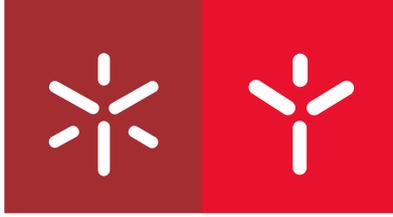


**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Carina Marques de Oliveira

**O problema do consentimento:  
particularidades à luz do artigo 171.º,  
n.º 2 do código penal**

janeiro de 2017



**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Carina Marques de Oliveira

**O problema do consentimento:  
particularidades à luz do artigo 171.º,  
n.º 2 do código penal**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação do  
**Professor Doutor Mário João Ferreira Monte**

janeiro de 2017

Nome: Carina Marques de Oliveira

Endereço electrónico: carina\_oliveira8@hotmail.com

Número do Bilhete de Identidade:14855114

Título dissertação: O problema do consentimento: particularidades à luz do artigo 171.º, n.º 2 do código penal

Orientador: Professor Doutor Mário João Ferreira Monte Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito Judiciário

1. É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## **Agradecimentos**

Primeiramente gostaria de agradecer ao meu orientador, Professor Doutor Mário João Ferreira Monte, por ter aceitado o meu pedido de orientação, por me ajudar sempre da melhor forma possível e pela sua disponibilidade.

Aos meus familiares, amigos e colegas pelo apoio e confiança que me têm dado ao longo do meu percurso académico e por isso contribuírem para o meu sucesso.

A todos os que contribuíram e me apoiaram durante todo o meu percurso académico,

O meu sincero obrigada!



## **O problema do consentimento: particularidades à luz do artigo 171.º, n.º 2 do Código Penal**

### **Resumo**

A presente dissertação tem como objeto de estudo o problema do consentimento no abuso sexual de crianças, estando este crime previsto no artigo 171.º do Código Penal.

O conteúdo sexual do ato que vem a ter lugar pode assumir diversa natureza consoante os diferentes números e alíneas em que o tipo penal se divide, mas é na prática dos atos sexuais de relevo constantes no n.º 2, nomeadamente se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, onde estão previstas as condutas sexualmente abusivas mais gravosas deste crime e consequentemente onde está consagrada a pena de prisão mais alta, que vai desde os 3 aos 10 anos, daí que a análise do nosso estudo incida somente sobre o n.º 2 deste tipo penal.

Neste crime sexual deparamo-nos com um relacionamento sexual entre uma criança menor de 14 anos e alguém significativamente mais velho do que ela ou já adulto, havendo uma diferença mínima, tendencialmente fixada, nos 5 anos.

Algo caracterizador deste relacionamento sexual não se prende apenas com as idades das pessoas envolvidas, mas também com a concordância dada pela criança para a prática de tais atos sexuais e é nesta concordância da criança, que reveste sempre a natureza de consentimento, que se fixam as questões às quais procurámos dar resposta.

Isto é, será que esta concordância transmitida pela criança para a prática dos atos sexuais de relevo supra mencionados, deverá ser sempre um consentimento ou poderemos estar perante um acordo? Deverá este consentimento, dado por uma criança com uma idade inferior a 14 anos, ser sempre irrelevante ou esta questão deve ser analisada em cada caso concreto? A lei e a jurisprudência direccionam-se no mesmo sentido, contudo, quanto a estas questões, ainda hoje se continua a travar uma discussão doutrinal.

O objetivo deste estudo é perceber as razões que levaram o legislador em classificar esta concordância sempre como um consentimento e ainda mais

importante, as razões que levaram a que o mesmo seja considerado viciado, irrelevante e incapaz de excluir a ilicitude das condutas sexuais praticadas.

Para tal, começamos por, no primeiro capítulo, fazer um enquadramento jurídico do artigo penal que vamos analisar, relativamente às suas particularidades, limitações e implicações.

No segundo capítulo abordamos o problema do consentimento, nomeadamente a discussão doutrinal que se continua a travar acerca deste assunto, a aplicação desta discussão doutrinal ao crime sexual analisado no nosso estudo e as razões pelas quais defendemos que a concordância da criança deve ser sempre um consentimento irrelevante.

Por fim, o terceiro capítulo debruça-se sobre uma análise jurisprudencial deste crime sexual e para tal suportamo-nos no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2011. Uma vez que a decisão jurisprudencial nele contida, demonstra exatamente o que não deve ser relevado no crime de abuso sexual de crianças e desta forma não poderia ter sido relevado na decisão jurisprudencial deste tribunal superior.

Palavras-chave: abuso sexual, crianças, consentimento

## **The matter of consent: particularities in light of the article 171.º, no. 2 of the Penal Code.**

### **Abstract**

The following dissertation has as its object of study the matter of consent in the sexual abuse of children being this crime in laid down in the 171st article of the Penal Code.

The sexual content of the act that takes place can assume diverse nature depending on the different numbers and lines in which the penal article is divided. However, is on the practice of the sexual acts of constant emphasis in no. 2, namely if the sexual act of relevance consists in copula, anal intercourse, oral intercourse, or vaginal or anal introduction of body parts or objects, where are laid down the most serious sexually abusive conducts of this crime and where consequently is stipulated the highest prison sentence, that goes from 3 up to 10 years. Hence, the analysis of our study lays solely on no 2 of this criminal type.

In this sexual crime we face a sexual relationship between a child with less than 14 years of age and someone significantly older then her or already adult, there is a minimum difference, tendentiously fixed, on 5 years.

Something characterized as a sexual relationship does not relate only with the involved persons' age, but also with the child's consent on the practice of such sexual acts. It is upon this child's agreement, which encases always the nature of consent, that lay the questions we look to answer.

Would this agreement shown by the child for the practice of the aforementioned sexual acts of relevance, should it always be a consent or could it just be an agreement? Should this consent, given by a child aged less than 14, be always irrelevant or should this question be analysed in each specific case? Both the law and the jurisprudence are headed in the same direction, however, regarding those questions, to this day a doctrinal discussion continues to be perpetual.

The purpose of this study is to understand the reasons that led the legislator to classify this agreement always as a consent and more importantly, the reasons that led this consent to be considered vicious, irrelevant and unable to exclude the illegality of the practiced sexual demeanour.

For such, in the first chapter we start by doing a juridical contextualisation of the penal article that we will analyse, concerning its particularities, limitations and implications.

In the second chapter we approach the matter of consent, namely the doctrinal discussion that continues to be waged on this subject, the application of this doctrinal discussion to the sex crime analysed in our study, and the reasons whereby we defend that the child's agreement must always be an irrelevant consent.

Lastly, the third chapter addresses a jurisprudential analysis of this sex crime and for such we sustain ourselves on the Supreme Court of Justice's judgement of the 12<sup>th</sup> of October 2011. We take as a basis this judgement, because the jurisprudential decision contained in it demonstrates exactly what should not be overlooked on the crime of children's sexual abuse and thus should have not been overlooked in the jurisprudential decision of this supreme court.

Keywords: sexual abuse, children, consent

## Índice

Agradecimentos-----	iii
Resumo-----	v
Abstract-----	vii
Lista de abreviaturas e siglas-----	xi
Introdução-----	11

### CAPÍTULO I

#### **ENQUADRAMENTO JURIDICO-PENAL DO ARTIGO 171.º, N.º 2 DO CÓDIGO PENAL: PARTICULARIDADES, LIMITAÇÕES E IMPLI- CAÇÕES**

1. Delimitação do tipo penal-----	17
1.1. Idades em que se compreende a possibilidade de concordância por parte da criança -----	20
1.2. Situações de abuso sexual que não estarão incluídas-----	20
2. Bem jurídico penalmente tutelado-----	21
3. Tipo de crime-----	25

### CAPÍTULO II

#### **O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO**

1. Concordância da criança: consentimento vs. acordo-----	29
1.1. Discussão doutrinal e sua evolução-----	29
1.2. Discussão doutrinal aplicada ao crime de abuso sexual de crianças-----	35
1.3. Requisitos subjacentes às duas figuras-----	38
2. Razões que sustentam a irrelevância do consentimento dado pela criança-----	48
2.1. O que caracteriza uma criança e a define como tal-----	48

3. O que difere uma criança de alguém consideravelmente mais velho ou adulto-55

### CAPÍTULO III

#### **ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS (ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 12 DE OUTUBRO DE 2011)**

1. Enquadramento jurídico-----	81
2. O que contribuiu para a decisão do STJ-----	83
2.1. A importância da idade do agente do crime-----	84
2.2. A importância da idade da vítima: quase na passagem de criança para adolescente-----	85
2.3. A relevância do consentimento dado pela vítima para os atos sexuais praticados-----	86
2.4. O valor e significado da experiência sexual da vítima-----	88
Conclusão-----	97
Jurisprudência-----	101
Bibliografia-----	103

## **Lista de Abreviaturas e Siglas**

AC – Acórdão

ART – Artigo

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal (sem outra indicação, trata-se do português)

NCCAN – National Center on Child Abuse and Neglect

STJ – Supremo Tribunal de Justiça



## Introdução

A presente dissertação tem como objeto de estudo o problema do consentimento no abuso sexual de crianças: particularidades à luz do artigo 171.º, n.º 2 do Código Penal, estando este crime previsto no artigo 171.º do Código Penal.

O conteúdo sexual do ato que vem a ter lugar, pode assumir diversa natureza consoante os diferentes números e alíneas em que o tipo penal se divide, mas é na prática dos atos sexuais de relevo constantes no n.º 2 do mesmo, nomeadamente se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, onde estão previstas as condutas sexualmente abusivas mais gravosas deste crime e conseqüentemente onde está consagrada a pena de prisão mais alta que vai desde os 3 aos 10 anos, daí que a análise do nosso estudo incida somente sobre o n.º 2 deste tipo penal. Apesar disso temos de ter em atenção o limite etário, correspondente a uma idade de 14 anos, previsto no n.º 1.

Neste crime sexual deparamo-nos com um relacionamento sexual entre uma criança menor de 14 anos e alguém significativamente mais velho do que ela ou já adulto, significando isto que só uma criança, independentemente do seu sexo, compreendida numa idade inferior a 14 anos é que poderá ser vítima de um crime de abuso sexual de crianças.

No que diz respeito ao autor do crime este pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, familiar ou não da criança e tem de ser significativamente mais velho ou adulto, sendo que a diferença de idades entre eles é tendencialmente fixada numa diferença mínima de 5 anos.

Algo caracterizador deste relacionamento sexual não se prende apenas com as idades das pessoas envolvidas, mas também com a concordância dada pela criança para a prática de tais atos sexuais. E porque estamos perante um crime sexual que pressupõe uma concordância por parte de uma criança para a prática de certas condutas, não achamos ser possível falar em relações sexuais consentidas quando as mesmas envolvam crianças de determinadas idades. Isto é, não achamos que numa idade inferior aos 14 anos haja capacidade para transmitir um consentimento.

Desta forma é necessário limitar o leque de idades em que efetivamente será concebível falar em concordância para tais práticas, ainda que este tipo penal

envolva todas as idades inferiores a 14 anos e considere que em todas houve um consentimento. Sendo assim, quando não exista a capacidade para compreender a natureza sexual do ato praticado e do que advém com o mesmo, também nunca se poderá falar em concordância. Logo, quando nos referimos à sua concordância em relacionar-se sexualmente significa que só vamos abranger as idades dos 11 aos 13 anos até que complete 14 anos de idade.

Concomitantemente deparamo-nos com uma pluralidade de situações abusivas capazes de preencher os elementos do tipo objetivo de ilícito, uma vez que o agente do crime pode ser, ou não, um familiar ou alguém próximo da vítima. No mesmo sentido da delimitação das idades possíveis para consentir, também aqui é necessário circunscrever que situações abusivas não serão aceitáveis, para podermos afirmar a existência de uma concordância. Sendo nesta concordância da criança, que reveste sempre a natureza de consentimento, que se fixam as questões às quais procurámos dar resposta.

Isto é, será que esta concordância transmitida pela criança para a prática dos atos sexuais de relevo supra mencionados, deverá ser sempre um consentimento ou poderemos estar perante um acordo? Deverá este consentimento, dado por uma criança com uma idade inferior a 14 anos, ser sempre irrelevante ou esta questão deve ser analisada em cada caso concreto? A lei responde-nos a estas questões dizendo que a concordância dada pela criança será sempre um consentimento, que por sua vez será sempre viciado e assim irrelevante. Tal é estabelecido com base nos requisitos caracterizadores de validade e eficácia de cada uma destas figuras jurídico-penais, como nos correspondentes efeitos pratico-jurídicos e a lei e a jurisprudência direcionam-se no mesmo sentido, contudo, quanto àquelas questões, ainda hoje se continua a travar uma discussão doutrinal.

A lei é clara, mas porque se continuam a colocar em causa várias indagações, dúvidas e oposições, a doutrina divide-se em duas grandes concepções doutrinárias. Isto, porque a qualificação da concordância como consentimento ou acordo mediante os requisitos inerentes a cada um deles, resultará, ou não, na eficácia e validade daquela para o envolvimento sexual. Validade essa, que levará ao afastamento da ilicitude da conduta sexual através do consentimento ou ao afastamento da tipicidade dessa conduta através do acordo.

Intrinsecamente ligado à qualificação da concordância como um consentimento ou acordo e respetivos requisitos de cada um encontra-se o bem ou bens

juridicamente tutelados, uma vez que o problema do consentimento verifica-se desde logo quanto ao bem juridicamente tutelado. Quer isto dizer que dependendo do bem jurídico que se entenda como o tutelado penalmente, a concordância da criança assumirá uma de duas figuras jurídico-penais: consentimento ou acordo.

Outra característica essencial deste crime diz respeito ao mesmo tratar-se de um crime de perigo abstrato ou de perigo concreto, pois percebermos se se trata de um crime de perigo abstracto ou concreto ajudar-nos-á a compreender mais facilmente em que consiste especificamente um abuso sexual de crianças e os fundamentos basilares da nossa posição doutrinal quanto ao que define um abuso sexual, ao que se pretende tutelar penalmente e o que representa a concordância da criança. Mas mais importante do que isso, é ter um conhecimento prévio e claro de que independentemente dos danos inerentes a um abuso sexual, esse abuso não é mais ou menos grave. Simplesmente continua a ser um abuso sexual de crianças previsto e punido no artigo 171.º, n.º 2 do C.P.

Como já se disse anteriormente a doutrina divide-se em duas grandes concepções doutrinárias e assim sendo cruzamo-nos com uma contraposição terminológica entre consentimento e acordo. Existe assim uma construção doutrinal dualista destas duas figuras jurídico-penais, separando-as como independentes e distintas no seu estatuto sistemático-dogmático, a nível normativo, nos requisitos de validade e eficácia e nos efeitos prático-jurídicos associados a cada uma delas.

É necessário demonstrar, ainda que de forma sintética, quem e como se estabeleceu a construção doutrinal dualista destas duas figuras jurídico-penais como independentes e distintas, como se deu esta evolução doutrinal no tocante aos requisitos subjacentes a cada uma das figuras e a que bens jurídicos cada uma delas pode ser aplicada.

Sempre com o objetivo de transpor isso para a discussão que ainda se trava atualmente sobre essas questões, mas somente quanto ao tipo penal em causa, dado que o objetivo deste estudo é o de perceber as razões que levaram o legislador em classificar esta concordância sempre como um consentimento, as razões que levaram a que o mesmo seja considerado viciado, irrelevante e incapaz de excluir a ilicitude das condutas sexuais praticadas e o de demonstrar a fundamentação que se encontra na base da posição doutrinal que vai de encontro com o que está previsto na lei e que por isso mesmo é a posição por nós adotada.

O que pretendemos alcançar com tal explicação, são as razões que estão intrinsecamente ligadas à discussão doutrinal acerca da concordância da criança no crime sexual tratado nesta dissertação, particularmente que tipo de concordância é, ou pode ser, dada pela criança face às condutas sexuais retratadas e qual a relevância que se pretende conferir a essa mesma concordância.

Por fim, debruçamo-nos sobre uma análise jurisprudencial deste crime sexual e para tal suportamo-nos no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2011, visto que a decisão jurisprudencial nele contida, demonstra exatamente o que não deve ser relevado no crime de abuso sexual de crianças e desta forma não poderia ter sido levado em conta na argumentação e decisão deste tribunal superior.

As principais razões que levaram à escolha deste tema prendem-se com a visível transformação das crianças em meros objectos sexuais e pela forma como essas atividades se têm desenvolvido e aumentado, pela preocupação que se alastra em proteger os que pela sua idade e imaturidade são incapazes, quer pela lei quer pela realidade, devido à falta de compreensão do próprio ato e das suas consequências de prestar o seu consentimento e face a esta realidade, compreender as razões em que se apoia a posição doutrinal, contrária à posição ascendente, que defende que a concordância de uma criança, para um envolvimento sexual com alguém consideravelmente mais velho ou adulto, deve ser relevante e validada pelo ordenamento jurídico em determinadas circunstâncias e comprovar o prejuízo causado às crianças, quando nos deparamos com posições doutrinárias e decisões jurisprudenciais que não contribuem para a proteção efetiva dos bens jurídicos necessários e capazes de assegurar a salvaguarda da sua sexualidade, enquanto aquelas não possuem capacidade para o fazer.

## CAPÍTULO I

### ENQUADRAMENTO JURIDICO-PENAL DO ARTIGO 171.º, N.º 2 DO CÓDIGO PENAL: PARTICULARIDADES, LIMITAÇÕES E IMPLI- CAÇÕES

#### 1. Delimitação do tipo penal

A letra da lei tem como epígrafe: “Abuso sexual de crianças” e no seu conteúdo está previsto o seguinte:

*1 - Quem praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos.*

*2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.*

*3 - Quem:*

*a) Importunar menor de 14 anos, praticando ato previsto no artigo 170.º; ou*

*b) Atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos;*

*c) Aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou actividades sexuais;*

*é punido com pena de prisão até 3 anos.*

*4 - Quem praticar os atos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.*

Após a leitura deste tipo penal conseguimos determinar que o conteúdo sexual do ato que vem a ter lugar, pode assumir diversa natureza consoante os diferentes números e alíneas em que o mesmo se divide. Mas é na prática dos atos sexuais de relevo constantes no n.º 2, onde estão previstas as condutas sexualmente abusivas mais gravosas deste crime e consequentemente onde está consagrada a pena de prisão mais alta, daí que a análise do nosso estudo incida somente sobre o n.º 2 deste tipo penal.

Apesar disso temos de ter em atenção o limite etário, correspondente a uma idade de 14 anos, previsto no n.º 1, sendo este, o primeiro requisito deste tipo penal. Significando isto que só uma criança, independentemente do seu sexo, compreendida numa idade inferior a 14 anos é que poderá ser vítima de um crime de abuso sexual de crianças.

No que diz respeito ao autor do crime este pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, familiar ou não da criança e tem de ser significativamente mais velho ou adulto, sendo tendencialmente fixada uma diferença mínima de 5 anos entre as suas idades.<sup>1</sup> No entanto somos da opinião que esta diferença deveria ser tendencialmente fixada nos 4 e 5 anos, existindo uma averiguação nos casos em que haja uma diferença de 4 anos.

O segundo requisito e elemento decisivo do tipo objetivo de ilícito é o conteúdo sexual do ato. Isto é, o ato praticado pelo agente tem de integrar um ato sexual de relevo. Não interessa para o nosso estudo definir ato sexual de relevo, mas tão somente saber que cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, constituem atos sexuais de relevo e que serão só estes os analisados neste estudo.

Para não restarem dúvidas sobre em que consistem tais atos, daremos uma explicação simples e sintética sobre os mesmos. A cópula é o ato pelo qual o pénis de um homem é introduzido na vagina de uma mulher, independentemente de ter havido *emissio seminis*. Tem então de existir penetração, ainda que parcial, do pénis na vagina mesmo que sem ejaculação, pelo que a pressão ou encosto do pénis na vagina, consubstanciando-se no contacto exterior dos órgãos sexuais masculinos e femininos (cópula/coito vulvar ou vestibular) não constitui cópula para o efeito

---

<sup>1</sup> LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – *Código penal anotado: (arts.º 131.º a 386)*. 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0876-0. Vol. 2. Págs. 437 a 439.; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.,Pág.. 835 e 839.ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN: 978-972-54-0220-7. Págs.473 e 474.; Quanto à diferença de idades tendencialmente fixada encontramos LEITE, Inês Ferreira – A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISNN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 79.; ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Pág. 137.; FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 70.

deste artigo penal. O coito anal consiste na introdução, ainda que parcial, do pénis de um homem no ânus de outra pessoa, com ou sem *emissio seminis*. O coito oral por sua vez consiste na introdução, ainda que parcial, do pénis de um homem na boca de outra pessoa, com ou sem *emissio seminis* e com ou sem ereção. As partes do corpo utilizadas na penetração vaginal ou anal podem ser a mão, o pé, o(s) dedos(s) da mão e do pé, a língua e o nariz. Por fim, quanto aos objectos utilizados para a penetração os mesmos podem estar em estado sólido (tome-se como exemplo os vibradores, pénis artificiais e próteses) ou líquido (por exemplo o sémen ou a urina).

Estamos perante atos sexuais que não são praticados de forma coativa ou análoga e assim sendo, o tipo objetivo deste crime consiste na prática consensual dos mesmos, portanto houve uma concordância por parte da criança para a prática destes atos sexuais de relevo.

Quanto ao limite etário aqui previsto já dissemos que basta estarmos perante uma criança com menos de 14 anos para que a mesma esteja incluída na tutela deste tipo penal. Mas porque estamos perante um crime sexual que pressupõe uma concordância por parte de uma criança para a prática de certas condutas, não achamos ser possível falar em relações sexuais consentidas quando as mesmas envolvam crianças de determinadas idades, isto é, não achamos que em todas as idades, até aos 14 anos, haja capacidade para transmitir um consentimento. Desta forma é necessário limitar o leque de idades em que efetivamente será concebível falar em concordância para tais práticas, ainda que este artigo penal envolva todas as idades inferiores a 14 anos e considere que em todas houve um consentimento.<sup>2</sup>

Concomitantemente deparamo-nos com uma pluralidade de situações abusivas capazes de preencher os elementos do tipo objetivo de ilícito, uma vez que o agente do crime pode ser, ou não, um familiar ou alguém próximo da vítima. No mesmo sentido da delimitação das idades possíveis para consentir, também aqui é

---

<sup>2</sup> LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – *Código penal anotado: (arts. ° 131.º a 386)*. 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0876-0. Vol. 2., Págs. 437 a 439., DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2., Pág.. 835 e 839.; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN: 978-972-54-0220-7., Págs.450, 473 e 474.

necessário circunscrever que situações abusivas não serão aceitáveis para podermos afirmar a existência de uma concordância.

### **1.1. Idades em que se compreende a possibilidade de concordância por parte da criança**

Este tipo penal estende a sua tutela a qualquer idade até que a criança complete 14 anos e considera que em qualquer uma dessas, tratam-se de relacionamentos sexuais consentidos, no entanto quando falamos numa concordância fixamos uma idade mínima de 11 anos. Ou seja, só achamos ser possível falar em qualquer tipo de concordância num envolvimento sexual a partir desta idade. Abaixo desta, entendemos que a criança não tem de forma alguma a maturidade, o discernimento, a consciência, a capacidade, o desenvolvimento fisiológico e psicológico necessários para compreender e falar de relacionamentos sexuais e na respetiva concordância para tal. Não existindo esta compreensão da natureza sexual do ato e do que advém com o mesmo, também nunca se poderá falar em concordância.

Em suma, quando nos referimos à sua concordância em relacionar-se sexualmente significa que só vamos abranger as idades dos 11 aos 13 anos até que complete 14 anos de idade.

### **1.2. Situações de abuso sexual que não estarão incluídas**

Vamos passar a elencar as situações sexualmente abusivas que não farão parte do nosso estudo, sendo elas as seguintes:

Quando o abusador é uma figura de autoridade ou tem uma relação hierárquica, como um dos pais, ou outro familiar, monitor em alguma atividade, professor, treinador, tutor, polícias, padres ou qualquer outro líder ou figura do ambiente religioso da criança, independentemente da religião em causa, entre outros, a desigualdade entre a criança e o agente é manifesta; Quando estejamos perante uma relação de dependência, tais como económica, familiar, física, psíquica ou de outra natureza; Mesmo não havendo grande ou nenhuma diferença de idades entre as crianças, mas uma delas encontra-se numa posição de submissão face à outra, por causa da sua superioridade física ou psicológica, ou quando uma delas exerce um forte ascendente sobre a outra, seja no âmbito de relações familiares ou em situa-

ções em que uma delas tenha determinada autoridade delegada por adultos e sempre que esteja em causa uma situação de poder ou controlo de uma criança sob a outra; Sempre que o abusador ameace exercer o seu poder, impondo à criança uma consequência menos agradável, embora esta não seja grave ou real, tendo em conta a natural credulidade das crianças; Casos em que não haja uma ameaça expressa, mas o menor foi compelido a submeter-se à vontade do abusador, ou quando a concordância do menor foi obtida através de dinheiro, vantagens, favores, outros presentes e qualquer outra coisa que seja dada em troca; Quando haja intimidação e a criança acredita que não pode ou não vale a pena opor resistência, sem que para tal, haja coação moral, violência ou ameaça de violência; A colocação da criança num local ou ambiente em que aquela se sente isolada ou deslocada, de forma a diminuir ou eliminar resistências por parte da mesma, que, de outro modo, a criança recusaria e opor-se-ia; A idade do abusador cria um temor reverencial ou uma predisposição natural para a obediência e submissão; Qualquer outra situação que coloque a criança numa situação de erro ou/e de sujeição a uma vontade dominadora.

