



UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

A relevância processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores

Andreia Filipa da Silva Almeida

Professora Orientadora

Professora Doutora Teresa Pizarro Beleza

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito

Maior de 2013

Declaração de compromisso Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão correctamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 15 de Maio de 2013

Agradecimentos

Quero agradecer à minha orientadora, a Professora Doutora Tereza Pizarro Beleza, por gentilmente ter aceitado orientar a minha dissertação de mestrado e pelos conselhos dados.

No plano institucional, o meu agradecimento vai para a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e para a sua Biblioteca, espaço ao qual recorri sempre que me surgiam dúvidas e onde fui sempre prontamente auxiliada.

Quero agradecer ao meu pai. Sem ele, este trabalho não existiria. Obrigada.

Um agradecimento especial para o Pedro Estriga. Ninguém acompanhou tão de perto esta fase da minha vida como tu. Obrigada pela paciência.

Agradeço, por fim, a todos aqueles que, directa ou indirectamente, contribuíram para a realização deste estudo.

Resumo

A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, estabeleceu como crimes públicos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores. Paralelamente, a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, consagrou um regime especial de suspensão provisória do processo para crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado.

Parte-se deste enquadramento legislativo para analisar o impacto destas alterações na posição jurídico-penal das vítimas menores de crimes sexuais.

Conclui-se que, apesar da intenção de intensificar a protecção das vítimas menores de crimes sexuais, o resultado prático tende a ser o oposto.

Palavras-chave: crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores; crimes semi-públicos; processo penal; vítima menor de idade; suspensão provisória do processo.

Abstract

Law n. ° 59/2007, 4-9, established as public crimes against sexual freedom and self-determination of minors. At the same time, Law n. ° 48/2007, 29-8, created a special regime of temporary suspension of the process for crimes against sexual freedom and self-determination of minors not aggravated by the result.

We start with this legislative framework the analysis of the impact of these changes in the position of minors victims of sex crimes in the criminal process.

We conclude that, despite the intention to intensify the protection of minors victims of sex crimes, the practical result tends to be the opposite.

Keywords: crimes against sexual freedom and self-determination of minors; semi-public crimes, criminal proceedings, victim under age; temporary suspension of the process.

ÍNDICE

Introdução	1
PARTE I – A natureza processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor	3
CAPÍTULO I - Evolução legislativa da natureza processual dos crimes sexuais cuja vítima é menor	3
CAPÍTULO II - Sentido e alcance da natureza semi-pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (até 2007)	5
1. Enquadramento dos crimes semi-públicos no modelo processual penal português	5
2. A tutela da posição jurídico-penal da vítima menor de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	7
2.1. A criminalidade sexual, a vítima menor e a publicidade e mediatização do processo penal	10
2.2. A criminalidade sexual, a sua prova e a vítima menor	12
2.3. A criminalidade sexual, a vítima menor e a natureza semi-pública dos crimes	14
3. O efeito de descriminalização real e a revisão de 2007 do Código Penal	15
3.1 O alargamento da idade da vítima até aos 18 anos de idade	17
3.2. O crime de pornografia de menores (art. 176.º do Código Penal)	20
CAPÍTULO III - A regra da natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro)	22
1. Regime jurídico	22
2. Análise crítica da solução de 2007	24
PARTE II – A suspensão provisória do processo nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor	32
CAPÍTULO I – Enquadramento da suspensão provisória do processo no ordenamento jurídico-penal português e regime jurídico vigente	32
CAPÍTULO II - Enquadramento político-criminal da suspensão provisória do processo	34
1. O papel da suspensão provisória do processo no tratamento diferenciado da pequena e média criminalidade, na prevenção da estigmatização do arguido, no aprofundamento de espaços de consenso no processo penal e na busca por uma	35

maior celeridade e eficácia na administração da justiça penal	40
2. A tutela da vítima pela suspensão provisória do processo	
CAPÍTULO III – O regime especial do art. 281.º, n.º 8 do Código de Processo Penal	44
1. Enquadramento	44
2. Pressupostos de aplicação da suspensão provisória do processo. A concordância do assistente	45
3. Solução para a natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor?	47
Conclusões	55
Bibliografia	59

Abreviaturas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

Art. – Artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

Ed. – Edição

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

MP – Ministério Público

N.º – número

PGR – Procuradoria-Geral da República

RMP- Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

SPEED – Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volum

Introdução

O presente estudo pretende ser um retrato do relevo processual conferido aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores. Urge tecer algumas considerações prévias.

Em primeiro lugar, uma análise desta natureza passa, inevitavelmente, por uma reflexão acerca do tratamento substantivo dos crimes sexuais. A procura das melhores respostas, a nível adjectivo, para este fenómeno criminal exige uma compreensão prévia do modo como o mesmo é entendido pelo sistema de justiça penal, mormente, no quadro das incriminações previstas no Código Penal¹. Neste contexto, “a questão fundamental reside em saber, com informação empírica bastante, quando certos comportamentos deixam de ser manifestações de pura liberdade e começam a exprimir lógicas de dominação”².

Em segundo lugar, a noção de vítima coincidirá com a de ofendido pela prática do crime. Não obstante o conceito de vítima poder abarcar outras pessoas que não o ofendido, utilizaremos os dois conceitos como sinónimos para efeitos de simplificação do discurso e tendo em conta a lei penal e processual penal recorre às duas expressões

Finalmente, assumimos que é menor toda a pessoa com menos de 18 anos de idade. Muito embora a Convenção sobre os Direitos da Criança defina criança como todo o ser humano menor de 18 anos³, prefere-se a amplitude do conceito de menor, em coerência com o facto de o CP tratar como crianças apenas os menores de 14 anos para efeitos de aplicação do crime de abuso sexual de crianças (art. 171.º do CP).

Parece-me que as questões abordadas mantêm actualidade e relevância prática. Já em 1998 nos alertava JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA para o interesse legislativo que se verificava em redor da natureza dos crimes, o que, à partida, causaria estranheza face à consideração da queixa e acusação particular como “institutos menores ligados à pequena criminalidade” e de “indole jurídica duvidosa”⁴. O labor doutrinal que se tem mantido desde então atesta a pertinência da manutenção da discussão, focada na natureza semi-pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores.

O trabalho encontra-se dividido em duas partes, a primeira versando a natureza processual dos crimes sexuais envolvendo menores e aspectos da dinâmica processual destes crimes, e a segunda analisando o instituto da suspensão provisória do processo e sua aplicação a estes crimes. O estudo conjunto das duas realidades apresenta-se inevitável desde que o legislador decidiu, em

¹ Doravante CP. De modo a facilitar o discurso, as diferentes versões do actual CP serão identificadas por referência ao ano do diploma, nomeadamente CP82, 95, 98 e 2001. Na falta de identificação estamos perante a redacção actual dada pela Lei n.º 19/2013, de 21-2.

² Cf. PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 81.

³ Cf. art. 1.º da Convenção, assinada em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990 e ratificada por Portugal por Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro.

⁴ Cf. do autor, “A participação dos particulares no exercício da acção penal (alguns aspectos)”, in RPCC, A. 8, (1998) p. 594.

2001, prever um regime especial de suspensão provisória do processo que acompanhava a natureza pública dos crimes sexuais num caso particular e, principalmente, depois da revisão de 2007 do CP e do Código de Processo Penal⁵, que instituiu um regime especial de suspensão provisória do processo para processos por crimes contra a liberdade a autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado, crimes agora públicos.

A volatilidade que tende a caracterizar a lei desaconselha o enfoque principal nas soluções plasmadas num determinado momento histórico. Paralelamente, parece insensato ignorá-las. O equilíbrio parece estar na análise das matérias à luz da sua razão teleológica, trilhando caminho para o encontrar da melhor solução para os problemas com que nos confrontamos. Soluções que, simultaneamente, respondam à necessidade de evitar espaços de desprotecção intoleráveis e não periguem numa desconsideração do direito dos menores ao livre desenvolvimento da personalidade, pois “se o adulto luta pelo estatuto de ser diferente e a ser tratado como tal, é evidente (...) que o menor não tem sequer de reivindicar tal estatuto já que ele é, enquanto personalidade em formação, um projecto, uma indelével incerteza que arrasta consigo ontologicamente o traço único das coisas diferentes que vão sendo”⁶.

⁵ Doravante CPP. A sigla CPP reportar-se-á ao Código de Processo Penal vigente desde 1 de Janeiro de 1988, nos termos do DL n.º 78/87, de 17-2, e com as alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21-2.

⁶ Vide COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?”, in BFDUC, n.º 61 (1985), p. 150.

