

# CRIMES SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES<sup>1</sup>

Maria da Conceição Ferreira da Cunha \*

## I. INTRODUÇÃO



omeço a minha reflexão com duas questões incindivelmente relacionadas: Em que se traduz a violência de género ou, mais especificamente, a violência contra mulheres baseada no género, e porque se inserem os crimes sexuais (abrangendo os crimes sexuais contra crianças e adolescentes) na violência de género?

Uma resposta simples e direta pode encontrar-se no art. 3º al. d) da *Convenção de Istambul*<sup>2</sup>: “violência contra as mulheres baseada no género designa toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afete desproporcionalmente as mulheres”, esclarecendo, na al. f), que “mulheres” inclui as raparigas com menos de 18 anos de idade” (ou seja, crianças, segundo a definição da *Convenção dos Direitos da Criança* – art. 1º)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O presente texto resulta da minha Intervenção nas *I Jornadas Nacionais sobre Violência de Género*, com o tema: “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes” – Porto Business Scholl, dia 27/9/2016 – Organização: Ordem dos Advogados / Associação Portuguesa de Mulheres Juristas. Este texto será ulteriormente publicado nas *Atas* destas *Jornadas*.

\* Universidade Católica Portuguesa, CEID - Centro de Estudos e Investigação em Direito, Faculdade de Direito – Escola do Porto.

<sup>2</sup> *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*, aprovada em 11/5/2011, ratificada por Portugal em 21/1/2013 e que entrou em vigor a 1/8/2014.

<sup>3</sup> Para a análise do conceito de violência de género no âmbito da Convenção de Istambul, cf. SOUSA, Rita Mota, «O conceito de violência de género na Convenção de Istambul», in *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal* (org. CUNHA, Conceição Ferreira da), Universidade Católica Ed.,

Os crimes sexuais incluem-se nesta categoria, porquanto é clara a desproporção entre as vítimas do sexo feminino e as vítimas do sexo masculino. Apesar de esta desproporção ser mais evidente no caso de vítimas adultas, não deixa de se verificar também em relação a vítimas menores (crianças e adolescentes). Na verdade, as estatísticas da APAV<sup>4</sup> indicam que, aproximadamente 92,5% das vítimas de crimes sexuais são do género feminino, enquanto 94% dos autores do mesmo crime são do género masculino. Já segundo o estudo de WELCH estima-se que uma em cada seis mulheres e um em cada 33 homens são vítimas de violação ao longo da sua vida e que uma em cada seis meninas e um em cada dez meninos são vítimas de abuso sexual até atingirem os 18 anos de idade<sup>5</sup>. Por outro lado, é também clara a tendência no sentido de os agentes destes crimes sexuais serem pessoas próximas da criança/adolescente (familiares, amigos, amigos dos pais, padrastos, companheiros das mães).

É meu propósito analisar as alterações introduzidas pelas leis nº 83/2015 e nº 103/2015 nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes<sup>6</sup>, em cumprimento da *Convenção de Istambul*, da *Convenção de Lanzarote*<sup>7</sup> e da *Diretiva 2011/93/EU do Parlamento Europeu e do Conselho*, sendo certo que algumas destas

---

Porto, 2016, pp. 263 e ss..

<sup>4</sup> *Estatísticas da APAV 2013-2015*, in [http://www.apav.pt/apav\\_v3/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Crimes\\_Sexuais\\_2013-2015.pdf](http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Crimes_Sexuais_2013-2015.pdf), consultado dia 9/5/2017.

<sup>5</sup> WELCH, Jan ; F.M; «Rape and Sexual Assault», in *BMJ Journal*, 2007, 334, pp. 1154-1158.

<sup>6</sup> Porém, não pude tratar (na minha intervenção oral) de todas as alterações, tendo de fazer algumas escolhas, escolhas essas que mantereí agora, embora com um ou outro aprofundamento que, então, não pude desenvolver. Assim, não analisarei tipos legais de crime em que as alterações são de fácil compreensão: é o caso do art. 174º (recurso à prostituição de menores), em que se eliminou a possibilidade de punição com pena de multa e do art. 175º (lenocínio de menores), em se elevou o limite máximo da moldura legal (do nº1), de 5 para 8 anos. Por outro lado, também não analisarei (a não ser incidentalmente, quando vier a propósito de outras questões) as alterações ao art. 177º (agravantes), nem a eliminação do art. 179º e a criação dos arts. 69º B e C, pois esta alteração, pelos problemas complexos que convoca, justificaria um outro estudo.

<sup>7</sup> *Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual de Crianças*, assinada por Portugal em 25/10/2007 e que entrou em vigor em 1/7/2011.

alterações incidem sobre os crimes sexuais em geral (ou seja, quer as vítimas sejam maiores quer sejam menores de idade).

Porém, não é possível fazer uma reflexão acerca destas alterações sem atender à *ratio* destes crimes – é necessário partir do bem jurídico, que deverá iluminar a interpretação dos tipos legais de crime, para melhor os compreender.

## II. BEM JURÍDICO TUTELADO NOS CRIMES SEXUAIS

Pode considerar-se que o desenho típico e a inserção sistemática dos crimes sexuais espelham de modo muito impressivo o tipo de sociedade, as suas valorações e o seu estágio evolutivo. Paradigmática da alteração da sociedade portuguesa (das suas valorações) foi a reforma de 1995 relativamente aos crimes sexuais. Se na versão original do Código Penal, em 1982, os crimes sexuais ainda eram considerados como crimes contra os “fundamentos ético-sociais da vida social”, relacionados com “os sentimentos gerais de moralidade sexual”, com a reforma de 1995 passaram a ser inseridos nos crimes contra as pessoas, mais especificamente, “contra a liberdade e a autodeterminação sexual” (Livro II, Título I, Cap. V do CP).

A tutela da moralidade sexual deu lugar à tutela da liberdade sexual<sup>8</sup>, quer na sua vertente positiva – liberdade para as pessoas se relacionarem sexualmente de acordo com a sua vontade livre – quer negativa – liberdade para recusar relacionamentos sexuais.

---

<sup>8</sup> Sobre esta alteração de perspetiva, *cf.* por todos: DIAS, Jorge de Figueiredo / CAEIRO, Pedro «Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual», in *Polis*, 2ª ed. Verbo, 1997, p. 1394; DIAS, Jorge de Figueiredo «Nótula antes do artigo 163º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Vol. I, 2ª ed., 2012, pp. 708 e ss.; BELEZA, Teresa Pizarro «A revisão da Parte Especial do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, individualismo», in PALMA, Fernanda / BELEZA, Teresa Pizarro (org.), *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, AAFDL, 1998, pp. 110 e ss.; ANTUNES, Maria João «Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e autodeterminação sexual», *BFDUC*, vol. LXXXI, 2005, pp. 57 e ss..

Porém, relativamente a menores há importantes especificidades, considerando a sua imaturidade e vulnerabilidade, tendo de se ponderar a partir de que idade haverá capacidade para consentir livre e conscientemente em relacionamentos sexuais. Assim, há que considerar o bem jurídico “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”<sup>9</sup>. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, que subscrevo, há “condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coação, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade”<sup>10</sup>.

Esta *revolutio* quanto ao bem jurídico a tutelar está em sintonia com as valorizações de uma sociedade democrática e pluralista, espelhadas na nossa Constituição: a intervenção penal, atentos os princípios da dignidade e necessidade penal (art. 18º nº 2 da CRP), não pode fundar-se na tutela de uma determinada moral sexual, mas sim na proteção de bens jurídicos fundamentais, como é a liberdade e autodeterminação sexual, ínsitos no direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade e tendo como fundamento último a dignidade da pessoa humana (arts. 25º nº 1, 26º nº 1 e 1º da CRP)<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, afirmando que o bem jurídico a tutelar é também “a liberdade e autodeterminação sexual”, mas “ligado a um outro bem jurídico, a saber, o do livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual” («Nótula antes do art. 163º», in *Comentário Coinimbricense do Código Penal*, Dir. por DIAS, Jorge de Figueiredo, Vol. I, Coimbra Ed., 2012, Vol. I, p. 711, § 6).

<sup>10</sup> «Comentário ao art. 171º», in *Comentário ...cit.*, p. 834, § 5.

<sup>11</sup> No sentido da íntima relação entre tipo de Estado e Direito Penal, assim como no sentido do respeito pelos princípios da dignidade e necessidade penal, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, referindo-se a uma “analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo de uma aceitável e necessária atividade punitiva do estado» (já in «Os novos rumos da política criminal», *ROA*, 1983, n. 43), ideia que continuou a defender em ulteriores trabalhos, por último, in «O Direito Penal do Bem Jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito», *RLJ*, Ano 145, nº 3998, maio-junho de 2016, pp. 250 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa «A dignidade e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *RPCC*, Ano 2, Fasc. 2, 1992, pp. 173

Esta concepção está ainda em sintonia com os instrumentos internacionais, mormente com a *Convenção de Istambul*, que, no seu art. 36º, impõe a criminalização de condutas intencionais que lesem esta liberdade sexual: “a penetração vaginal, anal ou oral *não consentida*, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objeto” (al. a), “outros atos de carácter sexual *não consentidos* com uma pessoa” (al. b), “obrigar outra pessoa a praticar atos de carácter sexual *não consentidos* com outra terceira pessoa”, esclarecendo ainda que “o consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolvidas” e que tal criminalização deverá abranger “condutas contra atuais ou ex-cônjuges ou parceiros”.

