



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Rafaela Macedo Faria

**Recurso à Prostituição de Menores como
Fundamento Autónomo de Criminalização**

**The Resort to Minor Prostitution as an
Autonomous Fundamental of Criminalization**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientadora: Professora Doutora Maria João Antunes

Coimbra, 2018

AGRADECIMENTOS

A realização da presente dissertação contou com contributos imprescindíveis, sem os quais seria impossível conseguir alcançar este objectivo. Assim, agradeço:

Aos meus pais e irmão pelo apoio incondicional, principalmente aos meus pais por todo o esforço, dedicação e paciência;

Aos meus amigos que nunca deixaram de me dar uma palavra de força nos momentos mais difíceis;

À minha orientadora por toda a paciência dedicada e pelos sábios conselhos dados nos momentos certos;

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a elaboração desta dissertação.

IN MEMORIAM

Do meu avô Manuel e do meu tio João que partiram cedo demais, mas não antes de me deixarem uma palavra de conforto para recordar no futuro como uma força extra, para demonstrar que não estava a percorrer este caminho sozinha e para me recordar que os seus desejos eram que eu estudasse e que nunca desistisse do meu sonho. Obrigada por todas as palavras de carinho que ainda hoje me dão sorrisos e lágrimas de saudade.

Resumo: A presente dissertação é estimulada pela reflexão acerca do recurso à prostituição de menores como fundamento autónomo de criminalização, o porquê de este tipo legal de crime ter o privilégio de ser autónomo. Contudo, antes da abordagem a essa autonomia, serão elucidados a evolução histórica dos crimes sexuais em Portugal relativamente aos menores, os conceitos que estão envolvidos para a compreensão na íntegra deste tipo de crime e a comparação relativamente a outros tipos de crime contidos na mesma secção desta incriminação. Serão abordadas também as diferentes perspectivas dos vários autores perante os vários conceitos. Questionarei o papel desempenhado por esta incriminação e se esta responde de forma adequada às situações que pretende resolver.

Palavras-chave: Direito penal sexual, recurso à prostituição, menores, bem jurídico, acto sexual de relevo, pagamento, contrapartida, consentimento.

Abstract: The present dissertation is instigated by the reflection upon the resort to minor prostitution as an autonomous fundamental of criminalization, and why this criminal offense has the privilege of being considered autonomous. However, before approaching that autonomy, we will mention the historical evolution of sexual crimes in Portugal, as related to minors, the concepts involved to the full understanding of this criminal type and its comparison to similar crimes contained in the same section of this offense. Also, we shall approach the different perspectives of the many authors on the various concepts. We shall question the role of this offence and if it gives adequate answers to the cases it intends to solve.

Key words: Sex criminal law, resort to prostitution, minors, relevant sex act, payment, compensation, consent.

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Art./s. – Artigo/s

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cf. – Conferir

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAR – Diário da Assembleia da República

DL – Decreto-lei

DQ – Decisão-Quadro

Ed. – Edição

MP – Ministério Público

Nº/N^{os} – Número/Números

Págs. – Páginas

RCEJ – Revista do Centro de Estudos Judiciários

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa da Ciência Criminal

Ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Supl. – Suplemento

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	8
A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL SEXUAL EM PORTUGAL RELATIVAMENTE AOS MENORES.....	8
CAPÍTULO II	15
RECURSO À PROSTITUIÇÃO DE MENORES.....	15
1. Antecedentes e justificação para o novo tipo legal de crime	15
2. Quem é o menor nos crimes de natureza sexual?	16
3. O tipo legal de crime.....	19
4. O bem jurídico protegido	24
4.1. Em geral.....	24
4.2. No seio da questão jurídica	26
5. Disposições comuns.....	30
6. Jurisprudência	33
CAPÍTULO III	35
A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO MENOR.....	35
CAPÍTULO IV	41
COMPARAÇÃO COM OUTROS TIPOS LEGAIS DE CRIME	41
CAPÍTULO V	48
CRÍTICA AO TIPO LEGAL DE CRIME DE RECURSO À PROSTITUIÇÃO DE MENORES	48
CONCLUSÃO	50
BIBLIOGRAFIA	51
LEGISLAÇÃO	56
JURISPRUDÊNCIA	58

*Os bons vi sempre passar
no mundo graves tormentos;
e, para mais m'espantar,
os maus vi sempre nadar
em mar de contentamentos.
Cuidando alcançar assim
o bem tão mal ordenado,
fui mau, mas fui castigado:
Assi que, só para mim
anda o mundo concertado.*

Luís Vaz de Camões

INTRODUÇÃO

Num mundo que é primado pela evolução vemos cada vez mais o retrocesso.

Não é segredo que o Homem de tudo faz para ir mais além e se encontra em constante evolução, desde a ciência à tecnologia. Entre estes dois polos, encontramos o Direito, e nem que seja pela sistemática actualização dos nossos códigos e pela criação de novas leis, verificamos que este se encontra sempre a evoluir. Por um lado, é positivo ver esta persistente mudança, significa que o Homem não se preocupa apenas com coisas supérfluas e que a vida em sociedade e as suas regras são um objectivo importante no decorrer da vida. Por outro lado, se existe esta mudança também se pode considerar que é por motivos menos positivos, visto que o Homem sempre arranja novas formas de contornar a lei para obter regalias que *a contrario* não conseguia, sendo o legislador obrigado a criar novas leis que prevejam esses actos como crimes e evitando, assim, o risco de se tornarem ordinários.

Na sequência desta evolução, a presente dissertação versa sobre o recurso à prostituição de menores como fundamento autónomo de criminalização, um novo tipo de crime no capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, nomeadamente na secção dos “Crimes contra a autodeterminação sexual” do nosso Código Penal. Até à revisão de 2007 este crime não existia, surgiu como fruto da legislação europeia que observa atentamente os comportamentos sociais perante as crianças, o que afecta o desenvolvimento destas e a evolução tecnológica usada pela população em geral que tem de ser controlada para não prejudicar esse desenvolvimento, muitas vezes usada para comunicar com essas crianças que correm risco, devido à sua ingenuidade, de verem os seus direitos violados sem se aperceberem. Em todos os cantos do mundo as crianças são vítimas de exploração sexual e a UE tem vindo a preocupar-se com este fenómeno que prejudica o futuro das crianças e por consequência o da sociedade futura.

Este tipo legal de crime encontra-se previsto no art. 174º do Código Penal, e surgiu com a Lei nº 59/2007. Ao longo desta dissertação irei abordá-lo, fazendo uma caracterização e comparando-o com os seus antecedentes e outros tipos de crime, mostrarei o caminho percorrido para a evolução deste tema, que é tão sensível, visto que engloba seres tão indefesos como as nossas crianças. Se há quem mereça a nossa defesa são elas, por infelizmente existirem Homens capazes de tirar proveito da sua ingenuidade.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL SEXUAL EM PORTUGAL RELATIVAMENTE AOS MENORES

Antes de abordar o tema seleccionado, é importante saber a sua origem e a evolução pela qual passou até chegar ao seu auge. Assim, irei fazer uma breve referência à evolução do direito penal sexual português com especial atenção nos menores.

O nosso primeiro Código Penal remota ao ano de 1852, aprovado por DL a 10 de Dezembro desse ano. Antes deste já existia crimes e formas de punição, mas foi nesse ano que foi criada a primeira codificação penal portuguesa. Contudo, foi bastante criticado pela falta de originalidade, por ser idêntico a códigos penais de outros países, apesar de ao longo dos tempos sempre se ter verificado a fundamentação da criação de algumas leis portuguesas na existência de outras em países estrangeiros, com especial foco na Alemanha.

Neste código de 1852, os crimes penais sexuais encontravam-se previstos nos seus arts. 391º a 400º, enquadrados no Livro II, Título IV “Dos crimes contra as pessoas”, Capítulo IV “Dos crimes contra a honestidade”, Secção II “Atentado ao pudor, estupro voluntário e violação”. Na época, estes crimes eram abordados como crimes contra a honestidade, isto é, a moral sexual da pessoa ofendida é que estava em causa, era esta moral sexual o bem-jurídico protegido pelas normas. A mentalidade da sociedade do século XIX fazia com que estes crimes se tratassem em exclusivo de crimes contra mulheres, aliás, como podemos verificar nos artigos referidos do código, sempre que se refere as palavras “estupro” e “violação” vem relacionado com os termos “mulher”, “mulher virgem” e “viúva honesta”. Os artigos fazem referência à idade da pessoa ofendida, aludindo a menores, porém a pena é exactamente a mesma como se a pessoa não fosse menor, ou seja, não era relevante se a pessoa era menor ou maior, a pena pelo crime seria a mesma. Assim, não se dava especial atenção aos menores, à sua sensibilidade e ingenuidade, estes eram tratados como pessoas adultas, à excepção da apresentação de queixa, isto é, segundo o art. 399º deste primeiro código, os crimes sexuais eram dependentes de queixa, pela pessoa ofendida, pelos pais ou pelos tutores, salvo se a pessoa ofendida fosse menor de doze anos ou se fosse cometida violência, qualificada pela lei como crime, que não dependesse de acusação da parte. Nestes casos não era necessário haver queixa para que o crime fosse punido.

Depois de muitas revisões ao código penal de 1852, foi aprovado, por DL de 16 de Setembro de 1886, um novo código penal. Neste novo código, os crimes sexuais continuam

no mesmo livro, título, capítulo, secção e artigos do anterior código de 1852, com os mesmos fundamentos da honestidade e moral sexual. Contudo, há uma ligeira alteração à letra das normas e uma conseqüente agravação das penas. Os crimes continuam a ser, exclusivamente, contra mulheres, mas há já uma agravação da pena quando se trata de menor. Neste código, o art. 394º é exclusivo para crimes cometidos contra menores de 12 anos com uma pena mais grave do que nos outros artigos referentes aos crimes sexuais. Nota-se já o início de uma sensibilização e cuidado quanto aos menores, que pode não ser ainda muito notório, mas já é uma evolução quanto ao referido código de 1852.

O código penal de 1886 foi revogado pelo DL nº 400/82 de 23 de Setembro, que aprovou o actual código penal na sua versão original. A reforma de 1982 alterou a disposição das normas referentes aos crimes sexuais, que nesta se encontravam no Livro II, Título III “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, Capítulo I “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, Secção II “Dos crimes sexuais”, nos seus artigos 201º a 218º. Já não se falava em crimes contra a honestidade como nos anteriores códigos, mas eram ainda crimes conexos a “sentimentos gerais de moralidade sexual” (cf. art. 205º, nº 3 deste CP) e a “fundamentos ético-sociais da vida social” (cf. a epígrafe do Capítulo I do Título III do Livro II na redacção deste CP de 1982), ou seja, eram “iluminados por bens jurídicos supra individuais, da comunidade ou do Estado”¹. Há, nesta reforma, um progresso quanto à protecção de menores, estes são reconhecidos ao longo dos artigos com uma especial ponderação, podendo-se verificar que a pena é a mesma quando na violação se refere “Na mesma pena incorre” (cf. art. 201º, nº 2 do CP de 1982) relativamente aos menores de doze anos, porém já se difere nos meios, ou seja, apesar de a pena ser a mesma, quer seja adulto ou menor, os meios empregados pelo autor do crime quando não sendo praticados com violência ou ameaça grave (requisitos para o crime ser punido contra maiores), serão punidos de igual forma se praticados contra menores como no nº 1 do artigo 201º deste CP. Isto é, mesmo que não haja essa violência e ameaça na conduta do agente, o crime será ainda assim punido quando praticado contra menores. Neste CP, o crime de estupro é, exclusivamente, referente a menores entre os 14 e os 16 anos, e insere-se aqui a inexperiência do menor, isto é, alude-se à hipótese de o autor do crime se aproveitar da ingenuidade do menor quanto à actividade sexual, sendo por isso também punido.

¹ Jorge de Figueiredo Dias. Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, págs. 441 e ss. (citado: “Comentário..., 1999”)

Surge, neste código, uma novidade, a “Homossexualidade com menores”, esta passou a ser um tipo de crime punido com pena de prisão até três anos (cf. art. 207º do CP de 1982), sendo, o maior que “desencaminhar menor de 16 anos do mesmo sexo para a prática de acto contrário ao pudor, consigo ou com outrem do mesmo sexo” punido, ou seja, por este crime não é punido o menor, apenas o maior que o cometer. Assim, verifica-se que a homossexualidade é considerada um crime mais grave do que, por exemplo, o estupro, visto ter a sua pena superior à pena do crime de estupro que é de prisão até dois anos (cf. art. 204º deste CP de 1982). Há aqui uma significativa inconstitucionalidade², visto ser este artigo contrário ao princípio da igualdade e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade previstos na nossa Lei Fundamental, nos arts. 13º e 26º da CRP, acabando esta inconstitucionalidade por ser corrigida mais tarde, como iremos ver.

Similarmente aos códigos anteriores, neste código de 1982, o procedimento criminal para crimes do teor sexual, confinados entre os arts. 201º e 210º, depende de queixa (cf. art. 211º do mesmo), à excepção de crimes cometidos contra menores de doze anos e outros casos previstos no nº2 deste art. 211º, que prevê a possibilidade de actuação do Ministério Público sem haver queixa do ofendido ou de qualquer outra pessoa identificada no nº1 do art. 211º.

No art. 215º do código de 1982, nasceu também um novo tipo de crime, o lenocínio. Este crime pune “Quem fomentar, favorecer ou facilitar a prática de actos contrários ao pudor ou à moralidade sexual, ou de prostituição” relativamente a um determinado tipo de pessoas, entre as quais o menor, com pena de prisão até dois anos e multa até cem dias. Quem for condenado por este tipo de crime ou um outro que esteja previsto entre os arts. 215º e 217º do código, poderá, à luz do art. 218º, ser “inibido do exercício do poder paternal, da tutela, da curatela ou da administração de bens” por dois a cinco anos, visto um menor ser incapaz só *per si* de se defender ou compreender as consequências, a nível pessoal e não só, deste tipo de crimes.

