2007, é possível atentar em crimes verdadeiramente preordenados à protecção de um bem jurídico pessoal e que, no caso, é a liberdade sexual. Estão nestas condições o crime de abuso sexual de crianças, que visa proteger o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, o crime de actos sexuais com adolescentes e o crime de abuso sexual de menores dependentes. Mas a verdade é que, em face de crimes como o lenocínio de menores, o recurso à prostituição de menores e a pornografia de menores, a discussão não pode circunscrever-se à aceitação de que o livre desenvolvimento da per-

DAROLI, Désirée), *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XL, Fasc. 4, Milano, Giuffrè Editore, Ottobre-Dicembre 1997, pp. 1080 e ss. (citado: «prevalenzas»).

⁽¹⁴⁵⁾ Mesmo relativamente aos casos em que é indiscutível a natureza supra-individual do bem jurídico protegido, nada obsta a que interesses de pessoas certas e determinadas se reconduzam à abstracção protegida. Neste sentido, quanto aos crimes ambientais, Dias, Jorge de Figueiredo, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — um quarto de século depois», in *Estudos em Homagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 383.

sonalidade do menor na esfera sexual precisa de ser protegido até aos dezoito anos, justificando-se assim as incriminações⁽¹⁴⁶⁾.

Entendemos que o bem jurídico emergente é a protecção da infância e da juventude, enquanto bem jurídico supra-individual. O Estado assumiu, constitucionalmente, nos artigos 69.º e 70.º da CRP, o compromisso de proteger a infância e a juventude. E a Lei Fundamental chama à colação, na redacção de ambos os artigos, o direito ao desenvolvimento dos menores em causa. Por essa razão, poderíamos ser levados a pensar que as novas incriminações não surgem na sequência de qualquer novo bem jurídico, mas do alargamento do âmbito de protecção do bem jurídico liberdade sexual, na vertente do livre desenvolvimento da personalidade dos menores na esfera sexual. Não podemos, todavia, aceitar que o que está em causa é esse alargamento da protecção do bem jurídico já existente.

O direito ao livre desenvolvimento do menor que se protege pelo crime de abuso sexual de crianças é um bem jurídico pessoal, uma face do bem jurídico liberdade sexual, tal como o entendemos. É em ordem à protecção da vertente negativa da liberdade sexual do menor concretamente em causa, do seu direito ao livre desenvolvimento na esfera da sexualidade, que a conduta é punida. O bem jurídico assume aquela configuração porque se refere a um menor com menos de catorze anos, mas não deixa de ser uma manifestação da liberdade sexual e, em consequência disso, de um interesse pessoal. Ora, este raciocínio não pode já valer se nos centrarmos na análise dos novos crimes já referidos. Por um lado, já não estamos em face de menores com menos de catorze anos, pelo que está afastada a necessidade da tendencial protecção absoluta da vertente negativa da liberdade sexual. Por outro lado, existindo já uma vertente positiva de liberdade a ser promovida, esta não releva em face das incriminações, sendo aquelas puníveis independentemente da adesão do menor, pelo menos até aos dezasseis anos deste. O que vimos de dizer não vale, obviamente, para o caso de crimes de pornografia de menores de catorze anos, em que, por uma questão de coerência e unidade jurídicas, a incriminação não está posta em causa.

⁽¹⁴⁶⁾ No mesmo sentido da solução da revisão de 2007 pronunciou-se SOTTO-MAYOR, Maria Clara, «situação» [n. 39], p. 143.

Mas a vítima deste crime, bem assim como a do de lenocínio de menores e a do de recurso à prostituição de menores, pode ter até dezoito anos, não se apreendendo da construção do tipo qualquer diferenciação em torno da aquisição de maturidade sexual.

Relativamente a estes novos crimes constantes do catálogo penal actualizado em 2007, o bem jurídico protegido acaba por ser, pois, a protecção da infância (enquanto todos os infantes) e da juventude (enquanto todos os jovens). Os novos crimes foram concebidos independentemente da valorização que o menor faça relativamente à ofensa. Ora, se, independentemente do juízo de ofensividade que o menor faça relativamente à conduta, o legislador entende que esta tem dignidade penal, está justificada a ponderação da existência de um bem jurídico supra-individual a ditar a incriminação. Com efeito, a opção de conceder tutela penal a um bem jurídico como a infância e a juventude não é, sequer, inédita. Se atentarmos no crime previsto no artigo 184.º/b do CP alemão encontramos uma incriminação com base na protecção daquele bem jurídico, punindo-se aquele que exerça a prostituição em local frequentado por menores. Em causa está o perigo que representa para a infância e a juventude o exercício da prostituição nestes locais frequentados por menores, como sejam as imediações de uma escola, não sendo, por conseguinte, a liberdade sexual de qualquer menor que se proteje com o crime, mas a integridade do desenvolvimento de uma geração. Do mesmo modo, só a aceitação da emergência deste novo bem jurídico justifica algumas das novas incriminações do nosso CP, sendo justamente por aí que vai a nossa opção.

Este novo bem jurídico decorre da aceção de bem enquanto meio, distinta daquela que postulávamos em sede de crimes sexuais, de bem jurídico enquanto fim⁽¹⁴⁷⁾. O bem jurídico enquanto fim surge associado

(147) Cf. MANTOVANI, Ferrando, «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XI, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 1997, pp. 314 e ss.; leia-se, a propósito, ainda COSTA, A. M. Almeida, «Nóhula antes do art. 262.º», in Comentário Combricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 748 e ss.; e DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 143 e 144.

à tutela de interesses pessoais e como forma de os proteger ou potenciar. Diversamente, o bem jurídico enquanto meio acolhe os interesses supra-individuais e surge vocacionado para a protecção instrumental dos interesses pessoais, enquanto *plus* garantístico do desenvolvimento da pessoa e da conservação desses seus interesses. A incriminação para protecção de um bem jurídico meio surge como arquitrave do sucesso da protecção que algumas normas farão a bens jurídicos fim. Neste específico sentido, podemos afirmar que a protecção da infância e da juventude surge como meio através do qual é protegido o espaço de realização da protecção da liberdade sexual dos menores. Ou seja, a protecção da infância e da juventude não surge desgarrada dos menores em concreto, mas não está preordenada à protecção destes. Aparece, este novo bem jurídico, como enquadramento dos interesses individuais, mas assume autónoma dignidade penal.

Para além de poder questionar-se esta protecção em face do bem jurídico que a sustenta, ela convoca ainda um outro problema: qual o limite etário até onde se justifica que o bem jurídico supra-individual protegido se sobreponha à liberdade sexual do menor⁽¹⁴⁸⁾? Já vimos que não é a liberdade o bem jurídico directamente protegido, desde logo pela desconsideração feita à vertente positiva desta. Ainda assim, estamos em face de condutas que interferem directamente com a manifestação da liberdade sexual do menor, também na sua vertente positiva. A partir dos

(148) Este novo bem jurídico distingue-se, bem é de ver, do *plus* que determina a incriminação do abuso sexual de menores dependentes com mais de catorze anos. Nestes casos, não é em nome de qualquer bem jurídico supra-individual de protecção da infância e da juventude que se incrimina a conduta, mas pelo desvalor acrescido que esta assume em virtude do especial dever de cuidado que sobre o agente recai. A protecção concedida aos menores de catorze anos em geral alarga-se, neste tipo, àqueles que, em virtude da especial proximidade com o agente, são mais susceptíveis de ver cercada a sua vontade. E, assim, é com base na ofensa à liberdade sexual do menor que o agente é punido por abuso sexual de menores dependentes. Sobre este crime, deitadamente, ANTUNES, Maria João, «Artigo 173.º — Abuso sexual de menores dependentes», in Comentário Combricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 554 a 559; ANTUNES, Maria João, *Desaparecimento e exploração sexual de crianças*, 1.ª ed., Instituto de Apoio à Criança, Maio de 2004, p. 42; e, a propósito do concurso de factores para a incriminação, ALBERTO, Isabel, CARMO, Rui do, GUERRA, Paulo, *conversa* [n. 58], p. 33.

catorze anos, não subsistindo a necessidade de uma protecção tendencialmente absoluta dos menores, não é despiciente pensar que algumas das novas incriminações comprimem uma vertente positiva da liberdade sexual do menor. Em face de um conflito de interesses como o que anunciamos, é necessária muita ponderação. Falha, pois, quanto a nós, a protecção do bem jurídico meio se, pela sua maximização, se frustrar a realização do bem jurídico fim, pelo que é preciso achar o equilíbrio entre estes para que possa falar-se numa protecção eficaz. A protecção da infância e da juventude encontra fundamento na necessidade de proteger e promover a liberdade sexual dos menores, sem constrangimentos. Por isso é que aquela é um meio de protecção, em última análise, também desta. E se esta, a liberdade sexual, é também enformada por uma vertente positiva, então é também esse um interesse a ter em conta.

Ao assumirmos que o novo bem jurídico perpassa o ideário protetivo dos crimes sexuais contra menores, muito embora se manifeste com maior propriedade nuns que noutros, bem se compreende que aceitamos que os novos tipos constem ainda do capítulo dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Maria João Antunes considerou que, perante as transformações que a revisão anunciava, haveria vantagem na criação de uma nova secção de crimes no CP, preordenada à protecção devida aos menores, inserta num capítulo de crimes contra a família, a protecção devida aos menores, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos, do título dos crimes contra a vida em sociedade, que foi, aliás, uma solução a dado momento avançada pelo legislador da revisão de 2007⁽¹⁴⁹⁾. O crime de pornografia de menores, sendo aquele em que a recondução da incriminação a uma protecção de um bem jurídico pessoal, estando em causa menores com mais de catorze anos, é mais difícil de fazer, convocou esta solução que prevaleceu ainda durante algum tempo. De facto, atendendo à natureza supra-individual do bem jurídico em primeira linha protegido, não é despiciente a consideração daquela vantagem. Apesar disso, tal como já referimos, o bem jurídico supra-individual, que identificamos com a protecção da infância e da juventude, encontra linhas de cruzamento

⁽¹⁴⁹⁾ ANTUNES, Maria João, «incriminações» [n. 13], p. 61, na linha das Propostas de 24 de Junho e da Proposta de lei n.º 149/IX para alteração ao CP.

com a protecção da liberdade sexual de determinado menor, ainda que apenas na sua vertente negativa — o menor, de entre todos os jovens, que em concreto se prostitui ou é utilizado em material pornográfico. Por isso, parece-nos que a inserção sistemática dos crimes não está em causa. Quando aquelas intersecções falhem, então, a solução também não nos parece dever passar pela criação de uma nova secção de crimes, mas sim pela assunção da ausência de dignidade penal das condutas incriminadas e, deste modo, pela sua necessária descriminalização.

6.2. Crimes de perigo abstracto ou ausência de dignidade penal por falha da ofensividade da conduta do agente?

A protecção de um bem jurídico como a infância e a juventude não está isenta de críticas⁽¹⁵⁰⁾. Mas são as novas condutas puníveis que revelam o afastamento dogmático da titularidade concreta do bem digno de tutela penal. Ora, se na densificação do bem jurídico não há referente de liberdade e de individualidade, é em geral que se definirá a boa experiência da sexualidade, “não deixal[ndo] de ser problemática a legitimidade para impor, sem mais, aos menores programas de controlo sexual ditados pelos adultos”⁽¹⁵¹⁾. Assim, o bem jurídico que se pretende tutelar deve ser questionado sob o prisma da dignidade penal das condutas. O problema, em sede da matéria que nos ocupa, reside em que, não sendo possível reconduzir a incriminação de uma determinada conduta à protecção de um bem jurídico pessoal como a liberdade sexual, assumindo-se que se trata antes de proteger um valor supra-individual como a infância e juventude, então, a adesão dos sujeitos à sua prática é irrelevante, independentemente da idade que estes tenham e do discernimento que os caracterize. Significa isto que, ainda que para a vítima possa não existir qualquer dano ou sequer perigo, porque ela efectivamente não sofre o primeiro, nem sente o segundo, a punibilidade da conduta não se afasta porque o bem jurídico não está na disponibilidade desta⁽¹⁵²⁾, uma vez que lhe foi retirado. Por que, enfim, o bem jurídico é, como defendemos, supra-individual.

⁽¹⁵⁰⁾ ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], p. 396.

⁽¹⁵¹⁾ *Idem*, p. 397.

⁽¹⁵²⁾ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, «ofendido» [n. 129], p. 113.



A conduta do agente é punida para se obstar a consumação de crimes que ofendam bens jurídicos pessoais, mas não ofende, ela mesma, qualquer bem jurídico tutelado em concreto. Falamos assim porque o objectivo do Estado-legislador é expurgar a sociedade de comportamentos que coisificam o menor (em geral) e o reduzem a objecto sexual, cumprindo esse programa mesmo com sacrifício da vontade do menor concretamente em causa. Referindo-se a este tipo de crimes, Mantovani⁽¹⁵³⁾ sustenta que acarretam uma nova dinâmica ao princípio da ofensividade, porquanto exigem que se pondere a idoneidade da conduta punida para facilitar a ofensa ao bem jurídico que em último termo procura proteger-se. Ou seja, se a conduta punida não for apta a facilitar, a potenciar crimes sexuais que ofendam a liberdade sexual do menor, na sua vertente negativa, então a sua ofensividade está em causa e, deste modo, também a sua dignidade penal. Sobre o mesmo tema, Costa Andrade cita Maurach e Schröder, para quem “os tipos legais preordenados à protecção da juventude são crimes de perigo abstracto de índole especial: ao contrário do que acontece com os clássicos crimes de perigo abstracto, o perigo é não só em concreto presumido, como nem sequer é, em nenhum caso, susceptível de ser exactamente avaliado”⁽¹⁵⁴⁾. Apesar de tudo, no entanto, o Estado assumiu, tal como vimos, um compromisso de protecção da infância e da juventude, o que pode determinar a assunção de proibições que só de forma muito ténue se associam a uma ofensa ao bem jurídico pessoal.

Estamos, nesta sede, em nosso entender, naquele espaço de cuidado-de-perigo de que fala Faria Costa⁽¹⁵⁵⁾ e que se associa a valores essencialíssimos do viver comunitário. Bem é de ver que esta essencialidade é ela própria fruto do devir histórico em que o direito se vai

⁽¹⁵³⁾ Conforme MANTOVANI, Ferrando, «Il principio di offensività nel codice penale peruviano», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno XLV, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 2002, p. 410 (citado: «offensività»).

⁽¹⁵⁴⁾ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], p. 396.

⁽¹⁵⁵⁾ Veja-se COSTA, José de Faria, *perigo* [n. 96], pp. 625 e ss. No mesmo sentido, D'AVILA, Fábio Roberto, *Ofensividade e crimes ofensivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, BFDUC, *Studia Iuridica*, 85, Coimbra Editora, 2005, pp. 159 e ss.

legitimando, mas não deixa de justificar a incriminação das condutas cuja ofensividade mais palidamente se assume. Apesar dessa construção do tipo, preordenada assim a uma protecção independente de um bem jurídico concretamente tutelado e em concreto posto em perigo, a norma não pode ser espaço aberto a qualquer deriva incriminatória. Por isso, há na sua construção um cuidado grande na definição das condutas aptas a constituir crime, sendo os tipos exaustivos na descrição.