PARTE I – A natureza processual dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor

CAPITULO I – Evolução legislativa da natureza processual dos crimes sexuais cuja vítima é menor

Ao analisar-se a opção político-criminal quanto à natureza processual de determinado crime, é seguro partir-se da seguinte premissa: a do carácter excepcional, no processo penal português, da natureza não pública dos crimes⁷. Contudo, no que aos crimes sexuais diz respeito, a opção político-criminal passava, em regra, pela natureza semi-pública destes crimes, assumida no CP de 1852, mantida na versão originária do actual do CP e reforçada na revisão de 95, opção à qual se contrapôs, confrontando as várias versões do CP e no que toca aos crimes sexuais envolvendo menores, uma tendência legislativa de alargamento progressivo do conjunto de situações de desnecessidade de queixa para a promoção processual pelo Ministério Público⁸. A última alteração legislativa nesta matéria, operada pela Lei n.º 59/2007, de 4-9, marca uma mudança de paradigma quanto à natureza dos crimes sexuais praticados contra menor, ao determinar, como regra geral, a natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (art. 178.º/1 do CP).

Na vigência do DL n.º 400/82, de 23-9, os crimes sexuais eram, regra geral, crimes semi-públicos⁹. A natureza pública apresentava-se assim com carácter excepcional, reservada para dois tipos de situações: originariamente para os crimes exibicionismo e ultraje público ao pudor, lenocínio, lenocínio agravado e tráfico de pessoas (arts. 212.º e 215.º a 217.º do CP82), e para os crimes sexuais previstos nos arts. 201.º a 207.º e 209.º, cujo início do procedimento criminal se encontrava dependente de queixa (art. 211.º/1 do CP82), se i) praticado contra menor de 12 anos de idade¹⁰, ii) cometido por meio de outro crime que não dependesse de acusação ou queixa, iii) sobre o agente do crime recaísse a legitimidade para apresentar queixa pelo facto de exercer sobre a vítima poder paternal, tutela ou curatela ou dela ser cônjuge¹¹, ou iv) do crime resultasse ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima (art. 211.º/2 do CP82).

A revisão do CP operada pelo DL n.º 48/95, de 15-3, determinou um alargamento do número de crimes sexuais cujo início do procedimento criminal dependia de dedução de queixa (art.

⁷ Dos 216 crimes previstos no CP, 18.5% são crimes semi-públicos e 1.8% crimes particulares, face a 79.85% crimes públicos. Cf. BELEZA, Teresa Pizarro / MELO, Helena Pereira de, *A Mediação Penal em Portugal*, Coleção SPEED, Coimbra: Almedina, 2012, p. 57.

⁸ Doravante MP.

⁹ Cf. arts. 211.º/1, 213.º/2 e 214.º/2 do CP82.

¹⁰ Em linha com o disposto no art. 399.º/1.º do CP de 1852, no qual se definia que *se a pessoa offendida fôr menor de doze annos* era público o crime sexual. Pormenorizadamente sobre o regime previsto no CP de 1852 vide ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 42ss.

¹¹ Por referência às qualidades elencadas no art. 211.º/1 do CP82.

178.º/1)¹². A natureza pública mantém o seu carácter excepcional, acentuado pela restrição dos casos em que o MP tem legitimidade para promover oficiosamente o processo, nos termos do art. 48.º do CPP. São públicos os crimes de abuso sexual de pessoa internada, tráfico de pessoas, lenocínio e lenocínio de menor; suprime-se as ofensas corporais graves como resultado legitimador da natureza pública do crime¹³, mantendo-se o suicídio ou morte da vítima; eliminam-se igualmente as situações em que o crime cometido através de um crime público e as em que o agente tinha legitimidade para requerer procedimento criminal, por ser cônjuge do ofendido ou sobre ele exercer poder paternal, tutela ou curatela, fundamentavam a natureza pública do crime. O início do procedimento criminal por crime sexual contra menor de 12 anos passa a ficar dependente do exercício do direito de queixa, sendo simultaneamente criado um regime atípico para estes casos, em que se legitima a intervenção oficiosa do MP, que dá início ao processo penal, *se especiais razões de interesse público o impuserem* (art. 178.º/2 do CP95).

A Lei n.º 65/98, de 2-9, manteve a natureza semi-pública dos crimes contra a liberdade de autodeterminação sexual nos moldes consagrados pela revisão de 95 e estendeu a possibilidade de o MP dar início ao procedimento criminal para crimes praticados contra menor de 16 anos, fazendo coincidir o limite de idade legitimador da intervenção oficiosa do MP com a idade em que o menor adquire a capacidade de exercício do direito de queixa (cf. art. 113.º/3 do CP) – numa lógica de reforço da protecção do menor de 16 anos contra possíveis impunidades resultantes da não apresentação de queixa por razões alheias ao interesse da vítima¹⁴ – do mesmo passo que clarificou o sentido interpretativo da valoração que legitima a intervenção oficiosa do MP, substituindo a expressão *especiais razões de interesse público* pela expressão *interesse da vítima*¹⁵.

A Lei n.º 99/2001, de 25-8, que tratou exclusivamente da alteração de algumas normas do Capítulo V do Título I da Parte Especial do CP¹⁶, modificou de forma significativa o art. 178.º. Quando o crime fosse praticado contra menor de 14 anos e o agente tivesse legitimidade para requerer procedimento criminal, por exercer sobre a vítima poder paternal, tutela ou curatela ou a ter a seu cargo, o crime era público (art. 178.º/1/b do CP2001)¹⁷, abrindo-se a possibilidade do MP

¹² Referindo um reforço da natureza semi-pública pela revisão de 95 do CP, por via da restrição dos casos de derrogação desta natureza do crime, ANTUNES, Maria João, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, (direcção de Jorge de Figueiredo Dias), 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 593. De notar que o art. 178.º inclui-se numa secção autónoma relativa às disposições comuns aplicáveis a todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, diferentemente do art. 211.º do CP82.

¹³ Crítico desta eliminação, por se mostrar incongruente face ao agravamento do crime de ofensas corporais graves operado pela revisão de 95 do CP, ISASCA, Frederico, “O Projecto do novo Código Penal - Fevereiro de 1991: uma primeira leitura adjetiva.”, in RPCC, A 3, n.º 1 (1993) p. 93.

¹⁴ Assim, ANTUNES, Maria João, “Oposição de maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal”, in RMP, A. 26, n.º 103 (2005) p. 24-5.

¹⁵ Clarificação que já vinha sendo desenvolvida pela doutrina. Vide PALMA, Maria Fernanda, “A revisão de 1995 do Código Penal de 1982 no Contexto da Reforma do Sistema Penal. A Tutela da Pessoa e a Eficácia do Sistema”, in *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, Lisboa: CEJ, 1996, p. 144, BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem sombra de pecado: O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal*, Separata *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, Lisboa: CEJ, 1996, p. 28, e PEREIRA, Rui Carlos, “Liberdade sexual, a sua Tutela na Reforma do Código Penal” in *Sub Judice*, n.º. 11 (1996) p. 47.

¹⁶ Mais concretamente dos arts. 169.º, 170.º, 172.º, 176.º e 178.º.

¹⁷ O fundamento da natureza pública para estes casos deriva da especial relação entre o agente do crime e a vítima menor de 14 anos que pode, na prática, dificultar o exercício do direito de queixa, não pelo agente, que não chega a ser titular do direito de queixa (cf. art. 113.º/3 *in fine* do CP95), mas porque, por exemplo, “entre

decidir-se pela suspensão provisória do processo, tendo em conta o interesse da vítima, ponderado com o auxílio de relatório social, podendo a suspensão ir até ao limite máximo de 3 anos, após o que dá lugar a arquivamento, em caso de não aplicação de medida similar por infracção da mesma natureza ou de não sobrevir naquele prazo queixa por parte da vítima, nos casos em que possa ser admitida (art. 178.º/2 e 3). Manteve-se o regime atípico previsto no art. 178.º/2 do CP98, agora no n.º4 do referido artigo.

Com a revisão de 2007 do CP, estabelece-se a natureza pública como regra geral para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor¹⁸, com excepção do crime de actos sexuais com adolescentes (art. 178.º/2), regra geral essa acompanhada de um regime especial de suspensão provisória do processo para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado, simultaneamente previsto nos arts. 178.º/3 e 4 do CP e nos arts. 281.º e 282.º do CPP.

CAPÍTULO II - Sentido e alcance da natureza semi-pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (até 2007)

1. Enquadramento dos crimes semi-públicos no modelo processual penal português

A natureza semi-pública dos crimes¹⁹ traduz-se numa limitação ao princípio da oficialidade²⁰. Sendo o Direito Penal, e também o Processo Penal, coisa de ordem pública²¹, isto é, “instrumento de controlo social pelo Estado dos seus habitantes”²², compete a uma entidade pública, no caso português ao MP enquanto titular da acção penal²³, promover o processo penal, o que significa que a iniciativa de promoção do processo e o prosseguimento do mesmo não dependem da

o agente da prática do crime e o titular do direito de queixa intercedem relações de certo tipo que condicionam a decisão de dar conhecimento do facto ao Ministério Público ou a quem tenha a obrigação legal de lhe transmitir”. *Vide* ANTUNES, Maria João, “Oposição [n.14] p. 25.