### III LIBERDADE SEXUAL E RELEVÂNCIA DO DISSSENTIMENTO DA VÍTIMA

Apesar do consenso em torno do bem jurídico liberdade sexual, os crimes de violação e de coação sexual<sup>12</sup>, que constituem o “núcleo da proteção da liberdade sexual”<sup>13</sup>, suscitavam dúvidas importantes quanto à extensão da sua tutela a este bem jurídico.

O problema residia no facto de estes crimes (arts. 163º e 164º<sup>14</sup>) tipificarem os meios de constrangimento e não haver consenso quanto à interpretação destes meios, *i.e.*, o conceito de violência e de ameaça grave não era (não é) unívoco.

---

e ss. e o meu *Constituição e Crime – uma perspetiva da criminalização e da descriminalização*, Universidade Católica Editora, Porto, 1995, esp. pp. 195 e ss..

<sup>12</sup> Note-se que estes tipos legais de crime referem os mesmos meios de constrangimento da vítima, apenas se distinguindo quanto aos atos criminalizados: atos sexuais de relevo no art. 163º e atos sexuais de especial relevo (cópula e atos equiparados à cópula) no art. 164º. Para facilitar a redação deste texto referimo-nos a relacionamentos sexuais para abranger ambos os atos sexuais de relevo.

<sup>13</sup> FIGUEIREDO DIAS, «art. 163º», in *Comentário...cit.*, p. 716, § 5.

<sup>14</sup> Do CP (Código Penal). Sempre que me refiro a um artigo sem indicação da sua proveniência, trata-se do Código Penal.

Se para uns o relacionamento sexual contrariando o dissenhimento da vítima já deveria ser considerado violento<sup>15</sup>, para outros só haveria violênciã no caso de a vítima opor clara resistênciã (exigindo-se uma luta entre agente e vítima) e, segundo uma interpretação “intermêdiã”, não se deveria exigir esta luta, esta resistênciã ativa, mas sim um “plus” de força física do agente, não bastando a sua atuação *apesar* do dissenhimento da vítima<sup>16</sup>. À disparidade de interpretações doutrinãis corresponderiã igual disparidade jurisprudencial, conduzindo a decisões muito polêmicas, como a do Acórdão do Tribunal da Relaçã do Porto de 13/4/2011<sup>17</sup>, que absolveu o agente (psiquiatra da vítima), por não se ter provado a “resistênciã da vítima”, a luta entre agente e vítima, apesar de esta estar grãvida e deprimida e ter havido aquele “plus” de força física<sup>18</sup>. Em sentido idêntico pode ainda referir-se o Acórdão do STJ de 11/1/1996, considerando que uma bofetada não é meio idôneo para constringer a vítima a um relacionamento sexual (e mesmo apesar de a vítima ter apenas 14 anos de idade<sup>19</sup>).

---

<sup>15</sup> Neste sentido, SOTTOMAYOR, Clara, «O conceito legal de violaçã: um contributo para a doutrina penalista», *Revista do Ministério Pùblico*, 128, Out-Dez. de 2011, pp. 273 e ss. e os Ac. da Relaçã do Porto de 6/3/91, p. 70; CJ 2-1991, p. 287; Ac. da Relaçã de Coimbra de 17/2/93, CJ 1-1993.

<sup>16</sup> Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, «art. 163º», in *Comentário...cit.*, p. 726, §§ 23 e 24.

<sup>17</sup> Processo 476/09.0PBBGC.P1: “O agente só comete o crime se, na concretizaçã do ato sexual, ainda que tentado, *se debater com a pessoa da vítima*, de forma a poder-se falar de “violênciã” (sumário, ponto II, sublinhado meu). Criticamente quanto a este Acórdão *vide* BELEZA, Teresa Pizarro, «A violênciã das coisas», in [www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf](http://www.fd.unl.pt/anexos/4199.pdf); SOTTOMAYOR, Clara, «O conceito legal de violaçã.. *cit.*», pp. 273-318 e CUNHA, M. Conceiçã Ferreira da «Conceito de violênciã no crime de violaçã», *Revista Portuguesa de Ciênciã Criminal*, ano 21, nº 3 Julho/Set. de 2011, 464 e ss.

<sup>18</sup> Em meu entendimento, pois o agente “agarrou a vítima” e deu-lhe um encontrão.

<sup>19</sup> Note-se, como adiante melhor se explicarã, que a proteçã absoluta em razã da idade (e, assim, a tutela penal mesmo face a um relacionamento “consensual”) só abrange menores até aos 14 anos. No entanto, todo o contexto e, em especial, a vulnerabilidade da vítima em razã da sua idade, deveria ter sido tomado em consideraçã...E, de qualquer modo, uma bofetada parece-me que deveria ser sempre considerada como um ato violento (compare-se com o crime de roubo, em que o esticão vem

Por outro lado, o conceito de “ameaça grave”, enquanto meio de constrangimento, também não era (não é) totalmente pacífico, havendo interpretações mais e menos exigentes – quer no sentido de abranger ameaças menos graves do que as suscetíveis de integrar o crime de coação (art. 154º), quer em sentido inverso<sup>20</sup>. Não poderei aprofundar esta questão, mas gostava de salientar a importância do contexto (onde se inclui, evidentemente, a idade da vítima), não vendo motivo para se afirmar, como regra, que se deva ser mais exigente na interpretação deste conceito para integração do crime de violação do que na interpretação da «ameaça com mal importante» do crime de coação (art. 154º).

É verdade que, no nº 2 dos arts. 163º e 164º, estava inserida a denominada coação- assédio e violação-assédio<sup>21</sup>, contemplando o constrangimento a relacionamento sexual por meio de abuso de autoridade resultante de relação familiar, de tutela ou curatela ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, quer pelo aproveitamento de temor que o agente causou.

Porém, mesmo tendo em consideração esta criminalização, a liberdade sexual não estava tutelada em toda a sua extensão – desde logo, como já se afirmou, para parte significativa da doutrina e da jurisprudência a atuação do agente, contrariando o dissentimento da vítima, não relevaria, tal como chantagens ou ameaças que não atingissem o patamar da ameaça grave, a menos que se provasse a existência daquele tipo de relações abusivas ou de dependência ou do aproveitamento de temor<sup>22</sup>.

---

sendo considerado violência para efeitos de aplicação do art. 210º - cf. CUNHA, M. Conceição Ferreira, «art. 210º», in *Comentário...cit.*, Vol. II, 1ª ed., § 5 e §§ 24 e ss.).

<sup>20</sup> Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo, «Comentário ao art. 163º», in *Comentário...cit.*, vol. I, p. 728, §27.

<sup>21</sup> Desde a revisão de 1988 – lei nº 65/98 -, com o alargamento introduzido pela lei nº 59/2007.

<sup>22</sup> Saliente-se que, se este segmento da norma fosse criteriosamente aplicado (“aproveitamento de temor”), já cobriria grande parte das situações dignas de tutela; no entanto, a prova destas situações é difícil e a pena prevista era leve face à gravidade da situação.

Tanto basta para demonstrar a necessidade de uma alteração legal que conduzisse a uma clara tutela da liberdade sexual em toda a sua extensão, tal como é imposto pelo já referido art. 36º da *Convenção Istambul* – isto é, todo o relacionamento sexual que não seja livremente consentido deve ser criminalizado.

Foi com este propósito que a lei nº 83/2015 veio alterar o nº 2 dos arts. 163º e 164º. Embora o nº 1 se tenha mantido inalterado (com referência aos mesmíssimos meios de constrangimento), o nº 2 passou a criminalizar “quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa...” a relacionamento sexual<sup>23</sup>. Por outro lado, as relações que estavam previstas no anterior nº 2 estão agora previstas como agravantes no art. 177º nº 1 al. b), tendo-se acrescentado a relação de coabitação, em cumprimento do previsto no art. 46º al. a) da *Convenção de Istambul*.

Previu-se, assim, no atual nº 2 dos preceitos em análise, um crime de execução livre, pois não estão tipificados os meios de constrangimento. Tendo em consideração a importância do bem jurídico liberdade sexual (que encontra a sua fonte em valores e princípios constitucionais) e as imposições da *Convenção de Istambul* (art. 36º), penso que neste constrangimento “por meio não compreendido no número anterior” se deve inserir o dissentimento expresso por qualquer forma concludente, de acordo com o contexto envolvente, assim como o consentimento não livre (constrangido) – p. ex., por ameaças que não alcancem o patamar da “ameaça grave”, chantagens, meios enganosos ou fraudulentos, pois em todos estes casos não há um consentimento livre. No entanto, talvez tivesse sido preferível a opção por uma redação mais próxima da da *Convenção de Istambul* (tal como estava previsto no Projeto do BE<sup>24</sup> e no Parecer da APMJ<sup>25</sup>), com referência expressa à falta de consentimento livre

---

<sup>23</sup> Trata-se, tal como no nº 1, dos atos sexuais de relevo, no art. 163º, e dos atos sexuais de especial relevo (cópula e atos equiparados), no art. 164º.