Existe, na conduta punida do agente, um desvalor autónomo merecedor de tutela penal e que consiste num perigo de perigo para o bem jurídico fim do ideário protectorio do legislador. Um perigo de pôr em perigo um bem jurídico digno de tutela penal que é preciso acautelar, prevendo-se a incriminação da conduta apta a produzir esse perigo. É a esta luz que, em nosso entender, têm de perspetivar-se algumas das novas incriminações do CP. Apesar disso, como vimos, os pontos de intersecção entre este perigo de pôr em perigo todos os menores e a liberdade de realização pessoal, na esfera sexual, de um menor determinado têm de relevar em sede de ponderação da punibilidade da conduta em concreto. E este é o limite para a dignidade penal da conduta.

7. BREVE ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUMAS INCRIMINAÇÕES

7.1. O lenocínio e o recurso à prostituição de menores

O lenocínio é punido em dois artigos distintos: um, de lenocínio (de maiores), outro, de lenocínio de menores. Até 2007, porém, a distinção era feita de modo diverso e o lenocínio de menores estava previsto apenas até aos dezasseis anos da vítima. Atendendo à larga discussão que foi produzida em torno do lenocínio de maiores de dezasseis anos, parece-nos importante um enquadramento a esse propósito. De facto, ela valeu também para os casos de lenocínio de uma parte dos menores que agora é acolhida pelo tipo de lenocínio de menores e, atendendo a que a posição maioritária da doutrina caminhava no sentido da descriminalização do lenocínio simples, parece importante analisar a inversão desse caminho, pelo legislador de 2007, no caso dos menores entre os dezasseis e os dezoito anos.

Para a doutrina maioritária (156), se não há dúvidas quanto ao lenocínio agravado proteger a liberdade sexual da vítima, por se tratar de casos de uso de violência, ameaça grave, erro provocado ou aproveitamento do estado da pessoa, já quanto ao lenocínio simples prevalecem as maiores reservas quanto ao bem jurídico tutelado. Entendem não se tutelar com a norma qualquer bem jurídico pessoal, uma vez que esta subsiste à custa do desvalor do exercício profissional ou intenção lucrativa do agente. O que motiva o tipo penal será, então, a reprovação de um modo de vida que se traduz na levandade das pessoas, na entrega destas a uma vida sem pudor e avessa às regras morais cristalizadas, um interesse geral da sociedade na manutenção de uma certa moralidade no âmbito da sexualidade, no fundo, a tutela da moral. Só assim se justifica que a mesma conduta não seja punida se o agente não actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa. De facto, para a vítima em concreto, que diferença tem a actuação do agente conforme a sua intenção lucrativa ou o exercício profissional que faça do lenocínio? Nenhuma, o que logo aí demonstra que o que está efectivamente em causa é a reprovação social perante o comportamento do agente e não a protecção da vítima. Em sentido distinto, Jorge Dias Duarte (157) e Pedro Vaz Pato (158) vêm defendendo estar sempre em causa no crime de lenocínio (agravado ou simples) uma violação a um bem jurídico reconduzível à esfera pessoal da vítima. Para o primeiro autor, o bem jurídico em causa é a liberdade sexual, desde logo pela inserção sistemática do tipo penal no capítulo dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Já Pedro Vaz Pato considera que o que está em causa é a dignidade da pessoa que se prostitui, um bem jurídico que converge para a necessidade de se evitar distinguir entre

(156) DIAS, Jorge Figueiredo, *apud* DUARTE, Jorge Dias, «Crime de lenocínio: unidade ou pluralidade de infracções», *Sub Judice*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, p. 31 (citado: «lenocínio»); RODRIGUES, Anabela Miranda, «170.º» [n. 36], pp. 518 e ss.; LOPES, José Mouraz, *alteração 01* [n. 59], pp. 69 e ss.; ALVES, Sérgio Reis, *apud* DUARTE, Jorge Dias, «lenocínio» [n. 156], p. 31; e RAVOSO, Vera Lúcia, «moralidade» [n. 27], pp. 931 e ss.

(157) DUARTE, Jorge Dias, «lenocínio» [n. 156], pp. 31 e ss.

(158) PATO, Pedro Vaz, «Direito penal e ética sexual», *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 2, 2001, pp. 123 e ss.

uma prostituição forçada (a do tipo agravado) e uma prostituição livre (a do tipo simples).

Ao nível jurisprudencial, a controversia chegou mesmo a dar lugar à criação de uma *via per mezza*, que considerou que o crime de lenocínio, simples ou agravado, pune sempre duas ordens de valores — o interesse pessoal da vítima e a sua liberdade sexual, por um lado, e os valores da comunidade e as concepções ético-sociais dominantes, por outro (159). No entanto, esta formulação está inquinada de berço, sobretudo atendendo ao que vimos defendendo quanto à ilegitimidade do direito penal para punir qualquer conduta humana com base em concepções moralistas. O acórdão não refere a moral como único interesse posto em crise pela atitude do agente, mas apenas como um *plus* na justificação da intervenção penal. Ainda assim, falha a dignidade penal do bem jurídico ao não ser dado relevo à ofensa do agente ocasional, com as mesmíssimas repercussões na vítima.

O respeito pelas disposições constitucionais relativas à igualdade (art. 13.º da CRP) e à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º da CRP), conjugado com o direito à liberdade sexual na sua vertente positiva, justificariam, na nossa opinião, a descriminalização da conduta de lenocínio simples. Não foi ainda em 2007 que o CP acolheu essa solução, mantendo a incriminação naqueles moldes. Apesar disso, retirou da alçada da norma a situação dos menores entre os dezasseis e os dezoito anos, subtraindo-a à discussão em torno de se proteger com a norma apenas a moral. Inseriu-se a conduta de lenocínio daqueles menores no artigo que protege todos os menores quanto àquela prática e assumiu-se, desta forma, que, independentemente da idade, há um bem jurídico que é posto em crise pela conduta do agente se a vítima for um menor. Por

(159) Assim, *vide* Ac. TRP, de 14 de Junho de 1989, relativo ao processo 0000414 e com Calheiros Lobo como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008). A questão mantém actualidade, tendo sido discutida, mais recentemente, no Ac. TRG, de 20 de Janeiro de 2007, relativo ao processo 2053/06-1 e com Cruz Bucho como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008), e no Ac. STJ, de 5 de Setembro de 2007, relativo ao processo 07P1125 e com Pires da Graça como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008), que concluíram pela constitucionalidade do artigo 170.º

isso, por se centrar na vítima, o artigo referente ao lenocínio de menores não assenta em qualquer característica do agente, servindo a intenção lucrativa deste ou o seu intuito profissional como circunstâncias meramente agravantes.

No caso de vítimas menores, a incriminação da conduta do que fomentava, favorecia ou facilitava a prática de actos sexuais de relevo também não estava isenta de discussão. Não se exigindo, para a verificação do tipo, qualquer exploração de uma situação de abandono ou necessidade da vítima ou, por outro lado, violência, ameaça grave, ardit, ou manobra fraudulenta, que o agente actuasse profissionalmente ou com intenção lucrativa, Maria João Antunes⁽¹⁶⁰⁾ aludia a dificuldades em aceitar que o bem jurídico protegido pelo crime fosse a liberdade sexual do menor, o livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual. A autora partia do pressuposto de que a necessidade absoluta de protecção da liberdade sexual, com tendencial desconsideração pela vontade do menor, emerge apenas até aos catorze anos da vítima. A crítica foi acolhida pelo legislador de 2007, que afastou do crime de lenocínio não só as condutas relativas ao tráfico de pessoas, mas também a referência a actos sexuais de relevo, passando o crime a estar relacionado, exclusivamente, com o fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição.

Quanto ao lenocínio para o exercício da prostituição, a autora referia que, atendendo às características da prostituição, mais dificilmente se põe em causa a legitimidade do legislador penal para punir a conduta do lenocida. A contrapartida, monetária ou outra, decorrente do exercício da prostituição, é vista como um meio de viciar a vontade do menor, redundando numa constatação mais fácil de um discernimento falho para compreender o sentido e alcance do consentimento prestado⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ Assim em ANTUNES, Maria João, «Artigo 176.º — Lenocínio e tráfico de menores», in Comentário Coimbraense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 576 e ss.

⁽¹⁶¹⁾ Neste sentido também, ROSA, Mário La, «Minorare età e abusi sessuali: punti fermi e questioni aperte nella legislazione penale e nel diritto vivente», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno LI, Fasc. 1, Milano, Giuffrè Editore, Gennaio-Marzo 2008, p. 240.

Na nossa opinião, a decisão da criminalização da conduta lenocida tutela também o bem jurídico que vimos convocando em matéria de crimes sexuais contra menores e que é a protecção da infância e da juventude. Ser este um bem jurídico que justifica a incriminação ajuda-nos na compreensão do alargamento da idade da vítima até aos dezoito anos, convocando a protecção, até aí discutida, dos menores com mais de dezasseis anos. Na ponderação da punição em concreto há, no entanto, que ter em mente um outro bem jurídico, que é a liberdade sexual do menor, *maxime*, neste particular, na sua vertente positiva. A verdade, porém, é que o bem jurídico liberdade sexual, estando presente no horizonte de protecção da norma, não a determina, e, por isso, não podemos falar numa capacidade da vítima para, reunido o discernimento para compreender o alcance do acto, afastar por si, sempre, a punição da conduta. O bem jurídico protegido não está na disponibilidade da vítima, o que justifica que esta não possa consentir na sua ofensa em qualquer caso. Ainda assim, atendendo à relevância assumida pela liberdade sexual do menor, na sua vertente positiva, é importante considerar que quando o menor com mais de dezasseis anos consinta livre e esclarecidamente na conduta, deve ser em definitivo afastada a ilicitude desta.

Assim vistas as coisas, bem se compreende a previsão do crime de recurso à prostituição de menores. Se aceitamos a incriminação do lenocida por referência a um bem jurídico emergente e que se traduz na protecção da infância e da juventude, limiado exclusivamente pela liberdade sexual do menor, então, por uma questão de unidade e coerência penais, aceitamos a incriminação do recurso à prostituição de menores — o novo tipo penal que estabelece a punição daquele que, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre os catorze e os dezoito anos, mediante pagamento ou outra contrapartida. Isto é, ao aceitarmos que a contrapartida decorrente da prostituição pode impedir o discernimento do menor vítima do crime de lenocínio, então, é inevitável que aceitemos também a incriminação do recurso à prostituição de menores e a punição do cliente. Portanto, o mesmo argumento valerá para ambos os tipos. O lenocida fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição, mas o cliente acaba por efectivizar o valor daquelas condutas do agente, potenciando ainda os seus efeitos, ou os da conduta da vítima que autonomamente se dedica à prostituição. Também aqui, no entanto, o bem jurídico supra-individual sofre uma certa com-

pressão pela necessidade de promover a liberdade sexual do menor. Por conseguinte, tendo este dezasseis ou mais anos e discernimento para compreender o sentido e alcance da sua declaração de vontade, o seu consentimento deverá afastar a ilicitude da conduta do agente ⁽¹⁶²⁾.

O CP prevê que a partir dos dezasseis anos o menor pode validamente acordar na prática de relações sexuais e que, logo a partir dos catorze anos, estas relações só serão puníveis se o parceiro, sendo maior, abusar da sua inexperiência (art. 174.º). Esta realidade, no entanto, vinga apenas porque em causa está, em exclusivo, a protecção da liberdade sexual do menor. Quando o bem jurídico protegido se escora também em valores supra-individuais, então, parece-nos importante definir os limites da necessidade e proporcionalidade de compressão da promoção da liberdade sexual. Portanto, atendendo à nova configuração do consentimento válido dos menores, é de aceitar que, ao punir-se a conduta do lenocida, se puna também o cliente do menor que se prostitua. Não obstante, estas incriminações podem ver a sua ilicitude afastada a partir dos dezasseis anos do menor, o que nos permite falar num equilíbrio entre o que se pretende proteger por um lado e a liberdade sexual que deve promover-se por outro.

A conduta do lenocida deve ser punida quando nela não consista ou não consista válida e eficazmente o menor; quando o agente use de qualquer meio de exploração de uma situação de abandono, necessidade ou incapacidade da vítima ou abuse da autoridade que tenha sobre esta; ou ainda quando use de violência, ameaça grave, ardil, ou manobra fraudulenta. Bem se vê que quando em causa estão condutas que se traduzem tão-só no desvalor moral de o agente actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, continuamos a ser favoráveis à descriminalização, mesmo em face da protecção do novo bem jurídico.

O cliente, por seu lado, não deve ser punido pelo simples facto de praticar com o menor com mais de dezasseis anos um acto sexual de

relevo. Tratando-se de um menor desta faixa etária, a conduta do cliente deve ser punida nos termos gerais, ou seja, quando se traduzir, por exemplo, numa violação. Se o acto sexual de relevo é consensualmente praticado, tendo o menor capacidade para consentir, estará excluída a ilicitude da conduta, uma vez que uma protecção mais alargada do bem jurídico supra-individual seria irremediavelmente comprometedora da realização da vertente positiva da liberdade sexual do menor.

Também em Itália o recurso à substituição de menores é punido, fazendo-se, todavia, distinção entre os casos de menores entre os catorze e os dezasseis anos e entre os dezasseis e os dezoito anos. Além disso, a criminalização do recurso à substituição de menores entre os catorze e os dezasseis anos está prevista desde 1998 ⁽¹⁶³⁾, sendo hoje o cliente punido com pena de prisão que pode ir até aos cinco anos; e a criminalização do recurso à substituição de maiores de dezasseis, cujo cliente pode ser condenado em pena de prisão, no máximo até três anos, ou até em pena de multa, resulta da adopção de regras europeias e só foi prevista em 2006. Distintamente, em Espanha, embora o lenocínio de menores seja punível, não existe previsão legal que incrimine o cliente do prostituto. Não obstante, não nos parece que o cliente do prostituto menor de idade não possa ser punido naquele país. Sê-lo-á em face da incriminação da conduta do que promove a prostituição. Não se exigindo a intenção lucrativa ou a actividade profissional do lenocida para o preenchimento do tipo, a conduta do cliente confunde-se com a do lenocida, porque também ele favorece e facilita ⁽¹⁶⁴⁾ a substituição do menor. Por isso, não é preciso, em nosso entender, que a legislação espanhola puna autonomamente aquele que a troca de dinheiro praticar acto sexual com menor de idade, pois este poderá ser punido pelas condutas que em Portugal identificamos como lenocínio. O recurso à substituição de menores é ainda punido pela lei penal francesa, conforme resulta da leitura do seu artigo 225-12.º/1, nos mesmos termos

⁽¹⁶²⁾ Alertando para o perigo de se perder a referência ao bem jurídico protegido se se alargar em demasia a punição da prostituição, RODRIGUES, Anabela Miranda, «A União Europeia e a luta contra ao tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças», in *Direitos Humanos das Mulheres, Corpus Iuris Gentium Coimbra*, 4, Coimbra Editora, 2005, p. 45.

