



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**ANÁLISE COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA EM
RELAÇÃO AOS CRIMES SEXUAIS CONTRA ADOLESCENTES: PRINCIPAIS
ASPECTOS SIMILARES E DIFERENCIADORES**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Joyciara Moraes Cunha

Orientador: Professor Doutor Fernando José Silva

Número da candidata: 20161195

Maio de 2022

Lisboa



**ANÁLISE COMPARATIVA DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA EM
RELAÇÃO AOS CRIMES SEXUAIS CONTRA ADOLESCENTES: PRINCIPAIS
ASPECTOS SIMILARES E DIFERENCIADORES.**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autônoma
de Lisboa como parte das exigências para obtenção do título de Doutora em
Ciências Jurídicas

Professor Doutor Fernando Silva, orientador

Maio de 2022

LISBOA

A Deus, aos meus familiares e aos meus mestres, todo o agradecimento e gratidão por me nortearem a seguir sempre aprofundando o conhecimento, me dedicar ao que importa no aprendizado e trilhar um caminho de melhor servir a quem do ensino precisar.

AGRADECIMENTOS

Aos professores do Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, em particular ao meu orientador, Doutor Fernando Silva, pelos conhecimentos derramados, essenciais ao meu despertar e amadurecimento acadêmico.

Aos meus familiares, representados pelos meus irmãos, Letícea, Emídio e Bilu, que sempre acreditaram em mim e me deram suporte em todos os desafios que enfrentei e enfrento, e, em especial, à minha mãe, Liene, que junto com meu pai, Francisco, que tiveram como mister batalhar para nos dar a melhor educação e assim me ensinaram a perseguir meus objetivos com garra, determinação, fé e coragem, o que me levou a esta etapa cumprida

Gratidão, mais que merecida e especial, ao meu esposo, Geraldo Augusto, exemplo máximo de carinho e incentivo, parceiro de turma e de vida, que, mesmo em meio a tantas dificuldades, sempre tem um abraço amoroso e palavras precisas que me levantam, e me faz seguir com uma vida mais doce e leve. Se não bastasse, me deu o meu bem mais precioso, nossa Maria Fernanda.

À Maria Fernanda, personificação do amor de verdade, amor maternal, que serviu como símbolo de renascimento, dedicação e perseverança, por quem tento ser cada dia melhor, ser exemplo, para que ela possa ter um mundo mais leve, podendo seguir um trilhar de esperança e renovação.

Aos meus queridos amigos da Turma 13 do Mestrado/Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), que dividiram comigo cada etapa, cada aprendizado, cada momento de alegria e de lágrimas. Pessoas como vocês fizeram e fazem a diferença na minha vida. Em especial, àqueles que guardo do lado esquerdo do peito e que me incentivaram e acreditaram em mim, dividindo momentos especiais de fraternidade em Lisboa; os quais guardarei para toda a vida: Nethanya, obrigada pela amizade genuína e a todos aqueles que me incentivaram a prosseguir.

A Deus e seus desígnios, que me levaram a alcançar este diploma. A todos que, de alguma maneira, contribuíram para a realização desta dissertação, muito obrigada.

RESUMO

É imperioso destacar que, desde os idos de 1990, os crimes sexuais têm recebido um interesse crescente e justificado, seja pela sua regulamentação anterior deficiente, seja pela evolução legislativa nos últimos anos, com o viés de ajustar a legislação aos padrões internacionais de proteção. Verifica-se que tal movimento de reforma vem ao encontro do que se refere à punição de condutas ofensivas aos direitos legais cujos titulares sejam menores. Apesar de o Brasil e de Portugal terem suas distâncias culturais e legislativas, esta dissertação busca verificar as semelhanças e as diferenças do ordenamento, no que confere aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Dessa forma, o presente estudo destaca a análise legislativa aprofundada na violência sexual sofrida por crianças e adolescentes em ambos os países, com o afã de demonstrar as características dos sistemas jurídicos em vigor e o que preveem as matérias legisladas. Compreende-se que o direito comparado, por ser um estudo dos sistemas jurídicos, incluindo seus elementos constitutivos, é uma forma de estudo que possibilita tal análise jurídica, com comparações detalhadas de como são tratados os crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes, tanto no Brasil quanto em Portugal. Destaca-se que o nível de proteção atingido se deu após um longo e tortuoso caminho de discussões, estudos e debates, até que reconhecida a necessidade de proteção integral das crianças e adolescentes, bem como a necessidade de tratamento severo em relação às penas aplicáveis. Para a legislação portuguesa, os delitos anteriormente inseridos no capítulo dos “*Crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*” já fizeram parte dos “*Crimes contra a honestidade*”, conceitos subjetivos que não reconheciam a necessidade de proteção extra aos vulneráveis. No atual Código Português, a matéria está disciplinada no ‘Título 1 - Dos crimes contra as pessoas. Capítulo V - Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual’, de modo que o menor, vítima desses crimes, assume uma postura mais adequada à realidade moderna, tendo direito à liberdade e à autodeterminação. Em relação à legislação brasileira, em muito se assemelhava à portuguesa, conquanto aqui também existiam conceitos subjetivos como “mulher honesta”, “sedução”, “costumes”. No que tange à violência sexual, o Código Penal anterior, de 1890, continha capítulo “*Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e Ultraje Público ao Pudor*”. O Código Penal Brasileiro trouxe no bojo do “Título VI - Dos Crimes sexuais contra vulneráveis. Capítulo II - os Crimes Sexuais contra vulnerável” por implemento da Lei 12.015/2009, trazendo consigo que tanto a conjunção carnal quanto o ato libidinoso diverso da conjunção carnal praticado em face de menor de 14 (catorze) anos, configurariam o crime de estupro de vulnerável (pena: de 8 a 15

anos), não sendo discutível o consentimento ou o comportamento da vítima, em relação ao fato de já ter tido relação sexual anteriormente.

Palavras-chave: Liberdade Sexual; Autodeterminação Sexual; Adolescentes; Atos Sexuais de Relevância.

ABSTRACT

Since the mid-1990s, sexual crimes have received growing and justified interest, either because of their previous deficient regulation or because of legislative developments in recent years with the aim of adjusting the legislation to international standards of protection. It appears that such a reform movement has been manifesting itself about the punishment of offensive conduct against legal rights whose holders are minors. Despite Brazil and Portugal having their cultural and legislative distances, this dissertation seeks to verify the similarities and differences in the legislation, regarding sexual crimes against children and adolescents. In this way, the present study highlights the in-depth legislative analysis regarding sexual violence suffered by children and adolescents in both countries, with an eagerness to demonstrate the characteristics of the legal systems in force and what the legislation provides for. It is understood that the comparative law, being a study of the legal systems, including its constitutive elements, is a form of study that allows such a legal analysis, with detailed comparisons of how sexual crimes against children and adolescents are treated, both in Brazil and Portugal. It is noteworthy that the level of protection attained today occurred after a long and tortuous path of discussions, studies and debates. Until recognized the need for full protection of children and adolescents, as well as the need for severe treatment in relation to the applicable penalties. For Portuguese legislation: the crimes previously included in the chapter “Crimes against the ethical-social foundations of social life” were already part of the “Crimes against honesty,” subjective concepts, which did not recognize the need for extra protection for the vulnerable. In the current Portuguese Code, the matter is regulated in the ‘Title 1- Of crimes against people. Chapter V- Crimes against freedom and sexual self-determination’, so that the minor, victim of these crimes, assumes a posture more appropriate to modern reality, having the right to freedom and self-determination. In relation to Brazilian legislation, it was very similar to Portuguese legislation, here there were also subjective concepts such as “honest woman,” “seduction,” “customs”. Regarding sexual violence, the previous Penal Code, of 1890, contained a chapter “From Crimes against the Security of Honor and Honesty of Families and Public Outrage against Pudors”. The Brazilian Penal Code brought within the scope of “Title VI - Sexual crimes against the vulnerable - Chapter II - Sexual crimes against the vulnerable” by implementing Law 12.015 / 2009, bringing with it both the carnal conjunction and the libidinous act different from the conjunction carnal, practiced in the face of children under 14 (fourteen) years would constitute the crime of rape

of vulnerable (penalty: from 8 to 15 years), the consent or behavior of the victim is not debatable, in relation to the fact of having already had a relationship previously sexual.

Keywords: Sexual Freedom; Sexual self-determination; Teenagers; Sexual Acts of Relevance.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código Penal Português
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MP	Ministério Público
n.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
OPAS	Organização Pan-Americana da Saúde
PNPI	Plano Nacional de Primeira Infância
Resp.	Recurso Especial
STF	Supremo tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONCEITUAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA ADOLESCENTES	16
1.1 Conceito de <i>violência sexual</i>	18
1.2 Definição de crime sexual contra adolescentes no Brasil	21
1.3 Definição de crime sexual contra adolescente em Portugal	27
2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA REFERENTE AOS DELITOS SEXUAIS NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO. BEM JURÍDICO TUTELADO.....	32
2.1 Legislação portuguesa.....	50
2.2 Legislação brasileira	57
3 A DIFERENCIAÇÃO NO TRATAMENTO DOS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL CONTRA OS ADOLESCENTES EM PORTUGAL E NO BRASIL	63
3.1 A natureza da ação penal dos crimes	65
3.2 Dos crimes cometidos em Portugal	68
3.2.1 Coação sexual (art. 163.º, CPP)	70
3.2.2 Violação (art. 164.º, CPP)	71
3.2.3 Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º, CPP)	72
3.2.4 Abuso sexual de pessoa internada (art. 166.º, CPP)	72
3.2.5 Fraude sexual (art. 167.º, CPP)	73
3.2.6 Procriação artificial não consentida (art. 168.º, CPP).....	73
3.2.7 Importunação sexual (art. 170.º, CPP).....	74
3.2.8 Abuso sexual de crianças (art. 171.º, CPP).....	75
3.2.9 Abuso sexual de menores dependentes (art. 172.º, CPP).....	76
3.2.10 Atos sexuais com adolescentes (art. 173.º, CPP).....	79
3.2.11 Recurso à prostituição de menores (art. 174.º, CPP)	80
3.2.12 Lenocínio de menores (art. 175.º, CPP).....	81
3.2.13 Pornografia de menores (art. 176.º, CPP)	82
3.2.14 Aliciamento de menores para fins sexuais (art. 176.º-A, CPP)	89
3.2.15 Organização de viagens para fins de turismo sexual com menores (art. 176.º-B, CPP)	90
3.3 Crimes sexuais no Brasil.....	92

3.3.1	Estupro de vulnerável (art. 217.º-A, CPB).....	93
3.3.2	Corrupção de menores (art. 218.º, CPB).....	95
3.3.3	Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218.º-A, CPB).....	96
3.3.4	Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218.º-B, CPB).....	96
3.3.5	Os crimes sexuais positivados no ECA.....	97
3.4	A CONCEITUAÇÃO DO ATO SEXUAL DE RELEVO	99
4	A DIFERENCIAÇÃO E RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO À LIBERDADE E À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DOS ADOLESCENTES.....	106
4.1	A conceituação de <i>autodeterminação sexual e melhor interesse do adolescente</i> previstas no código português.....	108
4.2	A existência e a proteção ao direito à autodeterminação sexual.....	109
5	DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO CONSENTIMENTO E IDADE DA VÍTIMA. PALAVRA DA VÍTIMA. CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS SEXUAIS DE RELEVO	110
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
	REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

O direito penal estabelece uma série de condutas com prática ou omissão proibidas pelo corpo da lei, por constituírem ataque contra, ou colocarem em perigo, valores cuja proteção é do seu interesse, sob a finalidade de manutenção de uma vida e de uma convivência social saudáveis.

Entre os comportamentos proibidos estão aqueles que afetam a esfera da sexualidade, enquanto atividade objeto de recorrente preocupação por parte dos órgãos governamentais, legislativos e judiciais, dada a sua importância para a vida humana, no âmbito individual, familiar e social. Portanto, a matéria legislada, de modo geral, estabelece como conduta proibida criminalmente e, conseqüentemente, punível, os chamados crimes de abuso sexual, além de definir qual comportamento é considerado como tal e quais elementos devem concorrer para configurar o ato condenável.

Para a adoção de medidas de proteção especificamente previstas em lei, a sexualidade vem se tornando relevante nos últimos vinte anos, especialmente no caso dos menores, questão essa que deu origem a meios legislativos, com a introdução de modificações no Código Penal, em prol de adequar a regulamentação punitiva.

Entre os povos antigos já havia punição severa para quem cometesse crimes sexuais, principalmente os violentos, com é o caso do estupro¹

A doutrina de Bittencourt retrata que durante a Idade Média foi seguida a mesma tradição romana, aplicando-se ao estupro violento a pena capital. As conhecidas Ordenações Filipinas também puniam com pena de morte “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher”².

Desse modo, na legislação brasileira, pelo contexto histórico, houve uma atenuação na punição da referida infração penal. Implica dizer, o Código Penal Brasileiro de 1830 passou a punir “o estupro violento com a pena de prisão de três a doze anos, acrescida da obrigação de adotar a ofendida”. Por sua vez, o Código Penal Republicano, de 1890, foi em direção oposta,

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4.

² ORDENAÇÕES FILIPINAS. Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade [Em linha]. In ORDENAÇÕES FILIPINAS. **Ordenações de Leis do Reino de Portugal**. Recompiladas per mandado do mvito alto catholico & poderoso Rei Dom Phillipe o Pri.º. Madrid, 1603. Livro 5. Tit. 18: [Consult. 24 Fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>.

atenuando ainda mais a punibilidade do estupro, atribuindo-lhe a pena de um a seis anos de prisão celular (arts. 269 e 268), além da constituição de um dote para a vítima.³

Em Portugal, como no Brasil, as Ordenações Filipinas condenavam a sodomia e os toques desonestos e torpes, mesmo nas hipóteses em que eram praticados sem emprego de violência. O Código Criminal brasileiro de 1830, por sua vez, penalizava a ofensa pessoal para fim libidinoso que causasse dor ou mal corpóreo, ainda que não houvesse cópula carnal (art. 223), enquanto o Código Penal de 1890 punia o atentado violento ao pudor, com pena de um a três anos de prisão (art. 226).⁴

A doutrina trata a liberdade como um dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, seguindo esta ao lado do direito à vida e à saúde. Em aparente contrassenso, a liberdade também figura como um dos direitos mais desrespeitados, nem sempre lhe sendo reconhecida a magnitude que merece, além de ser frequentemente utilizada como meio para atentar contra outros bens jurídicos, dentre eles a dignidade sexual.

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e português reconhecem a relevância do consentimento nos atos com conotação sexual, delimitando-se, na legislação atual, o critério biológico de quatorze anos de idade (da vítima) para sua validade. Implica dizer que, ainda que haja consentimento, se a vítima for menor de 14, não haverá alteração na consumação do delito.

Ademais, é necessário pontuar que a legislação portuguesa traz a figura do ato de relevo e as suas nuances e conseqüentes implicações em relação à pena, diferenciando-o de atos sexuais em que há penetração. O Brasil, por outro lado, tipifica a figura do estupro e de outros atos de natureza sexual – atos libidinosos diversos da conjunção carnal –, dando-lhes penas equivalentes.

É imperioso registrar que ambas as legislações se destinam a valorar a proteção da liberdade e da autodeterminação das pessoas.

Em um primeiro plano, evidencia-se a autonomia da pessoa nas dimensões da intimidade e da vida privada, das quais deflui a ideia de liberdade (autodeterminação) sexual do indivíduo como um direito fundamental, e as possibilidades de sua restrição.

Na sequência, destaca-se a tensão, a partir da análise de casos concretos, entre liberdade sexual da pessoa em fase de desenvolvimento e o melhor interesse da criança, tendo

³ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4.

⁴ *Ibidem*.

em vista o critério etário que separa o consentimento válido dos atos de violência sexual contra crianças e adolescentes.

Nesse sentido, trata-se de um estudo comparativo das legislações brasileira e portuguesa em relação aos crimes sexuais consumados contra adolescentes, destacando-se: conceitos, tipificação, principais diferenças, evolução legislativa, assim como os critérios de aplicação das penas nos dois referidos países.

Para fixar balizas, tem-se a análise e descrição dos principais instrumentos legais aplicáveis, apontando as mais relevantes similitudes e diferenças existentes, concernentes aos delitos de natureza sexual contra adolescentes nas legislações portuguesa e brasileira.

O ponto fulcral desta investigação é retratar as similitudes e diferenças mais relevantes no âmbito dos dois sistemas jurídicos acerca dos crimes sexuais praticados contra os adolescentes, bem como tratar da efetivação da tutela jurídica da liberdade e da determinação sexual. Dessa forma, geram-se os seguintes problemas: Qual é o conceito de *crime sexual* em cada país? Quais atos são por eles abrangidos? Como evoluiu a legislação de cada sistema até alcançar os moldes que temos na atualidade? Qual o entendimento da jurisprudência de ambos os países para a dignidade da pessoa humana frente à agressão sexual contra menores? Como é o entendimento de bem-estar sexual e integridade pessoal para os crimes sexuais contra crianças e adolescentes na jurisprudência em ambos os países?

É imperioso destacar que o principal objetivo deste estudo é traçar um paralelo comparativo, doutrinário e jurisprudencial sobre os crimes de natureza sexual contra adolescentes e a tutela jurídica da liberdade e determinação sexual de adolescentes nas legislações portuguesa e brasileira, tratando das principais questões similares e diferenciadoras relevantes ao tema, como, além da conceituação dos atos sexuais, por exemplo, o sistema de aplicação de penas, evolução legislativa, aspectos jurisprudenciais e a forma de enfrentamento e combate aos crimes dessa estirpe.

Pois bem, para os objetivos específicos, os seguintes questionamentos foram esclarecidos: 1) conceituação de crimes de natureza sexual nos ordenamentos jurídicos dos dois países; 2) destacar como se deu a evolução legislativa referente aos delitos sexuais em Portugal e no Brasil; 3) apontar os aspectos jurídicos relevantes em vários países para os crimes sexuais contra crianças e adolescentes; 4) demonstrar as diferenças existentes em relação aos conceitos de *bem jurídico protegido* e suas vertentes no entendimento jurisprudencial brasileiro e português; e 5) discorrer sobre a forma como é fixada a pena em cada ordenamento.

Inicialmente o tema foi escolhido pela relevância e atualidade que assume, ao se analisar a quantidade de crimes dessa natureza que se consuma e é publicizado nos dois ordenamentos. Os crimes sexuais cometidos em face de menores, vulneráveis (terminologia adotada no Brasil), crianças e adolescentes, infelizmente estão atrelados, historicamente, às nossas sociedades; mesmo repugnantes, existem índices altíssimos de ocorrência.

Não bastasse o alto grau de reprovabilidade, a violência de natureza sexual praticada contra crianças e adolescentes é um acontecimento lastimável, e seu combate é deveras complicado, entre outras razões, porque em muitas situações é cometido por familiar ou alguém próximo, ou, por ter o crime se consumado às ocultas, longe de testemunhas, a vítima ainda não tem discernimento formado para entender e relatar o que se passou, ou, ainda, a junção de todas essas circunstâncias fáticas.

Nesse viés, mesmo tendo aumentado o combate nas últimas décadas, o entendimento acerca da gravidade de crimes dessa estirpe e consequente enfrentamento ainda precisam angariar maior difusão. O abuso cometido contra essa parcela da população, em suas várias formas, faz parte de um contexto maior de violência em que vivem nossas sociedades.

Os ordenamentos jurídicos português e brasileiro são distintos entre si, tanto pela evolução cultural quanto por aspectos legislativos, o que é aqui aprofundado, destacando os acertos e melhorias de cada um deles. Nesse diapasão, esta análise comparativa entre os referidos ordenamentos jurídicos se faz extremamente relevante; a título de ilustração, trata-se de como se configura o posicionamento dos Tribunais brasileiro e português sobre a existência da figura do bem jurídico protegido para crimes sexuais contra crianças e adolescentes.

A metodologia empregada no presente estudo é a dedutiva, efetivada pelo método histórico e o comparativo. Para a estruturação do trabalho, o presente estudo foi dividido em seis partes, da seguinte forma:

A primeira possui os elementos introdutórios. Nesta seção, são apresentadas a contextualização do objeto de estudo e a problemática, bem como se expõem os objetivos do trabalho.

A segunda parte é orientada para uma compreensão do direito comparado, seu estudo e suas principais dificuldades, tais como a barreira linguístico-cultural frente à internalização do tecido jurídico. Nesse sentido, a segunda parte traz luz sobre tal técnica, caracterizada por contrastar instituições ou figuras jurídicas de diferentes sistemas jurídicos, a fim de aprofundar o conhecimento do próprio direito. Assim, ao expor, inicialmente, o conceito de

análise comparativa pelo direito pode-se mostrar a importância e as potencialidades do direito comparado diante das concepções que são trabalhadas no decorrer da presente investigação.

Além disso, desdobra-se sobre a conceituação dos crimes sexuais contra adolescentes, sem perder de vista que a questão de definir *crime sexual* e as tipologias do comportamento sexual criminal contra adolescentes requer, como será demonstrado, uma sensibilidade para expor que vá além de uma descrição aparente e externa, haja vista que a construção, o entendimento e a significação da criminalidade sexual, no campo jurídico, permeia a interpretação dos efeitos da estrutura jurídica euro-latina, bem como valores éticos, dentre outros, que determinaram a perspectiva de cada legislação. Portanto, a segunda parte apresenta a definição de *violência sexual*, sua história e evolução, além de expor os valores invocados para proteção, as ações puníveis, os sujeitos ativos e os agravantes.

Para a terceira parte, antes de dar precisão conceitual entre o entendimento jurisprudencial português e brasileiro, busca-se expor os principais aspectos dos crimes sexuais.

Na quarta parte do estudo, são expostos os Códigos Penais brasileiro e português; desta forma, faz-se uma análise comparativa para os crimes sexuais contra crianças e adolescentes nos dois códigos.

Na quinta parte deste estudo, é trazida a discussão do entendimento jurisprudencial luso-brasileiro para o bem protegido e suas vertentes para crimes sexuais contra crianças e adolescentes.

Na sexta parte faz-se as considerações finais do presente estudo, com o posicionamento da autora frente ao atendimento dos objetivos, bem como apresentam-se sugestões para trabalhos futuros.

Diante desse cenário, para o contexto do desdobramento deste trabalho, foi imprescindível investigar, no bojo de sua definição, os tipos penais, aspectos legais e conceituais sobre a violência e o crime sexual contra o adolescente, a fim de definir não somente seu conceito, mas como a jurisprudência de cada país visa evitar ou dirimir esse problema e, *a posteriori*, se são suficientes em sua aplicação prática.

1 CONCEITUAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA ADOLESCENTES

A violência sexual ou sua tentativa é ato repugnante, reprovável, considerado problema de saúde pública relevante, tanto no Brasil quanto em Portugal. Crimes sexuais contra adolescentes ocorrem diariamente, e as vítimas, de modo geral, podem ser afetadas por toda a vida. Conforme relatam Luci Pfeiffer e Pizzato Salvagni⁵, “O abuso sexual tem um impacto muito grande na saúde física e mental da criança e do adolescente, deixando marcas em seu desenvolvimento, com danos que podem persistir por toda vida”.

Consoante Nogueira Murta⁶, os crimes sexuais cometidos contra adolescentes geram um grande alarme social, não apenas por causa da humilhação do fato em si, mas também pela afetação que causa na dignidade da vítima e nas bases sobre as quais se estabelece uma sociedade.

Desse modo, a conceituação dos crimes sexuais contra adolescentes é pertinente, porque, ao definir, lida-se, avalia-se e reputa-se o presente problema frente às respostas regulatórias sobre a questão. Embora existam definições legais por uma série de crimes sexuais cometidos contra adolescentes, ainda existe considerável embaraço⁷ quanto às interpretações e, conseqüentemente, de acordo com Azambuja⁸, observa-se que, sem uma clara definição, pode-se ter obstáculos ao desenvolver políticas e programas, bem como no ordenamento jurídico ao coletar dados, gerando a adoção de medidas e a aplicação de métodos limitados ou ineficazes.

Nesse sentido, acrescenta-se o entendimento de Pacheco⁹, que relata: “a doutrina sobre o assunto está longe de ser fecunda, verifica-se uma desoladora escassez de decisões jurisprudenciais sobre o tema, e este gera controvérsia [...]” Acresce que tal dissensão prejudica a segurança jurídica e, conseqüentemente, as vítimas sexuais.

⁵ PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato – Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência [Em linha]. **Jornal de Pediatria**. Vol. 81, n.º 5 (nov. 2005), p. s197-s204, p. s198. [Consult 17 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572005000700010&lng=en&nrm=iso.

⁶ MURTA, Ludmila Nogueira – **Os atuais entraves do sistema jurídico brasileiro para a efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual**. São Paulo, 2014. Tese de Doutorado em Direito, apresentado à Universidade de São Paulo.

⁷ De acordo com Faleiros, o embaraço, de modo geral, ocorre, de certa forma, pela proliferação de conceitos sobre o tema (FALEIROS, Eva Teresinha Silveira – **Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes**. Brasília: Thesaurus, 2000, p. 61).

⁸ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de – Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança? **Revista Virtual de Textos e Contextos**. Vol. 01, n.º 05 (nov. 2006), p. 12-16.

⁹ PACHECO, Beatriz – **O crime de atos sexuais com adolescentes: reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima**. Porto, 2012, p. 14. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.ª).

Nesse contexto, comparando a definição entre o direito português e o brasileiro, é possível reduzir essas dificuldades e verificar qual é o conceito de *crime sexual* em cada país, além de expor quais atos são por ele abrangidos.

O desenvolvimento doutrinário realizado no referencial teórico deste capítulo permeia a utilização de informações do campo jurídico português e brasileiro dos regulamentos em relação aos aspectos a serem atendidos no estudo. À vista disso, a análise da legislação foi concluída com as contribuições doutrinárias mais relevantes que trataram dos pontos mencionados sobre a definição de *crime sexual* como suporte para a formulação do presente capítulo.

Ao analisar a questão de crime sexual contra adolescentes nos ordenamentos jurídicos supracitados, é mister enfatizar que a matéria, do ponto de vista conceitual, tem conquistado grandes avanços.¹⁰ Logo, o presente capítulo é orientado para uma compreensão do sistema normativo e o que lhe confere a definição sobre crime sexual contra adolescentes no Brasil e em Portugal. No entanto, a questão da definição de *crime sexual* e as tipologias do comportamento sexual criminal contra adolescentes requerem, como será demonstrado, uma sensibilidade para expor além de uma descrição aparente e externa, haja vista que a construção, o entendimento e a significação da criminalidade sexual no campo jurídico permeia interpretação dos efeitos da estrutura jurídica euro-latina, bem como valores éticos, dentre outros, que determinaram a perspectiva de cada legislação.

Portanto, foi necessária maior precisão conceitual entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro para gerar maior clareza sobre como os crimes sexuais contra adolescentes são compreendidos e, posteriormente, trazer à luz a evolução legislativa concernente aos delitos sexuais no direito brasileiro e português, bem como fazer a diferenciação no tratamento dos crimes de natureza sexual contra adolescentes em ambos os países.

Diante desse cenário, foi imprescindível investigar, no bojo de sua definição, os tipos penais, aspectos legais e conceituais sobre a violência e crime sexual contra o adolescente, a fim de definir não somente seu conceito, mas como os órgãos reguladores brasileiro e português visam evitar ou dirimir esse problema e, *a posteriori*, se são suficientes em sua aplicação prática.

¹⁰ Internacionalmente, a proteção dos direitos de menores e adolescentes evoluiu significativamente. A Constituição Federal do Brasil, de 1988, adotou as normas normativas que estabeleceram os tratados de direitos humanos, especialmente a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, acompanhando a evolução mundial da proteção desse grupo, especialmente vulnerável e necessitando de proteção específica.

1.1 Conceito de *violência sexual*

A dificuldade de definir *violência sexual* decorre da dificuldade de encontrar uma definição suficientemente abrangente e operacionalmente útil, devido à complexidade de sua etimologia e à variedade de suas formas de expressão. São comportamentos cujo julgamento social negativo depende de aspectos culturais protraídos no tempo e valores hegemônicos em todos os momentos e lugares.

É relevante verificar a distinção que Faleiros evidencia para “violência, abuso sexual e maus-tratos”. Em consonância com os ensinamentos do autor¹¹: “**violência** é a categoria explicativa da vitimização sexual: refere-se ao processo, ou seja, à natureza da relação (de poder) estabelecida quando do abuso sexual. **Abuso Sexual** é a situação de uso excessivo, de ultrapassagem de limites; dos direitos humanos, legais, de poder, de papéis, de regras sociais e familiares e de tabus, do nível de desenvolvimento da vítima, do que esta sabe, compreende, pode consentir e fazer. **Maus-Tratos** é a descrição empírica do abuso sexual. Refere-se a danos, ao que é feito/praticado/infringido e sofrido pelo vitimizado, ou seja, refere-se aos atos e consequências do abuso”.

Para Pfeiffer e Salvagni¹², “define-se abuso ou violência sexual na infância e adolescência como a situação em que a criança, ou o adolescente, é usada para satisfação sexual de um adulto ou adolescente mais velho (responsável por ela ou que possua algum vínculo familiar ou de relacionamento, atual ou anterior), incluindo desde a prática de carícias, manipulação de genitália, mama ou ânus, exploração sexual, voyeurismo, pornografia, exibicionismo, até o ato sexual, com ou sem penetração, sendo a violência sempre presumida em menores de idade”.

A violência sexual sob a problemática de saúde pública é um fenômeno geral de violência que a Organização Mundial da Saúde (OMS)¹³ define como “O uso intencional da força ou poder físico, de fato ou como uma ameaça contra si próprio, outra pessoa ou grupo, causando ferimentos, morte, dano psicológico, distúrbios no desenvolvimento ou privação”.

¹¹ FALEIROS, Eva Teresinha Silveira – **Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes**. Brasília: Thesaurus, 2000, p. 10, grifos nossos.

¹² PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato – Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência [Em linha]. **Jornal de Pediatria**. Vol. 81, n.º 5 (nov. 2005), p. s197-s204, p. s81. [Consult 17 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572005000700010&lng=en&nrm=iso.

¹³ OMS. Organização Mundial da Saúde. Banco de Dados – **Relatório Mundial de Saúde**. Genebra: OMS, 2003, p. 8.

Nessa linha de intelecção destaque-se que tanto a Organização Mundial da Saúde quanto a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) definem violência sexual “como qualquer ato sexual, a tentativa de consumir um ato sexual, os comentários ou insinuações sexuais indesejadas ou as ações para comercializar ou usar, de qualquer outra forma, a sexualidade de uma pessoa, através da coerção de outra pessoa, independentemente do relacionamento com a vítima, em qualquer ambiente, incluindo a casa e o local de trabalho”.

Acrescenta-se que a coerção pode abranger uma ampla gama de graus de uso da força. Ademais, se não bastasse o uso da força física, pode envolver intimidação psíquica, extorsão ou outras ameaças, como danos físicos; como ilustração, temos a situação de demitir a vítima do trabalho ou impedi-la de obter o emprego que procura. Também pode ocorrer quando a pessoa atacada não está em condições de dar consentimento, vulnerável, sem condições de oferecer resistência e/ou ainda doente, embriagada.

Dobke¹⁴, por sua vez, entende que o abuso sexual é “uma forma de violência física e/ou psíquica, na qual o abusador, sem consentimento válido, aproveitando-se de sua superioridade sobre a criança e/ou confiança que lhe deposita, busca a sua satisfação sexual”.

Extraí-se, portanto, do que foi posto, que a violência sexual apresenta uma manifestação muito específica, mas não isolada de outras formas de violência, onde são sinergizadas as diferentes naturezas da violência, como violência física, psicológica, privação ou negligência e, acima de tudo, os conhecidos como violência sexual. Nesse ínterim, pode-se diferenciar, dentro da violência interpessoal, aquela causada pela família, pelo casal ou pela comunidade em menores, no casal ou no idoso, entre pessoas conhecidas como estranhas e a violência sexual coletiva, que poderia ser social, política e econômica.

No que se refere aos crimes sexuais, trata-se de uma categoria criminal-legal; conforme Murta¹⁵, “são atividades sexuais ou relacionadas ao sexual e que constituem um crime na medida em que constituem ações ou omissões típicas, ou o que é previsto como crime em uma lei criminal”. Nos crimes sexuais, o patrimônio legal protegido pela lei é a liberdade sexual ou a moralidade pública das pessoas.¹⁶

¹⁴ DOBKE, Velda – **Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001, p. 27.

¹⁵ MURTA, Ludmila Nogueira – **Os atuais entraves do sistema jurídico brasileiro para a efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual**. São Paulo, 2014. Tese de Doutorado em Direito, apresentado à Universidade de São Paulo.

¹⁶ É importante ressaltar, de acordo com Murta, que “o crime sexual pode ocorrer de maneira que, para a criança ou adolescente, não parecia algo ilegal, mas sim algo permitido normal, parte integrante de um jogo ou mesmo de demonstração de cuidado ou afeto” (*ibidem*, p. 75).

Sob a ótica médico-forense, os crimes de maior interesse são aqueles que afetam a liberdade sexual e têm uma característica comum, tanto na legislação brasileira quanto na legislação portuguesa, qual seja a existência de algum tipo de atividade sexual realizada sob alguma forma de violência ou ameaça.¹⁷

A atividade sexual pode ser relação sexual ou outra prática que gratifique sexualmente o agressor, a exemplo das condutas descritas no tipo ato sexual de relevo do Código Português.

Se a atividade sexual consiste em relações sexuais, é comum que as legislações se refiram ao crime como estupro, como na lei brasileira; entretanto, o termo também se refere, em geral, ao acesso carnal ou conjunção carnal. Diferentes países definem as relações sexuais de maneira semelhante e cumprem o que a lei estabelece por meio do seu código penal, conforme o caso. Por outro lado, em alguns países só pode haver violação pela penetração vaginal do pênis ereto, enquanto em outros a penetração retal está incluída e, em outros mais, a penetração oral.

Algumas leis também criminalizam o estupro em casos de introdução de outros membros do corpo, além do pênis, e até de corpos estranhos. Em outros códigos, distintas atividades sexuais são chamadas de ação sexual contra a modéstia, abuso desonesto ou agressão violenta à modéstia. Define-se isso por exclusão, como qualquer forma de gratificação sexual que não seja a relação sexual ou o que seria equivalente a um ato sexual que não se encaixa na ampla tipificação do estupro.¹⁸

Entendidos dessa maneira os crimes sexuais, é necessário se referir às suas vítimas, uma vez que, para tipificação da conduta, deve-se ter como referência passiva uma ou várias pessoas que tenham sofrido o comportamento criminoso do sujeito ativo do delito. As vítimas de crimes sexuais, conforme Lima *et al.*¹⁹, são os sujeitos que recebem diretamente a ação do agressor, portanto são os destinatários humanos do crime, aqueles atacados em suas vidas por comportamento criminoso.