Qualquer uma destas situações ou análogas a estas não serão abrangidas, pois também aqui não apoiamos que haja qualquer condição que torne possível falar numa concordância. Defendemos então que simplesmente não houve qualquer concordância por parte da criança.

## **2. Bem jurídico penalmente tutelado**

Delimitadas as idades e situações abusivas às quais vamos aplicar o art. 171.º, n.º 2 é essencial perceber qual é o bem ou bens jurídicos sobre os quais recai esta tutela penal, uma vez que o problema do consentimento verifica-se desde logo quanto ao bem juridicamente tutelado. Querendo isto dizer que dependendo do bem jurídico que se entenda como o tutelado penalmente, a concordância da criança assumirá uma de duas figuras jurídico-penais: consentimento ou acordo.

A contraposição terminológica entre o consentimento e acordo continua a ser alvo de discussão doutrinal. Sendo assim podemos encontrar duas grandes conceções doutrinárias:

Uma delas defende que o único bem jurídico em causa é a liberdade sexual da criança e não existe outro que deva ou possa ser protegido no crime sexual em

questão. Quando preenchidos determinados requisitos a criança pode e deve exercer a sua liberdade sexual como bem entender. Dessa forma, quando existe uma punição para um relacionamento sexual em que de um lado temos uma criança e do outro alguém significativamente mais velho ou já adulto, mesmo com a verificação de certos requisitos, estamos perante uma grave e desnecessária restrição a esse direito ou seja ao exercício dessa liberdade sexual pela criança.<sup>3</sup> Pois a noção de liberdade terá de envolver imprescindivelmente o direito a não sofrer condutas não desejadas, mas também o direito de atuar segundo o seu próprio entendimento, visto ser ele o portador do bem jurídico a ser tutelado. Tendo apenas como limite a liberdade de outrem.<sup>4</sup>

Por outro lado, encontramos uma outra posição doutrinal que apoia como bens jurídicos tutelados a autodeterminação sexual da criança<sup>5</sup> e o direito a desenvolver livremente a sua personalidade a nível sexual.<sup>6</sup> Defendendo que graças à pouca idade da criança e às particularidades que a caracterizam, específicas e distintas de determinadas idades, condutas de natureza sexual mesmo que sejam levadas a cabo sem coação alguma, podem prejudicar gravemente o livre e saudá-

---

<sup>3</sup> ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 89 a 91,130,139,141,143.; LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 28,40,90, 93.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 99.

<sup>4</sup> LEITE, Inês Ferreira – A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 87.

<sup>5</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário coimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2. Pág. 834.; CARMO, Rui do; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 31.; LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – *Código penal anotado: (arts. º 131.º a 386)*. 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0876-0. Vol. 2. Pág. 437.; MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.]. n.º 2, (2004). Pág. 24.; ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Págs. 382,383, 396.; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN: 978-972-54-0220-7. Pág. 473.

<sup>6</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.

vel desenvolvimento da mesma.<sup>7</sup> Há uma proteção intensa do direito dos menores crescerem e autodeterminarem-se sexualmente de uma forma livre e adequada.<sup>8</sup> Protegendo-se fortemente a sexualidade do menor que ainda se encontra numa fase inicial ou em desenvolvimento.<sup>9</sup>

Na nossa perspetiva, relativamente aos bens jurídicos protegidos neste crime sexual, são tutelados a liberdade sexual, autodeterminação sexual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor em particular na esfera sexual. Isto porque entendemos que a criança independentemente da sua idade é sempre titular do direito liberdade sexual e como tal, tem direito a usufruir do mesmo e também porque defendemos que devido à idade em que a criança se compreende a mesma não exprime a sua concordância de forma espontânea e esclarecida, logo torna-se mais uma razão para incluirmos nesta tutela penal a sua liberdade sexual. No entanto não concordamos que este seja o único bem jurídico abrangido pela norma penal e a sua específica proteção. Existem outros bens que devido à pouca idade do menor e às peculiaridades do mesmo também carecem dessa proteção penal.

Quando nos deparamos com posições doutrinárias que somente adotam a liberdade sexual como único bem jurídico tutelado, apesar de não ser enunciado nos seus fundamentos, parece-nos que também poderá estar em causa o facto de considerarem que uma criança, compreendida nestas idades, já passou por um

---

<sup>7</sup> LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.]. n.º 2, (2004). Pág. 24.; CARMO, Rui do, ALBERTO Isabel, GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 32.; RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 952.; LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – *Código penal anotado: (arts. º 131.º a 386)*. 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0876-0. Vol. 2. Pág. 437.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário comimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2. Pág. 834.

<sup>8</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Pág. 396.; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN: 978-972-54-0220-7. Pág. 473.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.

<sup>9</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Pág. 396.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.

amadurecimento da sua autodeterminação sexual. Desse modo, por já se ter autode-terminado sexualmente, ou pelo menos por já o ter feito de uma forma suficiente, a sua autodeterminação sexual não se encontra em risco de ser lesada ou posta em causa. Com isto queremos dizer que apesar de não termos verificado de forma explícita que tais razões contribuem para tais conceções doutrinárias, quando se exclui aqueles bens jurídicos da proteção penal concedida à sexualidade das crianças, parece-nos que tal está implícito nesse entendimento. Pois se se considerasse que tais bens poderiam pelo menos ser postos em causa, os mesmos não seriam excluídos da tutela penal conferida pela lei.

Defendemos ainda, que o bem jurídico liberdade sexual compreende duas vertentes: uma positiva e outra negativa. E apesar da criança ter direito a usufruir da sua liberdade sexual, a sua vertente positiva é delimitada em razão do interesse superior daquela se desenvolver livre e proporcionalmente, daí que se delimite esta vertente para que se consiga proteger efetivamente a outra. Ou seja, a sua liberdade não é excluída, mas sim circunscrita para que se consiga salvaguardar mais do que apenas a sua liberdade sexual. Sabemos que os adjetivos “circunscrita” e “delimitada” são sinónimos de “limitada”, no entanto não é esse o propósito. Isto é, o propósito não é limitar a vertente positiva da liberdade sexual dum criança, por acharmos que devido à sua pouca idade, não é merecedora de exercer o seu direito de liberdade sexual, ou pelo menos, da forma que entenderem. Mas sim porque entendemos que se assim não for, numa vertente negativa, o direito ao livre e adequado desenvolvimento e crescimento da personalidade e autodeterminação sexuais ficam completamente desprotegidos sendo estes facilmente afetados, lesados e gravemente prejudicados. No sentido em que há uma necessidade acrescida e imperiosa de se proteger estes bens, na mesma escala e nível de intensidade, com que se protege a liberdade sexual e o seu respetivo exercício.

Ao contrário do que acontece numa pessoa consideravelmente mais velha ou já adulta em que apenas se tutela a sua liberdade e vontade sexuais, o menor porque ainda se encontra numa fase de amadurecimento da sua autodeterminação sexual e construção da sua personalidade na mesma esfera, prende-se a sua liberdade e vontade sexuais a estes bens jurídicos.<sup>10</sup> Afinal, o que pretendemos acaute-

---

<sup>10</sup> Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Julho de 2005 (Proc. N.º 05P2442), relatado pelo Conselheiro Simas Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

lar é a liberdade de expressão sexual de quem é incapaz de se autodeterminar sexualmente.<sup>11</sup>

### 3. Tipo de crime

Antes de avançarmos para o próximo capítulo onde se analisará o problema do consentimento neste crime sexual, é importante fixar desde já o tipo de crime que aqui está em causa. Percebermos se se trata de um crime de perigo abstracto ou concreto ajudar-nos-á a compreender mais facilmente em que consiste especificamente um abuso sexual de crianças e os fundamentos basilares da nossa posição doutrinal quanto ao que define um abuso sexual, ao que se pretende tutelar penalmente e o que representa a concordância da criança. Mas mais importante do que isso, é ter um conhecimento prévio e claro de que independentemente dos danos inerentes a um abuso sexual, esse abuso não é mais ou menos grave. Simplesmente continua a ser um abuso sexual de crianças previsto e punido pelo artigo 171.º, n.º 2 do C.P. É esta a ideia que temos na base da nossa posição doutrinal quanto ao que defendemos que deve ser protegido e relevante neste artigo penal, logo não avançaremos para o problema do consentimento sem antes determinar que tipo de crime está em causa.

Começaremos então por enunciar algumas questões que nos encaminharão para as razões que se encontram na base da nossa posição doutrinal quanto ao tipo de crime presente nesta norma. A representação dos abusos sexuais de crianças depende do facto de haver produzido consequências negativas para a criança? E com respeito àquelas crianças que não apresentam ao longo da sua vida efeitos correlativos com a prática abusiva, podemos afirmar então que não sofreram um abuso sexual pelo facto de não terem apresentado efeitos negativos?

Excluído desde já a referência aos danos físicos, visto ser inconcebível evidenciar-se um abuso mediante os danos físicos resultantes,<sup>12</sup> defendemos vivamente que se uma conduta perante uma criança representa um abuso sexual

---

<sup>11</sup> Neste sentido DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Repercussões da lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista do cej*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. ISSN 1645-829X. n.º 8, (2008). Pág. 219.

<sup>12</sup> Também neste sentido FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Págs. 76 e 77.;

face à lei penal, então deve ser irrelevante as consequências negativas sob aquela. Isto é, face às perguntas que referenciamos, não seria justo que tal abuso não fosse caracterizado e punido como tal, porque a criança não demonstrou consequências negativas resultantes do mesmo.

Como já referimos anteriormente, essas sequelas podem ser sentidas e expressadas muito tempo após a prática abusiva e mesmo que elas nunca venham a ser sentidas, aquele abuso simplesmente não deixa de configurar como tal devido a essa factualidade. Não se pode afastar a natureza abusiva de determinadas condutas, porque as consequências daquelas não são suficientemente fortes ou danosas para que se possa denominar tais condutas de abusivas. Seria como que os abusos sexuais fossem permitidos, ou seja, não fossem qualificados e punidos como tal quando determinada criança não manifestasse os danos esperados.

Não podemos concordar com a ideia de que este crime deveria ser de perigo concreto, pois o pensamento de que sem consequências demonstrativas do abuso não existe de facto um abuso, não pode ser sustentado. Isto porque entendemos que isto seria a forma mais facilitadora de permitir que tais abusos sexuais ficassem completamente impunes. Quando existe uma prática sexual abusiva verifica-se sempre o risco de lesão daqueles bens e tal não se encontra dependente das repercussões dessa lesão e assim, a conduta em si praticada tem de prevalecer sobre as consequências que dela resultaram, principalmente quando tal conduta, é típica de um abuso sexual de crianças. Dessa forma, a sua prática é censurável o suficiente independentemente dos danos que ela efetivamente consiga causar, precisamente porque sempre que praticada com uma criança, devido à sua gravidade, a tipicidade da conduta não pode ser afastada, ou porque a criança concordou ou porque se avaliou a criança e não se detetou os danos decorrentes de um abuso sexual.

Apesar deste trabalho não retratar nenhuma idade inferior a 11 anos, para melhor demonstrar a nossa ideia, tome-se como exemplo uma criança que é abusada sexualmente ainda bebé ou com 1 ano de idade através de ato sexual de relevo consistente em coito oral. Apesar do exemplo retratar uma forte situação abusiva é essencial para conseguirmos expor o que pretendemos. Como estamos perante uma idade demasiado baixa como a referida, a criança não se lembrará daquelas práticas e nem conseguirá reconhecer a sua natureza abusiva. Sendo

assim, houve risco ou lesão dos bens jurídicos juridicamente tutelados? Que consequências se retirou destas práticas para aquela criança?

Outro caso análogo a este, é uma criança com uma idade compreendida entre os 2 e 4 anos de idade ser abusada sexualmente da mesma forma que no exemplo supra por um dos seus progenitores. Estamos perante uma idade onde não é possível reconhecer práticas de natureza sexual ou mesmo o seu carácter abusivo, dessa forma nem se vai aperceber do abuso sofrido. As mesmas questões levantadas no exemplo anterior são aplicadas aqui. Deve ou não, considerar-se estas condutas como previstas e punidas pelo artigo 171.º, n.º 2 do C.P.? Podia dizer-se que estas idades e situações não correspondem às que estamos a tratar e que portanto não são situações comparáveis, no entanto está em causa exatamente o mesmo.

A ideia subjacente aos exemplos enunciados é a mesma a qualquer situação que envolva uma criança e uma situação abusiva sexualmente, independentemente da sua idade. Podemos voltar a referir que o menor apesar da sua baixa idade ainda se encontra numa situação ilusória, portanto incapaz de se aperceber e compreender a gravidade da conduta praticada e as suas consequências. Uma vez mais, o abuso não deixa de verificar-se por causa disso. A lesão pode ser mais ou menos evidente ou podemos até estar perante uma criança que não se aperceberá da mesma, contudo e independentemente disto, uma conduta dolosa foi praticada contra a sexualidade de uma criança. O intento doloso do agente e a prática da conduta tipicamente prevista mantiveram-se, portanto não será a falta de demonstração de determinadas consequências que levará ao afastamento da caracterização e punição de uma conduta como um abuso sexual. Estamos então perante um crime de perigo abstrato, constando na sua ideia-base, de que o bem jurídico protegido estabelece somente a razão da lei, ou seja, a motivação condutora do legislador, mas não representa o tipo objetivo de ilícito.<sup>13</sup>

Em suma, mesmo sem a possibilidade de um perigo concreto para o desenvolvimento livre da criança ou independentemente do respetivo dano venha ou não a ter lugar, a integração pela conduta do tipo objetivo de ilícito não é afastada e a verificação dos tipos objetivo e subjetivo de ilícito previstos e punidos

---

<sup>13</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2. Pág. 835.

pelo art. 171.º, n.º 2 do C.P., são suficientes para que se esteja perante um crime de abuso sexual de crianças.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.], n.º 2, (2004). Pág. 24.; GONÇALVES, M. MAIA – *Código penal português: anotado e comentado*. 18.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.]. Pág. 648.; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2. Pág. 835.; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN: 978-972-54-0220-7. Pág. 473.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 22 de Maio de 2013 (Proc. N.º 93/09.5TAABTE.I.S1.), relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt> ; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 12 de Outubro de 2011 (Proc. N.º 4/10.5GBFAR.E1.S1.), relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt> ; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 3.ª Secção, de 23 de Junho de 2010 (Proc. N.º 252/09.0PBBGC.S1.), relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt> ; Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 2016 (Proc. N.º 1779/13.5JAPRT.P1), relatado pela Juíza Desembargadora Maria Dolores Silva e Sousa, disponível em <http://www.dgsi.pt> ; Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Fevereiro de 2003 (Proc. N.º 3910/02), relatado pelo Juiz Desembargador Barreto do Carmo, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

## CAPÍTULO II

### O PROBLEMA DO CONSENTIMENTO

#### 1. Concordância da criança: consentimento vs. acordo

##### 1.1. Discussão doutrinal e sua evolução

**1.1.1.** Relativamente à problemática do enquadramento doutrinal e reflexão dogmática do consentimento, ainda hoje se continua a travar uma discussão doutrinal. A contraposição terminológica entre o consentimento e acordo deveu-se a GEERDS, tendo sido este quem primeiramente estabeleceu de forma sistática a construção doutrinal dualista destas duas figuras jurídico-penais como independentes e distintas. Tal se fundamentou não só no estatuto sistemático-dogmático como também na vertente normativa, nos requisitos de validade e eficácia e nos correspondentes efeitos prático-jurídicos.<sup>15</sup>

No que diz respeito ao confronto destas duas figuras, GEERDS considera que: “Ambos os casos de vontade concordante do lesado que aqui juridicamente se distinguem, apresentam, do ponto e vista puramente fático, os mesmos elementos: *o lesado concorda com uma conduta que, de qualquer forma, o prejudica*. Ele autoriza, permite, concorda, não tem nada contra. Já do ponto de vista jurídico, esta vontade concordante do lesado acaba por se projetar em termos completamente divergentes”.<sup>16</sup> Este pensamento reflete a ideia nuclear do paradigma dualista apresentado por este autor e podemos retirar a perspetiva entre a dimensão fática comum às duas figuras e a dimensão jurídica onde aquelas se contrapõem. Será no plano jurídico, e somente neste, que as diferenças significativas entre estes dois institutos os afastam entre si de forma definitiva. Sendo assim, o acordo reflete uma situação típica em que a vontade concordante do portador do bem jurídico, exclui o elemento da factualidade típica e por seu turno o consentimento-

---

<sup>15</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Págs. 142 e 143.

<sup>16</sup> *Ibidem*

justificação aparece como uma vontade concordante, juridicamente relevante, que exclui a ilicitude.<sup>17</sup>

**1.1.2.** No entanto tecem-se várias críticas a este modelo dualista nomeadamente quanto aos vícios da vontade, à necessidade do conhecimento da concordância pelo agente e quanto à cláusula dos bons costumes. Isto porque, no que diz respeito ao acordo, basta a constatação da vontade naturalística para promover a eficácia que o regime desta figura lhe confere. E isto à margem de quaisquer requisitos sobre capacidade, liberdade e autenticidade (ausência de vícios da vontade), conhecimento da concordância do portador do bem jurídico pelo agente e bons costumes. Conjunto de exigências, não aplicáveis ao acordo, mas que estão subjacentes à eficácia do consentimento justificante. Quanto aos vícios da vontade estes não interferem na exclusão da tipicidade ou seja, no desencadeamento da eficácia do acordo mesmo quando este é acompanhado por vícios da vontade imputáveis a dolo ou coação do agente. Relativamente à concordância manifestada pelo lesado não há necessidade do agente ter conhecimento da mesma, podendo, independentemente deste fator, a tipicidade da conduta praticada pelo agente ser sempre afastada. Por fim, no que concerne à cláusula dos bons costumes esta não terá nenhum significado e influência, demonstrando-se totalmente insignificante para a questão decisiva de saber se a prática da conduta é revestida de violência e contra a vontade do portador do bem jurídico.

Ainda no que se refere às debilidades deste modelo dualista estamos perante dois regimes jurídico-penais intrinsecamente diferentes, mas que são motivados pela mesma lesão de um bem jurídico. Sob o ponto de vista da lesão do bem jurídico e da identificação de um lesado, mitigar vicissitudes do bem jurídico que são tão desiguais como as que antecedem o acordo e o consentimento justificante demonstra-se bastante inadequado, uma vez que o consentimento-justificação relaciona-se a uma lesão de um bem jurídico tipicamente protegido, mas o acordo direciona-se e permite a sua realização e expressão autênticas. Em contrapartida, ainda relativamente aos vícios da vontade enunciados anteriormente, estes vícios evidentemente comprometem a expressão autêntica da liberdade que o acordo supostamente mediatiza. Logo a validade e eficácia do acordo não podem ser projetadas de forma

---

<sup>17</sup> *Ibidem*

isolada em relação à concreta manifestação da liberdade em causa e ao âmbito normativo em que se inscreve a respetiva proteção típica. Resultando daqui uma relevância qualificada dos vícios da vontade.<sup>18</sup>

**1.1.4.** Após GEERDS surgiram outros autores que seguiram percursos diferentes e autónomos no tocante à problemática do enquadramento do consentimento. Apresentaram reflexões que transcendiam a abordagem preferencial de GEERDS e dessa forma proporcionaram um avanço face à compreensão dualista do autor, nomeadamente NOLL que se decide por um modelo dualista de relevância prático-jurídico e de valor doutrinal do consentimento, no sentido de umas vezes como causa de exclusão da ilicitude e noutras como preclusão de verificação do tipo legal. Na primeira hipótese há uma lesão do bem jurídico justificada mediante a colisão de valores, quanto à segunda estamos perante uma queda do bem jurídico sem uma colisão de valores, contudo apesar de estar em causa uma tese da distinção conceitual prático-jurídica e dogmática, este autor, fala sempre de consentimento. Ainda na linha de pensamento de NOLL, o fundamento da relevância jurídica do consentimento procura-se no valor da liberdade individual que também goza de proteção do direito penal. Se assim não fosse não se compreenderia que a tutela penal houvesse de retroceder somente pelo facto do ofendido declarar que não a quer. Face a esta conceção o autor acredita poder alcançar a sustentação de uma doutrina capaz de ultrapassar, sem deixar marcas, o paradigma dualista de fundamentação e sistematização das causas de justificação do consentimento. Deste modo, NOLL apresenta duas teses centrais da doutrina do consentimento. Uma delas suporta a necessidade e uma construção dualista para ajustar a fenomenologia do consentimento relevante no direito penal. Sendo possível estabelecer de forma única, a divisória entre o consentimento justificante e o consentimento que afasta o preenchimento da factualidade típica, no entanto esta hipótese só se verificará nos casos em que o tipo legal protege a própria liberdade. Aqui o consentimento afasta o próprio bem jurídico tutelado e não se verifica qualquer colisão de valores.

No que concerne à segunda tese, esta retrata a plena conformação do consentimento-justificação ao princípio da prevalência de interesses transformado

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, Págs. 143 a 147 e 510.; ROXIN, CLAUS – *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. ISBN: 84-470-0960-2. Págs. 512 a 514.

em princípio unitário e universal de justificação. Através do consentimento o portador do bem jurídico penalmente tutelado, perde a sua falta de interesse quanto ao sacrifício desse bem jurídico protegido pela incriminação típica, como também é exatamente o sacrifício feito pelo lesado que responde aos seus interesses de primeiro plano. Mas esta superioridade relativamente aos valores que para ele são de primeira supremacia, lhes advém por meio da valoração subjetiva do lesado, e não por força da valoração geral legalmente sancionada. Isto significa que toda a dificuldade do consentimento-justificação encontra-se na relação entre a valoração objetiva da lei e a valoração subjetiva do lesado.<sup>19</sup> A este autor deve-se o seu contributo relativamente à clarificação do relevo normativo do consentimento que exclui o tipo, ou seja do acordo, definindo a liberdade individual como bem juridicamente protegido pelo tipo legal, em cujas circunstâncias, o acordo pode verificar-se. A ideia plasmada na construção doutrinal dualista de GEERDS inscrevia um acordo penalmente relevante com uma estrutura puramente fática, considerando-o, em todo o caso, igual em todos os tipos de crimes. Ao invés disto NOLL propõe outro modelo de acordo que consiste no preenchimento dos elementos de normatividade, relativamente induzidos pela perspectiva hermenêutica dos tipos a que o acordo aparece vinculado. Contudo a doutrina de NOLL também não se desenvolveu isenta de incertezas e divergências. Sobretudo em relação à sua posição doutrinal sobre o consentimento-justificação, relativamente ao qual, o autor se dedica mais.<sup>20</sup>

**1.1.5.** O paradigma dualista deixado por GEERDS viu a sua razoabilidade constantemente problematizada por outros autores, que impulsionaram relativamente à problemática jurídico-penal do consentimento, noções e princípios, numa compreensão normativa e contexto doutrinário alternativos.<sup>21</sup>

Concordamos com a ideia de que não é recorrendo à centralização normativo-dogmática do consentimento, conduzindo todo o consentimento penalmente relevante para a factualidade típica, que se pode esperar uma acertada e

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, Págs. 147 e 148. ROXIN, CLAUDIUS – *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. ISBN: 84-470-0960-2. Págs. 521 e 522.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Págs. 152 e 153.

<sup>21</sup> *Ibidem*, Pág. 176.

indispensável superação da crise da construção dualista e originária de GEERDS.<sup>22</sup> Algo importante a ter em conta é que a qualificação da concordância do portador do bem jurídico, como consentimento ou acordo, nem sempre é isenta de dificuldades.<sup>23</sup> A estrutura material-teleológica do acordo e consentimento aparecem de forma claramente diferenciada e esta diferença reflete-se também na intencionalidade com que as condutas são assumidas e vivenciadas pelo portador do bem jurídico penalmente tutelado. Isto transpõe-se para o seguinte:

A postura subjetiva do autor do consentimento é totalmente distinta mediante a espécie de consentimento em questão. Se em causa estiver um consentimento que exclui a tipicidade da conduta, tendo em conta a sua noção da atuação autorizada, os direitos do portador do bem jurídico não foram lesados ou feridos. Caso se esteja perante um consentimento justificante, já haverá uma lesão ao direito tutelado penalmente. À luz do que se enunciou, presumida a eficácia do acordo, torna-se equívoco falar em lesado, ofendido ou renúncia para se retratar a situação e atitude do portador do bem jurídico. No entanto é socorrendo-se a essas expressões, especificamente a de renúncia, que alguns autores pretendem consolidar a tese da unificação e homogeneização normativa e dogmática destas duas figuras.<sup>24</sup> Esta posição demonstra que existem áreas consideráveis de proximidade com a ideia nuclear de GEERDS, sendo ela a seguinte: “ O consentimento e o acordo são duas figuras jurídicas distintas, se bem que correspondem a situações fáticas que apresentam os mesmos elementos, *maxime* a concordância do lesado numa ação que, de qualquer forma o prejudica”,<sup>25</sup> mas como já foi dito anteriormente a recondução do acordo à ideia de lesado ou renúncia foi afastada.<sup>26</sup> Isto, porque quando este é dado de forma livre e esclarecida, está longe de representar uma ofensa ou sacrifício do bem jurídico tutelado penalmente. Mas pelo contrário, mediatiza a sua plena atuação. Isto trespassa para a ideia de que quando estamos perante uma concordância do portador do bem jurídico, que reveste a figura do acordo, essa vale como uma emanção direta e traduz-se na realização própria e verdadeira do bem jurídico

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, Pág. 362.