Este código penal de 1982 já sofreu sucessivas revisões, entre as quais as mais importantes, a nível dos crimes de natureza sexual, foram as de 1995 e 2007. A Reforma de 1995 (DL nº 48/95, de 15 de Março), nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, “fez dos chamados crimes sexuais autênticos (e exclusivos) crimes contra as pessoas e contra um

² Cf. António de Araújo. Crimes Sexuais Contra Menores: Entre o Direito Penal e a Constituição, Coimbra Editora, 2005, págs. 315 a 370 (citado: “Crimes Sexuais...”)

valor estritamente individual, o da liberdade de determinação sexual”³. Estes crimes encontram-se estipulados no Livro II, Título I “Dos crimes contras as pessoas”, Capítulo V “Dos crimes contra as a liberdade e autodeterminação sexual”, que se encontra dividido em três secções, Secção I “Crimes contra a liberdade sexual”, Secção II “Crimes contra a autodeterminação sexual” e Secção III “disposições comuns” às outras duas secções. A segunda secção é destinada aos menores, por haver crimes da primeira secção que, se não fossem tipificados nesta segunda, não seriam punidos ou sendo seriam em menor gravidade ou menos amplos, fazendo assim uma distinção entre idades, abrangendo a Secção I todas as pessoas e a Secção II os menores de idade. Segundo Jorge de Figueiredo Dias⁴, o bem jurídico protegido por ambas as secções é a liberdade e autodeterminação sexual, porém o da Secção II é conexo a um outro bem jurídico, o do livre desenvolvimento da personalidade sexual do menor, isto é, o desenvolvimento da personalidade do menor de natureza sexual. A mensagem que este capítulo quer transmitir é que toda a actividade sexual que os adultos pratiquem entre si, em privado, e na qual ambos consentem não constitui crime, isto é, a palavra-chave é o consentimento, sem este as actividades sexuais, entre adultos, mesmo que em privado, tornam-se ilegítimas e susceptíveis de constituir crime.

A Secção II é composta pelos arts. 172º a 176º, onde ainda está patente a distinção entre homossexualidade e heterossexualidade, uma prerrogativa que ainda não tinha sido ultrapassada, apesar da infracção ao princípio da igualdade e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade previstos na nossa Lei Fundamental, como já referido anteriormente. A epígrafe do artigo da “Homossexualidade com menores” (cf. art. 207º do CP de 1982) mudou para “Actos homossexuais com menores” (cf. art. 175º do CP de 1995), e com esta mudança de nome também se mudou a conduta punida, isto é, a homossexualidade em si deixou de ser punida, mas os actos homossexuais com menores que ainda não tinham idade para consentir tais actos era punida. Houve também uma evolução ao se firmar a mesma idade para consentir actos homossexuais e actos heterossexuais, assumia-se que a maturidade era a mesma⁵. Ainda assim, o art. 175º dos actos homossexuais com menores estava mais próximo do art. 172º do “Abuso sexual de crianças” do que do art. 174º relacionado com o crime de estupro, isto porque no crime de estupro apenas a cópula era punida, enquanto no crime de actos homossexuais com menores todos os actos sexuais

³ Jorge de Figueiredo Dias. “Comentário..., 1999”, pág. 441

⁴ Jorge de Figueiredo Dias. “Comentário ..., 1999”, págs. 441 e ss.

⁵ Cf. António de Araújo. “Crimes Sexuais...”, págs. 332 e ss.

de relevo eram punidos e, ainda, por ser punido o maior que praticar esses actos como também o maior que levar o menor a praticá-los com outrem⁶, havendo assim uma distinção clara em que, apesar da pena para o crime de estupro e para o crime de actos homossexuais com menor ser a mesma, a severidade deste último era muito mais ampla.

Os menores até aos catorze anos que sofram qualquer tipo de abuso sexual são protegidos pelo art. 172º, sendo o infractor punido conforme os actos que praticar, isto é, os diferentes actos têm diferentes penas. Segundo os diversos números deste artigo podemos verificar que os actos são diferenciados através das penas, ou seja, cada acto tem uma pena específica, sendo umas mais pesadas que outras. Os arts. 172º a 174º são aplicados conforme as idades dos menores, sendo o art. 172º aplicado a menores de catorze anos nas diferentes situações tipificadas, o art. 173º a menores com idade compreendida entre os catorze e os dezoito conforme as situações descritas, e o art. 174º aplicado a menores entre os catorze e os dezasseis anos de idade.

Com a Reforma de 1995 verificamos a continuação do tipo de crime de lenocínio, porém este encontra-se tipificado nas duas secções, sendo o que está na Secção II especial para proteger menores, o “lenocínio de menores”. Contudo, a pena para o tipo de crime é igual, quer se refira a menor ou maior, à excepção quando o infractor usa “violência, ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, ou se esta for menor de 14 anos” (cf. art. 176º deste CP), tornando-se a pena mais grave nestes casos.

Nas disposições comuns da Secção III, o art. 177º descreve as características que podem levar a uma agravação da moldura penal prevista para os tipos de crime. O art. 178º enuncia que o procedimento criminal deste tipo de crimes depende de queixa, salvo se do crime resultar suicídio ou morte da vítima ou, no caso previsto no nº2, quando a vítima é menor de doze anos. Nestes casos, há a possibilidade de o MP “dar início ao processo se especiais razões de interesse público o impuserem”. Similarmente ao código na sua versão original (1982), há, nesta versão de 1995, um artigo para a inibição do poder paternal, que dependendo da “gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente”, pode o mesmo ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela, por um período de dois a cinco anos.

⁶ António de Araújo. “Crimes Sexuais...”, págs. 332 e ss.

Após algumas revisões a esta versão de 1995, a Revisão de 2007, aprovada pela Lei nº 59/2007, de 04 de Setembro, foi a mais relevante em relação aos crimes sexuais. Esta nova revisão mantém a estrutura do capítulo dos crimes sexuais do anterior código, à excepção da Secção III que desaparece, apesar de se manterem os artigos, ficando estes integrados na Secção II, não deixando, no entanto, de serem comuns às duas secções. O bem jurídico protegido neste capítulo continua a ser o mesmo que se verificava no CP de 1995. Mais tarde, com a Lei nº 103/2015 de 24 de Agosto, o art. 179º acaba por ser revogado. A Revisão de 2007 na Secção II, relativa aos menores, surgiu com novos tipos de crimes, o recurso à prostituição de menores (art 174º) e a pornografia de menores (art. 176º), e alterou a maior parte dos artigos desta secção.

Assim, o art. 171º (anterior art. 172º do CP de 1995) mantém-se como “Abuso sexual de crianças” (cf. epígrafe do artigo), mantendo inteiramente a sua letra, porém na redacção dada pela Lei nº 103/2015, de 24 de Agosto a este artigo foi aditado um nº 5 que firma que a tentativa de qualquer facto descrito nos números anteriores, que preenchem o artigo, é punível. O art. 173º do CP 1995 dividiu-se em dois, o art. 172º e 173º, correspondendo o art. 172º a “Abuso sexual de menores dependentes” e o art. 173º correspondendo a “Actos sexuais com adolescentes”, sendo em qualquer um dos dois a tentativa punível por qualquer facto descrito nos artigos. O art. 174º trata de um novo tipo de crime, o “recurso à prostituição de menores”, sendo este o tema da dissertação irá ser desenvolvido *a posteriori*. O art. 175º passou a ser o de “Lenocínio de menores”, deixando assim de existir o anterior crime de “Actos homossexuais com menores”, fazendo, assim, jus ao princípio da igualdade e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade que a nossa Lei Fundamental prevê. Finalmente, o art. 176º prevê, também ele, um novo tipo de crime, o da “Pornografia de menores”. Mais tarde, com a Lei nº 103/2015, de 24 de Agosto, a este artigo foi adicionado um nº 8 que alude à punição da tentativa de qualquer dos factos descritos ao longo dos outros números presentes no mesmo. Além disso, também com esta lei, foi aditado um novo artigo, o 176º-A, que se refere ao “Aliciamento de menores para fins sexuais”.

Com a exclusão da Secção III presente no CP de 1995, os artigos que eram comuns às duas secções anteriores encontram-se agora na Secção II, não deixando de serem comuns às duas, como já foi referido anteriormente. Assim, ainda temos no nosso código o artigo da “Agravção” (art. 177º), que se refere às características que podem agravar a moldura penal

existente nos vários artigos das duas secções, que também sofreu alterações com a Lei nº 83/2015, de 05 de Agosto. O art. 178º trata da “Queixa”, que nos indica que qualquer crime da Secção II não depende de queixa, à excepção do art. 173º, salvo se do crime aí descrito resultar suicídio ou morte da vítima, podendo assim o MP actuar sem necessidade de queixa, isto é, os crimes sexuais contra menores são, agora, considerados crimes públicos (tirando a excepção do art. 173º). Por último, o art. 179º trata da “Inibição do poder paternal e proibição do exercício de funções”, contudo, este artigo foi revogado pela Lei nº 103/2015, de 24 de Agosto.

Feita esta breve referência à evolução do direito penal sexual português com especial atenção aos menores, poderemos avançar para o tema elegido.

CAPÍTULO II

RECURSO À PROSTITUIÇÃO DE MENORES

1. Antecedentes e justificação para o novo tipo legal de crime

O tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores foi introduzido pela Lei nº 59/2007, de 04 de Setembro, como anteriormente referido. Este crime foi resposta à necessidade de uma especial protecção de menores prevista pela UE, sendo as causas para a sua existência previstas nas convenções, propostas, protocolos e recomendações da mesma⁷. Estes diplomas mencionam os motivos para a criação deste novo tipo legal de crime, entre os quais o aumento inquietante do número de crimes cometidos relativamente à exploração e abuso sexuais de crianças, derivados ao uso crescente da tecnologia na área das comunicações usada tanto pelas crianças como pelos seus infractores, sendo o acesso e a exposição de crianças a estas situações mais fácil, fazendo, assim, com que o número de crimes aumente.

Um outro motivo referido é a vulnerabilidade do menor, por o ser, estando o seu desenvolvimento psicossocial e a sua saúde em perigo havia a necessidade de criar novos instrumentos de protecção, prevenção e assistência para proteger os valores fundamentais, que são o bem-estar e o superior interesse da criança, fazendo jus ao art. 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Direito das crianças”).

Em Portugal, a introdução deste novo tipo de crime surgiu com a Proposta de lei nº 98/X, DAR, Série-A, 2º Supl., de 18/10/2006, que esteve na origem da Lei nº 59/2007, embora houvessem antes desta Proposta de lei outras no mesmo sentido⁸. Segundo a exposição de motivos desta Proposta de lei “é previsto um novo crime contra a autodeterminação sexual de menores, que se traduz na prática de actos sexuais mediante pagamento ou outra contrapartida. Trata-se de um ilícito que se fundamenta no favorecimento da prostituição de crianças e adolescentes”, justificando-se, assim, este

⁷ DQ 2004/68/JAI do Conselho da UE de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada por Portugal em 25/10/2007; Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 29/03/2010; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25 de Maio de 2000; Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente à Luta contra a Exploração Sexual de Crianças e a Pornografia Infantil.

⁸ Maria João Antunes e Cláudia Santos, «Artigo 174º - Recurso à prostituição de menores», in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, págs. 865 e ss. (citado: “Artigo 174º - Comentário... 2012”)

aditamento pela necessidade de dar cumprimento a “obrigações comunitárias e internacionais”. A revisão prevista nesta Proposta de Lei procurou fortalecer a defesa dos bens jurídicos dando destaque, entre outros, ao “reforço da tutela de pessoas particularmente indefesas, como as crianças, os menores (...)” e a “tipificação de novos crimes contra a liberdade pessoal e sexual (...)”. Relativamente ao facto criminoso, as pessoas colectivas e entidades equiparadas passaram a ser puníveis por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, entre outros crimes, sendo essa responsabilização dependente, sempre, de o crime “ser cometido em nome e no interesse da pessoa colectiva, por pessoa que nela ocupe uma posição de liderança ou que aja sob a sua autoridade”. No Título I da Parte Especial, no âmbito dos crimes contra as pessoas, “é previsto um novo tipo de crime contra a autodeterminação sexual de menores que se traduz na prática de actos sexuais mediante pagamento ou outra contrapartida”, tratando-se de um ilícito que fomenta a prostituição de crianças e adolescentes⁹.

Desta forma, unidos os Estados-membros presentes na Convenção do Conselho da Europa contra a exploração sexual e o abuso sexual de crianças, dispostos a contribuir para a realização de um objectivo comum de protecção das crianças e a prestar assistência a estas, acordaram esses Estados na elaboração de um instrumento internacional global centrado nos aspectos relacionados com “a prevenção, a protecção e o direito penal em matéria de luta contra todas as formas de exploração sexual e abusos sexuais de crianças”, no qual Portugal quis fazer parte através da Proposta de lei referida anteriormente e da consequente aprovação da Lei nº 59/2007, de 04 de Setembro.

2. Quem é o menor nos crimes de natureza sexual?

Refere-se aqui, primordialmente, os crimes sexuais contra menores, isto é, cuja vítima seja um menor. Mas não se expõe quem é o menor, o seu conceito. Conceito esse que também ele sofreu uma evolução ao longo dos CP conhecidos. Por esse motivo é imprescindível, antes de aprofundarmos o tema, saber quem são os menores que se pretende proteger com esta incriminação.