Além disso, as vítimas podem ser de qualquer sexo ou condição, considerando que a criminalidade sexual ataca ativos com base em postulados ético-legais, como honestidade sexual, modéstia pessoal e social, e liberdade sexual. De qualquer forma, por enquanto é

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury *et al.* – O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18? [Em linha]. **Conjur.** (28 set. 2018). [Consult 04 ago. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ LIMA, José Wilson de *et al.* – Violência sexual infantojuvenil: O que dizem os documentos do juizado? **Estudos Interdisciplinares em Psicologia**. Vol. 2, n.º 1 (2014), p. 2-24.

suficiente afirmar que as vítimas de crimes sexuais são pessoas que, segundo a natureza característica de cada crime, recebem e sofrem a agressividade do sujeito ativo do ato punível, em detrimento de sua liberdade, seus valores, suas modéstias ou inexperiência sexual.²⁰

Nesse diapasão, o abuso sexual contra crianças e adolescentes deve ser entendido, como na criminalidade sexual, um comportamento criminoso cujo objetivo é a satisfação do apetite sexual desviante do sujeito ativo da conduta, com a ressalva de que, no que se refere a esse grupo específico de destinatários, além de violar os valores próprios do direito legal, também violam os valores que compõem os melhores interesses da criança e do adolescente. Portanto, interessa-nos, a seguir, com posto constitucional, à luz de autores, a definição de crime sexual contra adolescentes no âmbito legal brasileiro e português.

1.2 Definição de crime sexual contra adolescentes no Brasil

Para os crimes de âmbito sexual, no ordenamento jurídico brasileiro, *a priori*, faz-se necessário frisar que a criminalização de condutas permeia o rol em que as crianças e os adolescentes são vítimas de *abusos*, *violências* ou *explorações* de “natureza sexual”; portanto, o olhar se estende para a pluralidade dos tipos listados no Código Penal e, por conseguinte, para os previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Nesse viés, destaca-se a definição de *crime sexual* contra crianças e adolescentes, sob a perspectiva de Lobato²¹, seguindo o ordenamento jurídico brasileiro: “O abuso sexual infantil é qualquer envolvimento de uma criança ou adolescente em uma atividade sexual que ela não compreende, nem consente, podendo ser com um adulto, ou entre uma criança, ou adolescente que, devido à idade ou o grau de desenvolvimento, está em uma relação de confiança, poder, coação e sedução com a criança abusada, nem sempre estando ligada a um ato violento, podendo ser beijo e toque lascivo, que não deixam marcas visíveis, o que dificulta a comprovação”.

Uma interpretação objetiva da fórmula legal transcrita permite afirmar que crianças e adolescentes têm direito à proteção integral de seus direitos; por consequência, deve lhes ser assegurado o respectivo desenvolvimento integral, em todos os seus aspectos, inclusive no que pertine a sua autodeterminação sexual.

²⁰ LIMA, José Wilson de *et al.* – Violência sexual infantojuvenil: O que dizem os documentos do juizado? **Estudos Interdisciplinares em Psicologia**. Vol. 2, n.º 1 (2014), p. 2-24.

²¹ LOBATO, Camila Daniella Seabra – A Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: (In)Eficácia da pena aplicada ao agressor sexual infantil. **Âmbito Jurídico**. (24 jul. 2019). [Consult 21 jul. 2020]. Disponível em [WWW:https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contras-criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contras-criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/).

Assim, sob a doutrina da proteção integral dessa categoria de desenvolvimento humano, compreende-se, conforme lecionam Munir Cury²² e Fernando Capez²³, que a defesa do seu melhor interesse se representa como uma direção de comportamento social, público e privado, orientada para a conquista e gozo efetivo de direitos por seus destinatários, pois o desenvolvimento integral e o interesse superior devem ser concebidos como uma unidade indissolúvel.

Infelizmente, apesar de a violência sexual contra crianças e adolescentes ser reprovável, na medida em que as condutas nela abarcadas deveriam ser extirpadas de toda a sociedade mundial, ainda está presente no cotidiano da sociedade brasileira, nos dizeres de Lobato²⁴: “importante se faz compreender, que a violência sexual contra crianças e adolescentes faz parte do dia a dia da sociedade brasileira, sendo dever de todos, ou seja, da família, da sociedade e do Estado, assegurar todos os direitos fundamentais e específicos para esses infantes, combatendo toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão que venham a sofrer ou se sintam ameaçados de sofrer, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Nesse viés, a violência sexual se agrava como transtorno elevado quando tem como vítimas crianças e adolescentes, porque os alvos estão em processo de desenvolvimento, implicando situações de “maior vulnerabilidade”, por se tratarem de seres em formação.²⁵ A nossa Carta Magna de 88²⁶, por meio do seu artigo 227, observa: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

²² CURY, Munir – **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2006.

²³ CAPEZ, Fernando – **Curso de direito penal** – parte especial. Vol. 3, 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

²⁴ LOBATO, Camila Daniella Seabra – A Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: (In)Eficácia da pena aplicada ao agressor sexual infantil. **Âmbito Jurídico**. (24 jul. 2019), p. 4. [Consult 21 jul. 2020]. Disponível em WWW:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/>.

²⁵ D’ELIA, Fabio Suardi – **Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

²⁶ BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988 [Em linha]. Brasília, 05 out. 1988. [Consult. 26 mar. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Registre-se, por oportuno, a relevância da identificação do sujeito em desenvolvimento como criança ou adolescente, haja vista que há um tratamento especial previsto pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a cada categoria. Desse modo, vale destacar, consoante artigo 2.º do ECA: “criança é quem está na faixa de 0 (zero) a 12 (doze) anos incompletos e adolescentes àquelas pertencentes à faixa de 12 (doze) a 18 (dezoito) anos (incompletos)”.

Dito isso, também há que mencionar que a Lei 8.069/90²⁷, hierarquicamente vinculada à Constituição Federal, promove a política do Plano Nacional de Primeira Infância (PNPI) e do Plano Nacional de Combate à Violência Sexual Infanto-Juvenil, constituindo-se um instrumento legal destinado a proteger menores de toda e qualquer violência que possa afetar o seu desenvolvimento físico, mental e moral, sempre sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, observa-se ainda que o ECA ventila e garante que todas as crianças e adolescentes devam ser tratados, independentemente de raça, cor, sexo, etnia ou classe social, como pessoas que necessitam de maiores cuidados, atenção e proteção para o seu pleno e devido desenvolvimento.²⁸

A convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, da qual o Brasil é signatário, prevê:

Art. 34 - Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

Tal instrumento, portanto, assegura à criança e ao adolescente a proteção contra crime sexual, também abarcando a proteção contra o envolvimento em pornografia e a prostituição.²⁹

²⁷ BRASIL – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências [Em linha]. **Diário Oficial da União**. (16 jul. 1990). [Consult 06 abr. 2013]. Disponível em [www:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).

²⁸ LOBATO, Camila Daniella Seabra – A Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: (In)Eficácia da pena aplicada ao agressor sexual infantil. **Âmbito Jurídico**. (24 jul. 2019). [Consult 21 jul. 2020]. Disponível em [www:https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/](http://www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/).

²⁹ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani – **Gênero patriarcado violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Expressão Popular, 2004.

Cabe ressaltar a obrigação assumida pelo Brasil, de respeitar e garantir, a cada menor sob sua jurisdição, os direitos estabelecidos pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Nesta forma, o art. 2.º da Convenção supracitada indica que

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos estabelecidos nesta Convenção e garantirão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, seus pais ou representantes legais.
2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para garantir que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição devido à condição, atividades, opiniões ou crenças expressas de seus pais, tutores ou familiares.

Se não bastasse, o art. 19.º, 2, estabelece que o Estado membro da Convenção sobre os Direitos da Criança deve incluir procedimentos “efetivos” para o estabelecimento de programas sociais destinados a dar ao menor e aos responsáveis por seus cuidados o apoio necessário para a identificação, denúncia, investigação, tratamento e monitoramento das formas de violência e para intervenção judicial.

Na análise da recepção doméstica da obrigação assumida internacionalmente, a investigação dessa temática oportuniza que se faça uma primeira verificação: a alteração trazida pela Lei n.º 12.015, de 2009. Como importante evolução legislativa, houve uma qualificação diferenciadora do conjunto de crimes que estivesse baseado no âmbito sexual. Pois bem, a partir dessa lei, alterou-se a designação do Título VI, o qual passou a envolver os *crimes contra a dignidade sexual*; o Capítulo I ocupou-se dos *crimes contra a liberdade sexual*; e no Capítulo II, têm-se os *crimes sexuais contra vulnerável*. Nesse passo, o enfoque se dá especialmente aos delitos sexuais contra pessoa vulnerável, o que não sugere que outros crimes, presentes no Título VI (ver CPB), não possam ter crianças e adolescentes como vítimas (ou mesmo como autores). Destaca-se:

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. (VETADO).

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - Quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

De um apanhado do exposto e em cotejo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, encontra-se uma série de crimes que constituem violações à integridade física, psíquica, moral, sexual, com vistas à preservação de sua imagem, autonomia, valores, ideias, crenças e liberdade. Dessa forma, evidencia-se um rol de crimes a partir dos quais a liberdade, a dignidade e o respeito ao desenvolvimento sadio da sexualidade são violados, como os previstos no artigo 240:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda, quem com esses contracenar.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – Prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou,

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.

Analisando a legislação em comento sob a perspectiva constitucional, é valoroso destacar que o art. 241.º reflete resolução expressa na própria Constituição Federal³⁰, visto que esta prevê, em seu artigo 227.º, § 4.º, que a “lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Nesse ponto, ressalta-se que o ECA criminaliza a atuação de quaisquer que coadjuvem no meio de elaboração, divulgação, (inclusive pela internet) e receptação de material de cunho pornográfico ou com cenas de sexo explícito que envolva a criança ou o adolescente.

Como se pode verificar, a Constituição brasileira segue os padrões estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU), garantindo os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e coexistência familiar e comunitária, além de protegê-las de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 217.º-A do Código Penal brasileiro, por sua vez, considera a prática de sexo ou ato libidinoso com menor de 14 anos um crime punível com pena de prisão, de 8 a 15 anos (início de cumprimento em regime fechado). Se a conduta resultar em lesões corporais de natureza grave, a pena de prisão será de 10 a 20 anos e, se houver uma morte, a pena será de 12 a 30 anos.

Seguindo, ordinariamente, a classificação do Código Penal brasileiro, há a definição do crime de favorecer a prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoas vulneráveis; do crime de corrupção de menores, previsto no art. 218.º, que consiste em induzir alguém com menos de 14 anos a satisfazer a luxúria de uma terceira pessoa, com pena de prisão de 2 a 5 anos; e do crime de “satisfazer a luxúria pela presença de crianças ou adolescentes”, no preceito indicado, que consiste em praticar, na presença de alguém com menos de 14 anos de idade, ou induzi-lo a testemunhar uma conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer sua indecência ou a de uma terceira pessoa, com pena de reclusão de 2 a 4 anos. Vê-se, portanto, que a presença da esfera normativa e institucional em relação à proteção de menores e adolescentes no Brasil é elevada.

O artigo 218.º-B do mesmo *codex* tipifica o crime de submissão de um menor ou adolescente à prostituição ou exploração sexual, contemplando uma sentença de prisão de quatro a dez anos e uma multa para o agressor, com as mesmas penalidades do proprietário,

³⁰ BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988 [Em linha]. Brasília, 05 out. 1988. [Consult. 26 mar. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

gerente ou pessoa encarregada das instalações em que é verificada a submissão do menor ou adolescente a essas práticas, além de ser penalizado com o fechamento do estabelecimento.

Por sua vez, o art. 218.º-C do CPB configura como crime o ato de “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável, ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia”. Para essa conduta típica a pena é de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. Há causa de aumento de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

Apenas por amor ao debate, registra-se a causa de exclusão de ilicitude do crime supradescrito, o CPB retrata em seu parágrafo 2.º que “não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos”.

1.3 Definição de crime sexual contra adolescente em Portugal

Na esteira dos ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias³¹, o Código Penal Português diferencia os delitos de natureza sexual em dois conjuntos: dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes contra a autodeterminação sexual. No primeiro, vê-se nos artigos 163.º ao 170.º do Código Penal, que todas as atividades sexuais executadas sem o consentimento da vítima, independentemente da idade, estão previstas. No que pertine ao segundo, disposto nos artigos 171.º ao 176.º-A do mencionado *Codex*, refere-se às atividades sexuais com menores até 18 anos, cuja tipificação atende à específica necessidade de proteção do livre desenvolvimento da personalidade da vítima no domínio sexual. Todos os delitos concernentes às formas de violência sexual contra crianças e jovens e a definição da jurisprudência portuguesa para tal são expostos a seguir.

Inicialmente, tratar-se-á, por sua disposição topográfica, da Coação Sexual (art. 163.º), ação de natureza pública, se praticada contra menor de idade. Sobre os atos tipificados,

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999.

compreende-se o ato sexual “relevante”, nele incluídos carícias, beijos, toques, dentre outros. A jurisprudência portuguesa, conforme nos ensina Dias³² e Cunha³³, considera, ainda, nesta seara, o meio capaz de conduzir ao constrangimento e/ou violência, nele se enquadrando a ameaça grave³⁴ e quando se coloca a vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir, tal quando um sujeito a droga ou a amarra.

De acordo com Figueiredo Dias³⁵, há três posições no direito português sobre o que é considerado ato sexual de relevo: 1) a interpretação objetivista, que compreende a sua manifestação externa e tal ato mostra uma conexão com a sexualidade; 2) a interpretação subjetivista, para a qual, além da prática do ato que tem conexão sexual, há também intenção libidinosa; 3) uma conceituação que abarca as anteriores. No entanto, Dias³⁶ relata que se deve dar enfoque à interpretação objetivista, haja vista que é considerado irrelevante o motivo de atuação de quem praticou o crime.

Por outro lado, é imperioso ressaltar a ótica de Conceição Cunha³⁷, que se refere ao ato sexual de relevo como “todo aquele que pela sua natureza, conteúdo ou significado se relacionar com a esfera sexual, constituindo um ‘entrave’ à liberdade sexual da vítima”.

Dessa forma, para Cunha, observa-se que não se faz necessária a intenção libidinosa de quem pratica o crime, mesmo que a vítima compreenda o significado sexual do ato.³⁸

O artigo 164.º do Código Penal Português trata da violação, tipo no qual, de acordo com Mouraz Lopes³⁹, compreendem-se ações que se enquadram na definição de atos sexuais de relevo qualificado (cópula coito anal/oral, introdução vaginal/anal de partes do corpo ou objetos).

No que diz respeito ao artigo 165.º, expõe-se o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência; para Maria do Carmo Dias⁴⁰, os atos tipificados são de natureza sexual de relevo

³² DIAS, Jorge de Figueiredo – **Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999.

³³ CUNHA, Conceição – Crimes sexuais contra crianças e jovens. In SOTTOMAYOR, Maria Clara (coord.) – **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: A Função dos Juizes Sociais: Actas do Encontro**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 189-227.

³⁴ Quanto ao conceito de ameaça grave, a gravidade deverá aferir-se segundo o conteúdo da ameaça, à gravidade, sua medida e intensidade. A ameaça tanto pode ser contra a vida ou integridade física como contra a honra e dignidade da vítima. Podendo ser dirigida tanto à vítima como a um terceiro, desde que tenha uma relação de proximidade com a vítima (*ibidem*).

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *opere citato*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ CUNHA, Conceição, *opere citato*, p. 195.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ LOPES, José António Mouraz – **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

⁴⁰ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade. **Revista do CEJ**. Vol. XV (1º semestre 2011), p. 209-259.

ou de relevo qualificado. Compreende-se que os meios são: aproveitar de pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, tais como uma vítima com incapacidade física/psíquica.

Nesse ínterim, o artigo 166.º do Código Português dispõe sobre o abuso sexual de pessoa internada. O tipo de ato se enquadra como de relevo ou de relevo qualificado. Já os meios são: aproveitar-se das funções ou lugar que exerce ou detém, contra pessoa que esteja internada e confiada, ou ao seu cuidado, em locais como prisões, hospitais, estabelecimento de educação ou correção.⁴¹

Há a previsão no artigo 167.º sobre a fraude sexual; neste artigo, vê-se que os tipos de atos são de relevo ou de relevo qualificado. Já os meios são: aproveitar-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, tais como fazer-se passar por uma celebridade.

No artigo 168.º é definida a procriação artificial não consentida. Nesse sentido, os tipos de atos são compreendidos como agir com o intuito de procriar artificialmente em pessoas do sexo feminino; o meio é a falta de consentimento da vítima.

Já o artigo 170.º trata da importunação sexual; nesta seara, vê-se que enquadra os atos de carácter exibicionista, quando se formulam propostas de teor sexual ou, ainda, se constrange a vítima a contato de natureza sexual.

Para crimes contra a autodeterminação sexual, inicia-se com o artigo 171.º, que tipifica o abuso sexual de crianças nos seguintes termos:

1 - Quem praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos. 3 - Quem: a) Importunar menor de 14 anos, praticando ato previsto no artigo 170º; ou b) Atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos; é punido com pena de prisão até três anos. 4 - Quem praticar os atos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.

No artigo 172.º, há descrição do fato típico atinente ao abuso sexual de menores dependentes. Extrai-se que os atos qualificados para tal crime abarcam o ato sexual de relevo e o de relevo qualificado, atos de carácter exibicionista, bem como formular propostas de teor sexual ou constranger a vítima a contato de natureza sexual, com ou sem intenção lucrativa. Tem-se, também, o ato tipificado como agir por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico, com ou sem intenção lucrativa, aliciar a assistir a abusos sexuais ou a

⁴¹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade. **Revista do CEJ**. Vol. XV (1º semestre 2011), p. 209-259.

atividades sexuais, com ou sem intenção lucrativa. Para este crime, quem se enquadra como vítima são as crianças e adolescentes entre os 14 e os 18 anos que tenham sido confiadas ao autor para educação ou assistência, tais como madrasta, padrasto, professor, dentre outros.

Nas palavras de Souza⁴², o crime sexual contra adolescentes disposto no artigo 173.º faz a tipificação do abuso de inexperiência. “O crime de atos sexuais com adolescentes (artigo 173º do CP), por sua vez, tipifica o abuso de inexperiência de jovens entre os 14 e os 16 anos. Já o recurso à prostituição de menores (artigo 174º do CP) tem como vítima do crime os jovens entre os 14 e os 18 anos”⁴³.

Pois bem, o mencionado artigo 173.º do Código Penal português trata dos atos sexuais com adolescentes. Em sua tipificação, sua natureza é semipública, os tipos de atos enquadrados para tal artigo são: ato sexual de relevo e ato sexual de relevo qualificado. A vítima é compreendida como toda criança e adolescente entre os 14 e 16 anos sobre quem o autor abuse da inexperiência sexual. Neste caso, a tentativa é punível.

No artigo 174.º do Código Penal português, lida-se com o recurso à prostituição de menores. Os tipos de atos são o sexual de relevo e o sexual de relevo qualificado. Conforme relata Raposo⁴⁴, os meios considerados são compreendidos mediante pagamento ou contrapartida. As vítimas são as crianças e jovens entre 14 anos e 18 anos de idade.

O artigo 175.º do CPP lida com o lenocínio de menores, e os tipos de atos por ele abrangidos são o de fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição, bem como aliciar menor para o exercício da prática. Os meios podem ser entendidos como ameaça grave, violência, fraude, ação profissional ou com intenção lucrativa, aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade, abuso de autoridade decorrente de uma relação, tais como familiar, no trabalho, tutela, dentre outros. As vítimas são as crianças e jovens até os 18 anos.⁴⁵

Neste viés, o artigo 176.º trata da pornografia de menores e seu respectivo aliciamento; os tipos de atos são compreendidos como utilizar e ou aliciar menor de idade em espetáculo pornográfico, utilizar e ou aliciar menor de idade em fotografia, filmes ou gravação

⁴² SOUZA, Ana Paula da Costa – **O crime de abuso sexual de menores dependentes. Uma análise crítica.** Porto, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.^a).

⁴³ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁴ RAPOSO, Vera Lúcia – **Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual.** In ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* – **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias.** Coimbra: Coimbra, 2003. p. 931-962.

⁴⁵ PACHECO, Beatriz – **O crime de atos sexuais com adolescentes: reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima.** Porto, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.^a).

pornográfica, independentemente do suporte. Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, fotografias, filmes ou gravações pornográficas. Conforme relata Pacheco⁴⁶, presencialmente ou através de sistema informático ou outro meio, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico de crianças e jovens com menos de 16 anos de idade. Os meios considerados são ameaça grave, violência, ação profissional ou com intenção lucrativa, com recurso a representação realista de menor. As vítimas são consideradas todas as crianças e adolescentes até os 18 anos de idade.

⁴⁶ PACHECO, Beatriz – **O crime de atos sexuais com adolescentes: reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima**. Porto, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.^a).

2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA REFERENTE AOS DELITOS SEXUAIS NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO. BEM JURÍDICO TUTELADO.

De uma análise histórica, determinar qual o bem legal tutelado em crimes sexuais tem sido objeto de bastante controvérsia.⁴⁷ Sob a égide de entendimentos passados, de modo geral, era entendido que a atividade sexual deveria ocorrer no contexto conhecido como ordem natural, ou seja, no quadro de uma relação entre um homem e uma mulher, cujo objetivo era a reprodução.⁴⁸ Outra atividade que ocorresse fora desses parâmetros e da finalidade acima mencionada constituía infração da ordem moral sexual, configurando os chamados crimes de luxúria, que visavam sancionar o exercício da atividade sexual desordenada, enquanto delito à castidade, virtude à qual todos deveriam aspirar.

Na época do Iluminismo, iniciou-se a separação entre o direito e a moralidade, que se manifesta na proclamação do princípio de que todos os seres humanos são igualmente racionais e que o sistema jurídico deve garantir a todas as pessoas o exercício do maior número das liberdades.⁴⁹

Nesse contexto histórico, a doutrina passa a distinguir entre crimes públicos, entendidos como aqueles que se referem a lesões causadas aos direitos do Estado, e crimes privados, que violam os direitos das pessoas; estes ainda se diferenciavam entre direitos originais, como a vida, a integridade da força, honra e liberdade, e direitos derivados, que são aqueles que se referem a coisas ou vêm de contratos.

Como a ordem moral sexual não se amoldava a nenhum dos direitos acima mencionados, a doutrina revê conceitos e passa a considerar que as infrações desse tipo de ordem implicavam em lesão ao direito originário à liberdade, pela força ou violência empregada nos crimes de sequestro e estupro, pela ausência de consentimento para o ato sexual. Os demais crimes do mesmo gênero foram sancionados como crimes policiais, ou seja, como ato contrário ao Estado e à obediência que os sujeitos deveriam ter.

Essas teorias foram incorporadas à legislação comparada na época da Codificação; desse modo, para ilustrar, na Áustria e na Espanha, os crimes de estupro e sequestro foram

⁴⁷ CARDOSO, Liliana Soares – **Crimes sexuais contra menores de 14 anos: uma análise crítica ao Artigo 171.º do CP**. Porto, 2019. Tese de Doutorado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa (polic.ª).

⁴⁸ LOWENKRON, Laura – (Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF. **Revista de Antropologia**. Vol. 50, n.º 2 (2007), p. 713-745.

⁴⁹ GAVRON, Eva Lúcia – **Dramas e danos: estudo das vítimas de crimes sexuais na região de Florianópolis (1964-1985)** [Em linha]. Florianópolis, 2008. Tese de doutorado apresentado à Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em História. [Consult 4 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/91171>.

incorporados aos crimes que puniam detenções ilegais e coerção, enquanto os de sodomia, pornografia e crimes indecentes foram punidos em atos contra a relação pública. *A posteriori*, durante o tempo de crise do Direito Penal emergente em meados do século XX, o movimento reformista aduziu que este ramo deveria se voltar para os interesses do povo e que a política criminal deveria respeitar as garantias dos indivíduos, de tal forma que a pena deve ser aplicada a condutas que afetem direitos ou interesses de determinada pessoa. É nesse cenário que a melhor doutrina inicia a especificação desse tipo de crime visando à proteção da chamada “liberdade sexual”.

No plano jurídico, os diferentes sistemas passaram a reunir os crimes sexuais sob critérios semelhantes, embora divergissem em alguns pontos. Por exemplo, na França, os delitos dessa natureza foram tipificados sob o título de “Ataques aos bons costumes”; na Bélgica, como “Crimes e crimes simples contra a ordem das famílias e contra a moral pública”; na Espanha, foram agrupados em torno do interesse da honestidade; e no Chile, mesmo com a distância cultural, estão reunidos sob o mesmo título do Código Penal belga.

Diante dessa mudança legislativa, a doutrina passa a discutir qual seria o bem legal tutelado nos crimes sexuais e qual seria a justificativa para sancionar esses crimes com mais rigor do que os atos que afetaram a liberdade pessoal, postulando várias teorias, dentre as quais a liberdade sexual como liberdade pessoal, a dignidade da pessoa, o bem-estar sexual, a intimidade sexual, a integridade pessoal etc.

No que tange à liberdade sexual intrínseca à liberdade pessoal, essa teoria retrata que a liberdade sexual é um aspecto da liberdade pessoal e pode ser caracterizada como a capacidade de todos de exercer seu potencial sexual, com seu parceiro e em circunstâncias escolhidas, livremente, e inclui o direito de se recusar a se envolver em um contexto sexual indesejado, ainda mais para resistir a qualquer ataque de conotação obscena. Neste aspecto, o legislador garante a ausência de coerção; portanto, qualquer ataque é sancionado com maior severidade.

Nessa linha de intelecção, preleciona Moraes⁵⁰ que, na ótica constitucional brasileira, observa-se a base principiológica da igualdade como instrumento relevante, haja vista que é intrínseco ao ser humano, por ser correlato a outros princípios, tais como a liberdade.

Ainda sob o olhar de Moraes⁵¹: “Por este tópico, ocorre a preocupação em inteirar que o direito à liberdade e à igualdade são direitos naturais, que nascem com o indivíduo e que se

⁵⁰ MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 20.^a ed., atual. até a EC n. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

⁵¹ *Ibidem*, p. 122.

conservam com o mesmo até o momento da sua extinção, não sendo aceito qualquer tipo de violação ou infringimento por parte de qualquer pessoa, ainda se destacando sobre uma sociedade egoísta que visa que seu direito seja respeitado, porém, de forma descarada, não respeita o direito alheio, querendo seu benefício e de seu descaso com seu dever”.

Desse modo, Moraes⁵² retrata a liberdade sexual como concretização da liberdade pessoal, mas a proteção de cada uma se regula de forma autônoma, de acordo com a atividade desenvolvida. Considera que os argumentos que sustentam esta proteção independente vinculam a atividade sexual à “autorrealização pessoal”, mas as formas pelas quais esses crimes se consumam são diferentes daquelas que podem afetar a liberdade pessoal, por isso implicam em proteção especial diferente, ou seja, ainda que a tipificação vise proibir que determinada pessoa se envolva em um contexto sexual indesejado, não visa impedir a mesma pessoa de exercer atividade sexual, quando consente com outro. Isso porque obrigar uma pessoa a participar de um contexto sexual é conduta mais séria que prevenir a atividade sexual como um todo.

A festejada pesquisadora Leite⁵³, sobre o que disciplina o Código Penal português a respeito da tutela da liberdade sexual, verifica que a regulamentação busca determinar as áreas que não serão protegidas. Assim, a matéria legislada portuguesa visa estabelecer que a liberdade sexual é protegida quando o agressor age contra a vontade da vítima; quando deu um consentimento falho, como nos casos em que uma situação de necessidade ou uma relação de autoridade é abusada; quando o consentimento é inválido, como nas situações de menores ou deficientes, em que, devido à sua idade evolutiva ou desenvolvimento intelectual, se estima que falte maturidade para compreender os efeitos da atividade sexual; ou quando a vítima não tem oportunidade de manifestar seu consentimento.

Nesse mesmo sentido, Lopes⁵⁴, em sua obra *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal* português, aponta que a liberdade, junto com a vida e a saúde, são os direitos jurídicos mais relevantes, que a liberdade é o bem mais suscetível de ser atacado e que, em alguns casos, prejudica-se a liberdade como meio para afetar outro bem jurídico, deixando de ser autônomo.

⁵² MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 20.^a ed., atual. até a EC n. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

⁵³ LEITE, Inês Ferreira – A tutela penal da liberdade sexual. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 21, n.º 1 (jan./mar. 2011), p. 29-94.

⁵⁴ LOPES, José António Mouraz – **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 13-17.

Para Silva⁵⁵, a liberdade sexual é “um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal. Mas se deve ter uma atenção sobre a igualdade que está correlacionada a esta liberdade”. Compreende que, se a proteção específica da liberdade sexual se baseia no seu exercício dotado de independência, as condutas que são sancionadas e que buscam resguardar a liberdade pessoal deixam de abranger a liberdade sexual em todas as suas consequências; logo, essa dimensão requer proteção específica.

Maria do Carmo S. M. S. Dias⁵⁶ ressalta que a liberdade não é um interesse cuja proteção é compartilhada em todo o mundo, pois na cultura oriental prevalecem outros valores, como a honra, a glória, o nacionalismo e a coragem na guerra. A isso acrescenta-se que é um conceito de difícil definição, podendo ser analisado de diferentes pontos de vista, considerando que, no campo filosófico, tem sido entendida como uma possibilidade de autodeterminação, como possibilidade de escolha, como ato voluntário, como espontaneidade, como margem de indeterminação, como ausência de interferência, como libertação de algo ou como satisfação de uma necessidade.

Por conseguinte, em crimes dessa natureza, o direito tutelado é a liberdade sexual retratada em dois conceitos: liberdade soberana e liberdade pessoal, que são definidas, respectivamente, como o poder de agir como quiser, sem considerar os desejos dos outros, e como a capacidade de agir como quiser, enquanto puder. Dessa forma, Rui Pereira⁵⁷ leciona que, por um lado, a liberdade pessoal dá à pessoa a sensação de que ninguém a está coagindo ou restringindo a fazer o que deseja; por outro lado, a convicção de que pode fazer o que bem entender, dentro dos limites do desejo de outra pessoa. Um grave atentado a essa liberdade justifica o *ius puniendi*, na medida em que afeta interesses individuais, e não coletivos.

Clarice Helena de Miranda Coimbra⁵⁸ aduz que a liberdade se relaciona diretamente com a igualdade, visando atingir valor jurídico: “A liberdade sem o mínimo de igualdade não tem valor. Do mesmo modo de nada vale a igualdade se não existir garantia de liberdade. Se

⁵⁵ SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 40.

⁵⁶ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. **Revista do CEJ**. N.º 8 (1.º sem. 2008), p. 219-224.

⁵⁷ PEREIRA, Rui – Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal. **Sub iudice - Justiça e sociedade**. N.º 11 (nov. 1996), p. 41-48, p. 43 *et sequentia*.

⁵⁸ COIMBRA, Clarice Helena de Miranda – Direitos fundamentais de igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual [Em linha]. **Âmbito Jurídico**. (31 mar. 2008), p. 92. [Consult. 14 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direitos-fundamentais-de-igualdade-sem-distincao-de-sexo-e-de-orientacao-sexual/>.

ela não é igual para todos, afetará a quem não a tem na proporção outorgada aos demais, ferindo sua dignidade”.

Destaque-se que, por meio da sanção dessas condutas, a liberdade sexual é protegida em seu aspecto negativo e positivo, ou seja, ao resguardar o direito de todos de não se envolverem em um contexto sexual sem seu consentimento, também é protegida a capacidade de cada indivíduo de se autodeterminar em questões sexuais.

Dias⁵⁹ entende que a liberdade sexual é uma expressão da pessoa e destaca que a liberdade é a base sobre a qual se estrutura o direito penal sexual, de ordem que sua restrição deve ser a mínima possível, ocorrendo somente quando for necessário proteger interesses relevantes e transcendentais no plano social e que afetem a liberdade de terceiros. Logo, para referida autora, a liberdade sexual é manifestação da pessoa e se especifica na capacidade de autorregulação sexual do indivíduo. Além disso, a liberdade sexual tem duas fases: uma positiva, que consiste na liberdade de cada pessoa, de dispor de suas capacidades e potencialidades sexuais, tanto no âmbito individual quanto no social, e uma negativa, que se refere ao fato de uma pessoa não poder se envolver em um ato sexual sem o seu consentimento.

Há autores, como Lopes⁶⁰, que justificam que o bem tutelado nos crimes dessa natureza é a liberdade sexual, pela manifestação concreta de que a pena imposta à conduta considera a diferença significativa de idade entre agressor e vítima, e que quanto menor a diferença de idade, maior a previsão de atenuante.

Nesse sentido, destaca-se, a título jurisprudencial, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto:

Os crimes sexuais protegem, por um lado, a liberdade sexual dos adultos; e, por outro, o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade, considerando-se aqui que, determinados actos ou condutas de natureza sexual podem, mesmo sem violência, em razão da pouca idade da vítima, prejudicar gravemente o seu crescimento harmonioso e, por consequência, o livre desenvolvimento da sua personalidade. II. No domínio dos crimes sexuais relativamente a menores, o legislador optou, muitas vezes, por uma protecção escalonada em razão da idade, reconhecendo que tal circunstância confere especificidades ao bem jurídico protegido que justificam a autonomia da densificação normativa típica. III. Assim, no abuso sexual de crianças [art. 171º] é punido quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o importunar com acto de carácter exibicionista ou ainda sobre ele actuar por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto

⁵⁹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. **Revista do CEJ**. N.º 8 (1.º sem. 2008), p. 219-224.

⁶⁰ LOPES, José António Mouraz – **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal**. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 13-17.

pornográficos. IV. Nos crimes de abuso sexual de dependentes [art. 172º] e prostituição de menores [art. 174º] confere-se protecção a menores com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos. V. No crime de actos sexuais com adolescentes [art. 173º] protege-se a faixa etária dos menores entre os 14 e os 16 anos relativamente a actos sexuais de relevo. VI. A integração harmónica dos diversos preceitos inculca, por si só, que o limite temporal mínimo nas duas últimas hipóteses corresponde à data em que se completam os 14 anos e, por seu turno, o limite superior é balizado pela data em que se completam os 18 ou 16 anos, respectivamente.⁶¹

Compreende-se, nesta esteira, que as infrações penais baseadas na diferença de idade servem apenas para enfatizar que o bem jurídico protegido é a intangibilidade ou indenização de menores e incapacitados.

