

Coordenadores

TÂNIA DA SILVA PEREIRA
GUILHERME DE OLIVEIRA



O Cuidado
como
Valor Jurídico

EDITORA
FORENSE

AUTONOMIA E CUIDADO

Ana Rita Alfaiate

Sumário: 1. Nota introdutória. 2. O consentimento das crianças enquanto manifestação da sua autonomia. 2.1. O caso particular do consentimento das crianças no âmbito do direito penal. 3. Os prestadores de cuidado. 4. A tensão entre o cuidado e a autonomia. 4.1. Cuidado e autonomia no acesso aos cuidados de saúde. 4.2. Cuidado e autonomia na tutela penal da liberdade e autodeterminação sexual. 5. Recuos no sentido de uma maior valorização do cuidado. O exemplo das propostas de alteração ao Código Penal como manifestação de um *crescendum* de cuidado do Estado. 6. Uma educação para o equilíbrio.

1. Nota introdutória

A autonomia e o cuidado, vistos não raro como valores incompatíveis, são duas faces de um mesmo problema: o do momento em que pode, e deve, reconhecer-se aos menores capacidade para consentir, para decidir por si mesmos. O cuidado manifesta-se nos poderes-deveres de protecção e assistência de um sujeito por outro, mediante acções concretas que se sustentam na assunção de uma consciência de responsabilidade pela melhor decisão *para esse outro*. Assim, para o que nos ocupa, o cuidado consiste no poder e interesse, seja dos pais, da sociedade, ou do Estado, na segurança das crianças. Com este valor têm de coexistir, naturalmente, outros, como a liberdade e a autonomia de que são titulares essas crianças. Dessa necessária e saudável coexistência se fala amiúde a propósito das opções, por exemplo da União Européia, em matéria legislativa e reguladora dos interesses dos menores, sujeitos de direitos.

Cada vez com maior acuidade se vem fundamentando a necessidade de reconhecer um direito da criança a uma autonomia e autodeterminação da vontade. Por outro lado, no entanto, não deixa de atender-se à gradação de auto-responsabilidade que poderá exigir-se do menor em função da sua idade. A idade acaba por ser um “delimitador” de carência do cuidado. Não a idade pela idade. Não se dispensa a apreciação do discernimento do sujeito em concreto. Estado e família assumem, depois, o poder-dever do cuidado. De facto, são essas as entidades a quem mais se exige curar das questões para as quais à criança não se reconhece ainda a suficiente consciência e maturidade de decisão autónoma.

2. O consentimento das crianças enquanto manifestação da sua autonomia

Sobre o âmbito subjectivo do conceito de criança tomou posição a Organização Mundial das Nações Unidas quando, em 1989, assinou a Convenção dos Direitos da

Criança, cujo artigo 1º enuncia "... 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".

O Código Penal português (CP), no entanto, aplica o conceito de criança de uma forma mais restrita e usa, para os maiores de 14 anos, a designação de adolescentes (art. 174º, CP – Actos sexuais com adolescentes) ou simplesmente menores (art. 173º, CP – Abuso sexual de menores dependentes; art. 176º, CP – Lenocínio e tráfico de menores). Ainda assim, hoje a tendência ao nível da União Européia é a de procurar uma harmonização das legislações nacionais, também no que se refere ao que se entende por criança. Precisamente como um dos corolários das opções da União, surge, em 22 de dezembro de 2003, a Decisão – Quadro 2.004/68/JAI do Conselho, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Também aí, então, se define, na alínea a do artigo 1º, como criança "...qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade".¹

Não obstante a consagração da idade até à qual se considera que determinado sujeito é uma criança, vem-se falando de uma aquisição progressiva da maioridade até aos 18 anos. Na própria Convenção dos Direitos da Criança de 1989 encontramos eco da maturidade, capacidade e maioridade progressivas. O artigo 12º da Convenção assegura à criança capacitada a formular os seus próprios juízos o direito de expressar as suas próprias opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com ela, levando-se em consideração essas opiniões em função da sua idade e maturidade. No mesmo sentido converge o direito português. O legislador considera maior aquele que perfaça os 18 anos (art. 130º do Código Civil (CC)), mas não deixa de acordar na existência desta maioridade progressiva. Pilares dos nichos de capacidade que à criança se vão reconhecendo, à medida que esta avança na idade, são as várias normas que exploram a ideia de antecipação² e progressividade, que subjaz às chamadas "maioridades especiais".³ Como enuncia Eliana Gersão, "hoje entende-se que se deve dar a palavra aos menores e apro-

1 No mesmo sentido, encontramos ainda, entre outras, as definições do artigo 1º/4 da Decisão – Quadro do Conselho, de 19 de julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, do artigo 3º/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 4º/d da *Council of Europe convention on action against trafficking in human beings*, de 16 de maio de 2005.

2 MARTINS, Rosa Cândido. "Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?", in *Lex familiariae*, Centro de Direito da Família, ano 1, nº 1, 2004, p. 70.

3 OLIVEIRA, Guilherme de. "O acesso dos menores aos cuidados de saúde", in *Temas de direito da medicina*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra, 2005, p. 242 (citado: "saúde"); 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 reforma de 1977*, Coimbra, 2004, p. 817 e o estudo de MOREIRA, Sónia. "A autonomia do menor no exercício dos seus direitos", in *Scientia Iuridica*, t. L, nº 291, pp. 159-194, set./dez. 2001.

veitar ao máximo a sua capacidade de se pronunciarem sobre os seus assuntos pessoais e para tomarem decisões quanto à sua vida e ao seu futuro”.⁴

Nem todas as crianças são capazes no que diz respeito ao consentimento. No entanto, a lei portuguesa reconhece à criança com mais de 12 anos a capacidade de se conformar com as regras do ordenamento jurídico, responsabilizando-a directamente pelos factos em que se desvia destas regras e pelas conseqüências dessa “*déviance*”, designadamente aplicando-lhe a Lei Tutelar Educativa que visa a sua educação para o direito.⁵⁻⁶ Às crianças com 12 anos reconhece também a nossa lei maturidade de consciência suficiente para opinarem sobre o seu projecto de vida quando este passe pela adopção: a oposição de um jovem daquela idade relativamente a um projecto de vida que passe pela adopção inquina a decisão dos Serviços que sustente que esse será o caminho mais conforme ao superior interesse daquele menor. Na verdade, esta oposição do menor limita de forma última a intervenção do Estado neste particular da sua vida. Se aquela criança se opõe, não há adopção.

2.1. O caso particular do consentimento das crianças no âmbito do direito penal

Em nível penal não deixa, igualmente, de ser possível verificar a assunção da existência de uma maioridade progressiva da criança. O Código Penal português dedica uma secção do capítulo dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual a tipos penais que incluem referência expressa à menoridade da vítima. Nesses, apesar da maioridade progressiva que se reconhece à criança (e também por causa dela – para que possa gerar-se sem incidentes), é perceptível uma função de protecção penal da juventude e da infância.⁷ As características próprias da ofensividade (de cuidado-de-perigo) de algumas daquelas condutas conferem-lhes um tal desvalor (de resultado), por referência ao bem jurídico essencialíssimo ao viver comunitário e que legitima o cuidado do Estado na incriminação, que justificam a sua previsão como crime de perigo abstracto.⁸⁻⁹ Ali,

4 GERSÃO, Eliana. “A reforma da organização tutelar de menores e a convenção sobre os direitos da criança”, in *RPCC*, ano 7, fasc. 4, Coimbra, p. 581, out./dez. 1997.

5 RODRIGUES, Anabela Miranda. “Política criminal e política de menoridade”, in *Psicologia: teoria, investigação e prática*, Centro de Estudos em Educação e Psicologia, Universidade do Minho, 1999, 2, pp. 283-292.

6 A partir dos 16 anos é reconhecida a imputabilidade penal (art. 19º, CP).

7 DIAS, Figueiredo, *Comentário conimbricense ao código penal*, t. I, Coimbra, Coimbra, 1999, pp. 441 e ss. (citado: *Comentário*).

8 *Idem*, pp. 541 e ss. e 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 nº 99/2001, de 25 de Agosto)*, 3ª edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 85 e ss.