O principal foco do conceito de menor é a idade, sabe-se que uma pessoa é menor devido a esta não atingir a idade que legalmente se indica para a maioridade, que, hoje, é de dezoito anos. Porém, nem sempre foi assim. No tempo do Código de Seabra, a maioridade

⁹ Proposta de lei nº 98/X, DAR, Série-A, 2º Supl, de 18/10/2006

atingia-se apenas aos vinte e um anos, sendo considerados crimes contra menores os praticados contra pessoas que ainda não teriam atingido essa idade, mantendo-se esta a aplicável ao CP de 1852. De acordo com as palavras de Ana Rita Alfaiate, “Em sede de crimes sexuais, era até aos dezasseis anos que se sustentava a importância de uma tendencial protecção absoluta do ofendido e dos bens jurídicos de que esse fosse titular”¹⁰. Palavras essas que são de acordo com o Ac. do STJ, de 14 de Dezembro de 1955 “a lei protege os menores de dezasseis anos, de forma absoluta, contra quaisquer actos atentatórios do pudor, punindo, por isso, os actos impúdicos, mesmo com a aceitação dos ofendidos e independentemente da existência ou inexistência de pudor por parte destes”¹¹.

Isto é, o consentimento do menor de dezasseis anos, mesmo quando dado, não tinha valor, pois acreditava-se que o menor não tinha capacidade para consentir em tais actos, sendo, mesmo nesses casos, o infractor punido. Na opinião desta autora, para o legislador daquela época, “a assunção do discernimento para consentir fazia-se em termos progressivos a partir dos dezasseis anos”, ou seja, mesmo atingindo o menor a idade de dezasseis anos, este não tinha ainda capacidade para dar o seu consentimento em certas situações, esta capacidade era conseguida gradualmente até atingir a maioridade, os vinte e um anos. Deste modo, havia uma maior protecção do menor até atingir a maioridade, sendo a protecção dada conforme a idade do menor, visto que a partir dos dezasseis anos este já podia consentir em alguns actos, mas não em todos, protegendo-se o menor contra os actos em que este ainda não tinha discernimento para dar o seu consentimento, formando, assim, uma barreira entre o menor e o infractor para que este fosse punido, não se podendo aproveitar da ingenuidade do protegido.

A amplitude do consentimento do menor não era tão questionada na época, em razão destes crimes sexuais, como o é actualmente, uma vez que o bem jurídico protegido por estes crimes, na época, andava em torno da ideologia comunitária. O pensamento da comunidade em geral é que definia o que era o melhor para o menor, isto é, o que estava errado aos olhos da sociedade era o que se devia proteger em relação ao menor, não se pensava, como hoje, o que era melhor para o menor, independentemente do que este ache

¹⁰ Ana Rita Alfaiate. *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, págs. 18 e ss. (citado: “Relevância...”)

¹¹ Vítor António Duarte e Araújo Faveiro, Laurentino da Silva. *Código Penal Português Anotado*, 3ª ed., Coimbra Editora, 1960, pág. 660. Apud Ana Rita Alfaiate. *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, pág. 18

melhor para si, mas sim o que era melhor para a sua honra. Ou seja, este bem jurídico comunitário sobrepuja-se à vontade do agente e da vítima.

O DL n° 496/77, de 25 de Novembro, antecipou a idade para atingir a maioridade para os dezoito anos, sendo esta já a aplicável ao CP de 1982. Contudo, segundo Ana Rita Alfaiate, o CP de 1982 definiu um critério para o consentimento dos menores, não significando ser menor, ser incapacitado para consentir. Os menores a partir dos catorze anos, capazes de compreender o sentido e o alcance da sua vontade, dando o consentimento, esse seria válido e eficaz.

No CP de 1995, com a nova reestruturação do direito penal sexual, altera-se o bem jurídico relacionado com este, porém não se altera a idade para o consentimento, mas modifica-se “a idade até onde o legislador entende que é razoável prever incriminações específicas em função da idade da vítima”¹². Deixa de haver distinção entre maiores e menores entre os dezasseis e os dezoito anos, passando a especial protecção às vítimas de crimes sexuais a ser até aos dezasseis anos. Entre os dezasseis e os dezoito anos, a protecção especial acontece no caso de abuso sexual praticado por agente a quem o menor tivesse sido confiado para educação ou assistência, visto haver aqui uma especial proximidade entre o agente e o menor e o dever que cabia ao agente de proteger a liberdade sexual do menor em causa, dever esse que é desrespeitado. Significa isto, que os crimes praticados contra menores de idade entre os dezasseis e os dezoito anos eram legalmente considerados como praticados contra maiores, à excepção desta última situação mencionada.

Na revisão de 2007 do CP, a idade para o consentimento foi fixada nos dezasseis anos, continuando sem prescindir do critério do discernimento do menor para compreender o sentido e alcance da sua vontade. Nesta revisão mantém-se ainda prevista a maioridade nos dezoito anos. Todavia, a idade para o consentimento e a consideração de uma especial protecção foi muitas vezes até ao limite dos dezoito anos, por haver casos que merecem especial atenção, pois com mais ou menos de dezasseis anos, o menor continua a ser uma criança.

Quando se faz referência ao menor como vítima, este apenas se caracteriza pelo simples facto de ainda não ter atingido a idade suficiente para a maioridade, sem haver uma qualquer conotação a um complexo de inferioridade dos menores enquanto titulares do direito e interesse legalmente protegido.

¹² Ana Rita Alfaiate. “Relevância...”, pág. 22

Esta fixação da idade legal para a maioridade ser de dezoito anos vai de encontro aos objectivos de uniformização e harmonização da UE, sendo assim, esta a idade em vários Estados membros da mesma.

3. O tipo legal de crime

O tipo de crime de recurso à prostituição de menores, como supracitado, encontra-se no art. 174º do CP. Este tem como objectivo punir a conduta do agente que, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre catorze e dezoito anos, mediante pagamento ou outra contrapartida.

Como a própria letra da lei o indica, o agente da prática deste crime pode ser qualquer pessoa que tenha dezoito ou mais anos, independentemente de ser homem ou mulher. Assim, o agente da prática do crime é aquele que, sendo maior, pratica com menor, entre catorze e dezoito anos de idade, um qualquer acto sexual de relevo mediante o pagamento ou outra contrapartida, como se de uma prestação de serviços se tratasse, sendo abusiva a qualificação deste agente como “cliente”, segundo Maria João Antunes e Cláudia Santos. Desta forma, só pode ser punido como autor deste tipo legal de crime quem praticar ou tentar praticar acto sexual de relevo com o menor, mediante pagamento ou outra contrapartida, o que significa que o crime em causa é um crime de mão própria, pois é o próprio agente que o pratica e não outra pessoa, ao contrário de outros tipos legais de crime de natureza sexual que na sua letra contêm as expressões “levar a praticá-lo com outra pessoa”/ “com outrem”. Porém, Paulo Pinto de Albuquerque afirma que o crime “pode ser cometido por coautoria, autoria mediata e instigação” e insiste que “comete crime em autoria mediata o agente que coage um terceiro a praticar acto sexual de relevo com o menor prostituto ou que convence o terceiro que o menor prostituto tem mais de 18 anos”, o que não se pode aceitar, pois a pessoa que fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição de um menor será punido pelo tipo legal de crime de lenocínio de menores, previsto no art. 175º do CP, e não pelo tipo de crime de recurso à prostituição de menores. As autoras Maria João Antunes e Cláudia Santos, relativamente ao agente, realçam um pormenor fulcral, afirmando que se o agente tiver entre dezasseis e dezoito anos não pode ser responsabilizado pela prática deste crime, porém se a vítima tiver menos de catorze anos aquele agente já é punido, mas pelo tipo legal de crime de abuso sexual de crianças previsto no art. 171º do CP.

Por consequência, a vítima deste crime é o menor entre catorze e dezoito anos, sendo necessariamente entre estas idades, visto que se o menor tivesse menos de catorze anos estaríamos perante o crime de abuso sexual de crianças, previsto no artigo referido a cima. O porquê de assim o ser será abordado posteriormente.

A consumação desta incriminação é conseguida com a prática de um qualquer acto sexual de relevo que seja determinada pelo pagamento ou outra contrapartida. Esta incriminação não supõe uma prática reiterada do menor, pode constituir-se com um acto isolado, não se podendo considerar o menor “prostituto”, como o indicam Maria João Antunes e Cláudia Santos, é «abusiva a qualificação da vítima como “menor prostituto”»¹³. Tratando-se de um tipo de crime que abrange como vítima o menor entre catorze e dezoito anos, é importante referir que não está em causa o abuso de inexperiência, mas a “proibição da comercialização de actos sexuais que envolvam menores”¹⁴.

Neste tipo legal de crime não se tipifica a prostituição como acto, ou seja, não é o relacionamento sexual mediante um preço que está em causa, mas sim a punição da conduta de um adulto que recorre à prostituição de um menor, consistindo esta prostituição de menor, segundo o art. 19º, nº 2 da Convenção do Conselho da Europa contra a exploração sexual e abuso sexual de crianças, no “facto de utilizar uma criança para actividades sexuais, oferecendo ou prometendo dinheiro ou qualquer outra forma de remuneração, pagamento ou vantagem, independentemente de tal remuneração, pagamento, promessa ou vantagem ser feito à criança ou a um terceiro”.

Na letra da lei é referido o acto sexual de relevo, sem aludir ao seu conceito, o que na opinião de José Mouraz Lopes foi propositadamente omissivo pelo legislador português. O autor defende que se trata de um conceito indeterminado e livre de conteúdos moralistas, contrapondo a sua apreciação à de Teresa Beleza que refere que este conceito “pode ainda ter uma conotação de acto que viola a medida socialmente adequada de pudor, ou de formas aceitáveis de relacionamento sexual, e não de medida de liberdade”¹⁵. Assim, respeitando a evolução do direito penal sexual português, compreende-se não poder aceitar-se a reflexão que Teresa Beleza defende, pois o que está em causa é a liberdade sexual individual, e não

¹³ Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Artigo 174º - Comentário ...”, 2012”, pág. 868

¹⁴ José Mouraz Lopes. Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal, Coimbra Editora, 2008, págs. 143 e 144 (citado: “Crimes...”)

¹⁵ Teresa Pizarro Beleza. O Conceito Legal de Violação, RMP, Ano 15, Nº 59, Julho/Setembro, 1994, pág. 51. Apud José Mouraz Lopes. Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal, Coimbra Editora, 2008, págs. 24 e 25

a liberdade sexual de uma comunidade. Para a noção de acto sexual de relevo, o autor refere a reflexão de José Luiz Diez Ripolles que prossupõe como acto sexual de relevo “toda a conduta com que o seu autor pretende envolver-se a si mesmo ou a si mesmo e a outra pessoa num contexto sexual”, definindo também contexto sexual como toda a “situação social para cuja avaliação o autor da conduta, pelo menos, se socorre de juízos de valor referentes ao instinto humano que suscita atracção entre os sexos”¹⁶. Por sua vez, Figueiredo Dias defende que determinar com precisão o que é um acto sexual de relevo é uma questão controversa e que existem três teorias para o seu conceito. A teoria da interpretação objectivista, segundo a qual, um acto sexual de relevo, considerando a sua manifestação externa, revela uma conexão com a sexualidade. Teoria que Figueiredo Dias concorda, definindo acto sexual de relevo como “todo aquele comportamento que, de um ponto de vista predominantemente objectivo e segundo uma compreensão natural, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica”. Uma segunda teoria, mais estrita, exige não só a conotação objectivista, como também a conotação subjectivista, que se traduz na “intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual”¹⁷. Por fim, uma terceira teoria que defende que o conceito de acto sexual de relevo deve ser integrado tanto pela sua acepção objectivista como a acepção subjectivista, que o autor afirma ser menos exigente que as outras duas teorias. A favor da teoria da interpretação objectivista temos também Paulo Pinto de Albuquerque, que define acto sexual de relevo como “a acção de conotação sexual de uma certa gravidade objectiva realizada na vítima”¹⁸. Podemos assim verificar que os três autores referidos adoptam a mesma concepção.

Relacionado com o acto sexual de relevo temos a decomposição desta incriminação em crime simples e crime qualificado. O artigo distingue nos seus n^{os} 1 e 2 estes dois tipos legais de crime consoante a conduta do agente, respectivamente. No seu n^o 1 encontra-se o crime simples relacionado com o acto sexual de relevo considerado simples, e no seu n^o 2 descreve-nos o que é que consiste o acto sexual de relevo qualificado, isto é, se a conduta do

¹⁶ José Luiz Diez Ripolles. *Pornografía y Otras Conductas Sexuales Provocadoras*, Boch, Barcelona, 1982. Apud José Mouraz Lopes. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, Coimbra Editora, 2008, págs. 23 e 24

¹⁷ Jorge de Figueiredo Dias. “Comentário..., 2012”, págs. 718 e 719

¹⁸ Paulo Pinto de Albuquerque. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2015, págs. 645 e 646 (citado: “Código...”)

agente consistir em acto sexual de relevo em que se compreenda a “cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos”. Consoante esta decomposição da incriminação, a pena é mais grave se estivermos perante um acto sexual de relevo qualificado, como descrito no nº 2.

Este nº 2 do artigo vem introduzir, nesta incriminação, uma série de conceitos já referidos noutros artigos relativos aos crimes sexuais, que devem ser definidos. Assim, a “cópula” é entendida como o resultado de uma relação sexual entre homem e mulher, ou seja, a introdução do órgão genital masculino no órgão genital feminino. Noutras palavras, é “entendida como resultado de uma relação heterossexual de conjugação carnal entre órgãos sexuais masculinos e femininos”¹⁹, isto é, “o acto pelo qual o pénis de um homem é introduzido na vagina de uma mulher, haja ou não *emissio seminis*”²⁰, ou ainda, “a penetração da vagina pelo pénis”²¹. O “coito anal” e o “coito oral” são equiparados à cópula, e traduzem-se na introdução do órgão genital masculino no ânus ou na boca, respectivamente, estando, também, os três autores referidos de acordo. A “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos” é a introdução de membros corporais, por exemplo, ou a introdução de um qualquer objecto, sem que esse tenha, necessariamente, evidenciado o cariz sexual, na vagina ou no ânus. Este objecto aqui caracterizado tem como sentido coisa material e não sentido de coisa civilmente falando. Já a noção de partes do corpo, na opinião de José Mouraz Lopes, foi adoptada pelo legislador português como abrangendo os braços, mãos, punhos, dedos, pernas, pés, língua e nariz. Tal como Figueiredo Dias e Paulo Pinto Albuquerque também o defendem.