<sup>23</sup> *Ibidem*, Pág. 364.

<sup>24</sup> *Ibidem*

<sup>25</sup> *Ibidem*

<sup>26</sup> *Ibidem*

tipicamente protegido. É o sistema da tipicidade, que oferece ao acordo, a razão do seu significado e importância. Deste modo, fica pressuposta a sua eficácia. Pode dizer-se que o instituto do acordo se insere inteiramente no contexto hermenêutico da factualidade típica e no conjunto de sentidos nele contido e é no tipo legal que se esgota a sua pertinência sistemática justamente como exclusão da tipicidade.<sup>27</sup> Trata-se então duma manifestação de vontade que confere expressão e realização ao bem jurídico. Pode concluir-se que a superação da doutrina originária de GEERDS não tem de fazer-se com base na renúncia do paradigma dualista, significando isto que não se fica sem outra possibilidade a não ser a da tese da homogeneização normativa e dogmática.<sup>28</sup>

Existem autores que sustentam a ideia de que não deve encarar-se o acordo como um instituto autónomo e com regras próprias mas sim, como uma forma de interpretação dos elementos do tipo legal. Defendendo que os requisitos do consentimento que exclui o tipo não correspondem aos do consentimento-justificação. Pois os primeiros resultam do bem jurídico e da função de cada tipo legal especificamente apreciado.<sup>29</sup> Por seu turno M. CAVALEIRO FERREIRA reporta-se ao acordo como assentimento, estabelecendo que o condicionamento do mesmo, obedecerá aos requisitos inscritos na própria norma penal ou que dela se depreendam.<sup>30</sup>

Em suma pode dizer-se que o acordo assegura a continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido, refletindo a coerência entre essa mesma autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal, o que elimina os motivos de conflitualidade próprios do consentimento e afasta todas as causas e razoabilidade dos conceitos como lesão, renúncia e ofendido.<sup>31</sup> Após entendermos a ideia nuclear da discussão doutrinal sobre a problemática do enquadramento doutrinal e reflexão dogmática do consentimento, que se arrasta até aos dias de hoje, podemos aplicá-la especificamente ao artigo 171, n.º 2 do C.P. e perceber a razão da sua existência e importância neste crime sexual.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, Págs. 507 a 509 e 517.

<sup>28</sup> *Ibidem*, Págs. 400 e 401.

<sup>29</sup> *Ibidem*, Pág. 510.

<sup>30</sup> FERREIRA, M. Cavaleiro - *Lições de direito penal*. Lisboa: [s.n.], 1987. Pág. 168.

<sup>31</sup> *Idem*, Pág. 517.

## 1.2. Discussão doutrinal aplicada ao crime de abuso sexual de crianças

**1.2.1.** Relativamente à concordância da criança para a prática de atos sexuais, consoante INÊS FERREIRA LEITE a concordância da vítima representa um acordo ou assentimento que exclui a tipicidade, pois se classificamos esta concordância como um cenário de consentimento justificante ao qual se aplicará o previsto no artigo 38.º, n.º 3 do C.P., o afastamento da ilicitude não se poderá constatar face ao limite etário exigido pelo artigo penal.<sup>32</sup> Exclui-se assim o reconhecimento de qualquer tipo de função e aplicação a um consentimento que exclui a ilicitude.<sup>33</sup> e estaremos perante um acordo que exclui a tipicidade, pois a liberdade sexual terá de abranger não só o direito a não sofrer atos sexuais não desejados como o direito de praticá-los da forma que quiser como portador desse bem jurídico. Tendo sempre e apenas como limite, a liberdade de outrem.<sup>34</sup> Deste modo, a concordância do menor terá de recair sobre a própria tipicidade da conduta, auxiliando na identificação e delimitação das condutas consideradas verdadeiramente abusivas.<sup>35</sup> Havendo um acordo, o menor enquanto portador do bem jurídico tutelado estará somente a realizar, de forma completa, um direito decorrente desse mesmo bem.<sup>36</sup>

E em conformidade com ANA RITA ALFAIATE, o acordo excluirá a tipicidade e o consentimento excluirá a ilicitude. Nos casos de crimes sexuais contra menores, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual, é possível o acordo da vítima, dado que a liberdade sexual é um bem jurídico da esfera pessoal e traduz-se numa manifestação de autonomia do titular. Desta forma quando estão em causa crimes cuja tutela se direcione a este bem jurídico, o acordo expressa a adequação social da conduta do agente. O interesse do titular e o exercício da sua liberdade sexual manifesta-se pelo acordo, então estamos perante um acordo quando certo bem jurídico se verifica pela conduta e não há no comportamento do agente, qualquer instrumento de restrição ao interesse do outro, mas precisamente o

---

<sup>32</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 90.; LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 87.

<sup>33</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 88.

<sup>34</sup> *Ibidem*, Pág. 87.

<sup>35</sup> *Idem*, Pág. 91 e 92.

<sup>36</sup> *Ibidem*, Págs. 92 e 93.; *Idem*, Pág. 88.

contrário, constatando-se que a ação potencia os interesses de todos os participantes. Pelo acordo realiza-se a autonomia do menor como titular do bem jurídico, efetivando-se o próprio bem e o propósito de o salvaguardar e promover. E Para que tal se possa aferir, os bens jurídicos em concreto terão de estar na disponibilidade do titular e este ter capacidade para dele dispor autonomamente. Ou seja, mediante um acordo só os bens jurídicos disponíveis possibilitam ao seu titular excluir a tipicidade da conduta do agente.<sup>37</sup> Não sendo exclusivamente a liberdade sexual a ser protegida, não é portanto possível o acordo. Porque os restantes bens que estão a ser protegidos, incluindo a infância e a juventude, não estão na disponibilidade do menor.<sup>38</sup> Tratam-se de bens jurídicos supra-individuais<sup>39</sup> que pretendem proteger valores e bens que ultrapassam a esfera do indivíduo. Se estes não estão na disponibilidade do menor, também não está na sua disponibilidade afastar a tipicidade da conduta, uma vez que a autonomia do titular, não se confunde com o bem jurídico tutelado.

Se em causa não estiver o bem jurídico liberdade sexual da criança como o único bem a ser protegido penalmente, a manifestação da sua vontade deve considerar-se uma aproximação do consentimento, permanecendo a tipicidade, mas afastando-se a sua ilicitude. Dessa forma, ainda que não seja possível decidir a questão na categoria da tipicidade, não há um impedimento para que a concordância da criança seja valorada e ponderada na categoria do consentimento, como causa de exclusão da ilicitude e assim como causa de justificação da conduta. Assim, mesmo estando em causa bens supra-individuais não está suprimido um possível consentimento, realçando-se a demonstração da vontade do menor. Afastando-se a viabilidade do acordo, não se elimina a do consentimento.<sup>40</sup>

**1.2.2.** Enunciamos as posições doutrinárias das autoras supra referidas para melhor se entender a posição por nós adotada. Isto porque o nosso entendimento relativamente à concordância da criança, estabelece-se no sentido oposto ao apresentado pelas mesmas. Assim torna-se útil explicar primeiramente a ideia contrária à nossa,

---

<sup>37</sup> ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 125 e 126

<sup>38</sup> *Ibidem*, 126 e 127.

<sup>39</sup> *Ibidem*, Págs. 126 e 130.

<sup>40</sup> *Ibidem*, Págs. 126 e 127.

para podermos partir dessa mesma ideia e mais facilmente apresentar a nossa argumentação quanto à posição doutrinal defendida.

Apoiamos a ideia de que se o consentimento fosse elemento integrante do tipo legal e se o mesmo se verificasse a tipicidade poderia ser excluída.<sup>41</sup> Esta é a única forma de afastar a tipicidade destes atos através do consentimento. Mas o consentimento não faz parte do tipo legal, nem o mesmo configura qualquer exceção ou requisito capaz de afastar a tipicidade, de forma a que quando tal se verificasse o tipo legal não estivesse preenchido.

É preciso compreender que estas situações dadas a nível sexual são sempre avaliadas como abusivas, porque defendemos que têm sempre na sua base um aproveitamento claro das características inerentes a uma criança, e assim um aproveitamento da sua sexualidade. Significando isto que a criança é colocada numa determinada situação, com o único propósito, do seu parceiro sexual alcançar o seu objetivo e satisfazer os seus interesses sexuais. Parceiro esse, que age de forma consciente e livre, procura a ocasião mais oportuna para agir de acordo com o seu apetite sexual, pratica todos os atos de sedução e estimulação sexual na criança e tem a consciência de que a sua conduta é proibida por lei. Como tal, procura esconder-se para a realização de tal prática sexual. A questão com que nos prendemos, reflecte-se no facto deste parceiro sexual da criança, considerado um abusador sexual aos olhos da lei, orientar voluntaria e conscientemente (pelas mais variadas razões) a sua conduta para satisfação sexual através de atos libidinosos com crianças.<sup>42</sup>

O tipo legal é composto por: certas condutas sexuais, praticadas com crianças até que completem 14 anos e por alguém que é consideravelmente mais velho ou adulto. Ao faltar um destes elementos a tipicidade não se verifica. No que diz respeito à ilicitude, esta pode ser afastada pelo consentimento. Mas porque está em causa uma criança tal não é permitido pelo artigo 38.º, n.º 3 do C.P. que impõe um limite etário. Exigindo-se que o consentimento seja dado por alguém com uma ida-

---

<sup>41</sup> Também neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Pág. 556.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 101.

<sup>42</sup> Neste mesmo sentido encontramos o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de Abril de 2003 (Proc. N.º 1044/03), relatado pelo Juiz Desembargador Barreto do Carmo, disponível em <http://www.dgsi.pt>

de mínima de 16 anos, para que seja considerado válido e eficaz.<sup>43</sup> Estamos a falar de pessoas que, por ainda não terem completado 14 anos de idade, são consideradas crianças segundo a lei. Logo este limite etário que está previsto na lei, e bem, pressupõe que elas ainda não reuniram as condições suficientes para consentir tais atos e que a ilicitude dos mesmos não poderá ser afastada. Tal limite foi imposto com base no entendimento de que elas, por serem ainda crianças, não possuem maturidade e discernimento suficientes, e assim as condições necessárias, que as tornem capazes de consentir de forma correta e válida. Ficou estabelecido que cada uma destas figuras se direciona para bens jurídicos distintos, apresenta efeitos prático-jurídicos e vertentes normativas igualmente distintos. O mesmo se verifica ao nível dos requisitos inerentes a cada um destes institutos.

### **1.3. Requisitos subjacentes às duas figuras**

**1.3.1.** Passaremos para a apreciação dos requisitos de validade e eficácia de cada uma delas. Os diferentes requisitos demonstram que nos deparamos com duas figuras jurídico-penais independentes e distintas e para estarmos perante um acordo válido e eficaz, a elaboração e manifestação da vontade do menor terá de reunir as seguintes exigências cumulativas: Consciência do significado sexual da sua conduta; Capacidade de avaliação da relevância do ato sexual em causa, sendo a maturidade exigida proporcional à importância do ato sexual; Inexistência de elementos estranhos no processo de formação de vontade da criança, sendo este um requisito negativo que permite definir a espontaneidade e autenticidade dessa vontade.<sup>44</sup> Sempre que se verifique e demonstre, que no caso concreto, está por parte da criança uma vontade livre, autónoma e espontaneamente formada para a prática de atos sexuais, numa relação de efetiva igualdade e equilíbrio, não há razões para que o Direito Penal interfira. Estando verificadas estas condições tratar-se-á de uma relação de efetiva paridade, ainda que o parceiro sexual da criança seja alguém

---

<sup>43</sup> Em sentido contrário de ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 126 e 127.

<sup>44</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 93 e 94.; LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 91.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 105 e 106.

muito mais velho.<sup>45</sup> E ainda os fatores que influenciarão a validade e eficácia do acordo serão: idade, maturidade, parceiro sexual, a conduta concretamente em causa, tempo e espaço em que o menor expressa e demonstra a sua vontade e concordância.<sup>46</sup> Quando está em causa unicamente o bem jurídico liberdade sexual e a criança reúne o suficiente discernimento, para conseguir construir a sua vontade de forma esclarecida, autêntica e espontânea pode dizer-se que se trata de um acordo.<sup>47</sup>

No que diz respeito à figura do consentimento, para que o mesmo fosse válido e eficaz teriam de estar verificados certos pressupostos formais e materiais. Quanto aos pressupostos formais, temos os seguintes: a capacidade para consentir, a seriedade e a liberdade do consentimento, a anterioridade em relação à conduta, a revogabilidade a todo o tempo e a forma inequívoca da sua expressão. Já os pressupostos materiais são: a disponibilidade do bem jurídico e a não oposição aos bons costumes. No que diz respeito aos pressupostos materiais entende-se por não oposição aos bons costumes, a prática de atos que não contrarie os hábitos e a maneira de ser da comunidade. No entanto está em causa um conceito indeterminado, que exige uma valoração por parte do julgador do direito, que pode originar algumas dificuldades. Essencialmente, mas não só, integra a cláusula dos bons costumes o carácter grave e irreversível da lesão.<sup>48</sup> Ainda no que diz respeito a esta cláusula, por via de regra, é exclusivamente no âmbito dos crimes contra a integridade física, que a generalidade das legislações, fazem valer a cláusula limitativa dos bons costumes. Denegando-lhe vigência para além desta área problemática.

Contudo, o regime estabelecido na lei penal portuguesa resulta em dificuldade acrescida para o intérprete e aplicador do direito, pois para além dos acrescidos problemas originados em sede de ofensas à integridade física, eles enfrentam a

---

<sup>45</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 90.

<sup>46</sup> ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 139 e 143.

<sup>47</sup> ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Pág. 143.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 102.

<sup>48</sup> LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – *Código penal anotado: (arts. º 131.º a 386)*. 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. Vol. 1. Págs. 554 a 556.; ROXIN, CLAUS – *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de lateoria del delito*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. ISBN: 84-470-0960-2. Págs.513 e 514.

complexidade da adaptação e aplicação dos parâmetros e meios de solução, a outros crimes da Parte Especial, já ali relativamente estabilizadas.<sup>49</sup> Os critérios para aplicação da cláusula dos bons costumes não-de versar sobre a ponderação de bens do estado de necessidade, com o alcance do bem jurídico sacrificado não poder ser desproporcional relativamente ao fim prosseguido com a lesão.

Ou seja, é necessário saber, se o facto ainda se pode reconhecer como um lidar racional com os bens jurídicos no sentido de juridicamente sustentável.<sup>50</sup> Quanto a este ponto, apoiamos a não aplicação desta cláusula ao consentimento e<sup>51</sup> Pensamos que o legislador português, com a introdução deste requisito, não pretendeu introduzir qualquer índole moral no ordenamento jurídico.<sup>52</sup> No entanto trata-se de uma cláusula que inevitavelmente se remete para um plano moralista, aspeto sobre o qual, o direito penal não deve versar ou tutelar.

Hoje, definitivamente, não existe qualquer modelo de conduta sexual envolvido por uma matriz moralista.<sup>53</sup> E isto, porque não cabe ao direito penal, punir a imoralidade de uma determinada conduta sexual. Ao apelarmos para a aplicação desta cláusula, estamos a apelar para uma proteção penal da moralidade que se traduz numa particularidade segundo a qual, esse direito deve manter-se completamente alheio. Não se trata de discutir e distinguir a concordância do portador do bem jurídico, mas sim de excluir uma exigência que não se debruça sobre matéria penal. Quando se limita a aplicação desta cláusula a alguns crimes, não significa que estaremos perante uma interpretação arbitrária do ponto de vista de uma consideração teleológica, uma vez que consideramos que a punição em prol dos bons costumes no âmbito dos crimes sexuais não tem uma justificativa razoável. E portanto deve ser somente aplicada aos crimes em que este requisito pode ser preenchido sem ter de se lançar mão de uma perspetiva moralista, o que restringe imenso o âmbito de aplicação desta cláusula e daí que a maioria das legislações a circunscreva aos crimes de ofensa à integridade física. Logo, mesmo em referência ao

---

<sup>49</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Págs. 537 e 538.

<sup>50</sup> *Ibidem*, Pág. 548.

<sup>51</sup> No mesmo sentido LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 93.

<sup>52</sup> Também neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Pág. 549.

<sup>53</sup> *Ibidem*, Págs. 561 e 562.

consentimento-justificação, no tocante aos crimes sexuais, esta cláusula não deveria ser imposta e figurar como um dos requisitos para a sua validade e eficácia.<sup>54</sup>

Agora, quanto à disponibilidade dos bens jurídicos, tratam-se de bens da esfera pessoal que cabem na liberdade de decisão e disposição pessoal do seu titular. Traduz-se numa manifestação de autonomia do titular,<sup>55</sup> no entanto estes requisitos não estão preenchidos. Começando logo pela cláusula dos bons costumes, no sentido em que um relacionamento sexual entre uma criança e alguém consideravelmente mais velha ou adulta é censurado pela comunidade em geral. Quanto ao requisito da idade da criança, também não se verifica devido à exigência prevista na lei de que a eficácia e validade do consentimento dependem da idade com que é prestado, tendo sido fixada uma idade mínima de 16 anos. E por fim, no tocante à disponibilidade dos bens jurídicos, já vimos que a liberdade sexual não é o único bem a carecer de proteção jurídica e assim, estando os restantes bens já referidos abrangidos pela mesma tutela penal.<sup>56</sup>

E como estes últimos são bens jurídicos supra-individuais e pretendem proteger valores e bens que ultrapassam a esfera do indivíduo, são bens que não estão na disponibilidade da criança, pois a autonomia do titular não se confunde com o bem jurídico tutelado.<sup>57</sup> E sem prejuízo disto, existem bens jurídicos que mesmo sendo disponíveis, são penalmente tutelados em si, e de per si, sendo colocada entre parênteses a atuação do portador concreto do bem jurídico. Ainda neste sentido, na relação entre a autonomia pessoal e o bem jurídico tipicamente tutelado, a autonomia não esgota o bem jurídico, não podendo reconhecer-se a livre disposição do bem jurídico com a sua plena realização.<sup>58</sup> Assim, qualquer consentimento dado pela criança será considerado viciado e inválido.

---

<sup>54</sup> Em sentido contrário de ROXIN, C. - *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: [s.n.], 1979. Pág. 560.

<sup>55</sup> PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre - *Código penal anotado e comentado: legislação conexa e suplementar*. Lisboa: Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-72-4675-5. Pág. 152.; ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 125 e 126.

<sup>56</sup> Também neste sentido CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 98 e 104.

<sup>57</sup> Neste mesmo sentido ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 126, 127 e 130.

<sup>58</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Pág. 506.

O que difere estas duas figuras são os diferentes requisitos, já enunciados, que estão subjacentes a cada uma, nomeadamente a idade mínima de 16 anos e a cláusula dos bons costumes que não existem para o acordo. Ou seja, o acordo prevê que alguém ainda considerada criança possa acordar desde que preencha os já referidos requisitos, mas obviamente até mesmo aqui há uma idade mínima.

Assim, é possível existir um acordo válido e eficaz por parte de uma criança, capaz de afastar a tipicidade dos atos sexuais praticados.<sup>59</sup> Havendo um apoio nas conceções dualistas, o acordo e o consentimento são figuras jurídicas distintas, não estando o acordo sujeito a alguns limites que se impõem ao consentimento e que negam a validade e eficácia deste. As razões que estão subjacentes a não aplicação da cláusula limitativa dos bons costumes, à figura do acordo, prendem-se com o seguinte: A lei não o prescreve e assim sendo, a imposição legal desta cláusula não faria sentido, esta imposição representaria uma comprometedor desconexidade do ponto de vista de um direito penal, com um objetivo e sentido lógicos e racionalmente direcionado para a tutela de bens jurídicos. Significando isto que a invocação dos bons costumes seria contraditório nos seus termos. Percebemos a posição dos autores que se direcionam para a não admissão desta cláusula, pois tendo em conta o que a figura do acordo representa doutrinariamente não faria nenhum sentido a sua eficácia estar dependente e assim limitada por esta cláusula.<sup>60</sup>

**1.3.2.** Podemos dizer que os requisitos apresentados para um acordo válido e eficaz poderiam transpor-se também para o consentimento, já que se tratam de requisitos abstratos que funcionam como indicador da maturidade de alguém e da forma como ela compreende e se envolve numa determinada situação. Mas por que estão em causa crianças, que não apresentam desde logo, maturidade bastante que possa servir de qualquer indicador que justifique um relacionamento sexual, esses requisitos aplicados a este tipo de situações tornam-se inaceitáveis e é por esse motivo que não concordamos com a aplicação da figura do acordo ao crime de abuso sexual de crianças. Defendemos que tais requisitos jamais poderão ficar preenchidos quando aplicados a situações sexuais que envolvam alguém com uma idade

---

<sup>59</sup> Também neste sentido CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 108, 109 e 200.

<sup>60</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Págs. 559,560,561 e 563.

inferior a 14 anos, nomeadamente a uma situação representativa de um abuso da sexualidade de uma criança e entendemos que foi neste sentido que o legislador fixou uma idade mínima para consentir, pois antes dessa idade tais requisitos não poderão estar verificados.

Pressupondo-se que a partir dessa idade todas essas exigências estão cumpridas ou pelo menos já existem condições e um desenvolvimento suficientes, para se poder falar nelas. Isto é, um consentimento válido e eficaz exige um limite etário, porque antes de se atingir uma determinada idade, não se completam pressupostos como maturidade e discernimento para que possa consentir de forma esclarecida e consciente. Mas esta questão também se prende com o que já foi exposto e explicado anteriormente, pois alguma doutrina considera que tais características podem ser apreendidas antes dos 16 anos e inclusive até antes dos 14 anos de idade. E sendo assim entendem que quer esteja em causa um acordo ou um consentimento o limite etário de 16 anos é excessivamente alto, podendo antes dessa idade, desenvolver a sua maturidade e discernimento de modo a estar perfeitamente capaz para acordar ou consentir validamente. No entanto a letra da lei é clara quanto à idade, aos restantes requisitos do consentimento e às situações consideradas abusivas sexualmente. Em vista disso não abre qualquer exceção.

Em suma, apesar da nossa posição quanto à aplicabilidade da cláusula dos bons costumes, defendemos que no crime em questão a concordância de uma criança revestirá sempre o carácter de consentimento-justificação. Sendo esta a nossa compreensão, acreditamos que os requisitos elencados anteriormente, que determinarão a validade e eficácia do acordo do menor nunca estarão verificados.

Vamos passar para a análise das razões subjacentes ao nosso juízo, considerando-se novamente os seguintes requisitos: Consciência do significado sexual da sua conduta; Capacidade de avaliação da relevância do ato sexual em causa, sendo a maturidade exigida proporcional à importância do ato sexual; Inexistência de elementos estranhos no processo de formação de vontade da criança, sendo este um requisito negativo que permite definir a espontaneidade e autenticidade dessa vontade, surgem algumas dúvidas em relação aos mesmos. Relativamente ao primeiro, podemos dizer que quando uma criança consegue descrever fisicamente um ato sexual, não significa que tenha consciência do significado do mesmo. Isto é, ela pode ter conhecimento do que significa ter relações sexuais e no que elas consistem fisicamente, mas isso não implica que tenha consciência do seu significado a assim

sendo, pressupomos que os autores que apoiam a aplicabilidade destes requisitos não se estejam a referir a um significado físico, pois cada vez é mais precoce a exposição e o ensinamento da sexualidade às crianças. Por isso quase todas conseguirão, por muito que não consigam descrevê-las ou explica-las, saber minimamente do que se trata, contudo, bem sabemos, que saber como algo se processa não implica que saibamos o seu significado e as consequências que advirão do mesmo. Logo, não concordamos que possa ter consciência do significado do ato sexual que praticou, porque para poder ter essa consciência, teria de ter maturidade bastante para alcançar e perceber mais do que o significado físico de uma conduta sexual ainda que por si praticada. Teria então de ter consciência das implicações físicas, psicológicas e emocionais que se manifestarão graças àquele comportamento sexual. Não só naquele momento, mas também no futuro. Só assim poderíamos dizer que a criança preencheu este requisito, mas sem o atingir de um determinado discernimento, esta consciência não será possível.