⁽¹⁶³⁾ Desenvolvidamente em POLI, Massimo, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori*, Roma, Edizioni Laurus Robuffo, pp. 13 e ss. (citado: *legge*).

⁽¹⁶⁴⁾ A lei espanhola fala, a este propósito, na incriminação da conduta do que “induzza, promueva, favorezca o facilite” e ainda na do que “determine... a ejercer la prostitución o a mantener-se en ella” (arts. 187.º e 188.º do CP espanhol).

em que se pune o recurso à prostituição de pessoas especialmente vulneráveis.

Por seu turno, a lei penal alemã mantém, para o crime de lenocínio de menores, parte da solução que acolhíamos antes de 2007, punindo o que favoreça os actos sexuais de relevo de menor de 16 anos (art. 180.º/1). Esta lei incrimina ainda as condutas do que facilita ou fomenta a prostituição, designadamente através da exploração de estabelecimento em que menores de dezoito anos se prostituam (art. 180.º/d/2) e do rufião que retire proveito económico da prostituição de outrem (art. 181.º/a). O recurso à prostituição, em si, não é punido naquele ordenamento jurídico, pelo menos não tão claramente como entre nós, mas o legislador alemão não deixou de prever a punição do maior de dezoito anos que se relacione com um menor de dezasseis a troco de dinheiro, falando, contudo, nesses casos, em abuso sexual (art. 182.º/1, 1). A lei alemã revela, aliás, uma grande preocupação com a protecção em geral da infância e da juventude, cuja relevância enquanto interesse chega a conduzir à compressão da liberdade sexual do maior que se prostitui — o artigo 184.º/b, a que já nos referimos, pune aquele que exerça a prostituição em casa onde habite menor de dezoito anos e ainda aquele que a exerça na vizinhança de uma escola ou outro local frequentado por menores de dezoito anos. Este tendencial exacerbamento securitário dos Estados não pode, todavia, ser aceite em termos absolutos, sob pena de sacrificar as esferas de liberdade das pessoas em limites irrazoáveis. Por isso, é fundamental que as incriminações não deixem de atender à intersecção a que já nos referimos, isto é, ao exercício de liberdade que pode estar em causa. No caso desta última opção alemã, por exemplo, somos da opinião que a conduta não devia constituir crime. Não há nela nada que ofenda o bem jurídico infância e juventude enquanto espaço de concretização de liberdade sexual. E, quando tal acontece, é a moral que passa a controlar a determinação penal e esse é um caminho a que o legislador dever furtar-se.

Em síntese, a protecção de um bem jurídico supra-individual como a infância e a juventude não pode desconhecer limites, porquanto contém, em variadíssimas formas de manifestação, com a liberdade sexual, que é um bem jurídico de indiscutível dignidade penal e que traduz uma autonomia do menor que tem de ser atendida. Se em abstracto podemos pensar o perigo de perigo para as crianças e jovens que vivam com uma realidade de prostituição infantil, é ainda em ordem à

protecção destes que se afastará a figura do crime dos actos sexuais que o menor com maturidade sexual para o consentimento decida praticar a troco de dinheiro ou outra contrapartida.

7.2. Pornografia de menores: limites à incriminação ⁽¹⁶⁵⁾

7.2.1. O novo crime de pornografia de menores

Através do novo tipo penal de pornografia de menores passou a ser punida, entre nós, a conduta daquele que utiliza (ou alicia para esse fim) menor em espectáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte, a daquele que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, material pornográfico em que utilize menor, e ainda a daquele que adquirira esse material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder. A pena é agravada de metade ou de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, conforme se trate, no primeiro caso, de menores de catorze anos, e, no segundo, de menores de dezasseis anos.

A Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, refere, a propósito do conceito de “pornografia infantil”, que é considerado material pornográfico todo aquele que descreva ou represente visualmente “crianças reais, pessoas reais com aspecto de crianças e imagens realistas de crianças não existentes envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas” ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ Sobre estas questões, LOPES, José Mouraz, *alteração 01* [n. 59], pp. 84 e ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo, «Artigo 172.º» [n. 132], pp. 541 a 553; ANTUNES, Maria João, «incriminações» [n. 13], pp. 57 a 71.

⁽¹⁶⁶⁾ Esta definição, que nos parece muito nítida, assemelha-se à dada pela Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de Novembro de 2001, no seu artigo 9.º/2 e vai no mesmo sentido da do Child Pornography Prevention Act, adoptado pelos Estados Unidos da América em 1996. No Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, de 25 de Maio de 2000, encontramos, todavia, no artigo 2.º/c, que “Pornografia infantil (apenas) designa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho

O bem jurídico aqui protegido é, mais uma vez, quanto a nós, a infância e a juventude. O bem jurídico protegido acaba por parecer o mesmo que se protegia pelos crimes de pornografia de menores previstos no CP antes da revisão de 2007 e que se inseriam no artigo do abuso sexual de menores. No entanto, naqueles estávamos em face de um especial dever de protecção assumido pelo Código relativamente aos menores de catorze anos, e, aí, numa demanda de protecção absoluta da vertente negativa da liberdade sexual, uma vez que a vertente positiva desta não tinha ainda suficiente expressão. Neste novo crime, porém, a protecção é alargada a todos os menores de dezoito anos, razão pela qual não podemos falar já de uma protecção da liberdade sexual do menor (que só se realizaria se resultasse da incriminação também a promoção da vertente positiva do bem jurídico, que agora já releva). Assim sendo, é supra-individual o bem jurídico protegido, mas enquanto espaço de concretização das diferentes manifestações de liberdade sexual. Por isso, também nesta sede se defende a necessidade de a protecção absoluta dos menores não se constituir como um motivo de sacrifício para um bem jurídico essencial que é a sua liberdade sexual, na vertente positiva. Para que este interesse não seja, pois, irremediavelmente posto em crise pela protecção do bem jurídico supra-individual, temos de procurar graduações de protecção, não podendo esta afirmar-se categoricamente até aos dezoito anos da vítima. Não há inteira disponibilidade da vítima quanto ao bem jurídico previsto na incriminação da conduta, mas, ainda assim, como forma de obviar a uma compressão intolerável da sua liberdade sexual na vertente positiva, deve o seu consentimento, válido e eficaz, afastar a ilicitude daquela.

A ofensividade das condutas não nos parece, contudo, linear neste crime. Relativamente à conduta do que utiliza (ou alicia para esse fim) o menor no material pornográfico ⁽¹⁶⁷⁾, não restam dúvidas sobre a prode actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”.

⁽¹⁶⁷⁾ Em sentido distinto, LOPES, José Mouraz, *alteração 07* [n. 47], p. 153, para quem, relativamente às condutas do que utiliza o menor no material pornográfico e do que o alicia para esse fim, se está a proteger a liberdade e autodeterminação sexual dos menores.

tecção enquadramento que é feita à infância e à juventude em geral, no âmbito da qual se encontra ainda um escopo de protecção do menor que em concreto é utilizado ou aliciado. O que significa que o espaço de realização do bem supra-individual surge enformado também pela necessidade de promover a concretização do bem jurídico pessoal. E, com efeito, a adesão válida do menor à prática sexual deve excluir a ilicitude do facto.

Quando, por outro lado, se prevê a punição do agente que produz, distribui, importa, exporta, divulga, exhibe, cede, ou adquire o material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, põe-se o problema de saber se o perigo de pôr em perigo a infância e a juventude não está a comprimir irrazoavelmente a liberdade de expressão, em geral, e a liberdade de circulação dos materiais, em particular. Na nossa opinião, estas condutas surgem numa relação de ofensividade subordinada relativamente ao comportamento do que utilizou ou aliciou o menor. O espaço de realização do bem jurídico infância e juventude foi interceptado pela conduta do que utilizou ou aliciou o menor para a produção do material. Todas as outras condutas surgem como decorrência daquela atitude e, por isso, o seu desvalor é diferente, razão por que merecem um juízo autónomo de aferição da necessidade de intervenção do direito penal.

Mouraz Lopes fala em formas de “travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a liberdade e a autodeterminação sexual de crianças, elas sim violadoras de bens jurídicos pessoais” ⁽¹⁶⁸⁾. A ofensividade é aqui concebida por referência ao grande perigo de comportamentos de imitação das práticas sexuais registadas e pela vitimização que daí poderá advir para uma geração à mercê de predadores sexuais. Mas a conduta dominante é a do que utiliza o menor, porque sem essa não haveria potencial rol de ofensas ao bem jurídico infância e juventude. Por outro lado, relativamente a esta conduta dominante, é possível encontrar o equilíbrio desejado entre a protecção alargada dos menores e a protecção em concreto da vertente positiva da sua liberdade sexual, devendo excluir a ilicitude do facto o consentimento livre e

⁽¹⁶⁸⁾ LOPES, José Mouraz, *alteração 07* [n. 47], p. 153.

esclarecidamente prestado por maior de dezasseis anos. Distintamente, este equilíbrio de interesses é já muito difícil de potenciar no caso das condutas a que chamámos subordinadas. O referente pessoal da concretização da protecção do bem jurídico supra-individual quase desapa- parece nestas condutas. Porque o menor, ainda que nelas não tenha consentido, viu o seu interesse violado aquando da sua utilização e vê-lo-á mais salvaguardado pelo controlo dessa actividade do que das que posteriormente se desenvolvem à custa dela.

Não só a sua danosidade social, o desvalor destas condutas subordinadas, acaba por ser condicionado pela danosidade social da conduta do que utiliza ou alicia o menor como, em acrescento, é preciso atender ao facto de estarmos em face de condutas muito difíceis de controlar. Assim sendo, ainda que não questionemos o alargamento da ten- dência de protecção da infância e da juventude, já não nos parece que esta tenha de ser sempre feita através do direito penal. A tendencial pro- tecção absoluta do menor mantém o seu limite nos catorze anos, devendo encontrar-se formas que reconheçam o esbatimento que opera, nesta sede, daí em diante. Por isso, e pela subordinação associada às condu- tas de que curamos por ora, parece-nos que, sendo o menor utilizado maior de catorze anos, as condutas devem ser despenalizadas, passando a figurar entre as proibições contra-ordenacionais.

Na Era digital, o controlo do material pornográfico ganha contornos muito complicados, seja pelo facilitadíssimo acesso à internet, seja pela dedicação de piratas informáticos em manter o anonimato e apagar o rasto dos materiais ⁽¹⁶⁹⁾. Consciente dessa dificuldade, o Governo Ita- liano fez acompanhar a incriminação das novas condutas de mais meios de combate a estes tipos de crime e criou o Centro nazionale per il con- trasto della pedopornografia sulla rete INTERNET (arts. 19.º e ss. da legge 6 febbraio 2006, n.º 38). De facto, a prevenção destes crimes e a perseguição dos seus agentes reveste-se de muita complexidade. Ora, de que vale prever o crime se não forem previstos meios para o prevenir,

⁽¹⁶⁹⁾ Sobre as dificuldades de controlo da pornografia na Era digital, leia-se GRABOSKY, P. N., SMITH, Russell G., *Crime in the digital age. Controlling telecom- munications and cyberspace illegalities*, Transaction Publishers, The Federation Press, 1998, pp. 119 a 135.

identificar e perseguir? Em Portugal, são ainda muito poucos os passos conhecidos a este nível. Por isso, e seguindo a formulação de Concei- ção Cunha, para quem “quanto menor for a danosidade social, mais exi- gente se deverá ser quanto ao grau de eficácia da pena que justifique a sua intervenção” ⁽¹⁷⁰⁾, não excluímos a vantagem de, como adianta Rui Pereira, ser preferível obviar a algumas condutas por meio do direito contra-ordenacional ⁽¹⁷¹⁾.

Assim sendo, o agente que utilize menor em material pornográfico deve ser punido, não só pela emergente necessidade de maior protecção dos menores, mas porque, não estando na disponibilidade da vítima o bem jurídico tutelado, se justifica que as regras do consentimento valham nos termos gerais, de se exigirem os dezasseis anos e o discernimento para compreender o sentido e alcance da vontade manifestada. Se o menor tiver mais de dezasseis anos e reunir este discernimento, então o seu consen- timento deve excluir a ilicitude da conduta. Quanto à conduta daquele que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder, a qual- quer título ou por qualquer meio, material pornográfico em que se utilize menor, ou adquirir esse material com o propósito de o distribuir, impor- tar, exportar, divulgar, exibir ou ceder já a questão não é tão linear e merece algum detalhe na sua ponderação. Deste modo, tratando-se de menor com mais de catorze anos, e porque há-de encontrar-se um esba- timento das exigências preventivas também nas opções de redacção legal, somos favoráveis a que as condutas subordinadas se encontrem mais adequadamente insertas no quadro das proibições contra-ordenacionais. Cremos que o legislador baseou a incriminação destas condutas no perigo de perigo para a infância e juventude de proliferarem materiais que coisificam o menor e o reduzem a objecto sexual. E esta não é, em face da orientação do CP, uma solução que nos pareça despropositada. Bem pelo contrário. O que nos parece também é que é preciso equili- brar a construção da proibição com a capacidade de resposta do sis- tema penal e com a idoneidade das condutas para o perigo que se pre- tende proteger. Por isso, sufragamos a posição de que é preciso operar

⁽¹⁷⁰⁾ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *constituição e crime* [n. 95], p. 214.

⁽¹⁷¹⁾ Defendendo o carácter contra-ordenacional designadamente da conduta de exibição de material pornográfico, PEREIRA, Rui Carlos, «liberdade» [n. 35], p. 48.

aqui uma despenalização propriamente dita, com a transformação dos ilícitos penais em ilícitos contra-ordenacionais. De outro modo, embora não nos pareça de tão grande acerto, a solução, pelo menos, de uma despenalização relativa destas condutas, em face da conduta do que utiliza ou alicia o menor (com abaixamento dos mínimos e máximos da moldura penal abstracta), granjearia já o rigor da diferenciação entre a conduta dominante e as condutas subordinadas.

Não deixamos, ainda assim, de notar que a solução do nosso CP segue a orientação de legislações europeias. Desde 1998, data da legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori⁽¹⁷²⁾, que a legislação italiana pune não só a conduta do que alicia o menor, como a do produtor, como também a do detentor do material pornográfico em que seja utilizado menor de dezoito anos. O CP espanhol autonomiza ainda uma outra conduta, que é a do financiador do material pornográfico produzido com menores, punindo-a com igual moldura penal à prevista para o que produz, vende, distribui, exhibe ou facilita a produção, venda, difusão ou exibição (art. 189.º do CP espanhol). Em Espanha, a agravação da pena pode depender de diversos factores, mas entendemos que é digna de referência a agravação em função da gravidade da conduta, aferida de acordo com o valor do material pornográfico (art. 189.º/3/c) — um critério, a todos os princípios, muito discutível, mesmo em face de um bem jurídico supra-individual como a protecção da infância e da juventude.