Deste modo, a pena distingue-se consoante o tipo legal de crime, sendo para o crime simples de 1 mês (visto ser a duração mínima da pena de prisão prevista no art. 41º, nº 1 do CP) a 2 anos de prisão ou de 10 (limite mínimo de dias para a pena de multa estabelecido no art. 47º, nº 1 do CP) a 240 dias de multa e para o crime qualificado de 1 mês a 3 anos de prisão ou de 10 a 360 dias de multa, seguindo sempre os critérios de escolha e medida da pena previstos nos arts. 40º e 70º e ss do CP.

O que verdadeiramente fundamenta esta incriminação do recurso à prostituição de menores é o pagamento ou outra contrapartida. O pagamento, que consiste numa equivalência económica entre o serviço prestado e este, pressupõe uma quantia monetária

¹⁹ José Mouraz Lopes. “Crimes...”, 2008, pág. 45

²⁰ Paulo Pinto de Albuquerque. “Código...”, pág. 655

²¹ Jorge de Figueiredo Dias. “Comentário...”, 2012”, pág. 749

ou qualquer forma de remuneração em espécie, isto é, o pagamento é feito em dinheiro ou em espécie. Na contrapartida exclui-se a equivalência económica entre o serviço prestado e esta, podendo exprimir-se através de actos de favor, uma prenda ou qualquer outro meio que pode ser entendido como uma contraprestação. Porém, neste tipo legal de crime a consumação ocorre mesmo que não haja pagamento ou outra contrapartida, basta haver a prática de um qualquer acto sexual de relevo determinada por essa remuneração.

Segundo Maria João Antunes e Cláudia Santos, neste tipo legal de crime “é de exigir o dolo relativamente à totalidade dos elementos constitutivos do tipo objectivo de ilícito”²², porém se houver erro quanto à idade da vítima, esse exclui o dolo, valendo o estipulado no art. 16º, nº 1 do CP, “o erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo”. Além disso, estamos perante um tipo legal de crime que se apresenta como um crime de perigo, isto é, a mera colocação do bem jurídico em perigo basta para o preenchimento do tipo objectivo de ilícito, sendo, assim, este perigo abstracto, visto que não é elemento do tipo. Por outras palavras, trata-se de um crime de perigo abstracto “na medida em que a possibilidade de um perigo concreto para o desenvolvimento livre, físico ou psíquico, do menor ou o dano correspondente podem vir a não ter lugar, sem que com isto a integração pela conduta do tipo objectivo de ilícito fique afastada”²³, assim, o bem jurídico protegido estabelece apenas a ratio legis que motivou a criação da norma, não se traduzindo no tipo objectivo de ilícito.

Nesta nova incriminação surge uma surpresa, segundo o nº 3 do artigo, a tentativa é punível, o que constitui uma excepção à regra do art. 23º, nº 1 do CP, que estabelece que “a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão”, sendo esta especialmente atenuada. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, basta o mero aliciamento do menor para a prática de acto sexual de relevo a troco de remuneração para se punir por tentativa o agente do tipo legal de crime. Isto é, não é necessário haver tentativa do acto sexual de relevo em si, basta que haja um simples contacto do agente a oferecer um pagamento ou outra contrapartida pela actividade desejada para que seja punido.

²² Maria João Antunes e Cláudia Santos, “Artigo 174º - Comentário ..., 2012”, pág. 869

²³ Jorge de Figueiredo Dias. “Comentário..., 2012”, pág. 835

De acordo com este autor, o agente que, na mesma ocasião, efectua mais do que um acto sexual de relevo em relação à mesma vítima comete um só crime, sendo a pluralidade desses actos reflectida apenas na determinação da pena. No entanto, quando o mesmo agente pratica este tipo legal de crime contra várias vítimas, atendendo à natureza pessoal do bem jurídico, contam-se os crimes pela quantidade de vítimas, ou seja, se o agente praticar acto sexual de relevo determinado pela remuneração contra dois menores entre os catorze e os dezoito anos, comete dois crimes, havendo assim concurso efectivo de crimes. À luz do art. 30º, nº 1 do CP, “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”, nesta segunda parte do nº 1 podemos verificar a hipótese que o autor refere. Quanto à hipótese de crime continuado, o nº 2 do art. 30º do CP, alude que “constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente culpa do agente”. Contudo, a Lei nº 40/2010, de 03 de Setembro veio aditar um nº 3 a este artigo, que veio anunciar que o crime continuado previsto no nº 2 não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, não se aplicando assim ao tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores, visto que o seu bem jurídico é “pessoalíssimo”.

4. O bem jurídico protegido

4.1. Em geral

O bem jurídico da Secção II “Crimes contra a autodeterminação sexual” já aqui foi referido, tal como a sua evolução para acompanhar o desenvolvimento do direito penal sexual, porém ainda não foi determinado o conceito de “bem jurídico”, o que este representa nesta área do direito penal. Antes de aprofundar qual o bem jurídico protegido nesta questão jurídica, é importante esclarecer o seu conceito.

Segundo Karl Prelhaz Natscheradetz, “a noção de bem jurídico implica (...) que se faça uma valoração de signo positivo acerca de um determinado objecto, de uma determinada situação da realidade social, e da sua importância para o desenvolvimento da personalidade humana”²⁴, isto é, temos de pegar numa situação real e entender o que se

²⁴ Karl Prelhaz Natscheradetz. O Direito Penal Sexual: Conteúdos e Limites, Almedina, 1985, págs. 112 e ss.

pretende proteger ao nível do desenvolvimento da personalidade humana. Ao contrário do que defendem outras teorias sobre o bem-jurídico, Karl Prehaz Natscheradetz entende que a auto-realização humana não necessita apenas de bens materiais, nem é esse o meio apontado pelos critérios constitucionais, visto ser das valorações fundamentais da ordem jurídica que o legislador penal retira os critérios de valoração de que depende a definição dos bens jurídicos. Na opinião deste autor a questão essencial reside no carácter externo-objectivo desse determinado objecto, para que os bens jurídicos protegidos estejam de acordo com os interesses gerais da sociedade.

A intenção do conceito de bem jurídico é transmitir uma garantia à sociedade, mostrando o que efectivamente é protegido pela norma penal em questão. Uma das características base do bem jurídico é o seu carácter mutável, pois este modifica-se consoante a modificação dos ideais da vida em sociedade no decorrer do tempo, como já verificamos no Capítulo I da evolução do direito penal sexual em Portugal.

Como já referido, o bem jurídico protegido pelo direito penal sexual é a liberdade e autodeterminação sexual, sendo este, quando em causa estiverem menores, conexo a um outro bem jurídico, o do livre desenvolvimento da personalidade sexual do menor. A liberdade e autodeterminação sexual implica a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, isto é, cada pessoa é livre de ter relações sexuais, desde que seja a sua vontade e respeitando a liberdade sexual alheia e seja num local privado. Implica, também, o direito de não sofrer qualquer introdução física de cariz sexual, ou seja, de não sofrer, contra a sua vontade, qualquer acto de natureza sexual, e ainda seguir livremente a sua orientação sexual. Por outras palavras, a liberdade sexual tem uma natureza complexa, englobando uma vertente positiva e uma vertente negativa. A vertente negativa traduz-se no direito de cada um a não sofrer de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, através de actos para os quais não tenha consentido. A vertente positiva traduz-se na “possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”²⁵. Estas duas vertentes não bastam individualmente para o conceito deste bem jurídico, ambas são necessárias, e nenhuma norma estará completa se não englobar as duas vertentes na sua protecção.

Contudo, nem sempre se destaca a vertente positiva, a maioria das vezes dá-se primazia à vertente negativa, o que se compreende, visto que “Ao Estado, coactivamente, é

²⁵ Ana Rita Alfaiate. “Relevância...”, págs. 86 a 88

exigida a protecção contra as ofensas de terceiros à liberdade (também sexual) dos seus cidadãos”, ao contrário do que acontece com a vertente positiva em que cada um de nós fará o que entender para promover e desfrutar da sua sexualidade, desde que não interfira com a vertente negativa deste bem jurídico relativamente a outra pessoa.

4.2. No seio da questão jurídica

Até aqui se afirmou que o bem jurídico do direito penal sexual na Secção II “Dos crimes contra a autodeterminação sexual” é a liberdade e autodeterminação sexual conexo com o livre desenvolvimento da personalidade sexual do menor. Segundo Maria João Antunes e Cláudia Santos, o tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores, inserido na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, consiste numa excepção à “regra norteadora” deste capítulo. As autoras defendem que o bem jurídico protegido por esta incriminação é o “livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente de 14 a 18 anos face à prática de actos sexuais de relevo mediante pagamento ou outra contrapartida”²⁶, mas que esta incriminação levanta a questão de saber se, quando o menor entre catorze e dezoito anos praticar actos sexuais de relevo, de forma consensual, mediante pagamento ou outra contrapartida, se encontra, carecido de uma protecção especial.

As autoras questionam se esta incriminação não leva a pensar num “paternalismo penal” para a justificar, por limitar a liberdade sexual do menor entre os catorze e os dezoito anos, que queira praticar acto sexual de relevo mediante pagamento ou outra contrapartida. Se um menor nestas condições quiser a prática do acto em causa, pode o legislador contrariar a vontade do menor, com a justificação de que é o melhor para ele? Imaginemos uma situação de completo desespero, em que acredito que seja a única maneira de uma pessoa escolher determinados caminhos para conseguir aquilo que deseja alcançar, em que o menor recorre à sua prostituição para conseguir obter um determinado bem, será que nessa condição, em que é o menor por sua própria vontade e de forma consensual que recorre a esta situação, estará o bem jurídico em risco? Será, neste caso, necessário uma especial protecção? Distinta é a situação em que o menor é forçado a prostituir-se. Nesta última, o menor não está a agir de sua livre e espontânea vontade e todos os actos sexuais de relevo que sejam praticados não o são de forma consensual. Aqui, já se encontra justificação para agir, para proteger o menor, que não está a usufruir da sua liberdade sexual. Em suma, as

²⁶ Maria João Antunes, “Artigo 174º - Comentário..., 2012”, pág. 866 e 867

autoras questionam se estamos perante uma incriminação que respeita o critério da dignidade jurídico-penal e da carência da tutela do bem jurídico, mesmo que o bem jurídico seja um bem jurídico supraindividual e afirmam que não podemos retroceder na evolução voltando para um bem jurídico consolidado numa moralidade pública ou dos bons costumes.

Para além desta questão, as autoras referem uma outra, a necessidade de reflectir sobre a probabilidade de esta nova incriminação, ao invés de diminuir este género de comportamentos, redobrar a tendência para a ocorrência deste tipo de situações em espaços clandestinos, que aprofundam a exclusão social dos que neles são intervenientes. O que se percebe, visto que os indivíduos que recorrem à prostituição de um menor para não serem punidos vão fazê-lo de forma a não o serem, ou seja, vão ocultar que o fazem e fazê-lo de forma oculta, recorrendo a espaços pouco fiáveis para o fazer. Isto irá contribuir para que alguns agentes, sabendo que cometem uma ilegalidade e não o conseguindo evitar, se sintam de uma forma menos digna aos olhos da sociedade e abram um processo de auto-incriminação, resultando numa frustração que pode causar problemas psíquicos e que, por consequência, se afastem dessa sociedade que os vai reprimir se souber dos factos.

A contrario, Ana Rita Alfaiate defende que, neste tipo legal de crime, o bem jurídico protegido é a protecção da infância e da juventude, referindo, assim, um bem jurídico supraindividual, não considerando este a “valorização que o menor faça relativamente à ofensa”²⁷, justificando-se pelo facto de o legislador, independentemente dessa valorização do menor, considerar que esta conduta tem dignidade penal, embora acrescente que a partir dos dezasseis anos e com o discernimento necessário o menor já tenha “voz” para consentir. A autora apoia a sua opinião no CP alemão, nomeadamente no seu art. 180º, assegurando que só a aceitação deste novo bem jurídico justifica algumas das novas incriminações do CP, designadamente a que está em causa.

Este novo bem jurídico distingue-se da acepção de bem jurídico que se solicitava em sede de crimes sexuais, ou seja, bem jurídico enquanto fim. Este é um bem jurídico enquanto meio. O bem jurídico enquanto fim é “associado à tutela de interesses pessoais e como forma de os proteger ou potenciar” *a contrario*, o bem jurídico enquanto meio “acolhe os interesses supraindividuais e surge vocacionado para a protecção instrumental dos interesses pessoais, enquanto *plus* garantístico do desenvolvimento da pessoa e da conservação desses seus interesses”, assim, relativamente à incriminação em concreto, o

²⁷ Ana Rita Alfaiate. “Relevância...”, págs. 98 e ss.

bem jurídico da protecção da infância e da juventude surge como meio para a protecção do bem jurídico da liberdade sexual dos menores.

Com este bem jurídico supraindividual, a autora interroga-se sobre o limite etário até onde se justifica que este se sobreponha à liberdade sexual do menor. Embora haja, neste caso, uma desconsideração da vertente positiva da liberdade sexual, daí resultando que esta não seja o bem jurídico, ainda temos presente condutas que interferem directamente com esta vertente. Sendo a partir dos catorze anos que deixa de haver uma protecção tendencialmente absoluta do menor, não é errado pensar que esta incriminação comprima a vertente positiva da liberdade sexual do menor. Porém, é necessário haver muita ponderação, pois, fazendo parte da liberdade sexual do menor esta vertente positiva e sendo o bem jurídico protecção da infância e da juventude um meio para proteger a liberdade sexual do menor, esta vertente positiva também é um interesse a ter em conta, isto é, não deve haver constrangimentos na protecção dada pelo bem jurídico meio, esta tem de ser uma protecção eficaz.