Em relação ao segundo requisito, defendemos intensamente de que uma criança compreendida nestas idades, nunca será dotada de uma capacidade que seja suficiente para avaliar a relevância do ato sexual no qual participou. Já dissemos supra, que ter conhecimento de algo não implica que consigamos perceber o seu verdadeiro significado e o que dali advirá. Sendo assim, com uma idade inferior a 14 anos, não é possível que alguém consiga avaliar a relevância do ato sexual previsto no n.º 2 do tipo penal e as suas correspondentes implicações. E por isso mesmo, a maturidade do menor nunca será proporcional com o ato sexual praticado. Mas uma vez que a autora INÊS FERRERIA LEITA não diferencia os ns.º 1 e 2 da norma em causa, não sabemos a que atos sexuais a mesma se está a referir. Todavia e independentemente disso, defendemos vivamente que a maturidade e discernimento apresentados por alguém desta idade, nunca poderá ser proporcional à prática de tais atos.

Por fim, no que diz respeito ao terceiro e último requisito, entendemos que a diferença de idades será sempre um elemento estranho, pois não há forma desta diferença não os colocar numa situação completamente dispare. É esta diferença que caracteriza o parceiro sexual da criança e são estas características que demonstram as diferentes etapas e fases de desenvolvimento em que ambos se encontram. Graças a isso defendemos que estará sempre presente um aproveitamento da sexualidade da criança, de modo a realizar os interesses sexuais do seu parceiro. Defen-

demos ainda, que a criança não está capaz para aperceber-se de tal aproveitamento e dessa forma afastar-se dele. Portanto não concordamos com o entendimento de que ela esteja apta a transmitir a sua vontade de forma espontânea, autêntica e esclarecida. Referem-se como elementos estranhos, todos os que tenham a possibilidade de colocar a criança numa situação de sujeição ou de erro a uma vontade dominadora. Como já referimos, esta desigualdade criada pela diferença de idades e tudo o que está inerente a ela, afetará e contribuirá para que a concordância de um menor esteja sempre viciada.

Uma última referência que queremos fazer a estes requisitos, prende-se com a exigência com que eles seriam interpretados e conseqüentemente se aplicariam a um caso concreto, uma vez que não podemos concordar de forma alguma, com os autores que advogam que não se pode ser muito exigente na aplicação destes requisitos. É precisamente nesta ideia que nos apoiamos para demonstrar e afastar a aplicabilidade dos mesmos e conseqüentemente a aplicação do acordo no que se refere ao crime em questão, pois para além de se querer implementar requisitos, para se verificar em cada caso concreto, se aquela criança tinha capacidade para acordar em envolver-se sexualmente, a exigência com que seriam apreciados e aplicados teria de ser excessivamente baixa, para que alguma vez pudessem estar verificados, dadas as circunstâncias em que se deu esse relacionamento sexual e por um dos envolvidos ser uma criança. Ou seja, de facto implementam-se requisitos para se averiguar e distinguir as verdadeiras relações abusivas, mas por outro lado a exigência com que esses são tratados não pode ser muita alta ou rigorosa, porque se formos demasiado exigentes na sua aplicação, aperceber-nos-íamos que as relações verdadeiramente consentidas, são de facto muito baixas mesmo entre adultos.<sup>61</sup> Tal ideia jamais poderá estar subjacente à distinção entre as relações abusivas e as que apenas resultam de uma demonstração afectiva, porque se nos guiarmos por tal pensamento, constataríamos que quase todos os abusos sexuais de crianças sairiam impunes.

Em relação aos fatores já elencados anteriormente por ANA RITA ALFAI-TE, que contribuirão para a validade do acordo de uma criança, assumimos a mesma posição.

---

<sup>61</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 93.

Isto, porque já referimos que a criança nunca terá maturidade e discernimento suficientes, para poder demonstrar a sua concordância de forma consciente e esclarecida face àquilo com que está a concordar fazer. E tal facto manter-se-á independentemente: Da idade, visto ser precisamente o elemento que está na base da posição que defendemos, logo é precisamente pela pouca idade da criança que não concordamos com tais factores. Ainda que esta tenha 13 anos, continua incluída na protecção penal até que complete 14 anos; Do tempo e do espaço em que o menor expressa e demonstra a sua vontade e concordância, pois parece-nos que tais factores não terão influência na validade da mesma; Do parceiro sexual, que será sempre consideravelmente mais velho ou já adulto. E assim sendo, a não ser que tal não se verifique, tal não intervirá. Mais uma vez, é precisamente esta diferença de idades que coloca a criança numa posição de inferioridade em relação ao seu parceiro sexual. E a partir do momento em que se verifica esta diferença não importará as características daquele parceiro; Da conduta concretamente em causa, também já dissemos que independentemente do ato sexual em questão, o nível de maturidade nunca será bastante nem proporcional para a prática de tais condutas sexuais e por isso, será indiferente qual ato se pratique, desde que preencha a tipificação do crime em causa; Da maturidade, porque já dissemos repetidamente que a criança devido à sua pouca idade não amadureceu e desenvolveu o suficiente para poder demonstrar a sua concordância em relação a condutas desta natureza. Ainda se encontra numa fase que a impede de tomar este tipo de decisões de uma forma convicta e autêntica, precisamente de forma contrária ao que é esperado. Pelo exposto, não aderimos a tais posições doutrinárias, dado que tais exigências nunca estarão cumpridas com alguém que ainda nem completou 14 anos.<sup>62</sup>

**1.3.3.** Por fim e ainda em relação a esta questão, de acordo com INÊS FERREIRA LEITE, a criança ao acordar demonstrou uma vontade livre e espontânea quando não tenha havido espécie alguma de intimidação ou aproveitamento, ou seja, de abuso de uma situação de imparidade ou da natural fragilidade da criança.<sup>63</sup> É exatamente isto que defendemos estar em causa, quando num relacionamento sexual,

---

<sup>62</sup> CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 102 e 103.

<sup>63</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 90.

temos num lado uma criança e do outro alguém consideravelmente mais velho ou adulto. Haverá sempre um aproveitamento da natural fragilidade e vulnerabilidade do menor. Não será justo, não dizermos, que certas crianças já não têm esta fragilidade e estão perfeitamente crescidas para tomar decisões desta natureza. Fragilidade essa, natural e inerente a determinadas idades, que condicionam o seu discernimento e tomada de decisões, que as fazem ver e pensar que tais atos são perfeitamente naturais naquelas circunstâncias e que não estará em causa algum tipo de aproveitamento. Aliás, a autora enunciada supra, entende que estamos perante um abuso quando existe um aproveitamento da natural credulidade das crianças, recorrendo-se ao engano e convencimento de que tais condutas são naturais ou devidas. É nesta ideia que baseamos a nossa, achando que nunca existirá uma situação ou relacionamento sexual de efetiva paridade, quando está em causa um parceiro muito mais velho do que a criança.<sup>64</sup> Assim sendo, não achamos que o interesse sexual demonstrado por uma criança não seja revestido dum aproveitamento profundo da sua natural credulidade e fragilidade, intrinsecamente ligadas a determinadas faixas etárias e intrinsecamente ligadas às faixas etárias em que se encontram especificamente as crianças.<sup>65</sup> Se é natural numa criança, é normal que todas possuam essas características, por certo umas mais que outras, mas todas as possuem. E indiferentemente da escala em que as possuem, a proteção manter-se-á a mesma enquanto forem e se encontrarem numa etapa infantil que as denomina e enquadra.

Ainda no que se refere à conceção desta autora, achamos um pouco contraditório, quando a mesma refere que quando se reconhece a existência de um acordo e se lhe confere relevância penal, não se pretende afirmar “ (...) que a prática de atos sexuais por menores resulte de um normal exercício da sua liberdade sexual, (...)”.<sup>66</sup> Tal afirmação torna-se contraditória, pois a mesma autora entende que quando se pune todo e qualquer conduta sexual que envolva alguém com estas idades, se está claramente a restringir de forma ilegítima a sua sexualidade e o seu direito ao exercício da mesma. Entende que estamos perante uma rejeição absoluta de um espaço de liberdade sexual para as crianças e que ao direito penal caberá, no mínimo, reconhecer aos menores, este direito de livre atuação, e aceitar tais condu-

---

<sup>64</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Págs. 81 e 87.

<sup>65</sup> Em sentido contrário de, *Ibidem*, Pág. 87.

<sup>66</sup> *Ibidem*, Pág. 90.

tas como a livre expressão da vontade do portador de bem jurídico.<sup>67</sup> Ao defender tal posição, está de forma evidente, a defender que crianças ao praticarem atos sexuais com pessoas muito mais velhas do que elas, desde que maduras e conscientes do que estão a fazer, estão somente a usufruir da sua liberdade sexual. Ao entender que quando se proíbe este exercício, estamos perante uma rejeição absoluta, então só será uma rejeição absoluta, quando se considere que tais atos apenas resultam do exercício normal e saudável da sua liberdade sexual. Mais, que sem eles as crianças não interagem nem se desenvolvem como deveriam, ou pelo menos, da forma a que têm direito.<sup>68</sup>

Posto isto e após percebermos que o que está em causa é um consentimento sempre viciado e não um acordo, passaremos à análise e explicação mais detalhada das razões pelas quais consideramos e apoiamos que estes requisitos, para um acordo válido, nunca poderão ficar preenchidos, bem como das razões que nos levam ao entendimento de que o consentimento do menor num envolvimento sexual, deve ser sempre irrelevante por se tratar de um consentimento viciado e incapaz de excluir a ilicitude.

## **2. Razões que sustentam a irrelevância do consentimento dado pela criança**

### **2.1. O que caracteriza uma criança e a define como tal**

**2.1.1.** Precisamos, antes de mais, perceber o que caracteriza alguém com uma idade compreendida entre os 11 e os 14 anos de idade. O limite etário dos 14 anos é normalmente entendido como a fronteira entre a fase da infância e a da adolescência, a passagem de ser criança para se passar a ser adolescente.<sup>69</sup> Estamos perante pessoas que apresentam uma maior fragilidade, credulidade, vulnerabilidade, imaturi-

---

<sup>67</sup> Tome-se como exemplo, *Ibidem*, Págs. 75 e 90.; LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 35, 36 e 90.

<sup>68</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 90

<sup>69</sup> LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; CARMO, Rui do ; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Págs. 32 e 33.

dade e acessibilidade em razão da sua idade.<sup>70</sup> Com estas características, tornam-se alvos fáceis de manipular, enganar, convencer, iludir e persuadir.<sup>71</sup> Com isto queremos dizer que com tais características e através dos meios enunciados, facilmente se consegue impelir e induzir uma criança a acreditar que tais práticas sexuais são naturais e do seu interesse, por se encontrarem num relacionamento onde duas pessoas têm mutuamente sentimentos afetivos. Nestas faixas etárias a sua personalidade encontra-se num processo de formação, logo têm o direito de crescer, desenvolver e relacionar-se de forma livre, saudável e proporcional à sua idade. E dessa forma, têm o direito de desenvolverem a sua personalidade e autodeterminação sexuais sem interferências que podem prejudicar ou colocar em risco esse mesmo desenvolvimento.<sup>72</sup>

Na base deste direito encontra-se a falta de capacidade de uma criança para compreender plenamente algo desta dimensão e conseguir lidar com isso.<sup>73</sup> Essa capacidade e discernimento dependem de vários factores, mas sem dúvida de que são altamente influenciados pela nossa maturidade. Maturidade essa, que está intrinsecamente ligada às diferentes idades, as definem a nossa maturidade de forma determinante e decisiva.<sup>74</sup> Portanto, a faixa etária em que as crianças se encontram, tem de ser levada em conta de forma decisória, sendo imprescindível perceber-se o que se encontra ligada à mesma.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> No mesmo sentido Rui do ; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 38.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>71</sup> Também neste sentido FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 75.

<sup>72</sup> No mesmo sentido Rui do ; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 38.; LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 39 e 40.

<sup>73</sup> Neste mesmo sentido RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 952.

<sup>74</sup> Também desta opinião CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>75</sup> No mesmo sentido Rui do ; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 38; RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 952.; FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 75.; ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4. Pág. 391.; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Julho de 2005 (Proc. N.º 05P2442), relatado pelo Conselheiro Simas Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

E associada a ela, encontramos de imediato maturidade e discernimento. No nosso entendimento estas características estão interligadas e dependentes uma da outra. Mesmo tratando-se de conceitos de fácil entendimento, isto é, que facilmente se entende e se alcança o seu significado, pensamos ser importante demonstrar de forma muito simples o que entendemos por cada um, de modo a percebermos as particularidades dos atributos que certos autores conferem a uma criança. Porque quando se diz que existem crianças que são dotadas destas características num grau bastante, e assim, estão perfeitamente aptas a consentir ou acordar num relacionamento sexual, significa que apesar delas não se encontrarem na idade para serem dotadas de tais particularidades de forma completa, ou pelo menos suficiente, temos de averiguar como tal é concebível.

O conceito de maturidade é bastante abrangente, sendo possível falar dela, a um nível físico, intelectual, emocional, social e psicológico, contudo, vamos focar-nos na maturidade em geral de um ser humano não especificando qualquer área. Sendo assim, entendemos que maturidade é a evolução de alguém no atingir de um determinado desenvolvimento em relação a um assunto, é ter consciência do que se quer, saber definir e analisar determinada questão, saber e conseguir agir no momento certo. E por fim, é ter capacidade de julgamento e agir com cautela. Associado à maturidade encontramos o conceito de desenvolvimento/crescimento. Consideramos que vamos amadurecendo através de um processo de mudança e desenvolvimento progressivos e por isso crescemos e progredimos até atingirmos um determinado grau de amadurecimento adequado às correspondentes idades. Basicamente maturidade e desenvolvimento/crescimento estão intrinsecamente ligados e complementam-se, porque desenvolvemo-nos para amadurecermos, mas também amadurecemos para nos desenvolvermos e crescermos. É certo que a maturidade não é somente um percurso em razão da idade, no entanto temos como ponto-chave a sua idade e os comportamentos ligados à mesma. Por seu turno, entendemos por discernimento a capacidade de avaliar, refletir, distinguir e escolher. Alguém dotado com discernimento torna-se capaz para compreender determinados assuntos, situações e fazer as escolhas acertadas. Assim sendo, é o instrumento através do qual distinguimos e decidimos com raciocínio. Por último, entendemos que é a aptidão para entender determinadas circunstâncias, na medida em que conseguimos distinguir o certo do errado, decidindo em consequência disso. Transforma-se na habilidade para compreender e perceber algo com clareza e

sensatez. Quando falamos em maturidade e discernimento, para compreender e agir relativamente a um determinado assunto, a idade é fulcral e decisória para se perceber se era exigido daquela pessoa, um entendimento claro e esclarecido, em relação à sua ação e ao resultado da mesma. É óbvio que a maturidade e o discernimento são influenciados por outros fatores que não a idade, mas é esta que o faz de modo deliberativo e definindo, principalmente numa fase ainda infantil e em desenvolvimento. Inevitavelmente existem certos graus de maturidade associados às diferentes idades e por muito que estejamos perante um menor com um grau de maturidade elevado para a sua idade, não significa necessariamente que estejamos perante alguém com uma capacidade de decisão igual à de uma pessoa compreendida numa idade muito superior à sua. Queremos com isto dizer que podemos de facto analisar o desenvolvimento de uma criança e constatar que a mesma possui um grau amadurecimento e discernimento elevados. No entanto, não podemos usar tal desenvolvimento para exigir daquela criança, comportamentos decisórios que se exigiriam a alguém muito mais velho. Vejamos se será procedente o seguinte pensamento:

Temos um tipo penal que pune o abuso sexual de crianças até que as mesmas completem 14 anos de idade, contudo, após uma avaliação do desenvolvimento e crescimento daquela criança, medindo o seu grau de amadurecimento e discernimento, acabamos por não lhe dar essa tutela penal, pois a mesma apresenta características que lhe permitem decidir como alguém com uma idade consideravelmente mais avançada. Logo, não tem de ser abrangida por essa tutela penal.

Interessa-nos saber como conseguiremos medir ou apurar a maturidade de uma criança, para saber se a mesma está perfeitamente apta a tomar decisões relacionadas com a prática de atos sexuais de relevo. Não estamos a visualizar que métodos se utilizariam para alcançar tais resultados e mesmo que se conseguisse arranjar meios justos e exatos, para se verificar se tal criança tem ou não maturidade para tomar decisões desta amplitude, nunca seria legítimo excluí-la desta proteção penal, pensada e concebida para proteger especificamente pessoas que se encontram abaixo de uma determinada idade. Tendo em conta que o que move esta proteção é precisamente o facto de não se conceber que alguém com estas idades,

possa de alguma forma estar preparado para tomar tal decisão. <sup>76</sup> Então teremos sempre o mesmo problema:

De um lado há a posição doutrinal de que nunca haverá maturidade e discernimento suficientes para que uma criança possa tomar esta decisão. Assim, haverá sempre um aproveitamento dessa incapacidade que a coloca numa posição de desigualdade perante o seu parceiro sexual. E por outro lado temos uma outra posição doutrinal, que defende que mesmo uma criança compreendida nestas idades pode tomar este tipo de decisões, ainda que o seu parceiro sexual seja alguém muito mais velho ou já adulto. Isto, porque nem todas as crianças apresentam o mesmo nível de desenvolvimento, logo é perfeitamente possível estarmos perante alguém tão novo, mas com maturidade suficiente para se decidir sexualmente independentemente de com quem ela se relaciona.

**2.1.2.** Mediante o que foi explicado, estamos perfeitamente convictos de que alguém tão novo não o possui tais particularidades da forma que deveria, para estar preparada para tomar este tipo de decisões. É perfeitamente coerente que elas não possuam tais atributos nestas idades, ou seja, elas de facto têm maturidade e discernimento, mas numa medida própria para a sua idade e nível de desenvolvimento. Por isso não é razoável exigir que alguém dessa idade possa ter atingido tal medida de forma aceitável para se decidir numa vertente sexual e utilizamos a expressão exigir, porque é assim que olhamos para uma posição doutrinal que fundamente que alguém nestas idades é perfeitamente capaz de ter atingido uma maturidade já suficiente para perceber, distinguir e decidir em termos sexuais.

Por muito que nunca se tenha dito que se exige de uma criança tal desenvolvimento e discernimento, entendemos que quando se coloca a hipótese de ela já ser mais madura do que a sua idade acarreta e a consequente hipótese, de que dessa forma não terá de ser abrangida por uma tutela penal, então estamos perante uma exigência de que ela se comporte e acarte com as consequências de tal maturidade supostamente já adquirida. Porque se não se tratasse de exigência alguma, independentemente do nível de amadurecimento apurado numa criança, o simples facto

---

<sup>76</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

dela estar compreendida numa determinada idade e situação sexual, faria com que tais condutas fossem sempre consideradas um abuso da sua sexualidade.

Mas mais uma vez temos o mesmo problema de base: Se aquela criança já tem discernimento suficiente, então não estamos perante nenhuma desigualdade ou aproveitamento e já referimos que não somos a favor desta fundamentação, pois a desigualdade nunca poderá não estar presente com tantas diferenças entre os envolvidos.

Estamos perante uma argumentação que simplesmente não faz sentido, pois é como se olhássemos para duas coisas que são completamente diferentes em diversos aspetos e insistíssemos em dizer que esses aspetos, nunca serão suficientes para dizer que essas coisas são completamente diferentes. Que na verdade tais diferenças não as tornam assim tão diferentes.

Assim, o facto de se achar que uma criança já é bastante madura para a sua idade, implicará que já não exista uma desigualdade em relação à pessoa muito mais velha ou adulta. Por isso devemos ter a perfeita noção do que significa uma criança ser bastante madura para a sua idade. As crianças mesmo apresentando a mesma idade podem não apresentar exatamente o mesmo nível de desenvolvimento. Tal é perfeitamente normal e compreensível. Quando falamos em amadurecimento, desenvolvimento e discernimento de uma criança numa determinada idade, é impossível constatar exatamente o nível em que a mesma se encontra, mas sabemos que estando compreendida nestas idades apresenta mais ou menos um determinado nível de crescimento. É isso que nos importa e que é relevante quando nos referimos ao crescimento e amadurecimento de uma criança. Apesar de não conseguirmos demonstrar com exatidão o seu nível de amadurecimento, sabemos que se encontra numa determinada categoria devido à sua idade.

E mesmo que se verifique que um menor apresenta um bom nível de amadurecimento ou até elevado, não deixa de ser um amadurecimento, bom e elevado, mas próprio e natural de uma criança. Não deixando de estar compreendida na categoria própria da sua idade. Com isto queremos chegar à conclusão de que mesmo que se chegasse ao ponto de proceder a uma avaliação exata do amadurecimento da criança e se com tal fosse possível detetar que a mesma até era bastante madura, essa maturidade nunca seria igual ou sequer comparável a uma maturidade de alguém consideravelmente mais velho, pois não passará de uma maturidade infantil e inerente à sua idade. Esse grau de amadurecimento continua a ser baixo

ou inferior em comparação com o de pessoas muito mais velhas ou já adultas e a continuar a colocá-la claramente numa posição de desigualdade face ao seu parceiro sexual.<sup>77</sup> Não existe forma de tal não acontecer, uma vez que não será possível colocar uma criança no mesmo patamar de alguém que já há muito deixou de o ser.

Então não apoiamos que uma criança já tem maturidade e discernimento suficientes para poder decidir de uma forma igualitária em relação ao seu parceiro. Vamos exemplificar de uma forma muito simples o que queremos dizer quando nos referimos à “categoria maturidade” a que uma criança pertence e que por muito madura que seja avaliada e considerada, nunca sairá dessa categoria inerente à sua idade. Imaginemos que o amadurecimento e discernimento se dividem por categorias mediante a fase de crescimento e desenvolvimento em que as pessoas se encontram. E ainda que essas categorias se dividem em 5 níveis. Mesmo que, de uma avaliação exata, decorra que uma criança se encontra no nível 5, que é o mais alto da categoria em que se encontra, a mesma ainda se encontra dentro da categoria que a classifica e caracteriza como uma criança entre os 11 e 13 anos de idade. Ou seja, é possível que crianças compreendidas na mesma idade se dividam nestes 5 níveis de amadurecimento e desenvolvimento que integram a sua categoria. E consequentemente umas são mais maduras e desenvolvidas do que outras, mas isto é de fácil compreensão, uma vez que já referimos que a maturidade não é unicamente influenciada pela idade. E neste ponto concordamos com a posição doutrinal contrária à nossa.

Contudo não aceitamos como possível, que uma criança nestas idades, possa estar num nível de uma categoria acima da sua, isto é, fora de uma categoria infantil. Nesse sentido e para que não restem dúvidas, dizer que se constatou que num relacionamento sexual envolvendo uma criança, esta se demonstrou muito madura para a sua idade, nunca significará que ela é dotada de uma maturidade que não corresponda à sua idade e à etapa em que se encontra. Mas apenas que na etapa em que encontra, é e só será madura o suficiente, para entender aquilo que a maturidade e discernimento daquela idade e fase de crescimento lhe permitem.

Em síntese, a idade é o critério base numa situação de abuso sexual e tal deve-se ao facto de considerarmos que a capacidade que o menor tem para transmi-

---

<sup>77</sup> RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 952.

tir a sua concordância, em relação a envolvimento sexual, está comprometida devido à sua baixa idade. Portanto não concordamos que antes dos 14 anos alguém tenha essa capacidade e discernimento, que advêm de uma certa maturidade, que estes de modo algum a podem ter adquirido nestas idades.<sup>78</sup> Daí que já tenhamos referido e explicado anteriormente, as razões pelas quais, não concordamos que outros fatores como idade, maturidade, parceiro sexual, a conduta concretamente em causa, tempo e espaço em que a criança manifestou a sua vontade, possam de alguma forma influenciar e muito menos determinar, a validade e eficácia da sua concordância.<sup>79</sup> E ainda acrescentamos a estes fatores, outros como a experiência sexual e posição da criança face ao ato sexual. Pois, não consideramos que tais fatores, sejam de alguma forma adequados, como fundamentação de que um abuso sexual não ocorreu, tendo em conta as pessoas envolvidas.<sup>80</sup>

### **3. O que difere uma criança de alguém consideravelmente mais velho ou adulto**

**3.1.1.** Denominam-se de crianças as pessoas com determinadas idades e características inerentes àquelas. Quando não atendemos a tais características, então elas não podem ser chamadas e consideradas crianças, pois de modo algum estão a ser tratadas como tal. Por isso, tais características não podem ser afastadas ou desvalorizadas se quisermos qualificá-las como crianças. Quando menores não são tratados como tal, não se está de modo algum, a proteger, privilegiar ou garantir a sua liberdade sexual e o exercício da mesma, mas a caminhar no sentido completamente oposto. Alguém que se encontra numa fase de desenvolvimento e amadurecimento mais avançada do que a do seu parceiro sexual, sendo inclusive esse parceiro uma criança, ao aproveitar-se daquilo que a caracteriza como tal para satisfazer os seus

---

<sup>78</sup> Neste mesmo sentido ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4. Pág. 393.; Mas em sentido contrário de ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 90,91, 139 e 143. E CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 102 e 103.