A pornografia de menores é também amplamente punida no ordenamento jurídico alemão. A Alemanha consagra o crime de divulgação de publicações (escritas) pornográficas, considerando, porém, no artigo 11.º/3 do CP, que “audio and visual recording media, data storage media, illustrations and other images shall be the equivalent of writings...”⁽¹⁷³⁾. São punidas as condutas dos que tornam acessível o material pornográfico a menores de dezoito anos, distinguindo-se estes casos daqueles em que o público são os adultos, embora a pena aplicável seja igual — no máximo, um ano de prisão. O CP alemão evidencia ainda o des-

valor penal da conduta do que difunde programa pornográfico na rádio, na linha da equiparação que faz entre os diversos materiais pornográficos concebíveis.

A decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos a propósito do caso *Ashcroft, Attorney General v. Free Speech Coalition*⁽¹⁷⁴⁾, de Abril de 2002, encontrou, de uma das partes do processo, uma síntese para a argumentação a favor da incriminação da venda e distribuição de pornografia infantil — por um lado, a perpetuação do crime em cada ser-ventia dada ao material produzido com recurso a um crime contra determinado menor; por outro, o incentivo que é dado ao negócio da pornografia com a comercialização e difusão destes materiais. No entanto, como muito bem salienta Conceição Cunha, “constatada a danosidade social de uma determinada conduta, o primeiro passo para se averiguar da carência de tutela penal [deverá ser] o da investigação acerca da existência de outras formas de tutela que possam apresentar alguma adequação para a situação em causa”⁽¹⁷⁵⁾. O juízo que fazemos segue, então, no sentido da maior adequação de outros meios de controlo de algumas das condutas punidas, em vez da intervenção do direito penal.

Uma palavra apenas para nos reportarmos, ainda que em jeito breve, à oportunidade da consagração da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Entendemos que o legislador se excedeu na consideração dos crimes sexuais passíveis de responsabilidade penal de pessoas colectivas. Difícilmente compreendemos que se preveja a responsabilidade penal das pessoas colectivas pelo crime de actos sexuais com adolescentes, por exemplo⁽¹⁷⁶⁾. Existem, porém, algumas condutas relativamente às quais somos favoráveis à previsão daquela responsabilidade — como

⁽¹⁷⁴⁾ Decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos a propósito do caso *Ashcroft, Attorney General v. Free Speech Coalition*, decidid April 16, 2002, retirada de <http://supct.law.cornell.edu/supct> (consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008).

⁽¹⁷⁵⁾ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *constituição e crime* [n. 95], p. 243. No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, «constituição e direito penal» [n. 93], p. 202.

⁽¹⁷⁶⁾ Sobre a amplitude com que o legislador previu a responsabilidade penal dos entes colectivos por crimes sexuais contra menores, ANDRADE, Manuel da Costa, «bruscamente» [n. 69], pp. 145 e 146.

⁽¹⁷²⁾ POLITTI, Massimo, *legge* [n. 163], pp. 23 e ss.

⁽¹⁷³⁾ Conforme tradução do original, disponível em www.legislationline.org (acedido pela última vez em 7 de Novembro de 2008).

será o caso do lenocínio de menores ou do recurso à prostituição de menores, pois será fácil compreender a facilitação das actividades em face de uma logística mais elaborada, como a que uma pessoa colectiva pode suportar. O mesmo vale para os casos de pornografia de menores. Aliás, entendendo nós que pode até continuar a caber ao direito penal a regulação das condutas do que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, material pornográfico em que se utilize menor (mesmo com mais de catorze anos), ou adquirir esse material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder, é inevitável anuir com a consagração da responsabilização dos entes colectivos por este crime. Tal como já sublinhámos, não deixamos, porém, de ser mais favoráveis à inserção de algumas daquelas condutas no espaço das proibições de natureza contra-ordenacional, sede em que o problema não se colocaria dada a liquidez com que se aceita a responsabilidade daquelas pessoas (colectivas).

7.2.2. A mera aquisição ou detenção de material pornográfico

A não incriminação de determinadas condutas não significa que estas sejam aceites ou que de algum modo se vise potenciar a sua prática. Como enunciava já o Wolfenden Report de 1957, “realçar a natureza pessoal e privada da conduta moral ou imoral, equivale a realçar a responsabilidade pessoal e privada do indivíduo para com as suas próprias acções, e tal constitui um tipo de responsabilidade com que se espera que um indivíduo adulto possa arcar sem a ameaça de punição por parte da lei” (177).

A incriminação da conduta do que adquira ou detém material pornográfico independentemente de qualquer objectivo de o fazer circular impõe que reflitamos não só sobre o que se entende por pornografia infantil, mas também, e sobretudo, sobre as condutas que cabem no âmbito da norma. Por isso, questionamos se não se terá ido longe de

(177) Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmnd. 247, H.M.S.O., London, 1957, p. 24, *apud* NATSCHERADETZ, Karl Prehlahz, *direito penal sexual* [n. 87], p. 23.

mais (178). Não detemos em exclusivo esta preocupação. Do texto da Decisão-Quadro 2004/68/JAI consta que “os Estados-Membros podem isentar de responsabilidade criminal” os comportamentos associados à pornografia infantil em que se utilizem menores, “nos casos de produção e posse de imagens de crianças que tenham alcançado a maioridade sexual, se essas imagens forem produzidas e possuídas com o consentimento [válido] das crianças e unicamente para seu uso pessoal...”. A Decisão-Quadro adere, deste modo, a uma certa ideia de progressividade da autonomia e da maioridade sexual. Por outro lado, excluiu o desvalor da conduta em face do consentimento do menor na produção do material. Na nossa opinião, a conduta não consentida está já a coberto do crime de pornografia de menores pela parte da utilização do menor no material pornográfico, que se estende até aos dezoito anos deste, não nos parecendo, pois, justificada esta previsão adicional. Em acrescento, o crime não surge aqui sequer com o objectivo de prevenir e punir a proliferação do negócio da pornografia infantil, parecendo forçado alargar a protecção do bem jurídico infância e juventude à conduta do que, no fim da linha, adquira ou detém os materiais.

Repare-se que a aquisição ou detenção do material pornográfico com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder é punida pelo artigo da pornografia de menores no seu n.º 1/d. Este n.º 4 do artigo 176.º do CP pune, então, a mera aquisição ou posse. Mouraz Lopes afirma tratar-se aqui de “proibir a detenção ou posse e não a consulta ou o visionamento” (179). A verdade, porém, é que a incriminação

(178) Exatamente no mesmo sentido que nós seguia a Itália, que prevê a condenação da detenção de material pornográfico, com pena máxima aplicável de três anos de prisão (art. 600-*quater*), o Código Penal espanhol (art. 189.º) e o Código alemão (art. 184.º/5), punindo-se em todos a mera posse.

(179) LOPES, José Mouraz, *alteração 07* [n. 47], p. 153. Rui Pereira, em sentido distinto, avançou que “quando se provar que a conduta [do que adquira ou detém o material] é insusceptível de criar perigo “de visionamento”, a defesa de bens jurídicos não reclama a punição”, conforme acta n.º 11 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, disponível em <http://www.mj.gov.pt/sections/informacao-e-eventos/impressao/actas-da-unidade-de-con-sultado-pela-ultima-vez-em-7-de-novembro-de-2008>. A solução da lei caminhou, apesar disso, na direcção de que o desvalor não está no visionamento, mas na mera detenção, não se fazendo referência, sequer, a qualquer propósito de autoconsumo do material.

miniação não faz sentido. Se o que se pune não é o visionamento e se o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder o material está já acautelado, este crime vem punir o facto de se ter, por exemplo, uma fotografia pornográfica de um menor. Sendo certo que se acrescenta que não é proibido observá-la, mas sim detê-la! Partamos então para um escrutínio ainda maior do problema. O legislador aceitou que não tem dignidade penal a conduta do que vê aquela fotografia, não reportando no tipo qualquer elemento a este respeito. Mas já assim não se determinou quanto ao desvalor de a deter. Ora, em nosso entender, não há na segunda conduta qualquer *plus* ofensivo relativamente à primeira. Bem pelo contrário. Se não se pune a detenção (neste n.º 4 do artigo) pelo perigo de divulgação da fotografia e não se pune o acto de a olhar, o que se pune é detê-la, na mera intenção do agente de a deter, o que de maneira nenhuma pode justificar-se à luz, sequer, de um perigo de perigo para a infância e a juventude.

Sobre as opções da nova lei penal se pronunciou Maria João Antunes ainda antes de esta ser aprovada. Crítica das soluções insertas na proposta legislativa, questionava se com elas não se estaria a recuar na percepção do bem jurídico tutelado, voltando-se a um “direito penal que punia a violação de normas de natureza estritamente moral” (180). O nosso entendimento é, neste particular domínio da incriminação por pornografia de menores, convergente com o da autora. Entendemos, em decorrência do que vem dito, que neste crime estamos perante uma incriminação sustentada no “paternalismo e fundamentalismo moralistas” (181) que desde 1995 se pretendiam arreadados do CP português, razão pela qual só podemos ser, neste ponto, a favor da descriminalização da conduta.

7.2.3. A representação realista de menores

O entendimento a dar à expressão da lei portuguesa “representação realista de menor” deve ser o da definição dada pela Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho: a representação visual de “imagens realistas

(180) ANTUNES, Maria João, «Incriminações» [n. 13], p. 66.

(181) ANDRADE, Manuel da Costa, «bruscamente» [n. 69], pp. 145 e 146.

de crianças não existentes envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas”.

A tendência de neocriminalização dos crimes sexuais contra menores conduziu à punição de condutas relativamente às quais só um novo fôlego de considerações moralistas pode trazer sustentação (182). Exemplo dessa tendência é a incriminação das condutas em que, não se utilizando menor, seja utilizada representação realista de menor. Embora punidas de forma menos gravosa, é a dignidade penal das condutas que não pode ser consensual, já que pressupõem a existência de um qualquer novo bem jurídico carecido de protecção. Entendemos que, também aqui, o que se está a proteger é a moral (183) e que, desse modo, só descriminalizando a conduta se reporão os fundamentos de intervenção do direito penal. Cremos que se foi, nesta matéria, muito longe. Demasiado longe.

A questão da pornografia virtual não surgiu com a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho. É conhecida a decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos a propósito do caso Ashcroft, Attorney General v. Free Speech Coalition, de Abril de 2002, que declarou inconstitucional a norma relativa à pornografia virtual presente no Child Pornography Prevention Act, adoptado pelos Estados Unidos da América em 1996. O Child Pornography Prevention Act procura evitar a utilização de menores em material pornográfico, sublinhando que, para além da difusão do material, a proibição da sua posse e visionamento é uma

(182) COCCO, Giovanni, «Può costituire reato la detenzione di pornografia mino- rile?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Série, Anno XLIX, Fasc. 3, Luglio-Settembre 2006, pp. 871 e ss.

(183) Problematizaram a solução da incriminação da pornografia de menor in- existente mas aparente Francisca Van Dunem, Paula Ribeiro de Faria e Paulo de Sousa Mendes, conforme acta n.º 10 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, disponível em [http://www.mj.gov.pt/sections/informacao-e-eventos/impressoes/actas-da-unidade-de-](http://www.mj.gov.pt/sections/informacao-e-eventos/impressoes/actas-da-unidade-de-(consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008). A norma evoluiu então para a incriminação da pornografia por representação realista do menor, com uma censura inferior à que se manifesta perante a conduta do que utiliza efectivamente menores, conforme actas n.ºs 11 e 12 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, disponíveis em <a href=)

forma de pressão sobre os agentes que, temendo a sanção criminal, desistem o material e refreiam o mercado da pornografia infantil. Este diploma esclarecia já que «child pornography» means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means» (section 2256, title 18, n.º 8), bastando a sugestão de se tratar de um menor envolvido em comportamentos sexuais (section 2256, title 18, n.º 8, B, C, D).

Dada a necessidade de adopção da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, a incriminação da pornografia virtual não foi acolhida exclusivamente em Portugal. Constitui objecto de crime também em Itália, pelo artigo 600-*quater* 1 do CP, introduzido pela legge 6 febbraio 2006, n.º 38, que adianta ainda que “per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali”. Assim também sucedeu na Alemanha, em virtude da equiparação já referida e que é feita pelo CP alemão, punindo-se a divulgação de “writings, audio and visual recording media, data storage media, illustrations and other images...” (184). Distintamente, o CP espanhol não pune esta conduta, prevenido, no entanto, a incriminação do que produz, vende, distribui, exhibe ou facilita a existência de material pornográfico em que, não tendo sido utilizados directamente menores, se empregue a sua voz ou imagem alterada ou modificada (art. 189.º77). E na lei penal francesa é punida a representação (diferente da imagem de um menor em concreto) de menor em material pornográfico. Encontramos, ainda na lei francesa, uma norma curiosa, precisamente a do último parágrafo do artigo 227-23, que estabelece a incriminação das condutas praticadas com recurso à pornografia de pessoa com aspecto de criança (185), salvo se se provar que à data em que se produziu o material a idade da pessoa era já dezoito ou mais anos. A norma merece referência porque nos ajuda a justificar, mais

(184) Conforme tradução do original, disponível em www.legislationline.org (acedido pela última vez em 7 de Novembro de 2008).

(185) No mesmo sentido do que pode entender-se por pornografia infantil na redacção da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, conforme artigo 1.ºb, ii).

uma vez, a emergência do novo bem jurídico supra-individual em sede de crimes sexuais, não só em Portugal. De facto, não há na sua construção qualquer possibilidade de recondução de ofensa a um bem jurídico pessoal, muito menos a liberdade sexual (186). Trata-se de punir a conduta do que utilize um adulto (que nisso consente) em material pornográfico, pela razão de que essa conduta sugere a utilização de um menor, exigindo uma ponderação de cuidado de perigo relativamente à infância e juventude.

Não é o objectivo dos Estados que está em causa, pois é desejável que adoptem medidas de prevenção e combate à proliferação da pornografia infantil, entre as quais a punição daquelas condutas que representam um perigo para a infância e a juventude. O que não pode deixar de explicar-se é que, por um lado, a pornografia virtual não pode confundir-se com qualquer abuso, utilização, exploração ou coisificação de um menor, e, por outro lado, ainda que possa afirmar-se que a proliferação desta pornografia desencadeará, em processos de imitação patológica, episódios de verdadeiro crime sexual contra menores, o nexo causal das condutas seria tão indirecto e circunstancial que a prova estaria condenada. Finalmente, no caso de se consumir (ou tentar) o crime sexual contra o menor, acautelar-se-iam os interesses deste e os da sociedade em geral pela condenação do agente por esse crime. O que a este propósito se pretende, então, sustentar é que o excesso de securitarismo é tão pernicioso como a ausência de protecção. É grande a tentação de regulação da vida dos cidadãos e sobre a motivação dos Estados, mas a concretização do interesse comunitário afere-se também pela garantia de satisfação dos interesses individuais. Por isso, é com parcimónia que a intervenção deve ser feita. Tão dura que não afrouxe o objectivo da prevenção do crime e tão justa que não seja impeditiva da liberdade. Relativamente a estas condutas somos, assim, favoráveis a uma solução de descriminalização.