Embora esta autora defenda este novo bem jurídico, admite também que este não é isento de críticas, afirmando, porém, que é a nova conduta punível que afasta a titularidade concreta do bem digno de tutela penal. Contudo, “não deixa[ndo] de ser problemática a legitimidade para impor, sem mais, aos menores programas de controlo sexual ditados pelos adultos”²⁸.

Em Portugal podemos falar em autodeterminação a partir dos catorze anos, o que significa que o menor ao perfazer essa idade chega ao limite da protecção tendencialmente absoluta do bem jurídico liberdade sexual na sua vertente negativa. A autodeterminação significa o “direito de crescer até uma dada idade na 'relativa inocência' do que são contactos sexuais”²⁹. Noutros países, como a Alemanha e o Brasil, a autodeterminação também está definida a partir dos catorze anos, como podemos verificar no art. 176º do código penal alemão e no art. 217º-A do código penal brasileiro. Na França, esta autodeterminação verifica-se a partir dos quinze anos, como se pode conferir nos arts. 222-24º/2º, 222-29º-1 e 227-22º-1 do código penal francês. Já quanto aos nossos vizinhos, em Espanha, a

²⁸ Manuel da Costa Andrade. O Consentimento do Ofendido no Novo Código Penal, Almedina, 1996, pág. 396. Apud Ana Rita Alfaiate. A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores, Coimbra Editora, 2009, pág. 101

²⁹ Jorge Dias Duarte. Homossexualidade com Menores. Art. 175º do Código Penal, RMP, Ano 20, Nº 78, Abril-Junho de 1999, págs. 147 a 157. Apud Ac. TC nº 247/05, de 10 de Maio de 2005

autodeterminação começa aos dezasseis anos, como se pode confirmar nos arts. 183º, nº 1, 182º, nº 1 e 189º, nº2 alínea a) do código penal espanhol.

Posto isto, partilho da mesma ideia defendida por Maria João Antunes e Cláudia Santos, pois não posso concordar com uma norma que restringe a liberdade de escolha de um menor que já não esteja sob a protecção tendencialmente absoluta do bem jurídico liberdade sexual na sua vertente negativa, como seria se seguisse a teoria do bem jurídico supraindividual em que o menor em questão não tem “voto na matéria” até aos dezasseis anos, menor que já não está sob essa protecção. Se mesmo adoptando o bem jurídico supraindividual este é utilizado como meio para a protecção do bem jurídico da liberdade sexual, tendo este bem jurídico duas vertentes ambas devem ser consideradas, visto que estas duas vertentes não bastam individualmente para a concretização deste bem jurídico, ambas são necessárias, e nenhuma norma estará completa se não englobar as duas vertentes na sua protecção. Se apenas decidirmos proteger uma destas vertentes este bem jurídico não será protegido na sua totalidade. Se adoptarmos um bem jurídico supraindividual estaríamos a pôr de parte a vertente positiva do bem jurídico liberdade sexual. Se a intenção é a protecção deste bem jurídico e ele não estará completo sem as duas vertentes, como podemos aceitar que o menor fique limitado nesse bem? Isto é, se o legislador atribui a uma norma dignidade penal independentemente do consentimento ou não da parte interessada, esta está limitada na sua livre escolha, não podendo optar por aquilo que considera melhor para si, desde que tenha alcançado a idade e maturidade necessárias para tomar decisões *só per si* neste âmbito. No tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores estamos perante um menor que não se enquadra na necessidade de protecção tendencialmente absoluta do bem jurídico por ser a partir dos catorze anos que se fala deste tipo legal de crime, e que, por isso, não lhe pode ser limitada essa liberdade. Se a lei pretende proteger a liberdade e autodeterminação sexual do menor e ainda o livre desenvolvimento da personalidade sexual deste, não pode o legislador restringir essa liberdade, a vontade do menor tem de ser levada em consideração, este é o principal interessado, é a este que a lei pretende proteger. Se o menor pode o mais, também pode o menos. Assim, o consentimento do menor tem que ter valor, não se pode negar essa hipótese ao principal interessado na acção, desde que ele tenha o discernimento necessário para o consentir. Sobre este assunto irei abordar posteriormente.

5. Disposições comuns

Os arts. 177º e 178º são disposições comuns aos crimes sexuais previstos no nosso CP. O art. 177º prevê a agravação das penas mediante certas circunstâncias que não se podem ignorar. Deste modo, o nº 1 deste artigo, subdividido em alínea a) e b), prevê, relativamente ao tipo legal de crime em questão, que as penas previstas são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima “for ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente” [alínea a)] ou “se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação” [alínea b)], isto significa, que há uma relação especial entre o agente e a vítima. Na alínea a), verifica-se a situação do incesto, apesar de este não ser punido como tal no nosso CP, que consiste na “relação sexual de parentes por consanguinidade ou afinidade em qualquer grau de linha recta, ou parentes no segundo grau da linha colateral”³⁰. Nesta alínea a) basta a existência dessa relação para que haja um agravamento da pena, *a contrario*, na alínea b) não basta a existência das relações aí descritas, tem de haver um aproveitamento dessa relação para que a pena seja agravada, ou seja, o crime tem de ser praticado com aproveitamento dessa relação para haver esse agravamento. Segundo Maria João Antunes, é a existência desta relação especial entre a vítima e o agente que fundamenta a agravação da pena de forma autónoma. Relação essa que pode “condicionar o comportamento sexual da vítima” e “favorecer a actuação do agente, o qual, dada a relação existente, não acredita na probabilidade de uma ulterior denúncia dos factos”³¹.

O nº 3 do art. 177º, por sua vez, prevê a agravação de um terço das penas, nos seus limites mínimo e máximo, se o agente for portador de doença sexualmente transmissível. A autora defende que, para que o agente sofra esta agravação, é crucial que ele conheça a sua condição, isto é, que ele tenha conhecimento da sua doença. De outra forma não faria sentido, não tem cabimento agravar uma pena nestas condições sem que o agente saiba que tem a doença em questão, visto se tratar de um elemento do tipo objectivo de ilícito e ser necessário o dolo do agente para o agravamento. Numa redacção anterior do código, este nº 3 abrangia

³⁰ Ana Maria Matos e Maria Esmeralda B. P. Coelho. O Incesto, Contributos para uma Intervenção, Instituto de Reinserção Social, Coimbra, 1993. Apud José Mouraz Lopes. Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal, Coimbra Editora, 2008, pág. 163

³¹ Maria João Antunes, «Artigo 177º - Agravação», in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, págs. 887 e 888 (citado: “Artigo 177º - Comentário..., 2012”)

as doenças “venérea ou sífilítica”, sendo mais tarde alargado este âmbito para as doenças sexualmente transmissíveis, que, a título de exemplo, podem ser a SIDA, hepatite, herpes genital, gonorreia e muitas outras que se integram neste círculo de doenças.

No nº 4 do mesmo artigo, as penas também serão agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas, ou seja, não estar só um agente envolvido na prática do tipo legal de crime, mas sim dois ou mais.

O nº 5 do artigo, por seu turno, prevê o agravamento de metade das penas, nos seus limites mínimo e máximo, se dos comportamentos descritos no tipo legal de crime resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima. Diferentemente dos números anteriores do artigo, este nº 5 prevê um agravamento das penas pelo resultado que surge da conduta do agente, isto é, esta agravação não é pela conduta do agente em si, mas pelo resultado que esta pode causar depois de consumado o tipo legal de crime.

Dos conceitos aludidos por este número do artigo acho importante destacar a definição de agente patogénico, visto não ser de conhecimento geral ao contrário dos outros conceitos referidos. O agente patogénico “pode ser um microorganismo, como bactérias, vírus, fungos e protozoários. Os agentes patogénicos são capazes de produzir doença infecciosa no hospedeiro sempre que estejam em circunstâncias favoráveis. Estes agentes podem multiplicar-se no organismo humano podendo causar infecção”³².

Para uma melhor compreensão deste número é de destacar o art. 18º do CP, que nos indica que “quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado, a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência”, o que significa que a agravação está dependente da verificação de três requisitos “a prática dolosa do crime fundamental; a produção do resultado pelo menos a título de negligência; e a imputação objectiva do resultado ao comportamento do agente”³³, estabelecendo, assim, um nexo de causalidade entre a conduta do agente e a produção do resultado, isto é, um resultado que se deve apresentar como consequência dessa conduta.

³² Anabela Mota Pinto. *Fisiopatologia – Fundamentos e Aplicações*, Editorial Lidel, 2007, pág. 127. Apud José Mouraz Lopes. *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, Coimbra Editora, 2008, pág. 165

³³ Maria João Antunes, “Artigo 177º - Comentário...”, 2012”, págs. 890 e 891

Maria João Antunes levanta a questão do concurso efectivo de crimes neste nº 5, quando com a verificação do resultado se preencher também um outro tipo legal de crime diferente daquele cuja pena está a ser agravada, como, por exemplo, a produção do resultado ofensa à integridade física grave e morte da vítima que também preenchem os tipos legais de crime de ofensa à integridade física grave e de homicídio. Contudo, a autora destaca que só haverá concurso efectivo de crimes quando a produção do resultado seja imputada ao agente a título de dolo e que, apesar do concurso efectivo de crimes, nada obsta a que o agente também seja punido pela prática de um crime agravado pelo resultado quando as outras circunstâncias descritas para o agravamento, que não estas duas aqui evidenciadas, sejam também imputadas ao agente a título de dolo. Fazendo, a autora, referência a Damião da Cunha, “se o agente é punido pelo resultado negligente, também o deverá ser a título de dolo”.

O nº 6 deste artigo prevê o agravamento de um terço das penas, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de dezasseis anos. Esta agravação traduz uma ideia de um tratamento diferenciado conforme a idade da vítima, ou seja, dos diferentes graus do desenvolvimento da personalidade sexual do menor.

O nº 7 deste artigo faz referência ao art. 174º, referindo que há um agravamento de metade das penas, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de catorze anos. Ora, abrangendo a incriminação em questão apenas os menores entre catorze e dezoito anos, não faz qualquer sentido esta referência ao artigo neste nº 7 do 177º, visto que ele refere menor de catorze, e como já referido, quando a vítima for menor de catorze já não se trata do tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores, mas sim o tipo legal de crime de abuso sexual de crianças previsto no art. 171º do CP.

Por fim, o nº 8 deste art. 177º refere que se houver mais que uma das circunstâncias descritas do artigo no mesmo comportamento, a concorrer entre si, só é considerada para efeito da determinação da pena aplicável a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na medida da pena.

Um outro artigo de disposição comum é o art. 178º do CP, que prevê a natureza dos tipos legais de crime das secções cujo bem jurídico é a liberdade e autodeterminação sexual. Este artigo, quanto à incriminação em questão, prevê a sua natureza pública, tal como para os restantes tipos de crime previstos na Secção II “Dos crimes contra a autodeterminação sexual”, apenas constituindo excepção a esta natureza pública o tipo legal de crime previsto

no art. 173º (actos sexuais com adolescentes), que só terá natureza pública se da conduta do agente que pratica esse tipo de crime resultar suicídio ou morte da vítima. A regra da natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual foi enunciada pela Lei nº 59/2007, de 04 de Setembro, que veio ser criticada. Na fundamentação desta natureza pública esteve presente o não exercício do direito de queixa por razões alheias ao interesse da vítima, que muitas vezes apenas beneficiava o próprio agente da conduta ilícita devido à vítima, a maioria das vezes, ser dependente desse agente a nível económico, familiar, relações afectivas, entre várias outras razões. Essa fundamentação foi criticada por ser possível que o MP desse início ao procedimento se o interesse da vítima assim o impusesse e que, segundo Maria João Antunes, esteve por trás um discurso “político-criminalmente correcto” que influenciou a opinião pública facilmente no sentido desta natureza pública vir a ajudar na tutela das pessoas particularmente indefesas, abrangendo assim os menores de dezoito anos, que na opinião da autora é manifestamente excessivo. Assim se verificou com a opção do legislador em permitir o recurso ao instituto da suspensão provisória do processo, no nº 4 deste artigo, tendo em conta o interesse da vítima, porém apenas em casos não agravados pelo resultado. Esta opção do legislador foi criticada por introduzir no CP uma norma pertencente ao direito processual penal e por os textos das duas normas não coincidirem, além da “utilização de um instituto à margem da sua justificação político-criminal”³⁴. É caso para se dizer que em vez de se andar sempre para a frente, “dá-se um passo para a frente e dois para trás”.

6. Jurisprudência

No Ac. do STJ de 14 de Março de 2013, referente ao processo nº 294/10.3JAPRT.P1.S2, podemos ver que este vai de encontro com a ideia defendida por Maria João Antunes e Cláudia Santos quanto ao bem jurídico protegido por este tipo legal de crime, “o bem jurídico protegido é a liberdade de autodeterminação sexual, de uma forma muito particular, não somente de condutas que possam resultar de extorsão de contactos sexuais mas daqueles actos de natureza sexual, que, em razão da pouca idade da vítima, mesmo que consentidos, podem prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, muito particularmente no aspecto do livre desenvolvimento

³⁴ Maria João Antunes, «Artigo 178º - Queixa», in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pág. 899

da personalidade na esfera sexual”, afirmando ainda que o descritivo típico do art. 174.º do CP “prevê a prática de acto sexual de relevo na forma de cópula, coito anal, oral ou introdução vaginal ou anal de partes de corpo ou objectos, com menor entre 14 e 18 anos (...), mediante contrapartida material, devida ou indevida, ou pagamento, e tanto pode ser de natureza homossexual como heterossexual, não sendo necessário que o menor faça disso profissão podendo tratar-se de um acto isolado”, punindo-se este agente em virtude da DQ 2004/68/JAI do Conselho da UE de 22 de Dezembro de 2003, e confirmando, também, que se trata de um crime de perigo abstracto³⁵.