Por sua vez, a jurisprudência portuguesa, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, retrata o seguinte entendimento:

Nos crimes de abuso sexual o bem jurídico protegido é a liberdade de autodeterminação sexual, lesada sempre que, à luz dos n.ºs 1 e 2 do art. 171º do CP, o menor de 14 anos é vítima de acto sexual de relevo, que pode consistir, tipificadamente, em cópula, coito anal, oral ou introdução vaginal ou anal de partes de corpo ou de objectos. II. O consentimento da vítima não possui virtualidade para eximir o agente da responsabilidade criminal, por a lei partir do pressuposto, próximo da constatação natural, que o menor, por regra, não possui o desenvolvimento psicológico suficiente para compreender as consequências, por vezes graves, deles emergentes, que podem prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, no aspecto do livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual. III. Dessa incapacidade natural resulta que o crime é concebido como de perigo abstracto resultante da presunção implicitamente inscrita na lei, juris et de jure, com razoável correcção, do prejuízo físico e psíquico, para a pessoa da criança, na sua dimensão integral, que os actos sexuais de relevo podem provocar. IV. A agravante da gravidez é imputável ao agente criminoso que manteve cópula sem uso de preservativo. V. A pena de conjunto repousa numa valoração da totalidade dos factos, que fornece a ilicitude global, sendo decisiva para essa avaliação a conexão e o tipo de conexão entre os factos e se eles representam, também, uma manifestação da personalidade, na vertente de uma mera pluriocasionalidade, de um trajecto de vida puramente ocasional e não enraizado, ou, ao invés, uma carreira criminosa, uma propensão que aquela ilicitude e culpa exacerba.⁶²

Ressalta, portanto, que não há argumentos jurídicos que justifiquem a maior severidade da sanção que se impõe a um ato que viola a liberdade sexual sobre os fatos que

⁶¹ PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 1298/09.4JAPRT.P1** [Em linha]. Relatora: Maria Deolinda Dionísio. Porto, 04 jun. 2014. [Consult. 23. Fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a6f74f25797992f980257cfc002e45cc?OpenDocument>.

⁶² *Idem*. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – **Processo n.º 93/09 5TAABT.E1.S1** [Em linha]. Relator: Armindo Monteiro. Lisboa, 22 maio 2013. [Consult. 04 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e6b79f9f0a4d93e80257b74003980be?OpenDocument&Highlight=0,armas,muni/prct.C3/prct.A7/prct.C3/prct.B5es>.

afetam a liberdade pessoal; a maior gravidade pode ser apenas fundamentada por meio do recurso a critérios morais e da compreensão da liberdade sexual como liberdade ambulatoria, aplicável aos casos em que a pessoa envolvida no contexto sexual não tem capacidade de discernir se participa ou não da atividade.

Na jurisprudência e doutrina brasileiras, Maria Berenice Dias⁶³ traduz a liberdade individual como um direito de primeira geração, com respaldo no artigo 3.º da nossa Constituição⁶⁴:

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. O artigo 3º da Constituição de 1988 define “a não criminalização como uns dos objetivos fundamentais, bem como o princípio da igualdade exposto no artigo 5º o qual trata dos direitos e garantias individuais no Estado Brasileiro, assegurado pela Carta Magna.”

Nesse viés, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, ao prever a igualdade de aptidão, que, nas palavras de Moraes⁶⁵, se prevê como “uma igualdade de possibilidades virtuais, isto é, os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”.

Pela lente da “teoria da dignidade da pessoa humana”, extrai-se que na agressão sexual, quando uma pessoa é “utilizada” para satisfazer os desejos pessoais do agressor, o indivíduo é considerado um simples objeto; dessa forma, é negada à vítima sua dignidade como pessoa. A dignidade humana, em geral, é a dignidade inerente ao ser e dela decorrem os direitos fundamentais, devendo o direito penal proteger ou considerar as manifestações como um direito jurídico de dignidade, como vida, liberdade, honra, dentre outros.

Seguindo esse raciocínio, a dignidade é o núcleo central de emanção dos direitos fundamentais da pessoa, implicando dizer que nenhum interesse ou lei pode violá-la.

⁶³ DIAS, Maria Berenice – Liberdade sexual e direitos humanos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**. Belo Horizonte, 27 dez. 2001, p. 40. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=24>.

⁶⁴ BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988 [Em linha]. Brasília, 05 out. 1988. [Consult. 26 mar. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

⁶⁵ MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 20.ª ed., atual. até a EC n. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

Nesse mesmo norte, Nucci⁶⁶ vaticina: “O Estado democrático de direitos [...] tem faculdades e garantias fundamentais, sendo estes: A dignidade da pessoa humana (art. 1º); o direito inerente às pessoas ao bem-estar, livre de qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV); o direito à isonomia entre homem e mulher”.

Para Maria do Carmo Dias⁶⁷, no entendimento da jurisprudência portuguesa, a dignidade humana também pode ser protegida pelo direito penal, que afirma que, além dos direitos que derivam da dignidade, há o lado humano, especificamente, que também pode ser objeto de um ataque de forma independente a outros bens juridicamente tutelados. Como consequência lógica, os ataques aos direitos fundamentais não implicam, obrigatoriamente, uma violação da dignidade, da mesma forma que existem ataques aos direitos fundamentais que, simultaneamente, atentam contra a dignidade, porque a pessoa humana foi degradada ou humilhada. A autora questiona se, ao falar do direito à integridade moral, a doutrina se refere a essa dimensão da dignidade humana entendida como especificamente humana.

Assim, a integridade moral é definida como uma manifestação de dignidade, como expressão da vontade individual, como direito que garante a proibição da tortura ou tratamento degradante. Portanto, crimes contra a integridade moral referem-se a ações ou comportamentos em que uma pessoa é ignorada como tal, por meio de ataques contra o lado especificamente humano.⁶⁸

Além disso, crimes dessa natureza independem da vontade da pessoa, seus sentimentos, moral ou religião.⁶⁹ Por ser inalienável a integridade e para que contra ela uma conduta se configure crime, não é necessário que a vontade da vítima seja dobrada ou que ela perceba o tratamento como humilhante. Como a integridade moral juridicamente protegida não se confunde com a social ou religiosa, mas é independente destas, o que se visa proteger é a própria pessoa.

Nesse sentido, há teses doutrinárias que afirmam que, no caso de infrações penais que sancionam a execução de comportamentos sexuais com menores e considerando que a matéria

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza – **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

⁶⁷ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. **Revista do CEJ**. N.º 8 (1.º sem. 2008), p. 219-224.

⁶⁸ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen – **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade [Em linha]**. Brasília, 2009. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado à Universidade de Brasília. (polic.ª). [Consult 04 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://repositorio.unb.br/handle/10482/4356>.

⁶⁹ MARTINS, Adriele *et al.* – **Violência sexual contra crianças: a proteção integral e a materialidade dos crimes sexuais**. Porto Alegre, 2017. Dissertação de Mestrado em Serviço Social, apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

legislada não reconheça o poder de decidir pela execução desses atos, essas pessoas carecem de liberdade para se autodeterminar em matéria sexual; logo, o interesse em sancionar esses comportamentos permeia a proteção da dignidade humana do menor, em virtude da qual ela não pode ser tocada, o que tem sido denominado por alguns autores como intangibilidade sexual ou valor intrínseco ao menor, automaticamente por ser humano.

Porém, críticas dessa teoria apontam que, desse ponto de vista, as demais características do ser humano também devem ser protegidas criminalmente, apenas pelo fato de parar, mesmo quando não exercidas. Ressaltam, além disso, que tal teoria não se baseia na dignidade humana como um princípio que exige sanção se for violado, bem como que assimilar uma pessoa com um objeto implica considerar que os crimes sexuais compartilham sua natureza com os patrimoniais, contexto no qual ocorre a exploração material. Sob esse aspecto, para a consumação do crime sexual poder-se-ia exigir o resultado como condicionante daqueles em que tipificada a exploração sexual.⁷⁰

Portanto, verifica-se que todos os crimes que ameçam os interesses individuais e, em alguns casos, aqueles que violam os coletivos, implicam um atentado à dignidade humana, a partir do momento em que negam às pessoas a possibilidade de exercer os direitos que lhes são conferidos. Logo, esse valor é atacado, tanto nos crimes sexuais como nos que afetam outros interesses, e, em ambos os casos, as pessoas são prejudicadas na mesma medida.

A partir do entendimento que a dignidade humana é inerente ao ser, sejam as vítimas menores ou maiores de idade, todos os abusos sexuais afetam a dignidade da pessoa que é vítima desse crime. Acrescenta-se que a doutrina, tanto do Brasil quanto de Portugal, entende que a dignidade humana não pode ser incorporada como um direito jurídico, mas que suas manifestações devem ser protegidas e são essas dimensões que se traduzem em direitos fundamentais, sendo a dignidade o princípio que regula cada direito fundamental.

Por sua vez, a teoria do bem-estar social afirma que a Constituição deveria proteger a liberdade positiva, ou seja, o poder de exercer uma atividade, e que, para garantir o bom exercício desse tipo de liberdade, o legislador deveria penalizar todas as condutas destinadas a afetar sua outra dimensão, qual seja, a da abstenção de agir. Aplicando esse raciocínio ao campo dos crimes sexuais, a doutrina a favor dessa teoria afirma que o bem legal protegido nesses tipos é a liberdade sexual negativa, ou seja, a liberdade de abster-se de praticar o ato

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4.

sexual, e apenas a liberdade sexual positiva serve para justificar a punição do ato que impede o exercício da primeira.⁷¹

Essa teoria é chamada de “bem-estar sexual”, porque toda pessoa deve ter capacidade permanente para realizar o ato sexual e porque a sanção para comportamentos que ameacem o referido bem-estar se baseia no eventual prejuízo que podem causar ao desenvolvimento da sexualidade humana. Tal teoria propõe que os crimes sexuais deixem de ser concebidos como atentados à liberdade de decisão para serem incorporados aos tipos de injúrias criminosas que buscam proteger a saúde das pessoas, uma vez que ameaçam as condições físicas e psíquicas do ser humano.

Referida teoria também incorpora o conceito de *trauma* na esfera jurídica; sob essa ótica, o estupro se apresentaria como ofensa mais grave, considerando sua capacidade de afetar a funcionalidade sexual de uma pessoa por toda a vida. As críticas que Maria Helena Mariente Ferreira⁷² levanta são de que os crimes sexuais são incorporados às lesões e, por consequência, são considerados crimes resultantes, exigindo que o ato realmente produza danos no desenvolvimento da sexualidade de uma pessoa. Além disso, aponta que a teoria falha em explicar as razões pelas quais os atos sexuais que afetam as pessoas privadas de razão ou bom senso se caracterizariam como crimes.

A intimidade sexual está relacionada à atribuição de mesmo valor à liberdade de praticar o ato sexual e à de se abster de praticá-lo, com maior interesse punitivo contra quem cometa atos afetos à exclusão da comunicação sexual. Esse argumento permite justificar a punição de condutas danosas às pessoas privadas de sentido, aos pré-púberes e os atos praticados contra o companheiro ou a pessoa que pratica a prostituição.

Neste sentido, tal teoria questiona que crimes de ofensa ao pudor e pornografia sejam punidos, lembrando que nesse tipo de crime se busca conciliar o direito de exclusão da comunicação sexual *versus* a liberdade de expressão do erotismo. Ressalta-se que a interferência de uma pessoa na esfera da sexualidade da vítima prejudica sua privacidade.

Portanto, o direito à privacidade refere-se a duas realidades jurídicas: a de ser possível ao indivíduo a manutenção de certos aspectos íntimos no campo da reserva, para que fiquem

⁷¹ FERREIRA, Jorge Manuel Leitão – **Serviço Social e modelos de bem-estar para a infância: modus operandi do assistente social na promoção da protecção à criança e à família** [Em linha]. Lisboa, 2009. Tese de doutoramento apresentado ao Instituto Universitário de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Serviço Social. [Consult. 04 nov. 2020], Disponível em WWW:<http://hdl.handle.net/10071/3590>.

⁷² FERREIRA, Maria Helena Mariente. *Primum non noscere*. In AASPTJ-SP. CRESS-SP 9ª Região (org.). **Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes: a proteção de direitos segundo especialistas**. São Paulo: AASPTJ-SP; CRESS-SP 9ª Região, 2012. p. 189-206.

fora do controle do Estado (direito à privacidade); e a da inviolabilidade de um campo de ação que toda pessoa aspira manter para si, excluindo qualquer intervenção externa.⁷³

No aspecto sexual, o direito à privacidade se manifesta na medida em que toda pessoa tem o poder de manter essa área da vida em reserva, sem interferência de terceiros, a menos que expressamente autorizado pelo titular, sendo afetada quando alguém pretende submetê-lo a situação de conotação sexual, como ator ou como espectador.

Essa teoria da intimidade também pode indicar que, nos crimes sexuais, o legislador busca sancionar atos que ameaçam a privacidade, não só para proteção desse direito, como de quem o detenha, dada a garantia para que não se envolva em situações que prejudiquem seu bem-estar físico e psicológico.⁷⁴ Contudo, tal teoria não consegue justificar a diversidade de tratamento dado a comportamentos semelhantes, nem explica por que outros atos que afetam a privacidade não são punidos, já que, nos crimes sexuais, o interesse jurídico protegido transcende a intimidade sexual.

Uma doutrina favorável a esta tese afirma que a exclusão da comunicação sexual requer maior proteção do que outra forma de comunicação, porém não explica os motivos que servem de base para essa posição. Nesse sentido, a proteção da intimidade sexual como interesse juridicamente tutelável, independentemente da liberdade sexual, implicaria sancionar toda conduta que, por não ser desejada pela vítima, fosse considerada prejudicial. Além disso, é necessário analisar se as condutas punidas podem estar subsumidas nos crimes contra a privacidade existentes na legislação ou se é necessária a criação de novas figuras para punir condutas lesivas à intimidade sexual.

Uma nova teoria é a da integridade pessoal, trazendo um conceito que tem sido tradicionalmente vinculado ao crime de lesão corporal, mas a doutrina, de modo geral, em várias matérias legisladas, tem procurado modificar o conteúdo desse interesse de forma a incluir áreas que transcendem o bem-estar físico, como aquelas que estão ligadas à dimensão espiritual e emocional das pessoas. Neste sentido, autores como Bitencourt⁷⁵, que propõem esta nova noção de integridade pessoal, sugerem a inclusão, nos crimes sexuais, das condutas que violam esse direito.

⁷³ RIBEIRO, Márcia Aparecida; FERRIANI, Maria das Graças Carvalho; REIS, Jair Naves dos – Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares. **Cadernos de Saúde Pública**. Vol. 20, n.º 2 (2004), p. 456-464.

⁷⁴ CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI de Martino Paulo – Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In CAVENAGHI, Suzana (org.) – **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP; Brasília: UNFPA, 2006. p. 27-62.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4.

Porém, no plano doutrinário português e brasileiro, de modo geral, não há consenso quanto ao conteúdo da integridade pessoal e como ela se relaciona com o crime de lesões, que, segundo a posição dualista, inclui a integridade física, referindo-se à disposição do corpo humano e à saúde, conceito que engloba o bem-estar físico e mental das pessoas.

A título de exemplo, no Código Penal brasileiro, o conceito de *integridade moral* se opõe ao aspecto físico. De acordo com Tarifa⁷⁶, “O direito à integridade moral corresponde à proteção pertinente à pessoa, no que diz respeito à sua honra, liberdade, recato, imagem e nome. Honra é a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. É o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima própria”.

O Código Penal brasileiro aponta que a integridade moral se identifica com a inviolabilidade da liberdade, no sentido de que esse direito é violado quando é negada à pessoa a liberdade de decidir sobre a intervenção de terceiros. Também pode-se verificar que a integridade moral faz parte de conceito mais amplo, qual seja, o da segurança pessoal, entendida como a integridade e o bem-estar físico da pessoa, tanto em seu aspecto material quanto imaterial. Ou seja, a integridade moral complementaria o conceito de *saúde*, principalmente nos casos em que a ação não se manifesta em lesão externa.⁷⁷

Assim, constituiria um estado de bem-estar que incluiria os aspectos mentais, espirituais e emocionais, afetados quando a pessoa é agredida por ação que os altere, principalmente, quando em decorrência dessa ação, sentir dor ou sofrimento. Outros autores, como Cahali⁷⁸, apontam que integridade moral é identificada com honra.

Embora existam diferentes interpretações doutrinárias sobre o conteúdo da integridade pessoal, a jurisprudência brasileira segue a linha internacional, dando-lhe importância de análise frente à necessidade de incorporar, na proteção penal, outros aspectos da vida do ser humano, relacionados ao desenvolvimento normal da personalidade e ao exercício dos poderes que outorga a cada pessoa, conforme manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 16 de fevereiro de 2017, para o caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil”.

246. Seguindo a linha da jurisprudência internacional, e levando em conta o disposto na Convenção de Belém do Pará, a Corte considerou que a

⁷⁶ TARIFA, Rita de Cássia Resquetti – Direito à integridade moral – alguns aspectos dos direitos de personalidade. **Revista de Ciências Jurídicas**. Vol. 4, n.º 1-2 (mar./set. 2003), p. 49-55, p. 51.

⁷⁷ CARVALHO, Gisele Mendes – Delitos relativos à prostituição no Código penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. N.º 12 (2010), p. 177-211.

⁷⁸ CAHALI, Yussef Said – **Dano moral**. 3.ª ed., rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

violência sexual se configura com ações de natureza sexual que se cometem contra uma pessoa sem seu consentimento, que, além de compreender a invasão física do corpo humano, podem incluir atos que não impliquem penetração ou, inclusive, contato físico algum. 247. Do mesmo modo, seguindo o critério jurisprudencial e normativo que impera tanto no Direito Penal Internacional como no Direito Penal Comparado, o Tribunal considera que o estupro não implica necessariamente uma relação sexual sem consentimento, por via vaginal, como se considerou tradicionalmente. Por estupro também se devem entender atos de penetração vaginal ou anal, sem consentimento da vítima, mediante a utilização de outras partes do corpo do agressor ou objetos, bem como a penetração bucal com o membro viril. [...] 249. Além disso, é necessário salientar que a ausência de sinais físicos não implica que não tenham ocorrido maus-tratos, já que é frequente que esses atos de violência contra as pessoas não deixem marcas ou cicatrizes permanentes. O mesmo se aplica aos casos de violência sexual e estupro, cuja ocorrência não necessariamente se verá refletida num exame médico. [...] 251. O Tribunal ressaltou que todo uso da força que não seja estritamente necessário pelo próprio comportamento da pessoa detida constitui um atentado à dignidade humana, em violação do art. 5 da Convenção Americana. No presente caso, o Estado reconheceu que L.R.J., C.S.S. e J.F.C. foram violadas [sexualmente] por agentes públicos, o que constituiu uma violação de seu direito à integridade pessoal (art. 5.1 da Convenção Americana). (Corte IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16-2-2017.)⁷⁹

A vantagem de considerar a integridade pessoal como interesse jurídico protegido pela sanção aos crimes sexuais é permitir que cada ato com conotação sexual seja avaliado separadamente, de acordo com a relevância do dano para a integridade pessoal. Também permite justificar socialmente a pena maior para comportamentos sexuais praticados contra menores. Ademais, seu enfrentamento como atentados à integridade pessoal permite estabelecer parâmetros de avaliação proporcionais às demais condutas que violam o mesmo direito legal, como lesões. Nota-se, por outro lado, que a desvantagem está na dificuldade de avaliação das consequências do atentado, pois esses atos têm consequências emocionais que, no caso de vítimas menores, se determinam no futuro, o que, em menor medida, também ocorre quando se trata de adultos.

Da mesma forma, em favor da proteção jurídica da integridade sexual como bem, destaca-se que este conceito permite a interpretação de todos os tipos de criminosos sob uma

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Artigo 5. Direito à integridade pessoal. In **Convenção Americana sobre Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal. e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília: STF, 2018. p. 16-21. [Consult 30 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/Artigo5.pdf>.

única visão. Sendo assim, cumpre-se a maior sanção que é aplicada a todos os comportamentos sexuais que afetam menores.⁸⁰

Ao contrário, há quem critique o conceito de *integridade pessoal* como bem jurídico passível de proteção penal, pois a palavra *integridade* tem dois significados: um associado à virgindade, e outro a um aspecto físico, mais afeto ao crime de lesões que a comportamentos relacionados à atividade sexual. Nesse sentido, apontam que a integridade sexual é apenas uma manifestação de liberdade pessoal e visa enfatizar a dignidade individual possuída por todos, incluindo-se os mais vulneráveis. Em virtude do exposto, a integridade sexual não se constituiria um bem jurídico protegido, pois todo ser humano tem dignidade e é difícil definir esse conceito.

A teoria da indenização sexual consiste no interesse do legislador em manter certas pessoas afastadas da atividade sexual, seja pela idade, seja por outros elementos subjetivos. No exemplo dos menores de idade, o fundamento se dá porque admitir sua participação em atos de natureza sexual pode afetar o desenvolvimento saudável da sua personalidade. No caso dos incapazes, o motivo de protegê-los contempla as consequências negativas que esses atos podem ter no seu comportamento, dada a dificuldade que têm em controlar os impulsos, além da possibilidade de serem utilizados como meros objetos.⁸¹

Nesse sentido, destaca-se que a proteção conferida pela matéria legislada aos menores e aos incapacitados não pode ser explicada à luz da liberdade sexual, pois esse grupo de indivíduos não tem capacidade de se autodeterminar nessa matéria. Além disso, o exercício da sexualidade com menores foi socialmente proibido.

Esse conceito procura dissociar-se das concepções éticas sobre a sexualidade; para isso, aprofundou-se em um aspecto negativo do fenômeno, na medida em que todos teriam o direito de não sofrer interferências que afetem o desenvolvimento normal da personalidade.

Vê-se, nesta seara, que, para entender o emprego do termo *indenização*, deve-se recorrer a sua definição. Compreende-se que se trata do direito do menor de adquirir a liberdade sexual de forma normal e natural, sem qualquer pressão externa que possa afetar o desenvolvimento da personalidade. Acrescenta-se que a indenização sexual constitui uma proteção da liberdade sexual que está em vias de se formar. Por isso, as infrações penais que versam sobre a conduta sexual referente a menores são figuras de perigo, visto estar em risco

⁸⁰ CARVALHO, Gisele Mendes – Delitos relativos à prostituição no Código penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. N.º 12 (2010), p. 177-211.

⁸¹ HUNGRIA, Nélson; DOTTI, René Ariel – **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

a aquisição da liberdade sexual de forma livre. A maioria das hipóteses de crimes sexuais que se referem a menores são situações de afetação da liberdade sexual, que o legislador decidiu estender aos menores, por falta de poder para se autodeterminarem sexualmente.⁸²

Seguindo esse pensamento, as únicas figuras para as quais a proteção legal não estaria ao alcance da indenização sexual seriam as inseridas nos crimes de exibicionismo e de provocação sexual. Considerando afetarem pessoas que, devido a sua idade, podem, legalmente, consentir com o ato sexual, esses números não são aplicáveis, mas as condutas podem ser enquadradas em outras modalidades criminais, dependendo das circunstâncias em que praticado o crime.

Considerada a liberdade sexual como autorregulação, no caso dos menores e dos demais incapazes, não é possível dizer que seja protegida, porque lhes falta. Nesses casos, empregam-se conceitos de *indenização* ou *intangibilidade sexual*, que têm sua origem na doutrina italiana. Assim, a indenização se refere à prevenção de menores e incapazes de serem expostos a comportamentos que possam afetar o desenvolvimento de sua personalidade, de forma negativa, para que, ao atingirem a idade adulta, possam decidir, livremente, como exercer sua sexualidade. No caso dos incapazes, visa impedir que sejam “usados” em atos sexuais de outras pessoas, abusando da sua deficiência.⁸³

Portanto, pode-se entender que a indenização sexual tem dois significados: o direito de não se envolver em um contexto sexual sem consentimento validamente dado; e o que se refere à formação e desenvolvimento da personalidade e sexualidade de menores.

Sendo assim, a diferença com a intangibilidade sexual é que a indenização se refere a uma situação transitória, que pode ou não existir no momento da prática do ato abusivo, sendo seus destinatários pessoas específicas. Esse direito também permite explicar a criminalização dos crimes de exibicionismo, pornografia, exercício público da sexualidade, sob o fundamento de que os menores e os incapazes de exercer as suas funções não compreendem esses atos.

Pode-se questionar, também, por que não se justificou seriamente a conveniência de afastar os menores ou os incapacitados do campo da sexualidade. Nesse contexto, há autores,

⁸² MARTINS, Adrielle *et al.* – **Violência sexual contra crianças**: a proteção integral e a materialidade dos crimes sexuais. Porto Alegre, 2017. Dissertação de Mestrado em Serviço Social, apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

⁸³ FURTADO, Sandra – Da informação à autorregulação: prevenção da violência nas relações íntimas [Em linha]. **Boletim do Núcleo Cultural da Horta**. N.º 24 (2015), p. 137-146. [Consult 04 nov. 2020]. <https://www.nch.pt/biblioteca-virtual/bol-nch24/bol-NCH2015-139.pdf>.

como Guimarães⁸⁴, que afirmam que reconhecer a indenização sexual como direito serve de mecanismo para que o legislador imponha uma “moralidade sexual coletiva”, e que, em última instância, as consequências nefastas no desenvolvimento normal da personalidade de um menor se dão porque ele não podia exercer livremente a atividade sexual, e não porque o ato de conotação prejudicou o desenvolvimento regular da sua personalidade. Desse ponto de vista, a indenização sexual estará relacionada à liberdade sexual ou a terá como ponto de referência. Tampouco é possível justificar que comportamentos que prejudiquem o desenvolvimento normal da personalidade do menor, ou a socialização do incapaz, recebam sanção menor que outros atos.

A tutela da honestidade traz significados centrais dessa palavra, estão na base da decência e modéstia. Aplicado o conceito à atividade sexual, pode-se notar que se refere à correção e ao respeito que deve existir nesta matéria. De modo geral, a doutrina indica que é difícil especificar o conteúdo, pois esse conceito abarca dois aspectos: o pudor pessoal e o pudor como sentimento social e coletivo, independentemente de cada pessoa. A honestidade, entendida como modéstia pessoal está protegida no crime de abuso sexual em que qualquer ato indecente capaz de ferir o pudor individual de uma pessoa, cometido maliciosamente, constitui um ato ilegal de abuso.⁸⁵

De outro plano, os casos em que o ato provoca um sentimento de repulsa que fere a modéstia coletiva ou excita o ânimo lúbrico se constituiriam como obsceno e seriam punidos por afetar o coletivo. Essa análise sempre se opera em relação às orientações que cada sociedade tem sobre a sexualidade, de acordo com determinado lugar e tempo, estilos de vida e ambientes existentes na comunidade.

O conceito de *intangibilidade sexual* precede o de indenização e foi cunhado pela doutrina italiana para comprovar a existência de diferentes direitos protegidos nos tipos penais que o Código Penal italiano contemplou em um mesmo dispositivo (artigo 519.º). Enquanto, em um crime, o legislador tutelava a liberdade sexual de adultos, na previsão das demais ilegalidades tutelava a intangibilidade sexual de menores, baseando-se na ausência de

⁸⁴ GUIMARÃES, Nilton Roberto Martins Cabral – **As inconstitucionalidades do estupro de vulnerável previsto no caput do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro frente ao axioma constitucional da presunção de inocência [Em linha]**. Salvador, 2019. Monografia de Especialização em Ciências Criminais, apresentada à Faculdade Baiana de Direito (polic.ª). [Consult 01 nov. 2020]. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nilton%20Roberto%20Martins%20Cabral%20Guimar%C3%A3es.pdf>.

⁸⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4.

capacidade do menor em compreender e decidir, no campo da sexualidade, também considerando que o menor está em uma situação de maior vulnerabilidade perante terceiros.⁸⁶

Por essas razões, entende-se que os menores deveriam ser declarados intocáveis em face de toda atividade sexual. Esse conceito atribui a qualidade de intangível ao bem juridicamente protegido, que, no caso da sexualidade dos menores, não deve ou não pode ser tocado. Acrescenta-se que se agrega o termo *sexual* a essa definição, cria-se um bem jurídico que, em sentido negativo, visa alertar os adultos que os menores e os incapacitados são intocáveis, bem como que os menores de 18 anos e as pessoas com deficiência que limitam sua capacidade não são os proprietários desse bem legal. Afirma-se, nesse sentido, que a intangibilidade não é típica dos menores e dos incapazes, mas que todas as pessoas devem ser declaradas intocáveis no plano sexual como forma de garantir que é necessário um consentimento válido nesse domínio.

Como retratado, as mudanças sociais acabam por exigir, do ordenamento jurídico, a busca paulatina por evolução e adequação ao período em que inserido. Entretanto, o Direito está sempre em considerável atraso, já que é necessário, primeiramente, o surgimento dos fatos, para que o legislador possa, com fundamento neles, moldar os preceitos legais com a edição de novas normas para regular, punir ou descriminalizar condutas.

Partindo das considerações expendidas, estudos demonstram que dentre os temas relativos à proteção dos direitos da criança e do adolescente, considera-se a violência sexual uma das maiores transgressões, e os crimes de tal tipo contra eles praticados somente foram assim entendidos depois de muitos anos de evolução social e histórica.

São numerosos os relatos de abuso sexual de meninas escravas, negras e indígenas. Esse tipo de conduta não era combatido de forma aberta na sociedade, visto que os escravos e indígenas não eram considerados seres humanos. Ou seja, a problemática do que hoje são considerados crimes sexuais contra crianças e adolescentes é bastante antiga, dos tempos do Brasil colônia.⁸⁷

Não conhecendo a realidade europeia, é de se imaginar que, em países tão mais evoluídos economicamente, os índices de crimes como esses seriam baixíssimos, porém, ao

⁸⁶ COSTA, Naara Sammia Matos da – **Crimes contra a dignidade sexual: aspectos do delito de estupro [Em linha]**. Sousa, 2011. Monografia de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, apresentada à Universidade Federal de Campina Grande (polic.º). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em [WWW:http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/13699/NAARA%20SAMMIA%20MATOS%20DA%20COSTA%20-%20TCC%20DIREITO%202011.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/13699/NAARA%20SAMMIA%20MATOS%20DA%20COSTA%20-%20TCC%20DIREITO%202011.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

⁸⁷ CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da – Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. Vol. 7, n.º 2, p. 87-136, 2016.

consultar e aprofundar a pesquisa, se vê que, mesmo na Europa, ainda há diversos casos publicizados de crime tão repugnante.

Bitencourt⁸⁸ comenta: “a impropriedade do Título *Dos crimes contra os costumes* já era reconhecida nos idos de 1940, pois não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos. A Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84), que se limitou à Parte Geral do CPB, poderia ter aproveitado para corrigir essa equivocada terminologia”.

No Brasil, o estupro tem sentido mais amplo, sendo definido pelo Código penal como a prática de “conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso diverso, consigo ou com outrem, mediante emprego de violência ou grave ameaça”. Foi unificado com aquilo que anteriormente se tinha na legislação brasileira como “atentado violento ao pudor”.

Estupro, que é um constrangimento ilegal com a finalidade específica de obtenção da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, tem, no caso do vulnerável especialmente, a não necessidade da configuração do constrangimento, bastando a existência do ato para que se configure o delito, independentemente de expresse consentimento, salvo em casos de erro de tipo.

Já em Portugal, na parte especial do CPP, interessam, particularmente, as profundas modificações que ocorreram na matéria dos chamados *crimes sexuais*, a começar pelo deslocamento dos que estavam organizados no título relativo aos *Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade* para o título *Crime contra as pessoas*, onde se encontram em capítulo próprio, intitulado *Dos crimes contra liberdade e autodeterminação sexual*.

Conforme o ensinamento por Bastos⁸⁹, até 1996, estupro era o crime de “quem tiver cópula com maior de 14 anos e menor de 16 anos, abusando da sua inexperiência ou mediante promessa séria de casamento” (art. 204.º do CPP anteriormente vigente).

O termo *estupro* desapareceu do Código Penal vigente no país europeu. Onde antes era utilizada tal nomenclatura para denominar o crime, passou a valer o art. 173.º (epigrafado *Actos sexuais com adolescentes*), em cujos termos o crime correspondente é cometido por

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4, p. 41.

⁸⁹ BASTOS, Miguel Faria. Estupro e violação [Em linha]. **Ciberdúvidas da Língua Portuguesa**. Lisboa, 19 jan. 2004. [Consult. 21 mar. 2022]. Disponível em WWW:<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/estupro-e-violacao/11939>.

“quem, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que ele seja por este praticado com outrem, abusando da sua inexperiência [...]”⁹⁰.

O antigo conceito de *violação* está, de certo modo, desdobrado agora entre este art. 164.º e o art. 171.º (intitulado *Abuso sexual de crianças*).

Faz-se, a seguir, um apanhado histórico da evolução legislativa de ambos os países no que tange aos crimes de natureza sexual para se discorrer, em seguida, sobre o que faz parte atualmente do que se tem positivado na legislação criminal de Portugal e Brasil.

2.1 Legislação portuguesa

Os crimes sexuais foram alvo de uma evolução positiva ao longo dos tempos, conforme ensina Ribeiro.⁹¹ A autora demonstra que, nos Códigos Penais de 1852⁹² e de 1886⁹³, os crimes sexuais eram denominados “*Dos crimes contra a honestidade*”. Outrora, os crimes sexuais não eram considerados como crimes contra as pessoas, mas contra a sociedade, tendo como bem jurídico protegido a moral social. Segundo Antunes⁹⁴, porque inseridos nos *Crimes contra a honestidade*, expressava-se a ideia de que o bem juridicamente tutelado, e atingido pela conduta, se encontrava no domínio das esferas sociais, e não, como sempre deveria ser, no domínio pessoal, na esfera da liberdade sexual.

Pacheco⁹⁵ explica que, nos termos do art. 392⁹⁶ do CPP de 1886, “o homem que seduzisse mulher virgem, maior de 12 e menor de 18 anos, para com ela ter cópula”, praticava

⁹⁰ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

⁹¹ RIBEIRO, Sandra – **O abuso sexual entre menores - uma abordagem entre o Direito e a Psicologia [Em linha]**. Porto, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito Geral, apresentada à Universidade Católica Portuguesa (polic.ª). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16229/1/ABUSO%20SEXUAL%20ENTRE%20MENORES.pdf>.

⁹² PORTUGAL – **Código Penal aprovado por Decreto de 10 de dezembro de 1852**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

⁹³ *Idem* – **Código Penal Português**. Nova publicação oficial ordenada por Decreto de 16 de setembro de 1886. (Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano). 7.ª ed [Em linha]. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1919. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.

⁹⁴ ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores [Em linha]. **Julgar**. N.º 12 (2010), p. 153-161. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>.

⁹⁵ PACHECO, Beatriz – **O abuso sexual e as adolescentes: Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal**. Porto: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2013.