9 Sobre o perigo, por todos, COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*, Coimbra, 2000, sobretudo, para os crimes de perigo abstracto, pp. 620 e ss. e sobre as características da ofensividade nestes crimes, por todos, D’ÁVILA, Fábio Roberto. “Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)”, in *Studia iuridica*, 85, Coimbra, 2005, pp. 159 e ss. (citado: *Ofensividade*).

na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, temos algumas condutas que não assumiriam o mesmo nível de ofensividade se praticadas entre adultos e que são diferentes das condutas da primeira secção daquele capítulo, onde se fala do bem jurídico liberdade sexual e onde o que pode acontecer é uma agravação da pena em função da menoridade da vítima (art. 177º/4, CP). A diferença está em que estas são condutas puníveis mesmo se praticadas entre adultos quando não haja adesão válida de ambos à sua prática. Ao invés, para aquelas pondera-se a característica da menoridade da vítima. Naquele capítulo do Código Penal temos, portanto, determinadas condutas com dignidade penal apenas quando se trate de uma vítima menor e outras que exigem tutela de *ultima ratio* mesmo que a vítima seja maior, embora se lhes reconheça uma gravidade acrescida em função da menoridade do ofendido.

No que se refere ao bem jurídico protegido naqueles crimes do capítulo V do Código Penal português, Inês Ferreira Leite refere-se a uma concepção integradora da liberdade sexual e salienta que esta traduz não só o direito de cada um a não tolerar do outro actos de natureza sexual para os quais não manifeste a sua vontade (vertente negativa), mas também a possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade (vertente positiva).¹⁰ Não obstante, ao analisar as normas em que se tutela a autodeterminação sexual, percebemos que, para o legislador, quanto a este bem jurídico, não basta que se proteja a verificação da inexistência de obstáculos ou restrições ao exercício da liberdade por uma criança. A isso acrescenta a necessidade de se assegurar a existência de condições para uma formação livre da vontade do menor. No limite, todavia, podemos considerar a autodeterminação sexual como uma concretização de um outro bem jurídico que será a liberdade sexual em sentido amplo.¹¹ Deste modo, não deixamos de atribuir também aos menores a titularidade do bem jurídico liberdade sexual, no seu sentido amplo, concretizado – pelas especificidades decorrentes da sua autonomia, que é progressiva –, num bem jurídico particularmente sensível a que o legislador chamou autodeterminação sexual. Ao dizer isto, defendemos que o bem jurídico liberdade sexual não sofre limitações em função da idade do seu titular, embora se concretize de diferentes formas de acordo com aquele factor e sugira, no caso das crianças em idades mais precoces, a ponderação de um necessário desenvolvimento livre da personalidade no domínio da sexualidade. Resumindo: nesse bem maior a que chamamos liberdade sexual em sentido lato cabem a liberdade sexual protegida pelas incriminações dos artigos da secção I do capítulo V do Código Penal (Crimes contra a liberdade sexual), a autodeterminação sexual e ainda,

10 LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*, Almedina, 2004, p. 26 (citado: *Pedofilia*). Sobre esta matéria, vide ainda TORRÃO, Fernando. “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais. Mudança de paradigma no novo código penal”, in *BFD*, Coimbra, vol. LXXI, pp. 562 e ss. (citado: “bem jurídico”), 1995; ANDRADE, Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 395 (citado: *Consentimento*); e NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, pp. 141-142.

11 No mesmo sentido de LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia*, nº 10, pp. 28 e ss.

para as crianças sem capacidade sequer para se autodeterminarem sexualmente,¹² o seu direito a um livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual.

O nosso Código Penal prevê a capacidade das crianças para acordarem¹³ nesta matéria a partir dos 14 anos. Ainda assim, a lei, concretamente o art. 38º/3 do Código Penal, exige dois requisitos cumulativos: a idade (14 anos) e o “discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”. A idade por si só não basta. Verificado que esteja este requisito, não fica dispensada uma análise actual da vontade da criança. Necessariamente, neste domínio, como em todos, essa deve ser uma vontade expressa de forma livre e esclarecida. A esta actualidade e referência ao caso concreto que têm de dissecar-se na valorização do consentimento da criança, independentemente da sua idade ser igual ou superior a 14 anos, refere-se o legislador muito claramente na parte final do número 3 daquele artigo 38º do Código Penal. Afinal, só uma ponderação rigorosa do consentimento respeita a exigência da lei na parte em que não dispensa o “discernimento (necessário da criança) para avaliar o sentido e alcance do (seu) consentimento no momento em que o presta (e não em um outro momento qualquer)”.

A lei, já vimos, não se basta com uma determinada idade do menor para lhe reconhecer suficiente discernimento para consentir/acordar. Exige a sua avaliação, caso a caso, por referência às características de maturidade e autonomia alcançadas pela criança que presta o consentimento. Ainda assim, a necessidade de estabelecer balizas e pontos de norte também nesta matéria impunha a opção por um critério com alguma objectividade, a partir do qual se ponderasse a aquisição da maturidade. Ao optar pelos 14 anos, o legislador não terá descurado uma preocupação grande com as implicações da sua escolha. De facto, o legislador podia ter optado por outra idade de referência. Podia ter elevado a idade de referência e prescindido do requisito de verificação dinâmica que é o discernimento; podia tê-la elevado sem prescindir daquele requisito; podia tê-la reduzido. Mas não o fez. Considerou que actualmente os 18 anos nos indicam o “limite máximo, para além do qual já não se justifica uma especial protecção dos direitos humanos e do direito fundamental a uma educação e um desenvolvimento harmoniosos, em razão da idade da pessoa”. E não deixou de atender a que, ao nível da protecção da liberdade e da autodeterminação sexual, por exemplo, se pode presumir 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,¹⁴ reconhecendo-se, a partir daí, maior probabilidade no alcance da verificação daquele requisito dinâmico que é o discernimento.

12 GERSÃO, Eliana, “Abuso sexual de crianças e jovens”, in *Sumários do curso de pós-graduação “Protecção de menores”*, Centro de Direito da Família, FDUC.

13 Sobre este acordo, *vide*, por todos, ANDRADE, Costa. *Consentimento*, nº 10.

14 ANTUNES, Maria João. “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in *BFDUC*, vol. LXXXI, pp. 64-65 (citado: “crimes”), 2005.

Conferido o rigor imposto pelo artigo 38º/3 do Código Penal na cautela do reconhecimento de validade ao consentimento dos menores, a doutrina maioritária¹⁵ foi mais longe e passou a sustentar, sobretudo, mas não só, para o domínio da saúde e das intervenções médicas em menores, que “se deve dar um relevo geral à norma do Código Penal que reconhece a autonomia dos jovens com catorze anos e com discernimento suficiente”.¹⁶ Defendendo uma ampliação do artigo 38º/3 do Código Penal, esta posição doutrinária dá-lhe um eco jurídico mais lato do que aquele para que originariamente a norma terá sido pensada. É a partir deste momento que passa a ser possível conceber aquela regra como geral – não apenas para o domínio da saúde, mas também, por uma questão de unidade e coerência jurídica, para as demais superfícies de conflito entre o cuidado e a autonomia em matéria de consentimento tolerante de menores. Aliás, só porque está perfeitamente de acordo com o princípio de que os menores devem ter uma autonomia progressiva (art. 1.878º/2, CC) é que, para Guilherme de Oliveira, a norma do artigo 38º/3 do Código Penal cria uma maioria especial aplicável a várias esferas da existência da criança, designadamente relativas ao acesso a cuidados de saúde.¹⁷⁻¹⁸

Porém, vimos já que, por vezes, a maioria especial que sustenta a capacidade para consentir se traça em idade mais precoce. Outras vezes, no entanto, fixa-se em idade mais avançada. É o exemplo do regime da interrupção voluntária da gravidez, previsto no artigo 142º do Código Penal, em que a lei só dá o poder de decisão à grávida quando esta tenha, pelo menos, 16 anos. O nº 3, alínea *b*), do referido artigo, introduz, pois, uma especialidade em matéria de primeiro requisito de consentimento válido, “dando capacidade para consentir na intervenção apenas às maiores de 16 anos e não de 14, como é a regra jurídico-penal geral”,¹⁹ prevista no artigo 38º/3 do Código Penal. Por isso, a progressividade da autonomia acaba por se reconhecer nas diferentes matérias com cristalização em diferentes idades. E embora a posição doutrinária de maior fôlego entenda que a idade de referência para o consentimento válido dos menores deve ser 14 anos (com a verificação cumulativa do discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta), fruto das alterações que se propõem para aquela idade, começa a questionar-se o acerto da opção do legislador. Em causa está saber se deve ser essa a idade a partir da qual se pode, tendencialmente, assumir com maior acuidade a maturidade e discernimento progressivos da criança.