¹⁸ Cf. art. 178.º/1 do CP. Quanto aos crimes sexuais praticados contra adultos mantêm-se crimes semi-públicos, à excepção do crime de abuso sexual de pessoa internada – art. 166.º – e do crime de lenocínio – art. 169.º do CP.

¹⁹ O tratamento dos chamados crimes particulares em sentido amplo, na formulação de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II: As consequências jurídicas do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 664, focar-se-á na natureza semi-pública dos crimes, não obstante algumas das considerações feitas serem extensíveis aos crimes particulares em sentido estrito.

²⁰ Sobre este princípio *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, (lições coligadas por Maria João Antunes), Secção de textos da FDUC, 1988-89, p. 83ss., e SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 6ª ed. revista e actualizada, Lisboa: Verbo, 2010, p. 86-7. Sobre a sua limitação nos crimes sexuais, cf. ANTUNES, Maria João, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I (direcção de Jorge de Figueiredo Dias) 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 895.

²¹ Cf. BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de Processo Penal* (com a colaboração de outros autores), vol. I, Lisboa: AAFDL, 1992-1993, p. 99.

²² Cf. SILVA, Germano Marques da, *Curso* [n.20] p. 87.

²³ O MP é a entidade exclusivamente competente para promover o processo penal, sendo a sua actuação norteada pelo princípio da legalidade e pelo dever de estrita objectividade (cf. art. 219.º/1, da CRP, art. 1.º da Lei n.º 47/86, de 15-10, relativa ao Estatuto do MP, e arts. 48.º e 53.º/1 do CPP).

vontade de particulares²⁴. Nos crimes semi-públicos, a promoção processual oficiosa sofre uma limitação, porquanto o exercício tempestivo do direito de queixa apresenta-se como pressuposto que confere legitimidade ao MP para exercer a acção penal nos termos gerais²⁵, significando que o MP, nestes crimes, não tem legitimidade para promover oficiosamente o processo penal na falta de queixa por parte do ofendido.²⁶

Os crimes semi-públicos apresentam-se igualmente como excepções ao princípio da imutabilidade da acusação pública²⁷, visto que ao titular do direito de queixa é conferida a possibilidade de desistência da mesma até à publicação da sentença da 1ª instância, mediante homologação pela entidade competente em função da fase processual em que a vontade de pôr fim ao processo é manifestada, desde que não haja oposição expressa a essa desistência por parte do arguido²⁸.

Se é certo que os crimes particulares em sentido amplo não retiram da esfera do Estado a exclusiva titularidade do *ius puniendi*, tão-só deixando dependente da vontade dos particulares o início da acção penal e a possibilidade de lhe pôr termo²⁹, certo é que alguns dos princípios por que se rege o monopólio estadual da função jurisdicional sofrem condicionalismos decorrentes dessas faculdades concedidas aos particulares.

A discussão em torno da natureza processual dos crimes é expressão da tensão dialéctica³⁰ entre o interesse do Estado e da comunidade na perseguição e punição criminal e os interesses individuais das vítimas de crimes, que podem ir no sentido da não intervenção do *ius puniendi* estadual³¹. A opção politico-criminal entre a natureza pública ou semi-pública de determinado crime não terá tanto que ver com a gravidade do ilícito criminal ou relevância social do valor ou bem jurídico posto em causa, estando mais relacionada com a prevalência de legítimos interesses

²⁴ “O Estado intervém *ex officio* em todos os factos puníveis”. Vide SILVA, Germano Marques da, *Curso* [n.20] p. 86.

²⁵ Cf. art. 49.º/1 do CPP. Já os crimes particulares constituem uma excepção ao princípio da oficialidade (cf. art. 50.º/1 do CPP).

²⁶ Dai que o instituto da queixa seja enquadrado como pressuposto processual, enquanto condição de procedimento. Vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 661-2. O autor, porém, trata fundamentalmente a queixa atendendo ao seu conteúdo “politico-criminalmente cunhado a partir da teoria da consequência jurídica do crime”, que a liga ao Direito Penal substantivo (*idem*, p. 663).

²⁷ Sobre este princípio, decorrência do princípio da legalidade, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, [n.19] p. 94.

²⁸ Cf. art. 116.º do CP e art. 51.º do CPP. Cf. ANTUNES, Maria João, *Comentário* [n.20] p. 895. Fazendo decorrer do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 32.º/2 da CRP, o direito de oposição do arguido à desistência de queixa, fazendo prosseguir o processo, CARMO, Rui do, “Algumas notas sobre o encerramento do inquérito”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 107. Sobre a desistência de queixa, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p.678ss.

²⁹ Não se deixa nas mãos do particular a tramitação da acção penal e o seu formalismo. Vide COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudiciarização) [n.6] p. 129.

³⁰ Expressão de ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 70.

³¹ Nas palavras de MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, “do ponto de vista das vítimas, podem ser preferíveis, por diversas razões, estratégias de resolução de conflitos à margem do direito penal. Nem se deve pensar que isto constitua sempre um mal, pois que a capacidade de descobrir vias de conciliação informais pode atestar a vitalidade do tecido social”. Vide, da autora, “As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal”, in RPCC A. 3, n.º1 (1993), p. 108.

individuais das vítimas de crimes em detrimento do interesse público na perseguição e punição criminal.

Num Estado de Direito democrático e social, deve prevalecer a procura de soluções de compromisso que confirmem concordância prática entre valores, princípios e finalidades que se têm como contrapostos. Referindo-se à problemática da queixa e acusação particular, e expressamente sobre o princípio da oficialidade a que os crimes públicos obedecem, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS defende que, “como todos os princípios gerais do processo penal – tem de adequar-se às intenções político-criminais básicas do sistema e, nessa medida, não almejar uma dominância absoluta, mas, pelo contrário, entrar em «concordância prática» com outros princípios e outros propósitos, também eles teleologicamente fundados”³².

2. A tutela da posição jurídico-penal da vítima menor de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Encontra-se, na Introdução do CP, uma chamada de atenção para a problemática da vítima:

“Esta [a vítima], fundamentalmente depois da 2ª Guerra Mundial, começou a ser objecto de estudos de raiz criminológica que chamaram a atenção para a maneira, às vezes pouco cuidada, como era encarada, não só pela opinião pública, mas também pela doutrina do direito penal. A vítima passa a ser um elemento, com igual dignidade, da triade punitiva: Estado-delinquente-vítima. (...) Há toda a necessidade de evitar que o sistema penal, por exclusivamente orientado para as exigências da luta contra o crime, acabe por se converter, para certas vítimas, numa repetição e potenciação das agressões e traumas resultantes do próprio crime. Tal perigo assume, como é sabido, particular acuidade no domínio dos crimes sexuais, em que o processo penal pode, afinal, funcionar mais contra a vítima do que contra o próprio delinquente. Dai que, embora aderindo decididamente ao movimento de descriminalização, o Código não tenha descurado a ponderada consideração dos interesses da vítima. Como é ainda em nome dos mesmos interesses que o Código multiplica o número de crimes cujo procedimento depende de queixa do ofendido (...)”(ponto 17).

A crescente atenção à problemática das vítimas de crimes e as conclusões acerca dos riscos que o processo penal acarreta para os seus direitos e legítimos interesses contribuíram para a elevação da vitimização a “problema da política criminal”³³. A esta circunstância não foi alheio o processo penal na sua finalidade protectora dos direitos fundamentais das pessoas³⁴ e estas preocupações fazem-se sentir em certas opções do legislador, com destaque para as aplicáveis a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores.

A assistência, pelo público em geral, à realização do debate instrutório e dos actos processuais na fase de julgamento (art. 86.º/6/a do CPP), decorrência da publicidade do processo penal (art. 86.º/1), vê-se restringida pela norma do art. 87.º/3, que prevê a exclusão da publicidade

³² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 667.

³³ Cf. ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de, “As relações entre vítimas [n.31] p. 103.

³⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal* [n.20] p. 22.

dos actos processuais para processos por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual³⁵. Ainda que os actos processuais em causa decorram sem exclusão da publicidade³⁶, e que aos meios de comunicação social seja permitida a narração dos actos processuais ou reprodução dos seus termos (arts. 86.º/6/b e 88.º/1), não lhes é permitida a publicação, por qualquer meio, da identidade das vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, entre outros, cujo incumprimento é sancionado, salvo se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social (art. 88.º/2/c)³⁷.