⁹⁶ “Art. 392.º Aquele que, por meio de sedução, estuprar mulher virgem, maior de doze e menor de dezoito anos, terá a pena de prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, a pena de degredo temporário” (PORTUGAL, *op. cit.* 1919).

o crime. Segundo o Código Penal da época, a pena podia até mesmo ser a de degredo. A interpretação judicial sobre a definição de sedução era muito ampla, e o conceito acabava por abarcar dádivas, namoro e quaisquer contatos físicos. A proteção da tutela penal se voltava para a virgindade da mulher, posto que sua perda “fora das regras de acesso normal à obtenção dessa mercadoria” – ou seja, fora do casamento, entendido como único ambiente no qual permitida qualquer expressão da sexualidade feminina – maculava, moral e socialmente, a mulher e a sua família. Nesse contexto histórico, não se apresentam estranhas a obrigação de dote e a possibilidade do “casamento-remédio” (art. 400.º, Parágrafo único⁹⁷) entre a vítima e o estuprador. Nas palavras da autora, pretendia-se, com a previsão do estupro como crime, o controle sobre a castidade feminina, por meio do “resguardo da pureza” das mulheres.

Retomando as observações de Antunes⁹⁸, a autora salienta que o projeto do Código de 1982 foi elaborado na década de 1960 e trazia alterações significativas em matéria de hábitos sexuais. Nessa época, a sociedade começou a perceber que o abuso sexual se tratava de um problema de interesse público. Em sua redação, esse Código revelou mudanças importantes, dentre as mais relevantes, a possibilidade de qualquer pessoa figurar como sujeito (ativo ou passivo) do crime de estupro, sem distinção de sexo, além de dispensar a exigência de prova de virgindade da vítima. No entanto, o bem jurídico protegido continuava a ser a moral social sexual. Como também assinala Leite⁹⁹, ao dizer que esses crimes foram integrados ao Capítulo I, dedicado aos *Crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*, do Título III do Código Penal, sobre “*Crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*”. Além disso, um novo tipo de crime foi previsto: o de *Atos homossexuais com Adolescentes*.

Posteriormente, ainda segundo Antunes¹⁰⁰, integraram o título dos “*Crimes contra as pessoas*”, especificamente enquanto “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, abandonando-se a tradicional e moralista tendência de proteção do bem jurídico da moralidade e dos costumes, pela previsão dos delitos sexuais, para que a liberdade e autodeterminação sexuais passassem a ser tuteladas.¹⁰¹

⁹⁷ “§ único. Em qualquer dos casos a que se refere êste artigo, e em todos os outros casos previslos nos artigos antecedentes, cessará lodo o procedimento ou toda a pena, quando o criminoso casar com a mullier ofendida.”

⁹⁸ ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores [Em linha]. **Julgar**. N.º 12 (2010), p. 153-161. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>.

⁹⁹ LEITE, Inês Ferreira – A tutela penal da liberdade sexual. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 21, n.º 1 (jan./mar. 2011), p. 29-94.

¹⁰⁰ ANTUNES, Maria João, *opere citato*.

¹⁰¹ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira – **Violência sexual presumida: sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do**

Com isso, as especificidades das crianças e dos menores, em geral, ganharam autonomia dentro do conceito de *vítima* desses crimes, expandindo-se, o direito penal, naquilo que se prestava à proteção da liberdade e da autodeterminação sexual, a opções político-criminais “neocriminalizadoras”, a exemplo da pornografia infantil. Além disso, expressões como *honesta*, *virgem* e *viúva*, historicamente referentes às mulheres, deixaram de constar na redação prevista pelo legislador, como também desapareceram conceitos como *fim desonesto*, *paixões lascivas*, *promessa séria de casamento*, *atentado ao pudor*, *sentimentos gerais de moralidade sexual*, *capacidade para avaliar o sentido moral da cópula* e, não menos marcante, *desencaminhar menor*.¹⁰²

Referida evolução teve, em 1995, seu momento de revisão mais significativo, quando a liberdade sexual foi assumida como bem jurídico tutelado, pela integração dos crimes sexuais no Título I, relativo aos “*Crimes contra as pessoas*”.

A reforma de 1995 limitou a execução do crime, condicionando a incriminação, somente, ao abuso da “inexperiência da vítima”; eliminando qualquer alusão ao casamento ou a suposto comportamento sexual “decente”. Diz Ribeiro¹⁰³ que há quem entenda que essa revisão foi impulsionada pela descoberta de inúmeros acontecimentos relacionados com crimes sexuais contra menores, o que levou a sociedade, escandalizada, a perceber que a modificação do CP se tornara imprescindível, especialmente no que se referia aos crimes sexuais, ocasião em que um novo tipo de crime foi previsto, qual seja o de abuso sexual de crianças, no qual estão tipificadas as condutas de coito oral e anal, ainda que somente este fosse equiparado ao vaginal. Implica reconhecer que referida revisão cindiu a moralidade social dos crimes sexuais.

Deixou-se de lado a punição estritamente por razões de ordem moral, e os crimes deixaram de se classificar como “contra a sociedade” ou “contra o Estado”, para se classificar como crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual do indivíduo, nesse conceito inserindo-se o bem jurídico tutelado. Além disso, resultou firmada a ideologia de que práticas

menor [Em linha]. Recife, 2002. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Federal de Pernambuco (polic.^a). Disponível em www:https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368. [Consult. 22 fev. 2022].

¹⁰² ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores [Em linha]. **Julgar**. N.º 12 (2010), p. 153-161. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>.

¹⁰³ RIBEIRO, Sandra – **O abuso sexual entre menores - uma abordagem entre o Direito e a Psicologia [Em linha]**. Porto, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito Geral, apresentada à Universidade Católica Portuguesa (polic.^a). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16229/1/ABUSO%20SEXUAL%20ENTRE%20MENORES.pdf>.

sexuais privadas por adultos que com elas consentam não devem ser tipificadas como crimes sexuais. Esses deixaram de ser designados *Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade* para se chamarem *Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual*, encontrados no título *Crimes contra as pessoas*.

Relata Carvalho¹⁰⁴ que, com a reforma de 1995 ao Código Português de 1982, um marco histórico estreia a liberdade e a autodeterminação sexual como bens jurídicos fundamentais.

Lopes também defende que a tutela penal, no específico contexto da liberdade e da autodeterminação sexual, como bem jurídico autônomo, é relativamente recente nos ordenamentos jurídico-penais do cenário europeu.¹⁰⁵

Atribui que casos como “*affaire Dutroux*”, na Bélgica; o processo “Casa Pia”, em Portugal; o desaparecimento de crianças que, futuramente, foram reconhecidas em catálogos de pornografia; a divulgação pela internet de *sites* e *chats*, com contatos para atos de natureza sexual; as agências de turismo onde se expõe e se negocia o prazer sexual, com a utilização de mulheres e crianças, entre outros, revelaram a existência de um submundo, relativamente desconhecido pela maioria dos cidadãos.¹⁰⁶

Ademais, a denúncia pública de casos de pedofilia envolvendo instituições religiosas, ao longo de muitos anos e espalhados por vários países, como também a divulgação de situações de violações ou abusos entre familiares, com grande violência e durante muito tempo, criaram uma sensação generalizada de perplexidade e revolta, que se espalhou por diversos países da Europa.

Para o autor, algumas dessas situações resultaram em uma espécie de “histeria legislativa”, motivada, em parte, pela caçada da mídia a “predadores sexuais”, com pesados reflexos no domínio da política criminal, exemplificando que, em alguns ordenamentos internos, a tutela repressiva permitiu a criação de “listas de pedófilos”, comitês de vigilância e até de comitês civis de saúde mental, com competência para determinar o internamento compulsivo de pessoas consideradas “predadores sexuais”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira – **Violência sexual presumida: sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor [Em linha]**. Recife, 2002. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Federal de Pernambuco (polic.). Disponível em [www.https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368](https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368). [Consult. 22 fev. 2022].

¹⁰⁵ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 31-35.

¹⁰⁶ *Ibidem*, loco citato.

¹⁰⁷ *Ibidem*, loco citato.

Na visão de Lopes¹⁰⁸, a mutação jurídico-penal desenfreada conflitava, por vezes, com a constatação de estudos publicados em países como os EUA e Espanha, aptos a demonstrar que a prática de crimes sexuais envolvendo desconhecidos, ou seja, pessoas alheias ao âmbito familiar ou escolar do menor, era muito baixa, entre 3% e 7%, o que induzia à conclusão de que familiares e “amigos” das crianças e adolescentes refletiam um maior potencial de ameaça.

Paradoxalmente, situações de agressões sexuais ocorridas entre adultos, sobretudo envolvendo casos com repercussão midiática, máxime entre figuras públicas relacionadas com a indústria cinematográfica, levantaram outra discussão sobre a fragilidade do sistema normativo vigente. Conta Lopes¹⁰⁹ que situações como a relevância do consentimento na prática de atos sexuais de relevo entre adultos assumiram uma dimensão estrutural, com repercussões em toda a regulação normativa nesse âmbito.

Assim, introduz sua análise da evolução legislativa portuguesa sobre a matéria, relembando que o sistema penal substantivo luso, desde 1995, sofreu sete alterações significativas no domínio da criminalidade sexual.

O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, alterou o regime penal vigente desde 1982, estruturando de forma moderna toda a criminalidade sexual, autonomizando a liberdade e a autodeterminação sexual, sem equívocos, como único bem jurídico a proteger. Acompanhando Carvalho, Lopes também considera este momento como de viragem significativa no entendimento da criminalidade sexual como uma criminalidade que apenas deve tutelar a liberdade e autodeterminação sexual.¹¹⁰

Por sua vez, em 1998, com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, entre outras alterações, adaptou-se o Código às políticas adotadas no âmbito da União Europeia no domínio da luta contra a pedofilia, criminalizando condutas não integradas no Código Penal, até então. Exemplifica que a Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, reforçou a criminalização de atos sexuais envolvendo menores, com maior atenção à utilização de crianças e adolescentes em material pornográfico, em circuitos videográficos, redes digitais, etc.¹¹¹

Em seguida, a reforma legislativa de 2007, operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, introduziu mudanças com alguma densidade em quase todos os tipos de crimes sexuais, mantendo-se, no entanto, o perfil definido em 1995.

¹⁰⁸ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015.

¹⁰⁹ *Ibidem*, loco citato.

¹¹⁰ *Ibidem*, loco citato.

¹¹¹ *Ibidem*, loco citato.

Já a reforma legislativa de 2015 decorre de duas leis publicadas em agosto, nomeadamente a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que alterou os crimes de violação, coação sexual e importunação sexual, e a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que alterou os crimes contra a autodeterminação sexual e criou o sistema de registro de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e liberdade sexual de menor.¹¹²

Em 2019, a Lei n.º 101/2019 modificou os crimes de coação sexual, violação e abuso sexual de pessoa internada, aditando novas circunstâncias agravantes, até que, em 2020, a Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, alterou a redação dos arts. 5.º, 11.º, 172.º, 176.º e 177.º, do Código Penal e aditou o crime de “Organização de viagens para fins de turismo sexual com menores” (art. 176.º-B, do Código Penal), para além de proceder modificações no DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, estabelecendo deveres de informação e de bloqueio de *sites* contendo pornografia de menores.¹¹³

Sobre a reforma de 2007, especificamente, Ribeiro¹¹⁴ ainda salienta que foi por intermédio dessa revisão que se eliminou o crime de *Atos Homossexuais com adolescentes*, pois feria o princípio da igualdade previsto no art. 13.º da CRP¹¹⁵, preferindo condenar, o legislador penal, o abuso de inexperiência da vítima com mais de 14 anos e menos de 16, independentemente, para os atos sexuais de relevo, serem praticados por homossexuais ou heterossexuais.

Na prática, a mudança se deu com a supressão, no âmbito do crime de lenocínio de menores, das modalidades de ação de “fomentar, favorecer ou facilitar a prática de *atos sexuais de relevo* por parte de menor entre 14 e 16 anos de idade”, e com a revogação do tipo legal de crime de “*Atos homossexuais com adolescentes*”, exigindo-se, consequentemente, “o *abuso da inexperiência da vítima* com mais de 14 anos e menos de 16 anos de idade,

¹¹² LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015.

¹¹³ *Ibidem*, loco citato.

¹¹⁴ RIBEIRO, Sandra – **O abuso sexual entre menores - uma abordagem entre o Direito e a Psicologia [Em linha]**. Porto, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito Geral, apresentada à Universidade Católica Portuguesa (políc.a). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16229/1/ABUSO%20SEXUAL%20ENTRE%20MENORES.pdf>.

¹¹⁵ “Artigo 13º

Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” (PORTUGAL – **Constituição da República Portuguesa [Em linha]**. Lisboa, 02 abr. 1976. [Consult. 20 maio 2017]. Disponível em WWW:<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>).

relativamente à prática quer de atos sexuais de relevo heterossexuais quer de atos sexuais de relevo homossexuais”, de acordo com a redação dos artigos 175.º e 173.º do CPP, dada pela Lei n.º 59/2007¹¹⁶, de 4 de setembro.

Antunes¹¹⁷ complementa que, como visto, o direito penal sexual evoluiu no sentido de deixar de ser “um direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’ ou dos ‘bons costumes’ – e onde por isso caberia a punibilidade de práticas sexuais que, à luz dos ‘sentimentos gerais de moralidade sexual’, devessem ser consideradas ‘desviadas’, ‘anormais’, viciosas’ ou ‘contra a natureza’: numa palavra ‘imorais’ (a homossexualidade e a prostituição incluídas) –, para se tornar num direito tutelar de um bem jurídico perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo contra as pessoas: o bem jurídico da *liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual*”. A evolução reflete, ainda, a proposição político-criminal de que “em caso algum constitui crime a atividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem”¹¹⁸.

Nos dizeres de Carvalho¹¹⁹, as novas definições abrangidas pelos crimes de violação e coação sexuais tornam incontroverso que a vítima, nesses tipos, pode ser do gênero masculino ou feminino, confirmando a concepção mais ampla e abrangente de que, a tipificação dos crimes sexuais protege, em última instância, a dignidade da pessoa humana.

Da retratada evolução legislativa, constata-se, claramente, as tendências atuais do direito penal em matéria de “crimes sexuais” contra menores e seu tratamento privilegiado pelo legislador português, mas a situação de mudança verifica-se também nos ordenamentos vizinhos.

Das pesquisas de Lopes¹²⁰ se extrai que, na Espanha, vigora, desde 1995, um novo Código Penal que modificou também o capítulo dos crimes sexuais, entendendo-os como crimes contra a liberdade sexual, prevendo punições inequívocas quanto ao abuso sexual de

¹¹⁶ PORTUGAL. Assembleia da República – Lei n.º 59/2007. **Diário da República**. N.º 170, Série I (04 set. 2007), p. 6181-6258 [Em linha]. [Consult. 23 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/59-2007-640142>.

¹¹⁷ ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores [Em linha]. **Julgar**. N.º 12 (2010), p. 153-161. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira – **Violência sexual presumida: sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor** [Em linha]. Recife, 2002. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Federal de Pernambuco (polic.ª). Disponível em WWW:<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368>. [Consult. 22 fev. 2022].

¹²⁰ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 31-35.

crianças. Em 2015, entrou em vigor nova reforma que, no campo da criminalidade sexual, introduziu modificações por meio da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, destacando-se a elevação da idade do consentimento sexual para os 16 anos. Recentemente, várias propostas de alteração legislativa foram apresentadas, para uma maior proteção das vítimas de crimes sexuais, buscando tanto a repressão do assédio sexual, como um agravamento de penas para crimes mais graves, como a violação.

Na mesma esteira, aponta que, na França, desde 1994, a *Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992* e a *Loi n° 92-1336 du 16 septembre 1992*, com várias alterações, tipificam os crimes sexuais em ordem a proteger a liberdade sexual e a integralidade das pessoas, sendo específica a criminalização das agressões sexuais a menores de quinze anos. Segundo Lopes, este regime passou por várias alterações, acompanhando as mudanças sociológicas que envolvem as questões sexuais e, sobretudo, a dimensão de uma mais ampla tutela da liberdade sexual.

Na Itália, em 1996, com a *Legge 15 febbraio 1996 n. 66*, e em 1998, com a *Legge 3 agosto 1998 n. 269*, alterou-se o regime penal dos crimes sexuais, assumindo igualmente a liberdade sexual (e não a moral) como bem jurídico essencialmente protegido, dando-se especial relevância à repressão da pornografia infantil e ao turismo sexual.

A transversalidade desse tipo de criminalidade e dos fenômenos sociais que lhe servem de base tem levado a UE a, continuamente, refletir sobre os problemas dos crimes sexuais e conexos, impondo a introdução de normas que vinculam os Estados membros nessa matéria.

2.2 Legislação brasileira

Seguindo a evolução político-social, o legislador penal brasileiro a refletiu, no art. 217.º-A do CP, que, em sua nova redação, passou a tutelar a dignidade sexual do vulnerável. Segundo Cunha¹²¹, antes da Lei n.º 12.015/2009, “o ato sexual com pessoa vulnerável configurava, a depender do caso, estupro (art. 213) ou atentado violento ao pudor (art. 214)”. A problemática social decorria de o legislador ter previsto, para o último, pena muito aquém que a do estupro, ainda que, em muitas das vezes, a conduta causasse dores físicas e psicológicas às vítimas, na mesma proporção, independentemente de ser praticado sem violência física ou moral.

¹²¹ CUNHA, Rogério Sanches – **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 448.

Ainda assim, os crimes sexuais contra crianças e adolescentes só foram referenciados no final do século XIX, pelo que se pode extrair da leitura dos artigos 266.º e 267.º do Código Penal de 1890¹²², que previam, respectivamente, a punição de dois a quatro anos para quem deflorasse “mulher virgem” de menor idade, empregando “sedução”, “engano” ou “fraude”; e para o agente que corrompesse pessoa menor de idade, de um ou de outro sexo, praticando com ela ou contra ela atos de libidinagem. Por meio dos dispositivos, o legislador buscou a proteção de menores de ambos os sexos, mas críticos da matéria ressaltam que a tutela, à época, não se estendia a crianças e adolescentes negros e indígenas.¹²³

Além disso, a antiquada subjetividade adotada pela tutela penal para configuração dos tipos reprováveis, ilustrada em expressões como *sedução*, *mulher virgem*, *fraude* ou *engano*, só foi corrigida com o tempo.

O Decreto n.º 17.943-A, de 1927, denominado Código de Menores, foi referenciado por autores como Castro e Silva¹²⁴ como um marco na legislação menorista brasileira, por inovar no tratamento dado a crianças e adolescentes, reconhecendo-os como “objeto” dotado de direitos, o que permitia transportar a assistência à infância de uma esfera punitiva, para uma esfera assistencialista-protetiva.

Mas foi por meio da transição da figura da mulher, de uma posição de subordinação para uma de igualdade em relação ao homem, especialmente por sua inserção no mercado de trabalho como contexto de independência e autonomia financeiras, que se sentiu a necessidade de tornar mais rigorosa sua proteção legal, por meio da tutela penal da liberdade sexual. Como aponta Santos¹²⁵, apesar de o discurso da igualdade de gêneros permitir discussões de eficácia que extrapolam os limites do presente estudo, a busca social pelo

¹²² “Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:
Pena – de prisão cellular por um a seis annos.

Paragrapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem. Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando seduccao, engano ou fraude: Pena – de prisão cellular por um a quatro annos” (BRASIL – Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal [Em linha]. **Coleção de leis anuais do Brasil**, 13 dez. 1890 [Consult 20 out. 2020]. Disponível em WWW:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm).

¹²³ CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da – Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. Vol. 7, n.º 2, p. 87-136, 2016.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ SANTOS, Italo Barros – O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal. **Âmbito Jurídico**. Vol. XVI, n.º 108 (jan. 2013), p. 1 [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-e-a-sua-evolucao-no-sistema-juridico-penal/>.

princípio resultou em maior abrangência da legislação, reduzindo-se expressões subjetivas e empregando-se punições mais severas, refletidas no Código Penal de 1940.

Contextualizando essa lógica, o delito de estupro, no Código Penal de 1940, era previsto no Título VI, “dos crimes contra os costumes”, com redação dada pelo art. 213.º: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Mas o dispositivo em comento ainda carregava subjetividade de gênero ao restringir as figuras do sujeito ativo e passivo do delito, por considerar que a conjunção carnal seria, sempre, praticada pelo homem em prejuízo da mulher, limitando-se esta à condição de sujeito receptivo da conduta, ou seja, à posição de vítima.

Santos¹²⁶ avaliava que, pela então configuração do tipo, o autor material do crime seria homem, inevitavelmente, e a presença de uma figura feminina no evento se daria, no máximo, a título de coautoria ou como partícipe. Importa dizer, com isso, que o tipo penal exigia a presença masculina para satisfação do elemento objetivo “conjunção carnal”. Para o autor, “Conforme se observa, esta previsão anterior gerava diversos debates em torno da figura da mulher e dos aspectos subjetivos do delito. Desde então, consolidou-se na doutrina e jurisprudência que seria ela sujeito passivo do crime, independentemente de sua idade, virgindade ou anterior dedicação à prostituição, sendo bastante que pertencesse ao sexo feminino”.

Seguindo na análise do Código Penal anterior, o artigo 214, ao se referir ao crime de atentado violento ao pudor, ostentava a seguinte redação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Para Oliveira¹²⁷, resultava concluir, de uma interpretação do dispositivo, que o crime de estupro era tratado de forma “fragmentada e acentuadamente limitada” nos artigos referenciados, causando um vácuo de regulamentação para as variações dos crimes.

Retornando à construção dos mecanismos de proteção das crianças e dos adolescentes, a evolução histórico-social levou o país a editar um novo instrumento legal, a Lei n.º

¹²⁶ SANTOS, Italo Barros – O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal. **Âmbito Jurídico**. Vol. XVI, n.º 108 (jan. 2013), p. 1 [Em linha]. [Consult. 17 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-e-a-sua-evolucao-no-sistema-juridico-penal/>.

¹²⁷ OLIVEIRA, Marina C. Rios Silveira de – O crime de estupro: evolução histórica e distinção em relação à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. **BIC**. Vol. 4, n.º 1 (2017), p. 27-37.

6.669/79, o novo Código de Menores. De acordo com Castro e Silva¹²⁸, o então novo Código tinha uma visão ampla, abarcava problemas de todas as ordens, entre elas, pedagógica, educacional e de formação profissional, objetivando disciplinar que a Administração empregasse suas funções em torno de uma estrutura burocrática que permitisse acompanhar o desenvolvimento dos recuperandos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os dispositivos legais de proteção ao menor foram sustentados no texto da norma fundamental. Conhecida, no Brasil, como constituição-cidadã, trouxe diversos direitos em seu bojo e assegurou, às crianças e aos adolescentes brasileiros, direitos essenciais que, até então, não lhes eram dispensados. Em especial, o art. 227.º e seu respectivo § 4.º destacam: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Após um ano de promulgação da Carta que inaugurou o resguardo constitucional da dignidade da criança e do adolescente, alçando-a ao mais alto nível legislativo, mais precisamente em 20 de novembro de 1989, ocorreu a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, sediada no Brasil, recepcionada pelo ordenamento interno com o Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Castro e Silva¹²⁹ afirmam que o evento pode ser considerado “o primeiro instrumento jurídico internacional no que concerne os direitos humanos da criança”, estabelecendo metas em relação à saúde, educação e assistência jurídica e social.

Nesse viés, os artigos 16 e 19 da Convenção¹³⁰, na forma de Decreto, merecem destaque pela clara referência à dignidade sexual:

Artigo 16

¹²⁸ CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da – Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. Vol. 7, n.º 2, p. 87-136, 2016.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ O artigo 34 da Convenção estabelece a responsabilidade do Estado na proteção da criança.

“Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.”

1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

[...]

Artigo 19

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Depois disso, não tardou para que o legislador brasileiro editasse lei específica para tratar dos direitos das crianças e dos adolescentes. Nesse cenário, foi publicada a Lei n.º 8.069/90¹³¹, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), importante diploma legislativo que revogou o Código de Menores de 1979 e reconheceu seus destinatários como verdadeiros sujeitos de direitos, com necessidades específicas que mereciam a proteção integral do Estado e das famílias.

Na esfera criminal, Castro e Silva¹³² apontam que o CPB reproduziu a relevância que a proteção do menor assume na atualidade, chamando “*Dos crimes contra a dignidade sexual*” o Título VI da Parte Especial, com Capítulo II que se dedica, especificamente, aos crimes contra a dignidade sexual do vulnerável.

Como vaticina Nucci¹³³, “A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988¹³⁴. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos”.

É necessário dizer que até a reforma de 2009, um passado recente, o Título VI do Código Penal se valia do termo *Crimes Contra os Costumes*, expressão obsoleta e ultrapassada, que, nem de longe, traduzia os bens protegidos pelos tipos penais. Desse modo,

¹³¹ BRASIL – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências [Em linha]. **Diário Oficial da União**. (16 jul. 1990). [Consult 06 abr. 2013]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm.

¹³² CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da – Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. Vol. 7, n.º 2, p. 87-136, 2016.

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza – **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24.

¹³⁴ BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988 [Em linha]. Brasília, 05 out. 1988. [Consult. 26 mar. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

acertou ao empregar o termo *crimes contra a dignidade sexual*, com redação dada pela Lei n.º 12.015/2009, em título próprio, em consonância com as alterações sentidas pela sociedade.

Referida lei trouxe outras inovações e teve dispositivos alterados ou revogados, mas ponto fulcral de interesse do presente estudo diz respeito à reunião dos artigos 213.º e 214.º do Código Penal em um único dispositivo, o 213.º, em cuja redação atual tipifica-se: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Da análise detida do dispositivo, pode-se constatar que a conduta “constranger mulher”, que limitava as possíveis vítimas deste crime, foi substituída por “constranger alguém”, o que fez cessar a restrição de sujeitos presente no antigo texto. Implica dizer, agora, que homem e mulher podem se tornar sujeito ativo e passivo na prática do crime. Mais ainda, a revogação do artigo 214.º, com ampliação do conteúdo do artigo 213.º, ampliou, também, o conceito do *estupro*; agora esse crime se configura tanto pela conjunção carnal como pela prática de qualquer ato libidinoso.

3 A DIFERENCIAÇÃO NO TRATAMENTO DOS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL CONTRA OS ADOLESCENTES EM PORTUGAL E NO BRASIL

Partindo da conjectura de Soares¹³⁵, se “todas as pessoas, homem ou mulher, possuem liberdade sexual, sendo esta a possibilidade de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, faz-se necessário proteger e tutelar a dignidade sexual do ser humano, para que assim essa liberdade possa ser exercida”. Daí decorre a assimilação de que o bem jurídico tutelado pelo legislador, ao prever o estupro como delito, é a própria dignidade e liberdade sexual, considerando que homem e mulher ostentam, igualmente, direito de inviolabilidade carnal.

Oliveira¹³⁶ disciplina que são encontrados distintos elementos normativos caracterizadores de crimes contra a dignidade sexual; em Portugal, ainda que adultos e crianças possam ser vítimas de crimes contra a liberdade sexual, sobre os crimes contra a autodeterminação sexual, somente os menores de idade podem ser assim entendidos.

É lucido trazer à baila os ensinamentos de Pacheco¹³⁷, ao abordar a organização escolhida pelo legislador, para o Código Penal Português: “não significa que o bem jurídico tutelado na primeira secção seja a liberdade sexual e, na segunda secção, a autodeterminação sexual”; essa separação é distinta e exclusiva uma da outra. Na verdade, a Secção I tutela a liberdade/autodeterminação sexual de todos, sem distinção de idade, enquanto a Secção II estende a mesma proteção a casos que não seriam crimes se praticados entre adultos, ou o seriam, em um contexto menos abrangente, ou, ainda, assumiriam menor gravidade, entendendo-os como ilícito, especificamente por a vítima ser menor de certa idade.

Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual são dispostos no Capítulo V, Secção I, do CPP, como se segue: coação sexual (art. 163.º); violação (art. 164.º); abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º); abuso sexual de pessoa internada (art. 166.º); fraude sexual (art. 167.º); procriação artificial não consentida (art. 168.º); lenocínio (art. 169.º); importunação sexual (art. 170.º). A natureza desses crimes é semipública, os procedimentos criminais dependem de queixa quando as vítimas são maiores de 16 anos, exceto se deles resultar suicídio ou morte do agredido.

¹³⁵ SOARES, Daniela Bastos – Análise jurídica do crime de Estupro [Em linha]. **Conteúdo Jurídico**. (mar. 2015). [Consult. 21 mar. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52686&seo=1>.

¹³⁶ OLIVEIRA, Marina C. Rios Silveira de – O crime de estupro: evolução histórica e distinção em relação à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. **BIC**. Vol. 4, n.º 1 (2017), p. 27-37.

¹³⁷ PACHECO, Beatriz – **O abuso sexual e as adolescentes: Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal**. Porto: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2013.

A Secção II, do mesmo Capítulo V, dispõe, especificamente, sobre os crimes contra a autodeterminação sexual, quais sejam: abuso sexual de crianças (art. 171.º); abuso sexual de menores dependentes (art. 172.º); atos sexuais com adolescentes (art. 173.º); recurso à prostituição de menores (art. 174.º); lenocínio de menores (art. 175.º); pornografia de menores (art. 176.º); aliciamento de menores para fins sexuais (art. 176.º-A); organização de viagens para fins de turismo sexual com menores (art. 176.º-B).

Carvalho¹³⁸ ensina que o novo Código Português conferiu especial proteção aos delitos sexuais com vítimas menores de idade, voltando-se a sua especial vulnerabilidade, além de estabelecer agravante geral em relação ao mínimo e máximo de pena cominada para os delitos da violação e da coação sexual, que eram inferiores àquelas dos crimes contra o patrimônio e, desse modo, alvo de ferrenhas críticas. Assim, elevou em um terço as sanções nos casos de os crimes sexuais serem praticados contra menores de 14 anos, determinando a participação de vítima com idade menor que esta como agravante.

Sobre os crimes sexuais praticados com consentimento ou, pelo menos, sem resistência dos menores e incapazes, Carvalho¹³⁹ leciona que o novo Código Português faz referência ao crime de abuso sexual (arts. 171.º e 172.º), diferenciando-os, destarte, daqueles onde existe emprego de meios coativos contra a vítima.

O abuso sexual de menores encontra-se inserido na Secção II, denominada de crimes contra a autodeterminação sexual. Reforça Carvalho¹⁴⁰ que é de se observar, entretanto, que, em relação aos menores de idade, valem, subsidiariamente, os crimes definidos na Secção I, intitulados crimes contra a liberdade sexual, desde que não afastados pela especialização traduzida na Secção II.

No Brasil, os crimes contra a dignidade sexual estão dispostos no Título VI do CPB, intitulado *Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual*. Este está dividido em capítulos, quais sejam: Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual; Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável; Capítulo III – teve seus artigos revogados pela Lei 11.106/2005; Capítulo IV – Disposições gerais; Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor; Capítulo VII – Disposições gerais.

¹³⁸ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira – **Violência sexual presumida: sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor [Em linha]**. Recife, 2002. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Federal de Pernambuco (polic.ª). Disponível em WWW:<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368>. [Consult. 22 fev. 2022].

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

Dos capítulos do CP listados, nem todos os crimes tipificados nos artigos neles contidos têm como sujeitos passivos crianças ou adolescentes. Para além deles, destacam-se também, no sistema legal brasileiro, os crimes elencados no ECA.

Em suma, as condutas previstas no ordenamento jurídico brasileiro relacionadas a crimes sexuais contra crianças e adolescentes são as seguintes: Estupro (art. 213.º do CPB); Assédio sexual (216.º-A do CPB); Estupro de vulnerável (217.º-A do CPB); Corrupção de menores (art. 218.º do CPB); Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218.º-B do CPB); Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218.º-C do CPB); Mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227.º do CPB); Rufianismo (art. 230.º do CPB, e artigos 240.º, 241.º-B, 241.º-C, 241.º-D e 244.º-A da Lei n.º 8.069/1990¹⁴¹, o ECA).

Percebe-se que o abuso sexual de menores é gênero que inclui diversas espécies de tipos, verbos e núcleos, e as condutas dos agentes ensejarão a configuração de diversos crimes sexuais, neles incluídos: “estupro ou violação, pornografia, exposição de menor a atos sexuais de outros, prostituição, exploração sexual de menores, etc.”¹⁴²

Adiante, segue-se com a caracterização da natureza da ação penal nos regimentos penais de Portugal e Brasil para, posteriormente, debruçar-se sobre os principais pontos dos crimes que envolvem adolescentes no polo passivo tipificados nas legislações dos dois países.

3.1 A natureza da ação penal dos crimes

No Brasil, após a reforma do Código penal, com o advento da Lei n.º 13.718/2018, a ação penal para crimes contra a liberdade sexual e sexuais contra vulnerável passou a ter natureza de ação pública incondicionada.

Vale lembrar que até 2009 o Código Penal previa que a ação penal para crimes sexuais seria de iniciativa privada, devendo ser promovida pela vítima, mediante queixa

¹⁴¹ BRASIL – Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**. (25 set. 2018). [Consult 06 abr. 2013]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm.

¹⁴² ESTES, Richard J. – **The sexual exploitation of children: A Working Guide to the Empirical Literature [Em linha]**. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania. Aug. 2001. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:https://web.archive.org/web/20091122123053/http://www.sp2.upenn.edu/~restes/CSEC_Files/CSEC_Bib_August_2001.pdf.

Como elencam Weiblen e Mezzomo¹⁴³, “as exceções expressas no dispositivo brasileiro eram: a) vítima ou responsáveis sem condições de custear as despesas do processo, caso em que tinha natureza pública condicionada à representação da vítima; b) crime cometido mediante abuso do poder familiar, tutela ou curatela (então art. 225, § 1º, do CP), hipótese em que o crime era perseguido mediante ação penal pública incondicionada (§ 2º)”.

Acrescente-se que, além das exceções expostas, também seria pública incondicionada a ação penal, no caso de crime sexual com lesão grave ou morte como resultado, por se tratar de delito complexo (art. 101 do CP).¹⁴⁴

Em seguida, a Lei n.º 12.015/2009 alterou a regra, e a ação penal passou a ser pública, mas condicionada à representação da vítima, salvo se ela se tratasse de menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, hipótese na qual a ação penal seria pública incondicionada (art. 225.º, parágrafo único do CP, reformado pela redação dada pelo supracitado diploma legal).

Por fim, a Lei n.º 13.718/2018¹⁴⁵ estabeleceu que qualquer crime contra a liberdade sexual seria perseguido por ação penal pública incondicionada (art. 225.º do CP, na atual redação).

Seguindo a comparação legislativa entre Brasil e Portugal, no direito penal português, a natureza da ação penal em relação aos crimes sexuais também experimentou evolução, tal qual a brasileira.¹⁴⁶

Originalmente, o CP português previa que o processo penal contra crimes sexuais se deflagrava com a queixa da vítima (semelhante à representação no Brasil), a não ser que o delito resultasse em suicídio ou morte desta (art. 178.º do CP). Quando a vítima contasse com menos de 12 anos, o Ministério Público poderia iniciar o procedimento, por especiais razões de interesse público. Ou seja, a regra previa a natureza semipública da persecução de tais crimes (assemelhada à ação penal pública condicionada à representação da vítima no Brasil).