<sup>79</sup> Diferentemente de ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Pág. 139.

<sup>80</sup> Também neste sentido RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 952.

apetites sexuais, está claramente a abusar da sua sexualidade.<sup>81</sup> É assim que encaramos um relacionamento sexual nestas circunstâncias.

Uma questão muito importante e que se prende com a nossa fundamentação, diz respeito às razões que levam alguém a querer envolver-se sexualmente com uma criança. Quando nos referimos a essas razões, apenas nos estamos a referir aos motivos que a levaram a interessar-se por uma criança e não por alguém mais velho ou mesmo da sua idade. E no nosso entendimento as razões que estiveram na base da sua escolha, na escolha do seu parceiro sexual ser uma criança, remete-se para o facto dessa pessoa mais velha, perceber as fragilidades e desigualdades de uma criança em relação a si. Perceber que está perante alguém que não tem a maturidade e a perspicácia de se aperceber não só dessa desigualdade, como também desse aproveitamento. Por mais madura que uma criança se considere, ou um terceiro a considere, a maturidade dela prende-se essencialmente com a idade e com o desenvolvimento inerente à mesma. Ou seja, nunca será suficiente para colocá-la numa posição de igualdade e dessa forma, num relacionamento sexual equilibrado e adequado. O que torna muito mais fácil, para alguém muito mais velho do que ela, levar avante o seu propósito meramente sexual.

**3.1.2.** Foi estabelecida uma idade de 14 anos por uma razão e enquanto alguém tiver uma idade caracterizante e correspondente à de uma criança, tem de ser grandemente protegida no seu percurso sexual até que, com a idade, se torne madura e autodeterminada a nível sexual numa forma considerada bastante e não mais caiba ao direito penal essa tutela. Para então aí se poder exercer plenamente essa liberdade.<sup>82</sup>

O direito penal, não pode nem deve, proibir que crianças se relacionem sexualmente entre si. Podemos e continuamos a defender, que não existe maturidade

---

<sup>81</sup> Neste sentido FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 77.

<sup>82</sup> Também CARMO, Rui do ; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Págs. 32 e 33.; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Julho de 2005 (Proc. N.º 05P2442), relatado pelo Conselheiro Simas Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt>.; Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Fevereiro de 2003 (Proc. N.º 3910/02), relatado pelo Juiz Desembargador Barreto do Carmo, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

de e discernimento suficientes para a prática de tais atos, mas o direito penal tem de se manter completamente alheio a uma relação em que nos intervenientes da mesma não existam vítimas nem agressores. No entanto, quando o parceiro deixa de ser uma criança ou alguém com uma idade próxima daquela, já nos encontramos perante uma relação em que de um lado existe uma vítima e do outro um agressor, ou se se quiser, um abusador.

Vamos expor dois exemplos capazes de retratar as situações de suposta paridade num relacionamento sexual que envolve uma criança e assim entender a que circunstâncias se referem certos autores, como isentas de desigualdade entre os envolvidos e de um conseqüente aproveitamento, sendo elas os seguintes: 1- Uma determinada pessoa escolhe envolver-se sexualmente com uma criança por mero acaso, ou seja, de alguma forma sentiu-se atraído por ela e mesmo depois de ter conhecimento da sua idade em nada alterou o seu intento. No entanto, a atração que sente por ela seria exatamente igual à que sentiria por uma pessoa já da sua idade. Mais, mesmo estando perante uma criança não encontrou qualquer tipo de limitação ou diferença no desenvolvimento, maturidade e discernimento da mesma, não precisando assim, de estar preocupado com as conseqüências que recairiam sobre o desenvolvimento e autodeterminação sexual da criança, por esta estar a fazê-lo precoce e desadequadamente. 2- Considera que mesmo sendo uma criança não há necessidade de afastamento da mesma, principalmente numa vertente sexual, pois a mesma na forma como consentiu o envolvimento sexual e se comportou, mostrou-se perfeitamente capaz de decidir se queria ou não participar em tais condutas sexuais. E ao constatar de que a criança tinha um conhecimento perfeito sobre os atos sexuais que se iriam praticar, não haveria necessidade de preocupação sobre os efeitos dessas práticas sobre o desenvolvimento dela.

**3.1.3.** Sabemos que no crime de abuso sexual de crianças, as mesmas não mostram qualquer oposição ao contacto sexual embora pudessem fazê-lo, no entanto torna-se crucial saber o que as motivaria a oporem-se a tal contacto sexual, ou melhor, o que as leva a consentir tais atos. Já dissemos que apresentam uma fragilidade natural em prol da sua idade e que essa fragilidade as torna mais vulneráveis e suscetíveis não só a influências, como a ceder às mesmas, quando vindas de pessoas muito mais velhas do que elas e sabedoras do necessário para que tal aconteça. Não se torna difícil ou confuso compreender as razões que levam uma criança a envolver-

se sexualmente com alguém. Principalmente quando nos deparamos com alguém que devido a essa vulnerabilidade, traduzida pelo seu pouco amadurecimento, é facilmente convencida de algo que não corresponde à realidade. Tudo o que é transmitido para a criança e que acaba por influenciar e moldar a sua capacidade de discernir e decidir, não corresponde a uma situação real.

Mas ela, devido àquilo que a caracteriza e à fase de crescimento em que se encontra, não conseguir vê-lo por si mesma. Especialmente porque não consegue aperceber-se da situação abusiva em que está inserida. Se assim é, esta concordância só foi dada graças à situação irrealista e enganadora em que foi inserida. Encontra-se portanto, numa relação que aparenta corresponder a uma determinada conjuntura, mas que na verdade é ilusória e apresenta um cenário completamente diferente.<sup>83</sup> O que realmente importa retirar daqui, é que tal como o contexto em que aquele relacionamento sexual é viciado, o seu consentimento também. Não seria de todo plausível, dar relevância a este consentimento, quando as condições que levaram ao mesmo estão longe de ser verdadeiras. Uma criança transmite o seu consentimento e avança para determinadas situações sexuais abusivas, com o conhecimento do que lhe foi transmitido e incutido pelo seu parceiro sexual. Apoiamos a ideia de que somente lhe trará experiências que influenciarão negativamente uma fase de crescimento e desenvolvimento, em esta deveria crescer e viver livre de todas essas perturbações e conseqüentes alterações para o seu desenvolvimento e autoderminação sexual.<sup>84</sup>

**3.1.4.** Pensamos que é essencial deixar claro, que tal posição, jamais será um pretexto ou desculpa para de alguma forma retirar a liberdade sexual a uma criança. Primeiramente, porque se estas razões e fundamentos são vistos como pretextos, por nós, são vistas exatamente como argumentos e motivos plausíveis e necessários a ter em conta quando falamos em relações sexuais em que uma das pessoas envolvidas é uma criança. O nosso intento não é de o prejudicar, interferir ou atrasar o seu desenvolvimento a nível sexual e de modo algum temos o propósito de afirmar que uma criança, por ser criança, não dispõe ou não pode dispor de liberdade

---

<sup>83</sup> FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Págs. 75 e 76.

<sup>84</sup> Neste seguimento CARMO, Rui do ; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 38.

sexual. De todos os argumentos utilizados como base da nossa posição nenhum aponta para tal.<sup>85</sup> Daí que não compreendamos as razões que levam a relacionar a ideia de que alguém que ainda não se autodeterminou sexualmente,<sup>86</sup> ainda não atingiu um determinado nível de maturidade e discernimento aceitáveis, tendo por isso mesmo, direito a crescer e desenvolver-se de uma forma livre e adequada, à ideia de que com tais argumentos estamos a dizer ou caminhar para que não se reconheça à criança o direito desta dispor de uma liberdade sexual (da sua liberdade sexual). Simplesmente não conseguimos encontrar ligação entre um entendimento e o outro.

Isto porque não existe qualquer conexão no pensar que uma criança não se pode envolver sexualmente com quem ela bem entender, para que não haja implicações graves e prejudiciais para sua autodeterminação sexual, liberdade sexual e formação da sua personalidade ao mesmo nível, com a ideia de que estamos não só a tirar-lhe toda a sua liberdade sexual, como a afirmar ou a reconhecer, que a mesma não a possui. Trazendo em prol disso um grave prejuízo para a criança. Para nós, tal entendimento não contribui para o reconhecimento da liberdade sexual das crianças, nunca posta em causa, mas apenas contribui para colocá-la num sério risco completamente desnecessário. Posto isto, não podemos conceber que o propósito de que um menor tenha uma formação livre e saudável da sua personalidade sexual e seja protegido de profundos malefícios na sua autodeterminação sexual, possa de alguma forma, ser visto como um pretexto para afirmarmos que uma criança, por ser isso mesmo, não possui nem desfruta totalmente, ou como deveria, da sua liberdade sexual.<sup>87</sup>

Acreditamos que a criança não está dotada de uma capacidade de compreensão e discernimento necessários para consentir tal ato e que nem está preparada para tomar esse tipo de decisões. E sem isto, não está apta de tomar uma deci-

---

<sup>85</sup> Diferentemente de LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 75.

<sup>86</sup> CARMO, Rui do ; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 32.; Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 2016 (Proc. N.º 1779/13.5JAPRT.P1), relatado pela Juíza Desembargadora Maria Dolores Silva e Sousa, disponível em <http://www.dgsi.pt>; Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Fevereiro de 2003 (Proc. N.º 3910/02), relatado pelo Juiz Desembargador Barreto do Carmo, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

<sup>87</sup> Diferentemente de LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 75.

são livre e esclarecida no concerne a uma atividade sexual.<sup>88</sup> Antes de mais, como já enunciamos antes, o menor é muitas vezes equivocado e iludido de algo que não corresponde à realidade, que não corresponde àquilo que ele sabe, sente e quer fazer. Sendo assim, consentirá num comportamento sexual para o qual não está preparado para avaliar e lidar. Estando a criança está num patamar diferente de desenvolvimento e formação da sua personalidade, coloca-se ou deixa-se colocar, numa situação sexual com estas especificidades. E isto é o normal, o esperado e o aceitável. Não se pode exigir a alguém de 11, 12 e 13 anos que pense, saiba, discirna e aja da mesma forma que alguém que é muito mais velho ou já adulto.<sup>89</sup>

**3.1.5.** Apesar de não existir um consenso sobre o conceito de abuso sexual de crianças e existirem vários conceitos indicados,<sup>90</sup> entendemos que a junção das três definições que daremos a seguir, são o que mais se aproxima da explicação e demonstração do que consideramos completas relativamente ao nosso entendimento sobre um abuso sexual. Segundo INÊS FERREIRA LEITE, citando DENNIS HOWITT, entende-se por abuso sexual “ como qualquer contacto sexual entre um agressor e uma vítima que, devido à sua idade ou maturidade, é incapaz pela lei ou na realidade (devido à falta de compreensão das consequências do ato), de prestar o seu consentimento”.<sup>91</sup> “O envolvimento de crianças e adolescentes dependentes, com um adulto, em atividades sexuais que têm como objetivo a gratificação ou estimulação sexual o adulto”.<sup>92</sup> E ainda, “abuso sexual engloba, então, quaisquer contactos ou interações entre uma criança e um adulto, quando a criança é usada para a satisfação sexual do abusador ou de outra pessoa”.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> SANI, Ana Isabel – Abuso Sexual de crianças: características e dinâmicas. *Revista polícia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0870-4791. [s.d.]. Pág. 123.; GONÇALVES, M. MAIA – *Código penal português: anotado e comentado*. 18.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.]. Pág. 648.; BELEZA, Teresa Pizarro – *Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996. Vol. 1. Pág. 169.

<sup>89</sup> Nesta continuidade CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>90</sup> FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 61.

<sup>91</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 42.

<sup>92</sup> SOEIRO, Cristina – O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça. *Revista sub judice*. Coimbra: Sub Judice. ISSN 0872-2137. n.º 26, (2003). Pág. 21.

<sup>93</sup> NCCAN

Com isto torna-se claro que a criança e o seu parceiro sexual estão em patamares, graus de entendimento, capacidade para decidir e consentir significativamente diferentes. Mais, estará sempre em causa apenas a satisfação sexual do adulto. Assistimos com uma frequência preocupante ao autêntico escárnio dos mais sagrados sentimentos de crianças indefesas, tantas vezes transformadas sem escrúpulo em meros instrumentos de satisfação libidinosa. Não pode o sistema jurídico dar uma outra resposta que não seja um inequívoco sinal de segurança, proporcionando porto de abrigo a quem dele tão veemente mostra necessitar: as crianças.<sup>94</sup>

Isto implica que em consequência dos menores estarem numa fase em que a sua personalidade, particularmente a nível sexual, mas não só, ainda se está a formar, desenvolver e construir, se proteja fortemente a sua livre expressão de vontade em termos sexuais.<sup>95</sup> É fundamental que haja um desenvolvimento sexual adequado, porque o facto da criança se envolver sexualmente de forma precoce, pode influenciá-la intrinsecamente e trazer sérias perturbações a nível físico, psicológico e emocional. Seja esse envolvimento consentido ou não.<sup>96</sup> Protege-se não só uma sexualidade que ainda está numa fase inicial ou em desenvolvimento, como também o direito à proteção da mesma, que por se encontrar nesse patamar carece dessa tutela penal.<sup>97</sup>

À vista disso, tratam-se de bens jurídicos mais frágeis, que quer por circunstância, quer por natureza, necessitam da tutela jurídica que lhes é dada.<sup>98</sup> “Até atingir um certo grau de desenvolvimento, indicados por determinados limites etá-

---

<sup>94</sup> Ac. do Supremo Tribunal da Justiça, de 8 de Maio de 2003 (Proc. N.º 1090/03-3), SASTJ, n.º 71,104.

<sup>95</sup> LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 40.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>96</sup> LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 49 a 52.; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2. Pág. 834.

<sup>97</sup> LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.

<sup>98</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 39 e 40.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

rios, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais”<sup>99</sup> O que se pretende proteger e atingir, é o direito que o menor tem de crescer e escolher de forma livre, saudável e esporádica no que respeita à sua sexualidade e à forma como se exprime em relação à mesma, de maneira a não existir uma influência negativa no percurso do seu desenvolvimento a esse nível que possa afetar os seus comportamentos sexuais no futuro.<sup>100</sup> O interesse de proteger o desenvolvimento global da própria criança de certos atos sexuais que podem prejudicá-la, devido à sua idade, justifica por si só a tutela penal conferida que funciona como o último recurso e instrumento a ser usado.<sup>101</sup>

Entendemos que apesar de estarmos numa era em que a sexualidade é muito falada e cada vez mais cedo explicada às crianças em termos teóricos, isso não significa necessariamente que elas compreendam como esse envolvimento as vai afetar. Não significa então que compreendam as implicações e perturbações que virão quando prematuramente se relacionam sexualmente e como a decisão delas em consentir tal ato vai influenciar o seu desenvolvimento, a todos os níveis, mas fundamentalmente a nível sexual. Estamos a falar de uma decisão que tem um grande impacto no desenvolvimento a nível sexual, psicológico, emocional e na forma como se vai lidar com as futuras situações referentes ao mesmo assunto. Podemos dizer que não seria aceitável exigir a mesma relevância e tratar da mesma forma, a decisão de se relacionarem sexualmente, a pessoas que se encontram manifestamente em níveis de amadurecimento diferentes, inclusive onde uma delas ainda está num processo de desenvolvimento e formação da sua própria personalidade e autodeterminação sexuais.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X. Pág. 396.; E ainda neste sentido BELEZA, Teresa Pizarro – *Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996. Vol. 1. Pág. 169.

<sup>100</sup> CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 49 a 52.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 40.

<sup>101</sup> MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.]. n.º 2, (2004). Pág 24.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>102</sup> Neste mesmo sentido CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.;

Uma vez que sendo objetivamente identificável o que separa e diferencia uma criança de um adulto,<sup>103</sup> quando olhamos para uma situação, em que de um lado temos um menor de 14 anos e do outro alguém significativamente mais velho ou adulto a envolverem-se sexualmente, estamos a olhar para uma situação em que o consentimento prestado pela criança, para o ato sexual, não é esclarecido nem autêntico. Assim não estará em causa o direito de livre atuação de uma criança que se refletirá em certas condutas, que por sua vez se baseiam na livre vontade da mesma como titular do bem jurídico protegido. Logo, nada se impõe ao direito penal, que sustente e legitime, este direito de livre atuação de uma criança, mesmo sendo titular dos bens jurídicos tutelados, quando a mesma se depara e relaciona sexualmente com alguém muito mais velho que ela.<sup>104</sup>

Não nos esqueçamos, que muitos abusos acontecem de forma subtil.<sup>105</sup> E os danos que daqui resultam condicionarão o menor no exercício da sua sexualidade no futuro, podendo isto verificar-se a curto ou a longo prazo. Nem todas as perturbações resultantes de um relacionamento sexual prematuro e desadequado, serão identificadas e sentidas imediatamente ou a curto prazo. É possível e natural que elas se desenrolem ao longo do tempo. Posto isto, entendemos que esta desigualdade cria um grande e verdadeiro perigo ao desenvolvimento, com afetações no futuro, numa perspetiva sexual do menor. Por conseguinte, torna-se evidente, que a tutela penal se torne mais intensa quanto mais fragilidade apresentar o bem jurídico em causa, tornando-se progressivamente menos exigente relativamente à intensidade do abuso. Sem que com isto deixe de ocorrer um abuso ou aproveitamento da natural exposição e vulnerabilidade da vítima.<sup>106</sup>

Pretendemos salvaguardar que as crianças e jovens reúnam todas as condições básicas e dessa forma necessárias, para que possam livremente desenvolver o seu ponto de vista, interpretação e posição sexuais que contribuirão e influenciarão

---

<sup>103</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 78.

<sup>104</sup> Em sentido contrário de CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 102 e 103.

<sup>105</sup> Nesta continuidade LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 78.; FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 75.

<sup>106</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 78

o crescimento e progresso da sua autodeterminação sexual Ou seja, acondicionar não só esse livre desenvolvimento e amadurecimento de ser afetado por uma iniciação sexual precoce, como também o alcance a um desenvolvimento livre da personalidade em termos sexuais no futuro. <sup>107</sup>

De acordo com JOSÉ MOURAZ LOPES “Menos que uma obrigação ao que quer que seja, entendemos que se trata, antes de proibir a prática de atos que condicionem a liberdade de escolha e exercício da sexualidade do menor num futuro próximo”. <sup>108</sup> Concordamos com a ideia de que o menor tem direito à sua liberdade sexual, mas não podemos concordar, quando alguma doutrina, diz estar presente uma restrição à liberdade sexual daquele. <sup>109</sup> Isto significa que o menor, independentemente da sua idade, tem direito à sua liberdade nomeadamente sexual. No entanto, não apoiamos a ideia de que ao proibir qualquer contacto sexual com o menor, o legislador está a impedir que este desfrute dessa liberdade sexual ou não prevê de forma explícita, a sua capacidade para se determinar positivamente em matéria sexual, ou ainda que estamos perante uma proteção tendencialmente absoluta da vertente negativa da sua liberdade sexual. <sup>110</sup> Podemos ver esta compreensão segundo duas perspetivas:

Por um lado, temos uma extensa restrição à liberdade sexual do menor, pois este mesmo querendo e sendo capaz de decidir por si mesmo, está impedido de envolver-se sexualmente e assim não está a desfrutar dessa liberdade que é dele por direito. Com isto estamos a proteger a vertente negativa da liberdade sexual do menor de forma tendencialmente absoluta e a impedi-lo de usufruir da vertente positiva da mesma, existindo então uma imposição de uma total abstinência sexual ao menor. Ao existir esta imposição o legislador não está agir de forma legítima,

---

<sup>107</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 116.

<sup>108</sup> LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 116.

<sup>109</sup> Em sentido contrário de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 35.; E LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 38.

<sup>110</sup> Contrariamente a Em sentido contrário de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 35.; LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 38.; E ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 90,131,142 e 143.

intrometendo-se de forma injustificada no direito à liberdade sexual das crianças.

111

Por outro lado, temos um entendimento de que as crianças são naturalmente mais frágeis e vulneráveis a influências negativas. Que ser criança significa ainda estar em crescimento, numa fase de amadurecimento e autodeterminação, logo a desenvolver e a formar sua personalidade e vontade individual tanto a nível sexual como noutros domínios, implicando por certo, que para isso ela percorra um longo e progressivo caminho.<sup>112</sup> Este caminho necessariamente a ser percorrido deve ser feito com naturalidade, liberto de precipitações, confusão, medo e principalmente que seja um processo que decorra longe de influências perturbadoras e traumatizantes.<sup>113</sup> Dessa forma, a sua personalidade deve ser formada através de um processo que decorra de forma espontânea e particularmente sem influências traumatizantes que se reflitam na sua vida futura. E isto leva-nos à conclusão de que é extremamente necessário a criação de mecanismos legais, e não só, que consigam garantir esta proteção a nível físico e psicológico.

Quando nos deparamos com a amplitude das condutas levadas a cabo que atentam contra os bens jurídicos tutelados pela norma penal, as respetivas consequências negativas que cairão sobre a criança a curto ou a longo prazo e os fatores que contribuem para o agravamento dos efeitos de um abuso sexual, consideramos que devem ser estabelecidos mecanismos eficazes, com vista à proteção da criança e da sua sexualidade, para que as mesmas consigam desenvolver-se harmoniosamente e da forma como é esperado que o façam.<sup>114</sup> E quando nos referimos a esta proteção, não estamos só a estendê-la à liberdade sexual, daí que este não possa ser o único bem jurídico a ser valorado e protegido.

---

<sup>111</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 34 a 39.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 53 a 55.

<sup>112</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 35 e 40.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 49.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>113</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 35.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>114</sup> CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 49 a 51.

É interessante como alguma doutrina vê esta tutela como uma proteção tendencialmente absoluta da vertente negativa da liberdade sexual, mas não vê que pode estar a dar uma valoração tendencialmente absoluta à vertente positiva da liberdade sexual e a colocar a sexualidade das crianças num sério risco de ser lesada. Ou seja, acaba por colocar essa mesma liberdade sexual, que querem valorar e posicionar como único bem jurídico a ser tutelado, seriamente em perigo. Dado que uma iniciação precoce e atípica de uma criança num relacionamento sexual, que devido à fase em que se encontra não é compatível com o seu desenvolvimento, pode provocar uma sexualização traumática e perturbadora para criança.<sup>115</sup>

Consideramos importante que o menor na sua fase de crescimento interaja com pessoas significativamente mais velhas e adultas e se relacione com o mundo que o rodeia, criando experiências, no entanto isto com limites. Com isto queremos dizer que não achamos apropriado que um menor cresça isolado daquilo que o rodeia e das influências que inevitavelmente vão contribuir, moldar e servir de base para o livre desenvolvimento da criança na sua esfera sexual e na preparação e amadurecimento da sua autodeterminação sexual. Estruturando e fortalecendo o seu carácter também a nível emocional e psicológico.<sup>116</sup>

É certo que um menor necessita de passar por certas vivências, experiências e conviver com outras crianças e adultos, para poder construir e moldar a sua personalidade de forma saudável. Só assim conseguirá fortalecer o seu carácter tanto a nível emocional como psicológico,<sup>117</sup> contudo essas experiências não devem ser sexuais.<sup>118</sup> Uma vez que não concordamos que algumas experiências poderão ser

---

<sup>115</sup> SANI, Ana Isabel – Abuso Sexual de crianças: características e dinâmicas. *Revista polícia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0870-4791. [s.d.]. Págs. 126 e 127.

<sup>116</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 35.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 51 e 52..

<sup>117</sup> CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 52.

<sup>118</sup> Em sentido contrário de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 34, 35 e 37.; ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Pág. 90.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 53 a 55.; Mas no mesmo sentido de ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4. Págs. 106 e 107.

benéficas ou vantajosas para o amadurecimento sexual do menor,<sup>119</sup> pois não conseguimos concluir que vantagens em concreto, trará para o menor, um envolvimento sexual revestido de uma assimetria entre ele e o seu parceiro.<sup>120</sup> Assim, estará sempre em causa um aproveitamento por parte da pessoa que é muito mais velha ou adulta graças àquilo que a caracteriza como tal.<sup>121</sup> Dito isto, não podemos concordar que o que defendemos e pretendemos proteger, se traduza num prejuízo injusto e intolerável para o menor.

Quando analisamos as palavras “prejuízo”, “injusto” e “intolerável”, parece-nos que o que se quer transmitir com tais expressões, é que estamos a lidar com uma situação que não protege a criança. Mas que muito pelo contrário é causadora de um grande dano ou perda nos interesses da mesma e se transforma em algo que ela não consegue suportar nem aceitar, pela injustiça que daqui resulta. Sendo o resultado final e inevitável, a grave violação de alguns direitos da criança que a colocam numa posição de desigualdade face aos demais, no que respeita ao direito constitucionalmente garantido, liberdade sexual.