(186) Em sentido distinto, LOPES, José Mouraz, *alteração 07* [n. 47], p. 157.

CAPÍTULO III

O VALOR DO CONSENTIMENTO DO MENOR PARA A ACTIVIDADE SEXUAL

8. CONSENTIMENTO ENQUANTO CAUSA DE JUSTIFICAÇÃO OU ACORDO ENQUANTO CAUSA DE ATIPICIDADE DA CONDUCTA?

Depois de considerarmos a existência de diferentes bens jurídicos protegidos em sede de crimes sexuais no actual CP português, temos agora a oportunidade de verificar que nem todos os crimes são susceptíveis de acordo. De facto, atendendo ao bem jurídico protegido ⁽¹⁸⁷⁾ pela norma, é possível fazer uma distinção entre condutas em que o sujeito pode acordar e condutas em que este pode, distintamente, consentir. A diferença entre umas e outras reveste-se da maior importância, porquanto pelo acordo se exclui a tipicidade e pelo consentimento se exclui a ilicitude da conduta.

Excluir a tipicidade da conduta significará que a situação, em concreto, não é reconduzível ao âmbito de tutela da norma penal. Estamos, segundo o entendimento de Paula Ribeiro de Faria, que perfilhamos, perante uma situação de verdadeira adequação social daquela conduta ⁽¹⁸⁸⁾. No entanto, e tal como vimos adiantando, nem todos os crimes, mercê do bem jurídico a cuja protecção estão preordenados, são susceptíveis de acordo. A possibilidade de acordo está dependente da

⁽¹⁸⁷⁾ Assim, ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], pp. 484 e ss.

⁽¹⁸⁸⁾ No mesmo sentido, por todos, FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal. Ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Teses, Publicações Universidade Católica — Porto, 2005, pp. 637 e ss. (citado: *adequação social*).

disponibilidade do titular relativamente ao bem jurídico que enforma a norma. Apenas os bens jurídicos disponíveis permitem ao titular excluir a tipicidade da conduta do agente mediante um acordo. Pelo acordo, realiza-se a autonomia do titular do bem jurídico, concretizando-se o próprio bem jurídico e o objectivo de o proteger e promover. Há acordo quando determinado bem jurídico se realiza pela conduta e não há na postura do agente qualquer meio de limitação ao interesse do outro, ao invés se percebendo que a acção potencia os interesses de todos os intervenientes (189).

Por conseguinte, se o acordo, enquanto causa de exclusão da tipicidade da conduta, é possível quando o bem jurídico se encontra na concreta titularidade da vítima e esta tenha capacidade para dele dispor autonomamente, então nos casos de crimes sexuais contra menores em que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual (190) é possível o acordo da vítima. A liberdade sexual é um bem jurídico pessoal, uma manifestação de autonomia do titular. Por isso, em face de crimes cuja protecção se reconduza a este bem jurídico, o acordo traduz a adequação social da conduta do agente e, assim, a subtracção do caso concreto do âmbito de tutela em abstracto da norma. O interesse do titular da liberdade, o exercício dessa liberdade, manifesta-se pelo acordo.

O que vem de ser dito sofre, no entanto, uma alteração quando o bem jurídico não é a liberdade sexual, na disponibilidade do menor, mas um bem jurídico supra-individual. Sendo o bem jurídico protegido supra-individual, exclui-se a possibilidade de acordo. Não está na disponibilidade da vítima afastar a tipicidade da conduta, dado que a autonomia do titular não se confunde com o bem jurídico protegido (191). Não solucionar a questão em sede de tipicidade não nos impede, porém, de valorar a vontade da vítima e ponderar uma solução em sede de exclusão da ilicitude, ou seja, de justificação da conduta. Portanto,

(189) ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], pp. 507 e ss.

(190) No mesmo sentido, RIPOLES, António Quintano, «Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo III, Fasc. I, Enero-Abril 1950, pp. 335 e ss. (citado: «relevancia del consentimiento»).

(191) ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], p. 513.

mesmo em face de bens jurídicos supra-individuais não está excluída *ab initio* a possibilidade de um consentimento que exclua a ilicitude da conduta, emergindo assim a manifestação de vontade da vítima. Tendo-se excluído a possibilidade de acordo, não se excluiu a possibilidade de consentimento.

Quando Costa Andrade aponta a configuração do acordo para a manifestação de vontade de um participante sexual, está este autor a partir, como aliás esclarece de forma muito clara, da certeza de que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal a que em abstracto a acção se reconduziria é a liberdade sexual (192). E só aí. Quando o bem jurídico protegido pelo tipo penal não seja aquela liberdade sexual, então, a manifestação de vontade da vítima deve considerar-se uma aproximação do consentimento, subsistindo a tipicidade da conduta, e excluindo-se a sua ilicitude. Ora, este é, na nossa opinião, precisamente o ponto essencial das considerações a propósito dos novos tipos de crimes sexuais contra menores. Com efeito, nos novos tipos penais de recurso à prostituição de menores e de pornografia infantil, bem assim como no de lenocínio de menores, não sendo exclusivamente protegida a liberdade sexual do menor, mas a infância e a juventude, ou a moral, o bem jurídico não está na disponibilidade do menor, não sendo, por conseguinte, possível o acordo (193).

Em sede desta problemática dos crimes sexuais contra menores, não podemos, todavia, afirmar categoricamente, pela emergência de um bem jurídico de protecção da infância e da juventude até aos dezoito anos das vítimas, que o menor nunca poderá consentir. Malgrado o afastamento da disponibilidade quanto ao bem jurídico, caso a caso é preciso ponderar a ilicitude do facto e perceber se a ofensividade decorrente da desvalorização da vontade do menor atropela um fim da protecção supra-individual. Vimos que a protecção do bem jurídico supra-individual encerra em si uma preocupação de promoção do espaço de realização da liberdade sexual dos menores. Por isso, seria intolerável que, reunidos os pressupostos do exercício válido da vontade, livre e esclarecidamente, o menor a visse completamente desconsiderada. Embora

(192) *Idem*, pp. 507 e ss.

(193) *Cf. idem*, p. 513.

o bem jurídico não esteja na sua disponibilidade, o momento em que a protecção meio deste se cruza com uma manifestação de liberdade sexual (enquanto fim), tem de ser atendido em concreto.

Nos crimes de lenocínio de menores, recurso à prostituição de menores e nos dois primeiros números do artigo relativo à pornografia de menores, é possível encontrar a tutela do bem jurídico protecção da infância e da juventude como bem jurídico enquadramento de realização da liberdade sexual de um menor em concreto. Mesmo quando se punem, naquela sede, condutas que potenciam um perigo de perigo para o bem jurídico supra-individual, é ainda possível encontrar um espaço de intersecção com um interesse concreto em causa, e que é o do menor utilizado ou prostituído. Apesar disso, não é em vista da protecção a este bem jurídico que a incriminação é pensada em primeira linha, pelo que não está na disponibilidade da vítima afastar a sua tipicidade. A conduta do agente tem desvalor autónomo relativamente à ofensa daquele concreto menor, mas não deve ser possível o total afastamento da vítima do quadro de ponderação da ofensividade da conduta.

O bem jurídico que em primeira linha se protege é a infância e a juventude, mas não está afastada a vertente de protecção da liberdade do menor que em concreto é utilizada no material ou se prostitui. Daí que a vontade deste tenha de ser atendida, pelo menos a partir do momento em que, em nome da protecção de um bem jurídico de enquadramento, meio, se mostre intolerável a ofensa à sua liberdade (194). A vontade da vítima não pode, todavia, relevar aqui como nos crimes em que a sua autonomia se confunde com o bem jurídico que se quer proteger, como acontece nos crimes contra a liberdade (195). Por isso, a escolha e determinação do menor são sacrificadas pelo programa de tutela do bem jurídico supra-individual como seria impensável acontecer na tutela de bens que se reconduzam à sua vontade. Mas, mesmo naqueles casos, há limites impostos pela proporcionalidade dos sacrifícios (196).

(194) No mesmo sentido, em geral, ESER, Albin, «prevalenza» [n. 144], p. 1083.

(195) ANDRADE, Manuel da Costa, *consentimento* [n. 91], p. 513.

(196) Sobre o valor da vontade do menor, WERTHEIMER, Alan, *Consent to sexual relations*. Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge, University Press, 2003, em especial pp. 215 e ss. (citado: *consent*).

9. CRITÉRIOS DE VALIDADE E EFICÁCIA PARA O ACORDO: A IDADE

O n.º 3 do artigo 38.º do CP sofreu, com a revisão de 2007, uma importante alteração. O legislador de 2007 aumentou a idade a partir da qual é possível falar num consentimento válido e eficaz em matéria penal. Na exposição dos motivos para esta alteração podemos ler que ela foi pensada no sentido de promover uma tutela mais intensa dos menores, não se entendendo que uma pessoa com catorze ou quinze anos de idade deva consentir relevantemente em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física, e acrescenta-se que as orientações que têm vindo a ser preconizadas pela União Europeia, sobretudo quanto a crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, apontam no sentido da necessidade desta alteração (197). Com a alteração, poderíamos ser levados a pensar que todas as decisões do menor só seriam válidas a partir desta idade. No entanto, e na linha do que vimos adiantando desde o capítulo precedente, este não é o entendimento correcto.

Antes dos dezasseis anos do menor, o que hoje não se lhe reconhece é: por um lado, suficiente autonomia para ultrapassar, pela sua vontade, a protecção de bens jurídicos sobre os quais não tenha inteira disponibilidade; por outro, capacidade para acordar relativamente a condutas que, pese embora atentem contra bens jurídicos disponíveis, estão limitadas também pela cláusula dos bons costumes. Bem se vê que o legislador convoke a protecção da integridade física para justificar o alargamento da aplicação da limitação ao consentimento. Este é, de facto, um bem jurídico em cuja protecção se tem de atender também ao limite dos bons costumes (198). Porém, em sede de crimes sexuais já vimos que aquele limite adicional à manifestação da autonomia do titular do bem

(197) Assim no ponto 4 da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, de 7 de Setembro de 2006, para alteração do CP.

(198) Sobre a essencialidade da ponderação dos bons costumes em sede de crimes contra a integridade física (graves), veja-se FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *adequação social* [n. 188], pp. 637 e ss.

jurídico não opera, razão pela qual temos de atender apenas à disponibilidade do bem jurídico para aferir da possibilidade de acordo.

Esta nova posição do legislador penal não deixa dúvidas sobre o seu entendimento mais restritivo da antecipação e da progressividade da autonomia, que não assume nunca claramente antes dos dezoito anos. A emergência do bem jurídico supra-individual de protecção da infância e da juventude ajuda à compreensão das opções legislativas. Aliás, a tendência marcadamente securitária das últimas intervenções ao nível da lei penal não são exclusividade nossa e, tal como já tivemos oportunidade de referir, sentem-se por toda a Europa, por todo o Mundo. O holofote aceso sobre a exploração de menores desencadeou opções legislativas de fôlego marcadamente menos comprometido com a vontade da vítima. E a vítima menor de idade é, neste contexto, a que fica mais sujeita às valorações supra-individuais do idealário protectorio novo.

Não obstante, a valorização da aquisição da maturidade da vítima não pode ser desconsiderada e é imprescindível que se associem mais efeitos a uma maturidade superior. Deste modo, a vontade da vítima, enquanto manifestação da sua autonomia na determinação sexual, tem de conhecer estádios de tutela (199). Compreendemos já que se em causa estiver um tipo penal preordenado à protecção de bens jurídicos pessoais, na disponibilidade da vítima, a alteração produzida no artigo 38.º do CP tem pouca importância. É certo que redunda numa associação mais lenta da capacidade de decidir aos menores de idade, mas não vincula as considerações do acordo no caso concreto. Para o acordo, podemos dizer, não há uma idade definida. Cada acordo, cada manifestação de disponibilidade relativamente ao bem jurídico da esfera pessoalíssima da vítima, fica com a validade e a eficácia dependentes de elementos dinâmicos — o discernimento, a capacidade, a maturidade (200). Embora exista, é certo, um limite abaixo do qual se entende que este não poderá

(199) Cf. ARCHARD, David, *sexual consent* [n. 110], pp. 116 e ss.

(200) Sobre a manifestação de autonomia e liberdade na esfera sexual, SCHULHOFER, Stephen J., «Taking sexual autonomy seriously»: rape law and beyond, *Law and Philosophy*, Vol. 11, Kluwer Academic Publishers, 1992, sobretudo pp. 69 e ss.; e ARCHARD, David, *sexual consent* [n. 110], pp. 123 e ss.

relevar — os catorze anos, até onde a protecção da vertente negativa da liberdade sexual do menor é tendencialmente absoluta.

Nos casos de tutela da liberdade (também sexual), o crime surge como uma conduta contrária à vontade da vítima — é ela quem detém a disponibilidade do bem e só quando a sua vontade não possa ser ou não seja atendida é que é possível falar em crime (201). O seu acordo, a manifestação de uma vontade concordante, afasta a tipicidade da conduta. Para isso, basta que, em concreto, a vítima esteja apta a formar a sua vontade e a expressá-la em conformidade. Portanto, em face da protecção tendencialmente absoluta concedida à vertente negativa da sua liberdade sexual, com compressão unanimemente aceite da vertente positiva em construção, estaremos perante uma conduta criminosa quando o menor tenha menos de catorze anos. Há ainda crime quando, tendo o menor mais de catorze anos, ou não está na sua completa disponibilidade o bem jurídico tutelado, ou não há, da sua parte, maturidade suficiente para, de uma forma esclarecida, autêntica e espontânea, formar e expressar (202) a sua vontade (como sucederá numa situação de abuso de inesperienza).

Apesar das alterações produzidas pela revisão de 2007, continua, assim, a ser possível o acordo antes dos dezasseis anos, pois há ainda construções típicas de protecção de bens jurídicos pessoais, no caso, da liberdade sexual. Por outro lado, o acordo é possível, em face do elenco de crimes sexuais do nosso CP, nesta matéria, tendencialmente a partir dos catorze anos do menor (203). A liberdade sexual é o bem jurídico protegido pelos crimes de abuso sexual de crianças, actos sexuais com adolescentes e abuso sexual de menores dependentes. Ora, daqui decorre que, relativamente a estes actos praticados com menores com mais de catorze anos, só quando não estejam reunidos os pressu-

(201) RIPOLLES, António Quintano, «relevancia del consentimiento» [n. 190], p. 340.

(202) A propósito da importância da declaração expressa de vontade e dos riscos do silêncio, veja-se RUNNEY, Philip N. S., «The review of sex offences and rape law reform: another false dawn?», *The modern law review*, Vol. 64, Oxford, 2001, pp. 890 a 910.

(203) No sentido do acerto desta solução, ARCHARD, David, *sexual consent* [n. 110], p. 129.

postos de validade do acordo, designadamente por faltar a capacidade da vítima para entender o seu sentido e alcance, abusando-se assim da sua inexperiência, é que aquele acordo não opera. Em síntese: nestes crimes, a partir dos catorze anos da vítima, tendo esta capacidade para se autodeterminar, a sua manifestação de vontade para a prática sexual possui o valor de um acordo que exclui a tipicidade da conduta e não há crime.

