Separata de

ARS IVDICANDI

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Volume III

COIMBRA — 2010

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA

100

AD HONOREM — 5

ANA RITA ALFAIATE

CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES: QUESTÕ DE PROMOÇÃO PROCESSU

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES: QUESTÕES DE PROMOÇÃO PROCESSUAL

Ana Rita ALFAIATE

1. Enquadramento do problema

O paradigma da natureza dos crimes sexuais contra menores foi alterado pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, a partir da qual aqueles passaram a ser, em regra, crimes públicos. Ao longo dos últimos anos, a doutrina foi desenvolvendo argumentos a favor do carácter semi-público dos crimes sexuais contra menores, atendendo ao facto de o interesse da vítima nem sempre caminhar no sentido da existência de um processo-crime. Por isso, quando o legislador assume uma alteração tão radical e peremptória, pode questionar-se se não é no plano dos interesses norteadores do processo que a mutação está também a produzir-se. Estamos perante terreno fértil a equilíbrios muito ténues e a interesses contraditórios, com a vulnerabilidade das vítimas a justificar as maiores cautelas. E, assim, é importante reflectir e ponderar o que mudou, numa tentativa de perceber se mudou para melhor. Esse é o esforço que procuramos empreender no trabalho que se segue.

2. Uma primeira natureza do crime sexual — legitimidade activa para o processo

À luz das concepções actuais da natureza dos crimes, podemos dizer que os crimes sexuais previstos no Código Penal (CP) de 1852 tinham natureza semi-pública, salvo quando praticados contra menor [1] de doze anos (caso em

---

[1] Adoptamos o termo *menor* com a propriedade de nos referirmos a todas as pessoas com menos de dezoito anos. Os tempos vêm ditando alguma discussão em torno

que eram públicos). A doutrina de então alinhava pela assunção de uma natureza particular (2). No entanto, a verdade é que a acção penal dependia da participação da pessoa ofendida, dos seus pais, avós, marido, irmãos, tutores ou curadores (3), mas o seu prosseguimento não exigia a querela do participante (4). A participação do crime funcionava como anuência à prossecução

desta matéria, substituindo-se aquele vocábulo pelo de *criança*, em conformidade com a noção presente na 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, em cuja alínea *a)* do artigo 1.º se define como criança "... qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade". E, no mesmo sentido, entre outras, as definições do artigo 1.º/4 da Decisão-Quadro do Conselho, de 19 de Julho de 2002, sobre a luta contra o tráfico de seres humanos, do artigo 3.º/*d)* do 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 e do artigo 4.º/*d)* da Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, de 16 de Maio de 2005. Todavia, em matéria penal a insuficiência daquele conceito impôs ao legislador usar conceitos como *adolescente* ou *jovem*, de modo a tratar de modo distinto o que não pode ser considerado igual. Por isso, ao longo deste texto, referir-nos-emos a todas as pessoas com menos de dezoito anos como *menores*.

(2) A epígrafe do artigo 399.º do CP explicitava a "natureza particular destes crimes". Cf. FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *Código Penal Português Anotado*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Limitada, 1960, p. 682 (citado: *anotado*).

Os crimes a que nos referimos são o ultrage público ao pudor (art. 390.º), o atentado ao pudor (art. 391.º), o estupro (art. 392.º), a violação (art. 393.º) e a violação de menores de 12 anos (art. 394.º).

(3) 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 Reforma 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 comummente aceites para quase todos estes 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 12 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, 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.

(4) 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 perpetuado no processo podia ditar que esta ou os seus representantes preferissem, sem segredo, o exclusivo mal do crime. Por todos, quanto a este assunto, FAVEIRO, Vítor António Duarte e ARAÚJO, Laurentino da Silva, *anotado* [n. 2], pp. 683 e ss.