Weiblen e Mezzomo¹⁴⁷ elucidam que, com a Lei n.º 65/98, foi mantida a necessidade de queixa e as exceções trazidas com os resultados suicídio ou morte. Contudo, a faixa etária

¹⁴³ WEIBLEN, Fabrício Pinto; MEZZOMO, Maria Luiza – Proteção e autonomia da mulher na Lei 13.718/2018: uma análise comparada entre Brasil e Portugal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Vol. 1, n.º 13 (jan./jul. 2021), p. 223-243.

¹⁴⁴ Súmula 608 do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Súmula n.º 608 [Em linha]**. Órgão Julgador: Sessão Plenária. Publicação: DJ, 29 out. 1984. [Consult 22 out. 2021] Disponível em WWW:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula608/false>).

¹⁴⁵ *Idem* – Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**. (25 set. 2018). [Consult 06 abr. 2013]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm.

¹⁴⁶ WEIBLEN, Fabrício Pinto; MEZZOMO, Maria Luiza, *opere citato*.

da vítima, para que o MP pudesse iniciar o procedimento, passou a ser de 16 anos, e não era mais necessária a verificação de interesse público, somente do interesse do atingido. Salienta Antunes¹⁴⁸ que já existia interpretação para que o “interesse público” da redação anterior fosse entendido como “interesse da vítima”, e para que o Ministério Público promovesse a ação, quando a proteção do menor assim exigisse, ou quando o procedimento não fosse prejudicial à própria vítima.

A Lei n.º 99/2001, por sua vez, acrescentou outra exceção à necessidade de “queixa”: quando a vítima fosse menor de 14 anos e o agente fosse aquele com legitimidade para representá-la na denúncia, em razão de poder familiar, tutela ou curatela. Lopes e Milheiro¹⁴⁹ comentam que o legislador priorizou o interesse da pessoa vitimada em detrimento da intimidade da vida privada e familiar nessas hipóteses, visto que aquela acabaria incapacitada de requerer o procedimento, visto seu representante legal ser o próprio autor do delito.

Com o passar do tempo, a Lei n.º 59/2007¹⁵⁰ aumentou as hipóteses de exceção para que o crime praticado contra menores, em geral, fosse abarcada pela desnecessidade de queixa; designando pública a natureza da ação dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação daqueles. Do ponto de vista dogmático e do prático, trata-se da mais importante modificação sobre crimes contra menores, diante das repercussões na investigação criminal.¹⁵¹

Por derradeiro, a Lei n.º 83/2015 deu a redação atual do art. 178º do CPP, mantendo, para os crimes sexuais, a necessidade de “queixa”, com as exceções antes mencionadas. Entretanto, o Ministério Público poderá dar início ao procedimento penal, sempre que o interesse da vítima recomendar, no prazo de seis meses do conhecimento do fato e dos seus autores, quando se tratar de crime sexual mais grave, como o de coação sexual (art. 163.º) e violação (art. 164.º).

¹⁴⁷ WEIBLEN, Fabrício Pinto; MEZZOMO, Maria Luiza – Proteção e autonomia da mulher na Lei 13.718/2018: uma análise comparada entre Brasil e Portugal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Vol. 1, n.º 13 (jan./jul. 2021), p. 223-243.

¹⁴⁸ ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores [Em linha]. **Julgar**. N.º 12 (2010), p. 153-161. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>.

¹⁴⁹ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015.

¹⁵⁰ PORTUGAL. Assembleia da República – Lei n.º 59/2007. **Diário da República**. N.º 170, Série I (04 set. 2007), p. 6181-6258 [Em linha]. [Consult. 23 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/59-2007-640142>.

¹⁵¹ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, *opere citato*.

Destaca Pacheco¹⁵² que o único crime sexual contra menores que não tem natureza pública é o de atos sexuais com adolescentes, salvo se dele resultar suicídio ou morte da vítima – art. 178.º, n. 2. Mas reforça a natureza semipública da ação, visto que o MP pode dar início ao procedimento criminal, nos termos do art. 113.º, n. 5, ‘a’).

Nesse viés, os crimes de ação penal de natureza pública remanescessem, ou seja, tais procedimentos criminais não dependem de queixa, com exceção do crime previsto no art. 173.º, dos “atos sexuais com adolescentes”.

Assim, é forçoso reiterar, mesmo após inúmeras reformas, que a ação penal nos crimes sexuais manteve sua natureza semipública, como regra.

3.2 Dos crimes cometidos em Portugal

Ana Sofia Almeida Costa¹⁵³ menciona a importância da subdivisão do Capítulo V do CPP, indicando que tal divisão é “necessária e lógica”, uma vez que crimes contra a liberdade sexual punem ações que atentam contra o direito subjetivo do indivíduo de decidir, livremente, sua vida e práticas sexuais, enquanto os crimes contra a autodeterminação sexual recaem contra condutas que afetam um grupo de vítimas, entendidas, pelo legislador, como sem condições de se autodeterminarem sexualmente, tendo em vista sua idade. Nesses casos, ainda que ausente qualquer violência, coação ou fraude, existe prejuízo ao desenvolvimento da sua maturidade e vida sexuais.

Assim, na secção I, os crimes podem ser cometidos tanto contra adultos como contra crianças e adolescentes, enquanto a secção II se dedica, exclusivamente, aos crimes cometidos contra menores.

Ribeiro¹⁵⁴ explica que a criminalização se estende a práticas que não seriam tratadas como crimes ou teriam menor gravidade se ocorressem entre adultos. Razão disso porque a criança ainda não tem capacidade para formar sua vontade ou compreender seu

¹⁵² PACHECO, Beatriz – **O abuso sexual e as adolescentes: Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal**. Porto: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2013.

¹⁵³ COSTA, Ana Sofia Almeida – **Os crimes contra a autodeterminação sexual na justiça penal portuguesa** [Em linha]. Porto, 2012. Projeto de Graduação apresentado à Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para a obtenção do Grau de Licenciada em Criminologia. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3364/3/T_21898.pdf.

¹⁵⁴ RIBEIRO, Sandra – **O abuso sexual entre menores - uma abordagem entre o Direito e a Psicologia** [Em linha]. Porto, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito Geral, apresentada à Universidade Católica Portuguesa (polic.ª). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16229/1/ABUSO%20SEXUAL%20ENTRE%20MENORES.pdf>.

comportamento livremente. A ideia é reforçar a tutela das pessoas particularmente vulneráveis.

Pacheco¹⁵⁵ conclui que, no crime de atos sexuais com adolescentes, o bem jurídico em causa é mais complexo, dado que, além da liberdade de autodeterminação, direitos fundamentais como dignidade, segurança, saúde, livre desenvolvimento da personalidade, integridade física e psíquica, especialmente na esfera sexual, também são protegidos (arts. 1.^{o156}, 27.^{o157}, 64.^{o158}, 26.^{o159} e 25.^{o160}, todos da CRP).

Sublinhe-se que o CPP traz as causas de agravamento de pena dos crimes anteriormente citados, no art. 177º:

Agravação¹⁶¹

1 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima:

- a) For ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou
- b) 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.
- c) For pessoa particularmente vulnerável, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez.

2 - As agravações previstas no número anterior não são aplicáveis nos casos da alínea c) do n.º 2 do artigo 169.º e da alínea c) do n.º 2 do artigo 175.º

3 - As penas previstas nos artigos 163.º a 167.º e 171.º a 174.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o agente for portador de doença sexualmente transmissível.

4 - As penas previstas nos artigos 163.º a 168.º e 171.º a 175.º, nos n.os 1 e 2 do artigo 176.º e no artigo 176.º-A são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se o crime for cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas.

5 - As penas previstas nos artigos 163.º a 168.º e 171.º a 174.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima.

6 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, quando os crimes forem praticados na presença ou contra vítima menor de 16 anos;

7 - As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º, 168.º e 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos.

¹⁵⁵ PACHECO, Beatriz – **O abuso sexual e as adolescentes: Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal**. Porto: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2013.

¹⁵⁶ “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

¹⁵⁷ “1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.”

¹⁵⁸ “1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.”

¹⁵⁹ “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

¹⁶⁰ “1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.”

¹⁶¹ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

8- Se no mesmo comportamento concorrerem mais do que uma das circunstâncias referidas nos números anteriores só é considerada para efeito de determinação da pena aplicável a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou outras valoradas na medida da pena.

Como o presente estudo se dedica à análise dos crimes sexuais em um contexto em que se envolvam menores de idade, apesar de todos os dispositivos do Código Penal Português sobre a matéria serem revisitados, os da Seção II, especificamente voltados à tutela e proteção de liberdade e autodeterminação sexual das crianças e adolescentes, serão analisados sob uma abordagem doutrinariamente mais minuciosa.

3.2.1 Coação sexual (art. 163.º, CPP)

Coação sexual¹⁶² “1 - Quem, sozinho ou acompanhado por outrem, constranger outra pessoa a praticar ato sexual de relevo é punido com pena de prisão até cinco anos. 2 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática de ato sexual de relevo contra a vontade cognoscível da vítima.

Consoante supradestacado, o artigo 163.º trata da coação sexual, que se caracteriza pela prática do ato sexual de relevo, que será discutido com mais profundidade a seguir, pela própria relevância do tipo penal.

Consuma-se por meio de constrangimento, em conjunto ou não, com utilização de violência contra a vítima, ameaça grave ou colocar a pessoa inconsciente ou impossibilitada de oferecer resistência ao ato.

No crime de coação sexual, o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da pessoa. É crime doloso; de conduta comissiva; comum, podendo ser praticado contra qualquer pessoa; unissubjetivo, apesar de admitir o concurso de pessoas, como mostrado no n.º 1; e plurissubsistente, como atesta o n.º 2; material; de forma livre; e instantâneo. Admite tentativa.

¹⁶² PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

3.2.2 Violação (art. 164º, CPP)

Violação¹⁶³: “1 - Quem constranger outra pessoa a: a) Praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral; ou b) Praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de um a seis anos. 2 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.”

No que pertine ao crime de violação sexual, o legislador português trouxe o que denominou de ato sexual de relevo qualificado (n.º 1, letras *a* e *b*). É o que se designava outrora de estupro.

É praticado por meio de constrangimento da vítima, com emprego ou não de violência, ameaça grave, ou com o vitimado inconsciente, ou impossibilitado de resistir (com uso de drogas ou restrições físicas, por exemplo), sendo doloso. É crime comum.

O crime de coação sexual pode ser intitulado como crime base, sendo o crime de violação uma coação especial ou mais grave. São crimes que constituem o núcleo da proteção da liberdade sexual.

Atesta Naia¹⁶⁴ que existe entre ambos um “concurso aparente entre os crimes de coação e violação” e que se distinguem pelo tipo de atos praticados. Enquanto, no art. 163.º, o constrangimento é dirigido à prática de ato sexual de relevo, no art. 164.º, é dirigido à prática de cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos. Sendo considerado um crime mais grave, a pena cominada aumenta.

Classifica-se como crime doloso, comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente. Ou seja, como o crime de coação, é

¹⁶³ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁶⁴ NAIA, Luísa Renata Ramos – **Dissentimento ou consentimento constrangido de adolescentes: Conjugação dos arts. 163º, nº 2 e 164º, nº 2 com os arts. 172º e 173º do Código Penal** [Em linha]. Porto, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado à Universidade Católica Portuguesa. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://hdl.handle.net/10400.14/26455>.

doutrinariamente semelhante ao crime de estupro de vulnerável arrolado na legislação brasileira.

3.2.3 Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º, CPP)

Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência¹⁶⁵: “1 – Quem praticar ato sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de 6 meses a 8 anos. 2 – Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de dois a dez anos.”

O delito acima destacado tem-se por consumado quando ocorre ato sexual de relevo ou o denominado ato sexual de relevo qualificado contra pessoa em situação de inconsciência ou incapaz por outro motivo (a título de exemplo, por incapacidade física ou psíquica), aproveitando-se desse estado em que o sujeito é incapaz de oferecer resistência.

Tem a seguinte classificação: crime comum, material, doloso, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente.

3.2.4 Abuso sexual de pessoa internada (art. 166.º, CPP)

Abuso sexual de pessoa internada¹⁶⁶: “1 - Quem, aproveitando-se das funções ou do lugar que, a qualquer título, exerce ou detém em: a) Estabelecimento onde se executem reações criminais privativas da liberdade; b) Hospital, hospício, asilo, clínica de convalescença ou de saúde, ou outro estabelecimento destinado a assistência ou tratamento; ou c) Estabelecimento de ensino, centro educativo ou casa de acolhimento residencial; praticar ato sexual de relevo com pessoa que aí se encontre internada e que de qualquer modo lhe esteja confiada ou se encontre ao seu cuidado é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos. 2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos”.

Neste crime ocorre ato sexual de relevo ou sua forma qualificada. Diferencia-se dos crimes citados anteriormente por haver a necessidade do tipo, da consumação dos atos sexuais

¹⁶⁵ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

cometidos pelos sujeitos ativos descritos, nas condições de lugar delineada (hospitais, hospícios, asilos, estabelecimento de ensino, prisões), havendo essa condição de garante/hierarquia.

Pois bem, da análise detida dos tipos, extrai-se que se trata-se de crime próprio, já que o sujeito ativo tem a posição de garante, como descrito. Ademais, também se configura como material; doloso; de forma livre; comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente.

3.2.5 Fraude sexual (art. 167.º, CPP)

Fraude sexual¹⁶⁷: “1 – Quem, aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar com outra pessoa ato sexual de relevo é punido com pena de prisão até 1 ano. 2 – Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão até dois anos”.

Crime no qual se realiza ato sexual de relevo ou ainda sua modalidade qualificada. É conduta dolosa e classificado como crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente.

O sujeito ativo se tira proveito de maneira fraudulenta de erro sobre sua identidade (exemplo: erro sobre o sexo, fazer-se passar por alguma celebridade) para a consumação do delito.

Na legislação brasileira, a fraude sexual cometida contra menor de 14 anos caracteriza estupro de vulnerável.

3.2.6 Procriação artificial não consentida (art. 168.º, CPP)

Procriação artificial não consentida¹⁶⁸: “Quem praticar ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

Ocorre quando o sujeito ativo age com o objetivo de engravidar artificialmente pessoa do sexo feminino sem o consentimento da vítima.

O elemento subjetivo exigido é o dolo; em outras palavras, é a intenção, vontade livre e consciente de querer realizar a procriação medicamente assistida sem o consentimento da

¹⁶⁷ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

mulher. Caso o agente desconheça a concordância da vítima, a punição será a título de tentativa.¹⁶⁹

Além disso, trata-se de crime próprio, pois o sujeito ativo somente pode ser aquele que detenha os meios para manipulação e inoculação de sêmen ou embrião fecundado na mulher.

Gomes da Costa¹⁷⁰ afirma que o bem jurídico em causa é a liberdade, pessoal da mulher, de ser mãe, e não a sua liberdade sexual. É um crime de dano e de mera atividade¹⁷¹. É importante destacar que é irrelevante o tipo de técnica realizada para atingir a finalidade do tipo.

Percebe-se, portanto, que o tipo penal está adstrito ao consentimento da mulher, sendo esse o principal elemento a ser analisado.

Na legislação brasileira não há tipo penal correspondente.

3.2.7 Importunação sexual (art. 170.º, CPP)

Importunação sexual¹⁷²: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

Trata-se da prática de atos de carácter exibicionista, formular propostas com conteúdo sexual ou constranger a vítima a contato de natureza sexual. Segundo Albuquerque¹⁷³, a disposição legal do artigo prevê dois crimes distintos: o crime de ato de carácter exibicionista e o crime de contato de natureza sexual.

¹⁶⁹ LIMA, Daniel; MUNIZ NETO, José – Procriação artificial não consentida [Em linha]. **JusBrasil**. 2018. [Consult 22 nov. 2021]. Disponível em WWW:<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/591328329/procriacao-artificial-nao-consentida>.

¹⁷⁰ COSTA, Rosana Filipa Gomes da – **A Intervenção do Direito Penal na Procriação Medicamente Assistida** [Em linha]. Minho, 2017. Tese de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões, apresentada à Universidade do Minho (polic.ª). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/51959/1/Rosana%20Filipa%20Gomes%20da%20Costa.pdf>.

¹⁷¹ Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual são normalmente crimes de dano, no que diz respeito à lesão do bem jurídico, e crimes de mera atividade no que diz respeito ao objeto da ação. Trata-se de um crime de mera atividade porque a consumação do crime se verifica apenas pela mera execução e um comportamento humano, não se colocando aqui o problema da imputação objetiva do resultado à ação. Por sua vez, nos crimes de resultado, existe um efeito sobre o objeto da ação que se distingue no tempo e espaço da própria ação.

¹⁷² PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁷³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal**. Lisboa: Leya, 2015.

Castilhos e Guimarães¹⁷⁴ ensinam que este crime caracteriza-se por ser crime comum, pelo que pode ser praticado por qualquer pessoa. Qualquer pessoa também pode ser considerada sujeito passivo, apesar de, ressaltam as autoras, a maior parte das vítimas serem mulheres, e os sujeitos ativos serem homens.¹⁷⁵

É crime material, doloso, comissivo, instantâneo, de forma livre, unissubjetivo e unissubsistente.

3.2.8 Abuso sexual de crianças (art. 171.º, CPP)

Abuso sexual de crianças¹⁷⁶: “1 - Quem praticar ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos. 3 - Quem: a) Importunar menor de 14 anos, praticando ato previsto no artigo 170.º; ou b) Atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos; c) Aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais; é punido com pena de prisão até três anos. 4 - Quem praticar os atos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos. 5 - A tentativa é punível”.

José Moraz Lopes¹⁷⁷ leciona que o artigo foi introduzido no ordenamento penal português pela reforma de 1995 e que algumas situações por ele tuteladas correspondiam às tipificadas no “atentado ao pudor com violência”, previsto no art. 205.º do CP/1982.

Em um apanhado histórico, menciona que a reforma de 1998 equiparou, no n.º 2, o coito oral ao anal e à cópula, classificando-os como atos sexuais de relevo específicos, que funcionam como agravantes do ilícito, seguindo posição também assumida em relação aos demais crimes sexuais, além de acrescentar uma alínea d) ao n.º 3, relativa à exibição e

¹⁷⁴ CASTILHOS, Daniela Serra; GUIMARÃES, Ana Paula – O crime de importunação sexual no Código Penal Português [Em linha]. In Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia: cidadania, justiça e controle social, 3; Mostra de trabalhos científicos, 3. Ijuí, 25-27 nov. 2015. Ijuí: Unijuí, 2015. p. 1-12. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1342/1/O%20crime%20de%20importuna%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20no%20C%C3%B3digo%20Penal%20Portugu%C3%AAs.pdf>.

¹⁷⁵ Todavia, indica a experiência social e jurídica que consubstancia um crime tendencialmente perpetrado por homens sendo as vítimas, consequentemente, também tendencialmente mulheres.

¹⁷⁶ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁷⁷ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 177-193.

cedência de fotografias, filmes ou gravações pornográficas em que se utilizem menores de 14 anos. Além disso, a Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, acrescentou uma alínea *e)* ao n.º 3, relativa à criminalização da detenção dos materiais referidos na alínea *d)*, com propósito de exibí-los ou cedê-los.

Como pode se visualizar da atual estrutura do artigo, a matéria foi alterada, em 2007, por meio de reforma substancial que alargou o âmbito de incriminação dos n.º 2 e n.º 3, alínea *a)*, mas retirou da proteção do artigo condutas que não tinham a ver com a tutela individualizada dos bens jurídicos diretamente correlatos à liberdade e à autodeterminação sexuais. Estes, agora, configuram condutas que integram o atual crime de “pornografia de menores”, tipificado no art. 176.º, analisando adiante.

Analisando os elementos em torno da sua tipicidade, compreende-se que o agressor sexual pode ser qualquer pessoa, independente de gênero, orientação ou identidade sexual, mas a vítima será qualquer menor de 14 anos, com ou sem experiência sexual, sendo esta indiferente para o tipo, como também o são o gênero, orientação ou identidade sexual do ofendido.

Naia¹⁷⁸ destaca que o art. 171.º exige dolo e prevê uma moldura penal distinta, dependendo dos atos praticados, mas Lopes acrescenta que basta o dolo eventual, ou seja, que exista uma conformação quanto à verificação dos elementos típicos. Os atos sexuais de relevo praticados com uma criança são punidos com pena de prisão de 1 a 8 anos (art. 171.º, n. 1); se os atos forem os previstos no n.º 2 deste artigo, a pena será de 3 a 10 anos.

É crime classificado como material, de forma livre, comissivo, permanente (visto que a letra *b* cita conversa e escrito, que podem se prolongar no tempo), unissubjetivo e plurissubsistente.

Relevante destacar que a tentativa é punível.

3.2.9 Abuso sexual de menores dependentes (art. 172.º, CPP)

Abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável¹⁷⁹:
“1 - Quem praticar ou levar a praticar ato descrito nos nº 1 ou 2 do artigo anterior,

¹⁷⁸ NAIA, Luísa Renata Ramos – **Dissentimento ou consentimento constrangido de adolescentes: Conjugação dos arts. 163º, nº 2 e 164º, nº 2 com os arts. 172º e 173º do Código Penal [Em linha]**. Porto, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado à Universidade Católica Portuguesa. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://hdl.handle.net/10400.14/26455>.

¹⁷⁹ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

relativamente a menor entre 14 e 18 anos: a) Em relação ao qual exerça responsabilidades parentais ou que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência; ou b) Abusando de uma posição de manifesta confiança, de autoridade ou de influência sobre o menor; ou c) Abusando de outra situação de particular vulnerabilidade do menor, nomeadamente por razões de saúde ou deficiência; é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2 - Quem praticar ato descrito nas alíneas do n.º 3 do artigo anterior, relativamente a menor compreendido no número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até um ano. 3 - Quem praticar os atos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 5 anos. 4 - A tentativa é punível”.

De acordo com Lopes¹⁸⁰, trata-se de outro dispositivo introduzido pela reforma de 1995 e alterado pelas subsequentes, de 1998, 2007 e 2015, sendo que algumas condutas nele previstas já eram tuteladas no atentado ao pudor, outrora tipificado nos artigos 205.º e 206.º, n.º 2, do Código Penal de 1982.

Com a reforma de 1998, o tipo de crime foi ampliado, afastando-se a exigência de que o agente “atue com abuso da função que exerce ou da posição que detém”, relativamente aos menores de 16 e 18 anos. Significativamente, a reforma de 2007 alterou a natureza do crime para pública, bem como a medida da pena contra quem incorresse no n.º 3, alternando a anterior pena de multa para a de prisão. Em 2015, a pena do n.º 3 foi majorada para 05 anos e introduziu-se o n.º 4 na estrutura do dispositivo, admitindo-se a punição para a tentativa (relevante para a conduta do n.º 2, visto que a tentativa das demais já era compreendida no art. 23.º, n.º 1, do CP).

É crime doloso, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente e próprio, visto que o sujeito ativo tem posição na qual possui responsabilidades parentais sobre o vitimado; ou a quem a vítima foi entregue em confiança para educação ou assistência; ou que comete abuso de manifesta confiança, autoridade ou influência sobre a vítima; ou, ainda, que tira proveito de outra situação de particular vulnerabilidade da vítima.

Sobre o contexto em que a conduta é tutelada, Lopes¹⁸¹ relembra que, na condição de sujeitos passivos, está em causa uma faixa etária muito precisa, que se identifica com a adolescência e a juventude. Além disso, está em causa o abuso sexual decorrente de uma específica relação de confiança, presumidamente existente entre o autor e a vítima,

¹⁸⁰ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 211-224.

¹⁸¹ *Ibidem*.

previamente estabelecida pela disponibilidade de tarefas de educação ou assistência que o autor assumiu, ou pela entrega legal/jurisdicional do menor a sua tutela.

Além disso, as alíneas *b)* e *c)* acrescidas ao n.º 1, pela Lei n.º 40/2020, ampliaram a tutela das vítimas, colocando-as em uma situação de vulnerabilidade particular, assim entendidas sob três aspectos (fora as razões de saúde ou deficiência): da relação de confiança estabelecida entre agressor e vítima; do abuso, pelo agressor, de uma posição de autoridade sobre o menor; e do abuso, também pelo agente, de uma posição de influência sobre o adolescente.

Abordando cada uma delas, Lopes¹⁸² menciona que, no caso da primeira, não se trata de uma confiança derivada da dependência, ou de a vítima estar sob os cuidados do agressor, como no exercício das responsabilidades parentais ou do poder familiar, mas o contexto dessa particular vulnerabilidade se dedica àquelas situações nas quais, por razões de diversa índole, a vítima *confia* no agressor, o que a deixa mais exposta aos seus avanços sexuais, ou quando o agressor cria ou intensifica essa relação de confiança, ao ponto de condicionar a liberdade de autodeterminação sexual da vítima. Nas palavras do próprio doutrinador, trata-se de uma “vulnerabilidade gerada por essa posição do agressor, de *pessoa confiável aos olhos da vítima*, e o abuso que dela faz, ou seja, o aproveitamento que retira desses laços intensos de confiança para concretizar intentos sexuais”.

Sobre a segunda, esclarece que a relação de autoridade é fator decisivo para justificar o temor que o ofendido tem frente ao agressor, como condicionante da sua liberdade de autodeterminação sexual. Exemplifica-a como qualquer uma que, independentemente da fonte, mas afeta às *funções* exercidas pelo agente, resulte em dominância ou ascendência de poder do agressor perante a vítima e permita àquele estabelecer diretrizes, dar ordens ou estabelecer limites.

Por fim, leciona que a terceira deriva de situações em que o agressor tem a capacidade de exercer domínio psicológico intenso sobre a vítima, ao ponto de poder afirmar-se como dominante em relação ao menor, exemplificando-as como aquelas em que o agente é treinador esportivo, catequista, líder de escoteiros etc.

¹⁸² LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015 p. 211-224.

3.2.10 Atos sexuais com adolescentes (art. 173.º, CPP)

Atos sexuais com adolescentes¹⁸³: “1 - Quem, sendo maior, praticar ato sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que ele seja praticado por este com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos. 2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos. 3 - A tentativa é punível”.

Também segundo Lopes¹⁸⁴, o artigo sofreu alterações decorrentes das reformas de 1995, 1998, 2007 e 2015, além de corresponder ao art. 204.º do CP/1982. Interessante ressaltar que, desde a primeira delas, ou seja, de 1995, suprimiu-se a expressão *mediante promessa séria de casamento*.

Com a de 1998, o título do crime foi eliminado, deixando de ostentar o conceito de *estupro*, e a sujeição ativa do delito foi ampliada para “aquele que fosse maior”. Em 2007, o tipo do crime foi alargado para se concretizar através de todos os atos sexuais de relevo, mas a cópula, o coito anal ou oral, bem como a introdução de partes do corpo ou objetos são considerados agravantes qualificativos. Além disso, compatibilizou-se a proteção penal com a constitucional, afastando a diferenciação de tratamento dada ao comportamento homossexual, visto que, antes da referida reforma, com a epígrafe “Atos homossexuais com adolescentes”, o art. 175.º revogado se tratava do único crime em que a homossexualidade era relevante para efeitos de incriminação de uma conduta. Por fim, a alteração de 2015 substituiu a possibilidade de aplicação de pena de multa e incluiu a figura da tentativa.

Analisando os elementos típicos do delito, trata-se de crime doloso, de tentativa punível, exigindo-se que o autor seja maior de 18 anos. Além disso, classifica-se como crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente.

Para Naia¹⁸⁵, este tipo destina-se a punir apenas os atos sexuais praticados com jovem, naquela faixa etária, resultantes do aproveitamento da sua vulnerabilidade. Daí a exigência de maioridade do agente, para evitar a repressão penal de comportamentos entre autor e vítima de idades aproximadas, pois ausente, em tese, um abuso de inexperiência nestes casos.

¹⁸³ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁸⁴ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 228-234.

¹⁸⁵ NAIA, Luísa Renata Ramos – **Dissentimento ou consentimento constrangido de adolescentes: Conjugação dos arts. 163º, nº 2 e 164º, nº 2 com os arts. 172º e 173º do Código Penal** [Em linha]. Porto, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado à Universidade Católica Portuguesa. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://hdl.handle.net/10400.14/26455>.

Lopes acrescenta que, na tutela penal dessa conduta, está em causa uma faixa etária muito específica, evitando-se que maiores abusem da sua inexperiência, por meio da prática de ato sexual de relevo. Mais especificamente, salienta que por “inexperiência” não se entende desconhecimento “das coisas do sexo sob o aspecto teórico”, não se exigindo que a vítima seja alheia à vida social, inocente ou ingênua, posto que sua inexperiência decorre da falta de conhecimento prático das atividades sexuais e da falta de juízo ético sobre suas consequências, ambas decorrentes da idade em que se encontra. Com orgulho, convém mencionar que emprestou essa definição do memorável jurista brasileiro, Damásio de Jesus, em comentários tecidos sobre o crime de “sedução” previsto no Código Penal Brasileiro.

3.2.11 Recurso à prostituição de menores (art. 174.º, CPP)

Recurso à prostituição de menores¹⁸⁶: “1 - Quem, sendo maior, praticar ato sexual de relevo com menor entre 14 e 18 anos, mediante pagamento ou outra contrapartida, é punido com pena de prisão até 2 anos. 2 - Se o ato sexual de relevo consistir em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos. 3 - A tentativa é punível”.

Lopes¹⁸⁷ ensina que o dispositivo foi introduzido com a reforma de 2007, como cumprimento de obrigações assumidas por Portugal, internacionalmente, no contexto da luta contra a criminalidade sexual em prejuízo de menores. Em 2015, os números 1 e 2 foram alterados, e a pena de multa foi eliminada.

Para o autor, o crime abrange vítimas entre 14 e 18 anos de idade, e não se dedica a qualquer abuso de inexperiência, mas à proibição de *comercialização de atos sexuais* que envolvam menores, sobretudo à vedação de que sejam induzidos nesta atividade pelos adultos. Sinaliza que até a reforma de 2007, a prática de atos sexuais mediante pagamento apenas consubstanciava crime quando os atingidos contassem menos de 16 anos, pelo que o dispositivo demonstra o esforço do legislador em proteger, também, os compreendidos entre 16 e 18 anos de idade.

Além disso, importa considerar que o legislador tipificou o recurso à prostituição de menores, e não a prostituição como ato. A questão acerca da voluntariedade da prostituição,

¹⁸⁶ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁸⁷ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 237-242.

dogmaticamente discutida, não se aplica a esse tipo de crime, quando está em causa a tutela de crianças e adolescentes.

Sobre os elementos típicos do delito, trata-se de crime doloso no qual o sujeito ativo oferece pagamento ou contrapartida à vítima, assim classificadas as crianças e jovens entre os 14 e os 18 anos. Por pagamento, Lopes relembra que, apesar de se pressupor uma quantia monetária, também pode se consubstanciar em outra forma de remuneração, atos de favor, entrega de lembranças ou qualquer meio de contraprestação pela atividade sexual desenvolvida.

É crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente.

A tentativa é punível.

3.2.12 Lenocínio de menores (art. 175.º, CPP)

Lenocínio de menores¹⁸⁸: “1 - Quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor ou aliciar menor para esse fim é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2 - Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; d) Atuando profissionalmente ou com intenção lucrativa; ou e) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de dois a dez anos”.

Crime que tem como verbos *fomentar*, *favorecer* ou *facilitar* o exercício da prostituição, ou *aliciar* menor para o exercício da prostituição. Ocorre com ou sem o emprego de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, abuso de autoridade decorrente de uma relação ou ação profissional, e com ou sem intenção lucrativa em que se aproveita de incapacidade psíquica ou de situação de vulnerabilidade da vítima, mas essas condições funcionam como agravantes.

Lopes¹⁸⁹ leciona que o dispositivo foi cunhado com a reforma de 1995, apesar de algumas condutas serem tipificadas desde o Código de Penal de 1982, em seu artigo 216.º.

¹⁸⁸ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹⁸⁹ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 243-248.

Além disso, conta que a reforma de 2007 revogou o número 2 da reforma de 1998, relativo à prática de atos de prostituição de menores em país estrangeiro; que a de 2001 concretizou as formas de deslocamento do menor e alargou as formas de concretização do crime qualificado; que a de 2007 retirou do artigo todas as condutas que diziam respeito ao tráfico para fins de exploração sexual, agora objeto do artigo 160.º; e que a de 2015 alterou o n.º 1, passando a punir a conduta com pena de prisão de até 08 anos.

Sobre a tutela, argumenta que visa ao livre desenvolvimento do menor no domínio da sua sexualidade, proibindo que seja explorada, a qualquer título, pela indução ao exercício da prostituição. Após as reformas de 1998, 2001 e 2007, o artigo 169.º (crime de lenocínio) deixou de exigir a exploração de situações de abandono ou de necessidade económica, configurando-se, o tipo penal, com o favorecimento ou a facilitação da prática da prostituição. No caso do crime de lenocínio de menores, sequer é necessária a efetivação da prática do ato sexual de relevo

Sobre os elementos típicos, o agente pode ser pessoa com 16 anos de idade, pelo menos, mas o sujeito passivo são crianças e jovens com até 18 anos, independentemente de experiência sexual prévia. Ressalta Linhares¹⁹⁰ que o sujeito ativo tem de atuar de modo profissional ou com intenção lucrativa.

É crime doloso.

A lei se manteve omissa sobre o conteúdo dos conceitos de *fomentar*, *favorecer* e *facilitar*, não especificando-os, pelo que podem integrar vários comportamentos. Linhares¹⁹¹ entende que é um crime de execução livre, pois a colaboração do agente pode se dar de qualquer modo, e Albuquerque¹⁹² considera se tratar de crime formal ou de mera atividade.

3.2.13 Pornografia de menores (art. 176.º, CPP)

Pornografia de menores¹⁹³

1 - Quem:

- a) Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;
- b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;

¹⁹⁰ LINHARES, José Ricardo Lopes – **O Crime de Lenocínio: Reflexão Crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal [Em linha]**. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.ª). [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26750/1/crime%20de%20lenoc%20c3%adnio%20-%20reflex%20c3%a3o%20cr%20c3%adtica%20sobre%20o%20169.%c2%ba%2c%20n.%c2%ba%201.pdf>.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal**. Lisboa: Leya, 2015.

¹⁹³ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;
d) Adquirir, detiver ou alojar materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Quem praticar os atos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.

3 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

4 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.

5 - Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obter ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos.

6 - Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou por qualquer outro meio, sendo maior, assistir, facilitar ou disponibilizar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores é punido com pena de prisão até 3 anos.

7 - Quem praticar os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 5 anos.

8 - Para efeitos do presente artigo, considera-se pornográfico todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.