No âmbito da prestação de declarações ou depoimento pela vítima que deva ter lugar em qualquer acto público ou sujeito a contraditório, podem ser aplicadas medidas de ocultação de testemunha e teleconferência, reunidos os pressupostos legalmente estabelecidos nos artigos 4º e ss. da Lei n.º 93/99, de 14-7, que estabelece o regime de protecção de testemunhas em processo penal. No mesmo diploma prevê-se a possibilidade do MP requerer que seja aplicado a medida de reserva de conhecimento da identidade da testemunha, quando em causa estejam, entre outros, crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (art. 16.º/a). Ainda que nenhuma das medidas acima descritas seja aplicada ao caso concreto, quando em causa esteja a participação em acto processual de uma testemunha especialmente vulnerável, nomeadamente em razão da sua diminuta idade ou pelo facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da sua própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência (cf. art. 26.º/2), deve ser promovida a decorrência do acto nas melhores condições possíveis, com vista a garantir a espontaneidade e sinceridade das respostas (cf. art. 26.º/1), designadamente, na fase de inquérito, através da auscultação da vítima no mais curto espaço de tempo possível após o crime e evitando-se posteriores audições, e, nas fases subsequentes, evitando-se o contacto directo da vítima com o arguido, utilizando-se meios de ocultação e teleconferência e pela inquirição da testemunha apenas pelo juiz, com a possibilidade de formulação de questões adicionais pelos restantes intervenientes processuais³⁸.

O regime relativo a testemunhas especialmente vulneráveis remete expressamente para o regime de declarações para memória futura, consagrado no art. 271.º do CPP. Neste específico acto de inquérito³⁹, obrigatoriamente reduzido a auto (art. 275.º/2), os crimes contra a liberdade e

³⁵ É fundamento da exclusão, entre outros, “a protecção dos interesses dos menores (independentemente da natureza do crime) e a protecção da vida privada das partes” contra graves danos à dignidade das pessoas, assim como o risco de intimidação. *Vide*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª ed. actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 256-7. Nos crimes abrangidos pelo art. 87.º/3, a lei presume que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas envolvidas (cf. art. 87.º/2) e por isso exclui a publicidade dos actos processuais. Cf. redacção anterior da norma, limitada a processos por crime sexual que tivesse por ofendido menor de 16 anos.

³⁶ V.g. porque a vítima deu o seu consentimento expresso nesse sentido. Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 257. Como nota o Conselheiro MAIA GONÇALVES, a exclusão da publicidade não funciona ope legis, tendo de ser decidida fundamentadamente. Cf. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal - Anotado - Legislação Complementar*, 17ª ed., revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2009, p. 258.

³⁷ Cf. redacção anterior da norma, cuja proibição era aplicável apenas a ofendido menor de 16 anos.

³⁸ Cf. arts. 28.º e 29.º da Lei n.º 93/99, de 14-7.

³⁹ Passível de ser aplicado durante a fase de instrução, nos termos do art. 294.º do CPP.

autodeterminação sexual aparecem como um dos casos em que é legítima a tomada de declarações⁴⁰ da vítima⁴¹ de modo a que se prescindia deste acto na fase de julgamento (art. 271.º/1). A recolha das declarações do ofendido ao abrigo deste regime é obrigatória no caso de processo por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (art. 271.º/2)⁴², devendo obedecer às condições legalmente previstas no art. 271.º/4 do CPP⁴³.

O MP não dispõe da possibilidade de recorrer ao regime de mediação penal, consagrado na Lei n.º 21/2007, de 12-6, em processos por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual⁴⁴. Foi afastado este mecanismo consensual de resolução do conflito penal, mas não o previsto no art. 281.º do CPP, que estabelece um regime especial de suspensão provisória do processo para crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado, que manda ter em conta o interesse da vítima aquando da decisão de suspender o processo⁴⁵.

Na fase de julgamento, por natureza pública (art. 321.º/1) ainda sujeita ao disposto no art. 87.º/3 (art. 321.º/2), a inquirição de testemunhas menores de 16 anos obedece ao regime especial no qual apenas o juiz presidente pode dialogar com o menor (art. 349.º), aliado ao facto do tribunal poder ordenar o afastamento do arguido durante a prestação de declarações quando houver razões para crer que a sua presença pode prejudicar gravemente o menor de 16 anos (art. 352.º/1/b) ou inibir o declarante maior de 16 anos de dizer a verdade (art. 352.º/1/a)⁴⁶.

Os mecanismos processuais supra mencionados pretendem dar resposta à conclusão de estudos vitimológicos que vão no sentido de “o julgamento público de certo crime pode[r] trazer ao ofendido problemas tão ou mais fortes que o próprio crime”⁴⁷. Não obstante a bondade de soluções

⁴⁰ Para efeitos da lei, são declarações da vítima, para além da sua inquirição, as prestadas em reconhecimento e reconstituição do facto. *Vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 727. O regime aplica-se à prova por acareação (art. 271.º/7).

⁴¹ Vítima, quer na sua qualidade de ofendido, quer constituída como assistente no processo ou enquanto parte civil, ora veja-se a aplicação do art. 271.º às declarações dos assistentes e partes civis (art. 271.º/7).

⁴² Desde que a vítima não tenha ainda atingido a maioridade.

⁴³ Nomeadamente, a tomada de declarações do menor em ambiente informal e reservado e a sua assistência por técnico especialmente habilitado para o efeito.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defende a dispensa de assistência caso corresponda à vontade expressa do menor. Cf. do autor, *Comentário* [n.35] p. 730.

Ao art. 271.º/4 não é indiferente o facto deste regime excepcional, a par da sua índole protectiva, ter intenção de não ver prejudicada a espontaneidade e sinceridade das respostas, aproximando a prova obtida da verdade material dos factos.

⁴⁴ Cf. art. 2.º/3/b da Lei n.º 21/2007, de 12-6, que aprova o regime de mediação penal, em observância à Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Explicando as razões para o afastamento da mediação nestes casos, vide BELEZA, Teresa Pizarro / MELO, Helena Pereira de, *A Mediação Penal* [n.7] p. 72, admitindo a possibilidade do contacto directo inerente à mediação conduzir a fenómenos de vitimização secundária, constituindo uma “nova violência infligida à vítima”. A mediação foi também afastada para crimes em que o ofendido é menor de 16 anos (art. 2.º/3/d), explicável pelo facto de a lei pressupor que o menor de 16 anos “carece de uma especial protecção por parte do Direito”, não admitindo sequer que o menor seja representado em sede de mediação (*idem*, p. 75-6).

⁴⁵ Art. 281.º/8 do CPP, de que daremos conta no Capítulo III da Parte II.

⁴⁶ Em linha com o disposto no art. 29.º/a da Lei n.º 93/99, de 14-7 e respeitado que seja o disposto no art. 332.º/7 *ex vi* art. 352.º/2. Esta norma é igualmente aplicável ao registo de declarações para memória futura (art. 271.º/6).

⁴⁷ *Vide* BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos* [n.21] p. 99.

legislativas atentas aos riscos da submissão de vítimas de certos crimes e de certa idade aos ritos do processo penal, aquelas não conseguem ultrapassar certos perigos para os direitos e legítimos interesses destas, advindos do contacto com as instâncias informais e formais de controlo, incluindo-se nas últimas o sistema de justiça penal.

2.1. A criminalidade sexual, a vítima menor e a publicidade e mediatização do processo penal

Iniciada que seja a investigação criminal pelo MP, está a mesma sujeita à (agora) regra da publicidade externa do inquérito (art. 86.º/2 e 3 do CPP). Para além das apontadas fragilidades do novo regime, atendendo, entre outros motivos, à protecção constitucional do segredo de justiça e da presunção de inocência do arguido⁴⁸, a excepcionalidade da sujeição do inquérito a segredo de justiça pode pôr em causa os direitos das vítimas, na medida em que o prejuízo para os mesmos fica dependente de um juízo prévio onde antes era automático, daí que seja de aplaudir, do ponto de vista da protecção devida às vítimas, o Despacho n.º 3/2008, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, de 3/1/2008⁴⁹, no sentido de sujeitar a segredo de justiça todos os inquéritos por crimes previstos no art. 1.º/j a m do CPP, não sendo necessária qualquer ponderação sobre a necessidade do segredo de justiça⁵⁰. Com efeito, de acordo com as alíneas j e l do art. 1.º, integram a noção de criminalidade violenta e especialmente violenta os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 e 8 anos, respectivamente, significando que, por força do referido Despacho, pelo menos a investigação da criminalidade sexual mais grave está sujeita *ab initio* a segredo de justiça. Para estes e outros inquéritos sujeitos a segredo de justiça, a vinculação a este estende-se, desde 2007, a todos aqueles que tenham contacto com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes (art. 86.º/8), protecção mais forte do segredo de justiça se a ela aliarmos o actual teor da incriminação da violação de segredo de justiça nos termos da qual é punido *quem, independentemente de ter tomado contacto com o processo, ilegítimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de acto de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral* (art. 371.º do CP).