penal pelo Ministério Público (MP). Em anotações ao artigo 399.º encontramos a justificação para aquele carácter *particular* dos crimes: ele era sustentado doutrinariamente por uma necessidade de dar à pessoa ofendida a possibilidade de escolher entre a perseguição penal do agente e a convivência, calada, com a realidade da agressão não denunciada e, consequentemente, não sancionada (5). Optando a vítima pela participação, dessa escolha não se arredavam possíveis escândalos e danos adicionais para a sua honra e bom-nome. Muitas vezes, essas consequências pesavam no sentido da não denúncia, mas a dimensão dos riscos tornava imprescindível deixar ao arbítrio de quem sofria o mal do crime a decisão de iniciar ou não a acção penal. Essa mesma razão não dista muito, aliás, do que mais tarde foi defendido no novo CP, de 1982, que, em matéria de crimes sexuais contra menores, manteve a natureza semi-pública. Apesar disso, importa não confundir os planos em que o carácter dos crimes foi pensado nos dois códigos. No CP de 1852, apesar de tudo, a ponderação de interesses por parte do ofendido (ou outro) só era possível se este tivesse mais de doze anos. Sempre que a conduta ofendesse pessoa menor de doze anos, o crime era público (6). À ofensa moral e à desonra da pessoa menor de doze anos atribuía a lei tamanho desvalor que se entendia que só pela perseguição penal se achariam satisfeitos os interesses da vítima e da comunidade. No entanto, e apesar dessa atenção dispensada aos menores de doze anos, a verdade é que o Código não espelhava ainda soluções para algumas das mais complicadas situações: por exemplo, no caso de o agente do crime ser o progenitor do ofendido (7) não era ponderada a vantagem da consagração da possibilidade de iniciativa pública.

Desde logo por questões de menoridade, nem todos os ofendidos tinham capacidade para participar o crime. Na realidade, 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. Todavia, a lei não esclarecia a partir de que idade era possível ao ofendido dar início ao processo, por si mesmo, nas hipóteses de crimes semi-públicos.

(5) *Idem*, pp. 683 e ss.

(6) BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *Notas ao Código Penal Português*, 1.º vol., França e Arménio, Coimbra, 1917, p. 729 (citado: *notas*).

(7) *Ibidem*.

A solução para aquele constrangimento legal passaria por duas vias: ou se considerava só poder 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 tivesse mais de doze anos. Esta segunda hipótese oferecia a vantagem de, no caso dos titulares menores de idade, associar uma amplíssima legitimidade activa para a denúncia ao desvalor maior atribuído às condutas que os atingissem. 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 ressalvando a este propósito, a sua denúncia reuniria a consistência bastante para justificar a acção do MP. Parece-nos, contudo, que a solução que dominava o entendimento doutrinário e jurisprudencial da época bebia numa e noutra das hipóteses que avançámos, numa 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 (8). 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, pois, concluir pela opção, como hoje, de uma idade a partir da qual fosse indiscutível que a pessoa ofendida pudesse queixar-se.

Assim, 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 (9). Foi

(8) BAPTISTA, Luís Osório da Gama e Castro Oliveira, *notas* [n. 6], pp. 730 e 731.

(9) Sobre a importância de se considerar esta aquisição progressiva, pelo menor, de maturidade e capacidade para as decisões relacionadas com a sua vida, GERSÃO, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, Out.-Dez. de 1997, Coimbra Editora, p. 581; 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; 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, p. 817; Martins, Rosa Cândido, *Menoridade. (In)capacidade e cuidado parental*, Centro de Direito da Família, 13, Coimbra Editora, 2008, pp. 134 e ss.; 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 MOREIRA, Sónia, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, n.º 291, Set.-Dez. de 2001, pp. 159 a 194.

dada expressa legitimidade processual activa aos ofendidos com mais de dezasseis anos. Perante uma situação de uma vítima com menos de dezasseis anos, no entanto, 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.

Pela versão originária deste CP de 1982, eram ainda públicos os crimes sexuais cujo ofendido tivesse menos de doze anos (10) e todos os crimes de exibicionismo e ultraje público ao pudor, lenocínio e tráfico de pessoas, independentemente da idade da vítima. E além destes, tornaram-se também 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).

3. O papel do MP

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 aqueles de natureza pública e os demais de natureza semi-pública. Embora no caso de o agente ser o titular do direito de queixa se previsse já a desnecessidade de participação criminal, isto apenas traduzia uma mutação em concreto da natureza do crime para crime público.

A iniciativa oficiosa do MP nos crimes semi-públicos distingue-se do que se espera desta magistratura nos crimes públicos, conferindo uma verdadeira natureza atípica (11) às incriminações a que se aplica. Na realidade, a natureza pública impõe que o MP, tendo conhecimento de um crime, investigue os factos. Distintamente, o papel que lhe cabe nos casos de ini-

(10) 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*, Volume I, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 1996, p. 182 (citado: «pecado»).