Tendo em conta esta linha de pensamento, é indispensável referir que apesar da personalidade da criança se começar a formar desde o seu nascimento, que todos os passos que se seguem contribuirão para essa construção e para o seu amadurecimento sexual, não significa que ela ao não envolver-se sexualmente antes dos 14 anos não está a dar todos esses passos necessários para a formação da sua personalidade e maturidade inclusive a nível sexual. Não significa que o facto de faltar essa parte a criança não se está a desenvolver de forma saudável, como deveria ou como seria esperado. E ainda não significa que o facto do menor não se envolver sexualmente, não está a desenvolver e a construir progressivamente a sua personalidade na vertente sexual. Não nos parece correto que se possa dizer que enquanto o menor não tiver uma experimentação sexual, na verdade não está desenvolver-se nessa vertente. Vejamos isto do seguinte ponto de vista:

---

<sup>119</sup> Neste seguimento ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4. Págs. 106 e 107.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 53.

<sup>120</sup> Contrariamente a ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Pág. 90. E LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 36 e 43.; No entanto no mesmo sentido de ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4. Págs. 106 e 107.

<sup>121</sup> Em sentido contrário de, *Ibidem*.

Se alguém toma a decisão de manter-se virgem, por exemplo até casar ou quando atingir a maioridade, chega até à idade adulta sem de facto se ter autode-terminado sexualmente e ter desenvolvido a sua personalidade a nível sexual? Significará isto que o facto do menor ao longo da sua vida, no caminho que tem de percorrer até atingir a sua maturidade e formação da sua personalidade, estudar, fazer amigos, realizar atividades desportivas, ser educado de forma a perceber como funciona a sua sexualidade e o que provém com ela, ser instruído de que decisões deverá tomar em relação àquilo que ele considera certo ou errado de forma a proteger-se, se desejar ter uma educação religiosa, entre outros exemplos, não está a dar todos os passos necessários para construir a sua personalidade numa vertente sexual? <sup>122</sup>

Visto estarmos de acordo com o facto de que o menor não constrói a sua personalidade a nível sexual somente aos 14 anos, mas “está presente desde o seu nascimento e em todos os pequenos passos que este irá dar no sentido da plena maturidade”, <sup>123</sup> não conseguimos perceber o porquê de uma experimentação sexual do menor antes dos 14, ser imprescindível para que este conclua todos os passos para formar a sua personalidade sexual e autodeterminar-se sexualmente. Como já enunciamos supra, julgamos que haja sempre um aproveitamento em razão da idade do menor e das características que o acompanham nessa idade. <sup>124</sup> E mais uma vez defendemos isto, devido às discrepâncias existentes entre os envolvidos, isto é, devido à situação desequilibrada em que eles estão inseridos. Não só a nível da idade, como de maturidade, conhecimento, construção da personalidade, discernimento, perceção e avaliação do que os rodeia. Basicamente os envolvidos encontram-se definitivamente em condições e circunstâncias muito diferentes. E graças a isto estão expostas, por certo, a um grave e sério perigo de serem levadas a envolver-se sexualmente com alguém que tem como único objetivo o de abusar da sua sexualidade.

Em suma, consideramos que quando se consideram as seguintes linhas de pensamento, ao invés de se proteger a liberdade sexual e os outros bens jurídicos,

---

<sup>122</sup> Em sentido diverso de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 36.

<sup>123</sup> *Ibidem*

<sup>124</sup> Nesta sequência FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 77.

está somente a colocar-se os mesmos num sério risco: Primeiramente deve dar-se lugar ao usufruto da liberdade sexual; A decisão de envolver-se sexualmente recai somente sobre portador do bem jurídico; Está somente em causa uma livre demonstração e atuação do seu direito; Mesmo nestas idades é perfeitamente possível uma criança estar completamente apta e madura a tomar decisões do foro sexual; Ao direito penal não cabe tornar irrelevante todo e qualquer consentimento, pois quando tal acontece está a restringir gravemente a liberdade sexual da criança e conseqüentemente a causar-lhe um grande prejuízo.

Quando tal é feito não se está a colocar a proteção da criança e da sua sexualidade em primeiro lugar.<sup>125</sup> A ideia de que esta restrição sacrifica de forma drástica a vertente positiva da liberdade sexual vai contra o nosso entendimento em relação àquilo que deve ser grandemente tutelado. Isto porque o exercício da liberdade sexual supõe antecipadamente, antes de qualquer outra coisa, a plena capacidade de autodeterminação sexual.<sup>126</sup>

**3.1.6.** Sabemos o que caracteriza uma criança e o que a difere de um adulto, quais são os danos provenientes de um envolvimento sexual nestas condições e o que esses provocam na vida do menor a todos os níveis, mas principalmente a nível sexual. Logo, isto é uma demonstração das lesões causadas aos bens jurídicos tutelados e da contribuição das mesmas para a corrupção sexual do menor,<sup>127</sup> isto é, apoiamos vivamente a ideia de que um envolvimento sexual precoce por parte da criança, levará muito provavelmente à corrupção sexual do mesmo, com afetações no futuro, nomeadamente no seu saudável desenvolvimento fisiológico e/ou psíquico.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Contrariamente a isto LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 90.

<sup>126</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Repercussões da lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista do cej*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. ISSN 1645-829X. n.º 8, (2008). Pág. 219.

<sup>127</sup> Em sentido contrário de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 36.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 53,104,106,107 e 108.

<sup>128</sup> Também neste sentido GONÇALVES, M. MAIA – *Código penal português: anotado e comentado*. 18.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.]. Pág. 648.; Contudo contrariamente a LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 36.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Págs. 53,104,106,107 e 108.

Antes de mais porque quando falamos em corrupção estamos a falar de deturpação, alteração e depravação da sexualidade. Se consideramos que está sempre presente um abuso sexual daquela criança, será muito mais provável pensar que esse abuso levará à corrupção da sexualidade do menor, do que pelo contrário, pensar que aquele abuso não irá contribuir ou influenciar em nada a sexualidade daquela criança, de tal forma que poderá levar à corrupção da mesma.

Para nós torna-se evidente que as consequências de um abuso sexual levará mais fácil, rápida e inevitavelmente a uma deturpação, alteração e depravação da sexualidade do menor, do que a inexistência de efeitos e danos sobre a sexualidade do mesmo. Não entendemos que uma corrupção da sexualidade signifique que aquela criança nunca mais conseguirá relacionar-se sexualmente. Mas sim que o abuso terá efeitos tais, que a façam olhar para a sua sexualidade e para o que a rodeia, de forma alterada, deturpada e muito possivelmente depravada. Não é difícil chegarmos a esta conclusão se pensarmos e analisarmos que tal corrupção não é mais do que os consequentes danos de um abuso sexual.

Dito isto, quando se considera este consentimento sempre viciado, irrelevante e que também não é possível estarmos perante um acordo, não estamos a negar totalmente a existência da liberdade sexual da criança ou a restringi-la gravemente de forma injustificada.<sup>129</sup> Vamos mais longe dizendo que usufruir da sua liberdade sexual, não significa obrigatoriamente que isso implique uma experimentação sexual. O menor usufrui da sua liberdade sexual, pois ele decide o que fazer com ela e sempre que esta seja violada ele pode fazer valer-se dos seus direitos, no entanto há mais do que o bem jurídico liberdade sexual em causa, logo quando também se quer proteger a vertente negativa deste bem, a sua autodeterminação sexual e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade nessa mesma vertente, não podemos colocar e tratar a questão nessa perspetiva.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Diversamente de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Págs. 36, 37 e 88.; CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 106.

<sup>130</sup> Também neste sentido e quanto aos bens jurídicos autodeterminação sexual e direito ao livre desenvolvimento da personalidade da vertente sexual, encontramos o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 2016 (Proc. N.º 1779/13.5JAPRT.P1), relatado pela Juíza Desembargadora Maria Dolores Silva e Sousa, disponível em <http://www.dgsi.pt> e o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Fevereiro de 2003 (Proc. N.º 3910/02), relatado pelo Juiz Desembargador Barreto do Carmo, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Não podemos deixar de ir ainda mais longe e questionar diretamente se o mais importante e prioritário, é deixar que uma criança se relacione sexualmente com quem entender, porque na verdade é um direito dela e assim sendo tem direito a tomar as suas próprias decisões no que concerne à sua vida sexual, na medida em que, existem crianças nestas idades já maduras o suficiente para tal. Não esquecendo que a mesma apenas está a usufruir plenamente da sua liberdade sexual, interpretada como necessária e que o completa como ser humano. Ou seja, protege-lo não só de estar a fazê-lo prematuramente, como de alguém que, para conseguir tirar proveito e abusar da sua sexualidade está aproveitar-se deliberadamente das suas características.<sup>131</sup>

Consideramos sem dúvida alguma, que num plano constitucional e em qualquer outro plano o menor é detentor de liberdade sexual. Nunca poderíamos negar ou retirar tal direito a um menor independentemente da sua idade, mas se demarcamos a sua liberdade sexual na sua vertente positiva, estamos a fazê-lo com o único intuito de proteger algo que consideramos que ele também é detentor. É detentor dessa liberdade sexual, mas é igualmente detentor duma proteção desse mesmo bem e de outros, que serão prejudicados, se esta liberdade não for delimitada neste sentido.

Alguma doutrina considera que há uma proteção excessiva, desproporcional e excedente da liberdade e autodeterminação sexuais, no entanto esta proteção, entendida como proporcional e necessária, está ligada ao pensamento de que não podemos deixar que recaia sobre alguém com uma idade inferior a 14 anos, a responsabilidade da decisão de se envolver sexualmente. Principalmente quando estamos a falar de pessoas que pela sua vulnerabilidade são tão suscetíveis a abusos.<sup>132</sup>

Pensamos que por se tratar de crianças e de tudo aquilo que as acompanha e caracteriza, quando falamos numa tutela penal conferida à sua sexualidade, estamos a exonerá-las da responsabilidade e relevância da sua concordância e da decisão de se envolverem sexualmente nas condições já explicadas. Não nos parece que tal proteção seja tendencialmente absoluta por causa disso e muito menos que se

---

<sup>131</sup> Também neste sentido FÁVERO, Marisvalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.ª ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3. Pág. 75.

<sup>132</sup> Neste mesmo sentido CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

trate de uma intromissão na liberdade sexual das crianças. Nunca poderemos chamar esta tutela de intromissão, mas sim de imprescindível para darmos uma proteção e tratamento justos ao desenvolvimento sexual das crianças e aos abusos incidentes no mesmo. E por isto mesmo é que o pensamento legislativo concede uma proteção completa no que diz respeito ao seu desenvolvimento e crescimento sexuais. Incluindo-se aqui uma proteção delas próprias,<sup>133</sup> pois não há forma de proteger os bens jurídicos em causa se não estabelecermos alguns limites. E o limite da idade é o primeiro passo que contribui para uma proteção penal efetiva.

Concordamos totalmente com a argumentação de que para o menor obter este desenvolvimento de forma saudável e completa tem de possuir e desfrutar da sua liberdade sexual, mas entendemos que isto só é possível longe de influências que contribuam para um relacionamento sexual precoce que coloque em causa a forma como o menor desenvolve a sua própria personalidade numa vertente sexual. Pela sua baixa idade estas pessoas carecem de uma salvaguarda maior em relação à sua sexualidade e à forma como a expressam e portanto não está em causa exigir que estas não se envolvam sexualmente por acharmos que pela sua idade ou por não saberem do que está em causa, não têm direito a exercê-la como as pessoas mais velhas.<sup>134</sup> Não queremos restringi-las no seu desenvolvimento e autodeterminação sexuais nem tirar-lhes a liberdade em nenhum sentido, inclusive sexual. De facto isso não faz sentido e nem é justo, mas defendemos que não conseguimos proteger uma criança de um abuso senão delimitarmos a expressão da sua liberdade sexual na sua vertente positiva.

O objetivo é acautelar que o desenvolvimento e progresso na autodeterminação e personalidade num domínio sexual, sejam tempestivos. E pensamos que esse foi também o objetivo do legislador ao tutelar penalmente a sexualidade do menor. Na base desta tutela não estão exigências impostas ao menor daquilo que ele deve ou não fazer em relação à sua liberdade, autodeterminação e construção da sua personalidade sexuais, mas sim uma proteção daquilo que deve ser preservado, ou seja, que a criança se desenvolva livre e harmoniosamente.

Se em causa estivesse uma exigência de abstinência sexual aos menores punir-se-ia um envolvimento sexual independentemente da idade do parceiro

---

<sup>133</sup> Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Outubro de 2000 (Proc. N.º 2546/2000-5.ª), SASTJ, n.º 44,87.

<sup>134</sup> Neste mesmo sentido CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

sexual, proibir-se-ia qualquer relação sexual mesmo que esta fosse com alguém da sua idade ou com uma próxima, mas isto não faria qualquer sentido. Relativamente a este ponto específico apenas o desenvolveremos no próximo capítulo.

Sendo assim, nunca se defendeu o enclausuramento de uma criança durante a sua fase de desenvolvimento e amadurecimento, sendo precisamente o contrário que defendemos e que é defendido por autores que partilham do nosso entendimento. Contudo, quando de alguma forma estas pessoas se envolvem no campo da sexualidade as coisas tornam-se forçosamente diferentes. É verdade que existem adultos que sofrem de um aproveitamento sexual ou que mesmo devido às suas capacidades físicas, psicológicas e sociais as suas escolhas a nível sexual são influenciadas. Mesmo em pessoas mais velhas verifica-se que estas não estão livres de verem a sua liberdade sexual afetada, no entanto já não mais está em causa uma autodeterminação sexual ou um desenvolvimento saudável e livre da sua personalidade, pois isto já não pode ser lesado nesta fase. Por muito que existam pessoas com idades em que seria de esperar determinadas capacidades e estas não as têm por causa de fatores que condicionaram a sua formação de personalidade e autodeterminação sexual, a tutela dada a pessoas que ainda se encontram na altura esperada e adequada à formação disso mesmo, tem de ser necessariamente superior. Não podemos comparar alguém que ao longo da sua vida não teve as melhores condições e influências para desenvolver-se, com uma criança que está no momento próprio e adequado para o fazer. Logo, ainda que estivessem em causa certas exigências aos menores estas não podiam ser as mesmas exigidas a pessoas mais velhas e adultas.<sup>135</sup> A questão da idade está inevitavelmente ligada a uma determinada tutela e à tutela consagrada no art. 172.º n.º 2 do C.P. e de facto não poderia ser de outra forma, uma vez que as crianças precisam naturalmente de uma proteção maior do que a dos adultos.<sup>136</sup>

**3.2.** “O que está em causa no abuso sexual é o aproveitamento de uma situação de desigualdade, ocorrendo uma instrumentalização do menor. Esta desigualdade

---

<sup>135</sup> MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.], n.º 2, (2004). Pág. 23.; E contrariamente a LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 38.

<sup>136</sup> LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 116.

deriva da fragilidade, imaturidade e inexperiência do menor face à experiência de outrem, que não será necessariamente um adulto, ou sua ascendência sobre o menor.”<sup>137</sup> Se fragilidade, vulnerabilidade, imaturidade e acessibilidade são algumas das características normais e comuns de alguém com menos de 14 anos, como é que um envolvimento sexual com o mesmo, não consiste num abuso dessas mesmas características? O que leva então a alguém muito mais velho ou já adulto querer envolver-se sexualmente com uma criança? Que características teria de ter o parceiro sexual da criança para que aquela relação sexual fosse desprovida de qualquer abuso, mas pelo contrário se fixasse numa relação afetiva? Entendemos que esta desigualdade se verifica sempre que esteja em causa um adulto ou alguém significativamente mais velha, logo não concordamos que excepcionalmente isto não possa acontecer. Se reconhecemos que o que está na base desta desigualdade é o que diferencia uma criança de alguém significativamente mais velho ou adulto e se esta inevitavelmente estará sempre presente devido à diferença das faixas etárias e o que se encontra associado às mesmas, o facto de existir um relacionamento sexual com base nesta desigualdade faz-nos crer que haverá sempre um aproveitamento e assim, um abuso. Esta criança será sempre usada para satisfação sexual do seu parceiro sexual que será considerado sempre um abusador sexual, ou seja, a única forma de não haver um aproveitamento é pressupor-se que uma determinada criança não possui as características já elencadas e portanto não se verifica esta desigualdade. Ou então, apesar desta desigualdade estar plasmada, de alguma forma, uma determinada pessoa conseguiu envolver-se sexualmente com uma criança sem aproveitar-se disso. Não conseguimos conceber como tais situações podem acontecer e vamos passar a explicar as razões.

Se uma determinada pessoa tem sentimentos afetivos por um menor e quer envolver-se sexualmente com ele, como uma demonstração normal e pura dos mesmos, então algures nestes sentimentos afetivos para serem considerados como tal, tem de estar presente um sentimento de preocupação e cuidado. Se estão presentes esses sentimentos, então nunca se lesará ou colocará em causa o desenvolvimento saudável do menor, não se contribuindo para um envolvimento sexual prematuro por parte do mesmo. Se esta pessoa não concordar que haja uma

---

<sup>137</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 42.

desigualdade, porque não entende que aquela criança, apesar da sua faixa etária não possui aquelas características, então para além de não a ver e não tratar como uma criança não sabe o que a define e caracteriza. Sendo assim, não vai ter a preocupação de salvaguardá-la ou pelo menos não lesar seja o que for e levando avante a sua vontade sexual independentemente das circunstâncias que estão perante dela. E é exatamente nestas situações que a criança necessita de uma maior proteção penal em relação à sua sexualidade. Porque quando alguém olha para um menor, mas o tratamento em relação ao mesmo em nada leva em conta a sua idade e o que advém com a mesma, vai ser a primeira a lesar os bens jurídicos que se pretendem tutelar. Ou mesmo que reconheça que de facto esta desigualdade existe, mas que em nada afetará o desenvolvimento da criança visto estarem na base sentimentos afetivos e não uma coisificação daquela, claramente não entende nem se preocupa com o facto daquele poder estar a fazê-lo prematuramente e das consequências que advirão desse envolvimento inadequado, pois apesar de reconhecida e aceite não é dada qualquer relevância à mesma. Se segue esta lógica também não entende nem se preocupa com o que significa autodeterminação e liberdade sexuais e um desenvolvimento livre e saudável da personalidade a nível sexual.

Não podemos concordar nem aceitar que alguém que constate que uma criança e possível parceira sexual se encontra numa situação de desigualdade perante si, não constate também que não há forma de não estar aproveitar-se da mesma. O próprio reconhecimento desta diferença e o avanço para um relacionamento sexual pressupõe sempre um aproveitamento e não há uma compatibilidade entre estes dois entendimentos. Podemos ir mais longe e dizer que não terá coerência, alguém que reconhece que algo não está equilibrado e independentemente disso mantém o seu desejo e vontade, avançando com o que é de seu interesse fazer. Face ao exposto, podemos concluir que numa relação sexual que envolva uma criança, existe sempre um aproveitamento da situação que a coloca num patamar inferior ao do seu parceiro. Deste modo, sempre que nos deparemos com um relacionamento sexual em que um dos parceiros é uma criança, haverá sempre um abuso sexual da mesma mesmo que este se dê sem coação.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.], n.º 2, (2004). Pág. 24.; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Abril de 2001, CJ(STJ), 2001, Tomo II, Pág. 179.; CARMO, Rui do; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o*

Pois mesmo assim, pode prejudicar grave e intensamente o livre desenvolvimento da sua personalidade ainda em construção e a formação da sua autodeterminação sexual.<sup>139</sup>

Pensamos não ter fundamento alegar que o facto deste consentimento ser irrelevante num envolvimento sexual, em bom rigor significa que um menor não pode ser vítima de um crime de violação ou coação sexual.<sup>140</sup> Sabemos que os crimes de coação sexual e violação são aplicáveis a menores e maiores de idade, mas sabemos também o que distingue estes crimes do crime de abuso sexual de crianças e facilmente se deteta que nos dois primeiros crimes o agente recorre a meios violentos ou análogos dada a oposição da ofendida, enquanto que no segundo crime isto não se verifica. Porque se assim fosse, a prática dos factos cairia no âmbito dos artigos 163.º e 164.º e não no âmbito do artigo 171.º, todos do C.P. Desta forma, o campo de aplicação da norma relativa ao abuso sexual, dá-se para envolvimento sexuais não revestidos dos meios elencados e dessa forma com a concordância da criança envolvida, não existindo aqui uma oposição por parte da criança. Ela tem capacidade para se opor, mas pelas razões já enunciadas e devidamente explicadas, ela envolve-se em atos sexuais com alguém que consciente e deliberadamente a leva para tais práticas mesmo tendo o conhecimento e a consciência de que se trata duma criança.

No entanto, nunca dissemos que ela não é capaz de dizer “não” e de se opor a tais atividades sexuais. Dissemos que ela pelas suas especificidades de criança, associadas inevitavelmente à sua idade, não tem capacidade para discernir e compreender a situação e práticas para as quais está a consentir envolver-se.

---

*direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Págs. 32 e 36.; LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2. Pág. 115.; RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 952.; LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – *Código penal anotado: (arts. º 131.º a 386)*. 3.ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0876-0. Vol. 2. Pág. 437.; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2. Pág. 834.

<sup>139</sup> Também neste sentido MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.]. n.º 2, (2004). Pág. 24.; Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 5-4-2001, CJ (STJ), 2001, Tomo II, pág.179.; ; CARMO, Rui do; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. Pág. 36.

<sup>140</sup> Em sentido contrário de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 89.

Achando esta, que não tem razões para impedir que determinada pessoa avance com determinados comportamentos sexuais.<sup>141</sup> Isto significa que se ela está perfeitamente capaz para se opor a relacionamentos sexuais e que se não o faz, fá-lo conscientemente e dessa forma mostra que tem maturidade suficiente para precaver-se de abusos sexuais? Porque bastava dizer “não” e travar tal aproveitamento? Apesar dela ter capacidade para se opor, não o faz, porque não entende que a sua sexualidade e todo o processo que a envolve esteja em risco de ser lesado e prejudicado severamente. Mas pelo simples facto de que não podemos esperar que uma criança sem preparação para tal o faça com o mínimo de consciência e conhecimento exigíveis para esse ato. Se assim é, não estamos perante um consentimento espontâneo e verdadeiro. Não faz sentido colocar o assunto na seguinte perspetiva:

Se o consentimento é sempre irrelevante para envolvimento sexuais em que o menor disse “sim”, então será igualmente irrelevante para envolvimento sexuais em que disse “não”.<sup>142</sup> Tentamos perceber o que realmente se espera deste consentimento. Não esqueçamos que a forma como as crianças reagem e demonstram um abuso varia muito e é possível que algumas delas apresentem diversos sintomas e indicadores de internalização e externalização específicos, mas a aparente ausência dos mesmos pode ser uma característica de algumas crianças que são vítimas de um abuso sexual. Sem que tal facto signifique impreterivelmente que um abuso não tenha acontecido, ou mesmo que tenha havido, estas não tenham sido afetadas pelo mesmo,<sup>143</sup> uma vez que nem todas as crianças reagem da mesma forma a um abuso. Uma reação diferente da esperada ou da mais comum não significa que essa criança não tenha sido afetada pelo abuso. Por vezes as afetações desse abuso vêm e são identificadas no futuro e não logo após o mesmo e os danos causados podem não ser perceptíveis de imediato ou a curto prazo. E como já dissemos supra, isto de forma alguma quer dizer que ou não houve um verdadeiro abuso ou afetações para a criança resultantes daquele.

---

<sup>141</sup> Neste mesmo sentido CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. Pág. 195.

<sup>142</sup> Contrariamente a LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 89.

<sup>143</sup> SANI, Ana Isabel – Abuso Sexual de crianças: características e dinâmicas. *Revista polícia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0870-4791. [s.d.]. Pág. 128.

Se em causa estivesse uma afirmação dogmática de que as crianças não dispõem de qualquer liberdade sexual, teríamos de concordar que isso não promovia de todo a sua proteção enquanto seres individuais e livres perante os abusos praticados pelos adultos. Teríamos também de concordar, que esse entendimento reforçaria os argumentos que se direcionam para o domínio e instrumentalização dos menores, face aos interesses e conveniência dos adultos.<sup>144</sup> Contudo, claramente não é essa conceção que defendemos e não é esse entendimento que se faz do artigo 172.º, n.º 2 do C.P., ou seja, de maneira nenhuma se insiste numa afirmação dogmática de que a liberdade sexual das crianças não existe, mas pelo contrário essa liberdade está incluída naquilo que consideramos ser tutelado. “É no reconhecimento do menor como ser intrinsecamente livre que se encontra a justificação para uma forte e efetiva proteção da formação e manifestação das suas vontades.”<sup>145</sup> Esta é também a nossa compreensão. A forma como argumentamos e a posição que tomamos em relação ao consentimento do menor, em nada vai contra esta noção. Mais, na posição que tomamos nunca queremos transmitir que um envolvimento sexual é algo negativo e a intenção nunca é a de que o menor olhe para a sua sexualidade com uma perspetiva negativa ou com a ideia de que é algo mau.