Um segundo aspecto digno de consideração: a não ser que se interprete a noção de identidade presente no art. 88.º/2/c, como aproximando-se da definição de *elementos de identificação* do art. 2.º/d da Lei n.º 93/99, de 14-7, a proibição prevista naquela norma é facilmente contornada. Se entendermos, como PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que as pessoas que participarem em acto processual coberto pelo segredo de justiça podem “falar publicamente sobre os factos históricos de que tem conhecimento, pois a divulgação deste conhecimento não está abrangida pela proibição legal”⁵¹, agudizam-se os riscos da vítima ser concretamente

⁴⁸ Sobre isto, cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 250ss.

⁴⁹ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/doc_0078.pdf.

⁵⁰ Estão aqui subjacentes não só a consideração dos direitos dos sujeitos ou participantes processuais, mas também preocupações com as condições para o desenvolvimento da investigação, cujo sucesso é muitas vezes indissociável do seu carácter secreto. Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 251.

⁵¹ *Idem*, p. 254.

individualizada e sujeita à exposição pública da sua vida. A *ratio* da norma do art. 87.º/3, no sentido de “proteger a vítima em situações em que a publicidade pode ter um efeito estigmatizante”⁵², tem como resultado a interpretação da noção de identidade aí prevista como referindo-se a *quaisquer elementos que, isolados ou conjuntamente com outros, permitam individualizar uma pessoa, distinguindo-a das demais*.

As considerações acima empreendidas assumem a existência de um sério risco de exposição pública dos menores pela mediatização que estes casos comportam. É sobejamente conhecida a atenção mediática aos assuntos da Justiça⁵³, em especial os de natureza penal e, dentro destes, assume a criminalidade sexual envolvendo menores uma posição privilegiada⁵⁴. Assume-se o interesse e direito da opinião pública a ter conhecimento de alegadas relações de indole sexual entre adultos e menores e o papel desse conhecimento na protecção dos direitos humanos destes pela perseguição e punição daqueles, como elementos legitimadores da exposição pública dos casos pelos meios de comunicação social. Não raras vezes, o risco de ser sancionado por desobediência simples será contornado ou desconsiderado em nome da satisfação dos anseios da opinião pública. No fundo do que estamos a tratar é da inevitável publicidade inerente à acção penal, da “reação social formalizada em processo criminal”⁵⁵ e da reação social a esse processo, potenciada pela era da informação e comunicação em que vivemos, uma verdadeira “Idade dos *media*” onde “a comunicação social e a opinião pública vão sumariamente julgando alguns e rapidamente estigmatizando outros”⁵⁶. Se é com base na protecção dos menores que se publicitam os crimes sexuais de que foram vítimas, vale a pena “ênfaticamente uma aquisição segura da ciência criminológica [...] a de que a «histeria de massas» contra abusadores sexuais de crianças é tão ou (por vezes) mais responsável por perigos (ou danos) para o desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança na esfera sexual do que os próprios agentes do crime”⁵⁷.

2.2. A criminalidade sexual, a sua prova e a vítima menor

⁵² Assim a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, da qual resultou a Lei n.º 48/2007, de 29-8, p. 4.

⁵³ “Por força da política, o Direito é objecto privilegiado dos *media* e entrou no quotidiano dos cidadãos. Criou-se, assim, uma relação nova e emotiva com os problemas da Justiça, a par de uma constante sensação de crise”. Cf. PALMA, Maria Fernanda, *Direito Constitucional Penal* [n.1] p. 82. Vide vários exemplos em RIBEIRO, Vinício A. P., *Código de Processo Penal: Notas e Comentários*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 234-5.

⁵⁴ Cf. Veiga, António Miguel, “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente “insensibilidade judicial” em sede de audiência de julgamento)” in RPCC, A 19, n.º 1 (2009) p. 102.

⁵⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão passado*”, a reforma do código de processo penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 35.

⁵⁶ Cf. TORRÃO, Fernando, “Reserva de conhecimento da identidade das testemunhas e declarações para memória futura (limites do princípio do secreto)”, in Revista de Direito da Universidade Lusitana do Porto, n.º 1 e 2, 2003, p. 67.

⁵⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário* [n.20] p. 845.

Constatamos que as acima aludidas especificidades, de indole protectivo, aplicáveis à prestação de declarações e depoimentos pelo menor vítima de crimes sexuais são consequência da inevitabilidade que é a sua sujeição a diligências probatórias que, nestes crimes, tendem a ser especialmente intrusivas da intimidade física e psicológica, não sendo abusivo considerar que as vítimas menores não estão, em regra, preparadas para lidar com esta situação, dada a sua personalidade e maturidade ainda em desenvolvimento⁵⁸. Refiro-me particularmente à posição processual do menor ofendido enquanto testemunha⁵⁹, pois são as declarações prestadas pela vítima que se apresentam, na maioria dos casos, como essenciais para a investigação e descoberta da verdade material⁶⁰.

Da consciencialização para os potenciais efeitos de vitimização secundária, advindos do tratamento institucional do acto de cariz sexual de que foi parte menor de idade, resultou a criação de mecanismos processuais condicionadores de princípios estruturantes do processo penal, v.g. o da publicidade, imediação e oralidade. São estes legítimos desde que assegurado o princípio do contraditório enquanto expressão dos direitos de defesa do arguido.

Na excepção ao princípio da imediação que constitui a prestação de declarações para memória futura (art. 355.º e 356.º/2/a), o contraditório concretiza-se pelo art. 271.º/3⁶¹, 5 e 8 do CPP. Contudo, a norma do n.º5, consagrando um modelo de contraditório directo, isto é, sem mediação judicial⁶², consubstancia um injustificado enfraquecimento da posição processual da vítima que presta declarações para memória futura, quer face aos regimes de prestação de declarações em audiência (arts. 346, 347.º e 349.º), quer face às medidas de protecção de testemunhas especialmente vulneráveis acima aludidas, na parte em que remetem para o art. 271.º e face ao teor do art. 29.º/c da referida Lei. Enfraquecimento que pode não colher justificativa do ponto de vista da defesa do arguido e pode, inclusive, causar prejuízo para a descoberta da verdade dos factos ao pôr em causa o que se pretende acautelar por via do art. 271.º/4⁶³.

Por outro lado, a repetição da audição em audiência de julgamento do menor que prestou declarações para memória futura reveste uma natureza excepcional, tendo em conta o carácter

⁵⁸ Exige-se das vítimas a “disponibilidade de se sujeitar a provas, perícias e interrogatórios que directamente interferem com a sua esfera de privacidade e exigem, por isso, ou pressupõem, uma estrutura e um estofos psicológico capaz de lhes resistir”. Vide ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 74.

⁵⁹ Na acepção ampla do art. 2.º/a da Lei n.º 93/99, de 14-7, incluindo quer o menor na qualidade de testemunha-ofendido, quer como assistente ou parte civil, que não prestam depoimento mas sim declarações (arts. 133.º/1/b e c e 145.º do CPP).

⁶⁰ Cf. LOPES, José Mouraz, “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para «memória futura»”, in Sub Judice, n.º 26 (2003) p. 17. Sobre a relatividade do exame pericial médico-legal e suas conclusões, resultantes da sua tardia realização (relevando para este efeito as primeiras 48/72 horas, em que o exame físico é considerado urgente), eventual destruição de vestígios, o acto de natureza sexual não deixar vestígios ou lesões, ou o historial médico do menor, cf. MAGALHÃES, Teresa / VIEIRA, Duarte Nuno, “A intervenção médico-legal na investigação criminal”, in Sub Judice, n.º 26 (2003) p. 7-12.

⁶¹ Pela obrigação de comparência do defensor ao acto (art. 64.º/1/e), especialmente importante nos casos em que ainda não há arguido constituído no processo. Sobre isto, cf. GAMA, António, “Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, in RPCC, A. 19, n.º 3 (2009), p. 398ss.

⁶² Era este o modelo seguido no art. 271.º/3 do CPP na redacção anterior a 2007.