(11) 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.º, Coimbra Editora, Abr.-Jun. de 1999, pp. 326 e ss. (citado: «irrelevância»); ANTUNES, Maria João, «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»); e ainda ALBERGARIA, Pedro Soares de, «Abuso sexual de menores: público ou semi-público, eis a questão», *Sub Judice*, 26, Out.-Dez. de 2003, p. 153 (citado: «público»).

ciativa oficiosa exige que, antes de iniciar a investigação, aquela magistratura 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 reforma 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).

Mais tarde, pela reforma de 1998, ficou 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 ainda 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).

A intervenção do MP mantém-se assim até 2001. Mas, entretanto, por ocasião da reforma desse ano do CP, deixa de falar-se na iniciativa oficiosa do MP atento o *interesse público* e voltam a conceber-se como públicos os crimes praticados contra menor de catorze anos em que o agente seja titular do direito de queixa (art. 178.º/1, *b)*).

4. Os fundamentos da intervenção oficiosa do MP

Apesar de aparentemente distintos, 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 oficiosamente por crimes sexuais contra menores não eram, na verdade, muito diferentes. Nesta matéria, o entendimento foi sendo que o interesse público deveria perspectivar-se de acordo com a melhor solução para os interesses da vítima ([12]). Deste modo, 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.

a) O caso em que o titular do direito de queixa é o agente do crime

Nas situações em que é o agente do crime quem pode exercer o direito de queixa, o legislador considerou originariamente que o que estava em causa, em termos gerais, era 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. Porém, a interpretação da *ratio* daquela intervenção foi exigindo uma avaliação das vantagens e desvantagens para a vítima do crime, uma seriação dos custos e benefícios para o menor, em se avançar para um processo penal. A inevitabilidade de se irem reproduzindo os factos ao longo de todo o processo, num esforço por recuperar a memória do episódio, cedo fez notar que o interesse da vítima podia correr num sentido distinto do de um processo-crime. Assim sendo, antes de figurar expressamente na letra da lei, e apesar de se falar em interesse público, era já o interesse dos menores que justificava as decisões do MP.

A natural evolução legislativa bebeu nestas considerações a inspiração para clarificar que tipo de ponderação deveria ser feita e em 2001 surge a nova redacção do artigo 178.º do CP. Ainda assim, a alteração não foi no sentido de explicitar que o interesse a ponderar pelo MP deveria ser o interesse do menor. O legislador de 2001 optou por assumir que a protecção daquele interesse torna inevitável, em alguns casos, a existência de processo-crime, tendo passado a ser crimes públicos os praticados contra menores de catorze anos por pessoa a quem caberia a exercício do direito de queixa.

Em nosso entender, 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 o interesse daquela ([13]) como interesse

([12]) 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*).

([13]) 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*

tutelado. Assumir que o interesse da vítima é o principal interesse em causa não significa não poder perspectivá-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 passou a considerar públicos não eram aqueles em que o titular do direito de queixa podia decidir simplesmente nada fazer, mas sim aqueles em que aquele titular era o agente do crime e por isso seria inevitável que nada fosse feito, independentemente de qualquer ponderação de interesses do menor. A intervenção do MP podia surgir, oficiosamente, mas para isso era necessário verificar alguns sinais da prática do crime. As condicionantes que advinham da especial proximidade entre agente e vítima propiciavam muitas vezes, no entanto, 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 propiciar 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 (14) aqui em causa, o carácter público dos crimes justificar-se-ia, ainda mais, pelo desvalor maior da conduta praticada precisamente por aquele a quem cabia um especial dever de protecção do menor.

A solução, apesar de tudo, não era totalmente pacífica. Mas a possibi-

n.º 99/2001, de 25 de Agosto), 3.ª ed., Coimbra Editora, 2002, pp. 120 e ss. (citado: alteração 2001).

(14) ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 12], p. 596.

lidade 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.