No demais, a jurisprudência ainda não se pronunciou sobre este tipo legal de crime.

³⁵ Cf. também o Ac. do TRC de 09 de Janeiro de 2017 relativo ao processo nº 182/13.1JACBR.C1 e o Ac. do TRP de 24 de Setembro de 2014 relativo ao processo nº 163/12.2TACDR.P1

CAPÍTULO III

A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO MENOR

O consentimento encontra-se previsto no art. 38º do nosso CP, e consiste na manifestação através da qual uma pessoa autoriza, permite ou tolera algo por parte de outrem. Importa distinguir o consentimento do acordo, este carece de pelo menos dois interesses divergentes que se convergem num só, chegando as duas partes a um consenso, isto é, a uma combinação que potencia todos os interesses em causa. A autora Ana Rita Alfaiate afirma que “há acordo quando determinado bem jurídico se realiza pela conduta e não há na postura do agente qualquer meio de limitação ao interesse do outro, ao invés se percebendo que a acção potencia os interesses de todos os intervenientes”³⁶. Consistindo, assim, em conceitos diferentes, também estes expressam consequências distintas, enquanto o consentimento exclui a ilicitude da conduta, o acordo exclui a tipicidade, que se traduz na não recondução da situação concreta ao âmbito de protecção da norma em questão.

Nem todas as condutas são susceptíveis de acordo, essa possibilidade está sujeita à disponibilidade do titular dispor do bem jurídico que a norma em questão pretende proteger, isto é, apenas os bens jurídicos disponíveis permitem que o titular exclua a tipicidade da conduta do agente através de acordo, sendo bens jurídicos disponíveis os bens jurídicos que se encontram na concreta titularidade da vítima e esta goze de capacidade para deles dispor de forma autónoma.

A principal diferença entre estes dois conceitos ocorre porque no acordo não existe lesão do interesse em questão, ao contrário do consentimento em que essa lesão, embora seja justificada, se mantém.

No art. 38º, nº 2 do nosso CP, podemos verificar que o consentimento “pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto”.

A autora Ana Rita Alfaiate defende que nos casos de crimes sexuais contra menores, em que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual, é possível o acordo da vítima, por este ser um bem jurídico pessoal e, por consequência, uma “manifestação de autonomia do titular”. Porém, no tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores, a autora defende que não se trata deste bem jurídico, mas sim do bem jurídico supraindividual da protecção

³⁶ Ana Rita Alfaiate. “Relevância...”, pág. 126

da infância e da juventude e que por ser supraindividual se excluí a hipótese de acordo, por não estar na disponibilidade da vítima afastar a tipicidade da conduta do agente. Aliás, a autora sustenta que mesmo o consentimento não é considerado, visto que o legislador atribui dignidade penal a esta incriminação independentemente da “valorização que o menor faça relativamente à ofensa”, a não ser nos casos em que estão preenchidos todos os requisitos do art. 38º do CP.

Todavia, não partilho da mesma ideia. Não podemos limitar um menor, por o ser, na sua autodeterminação. A partir do momento em que o menor perfaz catorze anos, este deixa de se enquadrar na necessidade de protecção da vertente negativa da liberdade sexual tendencialmente absoluta, e extinguindo-se essa protecção especial não há fundamentos que retirem ao menor essa disponibilidade no âmbito do direito sexual. Se a lei pretende proteger a liberdade e autodeterminação sexual do menor e ainda o livre desenvolvimento da personalidade sexual deste, e este não estar totalmente protegido sem as suas duas vertentes, visto que as duas vertentes não bastam individualmente para a concretização deste bem jurídico e uma norma não está completa se não englobar as duas vertentes, não pode o legislador restringir essa liberdade. A vontade do menor tem de ser levada em consideração, este é o principal interessado, é a este que a lei pretende proteger. Assim, o consentimento do menor tem que ter valor, não se pode negar essa hipótese ao principal interessado na acção.

O art. 38º, no seu nº 3 vem estabelecer que o consentimento “só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”, encontrando-se assim de acordo com o Código Civil, que, por exemplo, também exige os dezasseis anos para o casamento, isto é, quando se atinge a emancipação, apresentando uma certa coerência entre os ramos de direito.

A revisão de 2007 introduziu uma alteração em razão da idade ao nº 3 do art. 38º do nosso CP, aumentando a idade a partir da qual é possível falar em consentimento válido e eficaz no âmbito penal, delimitando-a nos dezasseis anos. Antes desta revisão de 2007 a idade prevista para um consentimento válido e eficaz era os catorze anos. Na exposição de motivos da Proposta de Lei nº 98/X, de 7 de Setembro de 2006, nomeadamente no seu ponto quatro, podemos verificar a justificação dada para este aumento de idade, “no sentido de promover uma tutela mais intensa das crianças e dos adolescentes, eleva-se a idade a partir da qual o consentimento justificante pode ser eficaz, de catorze para dezasseis anos. Não se

entende que uma pessoa com catorze ou quinze anos de idade deva consentir relevantemente em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física. E aproxime-se o regime do consentimento do ofendido das orientações que têm vindo a ser preconizadas pela União Europeia, sobretudo quanto a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores”.

Com esta alteração podemos cair no erro de pensar que só a partir dos dezasseis anos é que se pode considerar as decisões do menor como válidas e eficazes, no entanto, não é assim. Segundo Ana Rita Alfaiate, “antes dos dezasseis anos do menor, o que hoje não se lhe reconhece é: por um lado, suficiente autonomia para ultrapassar, pela sua vontade, a protecção de bens jurídicos sobre os quais não tenha inteira disponibilidade; por outro, capacidade para acordar relativamente a condutas que, pese embora atentem contra bens jurídicos disponíveis, estão limitadas também pela cláusula dos bons costumes”, alegando que compreende a convocação da protecção da integridade física como justificação do legislador para se referir ao alargamento da aplicação do aumento de idade para o consentimento, visto se tratar de um bem jurídico que atende aos bons costumes. Contudo, já vimos que no âmbito dos crimes sexuais os bons costumes não podem ser considerados como fundamentação legal, respeitando a história da evolução do direito penal sexual português. Num mundo em que as nossas crianças começam cada vez mais cedo a sua vida sexual é importante ponderar até que ponto esta decisão não as prejudica na sua autodeterminação, pensando, como Maria João Antunes referiu, em opções “político-criminalmente correctas” no direito penal sexual relativamente aos menores.

O consentimento para ser válido e eficaz tem vários requisitos necessários, a idade não é o único requisito, tem alguns elementos essenciais que devem estar bem assentes no menor em questão, tais como o discernimento, a capacidade e a maturidade. Estes elementos só se podem averiguar caso a caso, e nunca na generalidade. Não é por um menor em concreto ter menos maturidade que se justifica uma norma que impeça outros menores com mais maturidade de tomar as suas próprias decisões, e o mesmo acontece ao contrário, não é por um menor ter mais maturidade que se aplica uma norma que atribui poder de decisão a todos os menores. Temos que avaliar os casos em concreto, pois todos os menores são diferentes. Há menores com mais experiência de vida e experiência sexual que outros, e isso tem de ser um factor importante para se considerar o consentimento de um menor no direito penal sexual. É importante distinguir aqui as duas experiências referidas, não é por um menor

ter mais experiência de vida que lhe atribui automaticamente experiência sexual, há menores com uma experiência de vida notável, que, a título de exemplo, fazem voluntariado em países necessitados e aprendem a lidar com a realidade pobre desses países, atribuindo-lhes assim uma maneira diferente de encarar a vida ganhando uma maturidade mais evoluída que outros que não têm essas experiências e não sabem como é o mundo “lá fora”, e que no entanto ainda não tiveram nenhuma experiência sexual ao longo da sua vida. E vice-versa, há menores com muita experiência sexual, que já exploraram a sua vida sexual com diversos parceiros ou várias vezes com o mesmo parceiro, e, no entanto, têm pouca experiência de vida. Assim, ao considerar uma decisão do menor em torno do tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores é de considerar o consentimento deste, desde que este preencha os elementos para o consentimento, independentemente da idade entre os catorze e os dezoito anos. Um menor de dezassete anos não é igual a um menor de catorze anos a nível de maturidade, capacidade e discernimento, não podemos limitar o menor de dezassete anos na sua autodeterminação só porque “nos custa a aceitar” que já tem maturidade para se decidir a nível sexual, não podemos colocar o nosso paternalismo/maternalismo por cima da razão, há que considerar todas as hipóteses e avaliá-las individualmente. Porém, há uma certa conformidade social em aceitar que numa determinada idade os menores já têm que ter alguma perspectiva da vida, resultando assim na delimitação da idade para o consentimento, por se achar que naquela precisa idade já há uma certa maturidade para tomar certas decisões relativamente a determinadas matérias.

Se o menor tiver menos de catorze anos, o caso já é diferente e não se pode considerar qualquer tipo de consentimento, visto que até aos catorze anos de idade o menor é protegido pelo direito penal sexual de uma forma especial, havendo uma protecção da vertente negativa da liberdade sexual tendencialmente absoluta, pois não se considera que o menor tenha, até aos catorze anos, maturidade, capacidade e discernimento suficientes para consentir uma lesão de um bem jurídico tão pessoal. Assim, existe protecção tendencialmente absoluta mesmo contra as próprias decisões do menor, tendo sido esta compreendida como um limite à autodeterminação do menor com menos de catorze anos. Por isso é que no caso de haver recurso à prostituição de menor que tenha menos de catorze anos, não se considera que se trate deste tipo legal de crime, mas sim do tipo legal de crime de abuso sexual de crianças previsto no art. 171º do nosso CP, como referido anteriormente,

pois esse menor usufrui da especial protecção atribuída pela vertente negativa do bem jurídico da liberdade sexual aos menores.

Ao concordar com a idade dos dezasseis anos para o consentimento coloca-se uma questão pertinente. Se o consentimento só é válido e eficaz quando o menor tiver dezasseis anos e a protecção tendencialmente absoluta determinada pelo bem jurídico liberdade sexual termina quando o menor perfaz os catorze anos, qual é a situação do menor no direito penal sexual que tem entre catorze e dezasseis anos? Visto que ao concordar com este novo nº 3 o menor só pode consentir válida e eficazmente aos dezasseis anos e perde a protecção tendencialmente absoluta aos catorze, como pode o menor reagir a qualquer lesão do bem jurídico se não é protegido da mesma forma mas também não pode consentir nessa lesão? Que opções tem esse menor? Tem que aceitar que só pode concordar com a lei sem nada poder fazer e que mesmo tendo todos os requisitos para o consentimento, com excepção da idade, não pode usufruir da sua sexualidade como entender ser mais benéfico para si, se achar que o benéfico é recorrer à situação prevista no tipo legal de crime? Por outro lado, é excessivo aumentar a protecção tendencialmente absoluta da vertente negativa do bem jurídico liberdade sexual para os dezasseis anos, pois não se justifica que essa protecção vá tão longe na vida do menor, se assim fosse, estaria bem específico que se estava a sobrevalorizar o paternalismo/maternalismo e significava o regresso dos valores morais ao direito penal sexual, o que de todo não é aconselhável. A era do “politicamente correcto” no direito penal sexual já terminou e tem de haver uma generalizada conscientização desse facto, pois o “ficar bem” diante do povo não é solução para nada. Parece-me que, em certos casos, ainda se vê o recurso a “políticas” que favorecem o legislador para “ficar bem na fotografia” perante o povo, mas solucionar a questão em si não depende disso, temos de ser imparciais nesse aspecto.

Muitos autores defendem que este novo número não tem muita importância no âmbito do direito penal sexual, e por isso é que devemos avaliar individualmente cada caso relativamente à incriminação de recurso à prostituição de menores, para determinar se o menor em causa tem ou não presente os requisitos necessários para o consentimento, sem contar com o da idade.

Neste tipo legal de crime em que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual, o crime surge como conduta contrária à vontade da vítima, ou seja, só quando não há consentimento da vítima relativamente à lesão em causa é que é possível haver crime. Nos

casos em que há consentimento este tem de ser actual e concreto, isto é, quando o menor dá consentimento para uma determinada situação, esse consentimento é dado para aquela específica situação e de forma actual, ou seja, se o menor consente para aquela situação no dia x, este consentimento prestado não pode valer para um dia posterior y, apenas vale no dia x para aquela situação em concreto e não uma outra idêntica. Nas palavras de Ana Rita Alfaiate, “é preciso que a vontade manifestada seja formada atendendo à situação concreta; depois, é imprescindível que o juízo do menor seja actual”.

CAPÍTULO IV

COMPARAÇÃO COM OUTROS TIPOS LEGAIS DE CRIME

O recurso à prostituição de menores deve ser comparado, de forma sucinta, com outros tipos legais de crime do nosso CP, para que se consiga distinguir as diversas condutas do agente e encontrar as diferentes premissas de cada um, para, assim, se identificar o tipo de crime que se encontra em cada um deles.

O art. 171º do nosso CP prevê o tipo legal de crime de abuso sexual de crianças. Neste artigo podemos verificar que estamos perante o mesmo bem jurídico que a incriminação em estudo, a liberdade e autodeterminação sexual, mais especificamente o livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual. A primeira grande diferença entre estes dois tipos legais de crime depara-se na idade da vítima, no recurso à prostituição de menores a vítima encontra-se na idade entre os catorze e os dezoito anos, enquanto no abuso sexual de crianças as vítimas são menores de catorze (“menor de catorze anos”) e, como já aqui referido, quando se encontrarem previstos todos os requisitos para o tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores à exceção da idade do menor, sendo este menor de catorze anos, estaremos perante o tipo legal de crime de abuso sexual de crianças. Assim, verifica-se que a vítima, tanto num tipo de crime como no noutro, se trata de um menor, embora em idades diferentes.