15 CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 1981, pp. 95 e ss.; DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde. *Responsabilidade médica em Portugal*, 1984, p. 38; SOUSA, Capelo de O. *Direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra, 1995, p. 412, nota 1.040; PINTO, Paulo Mota, “Limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in DIAS, Jorge Figueiredo (org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Coimbra, Coimbra, 2001, vol. II, p. 542.

16 OLIVEIRA, Guilherme de. *Saúde*, nº 3, p. 242.

17 *Idem*.

18 Com uma interpretação particularmente restritiva deste artigo, temos o amplamente desenvolvido estudo de ARAÚJO, António de. *Crimes sexuais contra menores. Entre o direito penal e a constituição*, Coimbra, 2005, sobretudo pp. 103-147 e 370-395.

19 DIAS, Figueiredo. *Comentário*, nº 7, p. 193.

Por impulso também, mas não só, da Decisão – Quadro a que já nos referimos, na calha está uma reforma ao Código Penal português. A Proposta de Lei nº 98/X, de 7 de setembro de 2006, para alteração do Código Penal, prevê o aumento para os 16 anos da idade a partir da qual se pode reconhecer capacidade à criança para consentir, não se prescindindo, apesar disso, do critério subjectivo e dinâmico do “discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”. Deste modo, parece entendimento do legislador que a capacidade da criança para reunir maturidade e discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta não está mais conforme a idade que o Código Penal consagra actualmente para este efeito. Ora, como consequência disto, parece-nos que o relevo geral que também a doutrina vem sustentando dever ser dado à norma do Código Penal que estabelece a idade relevante para o consentimento nos 14 anos terá de, vingando esta posição de alteração do Código Penal, ser repensado.

Importa, pois, perguntar: a generalização da norma do artigo 38º/3 do Código Penal vem sendo, afinal, feita em que termos? Por que razão se defende essa generalização? Porque entendemos que é a partir dos 14 anos que se pode pensar que a criança tem capacidade para consentir validamente? Ou porque, à falta de qualquer outra, se optou por aquela norma para estabelecer balizas e uniformizar critérios? A opção por um ou outro destes caminhos fará toda a diferença. Se vimos entendendo que os 14 anos devem generalizar-se como idade referência nesta matéria por ser essa a idade a partir da qual, com base nos conhecimentos que possuímos, se pode verificar no menor a existência de um discernimento suficientemente denso para uma correcta avaliação do sentido e alcance do seu consentimento no momento em que o presta, então, alterando-se a norma do Código Penal, esta redundará numa excepção à generalização dos 14 anos, que deverá manter-se inalterada. Diferentemente, se a opção tem sido a de generalizar a letra do artigo mais do que a sua *ratio*, então, alterando-se este para os 16 anos, essa deverá ser a opção a difundir e antes dos 16 anos não se reconhecerá à criança suficiente capacidade para consentir validamente.²⁰

A verificar-se esta alteração do Código Penal em matéria de reconhecimento da capacidade das crianças para consentir, não pode ainda deixar de retirar-se conclusões sobre a antecipação da maioridade. Estar-se-á perante um retrocesso quanto a essa antecipação e, desse modo, inelutavelmente, também quanto à assunção de uma autonomia das crianças em idades mais precoces. E sendo ainda previsível que se mantenha operacional a ideia de uma autonomia progressiva, não será, em nosso entender, despiciendo considerar que mesmo esse caminho progressivo de autonomia sofre um importante revés. Concordarmos com Diogo Leite de Campos quando afirma que “em muitos aspectos, o respeito pela pessoa humana leva a que esta maioridade seja natural, não dependendo da

20 Contudo, não deixe de notar-se, por exemplo, o caso inglês, em que, apesar de a lei adoptar expressamente a idade dos 16 anos para considerar uma “maioridade” para cuidados de saúde, a jurisprudência, desde a decisão *Gillick*, da *House of Lords*, admite que o adolescente com menos de 16 anos consinta em certos casos, desde que revele suficiente capacidade para entender o acto médico. Para uma consulta daquela decisão: www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm

idade”,²¹ não nos afasta todos os receios. Quanto a nós, não é indiferente, nesta matéria, o valor de uma norma que estabeleça pontos de desobstrução e que suporte a ideia de autonomia da criança. Com efeito, a criação de uma norma que preveja e concretize esta autonomia, além de lhe conferir acrescido rigor, garante ainda a segurança e certeza jurídicas indispensáveis a todas as relações – e também àquelas que envolvam a criança.

3. Os prestadores de cuidado

Na nossa opinião, o cuidado enquanto valor jurídico já existe. Quando os Estados e as famílias surgem com um papel de tutela das superfícies de conflito das crianças, adiando a sua autonomia, parece-nos que estamos perante uma manifestação clara do cuidado. Na realidade, muitas vezes, o que dificulta a percepção deste valor será o facto de o mesmo se concretizar tanto em poder-dever do Estado na protecção da infância, quanto em poder de representação dos menores (pelos pais ou titulares outros do poder paternal). Este valor jurídico, presente nas opções legislativas de fundo, está associado à ideia de segurança, no verso da qual teremos a autonomia. Por um lado, teremos as crianças como titulares desta autonomia, por outro, encontramos-las como credoras privilegiadas do cuidado. Sobretudo se, connosco, se concordar que os prestadores de cuidado por excelência são, como enunciado, o Estado e a família.

O papel protector do Estado relativamente à criança escora-se em muito no artigo 69º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que refere que “as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado...”. Correspectivo deste direito das crianças será o dever de cuidado do Estado (e da Sociedade), desde logo legislando no sentido da incapacidade daquelas para assumir a organização autónoma das suas vidas quando para tanto não se lhe reconheça ainda suficiente maturidade. Nisto não pode o Estado deixar de estar vinculado à figura da criança enquanto sujeito de direitos. Nem pode tampouco o legislador alhear-se de uma progressividade na aquisição de autonomia. Neste sentido, falámos já da função de protecção penal das crianças que também suporta a secção dos crimes contra a autodeterminação sexual que temos no Código Penal. Aí, o legislador assume a dignidade penal de condutas que, se não tivessem uma criança como ofendido, mais dificilmente caberiam na tutela ao bem jurídico de referência que é a liberdade sexual no sentido da primeira secção do capítulo relativo aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Mas não é só aí que este poder-dever do Estado se manifesta. Na opção pelo carácter público de crimes praticados contra crianças e, noutro sentido, na sujeição a legislação penal especial dos menores imputáveis penalmente entre os 16 e os 18 anos (alargando, todavia, este cuidado até aos 21), podemos encontrar manifestações outras de cuidado do Estado. Ou ainda, finalmente, na consagração de uma idade de referência para o consentimento válido, onde, de facto, o uso que o Estado-legislador faz

21 CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de direito da família e sucessões*, 2ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 323.

deste espartilho à sua disposição traduz bem as suas concepções de cuidado e a assunção que faz do seu poder-dever de protecção à infância.

Por outra banda surge, numa relação de maior proximidade com a criança carecida de cuidado, o cuidado parental, a assunção do dever de decidir o melhor para a criança que não é suficientemente autónoma para correctamente orientar a sua vida. Guilherme de Oliveira diz mesmo que, tendo em conta este poder dos pais, o Estado apenas assume, na protecção da criança, uma função adjuvante.²² Mas a nossa Lei Fundamental, no entanto, confere-lhe um *certo* “poder de supervisão” do exercício abusivo da autoridade na família relativamente às crianças (art. 69º/1, CRP).