No caso distinto da vítima menor, mas com mais de catorze anos, era possível questionar se o crime não devia ser também crime público. Na realidade, 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 também aqui considerar-se a natureza pública do crime. A solução do legislador de 2001, porém, surgia à luz de um Código que distinguia muito claramente os menores com menos e mais de catorze anos, reservando apenas para aqueles o conceito de *criança* (epígrafe do art. 172.º — Abuso sexual de crianças). Além disso, sempre que um menor com mais de catorze anos fosse vítima de um crime contra a liberdade ou 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 doutrinal de que é até aos 14 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 (15), que se vai esbatendo a partir dessa idade.

b) O interesse da vítima com menos de 12/16 anos

Havia, no entanto, outra hipótese em que o MP podia iniciar oficiosamente o processo. A reforma de 1995 aludia à possibilidade daquela 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

(15) ANTUNES, Maria João, «Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual», *BFDUC*, Vol. LXXXI, 2005, pp. 64 e 65 (citado: «crimes»).

protegido pelos tipos penais dos crimes sexuais aconteceu com esta reforma 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 inserto 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.

A verdade é que, pelo CP de 1982, na sua 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. Ora, 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. E foi também a 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 o que justificou, para o legislador, que se configurasse, como excepção à regra do carácter semi-público dos crimes sexuais contra menores, uma possibilidade de iniciativa oficiosa do MP quando a vítima tivesse menos de doze anos e ponderado que fosse o interesse público.

Perante o enquadramento da tutela de um bem jurídico pessoal do ofendido, cedo se fez saber 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, etc. E foi este o contexto em que surgiu, para o MP, o ónus de ponderar, antes de dar oficiosamente 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" (16).

Até 1998, a lei fazia depender esta iniciativa oficiosa do MP de uma ponderação de especiais razões de interesse público, mas a compreensão doutrinária da norma atempadamente ilustrou que o que verdadeiramente estava

(16) ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 12], p. 594.

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 (17). Com a reforma de 1998, clarificou-se finalmente que a intervenção a título oficioso por parte daquela magistratura estaria justificada sempre que o interesse da vítima o aconselhasse. Além disso, esta reforma vem alargar até aos dezasseis anos a idade da vítima protegida. Até aí, 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 mesmos 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 (18).

Iniciado um processo penal por crime sexual contra menor, a título oficioso, pelo MP, que para tanto ponderara os interesses da vítima, a oposição posterior, pelo seu representante legal, à continuação do processo, não podia, em nosso entender, operar qualquer efeito. O MP mais não fazia do que agir de acordo com o melhor para a vítima. Tivesse a vítima capacidade para se queixar, ela própria se teria queixado, ponderando as vantagens e prejuízos que o processo penal lhe acarretaria. Por isso, aceitávamos a oposição à continuação do processo, nestes casos, quando feita pelo ofendido que entretanto perfizesse dezasseis anos e que, numa avaliação dos seus interesses nesse momento, concluísse que o que melhor os acautelaria era a extinção do processo-crime. Se, distintamente, fosse o representante legal quem, em momento posterior ao do início do processo penal, pretendesse opor-se, já, de outro modo, não nos parecia razoável atribuir relevância a esta opo-

(17) Neste sentido, *idem*, pp. 593 e ss.; LOPES, José Mouraz, *alteração 2001* [n. 13], pp. 120 e ss.; e PEREIRA, Rui Carlos, «Liberdade sexual. A sua tutela na reforma do Código Penal», *Sub Judice*, 11, Jan.-Jun. de 1996, p. 47 (citado: «liberdade»).

(18) Neste sentido, ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 12], p. 594.

sição. Por um lado, porque a lei não vinculava o representante legal a uma ponderação dos interesses do menor. Por outro, porque caberia sempre ao MP, enquanto para tanto não estivesse capacitado o menor, avaliar os benefícios do percurso criminal e, deste modo, cada trâmite processual continuaria fundamentado no interesse da vítima, a que não poderia sobrepor-se a vontade do representante legal ([19]).

([19]) Neste mesmo sentido, ALBERGARIA, Pedro Soares de, «público» [n. 11], 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. 11], pp. 323 e ss., e quanto ao valor da oposição do menor com mais de 16 anos, em particular, também ANTUNES, Maria João, «Oposição» [n. 11], pp. 21 a 37. Em sentido contrário, relativamente ao valor da oposição pelo representante legal, LOPES, José Mouraz, *alteração 2001* [n. 13], p. 122.