9 - A tentativa é punível.

Segundo Lopes¹⁹⁴, trata-se de crime introduzido no ordenamento português pela reforma penal de 2007, apesar de integrar condutas tipificadas nos antigos artigos 172.º e 173.º. Relembra que a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, ampliou o âmbito de incriminação do tipo e agravou algumas penas, introduzindo nova agravante no n.º 3 – recurso a violência ou ameaça para prática dos atos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1, além de proceder outras alterações na configuração do dispositivo, visando transportar para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2011/93/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

Além disso, as alterações serviam para cumprir obrigações assumidas por Portugal com a ratificação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007 (Convenção da Lanzarote).

O dispositivo ainda sofreu alterações com a Lei n.º 101/2019 e a Lei n.º 40/2020, valendo salientar que, por esta, a incriminação passou a proteger todos os menores de 18 anos, ou seja, foram incluídas na lei as vítimas entre os 16 e 18 anos de idade.

¹⁹⁴ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 249-271.

Analisando, substancialmente, o dispositivo legal, Lopes¹⁹⁵ elucida que as alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 criminalizam a utilização direta de menores em espetáculos, fotografias, filmes ou gravações pornográficas, partindo da premissa de a liberdade e a autodeterminação sexual dos envolvidos estarem causa, por meio da conduta do agente, seja pela intervenção direta nos fatos, seja pelo aliciamento para que os ofendidos deles participem.

Explica que a característica “pornográfica” dos atos tipificados abrange menores em atividades sexuais, exibindo órgãos ou em pose, postura, comportamento capaz de provocar estímulo, excitação ou impulso sexual. Sobre o conceito, assevera que em 2015, no projeto de lei n.º 772/XII/4.º, apresentado pelo Grupo parlamentar do Partido Socialista, constava definição do que seria considerado pornografia, emprestada da Convenção de Lanzarote (art. 20.º, n.º 2): “para os fins do presente artigo, a expressão ‘pornografia de menores’ designa todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais”, mas a noção não foi assimilada pela lei penal naquela oportunidade.

No entanto, a Lei n.º 40/2020 introduziu o número 8 ao artigo, pelo qual o legislador define o que considera pornográfico, com muita proximidade da noção disposta no art. 2.º, *c)*, da Diretiva 2011/93/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13/12/2011, que define pornografia infantil como: “i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais”.

Importante considerar que a introdução do conceito atende ao princípio da legalidade, excluindo da noção de material pornográfico situações da vida assim não identificadas pela previsão legal. Contudo, Lopes¹⁹⁶ relembra que nada impede que, para crimes previstos em outros artigos, se densifique o conceito de *pornografia*, ou mesmo de *material pornográfico*, como recurso interpretativo.

¹⁹⁵ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 249-271.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

Outro fator interessante da tutela prevista no artigo diz respeito à utilização indireta de menores, posto que, apesar de as alíneas *c)* e *d)* do número não descreverem uma violação direta da liberdade e da autodeterminação sexual de um menor como bem jurídico tutelado, as condutas nelas contempladas também são suscetíveis de sancionamento criminal.

Com isso, o legislador penal previu repressão também às hipóteses de proliferação da divulgação de condutas que atentam contra o bem jurídico diretamente protegido, o que, para Figueiredo Dias¹⁹⁷, reflete uma “criminalização [...] que não pode deixar de ser iluminada por um bem jurídico supraindividual diverso do da liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa”.

Ao citá-lo, Lopes¹⁹⁸ desenvolve a conclusão de que, para além da tutela indireta da liberdade e autodeterminação sexual do menor, proibindo todo o mercado de produção, distribuição, comércio e divulgação de material pornográfico, também se procurou evitar danos na sua esfera pessoal, decorrentes da sua associação e da associação da sua imagem e nome ao mercado pornográfico. Para autor, existe uma tutela antecipada do interesse superior da criança e uma proteção do seu direito de ver acautelado seu bem-estar físico e psíquico.

Da conceituação do tipo para o *modus operandi*, Lopes¹⁹⁹ salienta que a alínea *c)* pretende cobrir todo tipo de disseminação, inclusive sem contrapartida, de material considerado pornográfico pelo legislador, incluindo-se, no espectro da ação típica, não só a venda ou comercialização, mas o empréstimo, aluguel, cessão, transmissão, qualquer forma de disponibilidade.

Além disso, considera que a ação típica pretende coibir a divulgação por todos os meios de comunicação conhecidos, como publicações escritas, audiovisuais, telemáticas, digitais, através de computadores, redes sociais, celulares etc., de forma que qualquer instrumento capaz de registrar som, imagem, filmes e gravações pornográficas contendo menores pode ser entendido como meio de se praticar o crime.

Nesse ramo de meios e equipamentos tecnológicos, a pós-modernidade serve de campo para situações cada vez mais fluidas e mutáveis, exigindo certo esforço do legislador, no que diz respeito à agilidade para tutelá-las, quando necessário. Sob esse aspecto, Lopes²⁰⁰ cita o fenómeno do *sexting*, no qual se abrangem as condutas entre adolescentes que

¹⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 268.

¹⁹⁸ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 249-271.

¹⁹⁹ *Ibidem*, loco citato.

²⁰⁰ *Ibidem*, loco citato.

consistam na produção de imagens digitais onde apareçam menores nus ou seminus, e na sua transmissão a outros menores, via celulares, *e-mails*, aplicativos ou disponibilizados na internet, em geral.

Para o autor, esse fenômeno também está abarcado pela tutela do art. 176.º, no que diz respeito às situações em que os menores são atingidos por *cyberbullying*, chantagem, ameaça, quando as imagens são apropriadas por *hacker*, ou mesmo quando o menor consente com o registo da imagem, mas não com sua divulgação, considerando, todas elas, situações típicas.

Também incorre no crime, de acordo com o previsto na alínea *d*), quem adquire, detenha ou aloje, com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, fotografias, filmes ou gravações pornográficas.

Em sua análise histórico-política da legislação penal portuguesa, Lopes²⁰¹, mais uma vez, narra que na primeira versão da proposta de lei que deu origem a esse tipo de crime, incriminava-se a detenção “com intenção” de exhibir ou ceder, mas a expressão foi substituída por *o propósito*.

Trata-se, ainda assim, de “elemento subjetivo do tipo de ilícito”, em analogia à intenção de apropriação como elemento do crime de furto, de forma que, sobre a pornografia de menores, a aquisição ou detenção do referido material só é criminalmente punível se destinadas à exibição, divulgação ou cessão. Se o detentor demonstrar que as possui somente para serem destruídas, por exemplo, não incorreria no crime previsto nesta hipótese.

Como o tipo trata de crime intencional, a doutrina exemplifica que a intenção de divulgação e cedência pode se demonstrar com a instalação de programa de compartilhamento de arquivos, como P2P (*software peer-to-peer*), em que se possibilita a transferência de arquivos entre computadores conectados à rede.

Também é curioso notar que a Lei n.º 40/2020 acrescentou o “alojamento” como modalidade de ação capaz de incorrer o comportamento do agente no crime previsto, o que, para Lopes²⁰², sinaliza uma intenção do legislador de salientar a ilicitude da posse de pornografia infantil, por qualquer título, forma ou meio, e apesar de o conceito parecer abrangido por outras situações de fato, como “detenção”, pode significar uma atenção especial da terminologia à alocação de pornografia infantil em sistemas informáticos.

A curiosidade, segundo o autor, se dá porque a Lei n.º 40/2020 foi concebida para transpor, integralmente, a Diretiva 2011/93/eu, do Parlamento Europeu e do Conselho, mas

²⁰¹ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 249-271.

²⁰² *Ibidem*, loco citato.

esta, em seu art. 5.º (Crimes relativos à pornografia infantil), faz qualquer menção ao verbo *alojar*, como também não o faz a redação da Convenção de Lanzarote.

Outro item polêmico do dispositivo seria o referente ao número 4, introduzido pela reforma de 2007, em que se estabeleceu um novo tipo de crime, baseado na Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Trata-se da imposição, na matéria em comento, de adoção de tipos criminais, pelos Estados-membros, que penalizem “imagens realistas de crianças não existentes”.

Para Lopes²⁰³, trata-se de “imposição” de criminalização pouco consensual e que fomentou discussão teórica em vários países do bloco, além de decisões judiciais que puseram em causa a compatibilização constitucional do tipo com o ordenamento vigente.

Usando exemplo do direito comparado, cita que nos EUA, por intermédio do *Child Pornography Prevention Act*, de 1996, se proibiu a reprodução, distribuição, venda, recebimento ou posse consciente de imagens que se enquadrem na definição legislativa de pornografia de menores, assim definidas como “qualquer representação visível, incluindo fotografia, filme, vídeo, retrato ou imagem ou retrato no computador ou criada no computador, que seja ou aparente ser de uma criança envolvida numa conduta sexualmente explícita”. Entretanto, a *Supreme Court* norte-americana, pela decisão *Ascroft et al. v. Free Speech Coalition et al.*, de 16 de abril de 2002, declarou a norma inconstitucional.

Para a Suprema Corte, a previsão reduz a liberdade de expressão legítima em medida desproporcional, rebatendo o argumento de que essas imagens incentivam comportamentos desviantes, sob a justificativa de que “a mera tendência de se expressar ou encorajar atos ilegais não é uma razão suficiente para proibi-la”. Apesar da polêmica em torno do tema, o legislador português optou por criminalizar a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência a qualquer título ou por qualquer meio ou a aquisição ou detenção com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, de material pornográfico com “representação realista de menor”.

Lopes²⁰⁴ explica que é necessário investigar as origens da necessidade de imposição dessa criminalização, para melhor analisá-la sob o ponto de vista jurídico.

²⁰³ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 249-271.

²⁰⁴ *Ibidem*, loco citato.

O autor considera de difícil, senão impossível, identificação o bem jurídico que seria tutelado, mas deixa claro não se tratar da liberdade ou da autodeterminação sexual, conquanto os menores ou pessoas representadas nessas manifestações visuais sequer existem.

Daí muitos autores sustentarem que a Decisão Quadra coloca sanção penal a sustentar uma censura moral, ignorando que a tutela penal se dedica aos menores “em carne e osso”, assim entendidos como único bem capaz de justificar uma tutela penal ampla sobre a matéria.

Além disso, a criminalização em debate pode colidir com a liberdade de criação artística, posto que algumas representações pictóricas são legítimas formas de expressão. Nesse sentido, Lopes²⁰⁵ considera a decisão do *Supreme Court* sintomática e menciona que grande parte dos argumentos expendidos pelo Tribunal se ancoraram nesta argumentação.

Não se ignora que algumas formas de arte podem ser consideradas “chocantes” por seu conteúdo e que os padrões de apreciação cultural são distintos em cada grupo social. No entanto, tais manifestações, por si só, não configuram qualquer ilicitude ou crime, enquanto não se individualizem, muito concretamente, quais perigos delas decorrem para o desenvolvimento das crianças.

Por isso Lopes²⁰⁶ conclui e defende que, na aplicação da norma, há que se levar em consideração que não se admite, na “representação realista de menor”, uma interpretação extensiva a áreas tidas como expressão artística ou que, na dúvida, assim possam ser consideradas.

Finaliza citando Pedro Soares Albergaria e Pedro Mendes Lima²⁰⁷, que, sobre o crime de detenção de material pornográfico envolvendo menores, explicam que a representação realista de menor abrange a pedopornografia virtual e a aparente, visto que a definição legal não exclui nenhuma, mas delimita a abrangência incriminatória pela aptidão de o material retratar imagens que aparentam, de forma realista, serem menores de idade. Por pedopornografia aparente entende-se a “produção pornográfica com participação de adultos que pelos seus traços físicos ou caracterização aparentam ser menores”, e por pedopornografia virtual, as “produções pornográficas em que os supostos menores participantes ou são uma pura criação de tecnologia gráfica (designadamente informática – imagens de geração computacional) ou o são pelo menos em parte (neste caso juntam imagens ou parte de

²⁰⁵ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 249-271.

²⁰⁶ *Ibidem*, loco citato.

²⁰⁷ *Ibidem*, loco citato.

imagens de menores – por exemplo colhidas de fotos de publicidade ou de outros suportes – com criações de técnica gráfica; o chamado *morphing*).

Resumindo os elementos de tipo, trata-se de rime em que os sujeitos passivos são os menores de 18 anos, e para o qual a tentativa também é punível. Conforme jurisprudência do Tribunal de Relação de Coimbra²⁰⁸, o crime de pornografia de menores é um crime de perigo abstrato e de mera atividade. O Tribunal considera a liberdade sexual do adolescente, menor de 14 anos, protegida, vez que “ainda não são suficientemente maduras para se autodeterminarem ao referido nível, ou, por outras palavras, procura aquela norma acautelar a autodeterminação sexual, face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coação, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade”.

3.2.14 Aliciamento de menores para fins sexuais (art. 176.º-A, CPP)

Aliciamento de menores para fins sexuais²⁰⁹: “1 - Quem, sendo maior, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, aliciar menor, para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.os 1 e 2 do artigo 171.º e nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo anterior, é punido com pena de prisão até 1 ano. 2 - Se esse aliciamento for seguido de atos materiais conducentes ao encontro, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos.”

O referido tipo penal se consuma quando o sujeito ativo alicia menor para encontro, intencionando praticar ato sexual de relevo ou ato sexual de relevo na forma qualificada; utilizar menor em espetáculo pornográfico; aliciar menor para que participe de espetáculo pornográfico; utilizar ou aliciar menor em confecção de fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do suporte; produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, com qualquer título ou qualquer meio, fotografias, filmes ou gravações pornográficas.

Faz-se com uso de tecnologias de informação e da comunicação, e/ou eventuais atos materiais que conduzam a vítima ao encontro (serve como ilustração providenciar o meio que

²⁰⁸ PORTUGAL – Pornografia de menores. Natureza do crime. Bem jurídico protegido. Tipo objetivo. Utilização de menor em fotografia. Divulgação de fotografia [Em linha]. Relatora: Elisa Sales. **Tribunal da Relação de Coimbra**. Leiria, 11 nov. 2020. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://trc.pt/pornografia-de-menores-natureza-do-crime-bem-juridico-protegido-tipo-objetivo-utilizacao-de-menor-em-fotografia-divulgacao-de-fotografia/>.

²⁰⁹ *Idem* – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

a vítima se desloque até o encontro do sujeito ativo, reservar um local para o feito). Incurrer no crime de aliciamento, mediante realização de atos conducentes ao encontro, é considerado, inclusive, agravante, de acordo com julgado Tribunal da Relação de Coimbra.²¹⁰

Podem ser sujeitos passivos todas as crianças e adolescentes com até 18 anos, e os sujeitos ativos têm que ser maiores (mais de 18 anos), sendo crime comum.

O tipo subjetivo em estudo admite unicamente a forma intencional de dolo, como extraído da observância da palavra *visando* no n.º 1.

Lopes²¹¹, novamente citado, ensina se tratar de crime novo, introduzido pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, também com objetivo de tornar Portugal cumpridor das obrigações assumidas, internacionalmente, sobre a matéria.

Argumenta que o crime visa tutelar, por meio da repressão, a abordagem de menores para fins sexuais, configurando-se como crime de perigo, na medida em que as condutas combatidas têm aptidão para atingir sua autodeterminação sexual e funcionam como uma tutela antecipada da prática de abusos sexuais. A abrangência se dá sobre o fenómeno designado *child grooming*, quando o agressor sexual estabelece uma ligação emocional com a vítima, no intuito de ganhar sua confiança e propor formas de exploração sexual, tanto via internet como por outros meios de comunicação, sendo que, muitas das vezes, os menores não imaginam que foram *groomed*, ou seja, “envolvidos e manipulados pelo agressor”, como também não têm a noção de que está a ocorrer ou prestes a acontecer uma agressão sexual.

Como salienta Maria Conceição Ferreira da Cunha, é um crime de perigo abstrato “ainda legítimo, atendendo à importância do bem jurídico em causa – livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual – e à frequência e grau de perigosidade destes aliciamentos”.

3.2.15 Organização de viagens para fins de turismo sexual com menores (art. 176.º-B, CPP)

1 – Quem, no contexto da sua atividade profissional ou com intenção lucrativa, organizar, fornecer, facilitar ou publicitar viagem ou deslocação, sabendo que tal viagem ou deslocação se destina à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de

²¹⁰ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra – **Aliciamento de menores para fins sexuais** [Em linha]. Relatora: Isabel Valongo. Leiria, 11 dez. 2019. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://trc.pt/aliciamento-de-menores-para-fins-sexuais/>

²¹¹ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 280-287.

menor, é punido com pena de prisão até 3 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 – O disposto no número anterior aplica-se ainda que as condutas contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor praticadas no local de destino não sejam nessa jurisdição punidas ou quando nesse local não se exerça o poder punitivo.”

O novo crime foi introduzido no ordenamento português pela Lei n.º 40/2020, encontrando origem na Diretiva n.º 2011/93/UE, já citada, especificamente no que diz respeito ao considerando 29: “O turismo sexual infantil deverá ser entendido como a exploração sexual de crianças por uma pessoa ou pessoas que se deslocam do seu ambiente habitual para um destino no exterior, onde têm contacto sexual com crianças”; e ao art. 21.º, sob a epígrafe “Medidas contra a publicidade das oportunidades de abuso sexual e do turismo sexual infantil”, em que se preceituou que “Os Estados-Membros tomam as medidas adequadas para evitar ou proibir: a) A difusão de material publicitário sobre oportunidades para a prática dos crimes referidos nos artigos 3.o a 6.o; e b) A organização de viagens por conta de outrem, para fins comerciais ou não, no intuito de praticar um dos crimes referidos nos artigos 3º a 5º”.

Sob os ensinamentos de Lopes²¹², a criminalização visa combater o turismo sexual, traduzido no deslocamento, de Portugal para outros países, para praticar crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores. Configura-se como crime de perigo, já que as condutas têm aptidão de atingir a liberdade e autodeterminação sexual das vítimas, a exemplo do que ocorre no art. 176.º-A, e funciona como uma tutela antecipada da prática de abusos sexuais.

Idealizou o legislador impedir viagens dessa índole para dificultar, ou diminuir, a possibilidade de o agente concretizar os seus intentos de turismo sexual, ou que essa intenção venha a se formar a partir da publicidade sobre tais viagens.

Além disso, a jurisdição penal dos países de destino sobre a liberdade e a autodeterminação sexual de menores é indiferente, ou que nesses locais o poder punitivo não seja exercido, visto que, por força do art. 5.º, n.º 1, do CPP, a tutela da vítima é ampla, nessa matéria, no sentido de que os agentes que praticam crimes sexuais contra menores podem ser investigados, julgados e condenados em Portugal, bem como porque a tipificação se volta para conduta expressamente prevista pelo ordenamento português, visando evitar sua perpetração em outros países, ou que se concretize uma deslocação de competência para

²¹² LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 289-294.

países em que a perseguição criminal é mais tênue, nula, ou para onde o turismo sexual é incentivado.

Sobre os elementos tipificadores do delito, trata-se de crime comum (alusão a “Quem”), podendo ser praticado por qualquer pessoa que possa ser responsabilizada criminalmente, ou seja, quem detenha 16 anos ou mais. Para preenchimento do tipo, devem ser verificados os elementos: organização, fornecimento, facilitação ou publicitação de viagem ou deslocação; viagem ou deslocação destinada à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor; e no contexto da sua atividade profissional ou com intenção lucrativa.

Estabelece-se, ainda, uma responsabilização das pessoas jurídicas ou equiparadas envolvidas.

É crime de natureza pública, mas o processo pode ser suspenso, provisoriamente, verificados os requisitos do art. 281.º do Código de Processo Penal português.

Embora possa relevar na medida da pena, o número de crimes não corresponde ao número de vítimas no local de destino, mas o juízo sobre o concurso recairá sobre cada viagem ou deslocação organizada, fornecida, divulgada etc. A parte final do número 2 consagra, ainda, uma subsidiariedade expressa, de forma que, se a conduta do agente preencher outro crime contra a autodeterminação e liberdade sexual de menores, a título de coautoria, instigação ou cumplicidade, que seja punido mais gravemente, este se aplicará, mas, se for crime que tutele outro bem jurídico, manter-se-á o concurso efetivo.

Lopes²¹³ também aduz que o procedimento criminal não se extingue por prescrição antes de o ofendido perfazer 23 anos de idade, e que, ao contrário de outros crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, não se exige, em caso de aplicação de uma pena de prisão suspensa na sua execução, a imposição de um regime de prova.

3.3 Crimes sexuais no Brasil

Castro e Silva²¹⁴ atestam que o legislador brasileiro harmonizou o regramento penal com a Constituição Federal e com a realidade dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais, ao escolher a expressão *crimes contra a dignidade sexual*. Com isso, abraçou a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual, operando contundente mudança na tipificação dos

²¹³ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 294.

²¹⁴ CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da – Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. Vol. 7, n.º 2, p. 87-136, 2016.

crimes sexuais e, no pertinente à temática da dignidade sexual de crianças e adolescentes, as alterações mais notórias são as relacionadas aos artigos 213.º, 217.º-A ao 218.º-B, e 227.º ao 231.º-A. Nos referidos artigos, constata-se que o legislador traz especial proteção aos menores de 14 anos, vítimas de crimes sexuais, expressando a ilicitude das referidas práticas sexuais com esses sujeitos, não eximindo de culpa o sujeito ativo, independentemente da escolha, forma, meio ou consentimento da vítima, sempre com o afã de proteger ainda mais, bem como assegurar um desenvolvimento pessoal completo e saudável.

Destaca-se, de pronto, as causas de aumento: “Art. 226. A pena é aumentada: I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela. [...] Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: III - de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez; IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência”.²¹⁵

3.3.1 Estupro de vulnerável (art. 217.º-A, CPB)

O estupro de vulnerável se apresenta como o fato típico de maior relevo no ordenamento jurídico brasileiro, naquilo que diz respeito aos crimes de natureza sexual. Está previsto no art. 217.º-A do CPB, nos seguintes termos: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”.

Por se tratar de tipo penal aberto (outro ato libidinoso), há necessidade de análise detalhada do contexto em que se deu a violação, tendo em vista a imposição de sanções mais duras e severas que as da legislação anterior.

Cunha²¹⁶ inicia aduzindo que o crime de estupro de vulnerável é comum, o que implica dizer que pode ser praticado por qualquer pessoa (homem, mulher, maior ou adolescente). No caso de o agente ser “ascendente, padrasto, madrastra, irmão, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador do vitimado ou se assumiu, por lei

²¹⁵ BRASIL – Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal [Em linha]. **Diário Oficial da União**. (31 dez. 1940). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

²¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches – **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 8.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena será majorada da metade” (art. 226, 11).

Em relação a essa majorante de pena, peço vênia para registrar a minha experiência prática e confirmada nas pesquisas. É com muita tristeza que registro que, na imensa maioria dos casos, quase sua totalidade, os crimes são cometidos pelos pais, padrastos, avós, contra as crianças; são pessoas que têm poder, relação de confiança, hierarquia sobre as vítimas, e que abusam dessa relação.

Muitas das vezes, os crimes são consumados às ocultas, aproveitando-se da inexperiência das vítimas, e as condutas típicas se reiteram por anos, em algumas situações não são publicizados, há uma subnotificação enorme dos casos; e até quando são publicizados e os autores efetivamente punidos, demoram um lapso temporal considerável.

Retomando a caracterização deste crime, o sujeito passivo só pode ser pessoa com até 14 anos de idade (*caput*) ou portadora de enfermidade, deficiência mental, incapaz de discernimento para assentir com a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência (§ 1.º).

Como aponta Gonçalves²¹⁷, o dispositivo trata da dignidade sexual das pessoas vulneráveis – menores de 14 anos, doentes mentais ou pessoas impossibilitadas de oferecer resistência – e acrescenta outro detalhe de interpretação da vulnerabilidade por idade²¹⁸: “a) Os menores de 14 anos. Ressalte-se que, ao contrário do regime antigo, se o ato for realizado no dia do 14º aniversário, a vítima não é mais considerada vulnerável. Se o ato tiver sido acompanhado de violência ou grave ameaça na data do 14º aniversário, o agente responderá por estupro qualificado (art. 213, § 1º)”.

Segundo o entendimento do autor, considera-se vulnerável a pessoa com 14 anos incompletos. A jurisprudência dos Tribunais Superiores apontou que não importam análises de ordem subjetiva pelo autor do fato, como: consentimento, compleição física, experiência sexual anterior da vítima, mas tão somente o critério biológico da idade; é o que tem prevalecido até então.

Sobre as pessoas com deficiência que diminua sua capacidade mental ou que não tenham discernimento necessário à prática do ato, torna-se mandatória a realização de perícia médica a fim de constatar a relação entre o problema de saúde e a ausência de discernimento sobre o ato sexual.

²¹⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²¹⁸ *Idem* – **Direito penal esquematizado: parte especial**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Castro²¹⁹ vaticina: “o estupro de vulnerável é hediondo em todas as suas formas (Lei 8.072/90, art. 1º, VI)”, o que implica na incidência de tudo mais severo previsto no regramento aplicável, a exemplo da obrigatoriedade de se cumprir fração da pena maior que a prevista para outros crimes, no intuito de o preso se habilitar ao regime de progressão.

Gonçalves²²⁰ esclarece também que, por conjunção carnal, entende-se a penetração do pênis na vagina, e que todas as outras práticas de conotação sexual diferente da primeira, como o sexo anal, oral, introduzir o dedo ou um objeto na vagina ou no ânus da vítima, passar as mãos nos seios ou nádegas, entre outros, tipificam-se em “outros atos libidinosos”.

A consumação deste crime independe do uso de violência física ou grave ameaça. Mesmo nos casos em que a vítima dê seu consentimento expresso, estará configurada a infração, pois esse consentimento não é válido.²²¹ No Brasil, nos Tribunais Superiores, por algum tempo se discutiu a validade desse consentimento; atualmente, os julgados e a doutrina convergem em afirmar que, ainda que presente, é inválido.

Tão somente com o afã de trazer essa diferença entre o art. 217.º-A e o art. 213.º, no delito de estupro de vulnerável, o tipo exige que a vítima seja, obrigatoriamente, menor de 14 anos.

3.3.2 Corrupção de menores (art. 218.º, CPB)

O artigo 218.º do Código Penal prevê a corrupção de menores como crime que se configura pelo induzimento de um menor de 14 anos à satisfação da lascívia de outrem. Fosse o dolo de satisfazer lascívia própria, configurar-se-ia o tipo do artigo 217.º-A.

Dentro da classificação seguida, estamos diante de crime doloso, comum, material, tem forma livre, é comissivo, unissubjetivo, plurissubsistente e instantâneo.

²¹⁹ CASTRO, Leonardo – Legislação comentada – artigo 217-a do CP – estupro de vulnerável [Em linha]. **Jusbrasil**. (2014), p. 1. [Consult. 15 set. 2017]. Disponível em WWW:<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>.

²²⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²²¹ *Idem, opere citato*, 2016.

3.3.3 Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218.º-A, CPB)

Na sequência do código penal, o artigo 218.º-A está adstrito à prática, na presença de 14 anos, ou ao induzimento de fazê-lo presenciar “conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem”.

Ao criar este tipo, o legislador penal tentou acompanhar o resto do mundo contemporâneo, adaptando-se ao antigo delito de *corrupção de menores*.²²²

3.3.4 Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218.º-B, CPB)

“Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. § 2º Incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.”

Trata-se de outro típico extraído da esteira do ilícito da *corrupção de menores*. A propósito, é valoroso registrar que a exploração sexual em questão se atine a dominação e abuso sexual de crianças e adolescentes.²²³

Além da dignidade sexual do adolescente, também se protege a intangibilidade do vulnerável, resguardando-o de se prostituir ou se tornar destinatário de exploração sexual, como exposto por Souza.²²⁴

Ainda segundo Souza²²⁵, o favorecimento pode ocorrer por ação ou por omissão, quando o agente tenha o dever jurídico de impedir que a vítima ingresse na prostituição e

²²² SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano – **Direito penal**. Volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

nada faz para impedi-la. Já Bitencourt²²⁶ o classifica como crime comissivo, considerando que os verbos indicam ação positiva do sujeito ativo.

É classificado como crime comum, material, de forma livre, instantâneo, unissubjetivo, plurissubsistente, habitual.²²⁷

3.3.5 Os crimes sexuais positivados no ECA

Por amor ao debate e considerando a extensão da legislação brasileira não codificada, é necessário destacar que também há crimes de natureza sexual tipificados no ECA, “Título VII – Dos Crimes e das Infrações Administrativas”, na Seção II, praticados contra a criança e o adolescente, sem prejuízo do disposto na legislação penal.

No artigo 240²²⁸ do ECA, tutela-se a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, no que tange à sua inviolabilidade, assim como a afetação da sua dignidade sexual, vez que, como conceituado na doutrina e na jurisprudência, são pessoas em desenvolvimento.²²⁹

Haas aponta que o ilícito pode ser praticado por qualquer pessoa, salientando que, se outra conduta for praticada no mesmo contexto fático, há crime único, não se admitindo concurso de crimes, a não ser que a vítima seja menor de 14 anos, caso em que se caracterizará concurso com o crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217.º-A do CPB. É punido a título de dolo e trata-se de um crime comum, formal, de forma livre, de perigo abstrato, comissivo, instantâneo e plurissubsistente.

²²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4.

²²⁷ *Habitual* no sentido de que se constitui de atos que, isoladamente, são penalmente relevantes.

²²⁸ “Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar.

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008).”

²²⁹ HAAS, Adriana Amaral – **Tutela penale dell'Intangibilità Sessuale del Minore in Brasile e in Italia. Un'analisi dei reati di Stupro dei vulnerabili e Atti sessuali con minorenne [Em linha]**. Tese de Doutorado em Direito Penal, apresentada à Università degli Studi di Palermo (polic.ª). [Consult. 08 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://iris.unipa.it/handle/10447/221232>.

Haas²³⁰ leciona, ainda, que o art. 241²³¹ do ECA, que trata da venda de foto pornográfica envolvendo criança ou adolescente, tem como sujeito ativo qualquer pessoa que pratique os verbos tipificados. Tutela-se, segundo a autora, a integridade psíquica e moral da criança e do adolescente.

O art. 241.º-A²³² foi incluído no ECA pela Lei n.º 11.829/2008 e tem como sujeito ativo qualquer pessoa que produza a conduta delitiva. Haas²³³ relata que, além de crianças e adolescentes figurarem como sujeito passivo, toda a coletividade é entendida como interessada na preservação da dignidade e intimidade sexual daquelas. O bem jurídico tutelado é a integridade moral da criança e do adolescente, sua dignidade sexual e sua honra objetiva. A realização de mais de uma conduta num mesmo contexto fático configura crime único. O elemento subjetivo é o dolo, sem exigência de um especial fim de agir.

A mesma Lei n.º 11.829/2008 introduziu o art. 241.º-B²³⁴ ao ECA, tipificando a guarda de material pornográfico envolvendo criança ou adolescente, como tutela da sua

²³⁰ HAAS, Adriana Amaral – **Tutela penale dell'Intangibilità Sessuale del Minore in Brasile e in Italia. Un'analisi dei reati di Stupro dei vulnerabili e Atti sessuali con minorenni [Em linha]**. Tese de Doutorado em Direito Penal, apresentada à Università degli Studi di Palermo (polic.ª). [Consult. 08 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://iris.unipa.it/handle/10447/221232>.

²³¹ “Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”

²³² “Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.”

²³³ HAAS, Adriana Amaral, *opere citato*.

²³⁴ “Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.”

integridade moral, sua dignidade sexual e sua honra objetiva. Qualquer pessoa que cometa os verbos descritos no tipo é sujeito ativo. A conduta é punida a título de dolo e não se exige nenhum fim específico.

Os tipos penais presentes no ECA estão em conformidade com o art. 171.º do CPP, que traz condutas em que se exiba conteúdo inapropriado, inadequado ou no qual se utilize a imagem dos menores de 14 anos para fins pornográficos, o que, de modo geral, deixa inequívoca a preocupação dos dois países em proteger, integralmente, os adolescentes, no contexto de sua autodeterminação e como pessoa em desenvolvimento.

3.4 A CONCEITUAÇÃO DO ATO SEXUAL DE RELEVO

Pela relevância que esta conceituação assume, resolvemos abordá-la de forma mais delimitada. Desse modo, registre-se que um dos requisitos para a consumação do crime de coação sexual é que tenha sido praticado um ato sexual de relevo. Conceituar *ato sexual de relevo* traduz certa complexidade, pelas suas inúmeras interpretações.

Em Portugal, destaca Fernandes²³⁵, o legislador introduziu, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a expressão *ato sexual de relevo*, mas não determinou o seu conteúdo.

Como reforça Pacheco²³⁶, “no contexto da preocupação e intervenção crescente do Estado no âmbito dos delitos sexuais contra crianças e adolescentes, a Lei 59/2007²³⁷ alargou o crime *sub judice*, abarcando qualquer ato sexual de relevo (n.º 1), acrescentando a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos ao elenco de atos sexuais de relevo qualificados (n.º 2) e punindo quem levar as/os adolescentes a praticarem atos sexuais de relevo com outrem”.

O art. 171.º, n.º 2, do Código Penal, preceitua que a prática de ato sexual é consubstanciada em cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. Tal configuração não é mais tão abrangente e até antiquada, sendo

²³⁵ FERNANDES, Sara Sofia Santos – **Caracterização do Abusador Sexual de Crianças [Em linha]**. 2014. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões. (polic.ª). [Consult. 16 set. 2017]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/632/1/Constru%C3%A7%C3%A3o%20da%20Tese%20PDF.pdf>.

²³⁶ PACHECO, Beatriz – **O crime de atos sexuais com adolescentes: reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima**. Porto, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.ª).

²³⁷ PORTUGAL. Assembleia da República – Lei n.º 59/2007. **Diário da República**. N.º 170, Série I (04 set. 2007), p. 6181-6258 [Em linha]. [Consult. 23 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/59-2007-640142>.

necessário concretizar o que pretendeu o legislador sobrevir ao “ato sexual de relevo”, já que deixou de fora esses precisos atos, ao tipificá-los autonomamente no n.º 2. A jurisprudência portuguesa trata, pormenorizadamente, acerca de outras condutas não dispostas no tipo, como demonstrado em tópico contido adiante.

Importa conceituar o *ato sexual de relevo*, pois, como se extrai da pesquisa, é clara a intenção do legislador de afastar a tipicidade de atos irrelevantes. Nesse norte, cabe encontrar quais atos sexuais constituem ofensa grave à intimidade e liberdade sexual da vítima, e representem constrangimento a sua autodeterminação.

Figueiredo Dias²³⁸, em sua peculiar visão, define ato sexual de relevo como “uma ação de conotação sexual que possui certa gravidade objetiva realizada na vítima, que pode ser abrangido por atos em que a vítima assume uma posição sexual ativa (constranger a ‘praticar’) ou passiva (constranger a ‘sofrer’)”.