A concepção que temos de poder paternal ajuda-nos na compreensão do problema: por poder paternal entendemos um conjunto de poderes-deveres ou poderes funcionais, estando os filhos sujeitos ao poder paternal até à maioridade ou emancipação e devendo obediência aos pais. São os pais, diz-nos a Constituição, quem tem o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, não podendo estes ser afastados daqueles, salvo por decisão judicial e quando haja incumprimento dos deveres parentais fundamentais (arts. 36/5, 6, CRP). Todavia, também os pais devem reconhecer aos filhos autonomia (progressiva) na organização da própria vida, de acordo com a maturidade destes.²³ Aceita-se a importância e vantagem de um critério dinâmico de assunção de responsabilidade e autonomia pelas crianças. Apesar de não se avançar concretamente qualquer idade, reconhece-se que, a partir de um certo momento, o carácter progressivo da maturidade dos filhos justifica brechas de flexibilidade na sua representação pelos pais. Neste sentido, diz a lei que o exercício do poder paternal, quer para as decisões relativas ao património do filho, quer para aquelas que sejam atinentes à pessoa deste, se faz atendendo ao interesse da criança (art. 1.878º/1, CC). Dizer isto significa que o exercício daquele poder-dever dos pais tem de respeitar a inviolabilidade dos direitos fundamentais dos filhos,²⁴ designadamente o seu direito ao desenvolvimento da personalidade. Enfim, sem erro se poderá acrescentar que o poder paternal é conferido na medida do necessário para a protecção dos filhos, restringindo-se cada vez mais nessa medida em face do crescimento destes e da progressiva desnecessidade de uma intervenção protectora.²⁵

Vistas assim as coisas, parece-nos que a questão, a partir deste momento, deve pôr-se em termos de análise dos benefícios para a criança no reconhecimento para ela de uma progressiva autonomia, bem como em termos de eficácia da tutela dos seus interes-

22 OLIVEIRA, Guilherme de. *Saúde*, nº 3, p. 245.

23 Para uma melhor compreensão do tema, veja-se BELVEREDE, Andréa. “L’autonomia del minore nelle decisioni familiari”, pp. 321 e ss. e GRENDENE, Igino. “Evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di esercizio della patria potestà e autonomia del minore”, sobretudo pp. 426 e ss., tudo in CRISTOFARO, Marcello de e BELVEREDE, Andréa. *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, Diritto e problemi contemporanei, 4, Milano, Giuffrè Editore, 1980.

24 PALMERI, Giuseppa, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene Editore, 1994, pp. 11 e ss (citado: *Diritti*).

25 OLIVEIRA, Guilherme de. *Saúde*, nº 3, p. 240.

ses quando se fala de compressão do dever de cuidado do Estado e da família para uma emergente assunção da sua capacidade para o exercício de direitos.

4. A tensão entre o cuidado e a autonomia

Como plano de referência não podemos abandonar a ideia de que o critério da idade em sentido estrito não vingou entre nós e que surge sempre indissociável de um outro, de actualização permanente e que se traduz no discernimento da criança para avaliar o sentido e alcance do seu consentimento no momento em que o presta. Falar de autonomia da criança exige que se verifique a sua capacidade inteira para consentir. Ora, ao reconhecimento que se faz do discernimento do menor, sem o qual não se encontram preenchidos os requisitos do consentimento válido, não pode estar também alheia a manifestação de uma progressiva responsabilidade. No fundo, a generalização do critério do artigo 38º/3 do Código Penal assume que assim seja, difundindo a necessidade de se atender sempre, em cada situação concreta, à idade da criança e à sua capacidade e maturidade de consciência para se assumir autonomamente. De facto, só uma exigência desta natureza pode depois garantir a eficácia de se chamar o menor a assumir, responsabilmente, a sua opção livre e esclarecida. A um discernimento progressivo deve aliar-se uma autonomia progressiva, mas não pode deixar também de associar-se uma responsabilização crescente.

4.1. Cuidado e autonomia no acesso aos cuidados de saúde

Ao nível da legislação de direito da saúde, que vem defendendo um progressivo direito ao consentimento e à privacidade, a tendência parece ser no sentido de um reconhecimento cada vez maior de autonomia para o menor. A doutrina entende que, por vezes, se justifica que o médico mantenha o segredo de certas informações relativamente aos pais (ou tutores) no interesse objectivo dos menores, como nos casos de doenças sexuais, toxicod dependência ou prescrição de contraceptivos orais.²⁶ O mesmo se verifica no caso especial da medicina reprodutiva, que tem por base fundamental a Lei nº 3/1984, de 24 de março e a Portaria nº 52/1985, de 26 de janeiro, onde se aponta, efectivamente, para uma protecção do segredo mesmo perante os pais, parecendo ter sido esse o caminho encontrado pelo legislador para permitir o acesso dos adolescentes às consultas de medicina familiar e reprodutiva, sem inibições sociais e familiares. Ou seja, comprimindo o poder-dever dos pais de cuidar da saúde dos filhos, abriu-se caminho para mais um nicho de capacidade da criança (adolescente).²⁷ Finalmente, segundo os regimes da Lei e da Portaria sobre educação sexual e planeamento familiar, deve admitir-se o acesso livre às consultas – sem restrições, como a que resultaria da necessidade de uma autorização prévia dos pais. O artigo 5º da Lei nº 3/1984, de 24 de março, enuncia que “é assegurado

26 BARTH. *Die Einwilligung bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen*, p. 284, que cita o § 21, ABGB.

27 OLIVEIRA, Guilherme de, *Saúde*, nº 3, pp. 240 e ss.

a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar”; e a Portaria nº 52/1985, de 26 de janeiro, regulamentou os chamados centros de atendimento para jovens e previu o acesso, “sem quaisquer restrições”, de “todos os jovens em idade fértil”. Com Guilherme de Oliveira, não podemos deixar de notar que com estas soluções “ficou aberta uma importante excepção à sujeição dos menores ao poder paternal, nesta matéria relativa à informação sexual e à contracepção”.²⁸ Quando, porém, persista a necessidade de encontrar métodos e critérios de actuação *standard*, esse objectivo pode ser alcançado pelo alargamento da norma do Código Penal ao domínio do consentimento tolerante do menor. A interpretação que vem sendo feita do Despacho nº 9.108/1997, que regula a realização de testes genéticos, deixa isso bem claro. Nos exames em crianças e adolescentes só é, em princípio, admissível realizar testes genéticos no caso de ser possível uma intervenção médica para minorar, atrasar ou impedir as conseqüências clínicas, sendo necessária a autorização expressa e por escrito dos pais (art. 7º).²⁹ Não sendo possível uma intervenção médica para minorar, atrasar ou impedir as conseqüências clínicas, não se justificará a realização do exame. Contudo, está previsto que “excepcionalmente estes exames podem ser autorizados se forem pedidos por um jovem com o objectivo de constituir família”. E neste caso a doutrina entende que deve valer a regra geral dos 14 anos, adensada, como sempre, pelo critério do discernimento da criança.³⁰

Nem sempre, todavia, é claro o benefício de uma compressão grande do cuidado parental em função de uma autonomia latente da criança. Sobretudo, nem sempre é fácil encontrar a baliza mais objectiva, que é a idade de referência, a partir da qual se pode pensar que, exigindo-se a verificação daquele critério dinâmico que é o discernimento, é razoável supor que a autonomia da criança deve emergir. Consciente dessas dificuldades, não raro a lei procura envolver ambas as partes (pais e crianças) na decisão a tomar, reconhecendo aos filhos que manifestem capacidade de entendimento e de formação de vontade, não um poder de decisão por si sós, mas antes direitos de veto e de co-consentimento.

Quanto à doação de órgãos, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, de 4 de abril de 1997, estabelece, no seu artigo 20º, que nenhuma colheita pode ser feita em incapazes por menoridade. Excepcionar esta regra reveste-se, aliás, de grande dificuldade, sendo necessária a verificação cumulativa de requisitos tão díspares

28 Fica assim ultrapassada a doutrina do Parecer da Procuradoria Geral da República nº 53/1980, de 6 de novembro de 1980, que concluía pela negação aos menores não emancipados, na falta de autorização expressa dos pais ou dos representantes legais, do direito de acesso às consultas de planeamento familiar. Para uma crítica a este Parecer, *vide* GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato. “Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar”, in *Revista do ministério público*, ano 3º, vol. IX, pp. 193-201, 1982.