<sup>24</sup> Projeto de Lei nº 664/XII/4ª.

<sup>25</sup> APMJ, *Parecer sobre os Projetos de Lei nºs 661/XII, 664/XII e 665/XII*, nº Ref.



da vítima.

Por outro lado, podem subsistir algumas dúvidas quanto ao conceito de violência e de ameaça grave do nº 1 (dos arts. 163º e 164º). No entanto, com o atual nº 2, penso que no nº 1 se deverá exigir aquele “plus” de força física<sup>26</sup> ou alguma ameaça de gravidade equiparável às ameaças do art. 154º<sup>27</sup>, deixando os casos menos graves para o nº 2.

#### IV QUAL O RELEVO DO DISSENTIMENTO DE MENORES?

No nosso Código Penal os crimes sexuais estão divididos em duas secções: na primeira (arts. 163º a 170º) as vítimas podem ser adultos ou crianças, havendo agravantes no caso de serem menores de 16 anos (art. 177º nº 6) ou menores de 14 anos (art. 177º nº 6)<sup>28</sup> e, na segunda (arts. 171º a 176º), tutelam-se apenas vítimas menores, estando em causa condutas que, se praticadas entre adultos, ou não seriam crimes ou seriam crimes de menor gravidade. Trata-se, assim, da tutela da especial vulnerabilidade das crianças e adolescentes, criminalizando-se comportamentos aparentemente consensuais, não podendo este “consenso” ser considerado livre, tendo em conta a falta de capacidade da vítima para o prestar. Saliente-se que o nosso Código Penal estabelece ainda uma graduação da tutela consoante a idade do menor. A tutela de menores de 14 anos é absoluta (*vide* art. 171º), considerando-se que abaixo desta idade inexistente capacidade para consentir em relacionamentos sexuais, sendo estes

---

04/15 – C. Istambul, Lisboa, 26/3/2015, in [www.apmj.pt](http://www.apmj.pt) ;

<sup>26</sup> A exigência de luta entre agente e vítima não encontra qualquer apoio na lei.

<sup>27</sup> Mas, neste âmbito, é fundamental a referência ao caso concreto – pois o contexto tem influência determinante na consideração do que deverá ser ou não tido como grave. Importante, a este propósito, o Ac. da Relação de Coimbra de 3/2/2016; proc. nº 9/14.7 GCTND.C1, considerando (e bem, em minha opinião), que a ameaça de divulgação de fotografias íntimas via *internet* configura uma ameaça grave.

<sup>28</sup> Em sintonia com o art. 46º d) da *Convenção de Istambul*.

suscetíveis de prejudicar o livre desenvolvimento da personalidade da criança<sup>29</sup>; já entre os 14 e os 18 anos a tutela reporta-se apenas a certo tipo de comportamentos mais graves ou abusivos (p. ex. art. 172º, art. 174º), também suscetíveis de perturbar o desenvolvimento da personalidade do jovem, ainda em formação.

Sendo os crimes de coação sexual (art. 163º) e de violação (art. 164º) também aplicáveis a menores (com as agravantes em razão da idade), pergunta-se: qual a importância da alteração referida, no sentido de dar relevo a todo o tipo de constrangimento da vítima, no âmbito dos crimes praticados contra menores?

Concretizando a questão: Se um adulto tiver um relacionamento sexual (por exemplo, relação de cópula) com uma menina de 12 anos ou 13 anos de idade, que dissentiu e/ou sofreu pressões ou ameaças (não graves), aplica-se o art. 171º nº 2 ou o art. 164º nº 2 agravado em razão da idade (art. 177º nº 7)?

Faz sentido dar relevância ao dissentimento da menina, apesar da sua incapacidade para consentir? Capacidade para consentir e capacidade para dissentir são totalmente sobreponíveis e equiparáveis?

Sem poder aprofundar estas questões, no presente contexto<sup>30</sup>, sempre direi que me parece que estas capacidades não são totalmente equiparáveis, conduzindo (em regra) o dissentimento da vítima adolescente (ou mesmo criança) a um mais severo juízo de desvalor da conduta do agente, embora tal possa

---

<sup>29</sup> É claro que estou a referir-me a comportamentos sexuais entre um menor de 14 anos e um adulto (ou melhor, um imputável penalmente – art. 19º; sobre o problema da idade da imputabilidade penal, *cf. infra* nota 85). Já os comportamentos sexuais entre menores inimputáveis requerem um tratamento autónomo, devendo distinguir-se ainda consoante se trate de um relacionamento paritário ou de um relacionamento abusivo em razão da diferença de idade, força física, maturidade, etc. Neste caso, poderá ser necessária a intervenção de medidas previstas na Lei Tutelar Educativa.

<sup>30</sup> Para mais desenvolvimentos sobre esta questão *cf.* o meu «Do Dissentimento à falta de capacidade para consentir», in *Combate à Violência de Género...cit.*, em especial pp. 152 e ss..

ser considerado na determinação da pena concreta (no âmbito da mesma moldura legal).

Ora, o art. 177º nº 6 e nº 7, quando prevê as agravantes em razão da idade, não excepciona o nº 2 dos arts. 163º e 164º. Sendo assim, esta conduta preenche o art. 164º nº 2, agravado pelo art. 177º nº 7, em razão da idade. Porém, não deixa de preencher também o art. 171º nº 2 (abuso sexual de crianças). Nesta relação de concurso aparente deveria aplicar-se o art. 164º nº 2 agravado em razão da idade, uma vez que se verifica o requisito do constrangimento da vítima (pois esta dissentiu ou sofreu pressões<sup>31</sup>). Porém, se compararmos a moldura do art. 171º nº 2 com a do art. 164º nº 2 agravado em razão da idade, verificamos que aquela é mais severa, devendo, então, ser aplicada<sup>32</sup>. O mesmo raciocínio vale para a relação entre o art. 163º nº 2 agravado pelo art. 177º nº 7 e o art. 171º nº 1.

Não me parece que esta solução tenha sido devidamente ponderada pelo legislador, pois, se tivesse querido contemplar os casos de dissentimento de menor de 14 anos, não seria certamente no sentido da atenuação da pena, mas no da sua agravação... Na verdade, melhor seria ter previsto a agravante em razão da idade (art. 177º nº 7) apenas para o nº 1 destes artigos (163º e 164º<sup>33</sup>), deixando que o fator dissentimento funcionasse como agravante no âmbito da determinação da pena concreta do art. 171º, evitando (ou atenuando), assim, a dúvida equacionada<sup>34</sup>.

Também problemática é a inserção da situação de um/a

---

<sup>31</sup> Note-se, porém, que será raro não haver pressões, mesmo que subtile ou veladas, nestes casos de relacionamento sexual entre um adulto e uma criança...

<sup>32</sup> Há aqui uma espécie de consunção impura.

<sup>33</sup> Neste caso, havendo violência ou ameaça grave, a punição pelo art. 163º nº 1 ou 164º nº 1 (consoante os atos praticados), agravado em razão da idade (art. 177º nº 7), conduz a uma punição superior à do art. 171º nº 1 ou nº 2, o que faz todo o sentido.

<sup>34</sup> No entanto, o facto de os arts. 163º e 164º (no seu todo) não se reportarem apenas a vítimas adultas podia deixar subsistir a dúvida – embora fosse mais facilmente resolúvel se a agravante em razão da idade não abrangesse também o nº 2 dos tipos legais em análise.

jovem (entre os 14 e os 18 anos) que dissente ou consente devido a pressões/ameaças (não graves)<sup>35</sup> de um adulto de quem depende (por exemplo, por ser o próprio pai ou tutor).

Note-se que o art. 172<sup>o36</sup> criminaliza relacionamentos sexuais entre um jovem e a pessoa encarregada da sua educação (pessoa a quem o menor foi “confiado para educação ou assistência”), exatamente por se considerar que a relação de dependência aliada à idade da vítima (fase de formação da sua personalidade), por si só, já inquina a vontade/liberdade do jovem. Assim, o art. 172<sup>o</sup> encontra a sua *ratio* no consentimento viciado pela relação de dependência da vítima em relação ao agente. Deste modo, os casos de dissentimento parece que seriam resolvidos pelos arts. 163<sup>o</sup> nº 2 ou 164<sup>o</sup> nº 2, agravados em razão da idade, se a vítima fosse menor de 16 anos (art. 177<sup>o</sup> nº 6); já as situações de pressões/ameaças aliadas à relação de dependência parece que se poderiam incluir numa ou na outra incriminação...

Neste caso, porém, a moldura do art. 164<sup>o</sup> nº 2 agravada em razão da idade (se a vítima for menor de 16 anos – art. 177<sup>o</sup> nº 6) é ligeiramente mais severa do que a do art. 172<sup>o</sup> nº1. No entanto, se os atos praticados forem os do art. 163<sup>o</sup> (atos sexuais de relevo), a moldura do art. 172<sup>o</sup> nº1 já é superior à do art. 163<sup>o</sup> nº 2 agravada em razão da idade (art. 177<sup>o</sup> nº 6). Tratando-se de relações de concurso aparente penso que se deverá aplicar sempre a moldura mas grave. Mas, mais uma vez, creio que esta situação não foi ponderada pelo legislador...Um relacionamento sexual em que, para além da relação de dependência da vítima, há dissentimento da vítima ou pressões do agente, revela um maior desvalor, devendo conduzir a uma agravção da pena. Assim, faria sentido tomar em consideração estas circunstâncias,

---

<sup>35</sup> Sempre que a ameaça se puder considerar grave já estaremos perante o nº 1 do art. 164<sup>o</sup> ou do art. 163<sup>o</sup> (consoante os atos praticados) com a agravante em razão da idade (art. 177<sup>o</sup> nº 6).