⁶³ Seguimos nesta matéria a posição expressa por GAMA, António, “Reforma do Código [n.61] p. 405ss, no sentido de serem aplicáveis as regras de prestação de declarações em audiência previstas nos arts. 346.º, 347.º e 349.º, abrangidas pelo sentido da remissão do art. 271.º/6.

protectivo da produção antecipada de prova do art. 271.º, “em nome do propósito de poupar a vítima ao cortejo de *degrading ceremonies* (GARFINKEL) e ao «reencontro» com o agente, com toda a panóplia de sequelas negativas que a teoria e a investigação vitimológicas, abertas à lição do interaccionismo e do *labeling approach*, vêm pondo a descoberto”⁶⁴. Assim, e ainda que ao dispor do tribunal esteja o afastamento do arguido durante a prestação de declarações em audiência, deve a decisão de repetição fundar-se em ser esta condição indispensável à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (cf. art. 340.º/1) e desde que *não ponha em causa a saúde física ou psíquica do menor* (art. 271.º/8)⁶⁵.

A estas considerações alia-se o facto de ao arguido não ser negado o direito de contradizer, *maxime* na fase de julgamento, as provas obtidas ao abrigo do art. 271.º ou apresentadas com recurso a alguma das medidas para protecção de testemunhas, sendo que as últimas estão sujeitas a pressupostos de aplicação apertados e, em alguns casos, com valor probatório condicionado⁶⁶, assegurando-se assim o necessário equilíbrio entre o direito de defesa do arguido e o interesse público na realização da Justiça e interesses individuais das vítimas de crimes. Com efeito, é também do interesse público, e não só das vítimas, a existência de medidas protectivas da testemunha pois, sendo a prova testemunhal um meio de prova de suma importância, a garantia de protecção pode facilitar a colaboração das vítimas na investigação criminal, especialmente as mais vulneráveis⁶⁷.

Especificamente sobre a criminalidade sexual envolvendo menores, as limitações inerentes à sua personalidade e maturidade ainda em formação, tais como bloqueios psicológicos, dificuldades de linguagem e comunicação e concentração ou decorrentes de um forte ascendente do agente do crime sobre o menor v.g. no caso de relações familiares/de proximidade⁶⁸, exigem das autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal esforços no sentido do estabelecimento de uma relação informal e de confiança e o uso de linguagem simples e adequada⁶⁹. A consciência dessas limitações e a da relevância das declarações prestadas para memória futura pela vítima menor

⁶⁴ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente* [n.55] p. 36. São vários os autores a assinalar o recurso ao mecanismo do art. 271.º como forma de evitar efeitos estigmatizantes e traumatizantes para a vítima de crimes sexuais, nomeadamente através das sucessivas evocações dos acontecimentos e do contacto com o arguido. Cf. TORRÃO, Fernando, “Reserva de conhecimento [n.56] p. 71; LOPES, José Mouraz, “O interrogatório da vítima [n.60] p. 17. Tendo em conta o actual regime do art. 271.º/2, vide VEIGA, António Miguel, “Notas sobre o âmbito [n.54] p. 107 e 125, e GAMA, António, “Reforma do Código [n.61] p. 404. Sobre a origem da inserção, na revisão de 98, dos crimes sexuais no elenco do art. 271.º, cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 729.

⁶⁵ Pomenorizadamente sobre o assunto vide VEIGA, António Miguel, “Notas sobre o âmbito [n.54] p. 130ss.

⁶⁶ Cf. art. 19.º/2 da Lei n.º 93/99, de 14-7.

⁶⁷ Cf. TORRÃO, Fernando, “Reserva de conhecimento [n.56] p. 68, e VEIGA, António Miguel, “Notas sobre o âmbito [n.54] p. 110.

⁶⁸ As estatísticas demonstram que os crimes sexuais predominam em ambiente familiar. Dados recentes da APAV demonstram que, de entre os crimes sexuais perpetrados contra menores de que tiveram conhecimento, cerca de 38.3% foram praticados em contexto familiar, sendo que 35.5% eram enquadrados como crimes de abuso sexual de crianças. Cf. Estatísticas da APAV, Violência Sexual (2012), p. 21, disponível em http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_ViolenciaSexual_2012.pdf (consultado pela última vez a 30-03-2013).

⁶⁹ Sobre isto vide SOEIRO, Cristina, “O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça”, in *Sub Judice*, n.º 26 (2003) p. 22ss., e LOPES, José Mouraz, “O interrogatório da vítima [n.60] p. 18-9.

aconselham, por um lado, a que faça uso da perícia sobre a personalidade do menor nos termos do art. 131.º/3⁷⁰ e, por outro, justificam que se recorra à gravação magnetofónica ou audiovisual de modo a que o juiz da causa possa ter o máximo de “vivo acesso” às declarações registadas para memória futura (art. 364.º *ex vi* art. 271.º/6).

2.3. A criminalidade sexual, a vítima menor e a natureza semi-pública dos crimes

Enquanto formas de consideração dos interesses da vítima, são comumente imputadas à atribuição do direito de queixa ao ofendido a função de “evitar que o processo penal, prosseguindo sem ou contra a vontade do ofendido, possa, em certas hipóteses, representar uma inconveniente (ou mesmo inadmissível) intromissão na esfera das relações pessoais que entre ele e os outros participantes processuais intercedem”, e a de “específica protecção da vítima (ofendido) do crime. É esse o caso, nomeadamente, de crimes que afectam de maneira profunda a esfera da intimidade daquela. Quem seja vítima de um crime que penetra profundamente em valores da intimidade – nomeadamente, mas não só, da esfera sexual ou familiar (...) deve poder, em princípio, decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem frustrar-se as intenções político-criminais que, nesses casos, se pretenderam alcançar com a criminalização”⁷¹.

Quando se tratam de vítimas menores de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a especial protecção dos seus interesses relaciona-se de forma particular com a tutela do menor no seu direito ao desenvolvimento da personalidade⁷².

Atende-se à tutela por estes crimes de um bem jurídico pessoal profundamente relacionado com a esfera de intimidade da pessoa, onde a publicidade da ofensa acarreta a confrontação da vítima com juízos de censura fruto das concepções sociais dominantes e dominadas pela moral que naquele tempo e espaço impera, censura que se faz sentir quer dentro do processo penal, onde “a vítima é interrogada, examinada, inquirida, de algum modo «censurada» (o efeito de *blaming the victim* é frequente no processamento de crimes sexuais) e estigmatizada, como que submetida a uma segunda vitimização”⁷³, quer fora deste, pelo impacto da acção penal, exponenciado pela sua mediatização, na vida da vítima e nas suas relações pessoais e familiares⁷⁴. O menor que, até ao momento da revelação do facto a terceiros, podia não assumir com grande amplitude o desvalor do

⁷⁰ Assim GAMA, António, “Reforma do Código [n.61] p. 405. Possibilidade alargada, pela revisão de 2007, para todo o menor e não só para menor de 16 anos.

⁷¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 667-8 e ANTUNES, Maria João, *Comentário* [n.12] p. 595-6, e *idem, ibidem* [n.20] p. 896-7.

⁷² Assim, ANTUNES, Maria João, “Oposição [n.14] p. 22 e, da mesma autora, *Comentário* [n.12] p. 596, e *idem, ibidem* [n.20] p. 898, referindo “os prejuízos que um processo penal poderia acarretar para o desenvolvimento da personalidade de alguém que está ainda em fase de formação”.

⁷³ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente* [n.55] p. 35.

⁷⁴ Sobre o impacto das reacções morais das instâncias informais (v.g. família, escola) e formais de controlo sobre a identidade da vítima, provocando sentimentos de bloqueio e culpa, vide ANDRADE, Manuel da Costa, *A vítima e o problema criminal*, Coimbra: FDUC, 1980, p. 235ss.

evento ou assumi-lo positivamente como parte do seu desenvolvimento pessoal na esfera sexual, vê-se confrontado com o repúdio da sua experiência sexual, socialmente assumida como “fonte de perturbações e desequilíbrios do desenvolvimento futuro do menor”⁷⁵, não o sendo, de facto, até ao momento da sua condenação social.

3. O efeito de descriminalização real e a revisão de 2007 do Código Penal

Atendendo ao imediatamente acima tratado, e como forma de obviar as consequências negativas de intervenções ilegítimas do Estado através do Direito Penal, destaca-se o potencial da queixa para produzir efeitos associados ao movimento de descriminalização⁷⁶.

Relacionado com este fenómeno encontra-se um dos princípios legitimadores da intervenção do Direito Penal: o princípio da carência ou necessidade de tutela penal. A consideração de que, face a condutas socialmente danosas que lesam bens jurídicos com dignidade penal, o recurso a sanções criminais deve apenas fazer-se se constituir o único meio para eficazmente proteger a sociedade (juízo de necessidade) sem “custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade” (juízo de idoneidade)⁷⁷, contribuiu para que se propagasse um movimento de descriminalização⁷⁸.