29 No mesmo sentido, *vide* o artigo 17º/4 da Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro, sobre informação genética pessoal e informação de saúde, que aponta ainda a vantagem de se procurar obter sempre também o consentimento do próprio menor.

30 RODRIGUES, Vaz. *O consentimento informado no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 196.

como a subsidiariedade relativamente a dador capaz, a colheita dizer respeito apenas a tecidos regeneráveis e estar-se perante um caso de vida ou morte. No entanto, para o que nos importa, há que referir a necessidade de verificação de um outro requisito: a não-oposição do incapaz que é potencial dador. Sem esta necessária não-oposição à lesão por parte do incapaz de nada vale o consentimento do seu representante legal, que apenas poderá aparecer a confirmar a vontade do dador. Parecendo inexistir interesse directo para o menor numa intervenção desta natureza, não era razoável deixar de supor aqui a invalidade de uma solução de consentimento pelos pais (ou outros) no âmbito dos poderes-deveres do poder paternal que têm. Todavia, essa é precisamente a solução oferecida pela Lei portuguesa relativa a colheitas e transplantes de órgãos e tecidos de origem humana (Lei nº 12/1993, de 22 de abril), no seu artigo 8º/3, 4. Respeitando a aquisição progressiva da autonomia, a Lei prevê a necessidade de não oposição do menor dador quando este reúna suficiente capacidade de entendimento e de manifestação de vontade. Mas quando o menor dador seja incapaz de preencher este requisito, a Lei prevê que a colheita pode ser feita assente apenas na autorização dos pais não inibidos do poder paternal. Como adiantámos, uma solução de encaixe desta decisão nos poderes funcionais que enformam o poder paternal não nos parece inquestionável. Sobretudo, atendendo à necessidade do exercício daqueles se fazer no interesse da criança, o que aqui muito dificilmente vislumbramos. A verdade, porém, é que na prática esta é uma questão ultrapassada, uma vez que, verificando-se a prevalência constitucional do direito convencional sobre a lei, vigora entre nós o regime mais restritivo, previsto na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Ou seja, a criança vê consagrado para si um verdadeiro “direito de veto”. Ainda assim, impunha-se reflectir sobre a solução da Lei portuguesa, porque apesar de arredada da prática médica, não deixou ainda de ser a solução apresentada pelo legislador que, desde 1993, não teve a preocupação de a conformar com o que é defendido na Convenção.³¹

Semelhante é a solução da Lei nº 46/2004, de 19 de agosto, relativa aos ensaios clínicos com medicamentos de uso humano. A Lei estabelece no seu artigo 7º/c que o ensaio em menores apenas pode ser realizado se o investigador “*considerar* o desejo expresso do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do ensaio a qualquer momento”. Mas não deixa de prever que o ensaio pode, no entanto, ser realizado em menores sem aquela capacidade se “tiver sido obtido o consentimento livre e esclarecido do representante legal”. Também aqui se fica aquém da Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina que consagra, no artigo 17º/1, v, 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”. O “direito de veto” do menor que a Convenção estabelece não fica igualmente claro nesta Lei. Apesar disso, e relati-

31 Por todos, quanto a este assunto, veja-se VILELA, Alexandra. “Colheita de órgãos e tecidos em doadores vivos para fins de transplante”, in *Lex medicinae*, ano 1, nº 2, Centro de Direito Biomédico, sobretudo pp. 33 e ss., 2004.

vamente aos menores sem capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, a lei nacional acautelou de melhor forma a autonomia da criança nos ensaios clínicos do que na doação de órgãos. Por um lado, é possível achar, na realização de ensaios clínicos, um interesse para o menor nos casos em que estes contribuam para uma melhoria do seu estado de saúde. Por outro, a Lei nº 46/2004 prevê que o consentimento do representante legal, mais do que uma manifestação do que este entende ser do interesse da criança, “*deve reflectir a vontade presumível do menor*” (art. 7º/a).

Resolução diferente para estes casos, e com a qual concordamos por inteiro, seria comprometer o médico com outro *modus operandi*. Nesse sentido, caber-lhe-ia chamar os pais a colaborar no esclarecimento e na formação da vontade do menor, para que a intervenção fosse feita numa base consensual.³² Esta solução, para além de se justificar para estes casos, permitindo arredar as intervenções onde sequer se sopesa a vontade do menor, poderia ser aplicada noutras hipóteses, dando resposta a outros problemas. Quando a vontade do menor a quem se reconhece suficiente capacidade de entendimento e de manifestação de vontade aponta para uma solução com resultados graves e irreversíveis para a sua saúde ou mesmo para a sua vida, este poderá, no limite, ser o único caminho. E neste caso a intervenção dos pais justificar-se-á ainda à luz do artigo 1.878º do Código Civil e até mesmo do artigo 38º do Código Penal, pois o discernimento suficiente da criança para decidir de forma autónoma pode afinal não estar absolutamente formado. Mais. Não nos espanta sequer pensar que o discernimento de uma criança se verifique para determinadas decisões e não se verifique para outras, mesmo que posteriores. A actualidade e concretude com que este critério tem de aferir-se permite-nos imaginar essas oscilações. Os nichos de capacidade da criança encontram-se para decisões em concreto e assumir a sua verificação uma vez não significa assumi-la sempre.

Outro será o caso das crianças com menos de 14 anos (em que a regra será não terem discernimento suficiente), mas em que se esteja perante intervenções de saúde no seu interesse. Nesses casos deve, então, bastar o consentimento dos detentores do poder paternal. Sendo este consentimento recusado para um tratamento medicamente indicado e indispensável para salvar a vida do menor ou afastar doença grave, o médico deve realizar o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica após um expedito procedimento de levantamento do poder paternal, ou com base na urgência (art. 8º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina). E nesta hipótese estaremos perante a compressão do cuidado parental e a emergência de um outro, a que o Estado está vinculado.

Por fim, no que diz respeito ao dissentimento ou recusa de tratamento, parece-nos que, se a criança for capaz de compreender o alcance, a índole e as conseqüências da intervenção e da recusa do tratamento, mostrando-se capaz para consentir, então deve também ser considerada capaz para dissentir.³³

32 No mesmo sentido de 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 reforma de 1977. A parte geral do código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra, 2006, vol. II, pp. 247 e ss.

33 Para maiores desenvolvimentos sobre o consentimento médico, PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico – paciente. Estudo de direito civil*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2004.

4.2. Cuidado e autonomia na tutela penal da liberdade e autodeterminação sexual

Diferentemente do que é a tendência no domínio da saúde, o cuidado, nesta matéria, afere-se mais enquanto poder-dever do Estado em proteger as crianças do que enquanto manifestação do poder paternal que os pais exercem relativamente a estas. No que concerne à problemática da tutela penal da liberdade sexual, encontramos em um estudo de Fernando Torrão³⁴ a síntese da questão da autonomia *versus* cuidado. O Direito Penal, enquanto *ius puniendi* estadual, deve tutelar em primeira linha a vertente negativa daquele bem jurídico, afastando as investidas sexuais indesejadas e de alguma gravidade para a vítima. No entanto, a tutela da sua vertente negativa pode fazer perigar a fruição, positivamente, do bem jurídico em causa. Na realidade, a vivência que um sujeito faz da sua liberdade sexual na vertente positiva não deve estar limitada em mais do que o necessário tendo em vista a protecção que é devida à vertente negativa do bem jurídico daquele outro com quem se relaciona. Quanto a nós, esta é a dificuldade do equilíbrio entre a autonomia e o cuidado na fruição da liberdade sexual. Na nossa opinião, cada um deve poder dispor tão livre e autenticamente do seu corpo que as suas opções ao nível da sexualidade só hão-de poder ser travadas na medida em que não permitam que todos os seus actos de natureza sexual sejam a manifestação de *vontades validamente concordantes*. Costa Andrade fala, a este propósito, da necessidade de proteger e simultaneamente promover o bem jurídico em causa e na “contenção necessária para obviar ao perigo da criação, interpretação e aplicação de incriminações que, ao pretenderem maximizar, pela via da negativa, a tutela do bem jurídico, acabam por impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva”.³⁵ E vistas assim as coisas, facilmente se compreende que a titularidade deste bem jurídico pelas crianças ofereça terreno fértil à discussão. Para isso contribui o facto de a sua fruição da liberdade sexual em sentido lato se apresentar umbilicalmente ligada à falta de reconhecimento de validade e eficácia ao seu acordo.