A idade não é, pois, o único requisito para um acordo válido e eficaz. Tal como vimos, é preciso que a ela se associe uma capacidade de autodeterminação esclarecida, autêntica e espontânea. Do mesmo modo, a idade também não é o único requisito para um consentimento válido e eficaz, estando expressamente previsto no artigo 38.º/3 do CP que a ela tem de se associar o suficiente discernimento do menor para compreender o sentido e alcance do consentimento no momento em que este é prestado. Esta duplicidade de requisitos para o acordo e para o consentimento válidos e eficazes não pode, no entanto, confundir-se. O que se passa com o acordo é que, depois dos catorze anos, falhando o discernimento do menor, falha a sua capacidade de se autodeterminar e, desse modo, necessariamente, a disponibilidade que deve ter quanto ao bem jurídico pessoal protegido. Mas o afastamento desta disponibilidade não se dá, distintamente do que acontece com o consentimento, em ordem à protecção de qualquer outro bem jurídico, encontrando ainda sustentação na protecção da vertente negativa do mesmo — a liberdade sexual, para o que nos ocupa.

Muitos obstáculos poderiam levantar-se à consagração de um critério puro, objectivo, onde, perante a disponibilidade de determinado bem, bastasse atingir uma determinada idade para que qualquer decisão fosse levada em conta. Temperar este critério com o da capacidade, maturidade, mostra uma gradação na própria disponibilidade dos bens pessoais, que só pode contribuir para o acerto da decisão. A mesma técnica é usada para o consentimento, não sendo despiciente enunciar o papel inspirador que a norma terá tido na própria atenção dispensada ao acordo. Apesar disso, acordo e consentimento movem-se e concretizam-se em planos distintos de realização dos direitos, o que influi necessariamente na aptidão para a sua manifestação.

Assim, quando a vítima tenha mais de catorze anos, mas o bem jurídico em primeira linha protegido pela norma for o bem jurídico

supra-individual, relativamente ao qual o menor em concreto não tem capacidade de disposição, a sua manifestação de vontade só pode relevar como consentimento que opera a exclusão da ilicitude da conduta e apenas se estiverem reunidos os requisitos do artigo 38.º do CP alterado. Há, nos novos crimes, como vimos, a par da protecção supra-individual da infância e da juventude, pontos de intersecção com a realização do direito pessoal à liberdade (sexual) de um concreto menor — aquele que se prostitui ou aquele que é utilizado no material pornográfico — que determinam a possibilidade de justificação da conduta e, deste modo, a exclusão da sua ilicitude. Não faz sentido, à luz, quer da relevância da vertente positiva da liberdade sexual, quer do peso de conceitos como a progressividade e antecipação da maturidade e capacidade para a maioridade sexual, punir todas as actividades sexuais com menores, ignorando a vontade destes até aos seus dezoito anos.

O discernimento para o acordo e para o consentimento, bem é de ver, não respeita apenas ao grau de maturidade ou capacidade adquiridos pelo menor ao momento do facto, mas também às circunstâncias externas que podem viciar uma formação autêntica da vontade. A correcta análise do acordo ou do consentimento, no elemento dinâmico destes, obedece, necessariamente, a um juízo de actualidade e concretude. Primeiro, é preciso que a vontade manifestada seja formada atendendo à situação concreta; depois, é imprescindível que o juízo do menor seja actual. 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 actividade e esgota-se nela (204).

Centrando-nos agora apenas no acordo de menores, é imprescindível que se tenham algumas considerações a propósito dos actos sexuais praticados com menores com menos de catorze anos (ou mais, mas inexperientes) e que não constituem crime. Assim sendo, pelo menos dois

(204) Sobre a importância desta autenticidade da vontade, veja-se WERTHEIMER, Alan, «Intoxicated consent to sexual relations», *Law and Philosophy*, Vol. 20, N.º 4, Kluwer Academic Publishers, July 2001, pp. 373 a 401.

factores podem determinar a inexistência de crime nestas circunstâncias: o acto ser praticado entre dois menores, não relevando qualquer abuso; e o contexto sociocultural em que o acto acontece.

Antes dos catorze anos, a protecção tendencialmente absoluta dos menores, inclusive contra as suas próprias decisões, tem sido entendida como um limite à manifestação de autodeterminação do menor, não apenas no domínio sexual, mas também noutros. O paralelo mais eficaz encontram-no no domínio da saúde, em que antes dos catorze anos não se aceita a total autodeterminação do menor. Ainda assim, em virtude da especialidade do bem jurídico em causa, a sua oposição obstaculiza a acção do agente e actua como *præius* (205) relativamente ao consentimento dos seus representantes legais. Tal acontece, por exemplo, no caso da doação de órgãos, em que a oposição do incapaz (também aquele que o for por menoridade) que é potencial dador impede a doação (206), e nos ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, em que é igualmente consagrado ao menor um “direito de veto” (207) (208).

(205) Assim, COSTA, José de Faria, «O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações», in *Transplantações*. Colóquio Interdisciplinar. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 3, 1993, p. 110. E sobre a (relativa) vinculação à vontade do menor em sede de decisões que directamente lhe digam respeito (mesmo antes dos seus catorze anos), veja-se MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade. (In)capacidade e Cuidado parental*, Centro de Direito da Família, 13, Coimbra Editora, 2008, pp. 134 e ss.

(206) Apesar da lei portuguesa relativa a colheitas e transplantes de órgãos e tecidos de origem humana (L. n.º 12/93, de 22 de Abril), no seu artigo 8.º/3 e 4, entender que basta o consentimento do representante legal do menor sem capacidade de entendimento e de manifestação da vontade, vigora entre nós o regime mais restritivo, previsto na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 4 de Abril de 1997, que consagra um verdadeiro “direito de veto” ao menor. Por todos, quanto a este assunto, veja-se VILELA, Alexandra, «Colheita de órgãos e tecidos em dadores vivos para fins de transplante», *Lex Medicinæ*, Ano 1, N.º 2, Centro de Direito Biomédico, 2004, sobretudo pp. 33 e ss.

(207) Não obstante o facto da L. n.º 46/2004, de 19 de Agosto, relativa aos ensaios clínicos com medicamentos de uso humano, deixar estabelecido que basta o consentimento do representante legal (que deve, é certo, traduzir a presumível vontade do menor) se em causa estiverem menores sem capacidade para formar uma opinião esclarecida quanto ao ensaio e às suas consequências, também nesta matéria é aplicável o regime da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, que consagra, no

Deste modo, não é inédito considerar que, mesmo antes dos catorze anos, o menor vê já reconhecida alguma capacidade de decidir. É preciso analisar, por isso, a conduta em que o menor acorda e verificar se, para essa, em concreto, não é possível relevar alguma validade e eficácia do acordo.

Ao nível da experiência sexual, importa atender à especificidade do tratamento a ser dispensado às relações entre menores. Somos sensíveis à ideia de que nem todos os actos sexuais praticados com menores de catorze anos provocam ofensa ao seu bem jurídico liberdade sexual ou sequer ao bem jurídico infância e juventude. Seria inaceitável a proibição dos actos sexuais praticados entre menores, motivados pela procura da experiência sexual, sem que seja detectável qualquer abuso e que se traduzem em actividades próprias do crescimento (209). Quando estamos perante um acto sexual entre dois menores, temos de atender ao facto de o perigo de abuso da inexperiência ser, em princípio, menos objectivável do que tratando-se de uma relação entre um adulto e um menor (210). Parece-nos que os casos de

artigo 17.º/1.º, que nenhuma investigação pode ser levada a efeito sobre uma pessoa que careça de capacidade para nela consentir se não quando, entre outras condições, “a pessoa em causa não tenha manifestado a sua oposição”.

(208) Sobre a vantagem de soluções consensuais de intervenção, com valorização da decisão do menor, veja-se PEREIRA, André Dias, «A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Vol. II. A parte geral do Código e a teoria geral do direito civil, Coimbra Editora, 2006, pp. 247 e ss. Para maiores desenvolvimentos quanto ao consentimento em matéria de saúde, PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico — Paciente*. Estudo de Direito Civil, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2004; e RODRIGUES, Vaz, *O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da manifestação de vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

(209) Assim, também, LETTE, Inês Ferreira, *pedofilia* [n. 128], p. 44; e GENSÃO, Eliana, «crianças» [n. 39], p. 19.

(210) ARAÚJO, António de, *contra menores* [n. 114], pp. 119 e ss.; COSTA, José Martins Barra da, ALVES, Lurdes Barata, «delinquência sexual» [n. 46], p. 310; e COLLI, Antoniana, «La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all’epilogo di un travagliato cammino legislativo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XI, Fasc. 4, Milano, Giuffrè Editore, Ottobre-Dicembre 1997, p. 1175.

relações entre menores ⁽²¹¹⁾ podem, aliás, ser divididos em três situações distintas. Por um lado, podemos estar perante relações encetadas por dois menores, mas em que pelo menos um deles tem mais de catorze anos, sendo que as suas idades são próximas. Estaremos, nesta hipótese, em espaço apto, em princípio, à formação da autodeterminação sexual dos menores por meio de experiências partilhadas, espaço este em que o direito penal deve abster-se de intervir sempre que inexistia qualquer indício de abuso. O mesmo valerá para os casos em que o acto seja praticado entre dois menores com menos de catorze anos e a experiência, longe de ser reconduzível a um abuso, redunde numa descoberta em comum da sexualidade por quem possui o mesmo nível de in experiência e sem que seja possível falar em qualquer abuso. Digamos que em tais contextos não haverá vítimas, nem agressores, mas uma confusão de papéis entre ambos os intervenientes que neutraliza aquela dualidade e relativamente à qual, por mor de uma sã convicção, e até mesmo por desnecessidade, o direito penal se deve manter alheio.

Podemos pensar, de modo distinto, em casos em que um dos menores tenha dois ou três anos e o outro doze, treze ou catorze. Nestas hipóteses, o perigo do abuso entre pares acentua-se e pode quase presumir-se. E estas são, pois, as situações que devem ocupar-nos. A doutrina tem manifestado alguma sensibilidade quanto à importância de manter o menor abusador afastado do sistema penal ⁽²¹²⁾. A lei portuguesa, no entanto, reconhece ao menor com mais de doze anos a capacidade de

⁽²¹¹⁾ O CP italiano deixa expressamente afastada a proibição ao nível do direito penal quanto a estes casos — não são punidos os casos de actos sexuais entre menores, desde que pelo menos um deles tenha já treze anos e entre ambos a diferença de idades não seja superior a 3 anos (art. 609.º *quater*/2). Sobre esta solução, vide ROMANO, Bartolomeo, «Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori», *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. XXVII, Giuffrè Editore, Luglio-Settembre 1998, sobretudo pp. 1144 e ss.; e ALFONSO, Iaria, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minore*, La biblioteca del penalista, 6, Padova, Cedam, 2004, pp. 214 e ss.

⁽²¹²⁾ Em geral, sobre a vantagem de manter o agente menor arredado do sistema penal, LARIZZA, Silvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova série, Vol. 114, Cedam, 2005, pp. 521 e ss.

se conformar com as regras do ordenamento jurídico, responsabilizando-o directamente pelos factos em que se desvia destas regras e pelas consequências dessa *déviante* ⁽²¹³⁾ ⁽²¹⁴⁾. Nos crimes em que não é elemento do tipo a maioridade do agente, este é punido quando tenha mais de dezasseis anos, aplicando-se, no entanto, a Lei Tutelar Educativa sempre que o menor abusador tiver mais de doze anos e revelar necessidade de educação para o direito. Por isso, ao menor com doze ou mais anos que abuse sexualmente do menor com dois, três, quatro anos poderão ser aplicadas medidas de educação para o direito, que podem culminar num internamento em Centro Educativo, e que, concretamente, nos bastam. Desempenham nesta matéria um papel fundamental os instrumentos de educação e formação da autodeterminação sexual ⁽²¹⁵⁾ — programas escolares adaptados e psicologia infantil, sobretudo. Cabe-lhes auxiliar na formação para o direito de todos os menores, reduzindo o risco da delinquência deste nível.

A doutrina concebeu, como tentativa de solução para o problema dos abusos *inter pares*, um *décadage* etário mínimo que funciona como indício de não abuso. Assim, indício de não abuso seria uma diferença de idades que não ultrapassasse os cinco ⁽²¹⁶⁾ ou seis anos ⁽²¹⁷⁾. Bem compreendemos o preceito da diferença de idades enquanto sinónimo de potencial abuso nesses casos. Não estamos no âmbito de diferenças de idade ao nível dos adultos, pelo que um ano poderá fazer toda a diferença na experiência do menor. Apesar disso, este critério não nos parece que deva passar disso mesmo: de um critério. A diferença de idades não pode excluir a verificação da situação em concreto. Se a diferença emerge num acto sexual entre um menor de doze e outro de seis, não deve excluir-se uma situação de abuso. Mas se o facto for praticado

⁽²¹³⁾ RODRIGUES, Anabela Miranda, «Política criminal e política de minoridade», *Psicologia: teoria, investigação e prática*, Centro de Estudos em Educação e Psicologia, Universidade do Minho, 2, 1999, pp. 283 a 292.

⁽²¹⁴⁾ A partir dos dezasseis anos é reconhecida a imputabilidade penal (art. 19.º do CP).

⁽²¹⁵⁾ Sobre a importância destes instrumentos e o seu papel potenciador da *ultima ratio* da intervenção penal, veja-se GERSÃO, Eliana, «crianças» [n. 39], p. 19.

⁽²¹⁶⁾ ASSIM, WERTHEIMER, Alan, *consent* [n. 196], p. 216.

⁽²¹⁷⁾ ARAÚJO, António de, *contra menores* [n. 114], p. 405.

por um menor de dezasseis e outro de treze, já, distintamente, nos parece atendível uma análise ponderada das circunstâncias em concreto, desde logo de acordo com factores como o meio sociocultural em que a conduta tiver lugar.

As circunstâncias da conduta sexual ⁽²¹⁸⁾ têm também de ser atendidas na averiguação da sua ofensividade, razão pela qual não é descabido considerar subtraída do âmbito de tutela da norma a actividade sexual de menores de dezasseis anos, inexperientes, mas que casam, como frequentemente acontece, entre outras, com a cultura cigana. É certo que a idade núbil entre nós se fixa nos dezasseis anos ⁽²¹⁹⁾ (art. 1601.º/a do CC), mas o contexto sociocultural onde a prática sexual tem lugar e a estreita relação do bem jurídico protegido com a autonomia do menor não podem ser afastados da valorização do seu impacto ao nível do desenvolvimento deste ⁽²²⁰⁾. Daí que esta seja, como logo adiantámos, uma outra excepção à regra do acordo válido e eficaz apenas a partir dos catorze anos e sem abuso da inexperiência. A adequação social da conduta tem de atender ao meio em que esta se insere e, assim, é possível encontrar não crimes em actos sexuais de relevo praticados com menor com menos de dezasseis anos inexperiente. Daqui não pode, todavia, relevar que nada é crime. No apuramento da ofensividade em causa nestes casos, não deixa de ser atendível a vontade do menor. Falhando esta, então pensamos que, mesmo em face de uma cultura diversa, há espaço de intervenção penal. Mas se há da parte do menor uma adesão à conduta, que, em face das circunstâncias, possa ser de algum modo atendida, apesar da idade e da inexperiência, então, aí deve o direito, sobretudo o direito penal, abster-se de punições.