O autor²³⁹ cita que existem três posições quanto à definição de ato sexual de relevo e que podem assim ser elencadas: “interpretação objetivista”, pela qual, em atenção a sua manifestação externa, o ato revela uma conexão com a sexualidade; a “interpretação subjetivista”, de acordo com a qual o agente, para além de praticar um ato que revela uma conexão sexual, tem também uma intenção libidinosa; e outra concepção que abrange as anteriores.

Albuquerque faz a distinção entre “**atos sexuais de especial relevo** [...] (cópula, coito anal e oral e penetração vaginal e anal com objetos ou partes do corpo), **atos sexuais de relevo** (atos sexuais com gravidade objetiva), **atos de contacto sexual** (atos sexuais sem gravidade objetiva) e **atos de exibicionismo**”.²⁴⁰

Figueiredo Dias²⁴¹ considera que se deve dar prevalência à interpretação objetivista, uma vez que o motivo de atuação do agente do crime, para a tutela penal, é irrelevante.

Ato sexual de relevo também pode ser entendido como todo aquele que, por sua natureza, conteúdo ou significado, se relacione com a esfera sexual, constituindo limitação à liberdade sexual da vítima. Para Ribeiro²⁴², a intenção libidinosa do agente é desnecessária, como também o é a compreensão do significado sexual do ato.

²³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal**. Lisboa: Leya, 2015, p. 641, realces originais.

²⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *opere citato*.

²⁴² RIBEIRO, Sandra – **O abuso sexual entre menores - uma abordagem entre o Direito e a Psicologia [Em linha]**. Porto, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito Geral, apresentada à Universidade Católica

Sottomayor²⁴³, em sua obra *Temas de Direito das Crianças*, diz que a conceituação de ato de relevo deve ser interpretada por meio do estudo das normas penalistas, já que é utilizado nos tipos legais de crime.

Analisando a jurisprudência, segundo a referenciada autora, a noção de ato de relevo comporta um elemento objetivo e um subjetivo, abrangendo atos que se revistam de gravidade, em virtude do caráter de *ultima ratio* que o direito penal possui no que toca à intervenção social.

Expõe, ainda, que o elemento subjetivo pode estar presente em atos aparentemente insignificantes, mas, devido à intenção com a qual praticados, adquirem caráter sexual que permite sua inclusão na categoria de ato sexual de relevo. Assumem, assim, característica lesiva, afetando a dignidade humana da criança, a sua autonomia e integridade psicológica e social.

Os tipos legais de crime referem-se a um conceito de *ato sexual de relevo* que, devido a preconceitos culturais, a doutrina e a jurisprudência tendem a interpretar restritivamente, não punindo os casos de assédio sexual nas ruas.

A liberdade de andar nas ruas sem ser molestada devia estar consagrada na Constituição; é uma dívida histórica em relação à qual só as mulheres conhecem o dissabor. Para a doutrina, a definição de *ato sexual de relevo* contém outro conceito implícito – o conceito de *ato sexual sem relevo* –, penalmente atípico, porque “não representa um entrave com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima”²⁴⁴.

Lopes e Milheiro²⁴⁵ também contribuem com a tentativa de se conceituar o *ato sexual de relevo*, ressaltando, de antemão, que, apesar de se tratar de conceito indeterminado, resta clara a intenção do legislador de libertá-lo de conteúdos moralistas. Citam, ainda, Figueiredo Dias, para quem o conteúdo é “conceito chave” na matéria dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, mas que diz respeito, sempre, a atos graves e não, por exemplo, um “beliscão passageiro”.

Revisitando a evolução legislativa portuguesa, os autores contam que, no anteprojeto que deu origem ao projeto de 1991, falava-se em “ação sexual”, e não em “ato sexual”, mas a segunda expressão foi a adotada pela Comissão Revisora. Remontam a origem do conceito ao

Portuguesa (polic.ª). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16229/1/ABUSO%20SEXUAL%20ENTRE%20MENORES.pdf>.

²⁴³ SOTTOMAYOR, Clara Maria – **Temas de Direito das Crianças**. Coimbra: Almedina, 2014.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 60.

Código Penal Alemão de 1975, que no seu artigo 184.º define ações sexuais como “aquelas que, em relação com o respectivo bem jurídico protegido, são de alguma maneira relevantes”.

Contudo, o dispositivo germânico não define, concretamente, o conteúdo dessa “ação sexual”, apesar de apontar a necessidade de ser relevante, para o que interessa ao Direito Penal. Nesse sentido, J. L. Diez Ripolles, citado pelos penalistas²⁴⁶, considera necessária a existência de um preceito legal que proporcione um conceito ao que se deve entender por “ação sexual”; referindo-se que “esse conceito deverá fornecer a noção mínima, a qual será bastante por si só em alguns preceitos, mas deverá ser complementada por conteúdos objetivos ou subjetivos específicos, para, em todo o caso, eliminar as ambiguidades existentes a esse respeito com repercussões tão importantes como a discussão relativa a saber se no Direito Penal sexual é exigível sempre um elemento subjetivo do ilícito”.

E mais, arrisca-se a propor, como noção legal para ação sexual: “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 *contexto sexual*, por sua vez, como toda a “situação social para cuja avaliação o autor da conduta, pelo menos, se socorre de juízos de valor referentes ao instituto humano que suscita a atração entre os sexos”.

Rui Pereira²⁴⁷ também se pronunciou sobre a necessidade de definição do conteúdo do ato sexual de relevo, por meio de norma similar à que se dedica a tratar dos crimes contra o patrimônio, apta a definir arrombamento, escalamento, chaves falsas ou marco, mas não a formulou, como também não o fez o legislador português, mantendo omissa, no aspecto formal, a determinação do conteúdo do ato em comento.

Teresa Beleza²⁴⁸ refere que o conceito de *ato sexual de relevo*, “enquanto contraposto, por exemplo ao conceito da Lei canadiana de ‘*sexual assault*’, pode ainda ter uma conotação de ato que viola a medida socialmente adequada de pudor, ou de formas aceitáveis de relacionamento sexual, e não de medida de liberdade”.

Sobre essas manifestações, Lopes e Milheiro²⁴⁹ entendem que a “desmoralização” e a eliminação da ressonância moral no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual impedem que o conceito adotado carregue essa conotação, sob pena de se violar a *ratio*

²⁴⁶ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 61.

²⁴⁷ PEREIRA, Rui Carlos. **Liberdade Sexual, a sua Tutela na Reforma do Código Penal**, Sub Judice, nº 11, janeiro 1996, nota 7, p. 45 *apud* LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015.

²⁴⁸ BELEZA, Teresa Pizarro. **O Conceito Legal de Violação**, Revista do Ministério Público, Ano 15, nº 59, julho/setembro 1994, p. 51 *apud* LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, *opere citato*.

²⁴⁹ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado, *opere citato*, p. 62.

em que assenta a construção dos “crimes sexuais”. Mas admitem que o conceito a ser seguido não dispensa referências a conceitos valorativos sociais, os quais não podem ser ignorados, considerando que pautas morais convencionais ainda disciplinam o comportamento sexual das pessoas.

Admitem que o direito penal, e na situação em debate, o direito penal sexual, evoluindo rapidamente, de sociedade para sociedade e de cultura para cultura, não se compadece com codificações perenes, ideológica e eticamente vinculadas, e que os hábitos e costumes de uma determinada cultura, apesar de servirem de índices ou referências que o intérprete deve buscar para concretizar a ilicitude, não são regra para seguir e aplicar, indiscriminadamente.

Por isso, sublinham que a liberdade sexual de um indivíduo é tutelada, mas não a liberdade sexual de uma comunidade.

Salientam que a existência de conceitos que apelam a concepções morais, como é o caso das “conversas e objetos pornográficos” e “gravação pornográfica”, no art. 171.º, e o crime de “pornografia de menores”, no artigo 176.º, resultante da reforma de 2007, deve ser interpretada de forma restritiva, não ultrapassando o âmbito em que se inserem.

Buscando referências no ordenamento de outros países do bloco, citam o Código Penal Suíço, no qual existe título consagrado aos crimes contra a integridade sexual, após a Lei Federal de 21 de junho de 1991, que modificou o título até então designado como infrações contra os costumes, e no qual está prevista a figura do “ato de natureza sexual” como elemento típico dos vários crimes codificados.²⁵⁰

Como no direito português, a figura não se encontra legal e tipicamente definida, apesar de constituir conceito-chave na construção jurídica dos vários crimes que cobrem as espécies de atos sexuais (homo ou hetero), com exceção da violação que, como tipo específico de crime, está prevista como o ato de penetração sexual da mulher, através de ameaça ou violência.

Além da Suíça, apontam que a introdução do conceito de *ato sexual de relevo*, em 1995, teve na sua origem uma mudança significativa ocorrida, nos finais do século passado, em vários ordenamentos jurídicos que são próximos, em que conceitos próximos foram utilizados.²⁵¹

²⁵⁰ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 63.

Exemplificam que o Código penal Francês, que entrou em vigor em 1.º de março de 1994, foi alterado várias vezes no âmbito da criminalidade sexual – *Loi n° 98-468 du 17 juin 1998, Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003; Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005; Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007; Loi du 13 avril 2016*, e aborda a matéria de crimes contra a liberdade sexual sob sistemática diversa do Código português, integrando-os no âmbito dos atentados à integridade física e psíquica das pessoas.²⁵²

Ainda assim, consagra, ao lado do específico tipo de crime de violação (*viol*), o tipo de crime “outras agressões sexuais” (artigos 222.º.27 e seguintes), como figura que, não tendo definição legal, existe por contraposição à violação, ao assédio sexual e ao exibicionismo, que sendo também “agressões sexuais”, se encontram concretizados nos seus elementos típicos. No entanto, o próprio Código, no seu artigo 222.º.22, define a *agressão sexual* como “um atentado sexual cometido com violência, constrangimento, ameaças ou surpresa”²⁵³.

Lopes e Milheiro²⁵⁴ analisam que, nos primeiros anos de vigência do código, parte da doutrina entendia o “atentado sexual” como sinónimo de atentado ao pudor, mas não parece assim, pelos motivos acima referidos, que a agressão sexual, estabelecida no Código Francês, possa identificar-se de alguma maneira com “ato sexual de relevo”.

Visitando o ordenamento ibérico, constataram que o Código Penal Espanhol, de 1995, no seu título VIII, que tipifica os delitos contra a liberdade sexual, fala, no artigo 178.º, em “agressão sexual”, sem a concretizar: “o que atentar contra a liberdade sexual de outra pessoa, com violência ou intimidação, será castigado como culpado de agressão sexual com pena de prisão de um a cinco anos”²⁵⁵.

Estabelece, no entanto, um tipo de crime qualificado, modificado pelas reformas decorrentes da LO 11/1999, de 30 de abril, e da LO 15/2003, de 25 de novembro, que agrava a pena quando a agressão sexual consiste no “acesso carnal, por via vaginal, anal ou bucal ou introdução de membros corporais ou objetos através de algumas das primeiras vias”²⁵⁶.

O Código penal Italiano, por sua vez, quanto à matéria dos crimes sexuais, pela Lei de 15 de fevereiro de 1996 e pela Lei 6 de fevereiro 2006, n.º 38, alterou a estrutura da criminalidade sexual, criando vários tipos em que, como nos códigos português e espanhol, se

²⁵² LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 63.

²⁵³ *Ibidem*, p. 64.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 65.

²⁵⁵ *Ibidem*, loco citato.

²⁵⁶ *Ibidem*, loco citato.

criminalizam apenas atentados contra a liberdade sexual. O tipo fundamental – artigo 609.º *bis* (*Violenza sessuale*) – prevê como conduta penalmente relevante o “constrangimento de alguém com violência, ameaça ou abuso de autoridade a cometer ou suportar ato sexual”. Para a doutrina italiana, “Ato sexual” é entendido como “qualquer ato que seja expressão do instinto sexual”²⁵⁷.

²⁵⁷ LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais**: análise substantiva e processual. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 65.

4 A DIFERENCIAÇÃO E RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO À LIBERDADE E À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DOS ADOLESCENTES

A doutrina se aprofunda nas discussões e diferenciações entre a proteção da liberdade e da autodeterminação sexual dos adolescentes, a exemplo de Steinmetz e Seger²⁵⁸, que preceituam que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro elencou, entre os direitos fundamentais do indivíduo, a intimidade e a vida privada, assegurando, por consectário lógico, a respectiva inviolabilidade.²⁵⁹ As posições tuteladas por esses direitos, somadas à liberdade de ação (CRFB, art. 5.º, *caput*, e II), compõem a essência do núcleo da autonomia da pessoa e do seu poder de autodeterminação.

Acerca da dignidade sexual, compreende-se que varia do princípio da dignidade da pessoa humana, além de se basear no conceito de *intimidade*, os quais encontram fundamento no art. 1.º, inciso III, e art. 5.º, inciso X, da CFRB de 1988.

A liberdade, além bem jurídico dos mais importantes, ao lado do direito à vida e à saúde, segue sendo um dos mais desrespeitados e é frequentemente utilizado como intermédio contra outros bens jurídicos.²⁶⁰

O autor continua, ao discorrer sobre o assunto, oferecendo um conceito para a *liberdade sexual*, entendida como a faculdade individual de escolha, não apenas do parceiro, mas de quando, onde e como exercitá-la. Caracteriza-a como bem jurídico autônomo, distinto da liberdade genérica, pelo que merece proteção penal específica.

Sobre o conceito de *liberdade sexual*, Jimenez²⁶¹ também preceitua: “Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais”.

Nesse diapasão, a liberdade sexual é ramo da vida privada do indivíduo, inserindo-se na sua esfera de intimidade, e permite que oriente sua sexualidade como e com quem lhe

²⁵⁸ STEINMETZ, Wilson; SEGER, Juliano dos Santos – Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: a relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Vol. 18, n.º 18 (jul./dez. 2015), p. 275-291.

²⁵⁹ CF, art. 5.º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4.

²⁶¹ BORJA JIMENEZ, Emiliano – **Curso de Política Criminal** [Em linha]. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Branch, 2011, p. 125. [Consult 23 set. 2017]. Disponível em WWW:<http://nunezdearco.com/PDF/politica%20criminal%20BORJA.pdf>.

aprouver. Além disso, Steinmetz e Seger²⁶² classificam o direito à liberdade como norma principiológica, pelo que o ordenamento, dentro dos limites fáticos e jurídicos compreendidos, deve tentar lhe garantir eficácia máxima.

Pacheco²⁶³ aduz que a liberdade sexual é direito assegurado também no texto da Constituição Portuguesa²⁶⁴ (já mencionados anteriormente) e é tutelada tanto na sua vertente negativa, como na sua vertente positiva. A primeira consiste no “direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância, enquanto a segunda se traduz no direito de cada pessoa dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la [...] quando, com quem e como quiser, mas sempre sem prejuízo dos direitos de terceiros”.

No CPP, o título se encontra dividido em duas secções: a de crimes contra a liberdade sexual e a de crimes contra a autodeterminação sexual. Ensina Figueiredo Dias²⁶⁵ que, em verdade, o bem juridicamente protegido em qualquer das duas é o mesmo, ou seja, a liberdade e a autodeterminação sexual, mesmo porque difícil, senão impossível, traçar a linha de fronteira que as separaria. Esclarece, ainda, que a distinção de denominação se justifica pelo fato de a secção segunda proteger situações que não seriam consideradas crimes se praticadas entre adultos, ou seriam, mas em conceitos mais específicos, ou de menor gravidade; e que só são compreendidas como delitivas, por afetarem menores de idade, tutelando-se, aqui, o livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual.

Ramos²⁶⁶ entende a liberdade sexual como: “não só a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, como a liberdade de opção e de actuação de cada um no domínio da sexualidade, mas também como o direito de cada um a não suportar de outrem a realização de actos de natureza sexual”.

Importa dizer, portanto, que o Direito Penal não deve limitar a liberdade sexual, mas garantir que seja exercida de acordo com a autonomia da livre determinação pessoal nessa

²⁶² STEINMETZ, Wilson; SEGER, Juliano dos Santos – Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: a relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Vol. 18, n.º 18 (jul./dez. 2015), p. 275-291.

²⁶³ PACHECO, Beatriz – **O crime de atos sexuais com adolescentes: reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima**. Porto, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.^a).

²⁶⁴ PORTUGAL – **Constituição da República Portuguesa [Em linha]**. Lisboa, 02 abr. 1976. [Consult. 20 maio 2017]. Disponível em WWW:<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

²⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – **Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999.

²⁶⁶ RAMOS, Fernando João Ferreira – Notas sobre os Crimes Sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei nº 92/VI. **Revista do Ministério Público**. Ano 15, n.º 59 (jul.-set. 1994), p. 29-49, p. 30.

matéria, na esfera privada da vida adulta, pautando sua intervenção nos princípios da necessidade e dignidade pessoal.

De fato, o estabelecimento dessa proteção legal decorre dos pressupostos de livre manifestação da vontade, inerentes ao conceito de *liberdade*, além de se saber que as experiências sexuais, durante a adolescência, são importantes na direção ou reforço do fluxo da preferência sexual do menor, tornando imprescindível que, nessa fase de formação da personalidade, se priorize um desenvolvimento saudável dessa esfera da vida humana, por meio da proteção da sua liberdade, para que, no futuro, decida seu comportamento sexual.

4.1 A conceituação de *autodeterminação sexual e melhor interesse do adolescente* previstas no código português

Como leciona Sampaio²⁶⁷, “a autodeterminação sexual, que se encontra no centro de toda vida privada, pode ser compreendida como a possibilidade de cada indivíduo de viver livremente sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio da identidade sexual, que engloba a livre escolha de seus parceiros e a oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais”.

Nos ensinamentos de Lopes²⁶⁸, a criminalização das práticas de condutas sexuais contra menores de idade não pretende tutelar um padrão de comportamento ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas, mas proteger uma vontade individual que não foi completamente desenvolvida, parcialmente autônoma, dos abusos que sobre ela, porventura, um agente execute, aproveitando-se da inexperiência do menor para com ele realizar ações sexuais bilaterais, capazes de lhes causar danos irreparáveis. Reconhece-se, implicitamente, o direito à sexualidade como bem tutelado no âmbito da liberdade individual, mas também numa fase inicial ou de desenvolvimento, que, dadas suas características, carece de tutela jurídica.

²⁶⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite – Comentário ao artigo 5º, X. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.) – **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 276-285.

²⁶⁸ LOPES, José António Mouraz – Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 3, n.º 10 (abr.-jun. 1995), p. 47-51.

4.2 A existência e a proteção ao direito à autodeterminação sexual

Pacheco²⁶⁹ ensina que a liberdade e a autodeterminação sexual se relacionam com um bem jurídico complexo, pois sua tutela se presta não somente à proteção do desenvolvimento da personalidade sexual do menor, mas inclui a qualidade de uma vida livre de danos psíquicos que possam se projetar no futuro, afetando sua vida adulta.

Como afirma Cunha²⁷⁰, a especial proteção penal assegurada às crianças e aos adolescentes justifica-se plenamente em decorrência da sua particular vulnerabilidade.

Dito isso, observa-se que tanto Brasil quanto Portugal são signatários da Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual declara, em seu art. 34.º, a obrigação do Estado de prever todas as medidas possíveis para a proteção dos menores de todas as formas de violência e de exploração sexual.

No que tange à legislação portuguesa, o art. 69.º, n.º 1 da CRP estabelece que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral.” Daqui resulta que, ao mesmo tempo em que o Estado é obrigado a assegurar seus direitos à dignidade, segurança, saúde, desenvolvimento da personalidade, integridade física e psíquica, toda a sociedade (adultos) lhes deve um grau acrescido de respeito. No Brasil não é diferente, visto que a tutela do bem-estar da criança e do adolescente se caracteriza, igualmente, como obrigação do Estado, da sociedade e da família.

Destarte, o direito penal dos dois países sofreu uma evolução positiva ao longo do tempo e assumiu uma *ratio legis* diferenciada daquela de antigamente, prezando pela proteção do bem-estar e do livre desenvolvimento da personalidade das/dos adolescentes. Está em causa, como já discutido, a tutela de um bem jurídico complexo na medida em que, apesar de o núcleo de proteção ser a liberdade e autodeterminação sexual, se tutelam outros direitos dos adolescentes, consabidos e universalmente fundamentais, tais como a dignidade, a saúde, a integridade física e psíquica, a segurança e a autoestima.

²⁶⁹ PACHECO, Beatriz – **O abuso sexual e as adolescentes: Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal**. Porto: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2013.

²⁷⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – Da criminalização do “Grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”. In COSTA, José de Faria *et al.* (org.) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Vol. 1. p. 399-418.

5 DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO CONSENTIMENTO E IDADE DA VÍTIMA. PALAVRA DA VÍTIMA. CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS SEXUAIS DE RELEVO

No ordenamento jurídico brasileiro, antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, pairava uma discussão sobre a presunção de violência e do consentimento do menor de 18 anos, nas hipóteses de ofensas sexuais.

Em relação à jurisprudência, Haas²⁷¹ explica que, apesar de inúmeras controvérsias, o Supremo Tribunal Federal adotava o entendimento de que a presunção de violência tinha natureza absoluta.

Ementa de acórdão do STF sobre julgamento de recurso extraordinário n.º 116.649-5, datado de 09 de setembro de 1988, publiciza que a “presunção legal de violência não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida.”²⁷²

Com a entrada em vigor da Lei n.º 12.015/2009, o sistema de presunção de violência foi ultrapassado, dando espaço à objetividade fática, uma vez que, nos moldes da legislação vigente, o consentimento da vítima ou eventual situação de promiscuidade em que se encontre (prostituição, por exemplo) independem para a configuração do crime, decorrendo esta de uma presunção *juri et juri* (absoluta).

Como assinala Nucci²⁷³, ainda que haja consentimento do ofendido, ou que este não reclame do fato, em momento posterior, ou, ainda, que manifeste ter apreciado, o legislador considera que, por regras de experiência, é vedada qualquer prática sexual com tais pessoas, pela insuficiência do seu discernimento e pela ausência de condições de autorizar o ato; logo, da sua vulnerabilidade biológica decorre a presunção de “violência” para a prática do sexo.

Carvalho²⁷⁴ aparenta concordar com o entendimento de Nucci, ao lecionar que o tipo penal do estupro de vulnerável, por exemplo, dispensa o elemento da violência de fato ou

²⁷¹ HAAS, Adriana Amaral – **Tutela penale dell'Intangibilità Sessuale del Minore in Brasile e in Italia. Un'analisi dei reati di Stupro dei vulnerabili e Atti sessuali con minorenne** [Em linha]. Tese de Doutorado em Direito Penal, apresentada à Università degli Studi di Palermo (polic.ª). [Consult. 08 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://iris.unipa.it/handle/10447/221232>.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário n.º 116.649-5/PR** [Em linha]. Relator: Octávio Gallotti. Julgamento: 09 set. 1988. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 14 out. 1988. [Consult. 15 set. 2019]. Disponível em WWW:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206487>.

²⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza – **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁷⁴ CARVALHO, Isadora Chaves – A tipificação contida no art. 217-A (Estupro de vulnerável) se aplica a todos os casos ou haveria exceção? Esse tipo penal é fechado, incontestável ou o programa da norma poderia ser relativizado em alguns casos? [Em Linha]. **Jus Navigandi**. (set. 2018). [Consult. 24 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://jus.com.br/artigos/69167/a-tipificacao-contida-no-art-217-a-estupro-de-vulneravel-se>

presumida, sendo suficiente que o agente estabeleça conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de catorze anos, de acordo com o previsto no art. 217.º-A do CPB, com redação dada pela citada Lei n.º 12.015/2009. Assim, em nada altera a consumação delitiva o fato de a vítima ter prévia experiência sexual ou o comportamento que ela assume perante a sociedade.

Souza²⁷⁵ resume, colocando que, para o grupo considerado “vulnerável” pela lei penal brasileira, não importa mais a discussão sobre o consentimento ou dissenso válido da vítima, sendo irrelevante qualquer manifestação de concordância (sequer de vontade) da vítima com menos de 14 anos, ou se detinha experiência anterior, já que a presunção de violência ostenta caráter legal absoluto.

Nesse sentido, segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil²⁷⁶: “1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, ‘a’, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime”.

Cumpra-se realçar que, para o crime em comento, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o erro de tipo como única possibilidade de afastar sua incidência. Indo ao encontro disso é a lição de Gonçalves²⁷⁷: “Apenas o erro de tipo (que não se confunde com presunção relativa) é que pode afastar o delito, quando o agente provar que, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, pensava que a moça, que concordou em ter com ele relação sexual, já tinha 14 anos ou mais, por ter ela, por exemplo, mentido a idade e ter desenvolvimento corporal precoce”.

No que pertine ao erro de tipo específico, é importante que se diga que o erro deve incidir sobre a idade da vítima, e não sobre a situação de vulnerabilidade. Nesse sentido, “o agente não sabia que estava fazendo sexo com alguém menor de 14 (quatorze) anos. Como não se pune a modalidade culposa, a conduta é atípica. Entrementes, é evidente que o erro só ocorrerá naquelas situações em que a vítima, de fato, aparenta ser maior de 14 (quatorze)

[aplica-a-todos-os-casos-ou-haveria-excecao-esse-tipo-penal-e-fechado-incontestavel-ou-o-programa-da-norma-poderia-ser-relativizado-em-alguns-casos#_ftnref3](#).

²⁷⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano – **Direito penal**. Volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial n.º 1.021.634/SP**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 10 set. 2010. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJ, 04 out. 2010 [Em linha]. [Consult 10 out. 2020]. Disponível em WWW:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16975562/recurso-especial-resp-1021634-sp-2008-0003201-1/inteiro-teor-16975563>.

²⁷⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

anos. Contudo, atenção: o erro de tipo deve incidir sobre a idade da vítima, e não sobre a vulnerabilidade. Portanto, se o agente, sabendo que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos, com ela faz sexo, sob o argumento de que não a considerava vulnerável, pois se prostitui, ocorrerá o delito do art. 217.º-A, pois a presunção de violência é absoluta”²⁷⁸.

Castro e Silva²⁷⁹ afirmam que se pode considerar, a partir desse pensamento, que a lei adota o critério objetivo da idade do ofendido, classificando como sujeitos passivos do artigo 217.º-A todos os menores de 14 anos.

Em resumo, havendo ou não o emprego de violência ou grave ameaça, o crime será sempre o de estupro de vulnerável, se a vítima figurar entre as hipóteses do art. 217.º-A e seu § 1.º.

Importante discussão tratada na jurisprudência brasileira se dá acerca da palavra da vítima. Em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal defende que a palavra da vítima deve assumir relevante valor probante, vez que os crimes dessa natureza costumam ocorrer às escondidas, longe de testemunhas.

A descrição da vítima, em pormenores, do ato sexual a que foi submetida, somada a outros meios de prova, como a avaliação psicológica utilizada na investigação de práticas distintas da conjunção carnal, e que não deixam vestígios físicos, são suficientes para ensejar condenação.

Retornando ao direito português, muitos doutrinadores, na afirmação de Pacheco²⁸⁰, consideram ilegítima a intervenção penal nos relacionamentos sexuais entre adultos e adolescentes, desde que estes consentam com tais práticas, como se a simples anuência de adolescentes tornasse tudo livre de repercussões. Segundo a autora, enquanto alguns autores questionam como a inexperiência pode afetar o consentimento, para ela a resposta é bastante simples, “pois numa situação de abuso da inexperiência, o consentimento prestado para o ato sexual não é nem esclarecido, nem autêntico, nem espontâneo, sendo viciado, determinado por influências externas, manipuladoras e fraudulentas”.

Como demonstra jurisprudência de 2012 do Tribunal da Relação do Porto, nem mesmo aspectos culturais de um grupo étnico são capazes de afastar o positivado no CPP.

²⁷⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁷⁹ CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da – Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. Vol. 7, n.º 2, p. 87-136, 2016.

²⁸⁰ PACHECO, Beatriz – **O abuso sexual e as adolescentes: Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal**. Porto: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2013.

Descritores: ATOS SEXUAIS COM ADOLESCENTES
MEDIDA DA PENA
PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Processo: 297/11.0JAPRT.P1

Relator: MELO LIMA

Data do Acórdão: 17/10/2012

[...]

II – O facto de a idade núbil, pelos costumes da etnia cigana, ser mais baixa que a prevista na lei civil não interfere com a previsão da lei penal ao punir quem logre obter relacionamento **sexual** com menor de 14 anos explorando e/ou aproveitando a sua inexperiência e a sua debilidade intelectual [art. 173.º do CP].²⁸¹

Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, relatado por Maria Deolinda Dionísio, reforçam o entendimento no sentido de que o consentimento dado por menores de 14 anos é irrelevante:

Descritores: CRIMES SEXUAIS
BEM JURÍDICO TUTELADO
IDADE DO MENOR

Processo: 1298/09.4JAPRT.P1

Relator: MARIA DEOLINDA DIONÍSIO

Data do acórdão: 04/06/2014

Sumário:

I – Os crimes sexuais protegem, por um lado, a liberdade sexual dos adultos; e, por outro, o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade, considerando-se aqui que, determinados actos ou condutas de natureza sexual podem, mesmo sem violência, em razão da pouca idade da vítima prejudicar gravemente o seu crescimento harmonioso e, por consequência, o livre desenvolvimento da sua personalidade.

II - No domínio dos crimes sexuais relativamente a menores, o legislador optou, muitas vezes, por uma protecção escalonada em razão da idade, reconhecendo que tal circunstância confere especificidades ao bem jurídico protegido que justificam a autonomia da densificação normativa típica.

III – Assim, no abuso sexual de crianças [art. 171º] é punido quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o importunar com acto de carácter exibicionista ou ainda sobre ele actuar por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos.

IV - Nos crimes de abuso sexual de dependentes [art. 172º] e prostituição de menores [art. 174º] confere-se protecção a menores com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos.

V - No crime de actos sexuais com adolescentes [art. 173º] protege-se a faixa etária dos menores entre os 14 e os 16 anos relativamente a actos sexuais de relevo.

[...]

Decisão integral:

Assim, este crime pressupõe acto consentido pelo menor, embora tal consentimento seja o resultado da sedução exercida pelo adulto que, mercê dos conhecimentos e domínio que possui, explora e aproveita as fragilidades de alguém que, face à jovem idade, ainda não desenvolveu totalmente a sua personalidade e, por consequência, não domina inteiramente os meandros da sexualidade.²⁸²

²⁸¹ PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 297/11.0JAPRT.P1** [Em linha]. Relator: Melo Lima. Porto, 17 nov. 2012. [Consult. 24 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0298a0eebb5f4acc80257aad005379e6?OpenDocument&Highlight=0,consentimento,adolescente,sexual,viola%C3%A7%C3%A3o>.

²⁸² *Idem*. Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 1298/09.4JAPRT.P1** [Em linha]. Relatora: Maria Deolinda Dionísio. Porto, 04 jun. 2014. [Consult. 23. Fev. 2022]. Disponível em

Diante dos julgados colacionados, extrai-se que a decisão se alinha ao entendimento de que o adolescente menor de 14 anos não é capaz de oferecer consentimento, posto que ainda não tem sua personalidade formada e, portanto, não tem sua capacidade de decisão plenamente desenvolvida.

A decisão supradestacada cita os atos sexuais de relevo, insuficientemente descritos na lei portuguesa, mas amplamente descritos em diversas das decisões tomadas nos tribunais do país e por doutrinadores, como visto em tópico anterior.

Lopes²⁸³ elenca exemplos de ato sexual de relevo: um beijo de língua, a excitação do clitóris, passar as mãos nas coxas, seios e órgãos sexuais, a masturbação, com ou sem ejaculação, entre outros.

Já dentre a jurisprudência lusa, temos vários exemplos do que possa constituir ato sexual de relevo:

ACTO SEXUAL DE RELEVO
RECURSO CRIMINAL Nº 441/11.8JALRA.C1
Relator: BELMIRO ANDRADE
Data do Acórdão: 24-04-2013
Tribunal: 2º JUÍZO DO TRIBUNAL JUDICIAL DE ALCobaça
Legislação: ARTIGOS 171º NºS 1 E 2 E 172º CP
Sumário:
- O crime do art. 172º, por remissão, para o n.º 1 ou 2 do art. 171º, prevê indistintamente, as duas situações previstas nos dois preceitos: “ato sexual de relevo” ou “ato sexual de relevo que consista em cópula” ou conceito análogo de penetração;
- Assim o crime, recortado para o ato sexual de relevo, fica consumado ainda que não haja cópula;
- Consubstancia a prática de um ato sexual de relevo a conduta do pai que, entrando no quarto da filha, entra na cama desta e tirando-lhe as calças do pijama, começa a apalpar os seios, as nádegas e a vagina enquanto perguntava – “Queres?” e tentava introduzir o pénis na sua vagina, o que não conseguiu porque a ofendida disse repetidamente que não, fez força e conseguiu fugir.”²⁸⁴

No mesmo sentido destaca-se:

ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS. ACTO SEXUAL DE RELEVO
RECURSO CRIMINAL Nº 204/10.8TASEI.C1
Relator: MARIA PILAR DE OLIVEIRA
Data do Acórdão: 05-06-2013
Tribunal: 1.º JUÍZO DO TRIBUNAL JUDICIAL DE SEIA
Legislação: ARTIGO 171.º, N.º 1, DO CP
Sumário:

WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a6f74f25797992f980257cfc002e45cc?OpenDocument>.

²⁸³ LOPES, José António Mouraz – **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal**. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

²⁸⁴ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra – **Acórdão n.º 441/11.8JALRA.C1** [Em linha]. Relator: Belmiro Andrade. Coimbra, 24 abr. 2013. [Consult. 24 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/8578108a85e0acb480257b640052e98f?OpenDocument>.

I - É acto sexual de relevo todo o que tenha uma natureza objectiva estritamente relacionada com a actividade sexual, ou seja, que normalmente apenas seja praticado no domínio da sexualidade entre pessoas.

II - Manifestamente, circunscrevem-se nesse domínio os casos traduzidos em acariciar/apalpar nádegas e a parte interior das coxas, actos preliminares do acto sexual final que conduz ao orgasmo.²⁸⁵

Destaque-se mais um acórdão do Tribunal de Relação do Porto sobre a matéria:

Descritores: CRIME DE COACÇÃO SEXUAL

ACTO SEXUAL DE RELEVO

Processo: 1159/11.7JAPRT.P1

Relator: ALVES DUARTE

Data do acórdão: 13/03/2013

Sumário:

I – Acto sexual é o comportamento que objectivamente assume um conteúdo ou significado reportado ao domínio da sexualidade da vítima, podendo estar presente um intuito libidinoso do agente, conquanto a incriminação persista sem esse intuito.