5. Recuos no sentido de uma maior valorização do cuidado. O exemplo das propostas de alteração ao Código Penal como manifestação de um *crescendum* de cuidado do Estado

Ao nível penal, a intervenção de cuidado do Estado, por meio de incriminação de condutas, tem de atender à necessária ofensividade³⁶ destas relativamente ao bem jurídico individual do ofendido e que a norma visa proteger. Para isso, no caso da liberdade sexual, há que ter em conta a vivência individual desse bem jurídico e a sua estreita relação com a autonomia pessoal do titular.³⁷ Tal como vimos, no entanto, não é fácil encontrar

34 TORRÃO, Fernando. *Bem jurídico*, n° 10, p. 563.

35 ANDRADE, Costa, *Consentimento*, n° 10, pp. 395 e ss.

36 Por todos, D'ÁVILA, Fábio. *Ofensividade*, n° 9.

37 Para maiores desenvolvimentos sobre este aspecto, vide ANDRADE, Costa. *Consentimento*, n° 10, pp. 381 e ss.

o ponto óptimo de equilíbrio entre a necessária protecção da vertente negativa da liberdade sexual e a saudável promoção da fruição deste bem jurídico na sua manifestação positiva. Pensamos então que, apesar de todos os exemplos relativos ao fortalecimento da assunção da autonomia do menor enquanto sujeito de direitos, actualmente se podem encontrar sinais de recuo, começando a vingar com mais força opções de compromisso com o cuidado. A proposta de alteração ao Código Penal aponta claramente no sentido desse recuo, optando não raro pela compressão da autonomia adquirida actualmente e sobrepondo-lhe soluções proteccionistas e enformadas por critérios de valorização do cuidado do Estado. Particularmente elucidativas desta tendência são as alterações propostas ao nível dos limites etários das vítimas, das condutas puníveis – seja pela diferente configuração para o crime de pornografia de menores, seja pela previsão do novo tipo de crime de prostituição de menores –, do carácter público dos crimes e da idade de referência para o consentimento válido e eficaz.

As alterações propostas para os limites etários 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 que não é descabido pensar num *crescendum* do cuidado. No crime de pornografia de menores,³⁸ por exemplo, que não existe hoje autonomamente mas tem a génese no actual artigo do abuso sexual de crianças, a vítima é menor de 14 anos. Ora a proposta de alteração ao Código Penal prevê que a idade desta seja elevada para os 18 anos, uma vez que se refere apenas à vítima enquanto menor, não balizando este conceito com recurso a qualquer idade.³⁹ E se não estamos perante critérios intocáveis, o que não pomos em dúvida, parece-nos que esta alteração não pode bastar-se na simples mudança da letra da lei. Mais do que tudo, é importante não olvidar que os conceitos de progressividade e antecipação da autonomia da criança, concretizados, como referimos, em muitas opções legislativas, se manifestavam também aqui. Com esta alteração, porém, só poderão servir de tempero à decisão judicial naquela margem de subjectividade que pode permitir ao juiz avaliar a maior gravidade de umas condutas relativamente a outras consoante a idade e capacidade da vítima.

A pornografia de menores, no âmbito da relação de cuidado que estamos a estudar, não deixa ainda de suscitar outras questões. Pelo novo tipo penal proposto passa a ser punida a conduta daquele que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, material pornográfico em que utilize representação realista de menor, bem assim como a daquele que adquira esse material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder. A Decisão – Quadro 2.004/68/JAI 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

38 ANTUNES, Maria João. *Crimes*, nº 14, pp. 63 e ss.

39 A Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de Novembro de 2001, no entanto, considerava a possibilidade de cada Estado Parte decidir 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 16 anos (art. 9º/3).

não existentes envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas”.⁴⁰ O entendimento a dar à expressão da Proposta de Lei portuguesa “representação realista de menor” deve, pois, ser aquele da parte final da definição dada pela Decisão – Quadro.

Mas não se estará aqui a ir longe de mais, não só ao nível do que se entende por pornografia infantil, mas sobretudo quanto às condutas puníveis a este propósito?⁴¹ A preocupação não nasceu em nós. A própria Decisão – Quadro, a propósito da dignidade penal destas condutas, acaba por deixar claro que “os Estados-Membros podem isentar de responsabilidade criminal” os comportamentos associados àquele tipo de pornografia infantil “se se provar que o produtor produz e possui o material pornográfico unicamente para seu uso pessoal, na condição de não ter sido utilizado para a sua produção qualquer outro tipo de material pornográfico e desde que o acto não implique o risco de divulgação do material”. Deste modo, a transposição proposta para a lei nacional acaba por ir além do que está imposto pelas normas comunitárias, não abrindo mão da necessidade penal, independentemente da verificação das condições que permitiriam o afastamento de uma intervenção que deve ser subsidiária e de *ultima ratio* e que está prevista no direito criminal. Por outro lado, a Decisão – Quadro adere também a uma certa ideia de progressividade da autonomia e da maioridade sexual. Mas a Proposta de Lei nacional não a acolhe, pois não prevê, como podia, o afastamento da responsabilidade criminal daquele que produz e/ou possui material pornográfico em que surjam crianças que tenham atingido a maioridade sexual, se essa produção e/ou posse for consentida pela criança e unicamente para uso pessoal do produtor e/ou detentor.

Maria João Antunes, crítica relativamente a estas e outras opções da Proposta de Lei, não deixa ainda de questionar se com elas não se está mesmo a recuar na percepção do bem jurídico tutelado, voltando-se a um “direito penal que punia a violação de normas de natureza estritamente moral”.⁴² A proposta de criminalização de algumas daquelas condutas com base em pornografia virtual, mas também a consagração do novo tipo de crime de prostituição de menores, refere a autora, só podem fazer sobejar dúvidas

40 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 9º/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 2º/c, que “Pornografia infantil (apenas) designa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”.

41 Discussão neste sentido encontramos na decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos a propósito do caso *Ashcroft versus Free Speech*, de 16 de Abril de 2002, disponível em <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-795P.ZS.html>.

42 ANTUNES, Maria João. *Crimes*, nº 14, p. 66, mas também COCCO, Giovanni. “Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Nuova Série, anno XLIX, fasc. 3, pp. 871 e ss., luglio/settembre 2006

acerca do bem jurídico tutelado e do carácter eminentemente pessoal que se atribui hoje àquele que é protegido nos crimes sexuais. Quanto a nós, bem se anda ao considerar que este alargamento da mancha do punível não está isento de críticas. No âmbito deste estudo, por natureza breve, não cabem muitas outras considerações acerca destas questões (como de muitas outras), mas não podemos deixar de dizer que em nada nos parece forçado ver aqui sinais de emergência de valores de protecção em margens até onde pode ser questionada a oportunidade.

Quanto ao novo tipo de crime de prostituição de menores, considerando que para as crianças até aos 14 anos há já tutela penal a este nível, o novo tipo surge apenas para prever a incriminação da conduta do(a) cliente do(a) prostituto(a) que tenha mais de 14 anos e menos de 18, actualmente não punida. O Código Penal prevê hoje que a partir dos 16 anos o menor pode validamente dar o seu acordo⁴³ para a prática de relações sexuais e que, logo a partir dos 14 anos, estas relações só serão puníveis, se o parceiro, sendo maior, abusar da sua inexperiência (art. 174º). Com a proposta de alteração ao Código passarão a punir-se as relações sexuais mantidas mediante pagamento ou outra contrapartida entre qualquer maior e qualquer criança, restando então claro que a fruição da liberdade sexual na sua vertente positiva sofre, para os menores entre os 14 e os 18 anos, uma compressão com esta alteração. Em nome de uma protecção que pode até questionar-se estar associada ao bem jurídico liberdade sexual (na sua vertente negativa), não é despiendo pensar que a norma passa a constituir um motivo autónomo de sacrifício⁴⁴ daquele mesmo bem (mas agora na vertente positiva), o que, não sendo desejável, aponta para o desequilíbrio na preponderância dos valores em “confronto”. Deste modo, a verdade é que não podemos deixar de notar que se estamos perante passos inequívocos no sentido da valorização do cuidado, então estes passos estão a ser dados à custa da compressão de uma progressividade e antecipação da autonomia que já se achavam conquistadas.