<sup>36</sup> Saliente-se que, com a lei 103/2015, a tentativa passou a ser punida em relação a todas as modalidades deste crime e a moldura do nº 3 foi agravada (pena até 5 anos de prisão).

como agravantes, na determinação concreta da pena, ou, até, prever estas hipóteses como agravantes da moldura legal, no âmbito do próprio art. 172º, ao invés do recurso a este jogo de tipos legais de crime, para nuns casos se concluir pela aplicação da moldura do art. 172º nº 1 e, noutros, pela moldura do art. 164º nº 2...

Por fim, que dizer de uma situação em que um adulto tem um relacionamento sexual com um/a jovem de 14 ou 15 anos de idade, que dissentiu, ou que foi pressionada por este adulto, por meio de ameaças (que não cheguem a atingir o patamar da ameaça grave<sup>37</sup>)? Neste caso parece mais clara a aplicabilidade do art. 163º nº 2 ou do art. 164º nº 2, agravado em razão da idade (art. 177º nº 6), o que conduz a uma moldura superior à do art. 173º<sup>38</sup>. E será assim mesmo que se possa afirmar também o abuso de inexperiência da vítima (no sentido de abuso da sua vulnerabilidade<sup>39</sup>), pois, na verdade, a cedência às pressões do agente (por exemplo) pode estar relacionada (em regra estará) com a vulnerabilidade da vítima... Porém, delimitar o campo de atuação destes tipos legais de crime afigura-se problemático: saber se houve pressões/constrangimentos que remetam o caso para o nº 2 do art. 163º ou do art. 164º ou, ao invés, se se tratou de um abuso de inexperiência a inserir no art. 173º não será tarefa fácil. Na verdade, o abuso de inexperiência não pressuporá sempre algum grau de constrangimento/pressão? Já o dissentimento da vítima não será compatível com o abuso de inexperiência, pois este parece pressupor a cedência da vítima... O abuso de inexperiência consiste, exatamente, em usar a vulnerabili-

---

<sup>37</sup> Pois, neste caso, estaria claramente preenchido o nº 1 do art. 163º ou o nº 1 do art. 164º, agravado em razão da idade (art. 177º nº 6).

<sup>38</sup> Note-se que a Lei nº 103/2015 previu a punibilidade da tentativa e eliminou a possibilidade de punição com pena de multa.

<sup>39</sup> Penso que é neste sentido que se deve interpretar o conceito “abuso de inexperiência”; sobre este conceito, com recurso a vários exemplos jurisprudenciais e a doutrina sobre a matéria cf. PACHECO, Beatriz, *O crime de atos sexuais com adolescentes*, Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Porto, Universidade Católica, 2012, in *Veritati - Repositório Institucional* da Universidade Católica Portuguesa.

dade/inexperiência da vítima para conseguir a sua adesão ao propósito do agente.

## V A CRIMINALIZAÇÃO DAS “PROPOSTAS DE TEOR SEXUAL” (ART. 170º) E SEU REFLEXO NOS CRIMES CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O alargamento do crime de importunação sexual (art. 170º) às “propostas de teor sexual”, pela Lei nº 83/2015, tem gerado polémica<sup>40</sup>. Sem podermos, aqui e agora, aprofundar esta polémica, sempre direi que a identificação/designação deste problema com a criminalização do “piropo” acaba por confundir mais do que esclarecer... Pois, do que se trata não é (não poderia ser por clara violação dos princípios dignidade e da necessidade penal) da criminalização de expressões ou convites de teor elogioso (para onde nos remete a palavra “piropo”), mas, tal como refere o art. 40º da *Convenção de Istambul*, que esteve na origem desta criminalização, de “comportamentos indesejados de natureza sexual, *sob forma verbal*<sup>41</sup>, não verbal ou física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo”. Ou seja, creio que só poderão estar em causa comentários ou propostas de teor sexual humilhantes, intimidantes, ofensivos, degradantes. Porém, a formulação legal

---

<sup>40</sup> Sobre esta neocriminalização, em sentidos diversos, SOTTOMAYOR, Maria Clara, «Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos», *Combate à Violência...cit.*, pp. 69 e ss; CAEIRO, Pedro/FIGUEIREDO, José Miguel, «Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau», Tong Io Cheng e Hugo Duarte Fonseca (coords.), *Um Diálogo Consistente: Olhares Recentes Sobre Temas do Direito Português e de Macau*, Vol. I, AE-LJM Macau, 2016, pp. 160 a 207.

<sup>41</sup> Saliento a palavra “verbal”, pois o nosso art. 170º já se referia às outras formas de importunação sexual, tendo-se procedido, assim, à inserção do segmento: “propostas de teor sexual”. Por outro lado, o art. 40º da *Convenção de Istambul* não impõe a criminalização, mas o sancionamento (penal ou não penal) destes comportamentos.

não terá sido a mais feliz para alcançar este propósito (circunscrevendo corretamente os comportamentos), quer porque nem todos estes comentários serão rigorosamente “propostas”<sup>42</sup>, nem todas as propostas/convites serão humilhantes ou degradantes<sup>43</sup>... Todavia, uma interpretação guiada pelo bem jurídico liberdade sexual (em sentido negativo), relacionado com o elemento “importunação” e “constrangimento” da vítima, poderá conduzir a uma adequada aplicação da lei penal<sup>44</sup>.

Se esta criminalização, no caso de vítimas adultas, é polémica, creio que tal polémica não abrangerá vítimas menores de 14 anos. A criminalização das “propostas de teor sexual” relativamente a menores de 14 anos decorre da remissão que é feita do art. 171º nº 3 al. a) para o art. 170º. Se se considera que abaixo desta idade (14 anos) não há capacidade para consentir livremente em relacionamentos sexuais, fará todo o sentido que sejam criminalizadas as propostas de teor sexual, criminalização

---

<sup>42</sup> Embora, segundo um sentido mais alargado do termo, ainda aqui possam ser incluídas sugestões e comentários.

<sup>43</sup> A APMJ, no seu *Parecer*, havia sugerido uma formulação para o art. 170º (no seu todo) mais próxima do referido art. 40º da *Convenção de Istambul* (no entanto, trata-se de uma formulação que encontra afinidades com o atual crime de perseguição): «Quem, com uma conduta indesejada de natureza verbal, não verbal ou física, agir de forma a perturbar ou constranger uma pessoa, afetar a sua consideração, ou lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador...». Outra hipótese, para manter inalterados os outros segmentos da norma e não se confundir este crime com o crime de perseguição seria a tipificação da “formulação de comentários ou propostas de teor sexual humilhantes, degradantes ou intimidantes...”.

<sup>44</sup> Muito embora, em obediência ao princípio da legalidade/tipicidade (cf. art. 29º da CRP e art- 1º do CP), fosse preferível uma mais clara formulação. Outra questão, complexa, prende-se com a delimitação deste segmento do crime de importunação sexual face ao crime de injúria (art. 181º) e ao crime de perseguição (art. 154º A), suscitando ainda a dúvida sobre a necessidade (e espaço) para esta nova criminalização. Relativamente ao crime de injúria pode considerar-se a especificidade, de teor sexual, da importunação sexual, assim como a sua relação com a violência de género (cf. em sentido próximo, SOTTOMAYOR, Maria Clara, «Assédio sexual...cit.», pp. 71 e ss.). Relativamente ao crime de perseguição saliente-se que o bem jurídico desse crime é mais amplo (liberdade pessoal) e o tipo legal exige a reiteração da conduta. No entanto, estes problemas mereceriam uma análise mais atenta e aprofundada, que não cabe no presente trabalho.

esta que deveria ter um sentido mais abrangente. Assim, a interpretação a dar à expressão não deverá ser a mesma tratando-se de vítimas adultas ou crianças, pois o que se poderá considerar bagatela face a uma vítima adulta já poderá assumir gravidade face a uma criança; de resto, poderá defender-se que quaisquer propostas/convites sexuais de um adulto em relação a uma criança deveriam ser criminalizados (para além dos comentários de teor sexual)<sup>45</sup>, por serem idóneos a afetar o livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual. Se em relação a vítimas adultas se compreende que só haja crime se a proposta tiver aquele carácter ofensivo, exigindo-se que haja importunação e constrangimento (propostas indesejadas - crime de resultado e de dano)<sup>46</sup>, face a menores de 14 anos, não havendo capacidade de decisão em termos sexuais, a intromissão de um adulto, através de tais propostas, representará sempre um entrave ao livre desenvolvimento da sua personalidade, independentemente de o próprio menor ter disso plena consciência. Assim, aquelas exigências (importunação, constrangimento) deixam de fazer sentido, não estando em sintonia com as outras incriminações do art. 171º, onde haverá crime mesmo que o menor “consinta” nos atos sexuais (ou nas conversas pornográficas, por exemplo)<sup>47</sup>. No entanto, como a técnica foi a da remissão, por obediência ao princípio da tipicidade, teremos de considerar aqueles elementos (importunação<sup>48</sup>, constrangimento), aspeto que me parece crítico.