⁽²¹⁸⁾ Cf. FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *adequação social* [n. 188], pp. 782 e ss.

⁽²¹⁹⁾ No sentido da irrelevância do consentimento para a actividade sexual antes de atingir a idade núbil, dos dezasseis anos, a propósito do ilícito civil relativo ao direito geral de personalidade previsto no artigo 70.º do CC, leia-se SOUSA, Rabindranath Capelo de, «Os actos ilícitos civis de pedofilia violadores do direito geral de personalidade», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, A parte geral do Código e a teoria geral do direito civil, Coimbra Editora, 2006, pp. 147 a 157.

⁽²²⁰⁾ Assim, também, para ARCHARD, David, *sexual consent* [n. 110], pp. 128 e ss.

Não há, em síntese, uma idade para o acordo. Há uma idade tendencialmente unânime para o acordo válido e eficaz e que situamos nos catorze anos, mas circunstâncias variadas pressupõem diferentes idades para acordar. Significa isto que outros factores, para além da idade, determinarão o acordo e, desse modo, em concreto, a idade para dele dispor. Dentre estes factores, podemos falar da maturidade, da capacidade — e, assim, da maioridade penal para o acordo —, do paraceiro, da conduta concretamente em causa, do tempo e do espaço em que o menor manifesta a sua vontade — outros factores, para além da idade, que, como avançámos, determinarão o acordo e, desse modo, em concreto, a idade dele.

CONCLUSÃO

Vimos que nem todas as condutas sexuais praticadas com ou em menores constituem um crime. Existem, pois, crimes sexuais contra menores, mas também actos sexuais com menores. A compreensão desta dupla realidade exige a mobilização de duas vertentes do bem jurídico pessoal liberdade sexual: uma vertente positiva, que se traduz no direito de cada sujeito, e assim também do sujeito menor, a decidir por si no domínio da sexualidade e a fruí-la sem constrangimentos; e uma vertente sobejamente discutida, negativa, que se traduz no direito de cada sujeito, e assim também do sujeito menor, a não sofrer intromissões indesejadas na esfera de realização da sua sexualidade.

Relativamente ao sujeito menor, a linearidade de uma primeira aproximação à questão da fruição da sexualidade poderia conduzir-nos à consideração de que, a todos os títulos carecida de protecção a vertente negativa do bem, nada há que obste a uma compressão da sua vertente positiva. Este, porém, seria raciocínio fruto da linearidade de uma primeira aproximação, despojado de ambição crítica, e que não podemos perfiar. Por isso, importa perceber a evolução do bem jurídico protegido, afeirir se ele é sempre exclusivamente, ou ao menos primordialmente, a liberdade sexual, e, a partir daí, procurar soluções justas de catarse penal quanto à experiência sexual de cada menor.

Em face das alterações produzidas pela revisão de 2007 do CP, segundo entendemos, deixou de ser possível sustentar a tese da liberdade sexual — mesmo no seu sentido amplo, que avoca a autodeterminação e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no domínio sexual — como único bem jurídico protegido em sede de crimes sexuais contra menores. Tal como ficou dito, consideramos que a liberdade sexual é o bem jurídico protegido nos crimes de abuso sexual de crianças, abuso sexual de menores dependentes e actos sexuais com adolescentes. Quanto aos restantes, afigura-se imperativo não só averiguar

quais os bens jurídicos emergentes na tutela da criminalidade sexual contra menores, mas também afetar da sua dignidade penal.

Pelo novo crime de recurso à prostituição de menores, bem assim como pelo crime de lenocínio, o bem jurídico que se visa proteger é, na nossa opinião e sem rodeios, a infância e a juventude. Apesar de tudo, a natureza supra-individual do bem é aqui ainda intersectada pela ofensa a um menor em concreto — aquele a quem se fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição ou, então, o que se prostitui. Deste modo está, aliás, também construído o crime de pornografia de menores cujo agente seja aquele que utiliza (ou alicia para esse fim) o menor no material pornográfico, porquanto na violação do bem jurídico supra-individual se encontra um menor concretamente ofendido — o menor que é utilizado no material pornográfico produzido.

Nos crimes de pornografia de menores praticados por quem produz, distribui, importa, exporta, divulga, exhibe ou cede o material pornográfico em que se utilize menor e bem assim por quem adquira esse material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, entendemos que o bem jurídico protegido é ainda a infância e a juventude. Não obstante, a partir dos catorze anos do menor parece-nos que estamos perante ilícitos com mais razão de ser ao nível contra-ordenacional. Muito embora não seja forçado encontrar também aqui a intersecção com uma ofensa a um menor em concreto — o utilizado no material — é imprescindível atentar na subordinação destas condutas face à conduta dominante do que utiliza (ou alicia para esse fim) o menor e ao esbatimento das exigências de protecção tendencialmente absoluta deste.

Nos restantes crimes de pornografia de menores, ou seja, em todos aqueles em que apenas se adquira ou detenha o material pornográfico e ainda em todos aqueles em que não seja utilizado menor, mas representação realista deste, o que se visa proteger pela incriminação só pode ser, quanto a nós, a moral. Por conseguinte, quanto a estas condutas, o nosso juízo é favorável à completa descriminalização.

Considerados os bens jurídicos protegidos, importa notar se a tendencial protecção absoluta geralmente concedida, nesta matéria, até aos catorze anos, tem necessidade de ser pensada em termos mais latos. Nessa ponderação, todavia, é pedra de toque a promoção da vertente positiva da liberdade sexual que escrutinámos. Deste modo, a valorização

da vontade do menor tem de ser feita de um modo concreto e actual, em face da conduta de determinado agente e em dado espaço e tempo. O que não invalida que se enunciem algumas linhas orientadoras da valorização daquela vontade, sustentadas logo *ab initio* na especialidade de cada bem jurídico tutelado.

É nosso entendimento que, reunido o suficiente e necessário discernimento para de uma forma esclarecida, autêntica e espontânea o menor formar e declarar a sua vontade, estamos perante um acordo que deve excluir a tipicidade do crime se, concomitantemente, se verificar que este é contra o bem jurídico pessoal liberdade sexual. Nos casos de crimes contra o bem jurídico supra-individual, não estando este na exclusiva disponibilidade do menor, a sua vontade deve ter-se por válida e eficaz, enquanto consentimento que exclui a ilicitude, nos termos do artigo 38.º/3 do CP, ou seja, completados os dezasseis anos e alcançado o discernimento para compreender o sentido e alcance da declaração. Porque este será, enfim, o único meio de, procurando maximizar a protecção dos menores em geral, não se frustrar o objectivo de respeitar cada um em particular.

BIBLIOGRAFIA

- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, Vols. I e II, A. A. F. D. L.
- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Especial, A. A. F. D. L., Ministério da Justiça, Lisboa, 1979.
- Actas da Unidade de Missão para a Reforma Penal, disponíveis em <http://www.mj.gov.pt/sections/informacao-e-eventos/imprensa/actas-da-unidade-de> (consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008).
- ALBERGARIA, Pedro Soares de, «Abuso sexual de menores: público ou semi-público, eis a questão», *Sub Iudice*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, pp. 153 a 156 (citado: «público»).
- ALBERTO, Isabel, CARMO, Rui do, GUERRA, Paulo, *O abuso sexual de menores. Uma conversa sobre a justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra, Livraria Almedina, Novembro de 2002 (citado: *conversa*).
- ALFONSO, Iliana, *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenni*. La biblioteca del penalista, 6, Padova, Cedam, 2004.
- ANDRADE, Manuel da Costa, «Sobre a reforma do Código Penal português. Dos crimes contra as pessoas, em geral, e das gravações e fotografias ilícitas, em particular», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2-4, Aequitas, Editorial Notícias, Abril-Dezembro de 1993, pp. 427 a 497.
- , «O consentimento do ofendido no novo Código Penal», in Para uma nova justiça penal, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 93 a 125 (citado: «ofendido»).
- , «Constituição e direito penal», in A justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América. Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Novembro de 1997, pp. 198 a 208 (citado: «constituição e direito penal»).
- , *Consentimento e acordo em direito penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004 (citado: *consentimento*).
- , «Constituição e legitimação do direito penal», in Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2004, pp. 51 a 62.
- , «“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal — Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente», *RLJ*, Ano 137, Coimbra Editora, Janeiro-Fevereiro de 2008, pp. 134 a 151 (citado: «bruscamente»).
- ANTUNES, Maria João, «Artigo 173.º — Abuso sexual de menores dependentes», in Comentário Coimbraicense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 554 a 559.

- ANTUNES, Maria João, «Artigo 175.º — Actos homossexuais com adolescentes», in *Comentário Conimbriense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999*, pp. 569 a 575.
- , «Artigo 176.º — Lenocínio e tráfico de menores», in *Comentário Conimbriense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999*, pp. 576 a 583.
- , «Artigo 177.º — Agravação», in *Comentário Conimbriense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999*, pp. 584 a 592 (citado: «177.º»).
- , «Artigo 178.º — Queixa», in *Comentário Conimbriense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999*, pp. 593 a 597 (citado: «178.º»).
- , «Artigo 179.º — Inibição do poder paternal», in *Comentário Conimbriense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999*, pp. 598 a 600 (citado: «179.º»).
- , «Sobre a irrelevância da oposição ou da desistência do titular do direito de queixa (Artigo 178.º/2 do Código Penal. Anotação ao Acórdão da Relação do Porto, de 10 de Fevereiro de 1999)», *RPCC*, Ano 9, Fasc. 2, Coimbra Editora, Abril-Junho de 1999, pp. 315 a 329 (citado «irrelevância»).
- , «Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual», *BFDUC*, Vol. LXXXI, 2005, pp. 57 a 71 (citado: «incriminações»).
- , «Oposição de maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal», *RMP*, Ano 26, N.º 103, 2005, pp. 21 a 37 (citado: «oposição»).
- ARAÚJO, António de, *Crimes sexuais contra menores. Entre o Direito Penal e a Constituição*, Coimbra Editora, 2005 (citado: *contra menores*).
- ARCHARD, David, *Sexual consent*, WestviewPress, 1998 (citado: *sexual consent*).
- BAPTISTA, Luis Osório da Gama e Castro Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, 1.º vol., Coimbra, França e Arménio, 1917 (citado: *notas*).
- BELEZA, Teresa Pizarro, «O conceito legal de violação», *RMP*, Ano 15, N.º 59, Julho-Setembro de 1994, pp. 51 a 64.
- , «A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da laicização dos "bons costumes" à ortodoxia da "liberdade"», in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Ministério da Justiça, 1995, pp. 169 a 183.
- , «Sem sombra de pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal*, Vol. I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, pp. 157 a 183 (citado: «pecado»).
- , «A revisão da parte especial na reforma do Código Penal: legitimação, requilíbrio, privatização, «individualismo»», in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, A. A. F. D. L., Lisboa, 1998, pp. 89 a 118 (citado: «legitimação»).
- BERTOLINO, Marta, «Reati contro la moralità pubblica e il buon costume. Delitti contro la libertà sessuale. Violenza carnale. Valutazione delle dichiarazioni rese dalla persona offesa in assenza di riscontri oggettivi della condotta costruttiva. Inattendibilità di esse. (Giudizi di Cassazione)», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XLII, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 1999, pp. 692 a 710.
- Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 127, Junho 1963.

- Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 158, Junho 1966.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3.ª ed., Almedina, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- CASTILLÓN MORA, Luis, «Presente elemental de la sexología. Estructura de la identidad del sexo. Cambios sociales y delitos», in *Estudios de derecho penal en homenaje al Professor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, Junio 1986, pp. 173 a 197.
- CAZZETTA, Giovanni, «Colpevole col consenso. Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'ottocento», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XI, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 1997, pp. 424 a 462.
- COCCO, Giovanni, «Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XLIX, Fasc. 3, Luglio-Settembre 2006, pp. 863 a 890.
- Código Penal — Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, 1993.
- COLLI, Antoniana, «La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XI, Fasc. 4, Milano, Giuffrè Editore, Ottobre-Dicembre 1997, pp. 1163 a 1181.
- CORREIA, Eduardo, *Processo criminal*, Coimbra, 1954.
- COSTA, A. M. Almeida, «Nódoa antes do art. 262.º», in *Comentário Conimbriense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pp. 737 a 758.
- COSTA, José de Faria, «O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações», in *Transplantações*, Colóquio Interdisciplinar, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 3, 1993.
- , *Código Penal*, 2.ª ed., Coimbra, Quatroto, 2000.
- , *O perigo em direito penal*, Coimbra Editora, 2000 (citado: *perigo*).
- , «Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?», *RLJ*, Ano 134, N.º 3933, Abril de 2002, pp. 354 a 366.
- , *Direito Penal Especial. Contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da Parte Especial*, Coimbra Editora, 2004 (citado: *problemas*).
- , *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra Editora, 2005 (citado: *linhas*).
- , *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, Introdução, Coimbra Editora, 2007 (citado: *fragmenta*).
- COSTA, José Martins Barra da, ALVES, Lurdes Barata, «Perspectivas teóricas e investigação no domínio da delinquência sexual em Portugal», *RPCC*, Ano 9, Fasc. 2, Abril-Junho de 1999, pp. 281 a 312 (citado: «delinquência sexual»).

- CRISTOFARO, Marcello de, BELVEREDE, Andrea. *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Diritto e problemi contemporanei, 4, Milano, Giuffrè Editore, 1980.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Estudos e Monografias, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995 (citado: *constituição e crime*).
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes ofensivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídica)*, BFDUC, *Studia Iuridica*, 85, Coimbra Editora, 2005.
- Desaparecimento e exploração sexual de crianças*, 1.ª ed., Instituto de Apoio à Criança, Maio de 2004 (citado: *exploração*).
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, I Vol., Coimbra Editora, 1974.
- , «Crimes contra os costumes», *Polis*, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Verbo, 1983, pp. 1371 a 1377 (citado: «costumes»).
- , «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», in *O novo Código de Processo Penal*, Jornadas de direito processual penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1988.
- , *Direito processual penal* (Lições coligidas por Maria João Antunes), Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9.
- , «O Código Penal português de 1982 e a sua reforma», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 2-4, Aequitas, Editorial Notícias, Abril-Dezembro de 1993, pp. 161 a 195 (citado: «reforma 82»).
- , *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Editorial Notícias, 1993 (citado: *consequências*).
- , «Nódoa antes do art. 163.º», in *Comentário Comimbriçense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 441 a 443.
- , «Artigo 163.º — Coacção sexual», in *Comentário Comimbriçense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 444 a 465.
- , «Artigo 164.º — Violação», in *Comentário Comimbriçense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 466 a 476.
- , «Artigo 172.º — Abuso sexual de crianças», in *Comentário Comimbriçense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 541 a 553 (citado: «172.º»).
- , «Artigo 174.º — Actos sexuais com adolescentes», in *Comentário Comimbriçense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 560 a 568.
- , *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001.
- , *Textos de direito penal. Doutrina geral do crime* (políc.), Coimbra, 2001.
- , «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — um quarto de século depois», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 371 a 392.
- , *Direito Penal. Parte Geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. *Crimes sexuais com adolescentes. Particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal português*, Almedina, 2006 (citado: *particularidades*).