Outra é a questão de, pela Proposta de alteração ao Código Penal, passarem 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. Sobre esta alteração reservamo-nos algumas dúvidas. De facto, 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 histórico nas denúncias, com prováveis más consequências não só para o alegado agente do facto (sempre um criminoso?), como também para a hipotética vítima do mesmo. Perante um aspecto de equilíbrio tão ténue, pensamos não pecar por incoerência se considerarmos que talvez se tenha alargado em excesso a mancha de crimes públicos. Imagine-se um filme com a participação consentida de um menor com 15 anos, produzido unicamente para uso pessoal do produtor. Sabemos já que, pela nova configuração do consentimento válido de menores, temos de presumir que aquele menor não atingiu ainda a maioridade

43 Neste sentido ANDRADE, Costa. *Consentimento*, nº 10.

44 *Idem*, p. 395.

sexual. Mas haverá vantagem na concepção deste “crime” como crime público? Veja-se, ainda a este propósito do carácter público dos crimes, uma outra hipótese. A da criança com 7 anos vítima de abuso sexual de crianças. Pela solução que dá hoje a lei, este é um crime semi-público, podendo, no entanto, o Ministério Público dar início ao processo se o interesse da vítima o impuser. Pondera-se, no caso das vítimas com menos de 16 anos, as reais vantagens e prejuízos que um processo de natureza penal acarretará ao menor e ao desenvolvimento da sua personalidade.⁴⁵ Atende-se, assim, ao carácter íntimo da decisão nestas hipóteses e considera-se a possibilidade de um processo onde se rebuscam todos os pormenores do abuso sexual poder significar apenas uma ferida maior para a vítima.⁴⁶ Só depois se decide. E não é este o melhor cuidado? O compromisso mais ponderado entre os interesses do menor, os poderes-deveres dos pais e as obrigações do Estado na protecção dos interesses das crianças? E com a proposta de alteração para esta matéria, como se farão estas ponderações? Basta a previsão de que quando não haja agravação pelo resultado, o Ministério Público, tendo em conta o interesse da vítima, pode determinar a suspensão provisória do processo até 5 anos? Não esqueçamos que, para que esta suspensão possa ocorrer, é necessária a concordância do juiz de instrução e do argüido, ao qual não pode, ainda, ter sido aplicada anteriormente medida similar por crime da mesma natureza.

Finalmente, como manifestação da valorização maior do cuidado face à ponderação da autonomia das crianças, não podemos esquecer a alteração da idade a partir da qual se entendem reunidos os pressupostos do consentimento válido em geral. Na exposição dos motivos para esta alteração podemos ler que ela foi pensada no sentido de promover uma tutela mais intensa das crianças e dos adolescentes. A proposta avança que não se entende que uma pessoa com 14 ou 15 anos de idade deva consentir relevantemente em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física. E que as orientações que têm vindo a ser preconizadas pela União Europeia, sobretudo quanto a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, apontam no sentido da necessidade desta alteração. Não obstante, o aumento da idade referência do consentimento dos 14 para os 16 anos, além de conduzir a um repensar do critério a generalizar, exige, na nossa opinião, uma justificação que não pode bastar-se com aquela dada na exposição dos motivos da Proposta de Lei. Qual a *ratio* da alteração? Por que se vem agora questionar a opção pelos 14 anos que se cristalizava há já algum tempo, não só ao nível penal, mas também pela difusão para outras áreas do direito? 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 muito claramente antes dos 18 anos. Por exemplo, no caso do(a) prostituto(a) de 16 ou 17 anos é ainda possível a condenação do(a) cliente. Para isso bastará o recurso a critérios es-

45 Esta é, portanto, uma ponderação diferente daquela que se faz do interesse público em prosseguir penalmente num caso assim quando a titularidade do direito de queixa cabe ao agente do crime.

46 Considerações sobre estas e outras vantagens do carácter semi-público destes crimes podem ler-se em ANTUNES, Maria João. *Comentário conimbricense ao código penal*, Coimbra, Coimbra, 1999, t. I, pp. 593 e ss.

partanos de verificação do requisito dinâmico para o consentimento/acordo válido. Ou seja, nem mesmo o reconhecimento dos 16 anos como idade de referência, não se tendo prescindido da verificação do requisito dinâmico do “discernimento para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”, afasta de todo em todo a ameaça de uma sanção de *ultima ratio* das suas actividades sexuais. Note-se, porém, que não criticamos a manutenção dos requisitos cumulativos para a aferição da capacidade de consentir. Antes estamos apreensivos quanto ao rumo que pode tomar, face ao quadro actual, a exigência de concretude e actualidade com que não pode deixar de apurar-se o “discernimento (da criança) para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”.

Sobre a Proposta de Lei nº 98/X e as tendências do compromisso do legislador nas suas opções impõem-se ainda duas outras reflexões: a primeira, a propósito da titularidade do direito de queixa e do prazo para a extinção deste direito; a última, sobre a alteração proposta para a prescrição do procedimento criminal nos crimes sexuais contra menores.

O regime geral que está previsto na Proposta de Lei nº 98/X mantém a solução actual do nosso Código Penal e confere o direito de queixa ao ofendido que perfaça 16 anos, antecipando, nesta matéria, para esta idade, a autonomia do menor que possua discernimento. Nos casos em que o ofendido tenha menos de 16 anos ou não possua discernimento para entender o alcance e o significado do exercício deste direito, como actualmente, a Proposta de Lei avança que o direito de queixa pertence ao seu representante legal, acrescentando, no entanto, de seguida, que nestes casos o Ministério Público 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 (art. 113º/4, 5a). A Proposta de Lei considera, porém, que é necessário acautelar os interesses das crianças vítimas de crimes em idades inferiores aos 16 anos e cuja vontade de prosseguir criminalmente contra os agentes destes crimes não tenha sido avaliada. Neste sentido, tenta dar resposta aos casos em que o direito de queixa se extingue, não por vontade do ofendido, mas porque, não tendo esta capacidade para se queixar, tenha havido inércia do representante legal e desconhecimento do Ministério Público (ou considerações, por parte deste, que não era do interesse do menor levar por diante um processo-crime). Para atingir este objectivo, previu que, nesses casos, o menor que é ofendido em qualquer idade antes de perfazer 16 anos passa a poder ainda apresentar queixa quando atinja aquela idade (art. 113º/6). Excepcionando a regra geral da extinção do direito de queixa nos seis meses após o conhecimento dos factos e dos seus autores, a Proposta vem permitir, desta maneira, que se tutele o interesse do menor ofendido e a sua vontade de avançar criminalmente contra o agente do crime.

Parecendo-nos acertada, e apesar de estar traçada para todos os crimes que não sejam públicos e que tenham como ofendido um menor, esta solução podia mesmo, quanto a nós, evitar uma outra alteração da Proposta de Lei relativamente à qual temos algumas reservas. Como já adiantámos, não estamos absolutamente convictos da necessidade de se passar a prever os crimes sexuais contra menores como crimes públicos. Por isso, considerando a possibilidade que se dá ao ofendido de apresentar queixa depois de perfazer

os 16 anos, parece-nos que aqueles crimes sexuais poderiam manter-se com carácter semi-público. 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 espiral de denúncia que tememos. A opção do legislador, no entanto, vai num sentido diferente. A sua preocupação de cuidado e protecção apelou à indispensabilidade de se tornar públicos os crimes sexuais contra menores, apesar de restar claro, pela configuração dos prazos para a apresentação da queixa, que o ofendido poderia sempre, a manterem-se os crimes como semi-públicos, queixar-se depois de perfazer 16 anos.