Sobre este mesmo assunto, conta a jurisprudência nacional com o Ac. do TRP, de 31-01-2001, relativo ao processo n.º 0011239 e com o relator Esteves Marques. 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 represente". Tal como adiantámos, no caso do ofendido que entretanto perfaça os dezasseis anos, nada parece sustentar que o MP se 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.

Com a reforma 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 mantém 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).

Esta era discussão que não se punha quanto ao caso da 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 catorze 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.

5. A reforma de 2007

Com a reforma de 2007, o legislador esclarece definitivamente a natureza do interesse protegido pela intervenção oficiosa do MP. O interesse efectivamente em causa é o interesse da vítima. 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".

6. A natureza pública do crime

Notamos, efectivamente, um avanço trazido pela reforma de 2007 quanto à definição do interesse em causa aquando da intervenção oficiosa do MP. No entanto, nova problemática emerge, pois parece que a norma que prevê esta intervenção deixa de estar voltada para o tema dos crimes sexuais, esvaziando a discussão em torno da legitimidade activa do MP, a título oficioso, nestes crimes.

Com a alteração 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 comprometer a sociedade na protecção dos menores vítimas destes crimes, por outro, não deixamos de temer um certo descontrolo histérico 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 nestes casos. Esta, no entanto, é uma certeza que ainda não alcançámos. A natu-

reza 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 (20). 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 vitimarem um menor (21). 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 o menor e nos faça recuar. E, ainda assim, o que nos parece é que um sistema processual penal que estruturasse o processo 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. 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.

7. Suspensão provisória do processo — meio de obviar aos constrangimentos da natureza pública do crime?

Consideramos que 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

(20) ALBERTO, Isabel, CARMO, Rui do, GUERRA, Paulo, *conversa* [n. 12], p. 53.

(21) O artigo 70.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99), 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...".

artigo 38.º/3 do CP, e que passa a ser os dezasseis anos, presumimos 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 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.

É verdade que o MP pode, em face de um caso assim, decidir que uma suspensão provisória do processo acautelará os interesses daquele menor. Mas os requisitos para a determinação do instituto são muito estreitos, atendendo ao aumento de crimes públicos verificado. Suponha-se que a esse mesmo produtor foi anteriormente aplicada medida semelhante por outro facto da mesma natureza (22) e, perante esse enquadramento, a solução da lei é a acusação do agente pelo crime de pornografia de menores.

A hipótese *supra* não esgota a problemática e será ainda fácil encontrar argumentos a favor da nova solução do Código. Podemos pensar na especial vulnerabilidade da vítima, ou na facilidade em aliciar, por meio de recompensas, o menor para estas práticas. Mas, verificando-se uma dessas situações, estaremos perante uma vontade viciada, que não será livre e esclarecida, e que, por-

(22) 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 Código de Processo Penal. De referir apenas lapsos decorrentes da última reforma daqueles códigos: os pressupostos para a aplicação do instituto da suspensão provisória de processo são mais exigentes pela norma do Código de Processo Penal, onde, distintamente do que acontece na previsão do CP, se exige que o arguido não tenha sido condenado anteriormente por crime da mesma natureza; e 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). Assim, também 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, Jan.-Fev. de 2008, p. 147 (citado: «bruscamente»).

tanto, não relevaria, independentemente do critério da idade. Sempre que a vontade do menor não pudesse, efectivamente, relevar, pelos vícios que a contaminassem, podiam desencadear o processo os seus representantes legais. Iniciativa essa que não devia 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, distintamente, mas ainda a propósito do carácter público dos crimes, uma outra hipótese — a da criança com sete anos, vítima de abuso sexual de crianças. Pela solução da lei anterior à reforma 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 adiantámos, 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 assumia a avaliação do interesse do menor, nos mesmos termos em que este, por si, o avaliaria se tivesse dezasseis anos e se encontrasse reunido o critério do seu discernimento para avaliar esse 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.

Do exposto decorre que a avaliação do interesse do menor se fazia a montante do processo, o que não acontece nos casos de crime público. Não obstante, antes da reforma estávamos diante de um crime público apenas em se tratando de uma vítima menor de catorze anos em que coubesse ao agente a titularidade do direito de queixa. Só nessas hipóteses se diferia para a fase de conclusão de inquérito a avaliação da vantagem na suspensão provisória do processo, mediante uma detida ponderação do interesse do menor pelo MP ([23]).