Por outro lado, quanto ao agente também verificamos diferenças. No tipo de crime de recurso à prostituição de menores o agente é obrigatoriamente um maior, ou seja, o agente tem de ter dezoito ou mais anos, por sua vez no tipo de crime de abuso sexual de crianças não se refere a faixa etária do agente, o que nos indica que pode ser tanto maior como menor, isto é, o agente pode ser qualquer pessoa. Justifica-se esta premissa por qualquer pessoa poder interferir no livre desenvolvimento da personalidade do menor a nível sexual, independentemente da idade, e neste artigo protege-se de forma absoluta o menor devido à vertente negativa do bem jurídico característico do direito penal sexual, que protege os menores de catorze anos de forma tendencialmente absoluta. Nas palavras de Manuel Costa Andrade “até atingir um certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites

etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em actividades sexuais”³⁷.

O importante a comparar neste artigo com a incriminação em estudo são os seus n^{os} 1 e 2, também estes referem o acto sexual de relevo simples e qualificado, respectivamente, tal como referido no tipo legal de crime de recurso à prostituição, fazendo-se assim a distinção deste nos dois tipos de crime e havendo também penalização mais grave consoante se trate de acto sexual de relevo qualificado. O tipo objectivo de ilícito é o conteúdo sexual desse acto.

À semelhança da incriminação de recurso à prostituição de menores, a modalidade de acção mais grave do tipo legal de crime de abuso sexual de crianças, entre estes dois números em questão, é aquela em que o acto sexual de revelo consiste em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos. Sendo esta a modalidade de acção com pena mais grave punida com pena de prisão de três a dez anos e a conduta contida no n^o 1 punida com pena de prisão de um a oito anos.

A incriminação de recurso à prostituição de menores, como já referido, é crime de mão própria, ao contrário do tipo legal de crime de abuso sexual de crianças, como podemos verificar na letra da norma “com outra pessoa”, o que significa que não só é punido como autor quem pratica o acto sexual de relevo com ou em menor de catorze anos, mas também aquele que o leva a praticar com outra pessoa. Uma característica importante deste tipo de crime é que o prefixo “com” presente na letra da lei permite-nos concluir que não só é punido aquele que praticar com ou em menor de catorze o acto sexual de relevo, mas também aquele que praticar o acto sexual de relevo perante menor de catorze anos. Porém, temos de ter atenção a esta última situação, pois nem todos os casos se enquadram nesta norma, como por exemplo, numa situação em que os pais de um bebé de três meses têm relações sexuais perante este, seria ridículo punir os pais neste quadro, dado que o bebé não sabe o que está a acontecer perante ele, muito menos o que significa, por isso todas as situações têm de ser avaliadas em concreto.

Esta incriminação prevista no art. 171^o também é crime de perigo abstracto, à semelhança do tipo de crime de recurso à prostituição de menores, consistindo este conceito no que foi já referido quanto à incriminação em estudo.

³⁷ Manuel Costa Andrade. Consentimento e Acordo em Direito Penal, Coimbra Editora, 1993, pág. 396. Apud José Mouraz Lopes. Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal, Coimbra Editora, 2008, pág. 116

O dolo é exigido relativamente à totalidade dos elementos constitutivos do tipo objectivo de ilícito, valendo inteiramente o art. 16º, nº1 quanto ao erro que recaia sobre a idade, que pode excluir esse dolo.

Da mesma forma, nos dois tipos de crime a tentativa é punida, quanto ao art. 171º apenas me refiro aos seus nºs 1 e 2, tal como supracitado.

O agravamento das penas nesta incriminação do art. 171º é feito de igual forma ao art. 174º, à excepção do nº 6 do art. 177º do nosso CP, que não faz qualquer sentido aplicar a este tipo de crime. Quanto à natureza do crime, ambos são crimes públicos, como se pode verificar no art. 178º do nosso CP.

Uma outra incriminação importante de comparar é a que se encontra prevista no art. 173º do nosso CP, nomeadamente, actos sexuais com adolescentes. Esta incriminação desde o tempo da sua criação sofreu uma grande alteração revolucionária, o fim do crime de estupro na revisão de 1998.

O bem jurídico protegido nesta incriminação é “o livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente de 14 a 16 anos, de qualquer sexo, face a processos proibidos de sedução conducentes à prática de actos sexuais de relevo”³⁸, segundo Jorge Figueiredo Dias e Maria João Antunes não se entenderia os limites etários desta incriminação se o bem jurídico fosse tão só o livre desenvolvimento da personalidade sexual do menor, sendo necessário compreender que no tipo de crime em questão o acto sexual de relevo é “livre e conscientemente consentido, simplesmente se tendo chegado a ele através do meio típico da sedução”. A sedução, neste tipo de crime, é a modalidade típica da acção, que significa, neste contexto, tirar proveito da inexperiência da vítima (deduz-se inexperiência de prática sexual), obtendo, da parte do menor, uma menor resistência para a prática do acto, lesando, assim, o bem jurídico protegido.

Relativamente ao autor esta incriminação também foi modificada, antes da revisão de 1998 podia ser autor qualquer pessoa, incluindo maiores e menores, hoje, depois desta revisão, só pode ser autor pessoa maior, ou seja, pessoa com dezoito ou mais anos, à semelhança do tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores.

A vítima nos dois tipos de crime é um menor, porém nesta incriminação de actos sexuais com adolescentes apenas se identifica como vítima o menor de catorze a dezasseis

³⁸ Jorge Figueiredo Dias e Maria João Antunes. «Artigo 173º - Actos Sexuais com Adolescentes», in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, págs. 858 e 859

anos, ao contrário da incriminação em estudo, em que a vítima é um menor entre os catorze e os dezoito anos. Há, quanto à vítima, uma questão que se sobressai. Nesta incriminação estamos perante casos em que o menor consente no acto sexual de relevo, mesmo se tratando de menor entre catorze e dezasseis anos. Se se considera possível o consentimento nesta incriminação, mesmo que o menor não tenha a idade requerida para o consentir, segundo o art. 38º, nº 3 do nosso CP, porque não se considera esse mesmo consentimento na incriminação de recurso à prostituição de menores? Isto é, neste tipo legal de crime, previsto no art. 173º do nosso CP, vemos uma conduta ser punida se houver abuso da inexperiência do menor por parte do agente, com a particularidade de o acto sexual de relevo ser “livre e conscientemente consentido”, contudo se não houver este abuso da inexperiência este tipo de crime não se encontra preenchido, não sendo a conduta punida, valendo o consentimento do menor. Porque não se considera o mesmo para a incriminação prevista no art. 174º do nosso CP, segundo alguns autores?

Distintamente do tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores, o tipo de crime de actos sexuais com adolescentes não é crime de mão própria, como podemos verificar através da letra da norma “com outrem”. Assim, é punido aquele que, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre os catorze e os dezasseis anos ou o levar a que ele seja praticado por este com outrem, contudo, esta conduta só é punida se houver abuso da inexperiência do menor, é neste abuso da inexperiência que reside a especificidade do tipo de crime.

De forma similar ao tipo de crime de recurso à prostituição, a incriminação dos actos sexuais com adolescentes distingue o acto sexual de relevo simples do qualificado nos seus nºs 1 e 2, respectivamente. A pena mais grave cabe ao tipo qualificado do nº 2 com pena de prisão até três anos, enquanto o crime simples tipificado no nº 1 tem como punição pena de prisão até dois anos. Além desta semelhança também vemos a tentativa ser punida neste tipo de crime.

O agravamento das penas é feito de igual forma nos dois tipos legais de crimes, à excepção do nº 6 do art. 177º que não se aplica ao art. 173º, nem fazia qualquer sentido visto que a vítima desta incriminação é menor de catorzes a dezasseis anos.

Quanto à natureza do tipo de crime de actos sexuais com adolescentes verifica-se que este é a excepção à regra da natureza pública dos crimes sexuais contra menores, é o

único crime de natureza semipública, com exceção dos casos de que resulte suicídio ou morte da vítima, como podemos conferir no art. 178º, nº 3 do nosso CP.

Por fim, mas não menos importante, comparar o tipo de crime de lenocínio de menores, previsto no art. 175º do nosso CP, com o tipo de crime de recurso à prostituição de menores. O lenocínio é punido tanto quanto a pessoas maiores (art. 169º do CP) como menores (art. 175º do CP), tendo este último uma particularidade que o distingue do lenocínio de maiores, o facto de o preenchimento deste tipo de crime não depender da intenção lucrativa do agente, nem que este actue profissionalmente, requisitos que são exigidos para o primeiro, havendo, assim, uma tutela absoluta do bem jurídico protegido. Ou seja, para ser punida a conduta do agente de lenocínio de menores não é necessário que este agente haja com intenção de obter qualquer tipo de lucro, basta aquela conduta para o preencher.

Neste tipo legal de crime estamos perante o mesmo bem jurídico da incriminação em estudo, a liberdade e autodeterminação sexual, nomeadamente o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, traduzindo-se a intenção destas incriminações na forma adequada e sem perturbações em que esse processo de desenvolvimento deve ocorrer, não permitindo que esse seja explorado através da indução ao exercício da prostituição, nem pela prática desta.

Segundo a letra da norma, é punido o agente que fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição do menor ou o aliciar para esse fim. Contudo, temos de atender às particularidades de cada caso, não estamos perante este tipo de crime se no caso em questão estiver em causa uns pais que facilitam o relacionamento sexual da filha de quinze anos com o seu namorado, não se trataria neste caso da prostituição desta menor, mas sim o início da sua experiência sexual a que a menor tem direito.

Há, na norma em questão, uma divisão entre lenocínio simples e qualificado, integrando-se o primeiro no nº 1 do artigo e o segundo no nº 2. Esta distinção baseia-se nos meios utilizados pelo agente, pelas relações com a vítima, do objectivo que deseja alcançar e das condições da vítima. No lenocínio simples basta para o preenchimento do tipo a simples conduta de fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição do menor ou o aliciamento deste para esse fim. No lenocínio qualificado, a conduta do agente coage a que o menor aja conforme a vontade desse agente, através dos meios utilizados descritos na letra da norma, como a violência, ameaça grave, artil ou manobra fraudulenta, bem como da

relação que mantém com a vítima abusando da sua autoridade. Integra também este tipo qualificado a actuação profissional ou intenção lucrativa do agente ou o aproveitamento por parte deste das condições da vítima, isto é, aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima. Posto isto, compreende-se uma penalização mais grave para o tipo qualificado de pena de prisão de dois a dez anos e uma pena de um a oito anos para o tipo simples.

Relativamente ao agente deste tipo de crime, este pode ser qualquer pessoa que desempenhe o papel de intermediário. Ao contrário do tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores que apenas pode ser agente quem é maior de idade, o tipo de crime de lenocínio de menores pode ser qualquer pessoa, desde que seja imputável em razão da idade (art. 19º do CP).

Alguns autores questionam se a punição da conduta do agente no tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores não caberá no tipo legal de crime de lenocínio de menores, previsto no art. 175º do nosso CP, ao que a meu ver me parece que não. De certa forma podemos concluir que se não houvesse estes agentes a recorrer à prostituição de menores esta deixaria de existir, apenas subsiste porque há pessoas que procuram este tipo de “serviços” e aliciam aqueles que ganham com a perduração desta. Assim, ao desejarem um menor nestes termos estão, de certo modo, a favorecer a prática da prostituição de um menor. Porém, a conduta do agente do tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores não é a mesma do agente do tipo legal de crime de lenocínio de menores, por isso não se pode confundir e deve-se tratar de forma distinta as duas situações. A conduta do agente do tipo de crime de lenocínio de menores implica que este exerça uma certa influência para que o menor se prostitua, para o convencer a praticar actos de prostituição, nem que seja através da força, ameaça, manobra fraudulenta ou outros métodos de incitação previstos no art. 175º do nosso CP. *A contrario*, na conduta do agente do tipo de crime de recurso à prostituição de menores, este apenas usufrui de um acto pelo qual está a pagar, isto é, ele não incita o menor a fazê-lo, ele apenas goza do “serviço” que o menor lhe propõe. Posto isto, não posso concordar que se trate do mesmo tipo legal de crime e que o agente seja punido por uma conduta distinta da que realmente exerce.

A vítima deste tipo de crime de lenocínio de menores, tal como a letra da lei o indica, é necessariamente um menor até aos dezoito anos, distintamente do tipo de crime de

recurso à prostituição de menores em que a vítima é um menor entre catorze a dezoito anos de idade.

A consumação deste tipo legal de crime verifica-se quando o menor se prostitui. Se não se verificar este exercício da prostituição do menor pune-se o agente pela tentativa, nos termos gerais do art. 23º, nº 1 do nosso CP.

O agravamento das penas deste tipo de crime diferencia-se da incriminação em estudo, não se verifica quanto a este tipo a aplicação dos nºs 3 e 5 do art. 177º, com atenção ao nº 2 deste artigo que exclui a aplicação do agravamento das penas do nº 1 à alínea c) do nº 2 do art. 175º, ou seja, quando o agente abusa da autoridade que tem na relação com a vítima. Quanto à natureza do crime, ambos são crimes públicos, como se pode verificar no art. 178º do nosso CP.