- DUARTE, Jorge Dias, «Homossexualidade com menores. Artigo 175.º do Código Penal», *RMP*, Ano 20, N.º 78, Abril-Junho de 1999, pp. 147 a 157 (citado: «homossexualidade»).
- , «Crime de lenocínio: unidade ou pluralidade de infracções», *Sub Iudice*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, pp. 31 a 35 (citado: «lenocínio»).
- ESER, Albin, «Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra? Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato» (Tradução de FONDAROLI, Désirée), *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XL, Fasc. 4, Milano, Giuffrè Editore, Outubro-Dicembre 1997, pp. 1061 a 1084 (citado: «prevalenza»).
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal. Ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Teses, Publicações Universidade Católica — Porto, 2005 (citado: *adequação social*).
- FAVEIRO, Vítor António Duarte, Araújo, Laurentino da Silva, *Código Penal Português anotado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1960 (citado: *anotado*).
- GERSAO, Eliana, «Crimes sexuais contra crianças», *Infância e Juventude*, 97.2, Abril-Junho de 1997, pp. 9 a 29 (citado: «crianças»).
- , «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, Outubro-Dezembro de 1997, Coimbra Editora, pp. 577 a 620.
- , «Abuso sexual de crianças e jovens», Sumários do Curso de Pós-Graduação "Protecção de Menores" (políc.), Centro de Direito da Família, FDUC, 2001-2002.
- GOMES, Francisco Allen, COELHO, Tereza, *A sexualidade tratada*, Ambar, 2003 (citado: *sexualidade tratada*).
- GOMES, Luiz Flavio, «A presunção de violência nos crimes sexuais. (Enfoque crítico)», *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, Ano 4, N.ºs 15 e 16, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, 1996, pp. 158 a 168 e 169 a 196 (citado: «violência»).
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado. Legislação Complementar*, 18.ª ed., Almedina, Setembro de 2007 (citado: *CP anotado*).
- GRABOSKY, P. N., SMITH, Russell G., *Crime in the digital age. Controlling telecommunications and cyberspace illegalities*, Transaction Publishers, The Federation Press, 1998.
- HAYEZ, Jean-Yves, VANDERMEERSCH, Damien, «La parole de l'enfant face a celle de l'adulte: l'audition et la confrontation des mineurs d'age victims d'abus sexuels», *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Ano 74, N.º 1, Janeiro de 1993, pp. 52 a 80.
- ISASCA, Frederico, «O projecto do novo Código Penal (Fevereiro de 1991). Uma primeira leitura adjectiva», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 1, Aequitas, Editorial Notícias, Janeiro-Março de 1993, pp. 67 a 102.
- LARZZA, Silvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova série, Vol. 114, Cedam, 2005.
- LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, Almedina, 2004 (citado: *pedofilia*).

- LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal (de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto)*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2002 (citado: *alteração 01*).
- , *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª ed. (*Revista e modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro*), Coimbra Editora, Fevereiro de 2008 (citado: *alteração 07*).
- MAGALHÃES, Teresa, VIEIRA, Duarte Nuno, «Vítimas de crimes sexuais. A intervenção médico-legal na investigação criminal», *Sub Iudice*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, pp. 7 a 12.
- MANTOVANI, Ferrando, «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XL, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 1997, pp. 313 a 337.
- , «Il principio di offensività nel codice penale peruviano», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno XLV, Fasc. 2, Milano, Giuffrè Editore, Aprile-Giugno 2002, pp. 393 a 414 (citado: «offensività»).
- MARTINS, Rosa Cândido, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, pp. 791 a 831.
- , «Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?», *Lex Familiaris*, Ano 1, N.º 1, Centro de Direito da Família, 2004, pp. 65 a 74.
- , *Memoridade (In)capacidade e Cidadão parental*, Centro de Direito da Família, 13, Coimbra Editora, 2008.
- MAZZONI, Giuliana, *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- MIRANDA, Jorge, *Medeiros*, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo (Artigos 1.º a 79.º), Coimbra Editora, Março de 2005.
- MONTFORT, Sue, BRICK, Peggy, *Unequal partners: teaching about power and consent in adult — teen and other relationships*, Second Edition, Geraldine r. Dodge Foundation, 2000.
- MOREIRA, Sónia, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, N.º 291, Setembro-Dezembro de 2001, pp. 159 a 194.
- MOTA, J. Carmona da, «Dos crimes sexuais», *RMP*, Ano 4, Vol. 14, Julho de 1983, pp. 9 a 52 (citado: «crimes sexuais»).
- , «Crimes contra a liberdade sexual. Crimes contra a autodeterminação sexual», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, Vol. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1998, pp. 199 a 226.
- NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985 (citado: *direito penal sexual*).
- NEVES, A. Castanheira, *Sumários de processo criminal (1967-1968)*, Coimbra, 1968.
- OLIVEIRA, Alexandra, «História jurídico-legislativa da prostituição em Portugal», *RMP*, Ano 25, N.º 98, Abril-Junho de 2004, pp. 145 a 156.
- OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 239 a 246.

- PABLOS de MOLINA, Antonio García, *Tratado de criminología*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- PALMERI, Giuseppe, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene Editore, 1994.
- PATTO, Pedro Vaz, «Direito penal e ética sexual», *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 2, Universidade Católica Editora, 2001.
- PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico — Paciente*, Estudo de Direito Civil, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2004.
- , «A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II, A parte geral do Código e a teoria geral do direito civil, Coimbra Editora, 2006, pp. 199 a 249.
- PEREIRA, Rui Carlos, «Liberdade sexual. A sua tutela na reforma do Código Penal», *Sub Iudice*, 11, Janeiro-Junho de 1996, pp. 41 a 48 (citado: «liberdade»).
- POLITI, Massimo, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori*, Roma, Edizioni Laurus Robuffo (citado: *legge*).
- RAMOS, Fernando João Ferreira, «Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982», *RPCC*, Ano 3, Fasc. 1, Acúquias, Editorial Notícias, Janeiro-Março de 1993, pp. 53 a 66.
- , «Estrupo e violação — ontem e hoje», in *Jornadas de direito criminal. Revisão do Código Penal. Alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, Vol. II, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1998, pp. 181 a 198.
- RAPOSO, Vera Lúcia, «Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 931 a 962 (citado: «moralidade»).
- RIPOLLES, António Quintano, «Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo III, Fasc. I, Enero-Abril 1950, pp. 321 a 342 (citado: «relevancia del consentimiento»).
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «Política criminal e política de memoridades», *Psicologia: teoria, investigação e prática*, Centro de Estudos em Educação e Psicologia, Universidade do Minho, 2, 1999, pp. 283 a 292.
- , «Artigo 168.º — Procriação artificial não consentida», in *Comentário Comunitaricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 497 a 508.
- , «Artigo 169.º — Tráfico de pessoas», in *Comentário Comunitaricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 510 a 517.
- , «Artigo 170.º — Lenocínio», in *Comentário Comunitaricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, pp. 518 a 532 (citado: «170.º»).
- , «A União Europeia e a luta contra ao tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças», in *Direitos Humanos das Mulheres, Corpus Iuris Gentium Comibrigae*, 4, Coimbra Editora, 2005, pp. 27 a 46.
- RODRIGUES, Vaz, *O Consentimento Informado no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da manifestação de vontade do Paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

- ROMANO, Augusto, «Tutela penale della libertà sessuale quale interesse primario della persona», *JUS, Rivista di scienze giuridiche*, Anno XLIII, 3, Setembro-Dicembre 1996, pp. 415 a 422 (citado: «interesse»).
- ROMANO, Bartolomeo, «Profilí penalistici dell'abuso sessuale sui minori», *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. XXVII, Giuffrè Editore, Luglio-Settembre 1998, pp. 1133 a 1157.
- ROSA, Mário La, «Minore età e abusi sessuali: punti fermi e questioni aperte nella legislazione penale e nel diritto vivente», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova série, Anno LI, Fasc. 1, Miliano, Giuffrè Editore, Gennaio-Marzo 2008, pp. 213 a 240.
- ROMNEY, Philip N. S., «The review of sex offences and rape law reform: another false dawn?», *The modern law review*, Vol. 64, Oxford, 2001, pp. 890 a 910.
- SANTOS, Beleza dos, «O crime de violação», *RLJ*, Ano 57, N.º 2268-2274, Coimbra Editora, 1925.
- SCHULHOFFER, Stephen J., «Taking sexual autonomy seriously: rape law and beyond», *Law and Philosophy*, Vol. 11, Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 35 a 94.
- SOEIRO, Cristina, «O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça», *Sub Judge*, 26, Outubro-Dezembro de 2003, pp. 21 a 29.
- SOTTOMAYOR, Arménio, «A voz da vítima», in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. I, Coimbra Editora, 2001, pp. 841 a 850.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, «A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a reforma de 1977», in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 75 a 174 (citado: «situação»).
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, «Os actos ilícitos civis de pedofilia violadores do direito geral de personalidade», in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Vol. II, A parte geral do Código e a teoria geral do direito civil, Coimbra Editora, 2006, pp. 147 a 157.
- TORRÃO, Fernando, «A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais. Mudança de paradigma no novo Código Penal», *BFDUC*, Vol. LXXI, Coimbra, 1995, pp. 545 a 570.
- VIELA, Alexandra, «Colheita de órgãos e tecidos em doadores vivos para fins de transplante», *Lex Medicinæ*, Ano 1, N.º 2, Centro de Direito Biomédico, 2004, pp. 25 a 38.
- , *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2005.
- WERTHEIMER, Alan, «Intoxicated consent to sexual relations», *Law and Philosophy*, Vol. 20, N.º 4, Kluwer Academic Publishers, July 2001, pp. 373 a 401.
- , *Consent to sexual relations*, Cambridge studies in philosophy and law, Cambridge, University Press, 2003 (citado: *consent*).

LEGISLAÇÃO

- DL n.º 400/82, de 23 de Setembro;
- DL n.º 48/95, de 15 de Março;
- L n.º 65/98, de 2 de Setembro;
- L n.º 98/2001, de 25 de Agosto;
- Proposta de 24 de Junho de 2004 (36/Prop/2004), para alteração do CP;
- Proposta de lei n.º 149/IX, de 20 de Novembro de 2004, para alteração do CP;
- Proposta de lei n.º 130/2006, de 27 de Março de 2006, para alteração do CP;
- Proposta de lei n.º 98/X, de 7 de Setembro de 2006, para alteração do CP;
- L n.º 59/2007, de 4 de Setembro.
- Child Pornography Prevention Act of 1996;
- Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, de 15 de Novembro de 2000 (Resolução da AR n.º 32/2004);
- Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de Novembro de 2001;
- Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos;
- Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil;
- Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, de 16 de Maio de 2005;
- Código Penal Alemão, consultado em www.legislationline.org (acedido pela última vez em 7 de Novembro de 2008);
- Código Penal Brasileiro, consultado em www.presidencia.gov.br (acedido pela última vez em 4 de Novembro de 2008);
- Constituição do Brasil, consultada em www.presidencia.gov.br (acedido pela última vez em 4 de Novembro de 2008);
- Código Penal Espanhol, consultado em <http://noticias.juridicas.com> (acedido pela última vez em 4 de Novembro de 2008);
- Código Penal Francês, consultado em www.legifrance.gouv.fr (acedido pela última vez em 7 de Novembro de 2008);
- Código Penal Italiano, consultado em www.giustiziar.it (acedido pela última vez em 4 de Novembro de 2008);
- Legge 15 febbraio 1996, n. 66;
- Legge 3 agosto 1998, n. 269;
- Legge 6 febbraio 2006, n. 38.

JURISPRUDÊNCIA

- Ac. TC n.º 247/05, de 10 de Maio de 2005;
- Ac. TRP, de 14 de Junho de 1989, relativo ao processo 0000414 e com Calheiros Lobo como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008);
- Ac. TRP, de 31 de Janeiro de 2001, relativo ao processo 0011239 e com Esteves Marques como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008);
- Supreme Court of the United States decision: Ashcroft, Attorney General v. Free Speech Coalition, decided April 16, 2002, retirada de <http://supct.law.cornell.edu/supct> (consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008);
- Ac. TRG, de 20 de Janeiro de 2007, relativo ao processo 2053/06-1 e com Cruz Bucho como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008);
- Ac. STJ, de 5 de Setembro de 2007, relativo ao processo 07P1125 e com Pires da Graça como relator (disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 7 de Novembro de 2008).

ÍNDICE

PREFÁCIO.....	Págs.
NOTA PRÉVIA	5
INTRODUÇÃO.....	9
	15

CAPÍTULO I

O MENOR NO DIREITO PENAL SEXUAL PORTUGUÊS

1. Quem é o menor?.....	17
2. Tipos legais de crimes sexuais contra menores — do CP de 1852 aos dias de hoje.....	26
2.1. O CP de 1852 e a revisão de 1886.....	26
2.2. O CP de 1982.....	31
2.3. A grande revisão de 1995.....	35
2.4. As revisões de 1998 e de 2001.....	40
2.5. Que revisão, em 2007?.....	40
3. O menor no processo penal por crime sexual.....	42

CAPÍTULO II

OS BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELAS INCRIMINAÇÕES SEXUAIS

4. Dos crimes contra os costumes para os crimes contra a liberdade.....	69
4.1. Particularidades da evolução do tratamento da homossexualidade de menores.....	76
5. O bem jurídico liberdade sexual.....	86
6. O ofendido menor e o bem jurídico protegido.....	88
6.1. Diferentes densidades da liberdade sexual ou a descoberta de um outro bem jurídico?.....	88

	Págs.
6.2. Crimes de perigo abstracto ou ausência de dignidade penal por falha da ofensividade da conduta do agente?.....	101
7. Breve análise crítica de algumas incriminações.....	103
7.1. O lenocínio e o recurso à prostituição de menores.....	103
7.2. Pornografia de menores: limites à incriminação.....	111
7.2.1. O novo crime de pornografia de menores.....	111
7.2.2. A mera aquisição ou detenção de material pornográfico.....	118
7.2.3. A representação realista de menores.....	120

CAPÍTULO III

O VALOR DO CONSENTIMENTO DO MENOR PARA A ACTIVIDADE SEXUAL

8. Consentimento enquanto causa de justificação ou acordo enquanto causa de atipicidade da conduta?.....	125
9. Critérios de validade e eficácia para o acordo: a idade.....	129
CONCLUSÃO.....	141
BIBLIOGRAFIA.....	145
LEGISLAÇÃO.....	153
JURISPRUDÊNCIA.....	155