Por via da queixa atinge-se um efeito de descriminalização *de facto*⁷⁹, pela “não aplicação da lei incriminatória por força de renúncia da vítima à perseguição criminal”⁸⁰, em nome dos seus legítimos interesses, apenas fazendo intervir o Direito Penal caso lhe seja “insuportável tolerar a ofensa e entenda que apenas a tutela penal possa ditar a justiça daquele caso”⁸¹, tutela essa nem

⁷⁵ *Idem*, p. 235. O mesmo se poderá dizer acerca do modo como a lei penal vê a sexualidade do menor: “Poder-se-á dizer que não é a experiência vivencial das crianças que está plasmada nos tipos penais. Na verdade, as crianças aparecem nos preceitos do Código Penal cristalizadas na sua imagem de *inocência*, o que corresponde à fantasia dos adultos. Por isso, elas surgem tipicamente enquanto vítimas de *crimes sexuais* qualificados”. Cf. BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem sombra* [n.15] p. 16 (itálicos da autora). Sobre o crime de abuso sexual de crianças, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS assume as dúvidas que a presunção legal de que “a prática de actos sexuais com menor, em menor ou por menor de certa idade prejudica o desenvolvimento global do próprio menor” coloca: “Se esta presunção conserva consistência absoluta em muitos casos, nas condições sociais hodiernas, nomeadamente de pública e maciça sexualização do quotidiano, é coisa que pode pôr-se (...) em dúvida. Mas foi essa a decisão normativo-axiológica do legislador português – como continua a ser a da generalidade das legislações –, pelo que o intérprete e aplicador não pode legitimamente desrespeitá-la”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário* [n.20] p. 834.

⁷⁶ “Uma estratégia [de descriminalização] que goza da simpatia crescente dos legisladores e que significa, além do mais, o reforço progressivo da posição da vítima no moderno sistema penal”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo/ ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 3ª Reimp. da 1ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 420. Cf. também, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal* [n.19] p. 91.

⁷⁷ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, in RPCC, A. 2 (1992) p. 186.

⁷⁸ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo/ ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia* [n.76] p.403ss.

⁷⁹ Para esta função da queixa alerta-nos o ponto 25 da Introdução do CP.

⁸⁰ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia* [n.76] p. 401.

⁸¹ Cf. ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 73, nota 7.

sempre necessária, nem sempre eficaz, mas sempre a mais gravosa⁸². Assim, uma política criminal orientada para a consideração dos interesses individuais das vítimas de crimes tem à sua disposição soluções como a de fazer depender o início do procedimento criminal do exercício do direito de queixa pelo ofendido pela prática do crime. Nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “a projecção dos ensinamentos do *labeling* sobre a própria vítima pode sugerir uma política de des-vitimização (isto é: uma política de descriminalização determinada sobretudo por uma consideração autónoma dos interesses da vítima) ou, pelo menos, o alargamento do controlo da vítima sobre a instauração e o andamento do processo formal”⁸³.

Sendo o efeito de descriminalização *de facto* muitas vezes associado a crimes de “significado criminal relativamente pequeno”, ligado muitas vezes a “uma alta medida de disponibilidade do bem jurídico respectivo”⁸⁴, em que é aconselhável do ponto de vista político-criminal que o procedimento criminal fique na dependência da vontade do ofendido, alerta-nos, contudo, o Professor FIGUEIREDO DIAS, sem deixar de atender a essa especial ligação, para o facto de a natureza semi-pública do crime não ser exclusiva da pequena criminalidade e de poder ter aplicação “mesmo relativamente a crimes de altíssima gravidade”, dando como exemplo o crime de violação, previsto no art. 201.º na versão originária do CP⁸⁵.

A vocação dos crimes semi-públicos para produzir um efeito de descriminalização real é atestada pela possibilidade, conferida ao ofendido, de selecção prévia das efectivas ofensas à sua liberdade e autodeterminação sexual⁸⁶.

Para este potencial alertava-nos já MARIA JOÃO ANTUNES ao destacar, ainda sob a égide do CP na redacção anterior à Lei n.º 59/2007, de 4-9, o efeito de descriminalização real, quer para os casos em que o ofendido é maior de 16 anos e, portanto, capaz de exercer o seu direito de queixa, quer “face a uma política-criminal que protegia de forma absoluta menores de 14 anos de idade (art. 172.º, na redacção anterior), menores dependentes entre os 14 e os 18 anos de idade (art. 173.º, na redacção anterior) e menores entre os 14 e os 16 anos de idade, relativamente a actos homossexuais de relevo (art. 175.º, na redacção anterior), casos em que a lei penal presumia um prejuízo para o desenvolvimento global do menor de certa idade resultante da prática de actos sexuais, a prática em determinado contexto ou a prática de certo tipo de actos, com menor, em menor ou por menor”⁸⁷.

Com a revisão de 2007 do CP, esta questão assume uma nova dimensão, atendendo às alterações introduzidas nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, alterações essas que se traduzem essencialmente no alargamento do âmbito da punição para os crimes sexuais envolvendo menores, com destaque para a equiparação da introdução vaginal ou

⁸² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo / ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia* [n.76] p. 409.

⁸³ *Idem*, p. 412.

⁸⁴ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 666-7. Caracterizando estes casos como “situações em que, expressa ou implicitamente, é necessário a prova do «não acordo»”, em que “por forma directa ou indirecta, o consentimento do ofendido releva logo ao nível de tipo de ilícito”, CUNHA, José Damião da, “A participação dos particulares [n.4] p. 598.

⁸⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 668. Cf. as noções legais de criminalidade violenta e especialmente violenta no art. 1.º/j e l do CPP acima aludidas.

⁸⁶ Assim, ANTUNES, Maria João, *Comentário* [n.20] p. 896 e 898 e DIAS, Jorge de Figueiredo e ANTUNES, Maria João, em anotação ao art. 173.º do CP, *idem*, p. 858. Da mesma autora, vide “Oposição [n.14] p. 22.

⁸⁷ Cf. ANTUNES, Maria João, “Oposição [n.14] p. 22 e mais recentemente em *Comentário* [n.20] p. 898.

anal de partes do corpo ou objectos à cópula (arts. 171.º/2, 173.º/2, e 174.º/2), a inclusão da conduta de levar a praticar acto sexual de relevo com terceiro, nos crimes onde esta não vinha especificada (v.g. arts. 171.º/2 e 173.º/1), a introdução de novos tipos penais e novas condutas criminalmente puníveis⁸⁸, a punição da tentativa⁸⁹ e o alargamento da idade da vítima⁹⁰.

A doutrina tem vindo a questionar se a configuração legal das incriminações resultante da revisão de 2007 do CP não estará para além da tutela do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual do menor, quer por via do alargamento da idade da vítima até aos 18 anos, quer pela criminalização de condutas que só duma forma longínqua e indeterminada se reconduzem ao bem jurídico que se intenta tutelar. Tentando não extravasar o objecto de estudo a que me propus, uma compreensão de certas questões substantivas permitirão melhor entender a bondade da solução que pretendo defender.

3.1. O alargamento da idade da vítima até aos 18 anos de idade

A partir da entrada em vigor do DL n.º 48/95, de 15-3, o enquadramento jurídico-penal dos crimes sexuais passou a fazer-se por referência ao bem jurídico da liberdade e da autodeterminação sexual e a opção político-criminal fez-se no sentido dos crimes sexuais constituírem crimes contra as pessoas e contra um valor estritamente individual. Para trás ficaram a inserção sistemática e *nomem iuris* de algumas incriminações previstas na versão originária do CP que remetiam para uma tutela penal em que se associavam os comportamentos sexuais criminalmente puníveis a uma certa visão da sociedade, desconectada da pessoa e apegada a uma ideia de pudor público e a sentimentos gerais da moralidade sexual, consubstanciando um direito penal sexual tutelar da honestidade e dos costumes e de bens jurídicos supra-individuais⁹¹.

⁸⁸ Cf. art. 174.º, onde se criminaliza o recurso à prostituição de menores entre os 14 e os 18 anos, e art. 176.º, onde, a par da autonomização de algumas condutas anteriormente previstas no art. 172.º/3 e 4, procede-se ao alargamento das condutas criminalmente puníveis.

⁸⁹ Cf. arts. 174.º e 176.º, neste último procedendo-se, na opinião de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a uma “antecipação desmesurada da tutela penal, com a punição da tentativa (aliciamento) com a pena da consumação e a punição da própria tentativa de tentativa (isto é, da tentativa de aliciamento)”. Vide do autor, *Comentário do Código Penal*, 2.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 535.

⁹⁰ Cf. art. 174.º, abrangendo menores entre os 14 e os 18 anos, art. 175.º, antes restringido a menores entre os 14 e 16 anos e agora aplicável a todos os menores, e art. 176.º, onde algumas das suas condutas eram aplicáveis a menor de 14 anos e actualmente estende-se a todos os menores.