Saliente-se ainda que este problema também se coloca, *mutatis mutandis*, relativamente aos atos de carácter exibicionista e aos contactos de natureza sexual (situações abrangidas no art.

---

<sup>45</sup> Todavia, estes comentários, quando mais graves/pesados, poderão ainda incluir-se nas conversas pornográficas da al. b) do nº 3 do art. 171º.

<sup>46</sup> Neste sentido, CAEIRO, Pedro/FIGUEIREDO, José Miguel, *Idem*. Assim, o dolo do agente também deverá ser no sentido desta importunação e constrangimento (no mínimo, dolo eventual – art. 14º).

<sup>47</sup> Porém, em sentido diverso, *Ibidem*.

<sup>48</sup> De resto, esta expressão é usada no próprio art. 171º nº 3 al. a).



170º, para o qual o art. 171º nº 3 a) remete): tratando-se de vítimas menores de 14 anos fará sentido exigir-se a “importunação” e o “constrangimento” (crime de resultado e de dano) ou a criminalização deveria ser mais abrangente, bastando-se com o ato exibicionista ou o contacto de natureza sexual, condutas que, por si só, são idóneas a perturbar o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual? Penso que esta maior abrangência do crime, considerando a idade da vítima, faria sentido e estaria em consonância com a *ratio* do art. 171º (no seu todo)<sup>49</sup>.

Porém, se se atender ao nº 5 do art. 171º, que prevê a punibilidade da tentativa em relação a este tipo legal de crime (sem excepcionar qualquer segmento do crime)<sup>50</sup> pode considerar-se a punibilidade de propostas sexuais, de atos exibicionistas e de contactos de natureza sexual que não produzam o resultado “importunação” e “constrangimento” da vítima, desde que o dolo do agente seja no sentido desta importunação<sup>51</sup>. Segundo esta interpretação da norma, tais condutas seriam ainda puníveis, mas de modo atenuado (art. 22º e 23º do CP). Ainda assim, penso que seria preferível ter descrito este segmento do crime de modo autónomo, tendo em consideração a idade da vítima e o bem jurídico a proteger. Por outro lado, não me parece fazer sentido equacionar a punibilidade de uma tentativa de proposta de teor sexual (no sentido de a proposta não ter sido proferida, mas estar iminente).

Há ainda uma faixa etária intermédia (entre os 14 e os 18 anos), em que é aplicado, diretamente, o art. 170º<sup>52</sup> (ou seja, estes adolescentes são, para este efeito, tratados como adultos<sup>53</sup>),

---

<sup>49</sup> Pois, este tipo legal de crime abrange relacionamentos sexuais consensuais e conversas pornográficas, mesmo que haja acordo da vítima ou não haja consciência da nocividade de tais conversas...

<sup>50</sup> Foi a Lei nº 103/2015 que alargou o âmbito de punibilidade da tentativa.

<sup>51</sup> Ou, no mínimo, se conforme com ela – dolo eventual – art. 14º nº 3.

<sup>52</sup> Note-se que, embora o art. 171º nº 3 a) remeta para o art. 170º, prevê uma moldura legal superior; já para menores entre os 14 e os 18 anos a moldura será a do art. 170º (salvo no caso referido na nota seguinte).

<sup>53</sup> A menos que entre agente e vítima interceda uma relação de dependência, situação

mas onde seria defensável um tratamento diferenciado, por se tratar de vítimas ainda vulneráveis, cuja personalidade ainda se encontra em formação. No mínimo, este aspeto deverá ser tomado em consideração aquando da interpretação, aplicação da norma e determinação da pena concreta.

## VI PORNOGRAFIA DE MENORES E GROOMING<sup>54</sup>

A comunidade internacional, em especial no espaço europeu, tem vindo a preocupar-se com a pornografia de menores e o aliciamento de menores para fins sexuais, especialmente através de meios tecnológicos, tendo em conta o fascínio que estes meios exercem nas crianças e adolescentes.

A gravidade destas condutas para o desenvolvimento dos menores, na esfera sexual, aliada à sua frequência, muitas vezes com finalidades lucrativas (de exploração económica), assim como a sua ligação a outros crimes (como o tráfico de menores), de carácter transfronteiriço<sup>55</sup>, fundamentam esta preocupação e as imposições de criminalização neste domínio.

---

tratada no âmbito do art. 172º nº 2 do CP (que remete para o art. 171º nº 3, onde se incluem aquelas propostas). Note-se, porém, que a pena de prisão do art. 172º nº 2 é igual à do art. 170º, mas a alternativa da pena de multa apenas está prevista no art. 170º. Por outro lado, também neste âmbito se prevê a punibilidade da tentativa (art. 172º nº 4), podendo aplicar-se raciocínio semelhante ao que desenvolvemos no texto relativamente ao art. 171º nº 3 al. a) e nº 5.

<sup>54</sup> Para uma análise mais desenvolvida dos crimes de pornografia de menores (art. 176º) e de aliciamento de menores para fins sexuais (*grooming* - art. 176º A), cf. o meu, «Da criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”», in *Livro de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (no prelo). Esta Secção VI baseia-se nesse meu trabalho, embora se insiram agora algumas ulteriores reflexões.

<sup>55</sup> Para além do próprio *grooming* e da própria pornografia de menores assumirem frequentemente este carácter transfronteiriço. Note-se que a *Diretiva 2011/92/EU* refere, no seu ponto 7, que tem carácter complementar face à *Diretiva 2011/36/EU* do Parlamento Europeu e do Conselho de 5/4/2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas (e que substitui a *Decisão Quadro 2002/629/JAI* do Conselho), uma vez que algumas vítimas de tráfico também foram crianças vítimas de abuso sexual ou de exploração sexual.

Porém, os instrumentos internacionais reconhecem ainda uma margem de liberdade para cada Estado conceber os seus tipos legais de crime e respetivas molduras legais (desde que respeitados certos limites mínimos) e ainda para determinarem a idade a partir da qual se considera haver maioridade sexual (art. 2º al. a) da referida *Diretiva*), apesar de se definir como “criança” toda a pessoa com menos de 18 anos de idade (art. 2º al. b) da *Diretiva*, em sintonia com o art. 1º da *Convenção sobre os Direitos da Criança*).

Importa antes de mais esclarecer o que se entende por “pornografia de menores”. A *Diretiva 2011/93/EU do Parlamento Europeu e do Conselho* (de 13/12/2011), relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (que substituiu a *Decisão Quadro 2004/68/JAI do Conselho*), no seu art. 2º, al. c), definiu-a como: “materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexuais explícitos, reais ou simulados, ou representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais<sup>56</sup>”. Saliente-se que já a *Convenção de Lanzarote*<sup>57</sup> definira pornografia de menores em sentido semelhante. E, muito embora a nossa lei penal tenha optado por não a definir<sup>58</sup>, deve ter-se em consideração esta definição no momento de integrar os elementos dos tipos legais de crime.

Por outro lado, quer a *Convenção de Lanzarote*, quer a

---

<sup>56</sup> O segundo segmento da definição refere-se à pornografia com representação realista de menor, situação que, para além de gerar controvérsia, não tem relação direta com o *grooming* – o aliciamento terá de ser para a utilização da criança em material pornográfico.

<sup>57</sup> *Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual de Crianças*, assinada por Portugal em 25/10/2007 e que entrou em vigor em 1/7/2011 (art. 20º nº 2). Também em sentido próximo cf. o art. 2º do *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança de 25 de maio de 2000* e a *Decisão-Quadro* referida no texto.

<sup>58</sup> Apesar de o Projeto de Lei nº 772/XII/4ª (PS) apresentar uma definição semelhante à dos textos referidos (mas sem englobar a pedo pornografia com representação realista de menor).

referida *Diretiva* impõem, claramente, a criminalização de várias formas de criação, divulgação e consumo de pornografia infantil, assim como a criminalização do aliciamento de menor para encontros sexuais e para a criação de material pornográfico (*grooming*). No mesmo sentido se pronuncia a *Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa* (de 23/11/2003)<sup>59</sup>.

Relativamente ao denominado “grooming” a *Convenção de Lanzarote* prevê, no seu art. 23º (Abordagem de crianças para fins sexuais):

«Cada Parte toma as medidas legislativas ou outras para qualificar como infração penal o facto de um adulto propor de forma dolosa, através das tecnologias de informação e comunicação, um encontro a uma criança que não tenha atingido a idade estabelecida em aplicação do nº 2 do artigo 18º<sup>60</sup>, com a finalidade de cometer nesse encontro qualquer uma das infrações estabelecidas em conformidade com a al. a) do nº 1 do art. 18º<sup>61</sup> ou com a alínea a) do nº 1 do art. 20º<sup>62</sup>, desde que essa proposta seja seguida de atos materiais que visem a tal encontro».