Note-se, no entanto, que o instituto da suspensão provisória do processo não pode confundir-se com qualquer meio de obviar aos constrangimentos da falta de ponderação do interesse do menor para a existência de processo,

([23]) Sobre as particularidades desta suspensão provisória do processo, LOPES, José Mouraz, *alteração 2001* [n. 13], pp. 124 e 125.

provocados pelo carácter público dos crimes. 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, no 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.

Este problema não se punha pela solução anterior, em que a regra era sopesar o interesse da vítima antes, o que levava, efectivamente, algumas vezes, à própria inexistência de processo. Os casos em que correria processo sem ter havido aquela ponderação dianteira, por se tratar de crime público, eram muito menos, dado o paradigma de crime semi-público, conjugado com a intervenção atípica do MP, que povoava o Código. Aliás, não nos parece sequer que a solução que estava prevista no artigo 178.º/1/*b)* e 2 e 3 do CP possa de algum modo servir de justificação para a alteração produzida pela reforma 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 mediante ponderações sérias de

interesses, pelo que os constrangimentos do instituto da suspensão tinham aqui, necessariamente, pouco eco (24).

8. *Ratio* de uma alteração de paradigma

Fortíssimo argumento a favor da alteração da natureza de alguns dos crimes sexuais contra menores foi a necessidade de adoptar, no ordenamento jurídico interno, a 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.

Com a alteração produzida no Código, independentemente de qualquer ponderação, os crimes são em regra públicos e a protecção ao menor é 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" (25). Mas, 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 (26).

(24) 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 receios causados, leia-se ANDRADE, Manuel da Costa, «bruscamente» [n. 22], pp. 144 a 147.

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

(26) Sobre a função específica de protecção da vítima, associada o 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*).

Quanto a nós, não procedem também os argumentos que se prendem com a dificuldade que enfrentam alguns menores com mais de 16 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 processo, 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 16 anos, deixará de ser necessário que outrem assuma o impulso do processo.

Por outro lado, assistimos, com esta reforma de 2007, a uma proliferação de condutas punidas, sendo que, relativamente a muitas delas, não é despiciendo considerar que a liberdade sexual do menor não sofre uma efectiva lesão. A incriminação subsiste à custa da salvaguarda de bens jurídicos supra-individuais que o legislador associa à prática sexual. Mas é imperioso não esquecer que os excessos relativamente à necessidade de protecção do direito à liberdade sexual na sua vertente negativa podem significar sacrifícios intoleráveis à vertente positiva do bem jurídico. Ignorá-lo, far-nos-á cair num direito que, mais do que proteger as pessoas, lhes impõe, paternalmente, regras de conduta que lesam essa vertente positiva da sua liberdade sexual (27). De facto, a liberdade sexual apresenta-se com uma dupla vertente, como, de resto, é próprio das liberdades — direito de cada pessoa a não suportar de outrem qualquer acto sexual contra a sua vontade, mas também direito a, de uma forma livre e autêntica, dispor do seu corpo no domínio da sexualidade (28).

Sustentar algumas incriminações por referência, ainda que indirecta, a bens jurídicos supra-individuais, como a protecção da infância e da juventude, é admissível. Mas desse objectivo não pode arredar-se o pressuposto de que o

(27) *Vide* o primeiro caso abordado no ponto 7.

(28) Assim, LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, Almedina, 2004, p. 26; TORRÃO, 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 e acordo em direito penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 395; e NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, pp. 141 e 142.

menor é hoje um sujeito autónomo de direitos (29). 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 despiciendo ponderar a existência 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 o crime é público, qualquer pessoa pode denunciá-lo. E, nesses casos, ainda que o processo seja arquivado, não há imunes.

Não cultivamos qualquer intolerância 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, ao nível 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, antecipar essa inverosimilhança e o processo propriamente dito

Finalmente, existindo indícios fortes de crime, não deixa também de ser importante considerar que algumas vezes o interesse da vítima pode, efectivamente, por si só — o que não é pouco —, justificar a ausência de processo, sendo preferível "o esquecimento e o recato perante a afronta recebida" à "perseguição do crime, com a consequente publicidade ou mesmo escândalo" (30). Sabendo ainda que os crimes públicos são aqueles em que o legislador assume

(29) 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 quando ele já pode decidir por si.