De acordo com a autora TERESA PIZARRO BELEZA “Não está em causa pudor ou moralidade do menor, mas a convicção legal que abaixo de uma certa idade a pessoa não tem uma autodeterminação suficiente para tomar decisões relativamente a envolvimento sexual.”<sup>146</sup> Defendemos a mesma posição desta autora e assim, a proteção que conferimos a tais bens jurídicos não têm como base a negação da liberdade sexual e muito menos uma imposição de castidade.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 38.

<sup>145</sup> *Ibidem*

<sup>146</sup> BELEZA, Teresa Pizarro – O conceito legal de violação. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. n.º 59. (1994). Pág. 56.

<sup>147</sup> Neste mesmo sentido RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Págs. 960 e 961.; BELEZA, Teresa Pizarro – O conceito legal de violação. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. n.º 59. (1994). Pág. 56.; E em sentido contrário de LEITE, Inês Ferreira – A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Págs. 75 a 77

Concordamos inteiramente com esta autora de que não está em causa qualquer conotação moralista a nível sexual.

Como já dissemos, é necessário que esta tutela se estenda a uma proteção das suas próprias decisões.<sup>148</sup> Pode por momentos parecer que isto é uma verdadeira restrição e violação ao direito que um menor tem de exercer a sua própria liberdade sexual. Pode parecer que invadimos a esfera da criança ao ponto de considerarmos que as suas próprias decisões em relação à sua sexualidade os colocam em perigo e por isso não devem ser levadas em conta e ser-lhes dada qualquer relevância, mas na verdade consideramos que todas as expressões e demonstrações relativamente à sexualidade, devem fundamentar-se em convicções de respeito e liberdade.<sup>149</sup> Mais, já deixamos claro que sempre que um relacionamento sexual envolva uma criança, está em causa um abuso sexual da mesma e acima de qualquer valor, princípio, direito ou bem tal deve ser incessantemente proibido.<sup>150</sup>

**3.3.** Sabemos que existem crianças que apresentam um desenvolvimento físico mais elevado para a sua idade, mas isto não pode ter qualquer relevância em nenhuma circunstância, pois isto em nada altera o que torna alguém numa criança. Este desenvolvimento físico por vezes avançado para a sua idade, não a torna menos criança ou mais capaz do que quer que seja, isto é, apesar de aparentar uma fisionomia mais desenvolvida, a parte psicológica e emocional própria de alguém com aquela idade, com características que são comuns e específicas a alguém nessa faixa etária ainda estão presentes independentemente do crescimento físico que ela teve ou que aparenta ter. É importante que não esqueçamos ou confundamos isto com o desenvolvimento do menor em relação aos bens jurídicos tutelados.

Cada criança cresce e desenvolve no seu próprio modo e umas mais cedo do que outras, mas independentemente da sua aparência física não nos enganemos e não usemos tal motivo para considerá-la mais desenvolvida do que aquilo que ela realmente é. Tal razão não pode ser utilizada para desculpar um abuso com base

---

<sup>148</sup> ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4. Págs. 392 e 393.

<sup>149</sup> Neste seguimento LEITE, Inês Ferreira - A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011). Pág. 38.

<sup>150</sup> ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4. Págs. 392 e 393.

numa aparência que corresponde à de uma pessoa mais velha e não à de uma criança. Porque se na base de um envolvimento sexual com uma criança estivesse a sua aparência física mais adulta, querendo com isto fundamentar e justificar o interesse sexual daquela pessoa mais velha, mais uma vez não estaríamos a ter em conta o que verdadeiramente caracteriza uma criança. Já que o que diferencia alguém mais velho ou adulto de uma criança não é somente a sua aparência, uma vez que isto apenas contribui para complementar essa diferença. O que os distingue a nível definitivo são as suas características basilares ligadas especificamente às diferentes idades, fases de crescimento e desenvolvimento a todos os níveis.

## CAPÍTULO III

### ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS (ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 12 DE OUTUBRO DE 2011)

#### 1. Enquadramento jurídico

**1.1.** Neste capítulo vamos ocupar-nos do Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 3.<sup>a</sup> Secção, de 12 de Outubro de 2011 (Proc. N.º 4/10.5GBFAR.E1.S1.), relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, no qual está em causa um crime de abuso sexual de crianças previsto e punido pelo artigo 172.º, n.ºs 1 e 2 do C.P. e um crime de pornografia de menores previsto e punido pelos artigos 176.º, n.º 1, alínea a) e 177.º, n.º 6, ambos do C.P. Vamos apenas focar-nos no crime de abuso sexual de crianças e deixar de parte o crime de pornografia de menores, pois é sobre o primeiro que versa o nosso estudo.

No presente acórdão deparamo-nos com a seguinte matéria factual: O arguido tinha 21 anos e a menor 13 anos; Entre estes existiam encontros diários onde mantinham relações de cópula completa, coito oral e coito anal sem usar qualquer preservativo; Estes encontros foram prolongados por um período aproximado de 4 meses, mantendo diariamente, os atos sexuais descritos entre meados de Outubro de 2009 e Janeiro de 2010; Para tal, deslocavam-se para uma casa localizada nas imediações da escola frequentada pela menor, despiam-se completamente e numa das divisões dessa casa o arguido pedia à menor para penetrá-la com o seu pénis ereto na vagina, no ânus e por vezes também na boca; Ao que esta acedia, logrando assim concretizar os seus intentos, sendo penetrada repetidamente pelo arguido até este ejacular.

Perante o crime cometido e as circunstâncias que o envolveram, como foi descrito supra, em conformidade com as palavras deste Acórdão, quando estamos perante um crime de abuso sexual sobre crianças menores de 14 anos estamos perante um atentado à sua autodeterminação sexual que irradia do direito à disposição do corpo. O legislador parte da presunção “*juris et de jure*” que as crianças numa idade inferior aos 14 anos ainda não possuem maturidade física e psíquica suficiente, para sem prejudicar o seu desenvolvimento equilibrado e

harmónico suportarem atos de natureza sexual. Mesmo que haja um consentimento para tais atos essa concordância será inválida e titula uma violência insanável sobre as crianças, pois mesmo sem coação, tendo em consideração a pouca idade das mesmas, os atos sexuais de relevo podem e está demonstrado que prejudicam gravemente o desenvolvimento da sua personalidade, devido à falta de vontade lúcida e esclarecida para naturalmente se autodeterminarem. O STJ afirmou que no caso em concreto o arguido agiu desde o início do relacionamento, com o propósito de satisfazer os seus impulsos e desejos sexuais, dando execução à sua vontade inicial. Então, para atingir o seu objetivo de satisfazer as suas vontades e interesses sexuais utilizou a menor cuja idade da mesma bem conhecia, durante um período prolongado, aproveitando-se da sua inexperiência associada à idade que possuía. Para tal, o arguido agiu com plena consciência das consequências que derivariam daquelas práticas levadas a cabo pelo mesmo. Desta forma, agiu com um dolo e ilicitude intensos fazendo perdurar no tempo, nomeadamente por vários meses, a sua vontade criminosa de satisfazer a sua lascívia com a menor.

Este tribunal diz ainda que o arguido apresenta uma personalidade mal conformada, indiferente a bens ou valores jurídicos por cujo respeito se pugna, por ser frequente a sua ofensa. E o facto do arguido ter um fraco aproveitamento escolar em nada atenua a gravidade do facto, revelada numa culpa em grau muito intenso e num grau de ilicitude muito elevado. Pois dele partiu, com insistência, a ideia de se avistar com a menor, cuja idade não ignorava, a perduração dos atos sexuais no tempo, a forma multiforme pela qual foram cometidos, o desvalor do resultado, os sentimentos manifestados de profundo desprezo pela condição da ofendida e pelo grau de violação dos deveres que se lhe impunham. Ofensa essa, que produz repugnância, reprovação moral e ética no tecido social. Também é irrelevante e não resulta numa atenuação, o facto do arguido ter uma consciência diluída do desvalor do ato e da ação, pensando que não era tão gravemente punível o relacionamento sexual do menor. Isto porque, o carácter proibitivo desse relacionamento é de conhecimento generalizado. Apesar do arguido querer valer-se da sua etnia cigana para demonstrar que não tinha consciência da ilicitude dos seus atos e que estes eram tão fortemente punidos por lei, dizendo que é defeso que muitas jovens da sua raça se envolvam sexualmente antes do casamento e que a não consideração dessa sua condição pessoal resulta numa violação ao preceituado no art. 171.º, n.º 1 do C.P., o tribunal mais uma vez, tornou isso irrelevante e

censurável nos termos dessa mesma norma legal. Afirmando que do arguido deriva uma atitude de franca contrariedade e indiferença perante valores de observância inabdicável sedimentando uma culpa dolosa. Considerando então que o arguido agiu deliberada e conscientemente bem sabendo que a sua conduta era punida por lei.

Acrescenta ainda que a menor revelava dificuldades ao nível da expressão verbal, orientação, concentração, assimilação e retenção de informação. Apresentando um nível de maturidade e de desenvolvimento intelectual abaixo do esperado para a sua idade. E a argumentação de que a imaturidade para possuir uma vontade lúcida e esclarecida para suportar tais atos sexuais e para naturalmente uma criança se autodeterminar, surge no caso concreto reforçada. Pois esta incapacidade aparece algo afetada pelo facto da menor apresentar um nível de maturidade e de desenvolvimento intelectual abaixo do esperado para a sua idade, porventura a reclamar este défice, uma maior proteção e apoio.

No entanto, apesar do caminho trilhado pelo STJ e de toda a argumentação apresentada pelo mesmo, a dado momento no acórdão refere que a menor antes de se relacionar com o arguido já havia mantido relações sexuais com dois menores. Ou seja, apesar das descrições relativamente à personalidade do arguido e da menor, do dolo, gravidade, culpabilidade e ilicitude do comportamento do arguido, do seu desvalor e indiferença em relação ao mesmo, das graves consequências subsequentes deste comportamento levado a cabo, desprendido e desinteressado dos danos que poderiam causar, achou relevante o facto da menor já não ser virgem aquando das condutas sexualmente abusivas. Este tribunal, após a análise de tudo o que se elencou, decidiu em sede de recurso alterar a pena de prisão aplicada pelo tribunal *a quo*, pelo crime de abuso sexual de crianças, diminuindo-a em um ano. Sendo assim, o arguido foi condenado numa pena de prisão fixada em 3 anos e 6 meses, em vez de 4 anos e 6 meses.

## **2. O que contribuiu para a decisão do STJ**

Apesar da interpretação e avaliação que este tribunal faz do crime cometido, do agente e da vítima do mesmo, faz o seguinte reparo: “De anotar, no entanto, (...)”. O que foi de anotar pelo STJ foi o seguinte:

O arguido contava apenas com 21 anos na data da prática dos factos completados havia 7 meses; A menor havia mantido relações sexuais com dois outros jovens menores; Graças ao passado sexual da menor não se demonstrou que o arguido tenha abusado da sua inexperiência, tal como ficou provado; A menor já havia completado 13 anos; O arguido não a forçou à prática dos atos sexuais descritos que foram de sua inteira aquiescência; Os atos praticados estão próximos de cair no limiar da impunibilidade, escassos meses depois, quando a menor tinha perfeitos os 14 anos.

Ao comparar esta fundamentação dada pelo STJ com o que foi descrito pelo mesmo sobre o crime de abuso sexual de crianças, sobre os bens jurídicos em causa e lesados pela prática deste crime e o porquê desta lesão e da sua gravidade, não podemos perceber as razões desta fundamentação. Analisaremos cada um dos pontos de tal fundamentação.

### **2.1. A importância da idade do agente do crime**

Relativamente ao facto do arguido contar com apenas 21 anos na data da prática dos factos, completados havia 7 meses, faz-nos pensar que tendo começado com a prática dos factos em meados de Outubro de 2009, terminado a meados de Janeiro de 2010 e tendo ele nascido a 18 de Fevereiro de 1988, apenas faltavam 4 meses para completar 22 anos desde que iniciou os atos sexuais com a menor e apenas 1 mês desde que terminou esses mesmos atos. Mais, mesmo que tivesse acabado de completar 21 anos, esta idade em nada interfere com o crime sexual praticado contra a criança.

A criança tinha 13 anos, logo ele é 8 anos mais velho do que ela, logo se 5 anos de diferença entre a criança e o seu parceiro (a) são o tempo tendencialmente adotado para se considerar aquele envolvimento sexual uma situação de abuso sexual, ainda que em causa estivesse alguém com 18 anos em vez de 21 anos a gravidade da situação seria a mesma.

Não conseguimos perceber qual foi o objetivo ou o que está na base da fundamentação do tribunal, ao considerar e referir que o arguido apenas tinha 21 anos, completados há 7 meses, no altura da prática dos factos e dessa forma transparecer a ideia de que o mesmo ainda é novo. Significará isto que pelo mesmo ter 21 anos ainda é muito novo para perceber os deveres que se lhe impunham ou

para ter conhecimento do caráter proibitivo, daquele relacionamento sexual que envolvia uma criança? Para perceber a intensa ilicitude do seu comportamento e as inerentes consequências? Para que não restem dúvidas sobre estas questões, vemos que o próprio tribunal responde às mesmas quando descreve o comportamento do agente do crime e as respectivas consequências que resultaram para os bens juridicamente tutelados. Dito isto, não podemos de forma alguma concordar com a expressão “apenas” utilizada para fazer referência à idade de 21 anos do arguido.

## **2.2. A importância da idade da vítima: quase na passagem de criança para adolescente**

Quando o mesmo tribunal refere que a menor já havia completado 13 anos e que os atos praticados estão próximos de cair no limiar da impunibilidade, escassos meses depois, verificamos que há aqui uma certa discrepância quando o tribunal se refere às idades do arguido e da menor. Isto, porque apesar do arguido já ter 21 anos e completar 22 anos passados 4 meses após o início da prática dos factos, este tribunal superior considera que este “apenas” tinha aquela idade. E a menor nascida 5 de Abril de 1996 e que apenas tinha 13 anos na altura em que se iniciou a prática dos factos, só completando 14 anos após 6 meses do início daquelas práticas, o tribunal diz que para além dela “já” ter completado 13 anos, passados escassos meses completaria 14 anos e dessa forma não estaria abrangida e protegida pela norma penal em causa. Estando então os atos praticados pelo arguido próximos de cair no limiar da impunibilidade, porque 3 meses após o término daqueles atos a menor completaria 14 anos.

Vejamos, quando este envolvimento sexual começou ela tinha 13 anos, logo mesmo que ela completasse 14 anos escassos meses após o início do relacionamento sexual, ela ainda tinha 13 anos aquando do início daquelas práticas. O que torna irrelevante quanto tempo depois do abuso ela completou 14 anos. Quer dizer que se a menor tivesse completado 14 anos um mês após o início daquele envolvimento sexual a situação manter-se-ia exatamente a mesma. Deste modo, ela estaria sempre enquadrada e protegida pelo artigo 171.º, n.º 2 do C.P., o qual o prevê e pune o abuso sexual sobre crianças menores de 14 anos.

Tendo em conta toda a argumentação dada pelo tribunal acerca deste crime, o que o caracteriza, o que o torna tão grave e quais são as suas subjacentes

consequências, não entendemos como o mesmo pôde olhar para uma situação que se enquadra perfeitamente num abuso sexual de crianças e relevar o facto da menor passados 6 meses do início das práticas sexuais, completar 14 anos e então estar quase a passar para uma idade e situação que já não caberiam nesta norma penal. Ou seja, como passados 6 meses aquela situação apesar de ter começado como abusiva deixaria de o ser, levou a que no entendimento do tribunal fosse relevante o facto de ela se encontrar praticamente na fronteira do que é, ou não, considerado um abuso sexual de crianças.

Se um abuso sexual fica provado como tal, então deve ser indiferente se aquela criança se está a aproximar de uma idade que a colocará num relacionamento sexual já não protegido pela norma penal em causa. O que deveria ter sido levado em conta pelo tribunal, era o simples facto dela ter sido abusada sexualmente ainda com 13 anos e não com já 13 anos de idade. Assim, em momento algum deveria ter sido revelante ela já ter 13 anos completos e assim ser quase “empurrada” para fora dessa mesma norma e tutela penais.

### **2.3. A relevância do consentimento dado pela vítima para os atos sexuais praticados**

Relativamente ao arguido não a ter forçado à prática dos atos sexuais descritos, que foram de sua inteira aprovação, pouco há a dizer sobre este aspeto enunciado e inteirado no entendimento do STJ. E há pouco para dizer, porque estamos perante o artigo 171.º e não 164.º, ambos do C.P. Se o arguido tivesse forçado a menor a ter relações sexuais não estaríamos de todo perante o tipo penal em causa, dado que este não pressupõe violência, ameaça grave ou a falta de consciência física da menor. Por isso não percebemos as razões que levaram este tribunal a ter dado valor ao mesmo.

Apesar de toda argumentação que utilizou, fez referência ao facto do arguido não ter forçado a menor a nada, tendo esta consentido nos atos sexuais descritos. E no nosso entendimento o tribunal descreveu e usou uma situação de abuso para realçar que é preciso ter isso em conta num caso de abuso.

Sabemos que parece confuso o que acabamos de dizer, mas isso acontece, porque na verdade trata-se de algo que é extremamente confuso, pois não conseguimos visualizar o que o tribunal quis dizer ou sequer atenuar quando diz

que a situação em causa retrata uma situação de abuso sexual e não de agressão sexual. E que tal, é de ter em conta no caso em concreto.

Em suma, no caso em concreto estamos perante um crime de abuso sexual previsto e punido pelo art. 172.º, n.ºs 1 e 2 do C.P., porque alguém significativamente mais velho, tendencialmente fixada numa diferença de idades de 5 anos, ou já adulto, se envolveu sexualmente com uma criança menor de 14 anos sem que para isso tenha de se fazer valer de um constrangimento à prática de atos sexuais por meios violentos ou análogos, como se verifica no crime de violação previsto e punido no art. 164.º do C.P. Essencial é compreender que se estivermos perante os meios típicos de constrangimento a ato sexual (violência, ameaça grave, o agente ter tornado a vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir), o crime a aplicar será sempre, quer a vítima seja um adulto ou uma criança, o do art. 163.º, n.º 1 ou o do art. 164.º, n.º 1, ambos do C.P., dependendo do ato sexual em causa.

Estamos perante relações sexuais consentidas que devido à pouca idade de uma das pessoas envolvidas, que ainda considerada uma criança devido àquilo que a caracteriza, a lei considera este consentimento sempre irrelevante e este envolvimento sempre punível à luz do consagrado no artigo penal em causa. E por isto mesmo podemos afirmar que é extremamente confuso, na falta de melhor adjetivo para qualificar tal compreensão, quando nos deparamos com o STJ, que por certo sabe o que qualifica o crime do caso em concreto e o que o distingue de um crime de violação, a utilizar como parte da sua argumentação para fundamentar uma redução na pena aplicada pelo tribunal *a quo*, o facto de num crime qualificado como abuso sexual de crianças, o arguido não ter forçado a criança para qualquer atividade sexual, tendo a mesma sempre consentido todos os atos sexuais praticados com a agente do crime.

Com isto deduzimos que o consentimento da criança não foi considerado irrelevante como deveria ter sido, ou seja, foi considerado irrelevante pois não excluiu a ilicitude, mas acabou na mesma por contribuir como atenuante para a decisão deste tribunal. Entendemos que o consentimento é irrelevante quando não é importante nem necessário. Desta forma, não é tido em consideração quando dado pela criança. Com isto queremos dizer que quando uma criança consente em envolver-se sexualmente com alguém significativamente mais velho ou já adulto, esse consentimento é sempre considerado inválido. Então, se é inválido por se

considerar viciado, mediante as circunstâncias e situação em que a criança se encontrava, não poderá ser levado em conta em nenhuma circunstância.

De acordo com o artigo 38.º, n.º 3 do C.P., este consentimento nunca poderia ser válido, pois o mesmo estabelece como idade mínima para consentir validamente os 16 anos. E mesmo após completar 14 anos, existem outras normas penais, como o art. 173.º do C.P., que estando verificados certos requisitos tipificados na lei protegem os menores a partir do momento em que completam esta idade e se tornam adolescentes. No entanto não nos vamos debruçar nem alongar sobre isto. Da leitura do tipo penal em causa percebe-se claramente que teve de haver uma concordância do menor, porque senão não estaríamos no âmbito deste artigo. Daí que não concordemos de forma alguma que a irrelevância do consentimento dado pela criança resulta da interpretação quase unânime da doutrina, mas sim do próprio teor literal da lei. Não apoiamos que este tipo penal, tendo em conta a forma como foi realizado e redigido pelo legislador, dê a possibilidade de fazer mais do que uma interpretação. Sendo a única interpretação possível, a da irrelevância do consentimento dado por uma criança face a tais condutas sexuais.<sup>151</sup> Desta forma, se este crime pressupõe que houve um consentimento, obviamente por esta razão e por ser considerado sempre inválido não pode servir de atenuante quando é dado.

## **2.4. O valor e significado da experiência sexual da vítima**

**2.4.1.** Por fim, relativamente à questão da menor já ter mantido relações sexuais com dois outros jovens menores e que graças ao seu passado sexual não se demonstrou que o arguido tenha abusado da sua inexperiência, tal como ficou provado.

Tendo em conta a percepção do tribunal, voltaremos a pegar no ponto do capítulo anterior, explicando o porquê de não estar em causa uma exigência de abstinência sexual imposta às crianças. Se tal estivesse em causa, punir-se-ia qualquer envolvimento sexual independentemente da idade do parceiro sexual, ou seja, proibir-se-ia qualquer relação sexual mesmo que esta fosse com

---

<sup>151</sup> Contrariamente a CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6. Pág. 103.

alguém da sua idade ou de uma idade próxima.<sup>152</sup> Mas como já se disse anteriormente, isto não faria nenhum sentido.

Vejamos, apesar do menor continuar com as suas características, inclusive falta de maturidade e discernimento, encontrando-se ainda numa fase de crescimento e formação da sua personalidade e autodeterminação numa esfera sexual, ambos se encontram no mesmo nível e numa posição de paridade. Isto não quer dizer que não haja aqui um envolvimento sexual precoce ou mesmo que isto não irá trazer afetações para um deles ou para ambos. No entanto, encontram-se os dois na mesma fase, na descoberta em comum da sexualidade e motivados pela procura da experiência sexual por quem possui o mesmo nível de inexperiência. E assim, seria incabível a proibição de atividades sexuais entre menores da mesma idade ou com idades próximas. Até porque quando nos deparamos com um envolvimento sexual entre dois menores nestas condições, será mais difícil e menos objetivável, atender ao perigo de um abuso da inexperiência e a um aproveitamento de alguém que se encontra numa posição inferior, do que tratando-se de um relacionamento sexual entre uma criança e um adulto, pois encontramos-nos num contexto em que não há vítimas nem abusadores entre os participantes. Debruçamo-nos sobre o crime de abuso sexual e não de agressão sexual, dessa forma em momento algum falaremos em agressões sexuais, mas obviamente que o direito penal deverá manter-se alheio nestas circunstâncias quando não haja nenhum indício que retrate uma situação de um abuso ou de uma agressão sexual.<sup>153</sup>

**2.4.2.** Contudo, não nos parece que em situações que envolvem dois menores, o determinante seja possuírem o mesmo nível de inexperiência, isto porque um dos menores pode já ter experienciado atividades sexuais e mesmo assim se encontrar no mesmo patamar e fase do seu parceiro. Porque mesmo que já não estejam na mesma fase de descoberta sexual, o que não acontece necessariamente por um deles já não ser virgem, ainda mantêm as mesmas características

---

<sup>152</sup> Em sentido contrário de LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 38.

<sup>153</sup> LEITE, Inês Ferreira – *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. Pág. 44.; ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8. Págs. 134 a 136.

e se encontram na mesma etapa de desenvolvimento. Isto posto, não é a experimentação sexual do menor que determina ou faz com que o seu desenvolvimento cesse, que atinja o desenvolvimento sexual necessário ou que já não exista mais nada para desenvolver, que a sua autodeterminação sexual já tenha atingido o amadurecimento pretendido, que a sua personalidade numa vertente sexual já não vá mais construir-se, moldar-se e sofrer transformações. O nível de amadurecimento da sua autodeterminação sexual mantém-se no seu ritmo normal e similar ao do outro menor e os níveis de amadurecimento e desenvolvimento tanto da sua autodeterminação como personalidade no âmbito sexual, visto estarem na mesma idade ou com idades próximas, em princípio vão ser semelhantes, mas nunca iguais, uma vez que depende e varia de criança para criança. Mas devido às faixas etárias em que ambos se encontram estaremos a falar de níveis equivalentes. Daí que seja pouco provável que ocorra um aproveitamento da inexperiência, quando um dos menores já tenha, antes daquela relação sexual, se envolvido sexualmente.