Por seu turno, estipula o art. 6º da *Diretiva 2001/93/EU* (“aliciamento de crianças para fins sexuais”):

Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que os seguintes comportamentos intencionais sejam puníveis:

1. A proposta de um adulto, feita por meio das tecnologias da informação e da comunicação, para se encontrar com uma

---

<sup>59</sup> Para além destes instrumentos internacionais refira-se ainda: O art. 34º da *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças*: os Estados comprometem-se a proteger as crianças contra todas as formas de exploração sexual e abuso sexual; O *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil*, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25/5/2000, aprovado e ratificado por Portugal em 2003; a *Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 /2/2009, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil*.

<sup>60</sup> “... cada uma das Partes determina a idade abaixo da qual não é permitido praticar atos sexuais com uma criança”.

<sup>61</sup> “Prática de atos sexuais”.

<sup>62</sup> “Produção de pornografia infantil”.

criança que ainda não tenha atingido a maioridade sexual, com o intuito de cometer os crimes referidos no art. 3º nº 4<sup>63</sup>, e no art. 5º, nº 6<sup>64</sup>, se essa proposta for seguida de atos materiais conducentes ao encontro, é punível com uma pena máxima de prisão não inferior a um ano.

2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que seja punível a tentativa de cometer, por meio das tecnologias da informação e da comunicação, os crimes previstos no art. 5º nº 2 e 3<sup>65</sup>, por um adulto que alicie uma criança<sup>66</sup> que ainda não tenha atingido a maioridade sexual a disponibilizar pornografia infantil representando essa criança.

Em Portugal, a tendência, impulsionada pelos instrumentos internacionais, tem sido a de alargar a criminalização nestas áreas.

Assim, em 2007, o crime de pornografia infantil foi autonomizado<sup>67</sup>, abrangendo no seu âmbito de tutela menores até aos 18 anos de idade, equiparando o aliciamento de menor à sua utilização em material pornográfico, sendo ainda criminalizada a aquisição e detenção de material pornográfico<sup>68</sup> e certas condutas (produção, distribuição, divulgação e também a aquisição

---

<sup>63</sup> “Praticar atos sexuais com criança que ainda não tenha atingido a maioridade sexual”.

<sup>64</sup> “Produção de pornografia infantil”.

<sup>65</sup> “Aquisição ou posse de pornografia infantil; obtenção de acesso a pornografia infantil com conhecimento de causa e por meio das tecnologias da informação e da comunicação”.

<sup>66</sup> Ou seja, o que está em causa é criminalizar a tentativa de aquisição ou obtenção de acesso a material pornográfico que represente a criança aliciada.

<sup>67</sup> Até 2007 alguns desses comportamentos estavam tipificados no crime de abuso sexual de crianças (tipo legal que foi criado em 1995 e progressivamente alargado em 1998 e em 2001), que apenas tutela menores de 14 anos; *Cf.* por todos, sobre a evolução do tratamento da pornografia de menores pelo nosso Código Penal e também para uma análise das diversas condutas tipificadas no art. 176º, na sua versão de 2007, ANTUNES, Maria João / SANTOS, Cláudia «Comentário ao art. 176º», in *Comentário Conimbricense ...cit.*, pp. 878 e ss.

<sup>68</sup> Criticamente sobre esta incriminação, ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão Passado, A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Ed., Coimbra,

com o propósito de divulgação) que utilizem representação realista de menor<sup>69</sup>. Note-se que a tentativa é sempre punível.

Com a Lei nº 103/2015, o art. 176º voltou a ser alargado: prevê-se a violência e a ameaça grave como agravante da utilização de menor em material pornográfico e/ou do seu aliciamento para tal fim (nº 3); criminaliza-se ainda o acesso, obtenção ou facilitação de acesso a tal material, face a condutas intencionais; por fim, criminaliza-se o comportamento de quem, sendo maior, assistir, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos<sup>70</sup>. A intenção lucrativa agrava estes comportamentos e a tentativa é sempre punível.

Por seu turno, o art. 171º também foi modificado pela Lei nº 103/2015, no sentido do alargamento do seu âmbito de tutela.

---

2009, p. 34, por considerar longínqua a ligação ao bem jurídico individual da liberdade ou autodeterminação sexual do menor. Não podendo aprofundar este tema, creio que tal criminalização se justificará enquanto crime de perigo abstrato. Saliente-se que, segundo estudos norte-americanos, existe uma relação entre consumo de pornografia e crimes sexuais contra mulheres e crianças. Pode ainda defender-se que a aquisição e detenção de pedo pornografia, assim como o “acesso, obtenção de acesso e facilitação de acesso” (que vieram a ser criminalizados em 2015), para além de potenciar a prática de outros crimes sexuais, põe em causa a liberdade sexual negativa do menor, uma vez que este não tem capacidade para consentir na visualização/exposição do seu corpo; cf. ainda ANA RITA ALFAIATE, referindo-se à proteção da “infância e juventude”, mas também à redução da criança a objeto sexual (*A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Ed., 2009, pp. 96 e ss.).

<sup>69</sup> A criminalização destes comportamentos é das mais polémicas, pois não estão em causa crianças, cujo livre desenvolvimento da personalidade se visa proteger. Penso que a criminalização só será legítima na medida em que se considere que a visualização de pornografia com representação realista de criança potencia a criminalidade sexual (perigo abstrato - cf. nota anterior). Segundo o art. 5º, nº 7 da Diretiva 2011/92/EU, os Estados poderiam decidir criminalizar ou não tais condutas; MARIA JOÃO ANTUNES critica o facto de o Estado português ter ido “além da vinculação mínima... ou mesmo da vinculação máxima”, referindo (entre outros) este caso («Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores», *JULGAR*, nº 12 (especial), 2010).

<sup>70</sup> Para dar cumprimento ao art. 4º nº 4 da *Diretiva 2011/93/EU*; porém, a assistência a espetáculo pornográfico só é punível se o menor tiver menos de 16 anos, o que contraria aquela injunção.

Como já se referiu, o seu nº 3 al. a), remetendo para o art. 170º, passou a abranger as “propostas de teor sexual”; foi introduzida a al. c), criminalizando o aliciamento de menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais<sup>71</sup> e, no nº 5, estabeleceu-se a punibilidade da tentativa face a todas as condutas tipificadas.

Por fim, o art. 176º A veio tipificar o aliciamento de menor com recurso às tecnologias da informação e comunicação para fins sexuais, mais especificamente, visando encontro para a prática dos atos sexuais previstos no art. 171º nº 1 (atos sexuais de relevo ou cópula e atos equiparados) e/ou dos atos tipificados nas als. a), b) e c) do nº 1 do art. 176º (em traços gerais, utilização de menor em material pornográfico e/ou produção, distribuição, importação, exibição, divulgação de tais materiais), prevendo uma pena de prisão até 1 ano, e elevando a pena até 2 anos no caso de esse aliciamento ser seguido de atos materiais tendentes ao encontro (nº2).

Fará sentido esta neocriminalização, tal como ficou tipificada, tendo em consideração os outros tipos legais de crime que protegem menores?

A criminalização do aliciamento com recurso às tecnologias da comunicação e informação para criação de material pornográfico veio criar um problema de concurso aparente. Se um menor for aliciado, via *internet (redes sociais)*, para ser utilizado num filme pornográfico, aplica-se o art. 176º nº 1 al. b) ou o art. 176º A? Poderia pensar-se que este tipo legal seria especial face ao art. 176º, punindo mais gravemente o aliciamento por meios tecnológicos, atenta a sua especial frequência e perigosidade. Porém, se se confrontar a moldura do art. 176º nº 1 e a deste art. 176º A, verifica-se que aquela é mais gravosa do que esta (pena de 1 a 5 anos, agravada de 1/2 se se tratar de menor de 14 anos e de 1/3 se for menor de 16 anos<sup>72</sup> *versus* pena até 1 ano ou até

---

<sup>71</sup> Para dar cumprimento ao art. 3º nº 2 e 3 da *Diretiva 2011/93/EU*.

<sup>72</sup> Cf. art. 177º nº 7 e nº 6 do CP.

2 anos de prisão). Assim, aquela justificação não procede. Concluo que esta criminalização não era necessária e que, na hipótese colocada, deveríamos punir pela moldura mais grave<sup>73</sup>.

Por outro lado, a criminalização da tentativa de aquisição ou de obtenção de acesso a pornografia infantil dirigida ao menor utilizado (prevista no art. 6º nº 2 da *Diretiva 2011/93/UE*) não ficou especificamente prevista neste art. 176º A, mas sim o aliciamento de menor para as várias condutas previstas no art. 176º nº 1 al. c) – ceder, divulgar pornografia; porém, são condutas próximas e, neste aspeto, houve alguma inovação, relativamente ao art. 176º, pois, no art. 176º A o aliciamento dirige-se ao menor, enquanto pelo art. 176º nº 1 al. c) e também pelo seu nº 5, conjugados com o nº 8, contempla-se a tentativa (que me parece exigir algo mais relativamente ao aliciamento) daquelas condutas, a qual poderá dirigir-se a um adulto ou a um menor. Todavia, se a ideia era a de punir mais gravemente o aliciamento de menor através das tecnologias para a cedência de pornografia infantil, tal propósito não foi alcançado, pois a moldura da tentativa do art. 176º nº 1 c) é mais elevada do que a moldura do art. 176 A (mesmo a do nº 2). Assim, estando em causa tal tentativa deverá aplicar-se a moldura do 176º, ficando apenas a aplicação residual do art. 176º A, no caso de haver um aliciamento que não chegue ao estágio da tentativa<sup>74</sup>.