Dizer isto não nos impede, porém, de continuar a reconhecer utilidade à previsão de o menor ofendido poder apresentar queixa depois de perfazer 16 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 desconsideramos que, mesmo naqueles crimes sexuais, subsiste ainda o crime semi-público de actos sexuais com adolescentes, em que este caminho pode conduzir à justiça. Pense-se num crime de acto sexual com adolescente de 14 anos, em que o representante não exerce o direito de queixa e o Ministério Público não tem conhecimento. Acautelam-se os interesses do ofendido ao permitir-lhe apresentar queixa “fora de prazo”. Mas sobram-nos alguns receios relativamente ao período que se concede ao menor ofendido para apresentar queixa nestes casos. O que nos pareceria mais lógico seria conceder-lhe seis meses após os 16 anos. Essa, não foi, porém, a opção do legislador. O legislador deu ao menor ofendido, nestes casos, dois anos e meio para exercer o seu direito de queixa, estabelecendo que este seu direito se extingue no prazo de seis meses a contar da data em que perfizer 18 anos. É uma solução, quanto a nós, discutível tendo em conta a sua excessividade. Em suma, se quanto à previsão da excepção ao prazo de extinção do direito de queixa estamos de acordo com a Proposta, não conseguimos ainda perceber a necessidade de, nessa excepção, se estender a um tempo tão lato a possibilidade de apresentação da queixa.

Por outro lado, mas ainda a propósito do direito de queixa, a Proposta de Lei vem dar aos ofendidos que perfaçam 16 anos a faculdade de requererem que seja posto termo aos processos iniciados por queixa do representante legal ou por impulso do Ministério Público (art. 116º/4). Atendendo não só a que antes dos 16 anos deixa de reconhecer-se validade e eficácia ao acordo dos menores, mas também ao facto de os crimes sexuais praticados contra estes passarem, em geral, a ser crimes públicos, pensámos mesmo neste como um caminho (ainda que sinuoso, porque não basta o requerimento do menor para que o processo seja arquivado) para o reconhecimento, na prática, da maioridade sexual progressiva do menor. Acontece, porém, que esta faculdade nos surge vocacionada para os crimes semi-públicos e, dentre os crimes sexuais contra crianças (ofendidos com menos de 18 anos), já notámos, só um se manterá com estas características.

No âmbito das alterações propostas para o Código Penal, a nossa última reflexão será sobre a extinção, por prescrição, do procedimento criminal nos crimes sexuais contra menores. A Proposta de Lei nº 98/X estabelece 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. 118º/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 cuidado. Pensada tendo em vista impedir, por exemplo, que uma criança vítima de abuso aos 4 anos e que só denuncia aos 15, veja prescrito o procedimento criminal sobre este crime, esta opção parece-nos, no entanto, demasiado comprometida com desconfiâncias 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 caber também a “serenidade conformadora que leva à justiça e que, de certa maneira, só o ‘tempo’ pode dar”.⁴⁷ Por isso, passando estes crimes, em geral, a crimes públicos, concebemos com alguma dificuldade que um abuso a uma criança de 4 anos permaneça esquecido durante os 10 anos que são previstos, nos termos gerais, para a prescrição do procedimento criminal neste caso. Configurar-se isso como uma hipótese a acautelar e impedir não deixa, todavia, de nos fazer questionar ainda a necessidade de adiar tanto a prescrição. Não bastaria prever que o procedimento criminal nestes casos não se extinguiria por prescrição antes dos 18 anos do ofendido? Nesses termos, o ofendido teria sempre os prazos gerais da prescrição para denunciar. Quando, porém, se tratasse de crimes sexuais, 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 18 anos, “limite máximo, para além do qual já não se justifica uma especial protecção dos direitos humanos... em razão da idade da pessoa”.⁴⁸ Por outro lado, supor que o legislador prevê este prazo (até aos 23 anos) para as hipóteses em que o menor denuncie mas não seja possível dar andamento atempado ao processo para que o prazo de prescrição se interrompa, por exemplo, pela constituição de argüido, também não nos parece, considerando a importância da paz jurídica, uma razão imune a críticas.

6. Uma educação para o equilíbrio

Baseada em um critério de limitação mútua, a solução defensável em matéria de autonomia e cuidado é, em nosso entender, a de uma educação para o equilíbrio. O que postulamos agora não é mais do que aquilo que vimos adiantando desde o início. Somos sensíveis à necessidade de garantir a progressividade e antecipação da autonomia dos menores de 18 anos e por isso não ficamos indiferentes às alterações propostas para o Código Penal português. Ainda assim, deixámos também nítida a anuência com uma solução de cuidado perante situações em que a sobrevalorização do valor da autonomia do menor ponha em causa a sua vida, a sua saúde ou o seu desenvolvimento de forma saudável. Nesses casos não duvidamos do acerto da emergência dos poderes-deveres, designadamente dos pais e do Estado, para tutela do bem-estar das crianças.

47 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, 2005, p. 173.

48 ANTUNES, Maria João. *Crimes*, nº 14, pp. 64-65.

O que defendemos não é novo: uma solução de compressão mínima dos direitos das crianças e de optimização da eficácia da protecção a que o Estado e a família estão vinculados.⁴⁹ Esta solução de harmonia entre as duas faces do problema é o fim último, acreditamos, de cada alteração à lei. A fronteira não é fácil de definir e justifica-se que, também pela evolução das opções e convicções da sociedade, se alterem as proporções de cada valor. Actualmente vivemos a era da segurança, da protecção. Os Estados procuram-nas. Ora, a dificuldade de uma solução de compromisso com a autonomia e com a liberdade está, nesta matéria, como em todas, ligada à dificuldade da confiança. Só a confiança pode motivar a liberdade e a autonomia. Podemos ir até mais longe e dizer que, sem ela, nenhuma destas terá êxito. Mas a confiança está abalada. Está, por exemplo, abalada a confiança na maturidade da decisão precocemente conquistada pelos menores de idade.

A defesa da autonomia poderia então pensar-se estéril, condenada a esperar por outra motivação de confiança. Não é isso, todavia, que defendemos. Há ainda e sempre margem para a defesa do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade. E a personalidade acrescenta-se de experiências, estando mais densa hoje do que ontem e menos do que amanhã. Por isso faz todo o sentido falar em um processo evolutivo da sua formação, em suma, em uma maturidade progressiva. A antecipação da maioridade por referência aos 18 anos está, portanto, também no horizonte de pressupostos da nossa educação para o equilíbrio. Antecipar a maioridade, reconhecendo nichos de capacidade ao menor de 18 anos, é a realização em concreto do adensamento constante da personalidade.

Para que a capacidade se reconheça em concreto é necessário que à vontade da criança se atribua validade e eficácia. É necessário que o reconhecimento do valor do seu consentimento e do seu dissentimento seja feito por meio da assunção de que estes existem por referência a uma idade e à avaliação com actualidade e esclarecimento do discernimento do menor para avaliar o sentido e alcance da sua vontade. Uma exigência assim para a capacidade de consentir, reconhecendo-a também a menores, respeitará ainda os poderes-deveres do Estado e da família de aferir o nível e tipo de cuidado que é preciso prestar às crianças.

A pedagogia da responsabilidade tem de estar presente no momento de decidir pela prestação de cuidado, mas também não pode arredar-se do horizonte em que se aceita a autonomia e a vontade da criança. No entanto, em tudo o que o cuidado exceda a necessidade, não esqueçamos, estar-se-á a sacrificar inutilmente a autonomia e aquele direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade do sujeito, enquanto ser único e diferente de todos os outros. Por isso, em um sentido um pouco diferente do que usámos ao longo do texto, o que estamos a defender é, em suma, que não deixe de haver preocupação com a autonomia, nem, como é bem de ver, com a operacionalidade dos papéis acometidos ao Estado e à família na protecção da criança.

Nisto, como em muitas outras coisas, o critério não se ensina. Mas pode aperfeiçoar-se. É o bom-senso.

49 PALMERI, Giuseppa. *Diritti*, n° 24, p. 16.