É certo que é mais aceitável dois menores da mesma idade ou idades próximas, terem o mesmo grau de inexperiência, do que um menor com alguém que é muito mais velho ou adulto. No entanto, consideramos que isso não é o determinante ou o fundamental apesar de contribuir para a posição defendida. É certo que é bastante provável que um adulto já tenha passado por experiências sexuais que uma criança por certo ainda não passou. E isso, evidentemente é levado em conta e sustenta a opinião de que ambos se encontram em posições completamente diferentes quando partem para um relacionamento sexual. E em princípio, quando os dois menores são da mesma idade ou apresentam idades próximas, o seu nível de inexperiência será o mesmo ou idêntico. E isso, também em princípio, fará com que ambos estejam no mesmo nível quando partem para uma descoberta em comum da sua sexualidade. Todavia, não podemos dar relevância à experiência sexual quando nos deparamos perante um abuso e não podemos encarar esta experimentação como um critério para verificar e perceber em que patamares se encontram.

Uma vez que podemos estar perante alguém consideravelmente mais velho ou adulto que nunca se envolveu sexualmente e mesmo assim não possuir de maneira nenhuma num relacionamento sexual, o mesmo grau de inexperiência sexual do que uma criança ou que estes se encontram no mesmo nível

sexual. Ou pelo contrário, se um menor já possui experiência sexual não significa que quando se envolve sexualmente com um adulto, haverá menos probabilidade dos bens jurídicos tutelados serem menos lesados ou postos em causa. Ou que dessa forma não poderá haver um aproveitamento da criança, ou ainda, que a probabilidade deste acontecer diminui.

Podemos ainda pensar na situação em que a criança já tem experiência sexual mas o adulto ainda não. Perante isto, será que podemos concluir que devido ao menor já ter uma experimentação sexual superior à do adulto, se encontram no mesmo patamar ou que desta forma o menor já não pode ser alvo de um abuso por parte da pessoa adulta, por ter algo que o adulto não tem e por já equilibrado as diferenças que os separam totalmente. Ou ir mais longe e concluir também, que nestas circunstâncias poderá ser o adulto o abusado sexualmente por parte do menor. Ainda que determinada pessoa só tenha iniciado a sua vida sexual já quase na idade adulta ou só mesmo quando atingir a mesma, não significa que esta pessoa ainda não se autodeterminou sexualmente ou que a sua personalidade na mesma esfera ainda não foi desenvolvida e construída. Pois de acordo com o que dissemos anteriormente, as pessoas não deixam de se autodeterminar e desenvolver sexualmente por não terem uma experimentação sexual.

Podemos então pensar: se ambos se encontram no mesmo nível sexual, visto ambos já terem tido uma experimentação sexual, onde estará então o perigo e o conseqüente abuso? Neste sentido podemos retirar daqui que o que difere uma criança de um adulto não é a sua experiência sexual, mas sim a fase de amadurecimento e desenvolvimento, ligados às diferentes idades, em que cada um se encontra. Não significando que uma criança que já não seja virgem não se encontre numa fase de desenvolvimento da sua sexualidade esperado para a sua idade. Ou ainda, que por transportar esta experiência sexual apresenta um desenvolvimento no mesmo domínio que a permite reconhecer mais facilmente um presumível abusador, ou então que quando estivermos perante uma situação de abuso sexual este não será tão grave como se estivéssemos perante uma criança que ainda fosse virgem.

Mais uma vez, sabemos que por certo a experiência sexual que trazem consigo influenciará esta fase, mas não pode ser visto como algo decisivo e conseqüentemente atenuante numa situação abusiva, na medida em que quando

uma criança já não seja virgem aquando do envolvimento sexual com um adulto, este abuso seja atenuado por tal aspeto. Com isto queremos dizer que independentemente da experiência sexual da criança, esta deve ser sempre protegida na mesma dimensão do que uma criança ainda virgem, não se atenuando a punição do abuso sexual com base nesta razão. Não é só a atividade sexual que influencia um desenvolvimento da personalidade, amadurecimento e progresso da autodeterminação na infância e juventude, visto que a barreira diferenciadora e definidora de uma criança e um adulto continua intocável.

Esta formação e crescimento continua a seguir o seu curso e transformações, continuando os bens jurídicos em causa suscetíveis de serem lesados ou pelo menos postos em causa aquando de um envolvimento sexual. Este envolvimento sexual, mesmo não sendo o primeiro, não afasta as afetações decorrentes de um abuso. A criança continua na mesma fase de desenvolvimento em que se encontrava antes da primeira atividade sexual com alguém da sua idade, os bens jurídicos a tutelar continuam a ser os mesmos, o perigo de lesão desses bens e as respetivas afetações decorrentes e intrinsecamente ligadas a essa lesão, mantêm-se. Desta forma, este continua a decorrer fora do tempo adequado e apropriado.

Um envolvimento sexual que envolva uma criança não deve envolver um adulto ou alguém consideravelmente mais velho que ela, assim sendo quando isto acontece, mesmo que ela já tenha tido outras atividades sexuais continua a manter-se lesivo. Aquela criança ainda não atingiu o necessário para se encontrar preparada para um envolvimento sexual com alguém que está numa posição superior à sua em todos os níveis. Entendemos que no percurso sexual de uma criança não nos interessa proteger a sua castidade, pois o direito penal não pode ter esse objetivo quando estabelece tal tutela. Isto porque quando queremos proteger a autodeterminação e liberdade sexuais de uma criança, como o direito a ela amadurecer e desenvolver-se de forma livre e adequada, temos de colocar de lado a preocupação pela castidade dela e ter apenas em mente os bens jurídicos que efetivamente carecem de uma tutela penal, isto é, não é sobre esta questão que se centra a norma penal em causa e a nossa posição.

Não achamos que o que se pretende é implementar ou incutir a castidade às crianças, pois a proteção que lhes é dada não é a pensar na obrigação de

que elas têm de ser virgens, mas sim no percurso que as mesmas têm de percorrer a nível sexual e garantir que tal percurso seja feito corretamente e longe de um aproveitamentos a esse nível. Com isto queremos dizer que o que move esta tutela penal não é a imposição de que alguém compreendida nestas idades tenha de permanecer virgem, mas sim, as situações que levarão à corrupção da sexualidade de uma criança. Quando queremos proteger uma criança de pessoas adultas com o propósito de abusar da sua sexualidade e incluímos a sua castidade como algo a proteger, quando esta não existe, vai trazer afetações para a forma como se analisa o cenário de um abuso sexual.

Como na verdade nada fica a faltar a uma criança quando ela deixa de ser virgem, pelo motivo de que tudo o que se quer tutelar mantém-se intacto e é assim que deve ser interpretado face a um abuso sexual. Esta criança que deixou de ser virgem continua a ser vulnerável, frágil, acessível, manipulável e facilmente convencida de uma situação que não corresponde a uma verdadeira realidade afectiva, pois ainda assim continua a ser vista como um instrumento para a realização sexual de alguém e acima de tudo continua a ser usada como um instrumento para a realização sexual de alguém muito mais velho ou adulto.

Interessa-nos as afetações que advirão de um envolvimento sexual com alguém que tem a responsabilidade e o perfeito conhecimento do que consiste um abuso sexual de crianças. E que ao avançar com os seus interesses e preferências sexuais sob uma criança estará a incorrer num abuso sexual da mesma, quer aquela tenha uma vasta ou nenhuma experiência sexual. Por isso, qualquer expressão da sua sexualidade que recaia sobre bens juridicamente tutelados, será punida independentemente das suas vivências sexuais. Pois o que o define como adulto em nada é influenciado por isto.

Algo que temos de ter em mente é que quando colocamos o assunto na perspectiva do aproveitamento ou não da experiência sexual, estamos a condicionar aquele abuso a essa situação e temos de deixar claro que há um abuso mesmo que uma criança não seja virgem. No crime de abuso sexual de crianças não está em causa um aproveitamento da sua inexperiência sexual, mas sim um aproveitamento das características que fazem com que, como criança, seja facilmente vista e utilizada sexualmente. Logo, a necessidade de proteger a sua liberdade e autodeterminação sexuais e a construção da sua personalidade na mesma vertente, continua a existir. E o facto de se envolver sexualmente com

outro menor em nada muda isso, ou pelo menos não deveria ser visto como uma mudança que a prepara para se relacionar sexualmente com outros parceiros, já com idades mais avançadas em relação à dela. Temos de nos perguntar o seguinte:

Afinal o que deixa de caracterizar uma criança como tal depois de ela se envolver sexualmente antes dos 14 anos? Que mudanças significativas traz para o seu desenvolvimento, amadurecimento e capacidade para decidir a nível sexual, que seja motivo para se alterar ou mesmo diminuir a tutela anteriormente dada à sua sexualidade? O art. 171.º, n.º 2 do C.P. não visa proteger a castidade ou virgindade do menor, mas sim protegê-lo de um aproveitamento e coisificação da criança. Sendo assim, a experiência sexual do menor não deveria relevar neste âmbito e mais importante de que o pensamento de que uma criança abaixo dos 14 anos deveria ou não ser experiente sexualmente, está o pensamento de protegê-las de verdadeiros e efetivos abusos a nível sexual. Deveria ser completamente indiferente o facto de uma vítima de um crime sexual ser sexualmente experiente e de facto é indiferente. Por isso mesmo não podemos de forma alguma concordar com a valoração dada pelo STJ a este facto, que por sua vez é completamente insignificante.<sup>154</sup>

**2.4.3.** O que retiramos daqui é que quando uma criança é abusada sexualmente e se verifica que ela já tem experiência sexual, passa a faltar-lhe algo e pressupõe-se que lhes falta a inexperiência ligada à idade que possuem. Quando se toma conhecimento deste facto, o crime de abuso sexual de crianças passa a ser visto de uma outra forma e é nisto que reside a nossa dúvida, pois não conseguimos visionar as mudanças que o STJ verificou na criança quando se demonstrou que aquando do abuso esta não já era virgem. Que apesar de ela ser protegida de forma mais intensiva pelo direito penal, devido à sua pouca idade, esta experimentação sexual que ela trouxe consigo foi superior a isso. Pois se não fosse superior, esta experiência não tinha servido de fundamentação do tribunal na redução da pena do arguido pelo crime cometido. Apesar da idade dela, do

---

<sup>154</sup> MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.], n.º 2, (2004). Pág. 24.; RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 952.; DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2. Pág. 835.

abuso cometido e das circunstâncias em que o mesmo foi cometido, a sua experiência sexual foi valorada e contribuiu para a argumentação deste tribunal superior.

Outro aspeto que também não conseguimos compreender, é o facto deste tribunal dizer que ficou demonstrado que não houve um abuso da inexperiência da menor graças ao seu passado sexual. Mais uma vez, estamos no âmbito do art. 171.º do C.P., logo o que está em causa não é um abuso da inexperiência sexual da vítima, mas uma proteção do livre e normal desenvolvimento da personalidade em particular na esfera sexual e o amadurecimento da autodeterminação sexual da menor.

O tipo penal em causa nada tem haver com um abuso da inexperiência sexual ou não da criança, uma vez que isso é tratado no âmbito do art. 173.º do C.P que pune atos sexuais com adolescentes. Mas o que está em causa no caso concreto é um crime de abuso sexual de crianças e não de atos sexuais com adolescentes onde se verifica o requisito da inexperiência sexual do adolescente, Todavia este tribunal abstraiu-se dos bens jurídicos tutelados e das razões que estão na base desta tutela penal. E salvo o devido respeito, tal juízo levado a cabo pelo STJ em relação aos pontos focados e criticados, não é lógico nem legítimo.



## Conclusão

Atualmente persiste uma discussão somente doutrinal quanto à caracterização da concordância dada pela criança para se envolver sexualmente. Tal discussão acaba por alastrar-se e interferir com outros aspetos do crime de abuso sexual de crianças, nomeadamente com os bens juridicamente tutelados pelo artigo 171.º do C.P.

No entanto, a lei e a jurisprudência direcionam-se no mesmo sentido quanto ao tipo de concordância que pode ser dada pela criança e quanto aos bens jurídicos que se encontram protegidos penalmente. E sendo assim, a concordância transmitida pela criança reveste sempre a natureza de um consentimento e não de um acordo, que por sua vez é sempre viciado e irrelevante e tal é estabelecido com base nos requisitos caracterizadores de validade e eficácia de cada uma destas figuras jurídico-penais, como nos correspondentes efeitos pratico-jurídicos.

Intrinsecamente ligado a isto encontra-se a tutela do tipo penal em causa, ou seja, verificamos que esta tutela recai de forma intensiva sobre a autodeterminação sexual da criança e sob o seu direito a desenvolver livremente a sua personalidade a nível sexual. Porém, a tutela concedida a estes bens jurídicos em nada restringe o direito atribuído a cada criança de exercer e usufruir livremente da sua liberdade sexual e uma das razões que suporta esta ideia, é o facto de consideramos que a liberdade sexual também integra os bens juridicamente tutelados neste crime sexual.

Mas a doutrina diverge e portanto divide-se em duas grandes concepções quanto a quatro questões, intercaladas entre si, sobre o crime de abuso sexual de crianças, sendo elas: os bens juridicamente tutelados, a natureza da concordância dada pela criança, os requisitos de validade e eficácia e os efeitos práctico jurídicos da concordância. Por um lado, encontramos a liberdade sexual como único bem jurídico protegido pela norma, e do outro, a autodeterminação sexual da criança e o seu direito a desenvolver livremente a sua personalidade a nível sexual. Na primeira posição doutrinal apresentada, devido ao bem juridicamente tutelado pela norma penal, estará sempre em causa um acordo, isto é, a concordância dada pela criança corresponderá sempre a um acordo. E quanto a esta figura jurídico-penal, independente e distinta do consentimento, estão subjacentes determinados requisitos tais como consciência do significado sexual da sua conduta, capacidade de avaliação da

relevância do ato sexual em causa, sendo a maturidade exigida proporcional à importância do ato sexual e inexistência de elementos estranhos no processo de formação de vontade da criança, sendo este um requisito negativo que permite definir a espontaneidade e autenticidade dessa vontade. Uma vez comprovado que tais requisitos estão preenchidos, a concordância transmitida pela criança terá de ser validada pelo ordenamento jurídico e ser considerada válida, eficaz e capaz de excluir a tipicidade das condutas sexuais praticadas. Se assim não for e porque a criança pode e deve exercer a sua liberdade sexual como bem entender, estamos perante uma grave e desnecessária restrição a esse direito, ou seja, ao exercício dessa liberdade sexual pela seu titular.

Por seu turno, deparamo-nos com uma outra apreciação doutrinal a defender que graças à pouca idade da criança e às particularidades que a caracterizam, específicas e distintivas de determinadas idades, é necessário proteger a sua autodeterminação sexual ainda não amadurecida e o seu direito de desenvolver a sua personalidade, sobretudo numa vertente sexual mas não só, de forma livre e adequada à sua idade. Assim sendo, tal como está previsto na lei penal, estará sempre em causa um consentimento e não há forma de a concordância transmitida pela criança revestir outra natureza senão a de consentimento. Também este instituto jurídico-penal exige a verificação de certos requisitos tais como a capacidade para consentir, a seriedade e a liberdade do consentimento, a anterioridade em relação à conduta, a revogabilidade a todo o tempo, a forma inequívoca da sua expressão, a disponibilidade do bem jurídico, a não oposição aos bons costumes e a idade com que é prestado, tendo sido fixada uma idade mínima de 16 anos. Como tais requisitos não poderão ser preenchidos por uma criança compreendida numa idade inferior a 14 anos, o consentimento transmitido será sempre considerado viciado, irrelevante e incapaz de excluir a ilicitude das condutas sexuais praticadas.

Não está em causa a imposição às crianças de uma abstenção sexual até que as mesmas atinjam uma determinada idade considerada adequada para envolver-se sexualmente e defendemos que perante a sua idade e o alvo que se tornam devido à mesma, tendo em conta o que as rodeia, a decisão de consentir tais atos deve ser classificada como irrelevante. No entanto, apesar de serem detentoras de liberdade sexual e terem o direito de exercê-la livremente, não podemos negligenciar que a sua autodeterminação sexual e o desenvolvimento da sua personalidade numa vertente sexual, necessitam de ser igualmente protegidos.

Como tal, se assim for necessário, protegê-las das suas próprias decisões, uma vez que esta proteção se estenderá a decisões que influenciarão principalmente o seu amadurecimento e autodeterminação sexuais, mas também a decisões com repercussões a nível emocional e psicológico.

O tipo penal em causa não se rege ou tutela somente a liberdade sexual de uma criança, porque não é este bem mais importante do que os restantes e nem mais merecedor de uma proteção consagrada na lei penal. Se não é só este bem que o menor tem na sua esfera jurídica, não deve ser este sobreposto face aos restantes, principalmente quando desta sobreposição resulta a sua lesão. Com isto queremos dizer que quando de um lado temos a proteção da autodeterminação sexual de uma criança e a construção da sua personalidade, ainda em formação, no âmbito sexual, não compreendemos as razões subjacentes à posição doutrinal que defende que a liberdade sexual de uma criança, deve ser o único bem jurídico a merecer relevância e tutela penais. Temos de procurar e examinar uma forma de conciliar a proteção daqueles bens jurídicos com a expressão da sua liberdade sexual, não restringindo a liberdade sexual, mas sobretudo não deixar que o que também deve ser tutelado, seja lesado em prol daquela.

Outra característica essencial deste crime diz respeito ao mesmo tratar-se de um crime de perigo abstrato e não de perigo concreto e tal traduz-se na simples ideia de que a gravidade da conduta sexual praticada prevalecerá sempre e independentemente dos danos resultantes da mesma.

Da análise crítica do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, restou a dúvida sobre o que é ou não relevante e essencial no crime de abuso sexual de crianças e conseqüentemente a esse entendimento surge uma atenuação do crime praticado, devido a uma série de particularidades entendidas como importantes e a ter em conta numa decisão jurisprudencial. Mas de todas essas particularidades, que fazem parte do próprio tipo penal, a mais curiosa relaciona-se com o facto deste tribunal superior deixar explícito que nada foi praticado contra a vontade da criança, quando não existem dúvidas sobre a irrelevância, consagrada explicitamente na lei, do consentimento neste crime sexual. Uma vez que é esse consentimento da criança, representativo de que nada foi feito contra a sua vontade, que caracteriza tais condutas sexuais exatamente como um crime de abuso sexual de crianças e que por sua vez o distingue de um crime de violação.



## Jurisprudência

- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 3.<sup>a</sup> Secção, de 22 de Maio de 2013 (Proc. N.º 93/09.5TAABT.E1.S1.), relatado pelo Juiz Conselheiro Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt>
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 3.<sup>a</sup> Secção, de 12 de Outubro de 2011 (Proc. N.º 4/10.5GBFAR.E1.S1.), relatado pelo Juiz Conselheiro Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt>
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 3.<sup>a</sup> Secção, de 23 de Junho de 2010 (Proc. N.º 252/09.0PBBGC.S1.), relatado pelo Juiz Conselheiro Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt>
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Julho de 2005 (Proc. N.º 05P2442), relatado pelo Juiz Conselheiro Simas Santos, disponível em <http://www.dgsi.pt>
- Ac. do Supremo Tribunal da Justiça, de 8 de Maio de 2003 (Proc. N.º 1090/03-3), SASTJ, n.º 71,104
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Abril de 2001, CJ (STJ), 2001, Tomo II, Pág. 179
- Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Outubro de 2000 (Proc. N.º 2546/2000-5.<sup>a</sup>), SASTJ, n.º 44,87
- Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Outubro de 2016 (Proc. N.º 1779/13.5JAPRT.P1), relatado pela Juíza Desembargadora Maria Dolores Silva e Sousa, disponível em <http://www.dgsi.pt>
- Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de Abril de 2003 (Proc. N.º 1044/03), relatado pelo Juiz Desembargador Barreto do Carmo, disponível em <http://www.dgsi.pt>
- Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Fevereiro de 2003 (Proc. N.º 3910/02), relatado pelo Juiz Desembargador Barreto do Carmo, disponível em <http://www.dgsi.pt>



## Bibliografia

- **Bibliografia Específica**

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – *Comentário do código penal: à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN: 978-972-54-0220-7.

ALFAIATE, Ana Rita – *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1730-8.

ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-0438X.

ANTUNES, Ferreira – A investigação criminal do abuso sexual de menores. *Revista sub judice*. Coimbra: Sub Judice. ISSN 0872-2137. n.º 26, (2003).

ARAÚJO, António – *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1349-4.

BELEZA, Teresa Pizarro – O conceito legal de violação. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. n.º 59. (1994).

– *Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996. Vol. 1.

CAMPOS, André – *O abuso sexual de crianças no código penal: críticas e sugestões*. Coimbra: Edições Minerva Coimbra, 2012. ISBN 978-972-798-318-6.

CARMO, Rui do; ALBERTO Isabel; GUERRA Paulo – *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira – *Crimes sexuais contra crianças e jovens*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Comentário conimbricense do código penal: parte especial, tomo I, artigos 131.º a 201.º*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2061-2.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Repercussões da lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista do cej*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. ISSN 1645-829X. n.º 8, (2008).

FÁVERO, Marisalva Fernandes – *Sexualidade infantil e abusos sexuais a menores*. 1.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Climepsi Editores, 2003. ISBN 972-796-086-3.

FERREIRA, M. Cavaleiro - *Lições de direito penal*. Lisboa: [s.n.]. 1987.

FIGUEIREDO, Bárbara; PAIVA, Carla – Maus tratos em amostras na comunidade: prevalência de abuso físico e sexual. *Revista infância e juventude*. Lisboa: Direção-Geral de Reinserção Social. ISSN 0870-6565. n.º 2/02, (2002).

GERSÃO, Eliana – Crimes sexuais contra crianças. *Revista infância e juventude*. Lisboa: Direção-Geral de Reinserção Social. ISSN 0870-6565. n.º 2/97, (1997).

GONÇALVES, M. MAIA – *Código penal português: anotado e comentado*. 18.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.].

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – *Código penal anotado: (arts. º 131.º a 386)*. 3.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. Vol. 1.

– *Código penal anotado: (arts. º 131.º a 386)*. 3.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0876-0. Vol. 2.

LEITE, Inês Ferreira – A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra: Coimbra. Editora. ISSN 0871-8553. n.º 1, (2011).

– *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

LOPES, JOSÉ MOURAZ – *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*. 4.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1563-2.

MOURA, Paula – Crimes contra a autodeterminação sexual: abuso sexual de crianças. *Revista maia jurídica*. [s.l.]: [s.n.]. n.º 2, (2004).

PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre - *Código penal anotado e comentado: legislação conexa e suplementar*. Lisboa: Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-72-4675-5.

RAPOSO, Vera Lúcia – *Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROXIN, CLAUDIUS – *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. ISBN: 84-470-0960-2.

- *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: [s.n.], 1979.

SANI, Ana Isabel – Abuso Sexual de crianças: características e dinâmicas. *Revista polícia e justiça*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0870-4791. [s.d.].

SOEIRO, Cristina – O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça. *Revista sub judice*. Coimbra: Sub Judice. ISSN 0872-2137. n.º 26, (2003).

- **Bibliografia Geral**

ALFAIATE, Ana Rita - *Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Vol. 3.

ALVES, Sérgio Manuel dos Reis – *Crimes sexuais: notas e comentários aos arts.º 163.º a 179.º do código penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

AMARO, Fausto – Aspetos socioculturais dos maus tratos e negligência de crianças em Portugal. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. n.s.º 35 e 36. (1988).

ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores. *Revista do cej*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. ISSN 1645-829X. n.º 8, (2008).

AZAMBUJA, Maria Reguna Fay - *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Cátia Solange – *Uma pergunta ao sistema penal: e os direitos das crianças vítimas de crimes sexuais?*. Porto: [s.n.], 2012. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro – *A adequação social da conduta no direito penal: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005. ISBN 972-8069-61-8.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa; MACHADO, Carla - Abuso sexual de menores: Intervenção nas vítimas e nos agressores. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. n.º 106. (2006).

MAGALHÃES, Teresa; VIEIRA, Duarte Nuno - *Agressões sexuais: intervenção pericial integrada*. Porto: Specan, 2013.

- Vítimas de crimes sexuais: a intervenção médico-legal na investigação criminal. *Revista sub judice*. Coimbra: Sub Judice. ISSN 0872-2137. n.º 26, (2003).
- NEVES, Sofia - *Intervenção psicológica e social com vítimas*. Coimbra: Livraria Almedina, 2012.
- REDONDO, Santiago - *Delincuencia sexual y sociedad*. 1.ª Edição. Espanha: Editorial Ariel, 2002. ISBN 84-344-7473-5.
- RAMOS, João Palma - Abuso sexual de crianças: motivação de recurso. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. n.º 131. (2012).
- RIBEIRO, Catarina João Capela - *A criança na justiça: trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- RIBEIRO, Catarina; MANITA Celina - Crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar: significados do envolvimento no processo judicial e do papel dos magistrados. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. n.º 110. (2007).
- SILVA, Karen Elódia Brito – *Abuso sexual de crianças: aspetos jurídicos a ponderar no âmbito da perícia médico-legal*. Coimbra: [s.n.], 2010. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra.
- VIEIRA, Sandra; GONÇALVES, Rui Abrunhosa - Da vitimação à perpetração nos crimes sexuais. *Revista do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. n.º 155. (2008).