Por fim, irei analisar o aliciamento por meios tecnológicos para encontro visando a prática de atos sexuais.

Se se tratar de um menor de 14 anos e tal aliciamento<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Sobre os problemas de “distorção das molduras legais”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*. Coimbra Ed., 2007, pp. 1023 e ss..

<sup>74</sup> Penso que aliciamento e tentativa não se identificam, podendo haver aliciamento (convite, proposta) sem que chegue a haver atos de execução do crime aliciado e, assim, sem que se possa falar de tentativa deste crime (cf. ar. 22º do CP). Cf., no entanto, PAULO P. DE ALBUQUERQUE, que parece identificar o aliciamento com a tentativa (*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Universidade Católica Portuguesa Ed., 2015, art. 176º, n. 11, p. 702 e art. 176º A, n. 4 e 5, p. 705).

<sup>75</sup> Supondo que tal aliciamento não chega ao estágio da tentativa dos crimes do nº 1



se puder integrar nas “propostas de teor sexual” do art. 171º nº 3 al. a) – havendo importunação e constrangimento – haverá concurso aparente e, de novo, deveremos aplicar a moldura do art. 171º nº 3 al. a), que é mais gravosa do que a do art. 176º A (mesmo no caso do seu nº 2). Se não se provar tal importunação, aí, terá aplicação o art. 176º A – que é um crime de perigo e de mera conduta – ou a tentativa do crime do art. 171º nº 3 al. a)<sup>76</sup> (nº 5 do art. 71º e arts. 22º, 23º e 73º), que conduzirá também a maior punição, a menos que se preencha o nº 2 do art. 176º A (neste caso, as punições seriam idênticas).

Porém, há ainda o problema dos menores com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos. Neste caso, ao aliciamento por meios tecnológicos aplica-se o art. 176º A. Porém, se o aliciamento não provier destes meios, estes menores estarão protegidos pelo art. 170º, diretamente, ou por remissão do art. 172º nº 2 ou, se se preencherem os seus requisitos (*i.e.*, se já houver atos de execução do respetivo crime), pelo art. 172º nº 4<sup>77</sup> ou pelo art. 173º nº 3<sup>78</sup> (neste caso aplicável apenas a menores de 16 anos). Por outro lado, face a um relacionamento sexual consumado, “consensual”<sup>79</sup>, estes menores só estarão protegidos se houver uma relação de dependência (art. 172º) ou se houver

---

ou do nº 2 do art. 171º, pois, se chegar a este estágio, deverá punir-se o agente pela tentativa de um destes crimes, evidentemente.

<sup>76</sup> Se seguirmos a interpretação sugerida *supra* secção V.

<sup>77</sup> Recorde-se que, pela Lei nº 103/2015, a tentativa passou a ser punível em relação a todas as modalidades do crime e a pena do nº 3 foi agravada. Porém, a questão que se poderá colocar é se fará sentido falar de tentativa no caso de “propostas de teor sexual”... O sentido útil da punição da tentativa seria a punição de uma proposta sexual em que não se prova o resultado constrangimento e importunação da vítima (*cf. supra* secção V). Saliente-se que a pena da tentativa do nº 2 do art. 172º é menor do que a punição pelo art. 176º A.

<sup>78</sup> Recorde-se que, pela Lei nº 103/2015, a tentativa deste tipo crime passou a ser sempre punível e eliminou-se a possibilidade de punição com pena de multa.

<sup>79</sup> Se houver violência ou ameaça grave aplica-se o art. 163º nº 1 ou 164º nº 1; já quanto a constrangimentos menos graves – *cf.* o nº 2 destes artigos, que podem “confluir” com alguns aspetos dos arts. 172º ou 173º, aplicando-se sempre a moldura mais grave (*cf. supra* Secção IV e ainda o meu «Do Dissentimento...*cit.*», pp. 161 e ss.).

abuso de inexperiência (art. 173º) e, neste último caso, a proteção abrange apenas menores até aos 16 anos.

A questão que se impõe é a seguinte:

Faz sentido punir o aliciamento por meios tecnológicos para encontro sexual e, se tal encontro se concretizar, não haver qualquer responsabilização penal pelos atos sexuais consumados<sup>80</sup>?

Vamos supor que, via *facebook*, uma jovem de 17 anos é aliciada por um adulto de 55 anos para um encontro sexual, que acaba por se concretizar. Como esta jovem tem 17 anos já não se pode aplicar o art. 173º, mesmo que haja abuso de inexperiência; porém, haverá punição pelo aliciamento, segundo o art. 176ºA.

Vamos supor agora que um jovem de 18 ou 19 anos alicia uma jovem de 17 anos, via *facebook*, para um encontro sexual, que se vem a concretizar. Este jovem seria responsabilizado pelo art. 176º A<sup>81</sup>, mas não pelo relacionamento sexual consumado.

Penso que estes exemplos demonstram a incoerência da nossa lei penal. Para a lei penal ser coerente ou o aliciamento para um encontro sexual via meios tecnológicos só deveria tutelar menores até aos 16 anos ou o art. 173º deveria abranger menores até aos 18 anos... Por outro lado, o fator “abuso de inexperiência”, interpretado no sentido de abuso da vulnerabilidade da/o jovem<sup>82</sup>, se bem ponderado e aplicado, seria de grande valia na proteção de menores com mais de 14 anos.

## VII A TUTELA DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PER-

---

<sup>80</sup> O que faria sentido seria punir pelos atos sexuais consumados e já não pelo aliciamento (relação de concurso aparente, em que o aliciamento representaria o início do *iter criminis*).

<sup>81</sup> Saliente-se ainda que este crime não está dependente de queixa (art. 178º).

<sup>82</sup> Sobre o “abuso de inexperiência”, como abuso de vulnerabilidade, cf. PACHECO, Beatriz - «O crime de atos sexuais com adolescentes...*cit.*» e, da mesma autora, «A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescente», in *Combate à Violência de Género...cit.*, pp. 169 e ss..

## SONALIDADE DO MENOR NA ESFERA SEXUAL: A GRADUAL CONQUISTA DA “MAIORIDADE SEXUAL”

Na verdade, se se pode compreender que a proteção absoluta no âmbito de comportamentos sexuais incida sobre menores de 14 anos<sup>83</sup>, não pode deixar de se reconhecer que a fase dos 14 aos 18 anos<sup>84</sup> é marcada por grande instabilidade, sendo uma fase essencial para a formação da personalidade. Se os adolescentes podem ter já adquirido muitos conhecimentos, nomeadamente no domínio da sexualidade, tal não significa que tenham maturidade para tomar decisões conscientes, ponderadas e livres. Há diferenças nos ritmos de maturação do sistema emocional e cognitivo, havendo, durante a adolescência, uma forte ativação do sistema emocional e límbico e imaturidade no controlo cognitivo, o que se traduz em impulsividade, visão de curto prazo e maior vulnerabilidade a influências externas, especialmente a pressões do grupo de pares. Assim, os jovens podem ter conhecimentos e capacidades de raciocínio lógico bem desenvolvidas e, simultaneamente, serem imaturos e influenciáveis (vulneráveis) do ponto de vista emocional<sup>85</sup>. Esta imaturidade emocional poderá condicionar as suas escolhas e decisões no âmbito da sexualidade.

Estas são razões que me inclinam para uma tutela especial, no âmbito da sexualidade, tendencialmente até aos 18 anos<sup>86</sup>. Digo tendencialmente porque reconheço que há que pon-

---

<sup>83</sup> Embora também fosse defensável que esta tutela abrangesse menores até aos 16 anos – *cf.* neste sentido o art. 38º do CP.

<sup>84</sup> Por vezes a adolescência prolonga-se até para lá dos 18 anos, mas, em nome da segurança jurídica, é necessário estabelecer fronteiras, segundo um padrão médio de evolução/maturação da personalidade.

<sup>85</sup> Sobre estas questões, com algumas indicações bibliográficas, *cf.* o meu «Do Dis-sentimento...», *cit.*, pp. 146 e ss.

<sup>86</sup> Idênticas razões me levam a defender a elevação da imputabilidade penal para os 18 anos, tendo ainda em consideração o conceito de culpa jurídico-penal como cen-

derar as diferentes expressões da sexualidade. Creio que nas situações suscetíveis de provocar maior impacto/prejuízo no livre desenvolvimento da personalidade do menor, faz sentido que esta tutela se estenda até aos 18 anos – como é o caso da utilização de menor em material pornográfico (art. 176º) e da prostituição (art. 174º).

Não me parece que se trate de tutelar a moralidade sexual, mas sim aquela possibilidade de conformação da personalidade no âmbito sexual, livre de interferências e pressões, numa idade vulnerável, em que o jovem ainda não terá capacidade para ponderar as repercussões destas condutas na sua vida e tendo ainda em consideração a “pressão”, limitativa da liberdade, que a promessa de contrapartidas pode exercer na sua “decisão”.