CAPÍTULO V

CRÍTICA AO TIPO LEGAL DE CRIME DE RECURSO À PROSTITUIÇÃO DE MENORES

Este tipo legal de crime encontra-se estipulado na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, que, como já supramencionado, em Portugal começa quando o menor perfaz catorze anos. Prevendo o tipo legal de crime a punição de quem, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre catorze e dezoito anos mediante pagamento ou outra contrapartida, não se estará aqui a ultrapassar os limites do bem jurídico liberdade sexual e, por consequência, pôr em causa a autodeterminação do menor? Isto é, nesta incriminação o legislador pretendeu punir mais a conduta do agente do que propriamente proteger a autodeterminação sexual do menor.

Vejam os do ponto de vista do menor que consente no acto sexual de relevo mediante pagamento ou outra contrapartida. Quando o menor consente neste tipo de actos não lhe interessa que idade tem o parceiro sexual, não lhe faz qualquer diferença a idade deste, o único interesse do menor está no pagamento ou outra contrapartida que irá receber posteriormente ao acto sexual. Nesta situação em concreto, o menor não vai em busca de experiência sexual e muito menos envolve qualquer tipo de sentimentos relativamente ao parceiro, o único proveito que o menor quer retirar desta situação é o pagamento ou outra contrapartida, é este o motivo pelo qual o menor recorre a esta situação em concreto. Se estivesse em causa algum sentimento por parte do menor talvez se pudesse falar de um abuso da inexperiência do menor por parte do agente da conduta e, assim, se considerar crime, contudo não consideraria que se estivesse perante a incriminação em questão mas sim no tipo legal de crime de actos sexuais com adolescentes, previsto no art. 173º do nosso CP se se preenchesse os requisitos aí estipulados. Todavia, não é este o caso.

Por outro lado, do ponto de vista do agente, é verdade que este poderia fazê-lo com determinada pessoa que não fosse menor de idade, evitando, assim, toda esta situação. Contudo, o que realmente se pune nesta incriminação é o facto de este recorrer a menores que se prostituem, o que suscita uma certa reprovação social perante a conduta deste agente, e é isso que o legislador quis realçar nesta incriminação, a reprovação social da conduta, demonstrar que não é “correcto” este comportamento. Não obstante, podemos verificar que o agente, exceptuando esta incriminação, não comete nenhum outro crime. Isto é, se este recorresse à prostituição de uma outra pessoa que fosse maior, este já não seria punido, ou

seja, só é punido porque do outro lado da acção está um menor. De certa forma este legislador recorreu a valores morais para esta incriminação, o que se reprende, visto que houve todo um caminho percorrido na evolução do direito penal sexual para afastar estes valores da fundamentação das leis relativas a esta área do direito penal. Por isso mesmo se interroga se a incriminação não foi mais longe que o próprio bem jurídico que se pretende proteger.

Questiona-se, assim, se se justifica a intervenção do legislador ao atribuir dignidade penal a uma especial protecção do menor até aos dezoito anos e se esta não estará a recusar-lhes o direito à autodeterminação que lhes é atribuído aos catorze anos.

Por outro lado, compreendo que esta conduta do agente seja punida se o menor participar na acção de forma involuntária e o agente tiver conhecimento desse facto, ou seja, se o menor entre catorze e dezoito anos for forçado a praticar acto sexual de relevo com o agente, mediante pagamento e outra contrapartida, e este não puder desconhecer sem culpa essa involuntariedade do menor. Contudo, para que esta conduta do agente seja punida nestes termos, é necessário que o tipo legal de crime preveja estes requisitos na letra da norma, para não ser punida a conduta do agente quando haja consentimento do menor, usufruindo este da sua autodeterminação.

Em suma, podemos aceitar que esta incriminação tenha dignidade penal, desde que esta inclua na sua letra requisitos que são fundamentais para se conseguir, realmente, proteger o bem jurídico em questão e não prejudicar o menor na sua autodeterminação, isto é, sem ultrapassar os limites do bem jurídico.

CONCLUSÃO

No início desta dissertação entrei com a mentalidade de proteger de forma absoluta as crianças que sofrem com a exploração sexual e concordar com tudo aquilo que protegia ao máximo estas vítimas. Estas devem ser efectivamente protegidas desta exploração, porém temos de colocar o nosso lado paternal/maternal de lado para conseguirmos ser objectivos e perceber o que realmente deve ser protegido. Não podemos ser tão intransigentes no nosso pensamento ao ponto de nem nos apercebermos que, por um lado, estamos a proteger um bem jurídico e que, por outro lado, estamos a restringir esse mesmo bem. É difícil mantermo-nos frios com estas situações de exploração sexual de menores, mas temos de o conseguir, para que possamos defender da melhor forma as nossas crianças. Confesso que foi difícil entender ao início, mas com o desenvolver do tema adoptei uma perspectiva diferente, mostrando também eu uma evolução na minha maneira de pensar.

Em virtude dos factos mencionados ao longo desta dissertação e relativamente ao tipo legal de crime de recurso à prostituição de menores, devemos ter sempre em atenção a perspectiva do menor, protegê-lo do eventual tipo de crime, mas também aceitar, dentro da capacidade do menor para o fazer, o seu consentimento. Não podemos proteger a todo o custo o menor que já está na idade de se autodeterminar, temos de lhe dar liberdade de fazer as suas próprias escolhas, mesmo que essas não sejam as mais acertadas para o mesmo, afinal “é com os erros que se aprende”. E, tal como nós temos de aceitar essa escolha, também o parceiro, eventual agente da prática do crime, tem de o fazer.

Assim, este tipo de crime deve ser punido, contudo, deve ter na letra da lei alguns requisitos essenciais para que não se restrinja a liberdade e autodeterminação sexual do menor e se consiga proteger efectivamente este bem jurídico.

Espero grandes progressos no futuro do nosso direito penal sexual, que o nosso legislador consiga manter o foco da protecção dos bens jurídicos sem recorrer ao politicamente correcto para alcançar uma posição mais vantajosa perante a sociedade. Sem dúvida que toda a atenção virada para este tema da exploração sexual de menores por parte da UE e, consequentemente, do nosso legislador é de parabenizar e se traduz num grande progresso, mas em todas as situações possíveis temos de ter em conta todas as perspectivas das partes envolvidas. Daremos liberdade a quem a conquistou.

BIBLIOGRAFIA

- Albuquerque, Paulo Pinto de, «Artigo 163º - Coacção Sexual», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 164º - Violação», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 165º - Abuso Sexual de Pessoa Incapaz de Resistência», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 169º - Lenocínio», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 171º - Abuso Sexual de Crianças», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 173º - Actos Sexuais com Adolescentes», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 174º - Recurso à Prostituição de Menores», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 175º - Lenocínio de Menores», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 176º - Pornografia de Menores», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- _____, «Artigo 177º - Agravação», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;

- _____, «Artigo 178º - Queixa», *in* Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015;
- Alfaiate, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009;
- Alves, Sénio Manuel dos Reis, *Crimes Sexuais: Notas e Comentários aos art. 163º a 179º do Código Penal*, Livraria Almedina, 1995;
- Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1993, pág. 396 e ss.;
- _____, *O Consentimento do Ofendido no Novo Código Penal*, Livraria Almedina, 1996, pág. 396 e ss.;
- Antunes, Maria João, «Artigo 172º - Abuso Sexual de Menores Dependentes», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, «Artigo 175º - Actos Homossexuais com Adolescentes», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999;
- _____, «Artigo 175º - Lenocínio de Menores», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, «Artigo 177º - Agravção», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, «Artigo 178º - Queixa», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, «Artigo 179º - Inibição do Poder Paternal», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999;
- _____, *Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores*, *in* Julgar nº 12 (especial), Coimbra Editora, 2010;
- _____, *Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual de Menores*, *in* RCEJ nº 8, 2008;

- _____, Crimes Contra Menores: Incriminações para além da Liberdade e da Autodeterminação Sexual, *in* BFDUC, Volume LXXXI, 2005;
- _____, Sobre a Irrelevância da Oposição ou da Desistência do Titular de Queixa (Art. 178º, nº 2 do Código Penal. Anotação ao Acórdão da Relação do Porto, de 10 de Fevereiro de 1999), RPCC, Ano 9, Coimbra Editora, Abril-Junho, 1999;
- Antunes, Maria João, Santos, Cláudia, «Artigo 174º - Recurso à Prostituição de Menores», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, «Artigo 176º - Pornografia de Menores», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- Araújo, António de, Crimes Sexuais Contra Menores: Entre o Direito Penal e a Constituição, Coimbra Editora, 2005
- Beleza, Teresa Pizarro, O Conceito Legal de Violação, RMP, Ano 15, Nº 59, Julho/Setembro, 1994;
- Canotilho, J. J. Gomes, Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007;
- Código Penal Portuguez, Relatório da Comissão, Tomo I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1861;
- Código Penal Portuguez, Projecto da Comissão, Tomo II, Lisboa: Imprensa Nacional, 1861;
- Correia, João Conde, O Papel do Ministério Público no Crime de Abuso Sexual de Crianças, *in* Julgar nº 12 (especial), Coimbra Editora, 2010;
- Dias, Jorge de Figueiredo, «Artigo 163º - Coacção Sexual», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, «Artigo 164º - Violação», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, «Artigo 171º - Abuso Sexual de Crianças», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;

- _____, «Nótula antes do art. 163º», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999;
- _____, «Nótula antes do art. 163º», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- _____, Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros, 1993;
- _____, Crimes Contra os Costumes, Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Verbo, 1983 pág. 1371 a 1377;
- _____, O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma, RPCC, Ano 3, Aequitas, Editorial Notícias, Abril-Dezembro, 1993, pág. 161 a 195;
- Dias, Jorge de Figueiredo, Antunes, Maria João, «Artigo 173º - Actos Sexuais com Adolescentes», *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012;
- Duarte, Jorge Dias, Homossexualidade com Menores, Art. 175º do Código Penal, RMP, Ano 20, Nº 78, Abril-Junho, 1999;
- Duarte, Vítor António, Faveiro, Araújo, Silva, Laurentino da, Código Penal Português Anotado, 3ª ed., Coimbra Editora, 1960, pág. 660 e ss.;
- Fidalgo, Sónia, O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo, RPCC, Ano 18, Aequitas, Abril-Setembro, 2008, págs. 277 - 315.
- Gonçalves, Manuel Lopes Maia, «Artigo 163º - Coação Sexual», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- _____, «Artigo – 164º - Violação», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- _____, «Artigo 169º - Lenocínio», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- _____, «Artigo 171º - Abuso Sexual de Crianças», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;

- _____, «Artigo 173º - Actos Sexuais com Adolescentes», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- _____, «Artigo 174º - Recurso à Prostituição de Menores», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- _____, «Artigo 175º - Lenocínio de Menores», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- _____, «Artigo 177º - Agravação», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- _____, «Artigo 178º - Queixa», *in* Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar, Livraria Almedina, 2007;
- Leite, Inês Ferreira, Pedofilia: Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção, Livraria Almedina, 2004, págs. 63 e ss.;
- Lopes, José Mouraz, Os Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual no Código Penal, 4ª ed. revista e modificada de acordo com a Lei nº 59/2007, de 04 de Setembro, Coimbra Editora, 2008;
- Matos, Ana Maria, Coelho, Maria Esmeralda B. P., O Incesto, Contributos para uma Intervenção, Instituto de Reinserção Social, Coimbra, 1993;
- Natscheradetz, Karl Prehaz, O Direito Penal Sexual: Conteúdos e Limites, Livraria Almedina, 1985;
- Patto, Pedro Vaz, Pornografia Infantil Virtual, Coimbra Editora, *in* Julgar nº 12 (especial), 2010;
- Pinto, Anabela Mota, Fisiotapia – Fundamentos e Aplicações, Editorial Lidel, 2007, pág. 127 e ss.;
- Ripolles, José Luiz Diez, Pornografia y Otras Conductas Sexuales Provocadoras, Boch, Barcelona, 1982.

LEGISLAÇÃO

- Carta dos Direitos Fundamentais da EU
- Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças Contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada por Portugal em 25/10/2007
- CP de 1852
- CP de 1886
- CP de 1982
- CP Alemão, consultado em www.legislationline.org (acedido pela última vez em 05 de Abril de 2018)
- CP Brasileiro, consultado em www.planalto.gov.br (acedido pela última vez em 05 de Abril de 2018)
- CP Espanhol, consultado em www.noticias.juridicas.com (acedido pela última vez em 05 de Abril de 2018)
- CP Italiano, consultado em www.altalex.com (acedido pela última vez em 05 de Abril de 2018)
- CP Francês, consultado em www.legislationline.org (acedido pela última vez em 05 de Abril de 2018)
- CRP
- DL nº496/77, de 25 de Novembro de 1977
- DL nº 400/82, de 23 de Setembro de 1982
- DL nº 48/95, de 15 de Março de 1995
- DQ 2004/68/JAI do Conselho da UE de 22 de Dezembro de 2003, relativa à Luta contra a Exploração Sexual das Crianças e a Pornografia Infantil
- Lei nº 59/2007, de 04 de Setembro
- Lei nº 40/2010, de 03 de Setembro
- Lei nº 83/2015, de 05 de Agosto
- Lei nº 103/2015, de 24 de Agosto
- Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 29/03/2010
- Proposta de Lei nº 98/X, DAR, Série-A, 2º Supl., de 18/10/2006
- Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativa à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25 de Maio de 2000

- Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho referente à Luta contra a Exploração Sexual de Crianças e a Pornografia Infantil

JURISPRUDÊNCIA

- Ac. TC nº 247/05, de 10 de Maio de 2005 (referente ao processo nº 891/03)
- Ac. TRC, de 09 de Janeiro de 2017 (referente ao processo nº 182/13.1JACBR.C1)
- Ac. TRP, de 24 de Setembro de 2014 (referente ao processo nº 163/12.2TACDR.P1)
- Ac. STJ, de 14 de Dezembro de 1955
- Ac. STJ, de 14 de Março de 2013 (referente ao processo nº 294/10.3JAPRT.P1.S2)