(30) Razões para uma natureza semi-pública dos crimes em GONÇALVES, Maia, *CP Português Anotado e Comentado, Legislação Complementar*, 18.ª ed., Almedina, Setembro de 2007, p. 660; e ainda em ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 12], p. 596.

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 vitimação secundária em face de processos forçados (31). É bem de ver que 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, deveria 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.

9. Tentativa de solução

A reforma de 2007 mantém a solução de conferir o direito de queixa ao ofendido que perfaça dezasseis anos. Nos casos em que o ofendido tenha menos de dezasseis anos ou não possua 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 considerações, 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). Excepcionando a regra geral da extinção do direito de queixa nos seis meses após o conhecimento dos factos e dos seus autores (art. 115.º/1), o Código admite uma tutela dife-

(31) Neste sentido, ANTUNES, Maria João, «178.º» [n. 12], 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, Jan.-Mar. de 1993, p. 93.

rida do interesse da vítima menor 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.

Deste modo, e em síntese, a solução que nos pareceria 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, porém, de continuar a reconhecer a utilidade da previsão de o menor vítima poder apresentar queixa depois de perfazer dezasseis anos. Não descuramos 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 descuramos 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 do 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. E, 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).

Ainda a propósito do direito de queixa, a reforma vem dar 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). 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 podia traduzir o reconhecimento, na prática, da maioridade sexual progressiva do menor. Apesar de sinuosa, porque 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 (32) do Código. Acontece, porém, que a faculdade 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.

10. A prescrição

A última reforma do CP merece-nos ainda uma outra reflexão, neste caso sobre a extinção, por prescrição, do procedimento criminal por crimes sexuais contra menores. Fica estabelecido 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 dilação 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 (33) 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

(32) Cf. nota 19.

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

à justiça e que, de certa maneira, só o 'tempo' pode dar" (34). Se negamos ao tempo esta característica apaziguadora, podemos bem não a recuperar em mais lado nenhum. Como oportunamente sublinha Faria Costa, "as relações entre o tempo e o direito ... encontra[m] 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" (35).

Assuma-se, distintamente, que o procedimento criminal não possa extinguir-se, por prescrição, antes dos dezoito anos do ofendido (36). Nesses termos, ele 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" (37). Em nosso entender, assim se harmonizariam o objectivo desta especial protecção dos menores e os fundamentos que ditaram os prazos gerais da prescrição. Basta, em *plus*, não olvidar o despropósito da punição num momento em que se assista já, nas palavras de Figueiredo Dias, à "estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias, já apaziguadas ou definitivamente frustradas" (38).

11. Nota final

De tudo quanto fica exposto não será exagerado retirar, em nota final, que não somos favoráveis à alteração produzida pela reforma de 2007 do CP

(34) 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.

(35) COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis), Introdução*, Coimbra Editora, 2007, pp. 83 e 84.

(36) Ou, no máximo, dos seus dezanove anos e meio, que é o prazo limite para que se interrompa a prescrição, pela constituição de arguido (em doze meses: art. 121.º/1/*a)* do CP e arts. 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).

(37) ANTUNES, Maria João, «crimes» [n. 15], pp. 64 e 65.

(38) Desenvolvidamente sobre a prescrição, *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *consequências* [n. 26], pp. 698 e ss.

quanto à natureza dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. O carácter semi-público, combinado com as atípicas intervenções do MP em nome da salvaguarda do interesse da vítima não nos causavam receios de impunidade que mobilizassem qualquer necessidade de repensar o alargamento das possibilidades de notícia do crime. A justiça da perseguição penal e as exigências de prevenção que imputamos às penas não servem, quanto a nós, para bastar de argumento favorável ao carácter público destes crimes. A vontade da vítima, sobretudo estando também em causa a tutela de um bem jurídico pessoal, não tem por que ceder. Nos interesses comunitários há-de caber a realização plural de vontades válida e eficazmente prestadas. Dizer que nestes crimes não é assim é dar um passo em frente para o abandono do paradigma de bem jurídico pessoal protegido por estas incriminações. E não o admitir pode significar ignorar anos de evolução legislativa, doutrinal e jurisprudencial.