Já nos relacionamentos sexuais sem este tipo de repercussões e condicionamentos, há que ponderar se a partir dos 14 anos (ou dos 16 anos?) já haverá capacidade de decisão livre. E, na verdade, se estiverem em causa relações paritárias, não abusivas, sem que haja posições de domínio, não deverá o Direito Penal intrometer-se. Porém, havendo dependências ou “abusos” já haverá legitimidade (e necessidade) para intervir. Assim, a avaliação concreta da maturidade/discernimento (à semelhança do que estabelece o art. 38º do CP), relacionada com a existência de dependências e/ou abusos de inexperiência, num sentido global, enquanto abuso de vulnerabilidades, parecia-me adequada.

## VIII SUGESTÕES

1. Para evitar as dificuldades equacionadas na secção IV quanto ao relevo do dissentimento de menor ou do seu consentimento influenciado por pressões (que não alcancem o patamar da ameaça grave) e para evitar ainda as dificuldades

---

sura ética que implicará que a personalidade esteja já formada (ou razoavelmente estabilizada); neste sentido *cf.*, por todos, em Portugal, RODRIGUES, Anabela Miranda – *in* Rodrigues/Anabela Miranda / Fonseca, António Duarte, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Ed., 2003, p. 15.

equacionadas na secção V suscitadas pelo facto de os arts. 171º e 172º remeterem para o art. 170º sem quaisquer adaptações em razão da idade, penso que seria de ponderar uma mais clara separação entre a Secção I e a Secção II, em razão da idade.

2. A corroborar esta sugestão recorde-se que, por vezes, os Tribunais recorrem diretamente ao art. 171º nº 1 ou nº 2, por estar em causa uma vítima menor de 14 anos, sem ponderar cuidadosamente da existência de violência ou ameaça grave (e sem atender à importância da idade da vítima no próprio preenchimento destes conceitos), que conduziria à aplicação do art. 163º nº 1 ou do art. 164º nº 1, agravado em razão da idade (art. 177º nº 7)<sup>87</sup>. Também esta situação seria evitada com a mais clara separação entre a Secção I e a Secção II.
3. Tal separação permitiria, assim, uma mais fácil aplicação dos tipos legais relativos aos crimes sexuais, evitando-se alguma confusão entre as situações que se devem inserir nos tipos legais da Secção I, agravando a pena em razão da idade, e as situações em que se deve aplicar diretamente os tipos legais da Secção II.
4. Assim se evitariam também as remissões da secção II para a secção I, tendo em consideração as diferenças *relativas* quanto ao bem jurídico a tutelar – exemplificativo destas diferenças, que seria necessário traçar, é o caso da “importunação sexual”. Se, relativamente a vítimas adultas, faz sentido exigir que a vítima se sinta importunada e constrangida (crime de dano e de resultado<sup>88</sup>), face a vítimas menores de 14 anos tais exigências perdem o sentido, já que o menor não tem capacidade para consentir. Também surge como pouco compreensível que a pena de prisão para a importunação de

---

<sup>87</sup> A título exemplificativo ocorre-me referir o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3/12/2014, Proc. 924/13.OJAPRT; para uma análise deste caso, cf. o meu, «Do Dissentimento...», *cit.*, pp. 144 e ss.

<sup>88</sup> Quer quanto às propostas de teor sexual, quer quanto aos atos exibicionistas e aos contactos de natureza sexual.

adulto (art. 170º) e para a importunação de menor entre os 14 e os 18 anos numa relação de dependência (art. 172º nº 2) seja a mesma, havendo ainda que questionar se a importunação de menor de 18 anos (mesmo se levada a cabo por um estranho) não será sempre mais grave do que a importunação de uma vítima em idade adulta. Parece-me que a resposta deverá ser afirmativa, atendendo à especial vulnerabilidade dos adolescentes.

5. Note-se ainda que já foi esta perspetiva diferenciadora (e, parece-me, simplificadora) que ditou a separação quanto ao crime de lenocínio – entre o lenocínio do art. 169º e o lenocínio de menor (no art. 175º).
6. Sugere-se, assim, que a Secção I tutelasse vítimas maiores de 18 anos e a Secção II vítimas menores de 18 anos, embora com graduações e diferentes pressupostos, em função da idade (menores de 14 anos/ menores de 16 anos / menores de 18 anos) e prevendo sempre agravantes em razão do uso de violência e de ameaça grave, podendo também prever-se uma outra agravação (menor, evidentemente)<sup>89</sup> para os casos de dissentimento ou de pressões menos graves.
7. Relativamente ao crime de aliciamento de menores para fins sexuais, penso que o tipo legal de crime do art. 176º A não se articula adequadamente com os outros tipos legais de crime da secção II.
8. O aliciamento por meios tecnológicos para criação de material pornográfico cabe no art. 176º (nº 1 b), que prevê penas superiores<sup>90</sup>. Porém, considero excessiva esta equiparação entre utilização de menor em material pornográfico e o seu aliciamento para tal fim. Creio que faria sentido tratar todos

---

<sup>89</sup> Esta solução é mais discutível, podendo estes fatores operar como agravantes na determinação da pena concreta.

<sup>90</sup> Com agravação no caso de o menor ter menos de 16 anos ou menos de 14 anos (art. 177º nº 6 e 7). Quanto à tentativa de obtenção de acesso a tal pornografia, está prevista no art. 176º nº 5 e 8, podendo, na determinação da pena concreta, considerar-se o facto (mais grave) de tal tentativa se dirigir a um menor.

os aliciamentos para criação de material pornográfico no âmbito do mesmo tipo legal de crime, prevendo uma graduação nas molduras legais: menos severa se o aliciamento não ocorrer por meios tecnológicos, mais severa se se usarem tais meios e ainda mais severa se se seguirem os atos materiais conducentes ao encontro (as duas últimas situações encontram-se no art. 176º A); porém, estas previsões, dizendo respeito à pornografia de menores, poderiam constar todas do próprio art. 176º<sup>91</sup>.

9. Quanto aos aliciamentos para encontros sexuais (para relacionamentos sexuais), faria sentido que se distinguisse consoante a idade do menor: para menores de 14 anos<sup>92</sup> penso que se justifica esta antecipação da tutela penal, que deveria abranger todo o tipo de aliciamentos (não apenas por meios tecnológicos); ou seja, seriam as propostas sexuais, inseridas no art. 171º, mas que deveriam ser tipificadas sem os condicionamentos descritos e prevendo a agravação da pena no caso de o meio usado ser tecnológico.
10. Porém, para maiores de 14 anos (ou de 16 anos?)<sup>93</sup> tal antecipação de tutela (onde também se deveria distinguir consoante os meios sejam ou não tecnológicos) deveria pressupor uma relação de dependência (tal como no art. 172º) ou o abuso de inexperiência (tal como no art. 173º, interpretado no sentido de abuso de vulnerabilidade), considerando as diferenças de idade entre agente e vítima (assim como diferenças culturais e sociais); neste caso, creio que faria sentido tomar em consideração vítimas entre os 14 e os 18 anos, mas para tal seria necessário elevar também o limite etário do art.

---

<sup>91</sup> Creio, porém, que em relação aos aliciamentos não faz sentido punir a tentativa. Punir a tentativa de aliciamento constitui um recuo excessivo da tutela penal, sendo também muito difícil concretizar tal situação (note-se que o problema também se coloca face à al. a) do nº 1 do art. 176º).

<sup>92</sup> Podendo pôr-se a hipótese, no futuro, de elevação deste limite para os 16 anos (em conformidade com o próprio art. 38º do CP).

<sup>93</sup> Cf. nota anterior.

173<sup>o94</sup>. Assim, estes aliciamentos poderiam ser enquadrados nos próprios tipos legais dos arts. 172<sup>o</sup> e 173<sup>o</sup>, com molduras próprias.

11. Desta forma, os exemplos referidos (*supra secção VI*) encontrariam um tratamento adequado: no primeiro caso, tendo em consideração a grande diferença de idades haveria um abuso de inexperiência/vulnerabilidade e, assim, responsabilização penal pelo relacionamento sexual (que consumiria o aliciamento); já no segundo caso, em regra não haveria responsabilização, uma vez que se trataria de um relacionamento paritário.
12. Por fim, faria todo o sentido prever a agravação da pena do aliciamento por meios tecnológicos (quer no caso de se tratar de aliciamento para utilização de menor em material pornográfico, quer para encontro sexual), caso tivesse havido artifícios nesse processo, em especial, no caso de o agente ocultar a sua verdadeira identidade, nomeadamente induzindo em erro quanto à sua idade<sup>95</sup>, tendo em consideração a frequência e perigosidade de tal comportamento (assim como o seu maior desvalor).

---

<sup>94</sup> Defendendo esta elevação do limite etário, no âmbito do art. 173<sup>o</sup>, cf. PACHECO, Beatriz - «O crime de atos sexuais com adolescentes...*cit.*» e, da mesma autora, «A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescente», in *Combate à Violência de Género...cit.*, pp. 169 e ss..

<sup>95</sup> A indução em erro por parte do adolescente será tratada segundo as regras gerais do art. 16<sup>o</sup> do CP (exclusão do dolo).