II - Considera-se acto sexual de relevo o comportamento pelo qual um homem adulto dá beijos na boca, mexe nos seios, mexe na vagina de uma menor de doze anos, ainda que por sobre a roupa, e lhe exhibe o pénis, perguntando-lhe se gostava do que tinha visto.²⁸⁶

Como se pode observar, doutrina e jurisprudência suprem a lacuna deixada pelos legisladores no que tange a uma definição concreta para um elemento tão importante na configuração de ilícitos sexuais quanto os atos sexuais de relevo.

²⁸⁵ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra – **Abuso sexual de crianças. Acto sexual de relevo** [Em linha]. Relatora: Maria Pilar de Oliveira. Coimbra, 05 jun. 2013. [Consult. 23 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://trc.pt/recpen204108taseic1/>.

²⁸⁶ *Idem*. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 1159/11.7JAPRT.P1** [Em linha]. Relator: Alves Duarte. Porto, 13 mar. 2013. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/6cdd73cf64c9ab4f80257b3b004bd9a7?OpenDocument>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Baseado nas considerações expendidas ao longo deste trabalho, o estudo se dedicou a abordar o contexto dos crimes sexuais contra adolescentes (vulneráveis ou não) e o entendimento sobre o bem jurídico protegido. A questão dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes requer, como demonstrado, uma atenção às várias especificidades que compõem a matéria legislada e seu dinamismo frente à realidade, para que a *norma agendi* de proteção à criança e ao adolescente não se torne uma solução jurídica simbólica.

As afirmações dos autores que compõem a fundamentação teórica desta dissertação permitem constatar que práticas sexuais são sancionadas criminalmente, quando atentam contra as conjecturas ético-legais que definem as relações carnavais admitidas pela sociedade, legitimadas pelos costumes e reconhecidas pela vida social, como propícias ao desenvolvimento de uma existência humana mais harmoniosa.

Além disso, referidas conjecturas ético-legais devem ser entendidas como se referindo à honestidade e liberdade sexual, compreendido nesta o direito de toda pessoa capaz decidir participar em atos de natureza carnal, mas, também, como aquelas denominadas pela criminologia como comportamentos desviantes, que requerem o processo de controle criminal nos casos de atos sexuais incompatíveis com as normas culturais e sociais de um determinado corpo social.

Visto desta forma o crime sexual, foi necessário dedicar-se às suas vítimas, vez que o delito exige uma ou mais pessoas como referência passiva do comportamento criminoso. Nesse sentido, pode-se extrair que as vítimas de crimes sexuais, além de serem os sujeitos que recebem, diretamente, a ação do agressor, são aquelas atacadas em outros aspectos das suas vidas pelo comportamento criminoso e desse fenômeno decorrem as várias vertentes para a tutela do bem jurídico protegido pelo Código Penal brasileiro e pelo Código Penal português, tais como a intimidade sexual, o bem-estar sexual, a integridade pessoal e intangibilidade sexual da criança e do adolescente.

Notadamente, ao delimitar as vítimas ao grupo constituído por crianças e adolescentes e ao compreender que o crime sexual contra esses jovens deve ser visto como um comportamento criminoso, cuja finalidade é a satisfação do apetite sexual desviado do sujeito ativo, verificou-se, na presente dissertação, que a interpretação objetiva das duas fórmulas jurídicas (ordem jurídica brasileira e a ordem jurídica portuguesa) aponta para a segurança do desenvolvimento integral dos indivíduos por elas considerados vulneráveis, compreendendo essa categoria do desenvolvimento humano como paradigma de proteção integral à vida dos

menores, pois, se assim entendido o melhor interesse, deve ser considerado como uma direção de comportamento social, público e privado, orientada para a conquista e o efetivo gozo dos direitos por parte da criança e do adolescente, na medida em que o desenvolvimento integral e o interesse superior são concebidos como uma unidade indissolúvel.

Por isso dizer que, em matéria de crimes sexuais, a violação não se dá somente sobre regras de direito penal, mas afrontam, consoante visto na jurisprudência portuguesa e brasileira, valores que constituem o melhor interesse da criança e do adolescente.

Com base na investigação do presente estudo, pode-se afirmar que crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual criminoso carecem de proteção real, e esta deve ser a mais ampla possível, pois sua falta constitui facilitador dos crimes.

Em uma perspectiva macro, verificou-se que o Direito Penal substantivo contido nos Códigos Penais visitados, ao representar o ordenamento jurídico luso-brasileiro, como em qualquer Estado de Direito e da Justiça²⁸⁷, busca promover a proteção da criança e do adolescente contra crimes sexuais, criando normas regentes e tipificando condutas que constituem o sistema penal material de cada país, conforme exposto neste estudo.

Nesse sentido, vida, integridade corporal, saúde, honra, liberdade, propriedade, meios ambientes, entre outros, são bens que existem e são válidos para seus titulares e para a sociedade antes do sistema legal reconhecê-los. O direito penal toma a decisão para preservá-los em atenção ao significado desses valores e à necessidade de garantia do desenvolvimento da pessoa e da coexistência pacífica. Entre esses, o bem jurídico protegido frente à liberdade sexual é de grande relevância, dado seu impacto na dignidade da pessoa.

Em crimes sexuais, o direito legal violado é o de liberdade sexual, ou seja, a faculdade que cada pessoa tem de se autodeterminar no campo da sua sexualidade, limitada por dois requisitos: o conhecimento total do conteúdo e escopo de uma relação sexual e a manifestação voluntária e consentimento livre para participar de tal relacionamento – o que se criminaliza, portanto, é a liberdade sexual em seu sentido negativo ou passivo, e supõe a capacidade de rejeitar intromissão indevida ou indesejada no campo da própria sexualidade.

²⁸⁷ De acordo com Capez, refere-se à lei que cria penas e que condiciona a sua aplicação ao comprovado cumprimento dos seus princípios norteadores, é considerada área substantiva do sistema penal, na medida em que é criadora de normas materiais ou substantivas, sem as quais o Direito Penal não existiria. Consequentemente, pode-se dizer que essas normas representam a parte substancial do sistema penal. Para a aplicação do Direito Penal Substantivo, o Estado de Direito e Justiça conta com outras normas, criadoras e reguladoras da conduta dos órgãos que têm o dever de aplicar sanções penais aos autores dos crimes. Ver mais em CAPEZ, Fernando – **Curso de Direito Penal-Legislação Penal Especial**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Ao compreender o bem jurídico protegido para crimes sexuais contra crianças e adolescentes, vê-se, também, que existem outros valores protegidos, indiretamente, pelo crime de agressões sexuais, que vão além da dignidade pessoal, privacidade, bem-estar sexual, e levam em consideração o risco psíquico, o risco de uma gravidez indesejada ou contágio de uma doença transmitida que, de fato, não constituem o objeto formal do crime. No entanto, sendo inegável que essas consequências colaterais afetam o desenvolvimento da personalidade e de vida das crianças e adolescentes, encontram-se no espectro de proteção da tutela penal.

Nessa linha de intelecção, vê-se que o abuso sexual infantil (expressão abstrata) é gênero que inclui diversas espécies de tipos, de verbos-núcleos, condutas dos agentes que ensejarão a configuração dos crimes sexuais, entre eles estão incluídos: “estupro ou violação, pornografia, exposição de menor a atos sexuais de outros, prostituição, exploração sexual de menores, etc.”²⁸⁸

Sobre o avanço legislativo, viu-se, por exemplo, que o estupro já foi classificado como insulto à moral da sociedade e das famílias, de modo que se via a dignidade sexual da pessoa como uma questão menor, secundária, aquém, pois a norma aplicável se atinha muito mais à ofensa da moral do que à proteção do ser humano em si.

Sob a perspectiva da evolução legislativa aqui retratada, o Código Penal Brasileiro trouxe no bojo do “Título VI - Dos Crimes sexuais contra vulneráveis - Capítulo II - os Crimes Sexuais contra vulnerável”, por implemento da Lei n.º 12.015/2009, como alteração mais relevante, que tanto a conjunção carnal quanto o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado em face de menor de 14 (catorze) anos, configurariam o crime de estupro de vulnerável (pena: de 8 a 15 anos), não sendo discutível o consentimento ou o comportamento da vítima, em relação ao fato de já ter tido relação sexual anteriormente.

Ademais, destaca-se que a legislação supracitada considerou ainda vulnerável, na forma da lei, os atos cometidos em face de “alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

²⁸⁸ ESTES, Richard J. – **The sexual exploitation of children: A Working Guide to the Empirical Literature [Em linha]**. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania. Aug. 2001. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:https://web.archive.org/web/20091122123053/http://www.sp2.upenn.edu/~restes/CSEC_Files/CSEC_Bib_August_2001.pdf.

Outrossim, ainda há descrição de fatos típicos próprios, qualificados, com pena agravada, para os casos em que o crime resulta em lesão grave (pena: de 10 a 20 anos) ou morte (pena: de 12 a 30).

Em termos comparativos, o Código Penal Português conceitua criança, como a legislação brasileira tratou o vulnerável, o menor com idade inferior a 14 anos, consoante se extrai do art. 171.º: “Abuso sexual de crianças, da Secção II, Crimes contra a autodeterminação sexual”

Assim, nos moldes do referido artigo, quem comete ato sexual de relevo em face de menor de 14 anos ou leva-o à prática com outra pessoa pode ensejar condenação à pena de prisão de 1 a 8 anos. A legislação traz algumas hipóteses de configuração do relevo, entre elas: “cópula, coito anal ou oral, ou ainda a introdução na vagina ou no ânus de qualquer parte do corpo ou mesmo objetos, a pena de prisão é aumentada para de 3 a 10 anos”²⁸⁹; a jurisprudência portuguesa trata, pormenorizadamente, acerca de outras condutas não dispostas no tipo.

É interessante a limitação dada no Código português, de modo que cada conduta já especificada (o que não impede a análise no caso concreto de conduta que se assemelhe a uma das descritas no tipo) tem a respectiva pena aumentada, de acordo com a gravidade do ato, não deixando o tipo tão aberto como ocorre na legislação brasileira.

No que pertine ao inciso 3, do artigo 171.º, é necessário registrar que traz em seu rol outras condutas típicas, quais sejam: “a) importunar menor de 14 anos, praticando ato previsto no art. 170º; ou b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos; c) Aliciar menor de 14 anos a assistir abusos sexuais ou atividades sexuais; é punido com pena de prisão de até 3 anos”.

Os tipos penais deste inciso trazem condutas em que se exibam conteúdos inapropriados, inadequados ou se utilize, com conteúdo pornográfico, da imagem dos menores de 14 anos. Crimes como o descrito também têm previsão na legislação extravagante brasileira, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que, de modo geral, deixa inequívoca a preocupação dos dois países em proteger, integralmente, os adolescentes, no contexto de sua autodeterminação e como pessoa em desenvolvimento.

No que tange ao número 4, trata da hipótese da obtenção de lucros, no caso da consumação das condutas do inciso 3, tendo como previsão um rigor na aplicação da pena

²⁸⁹ PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

(prisão de 06 meses a 5 anos). Ainda no viés de comparação das legislações, destaca-se que a tentativa é admitida nos dois ordenamentos jurídicos.

No trabalho, ao serem colacionados julgados de relevância que trazem em seu conteúdo matérias de base para a presente discussão, vê-se que a jurisprudência, tanto brasileira quanto portuguesa, finda por sinalizar o melhor caminho a seguir; por exemplo, a questão do consentimento da vítima nos Tribunais brasileiros, em que o Superior Tribunal de Justiça, após alguns anos, decidiu que não deve alterar em nada a consumação do crime, se a vítima tenha menos de 14 anos, ainda que já tenha tido relação sexual anterior, pois a violência é presumida.

Merece destaque, também, o reconhecimento, pelos Tribunais, da relevância da palavra da vítima, vez que, na maioria dos casos, os crimes ocorrem às ocultas, longe de olhares de testemunhas, de modo que a narrativa da vítima, acompanhada de outros elementos, é valorada como forte elemento de prova.

Diante do paralelo jurisprudencial apresentado, pode-se ver que os dois países evoluíram no sentido de melhorar suas legislações, seus sistemas de proteção aos adolescentes, descrevendo mais condutas típicas como crimes, prevendo sanções mais severas, e, muito embora existam algumas diferenças entre si, Brasil e Portugal caminham no mesmo rumo, na melhoria e intensificação de legislações modernas, que atendem os anseios atuais das suas respectivas sociedades.

Sugere-se, para trabalhos futuros, uma análise comparativa dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes nas ordens jurídicas latino-americanas, com abordagem hermenêutica das matérias legisladas em prol de evidenciar as similitudes e diferenças, haja vista que se tem poucas produções científicas nesta esfera.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto – **Comentário do Código Penal**. Lisboa: Leya, 2015. ISBN 978-9725405994.
- ANTUNES, Maria João – Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores [Em linha]. **Julgar**. N.º 12 (2010), p. 153-161. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>. ISSN 2183-3419.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de – Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança? **Revista Virtual de Textos e Contextos**. Vol. 01, n.º 05 (nov. 2006), p. 12-16. ISSN 1677-9509.
- BASTOS, Miguel Faria. Estupro e violação [Em linha]. **Ciberdúvidas da Língua Portuguesa**. Lisboa, 19 jan. 2004. [Consult. 21 mar. 2022]. Disponível em WWW:<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/estupro-e-violacao/11939>.
- BITENCOURT, Cezar Roberto – **Tratado de Direito Penal – Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 4. ISBN 978-8547229672.
- BORJA JIMENEZ, Emiliano – **Curso de Política Criminal** [Em linha]. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Branch, 2011. [Consult. 23 set. 2017]. Disponível em WWW:<http://nunezdearco.com/PDF/politica%20criminal%20BORJA.pdf>. ISBN 978-84-9004-329-5.
- BRASIL – **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988 [Em linha]. Brasília, 05 out. 1988. [Consult. 26 mar. 2020]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- BRASIL – Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal [Em linha]. **Coleção de leis anuais do Brasil**, 13 dez. 1890 [Consult. 20 out. 2020]. Disponível em WWW:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm.
- BRASIL – Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal [Em linha]. **Diário Oficial da União**. (31 dez. 1940). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. ISSN 1676-2339.

BRASIL – Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**. (25 set. 2018). [Consult 06 abr. 2013]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. ISSN 1676-2339.

BRASIL – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências [Em linha]. **Diário Oficial da União**. (16 jul. 1990). [Consult 06 abr. 2013]. Disponível em WWW:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. ISSN 1676-2339.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial n.º 1.021.634/SP**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 10 set. 2010. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJ, 04 out. 2010 [Em linha]. [Consult 10 out. 2020]. Disponível em WWW:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16975562/recurso-especial-resp-1021634-sp-2008-0003201-1/inteiro-teor-16975563>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Artigo 5. Direito à integridade pessoal. *In* **Convenção Americana sobre Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Brasília: STF, 2018. p. 16-21. [Consult 30 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/Artigo5.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Recurso Extraordinário n.º 116.649-5/PR** [Em linha]. Relator: Octávio Gallotti. Julgamento: 09 set. 1988. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 14 out. 1988. [Consult 15 set. 2019]. Disponível em WWW:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206487>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Súmula n.º 608** [Em linha]. Órgão Julgador: Sessão Plenária. Publicação: DJ, 29 out. 1984. [Consult 22 out. 2021] Disponível em WWW:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula608/false>.

CAHALI, Yussef Said – **Dano moral**. 3.^a ed., rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ISBN 8520327265.

CAPEZ, Fernando – **Curso de direito penal** – parte especial. Vol. 3, 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978.8553619214.

- CAPEZ, Fernando – **Curso de Direito Penal-Legislação Penal Especial**. Vol. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. ISBN 978-8547204372.
- CARDOSO, Liliana Soares – **Crimes sexuais contra menores de 14 anos: uma análise crítica ao Artigo 171.º do CP**. Porto, 2019. Tese de Doutorado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa (polic.^a).
- CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira – **Violência sexual presumida: sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor [Em linha]**. Recife, 2002. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Federal de Pernambuco (polic.^a). Disponível em WWW:<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368>. [Consult. 22 fev. 2022].
- CARVALHO, Gisele Mendes – Delitos relativos à prostituição no Código penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. N.º 12 (2010), p. 177-211. ISSN 1679-673X.
- CARVALHO, Isadora Chaves – A tipificação contida no art. 217-A (Estupro de vulnerável) se aplica a todos os casos ou haveria exceção? Esse tipo penal é fechado, incontestável ou o programa da norma poderia ser relativizado em alguns casos? [Em Linha]. **Jus Navigandi**. (set. 2018). [Consult. 24 fev. 2022]. Disponível em WWW:https://jus.com.br/artigos/69167/a-tipificacao-contida-no-art-217-a-estupro-de-vulneravel-se-aplica-a-todos-os-casos-ou-haveria-excecao-esse-tipo-penal-e-fechado-incontestavel-ou-o-programa-da-norma-poderia-ser-relativizado-em-alguns-casos#_ftnref3. ISSN 1518-4862.
- CASTILHOS, Daniela Serra; GUIMARÃES, Ana Paula – O crime de importunação sexual no Código Penal Português [Em linha]. In Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia: cidadania, justiça e controle social, 3; Mostra de trabalhos científicos, 3. Ijuí, 25-27 nov. 2015. Ijuí: Unijuí, 2015. p. 1-12. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1342/1/O%20crime%20de%20importuna%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20no%20C%C3%B3digo%20Penal%20Portugu%C3%AAs.pdf>. ISSN 2358-8713.

- CASTRO, Cláudia Gomes de; SILVA, Fernando Laércio Alves da – Fundamentos históricos e legais da tutela da dignidade sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito**. Vol. 7, n.º 2, p. 87-136, 2016. ISSN 2527-0389.
- CASTRO, Leonardo – Legislação comentada – artigo 217-a do CP – estupro de vulnerável [Em linha]. **Jusbrasil**. (2014), p. 1. [Consult. 15 set. 2017]. Disponível em WWW:<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>. ISSN 1677-7042.
- COIMBRA, Clarice Helena de Miranda – Direitos fundamentais de igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual [Em linha]. **Âmbito Jurídico**. (31 mar. 2008). [Consult. 14 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direitos-fundamentais-de-igualdade-sem-distincao-de-sexo-e-de-orientacao-sexual/>. ISSN 1518-0360.
- CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI de Martino Paulo – Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In CAVENAGHI, Suzana (org.) – **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. Rio de Janeiro: ABEP; Brasília: UNFPA, 2006. p. 27-62. ISBN 85-85543-13-2.
- COSTA, Ana Sofia Almeida – **Os crimes contra a autodeterminação sexual na justiça penal portuguesa** [Em linha]. Porto, 2012. Projeto de Graduação apresentado à Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para a obtenção do Grau de Licenciada em Criminologia. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3364/3/T_21898.pdf.
- COSTA, Naara Sammia Matos da – **Crimes contra a dignidade sexual: aspectos do delito de estupro** [Em linha]. Sousa, 2011. Monografia de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, apresentada à Universidade Federal de Campina Grande (polic.^a). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/13699/NAARA%20SAMMIA%20MATOS%20DA%20COSTA%20-%20TCC%20DIREITO%202011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- COSTA, Rosana Filipa Gomes da – **A Intervenção do Direito Penal na Procriação Medicamente Assistida** [Em linha]. Minho, 2017. Tese de Mestrado em Direito das

- Crianças, Família e Sucessões, apresentada à Universidade do Minho (polic.^a). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/51959/1/Rosana%20Filipa%20Gomes%20da%20Costa.pdf>.
- CUNHA, Conceição – Crimes sexuais contra crianças e jovens. In SOTTOMAYOR, Maria Clara (coord.) – **Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens: A Função dos Juizes Sociais: Actas do Encontro**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 189-227. ISBN 9789724020013.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da – Da criminalização do “Grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”. In COSTA, José de Faria *et al.* (org.) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Vol. 1. p. 399-418. ISBN 978-9898891099.
- CUNHA, Rogério Sanches – **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 8.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0566-9.
- CURY, Munir – **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 978-8574207711.
- D’ELIA, Fabio Suardi – **Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. ISBN 978-8582480335.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – **Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999. ISBN 978-9723208559.
- DIAS, Maria Berenice – Liberdade sexual e direitos humanos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**. Belo Horizonte, 27 dez. 2001. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=24>.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade. **Revista do CEJ**. Vol. XV (1º semestre 2011), p. 209-259. ISSN 2179-9857.
- DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual. **Revista do CEJ**. N.º 8 (1.º sem. 2008), p. 219-224. ISSN 2179-9857.

- DOBKE, Velda – **Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001. ISBN 978-8587787293.
- ESTES, Richard J. – **The sexual exploitation of children: A Working Guide to the Empirical Literature [Em linha]**. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania. Aug. 2001. [Consult. 19 nov. 2019]. Disponível em WWW:https://web.archive.org/web/20091122123053/http://www.sp2.upenn.edu/~restes/CSEC_Files/CSEC_Bib_August_2001.pdf.
- FALEIROS, Eva Teresinha Silveira – **Repensando os conceitos de violência, abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes**. Brasília: Thesaurus, 2000. ISBN 978-8226806002.
- FERNANDES, Sara Sofia Santos – **Caracterização do Abusador Sexual de Crianças [Em linha]**. 2014. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões. (polic.^a). [Consult. 16 set. 2017]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/632/1/Constru%C3%A7%C3%A3o%20da%20Tese%20PDF.pdf>.
- FERREIRA, Jorge Manuel Leitão – **Serviço Social e modelos de bem-estar para a infância: modus operandi do assistente social na promoção da protecção à criança e à família [Em linha]**. Lisboa, 2009. Tese de doutoramento apresentado ao Instituto Universitário de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Serviço Social. [Consult. 04 nov. 2020], Disponível em WWW:<http://hdl.handle.net/10071/3590>. ISBN 978-989-732-144-3.
- FERREIRA, Maria Helena Mariante. Primum non noscere. In AASPTJ-SP. CRESS-SP 9ª Região (org.). **Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes: a proteção de direitos segundo especialistas**. São Paulo: AASPTJ-SP; CRESS-SP 9ª Região, 2012. p. 189-206. ISBN 978-85-65580-01-4.
- FURTADO, Sandra – Da informação à autorregulação: prevenção da violência nas relações íntimas [Em linha]. **Boletim do Núcleo Cultural da Horta**. N.º 24 (2015), p. 137-146. [Consult 04 nov. 2020]. <https://www.nch.pt/biblioteca-virtual/bol-nch24/bol-NCH2015-139.pdf>.
- GAVRON, Eva Lúcia – **Dramas e danos: estudo das vítimas de crimes sexuais na região de Florianópolis (1964-1985) [Em linha]**. Florianópolis, 2008. Tese de doutorado

- apresentado à Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em História. [Consult 4 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/91171>.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – **Direito penal esquematizado: parte especial**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-026-3820-4.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios – **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração**. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978.8502106550.
- GUIMARÃES, Nilton Roberto Martins Cabral – **As inconstitucionalidades do estupro de vulnerável previsto no caput do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro frente ao axioma constitucional da presunção de inocência [Em linha]**. Salvador, 2019. Monografia de Especialização em Ciências Criminais, apresentada à Faculdade Baiana de Direito (polic.^a). [Consult 01 nov. 2020]. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nilton%20Roberto%20Martins%20Cabral%20Guimar%C3%A3es.pdf>.
- HAAS, Adriana Amaral – **Tutela penale dell'Intangibilità Sessuale del Minore in Brasile e in Italia. Un'analisi dei reati di Stupro dei vulnerabili e Atti sessuali con minorenni [Em linha]**. Tese de Doutorado em Direito Penal, apresentada à Università degli Studi di Palermo (polic.^a). [Consult. 08 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://iris.unipa.it/handle/10447/221232>.
- HUNGRIA, Nélson; DOTTI, René Ariel – **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1, Tomo 1. Rio de Janeiro: GZ, 2017. ISBN 978-8562027529.
- LEITE, Inês Ferreira – A tutela penal da liberdade sexual. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 21, n.º 1 (jan./mar. 2011), p. 29-94. ISSN 0871-8553.
- LIMA, Daniel; MUNIZ NETO, José – Procriação artificial não consentida [Em linha]. **JusBrasil**. 2018. [Consult 22 nov. 2021]. Disponível em WWW:<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/591328329/procriacao-artificial-nao-consentida>. ISSN 1677-7042.
- LIMA, José Wilson de *et al.* – Violência sexual infantojuvenil: O que dizem os documentos do juizado? **Estudos Interdisciplinares em Psicologia**. Vol. 2, n.º 1 (2014), p. 2-24. ISSN 2236-6407.

- LINHARES, José Ricardo Lopes – **O Crime de Lenocínio: Reflexão Crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal [Em linha]**. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.^a). [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26750/1/crime%20de%20lenoc%20adnio%20%20reflex%c3%a3o%20cr%c3%adica%20sobre%20o%20169.%c2%ba%2c%20n.%c2%ba%201.pdf>.
- LOBATO, Camila Daniella Seabra – A Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: (In)Eficácia da pena aplicada ao agressor sexual infantil. **Âmbito Jurídico**. (24 jul. 2019). [Consult 21 jul. 2020]. Disponível em WWW:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ineficacia-da-pena-aplicada-ao-agressor-sexual-infantil/>. ISSN 1518-0360.
- LOPES JÚNIOR, Aury *et al.* – O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18? [Em linha]. **Conjur**. (28 set. 2018). [Consult 04 ago. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>. ISSN 1809-2829.
- LOPES, José António Mouraz – **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2002. ISBN 978-9723215632.
- LOPES, José António Mouraz – **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal**. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2008. ISBN 978-97-232-1563-2.
- LOPES, José António Mouraz – Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 3, n.º 10 (abr.-jun. 1995), p. 47-51. ISSN 1415-5400.
- LOPES, José António Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado – **Crimes Sexuais: análise substantiva e processual**. Coimbra: Coimbra, 2015. ISBN 978-9724091426.
- LOWENKRON, Laura – (Menor)idade e consentimento sexual em uma decisão do STF. **Revista de Antropologia**. Vol. 50, n.º 2 (2007), p. 713-745. ISSN 0034-7701.
- MARTINS, Adrielle *et al.* – **Violência sexual contra crianças: a proteção integral e a materialidade dos crimes sexuais**. Porto Alegre, 2017. Dissertação de Mestrado em

Serviço Social, apresentada à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. (polic.^a).

MORAES, Alexandre de – **Direito constitucional**. 20.^a ed., atual. até a EC n. 52/06. São Paulo: Atlas, 2006. ISBN 978-8522445363.

MURTA, Ludmila Nogueira – **Os atuais entraves do sistema jurídico brasileiro para a efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual**. São Paulo, 2014. Tese de Doutorado em Direito, apresentado à Universidade de São Paulo.

NAIA, Luísa Renata Ramos – **Dissentimento ou consentimento constrangido de adolescentes: Conjugação dos arts. 163º, nº 2 e 164º, nº 2 com os arts. 172º e 173º do Código Penal [Em linha]**. Porto, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado à Universidade Católica Portuguesa. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://hdl.handle.net/10400.14/26455>.

NUCCI, Guilherme de Souza – **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-8530959142.

OLIVEIRA, Marina C. Rios Silveira de – O crime de estupro: evolução histórica e distinção em relação à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. **BIC**. Vol. 4, nº 1 (2017), p. 27-37.

OMS. Organização Mundial da Saúde. Banco de Dados – **Relatório Mundial de Saúde**. Genebra: OMS, 2003.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade [Em linha]. In ORDENAÇÕES FILIPINAS. **Ordenações de Leis do Reino de Portugal**. Recompiladas per mandado do mvito alto catholico & poderoso Rei Dom Phillipe o Pri.º. Madrid, 1603. Livro 5. Tit. 18: [Consult. 24 Fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>.

PACHECO, Beatriz – **O abuso sexual e as adolescentes: Reflexões críticas em torno do artigo 173.º do Código Penal**. Porto: Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2013.

- PACHECO, Beatriz – **O crime de atos sexuais com adolescentes: reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima**. Porto, 2012. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.^a).
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen – **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade [Em linha]**. Brasília, 2009. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentado à Universidade de Brasília. (polic.^a). [Consult 04 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://repositorio.unb.br/handle/10482/4356>.
- PEREIRA, Rui – Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal. **Sub judice - Justiça e sociedade**. N.º 11 (nov. 1996), p. 41-48.
- PFEIFFER, Luci; SALVAGNI, Edila Pizzato – Visão atual do abuso sexual na infância e adolescência [Em linha]. **Jornal de Pediatria**. Vol. 81, n.º 5 (nov. 2005), p. s197-s204. [Consult 17 nov. 2020]. Disponível em WWW:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572005000700010&lng=en&nrm=iso.
- PORTUGAL – **Código Penal aprovado por Decreto de 10 de dezembro de 1852**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.
- PORTUGAL – **Código Penal Português**. Nova publicação oficial ordenada por Decreto de 16 de setembro de 1886. (Diário do Governo, de 20 de Setembro do mesmo ano). 7.ª ed [Em linha]. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1919. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.
- PORTUGAL – **Constituição da República Portuguesa [Em linha]**. Lisboa, 02 abr. 1976. [Consult. 20 maio 2017]. Disponível em WWW:<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.
- PORTUGAL – Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal [Em linha]. **Diário da República Eletrónico**. N.º 63, Série I-A (15 mar. 1995). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. ISSN 0870-9963.
- PORTUGAL – Pornografia de menores. Natureza do crime. Bem jurídico protegido. Tipo objetivo. Utilização de menor em fotografia. Divulgação de fotografia [Em linha]. Relatora: Elisa Sales. **Tribunal da Relação de Coimbra**. Leiria, 11 nov. 2020.

[Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://trc.pt/pornografia-de-menores-natureza-do-crime-bem-juridico-protegido-tipo-objetivo-utilizacao-de-menor-em-fotografia-divulgacao-de-fotografia/>.

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça – **Processo n.º 93/09 5TAABT.E1.S1 [Em linha]**. Relator: Armindo Monteiro. Lisboa, 22 maio 2013. [Consult. 04 nov. 2020]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e6b79f9f0a4d93e80257b74003980be?OpenDocument&Highlight=0,armas,muni/prct.C3/prct.A7/prct.C3/prct.B5es>.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 1159/11.7JAPRT.P1 [Em linha]**. Relator: Alves Duarte. Porto, 13 mar. 2013. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/6cdd73cf64c9ab4f80257b3b004bd9a7?OpenDocument>.

PORTUGAL. Assembleia da República – Lei n.º 59/2007. **Diário da República**. N.º 170, Série I (04 set. 2007), p. 6181-6258 [Em linha]. [Consult. 23 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/59-2007-640142>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra – **Abuso sexual de crianças. Acto sexual de relevo [Em linha]**. Relatora: Maria Pilar de Oliveira. Coimbra, 05 jun. 2013. [Consult. 23 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://trc.pt/recpen204108taseic1/>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra – **Aliciamento de menores para fins sexuais [Em linha]**. Relatora: Isabel Valongo. Leiria, 11 dez. 2019. [Consult. 25 fev. 2022]. Disponível em WWW:<https://trc.pt/aliciamento-de-menores-para-fins-sexuais/>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra – **Processo n.º 441/11.8JALRA.C1 [Em linha]**. Relator: Belmiro Andrade. Coimbra, 24 abr. 2013. [Consult. 24 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/8578108a85e0acb480257b640052e98f?OpenDocument>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 1298/09.4JAPRT.P1 [Em linha]**. Relatora: Maria Deolinda Dionísio. Porto, 04 jun. 2014. [Consult. 23. Fev. 2022]. Disponível em

WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a6f74f25797992f980257cfc002e45cc?OpenDocument>.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto – **Processo n.º 297/11.0JAPRT.P1** [Em linha]. Relator: Melo Lima. Porto, 17 nov. 2012. [Consult. 24 fev. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0298a0eebb5f4acc80257aad005379e6?OpenDocument&Highlight=0,consentimento,adolescente,sexual,viola%C3%A7%C3%A3o>.

RAMOS, Fernando João Ferreira – Notas sobre os Crimes Sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei nº 92/VI. **Revista do Ministério Público**. Ano 15, n.º 59 (jul.-set. 1994), p. 29-49. ISSN 0870-6107.

RAPOSO, Vera Lúcia – **Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual**. In ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* – **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 931-962. ISBN 978-9723211931.

RIBEIRO, Márcia Aparecida; FERRIANI, Maria das Graças Carvalho; REIS, Jair Naves dos – Violência sexual contra crianças e adolescentes: características relativas à vitimização nas relações familiares. **Cadernos de Saúde Pública**. Vol. 20, n.º 2 (2004), p. 456-464. ISSN 0102-311X.

RIBEIRO, Sandra – **O abuso sexual entre menores - uma abordagem entre o Direito e a Psicologia** [Em linha]. Porto, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito Geral, apresentada à Universidade Católica Portuguesa (polic.^a). [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em WWW:<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16229/1/ABUSO%20SEXUAL%20ENTRE%20MENORES.pdf>.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani – **Gênero patriarcado violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Expressão Popular, 2004. ISBN 978-85-7743-262-2.

SAMPAIO, José Adércio Leite – Comentário ao artigo 5º, X. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.) – **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 276-285. ISBN 978-8553172641.

SANTOS, Italo Barros – O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal. **Âmbito Jurídico**. Vol. XVI, n.º 108 (jan. 2013), p. 1 [Em linha]. [Consult. 17 fev.

- 2022]. Disponível em WWW:<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-e-a-sua-evolucao-no-sistema-juridico-penal/>. ISSN 1518-0360.
- SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOARES, Daniela Bastos – Análise jurídica do crime de Estupro [Em linha]. **Conteúdo Jurídico**. (mar. 2015). [Consult. 21 mar. 2022]. Disponível em WWW:<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52686&seo=1>.
- SOTTOMAYOR, Clara Maria – **Temas de Direito das Crianças**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-97-240-5588-6.
- SOUZA, Ana Paula da Costa – **O crime de abuso sexual de menores dependentes. Uma análise crítica**. Porto, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, apresentada à Universidade Católica Portuguesa. (polic.^a).
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano – **Direito penal**. Volume único. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-85-970-1703-8.
- STEINMETZ, Wilson; SEGER, Juliano dos Santos – Direito à autodeterminação sexual e princípio do melhor interesse da criança: a relativização da presunção de violência em crimes sexuais contra menores de quatorze anos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Vol. 18, n.º 18 (jul./dez. 2015), p. 275-291. ISSN 1982-0496.
- TARIFA, Rita de Cássia Resqueti – Direito à integridade moral – alguns aspectos dos direitos de personalidade. **Revista de Ciências Jurídicas**. Vol. 4, n.º 1-2 (mar./set. 2003), p. 49-55. ISSN 2448-2129.
- WEIBLEN, Fabrício Pinto; MEZZOMO, Maria Luiza – Proteção e autonomia da mulher na Lei 13.718/2018: uma análise comparada entre Brasil e Portugal. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Vol. 1, n.º 13 (jan./jul. 2021), p. 223-243. ISSN 2527-0206.