⁹¹ A título de exemplo, veja-se a inserção sistemática, no CP82, dos crimes sexuais, no Capítulo I *Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social*, do Título III *Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade*, e os crimes de atentado ao pudor com violência (art. 205.º), e de exibicionismo e ultraje público ao pudor (art. 212.º). Salientando como uma das mudanças que a revisão de 95 trouxe para os crimes sexuais, a “alteração de concepções de fundo e consequente re-arrumação sistemática”, BELEZA, Teresa Pizarro, “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, individualismo”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, org. Maria Fernanda Palma, Teresa Pizarro Beleza, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 110. Cf. RAPOS O, Vera Lúcia, “Da Moralidade à Liberdade: o Bem Jurídico Tutelado na Criminalidade Sexual”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. de Manuel da Costa Andrade [et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 931-962. Sobre as relações entre o Direito Penal Sexual e a moral vide NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra: Almedina, 1985.

Com a revisão de 95 do CP estabeleceram-se “novos limites do direito penal sexual”⁹², assentes na ligação da criminalidade sexual à pessoa e em que a liberdade, na esfera sexual, assume destaque enquanto bem jurídico digno de tutela penal⁹³. Operou-se uma separação dos crimes sexuais tipificados através da divisão sistemática entre crimes contra a liberdade sexual e contra a autodeterminação sexual, que mais não é do que a autonomização de certos tipos penais consoante a relevância da idade da vítima na configuração legal das incriminações. Assim, pode um menor ser vítima de um crime previsto na Secção I do Capítulo V do Título I da Parte Especial do CP, relativa a crimes contra a liberdade sexual, mas não pode um adulto ser qualificado de vítima face às incriminações previstas na Secção II relativa aos crimes contra a autodeterminação sexual.

Também nos crimes sexuais cuja vítima é menor, é a liberdade do menor na esfera sexual que se visa tutelar⁹⁴. Nas palavras de TERESA PIZARRO BELEZA, “a ideia de atentado ao pudor é substituída pela de desrespeito pela autodeterminação sexual. Já não é o pudor da criança ou do jovem (...) que está em causa – ele pode, até, ser inexistente e nem por isso o crime deixa de existir ou o Direito ficciona um pudor inexistente – mas a convicção legal (*iuris et de iure*, dir-se-ia) de que abaixo de uma certa idade ou privada de uma certa dose de auto-determinação a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”⁹⁵. A lei penal distinguiu entre a protecção penal sexual devida às crianças (menores de 14 anos) e aquela devida aos jovens⁹⁶. Na primeira, protege-se a “autodeterminação sexual, mas sob uma forma muito particular: não face a condutas que representem a extorsão de contactos sexuais por forma coactiva ou análoga (...), mas face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coacção, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual”⁹⁷, e, na segunda, “a salvaguarda do menor desenrola-se a um nível menor exigente,

⁹² Cf. ANTUNES, Maria João, “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in BFDUC, Coimbra: FDU, vol. 81 (2005) p. 60.

⁹³ Cf. BELEZA, Teresa Pizarro, “A revisão da Parte Especial [n.91] p. 91: “Em matéria de crimes sexuais, sendo agora (no paradigma de 1995, mais de acordo com a nossa Constituição) a protecção da liberdade que deve estar em causa e não a conduta moral normativizada (...)”.

⁹⁴ Cf. BELEZA, Teresa Pizarro, “A revisão da Parte Especial [n.91] p. 113: “O bem jurídico protegido é ainda assim a liberdade, aqui vista na sua faceta de autodeterminação. Afinal, o Código também poderia ter utilizado esta mesma expressão no que se refere aos adultos”. “A proteger será, em qualquer caso, a *liberdade*. Liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem, para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade”. Cf. BELEZA, Teresa Pizarro, *idem*, p. 110-1, e *Sem sombra* [n.15] p. 11 (itálicos da autora).

⁹⁵ Cf. da autora, “A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da laicização dos bons costumes à ortodoxia da liberdade”, in *Estudos comemorativos do 150º aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, coord. Luis M. Vaz das Neves, António Oliveira Simões, Dina Monteiro, Lisboa: Ministério da Justiça, 1995, p. 172, e também, “A revisão da Parte Especial [n.91] p. 112-3, *Sem sombra* [n.15] p. 15, e *O conceito legal de violação*, Separata da RMP, nº 59, 1994, p. 56. Contra o entendimento legal no sentido de que “a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário* [n.20] p. 832, concordando nos demais termos.

⁹⁶ De notar que a CRP também separa a protecção constitucional devida às crianças (art. 69.º) daquela devida aos jovens (art. 70.º), que, contudo, não deve ser entendida como uma contraposição rígida. Vide MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed. revista, actualizada e ampliada, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1389.

⁹⁷ Cf. DIAS JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário* [n.20] p. 834. “O bem jurídico ofendido por um *acto sexual de relevo*, que seja praticado com, em ou perante uma criança, já não é o pudor, mas as potencialidades de desenvolvimento não excessivamente condicionado ou traumatizado por experiências demasiado precoces”. Vide BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem sombra* [n.15] p. 15, e “A revisão da Parte Especial [n.91] p. 113.

porquanto se entende que a sua personalidade já se encontra sedimentada, e por conseguinte deverá gozar de maior poder de decisão. Apenas os comportamentos mais lesivos são dignos de punição⁹⁸. Em todo o caso, o bem jurídico que aparece identificado como digno de tutela penal parece ser o da liberdade e autodeterminação sexual do menor perspectivado como protegendo o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual face a condutas consideradas lesivas desse livre desenvolvimento.

A especificidade que o bem jurídico tutelado assume nestes crimes, por força da idade das vítimas, justificou a consagração duma protecção penal diferenciada, consoante os diferentes graus do desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual. No CP95, essa protecção diversa dividia-se entre a concedida ao menor até aos 14 anos de idade (protecção tendencialmente absoluta e motivo de agravamento de crimes em cuja tipificação não entra já a idade como elemento integrador – arts. 172.º e 177.º/4) entre os 14 e os 16 anos (arts. 173.º/1/a, 174.º, 175.º e 176.º) e entre os 16 e 18 anos (art. 173.º/1/b)⁹⁹. Actualmente, a protecção penal diferenciada do menor divide-se entre a conferida ao menor até aos 14 anos (arts. 171.º e 177.º/6), entre os 14 e os 16 anos (art. 173.º) e entre os 14 e os 18 anos (arts. 172.º, 174.º, 175.º, 176.º e 177.º/5)¹⁰⁰.

O alargamento protecção penal para o menor até aos 18 anos de idade nos crimes dos artigos 174.º a 176.º do CP foi justificado pela necessidade de cumprimento de obrigações acordadas internacionalmente que vão no sentido de conferir uma especial protecção aos menores de 18 anos contra a exploração sexual de crianças¹⁰¹. Interpretando as normas internacionais em causa, MARIA JOÃO ANTUNES afirma que “o estabelecimento da idade de 18 anos deve significar apenas a criação de um *limite máximo*, para além do qual já não se justifica uma específica protecção dos “direitos humanos e do direito fundamental a uma educação e um desenvolvimento harmoniosos”, em razão da idade da pessoa. De resto, o Código Penal vigente [anterior a 2007] já considera este *limite máximo*, quando prevê, no art. 173.º [actual art. 172.º], o *crime de abuso sexual de menores dependentes*”¹⁰². Assim, “não vinculando tais normas acordadas internacionalmente a uma «especial protecção» de todo o menor de 18 anos, o critério das incriminações há-de ser o da necessidade de protecção por referência ao bem jurídico pessoal da liberdade e da autodeterminação sexual, cabendo ao legislador que pretenda alterar o direito penal vigente indagar se há que modificar a presunção de que partiu o legislador em 1995: *até aos 14 anos de idade, a prática de actos sexuais com menor, em menor ou por menor prejudica o desenvolvimento global deste, de forma a justificar uma protecção jurídico-penal absoluta*”¹⁰³.

⁹⁸ Cf. RAPOSO, Vera Lúcia, “Da Moralidade à Liberdade [n.91] p. 953.

⁹⁹ Cf. BELEZA, Teresa Pizarro, “Sem sombra [n.15] p.18, e “A revisão da Parte Especial [n.91] p. 114.

¹⁰⁰ Assim, ANTUNES, Maria João, *Comentário* [n.20] p. 846.

¹⁰¹ Cf. Exposição de Motivos da Lei n.º 98/X, e instrumentos europeus e internacionais mencionados, especialmente a 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, que, no seu art. 1.º/a, define como criança “qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade”.

¹⁰² Cf. da autora, “Crimes contra menores [n.92] p. 64 (itálicos no original).

¹⁰³ *Idem*, p. 64-5 (itálicos no original). A autora afirma que “difícilmente [o alargamento para além dos 14 ou 16 anos nos crimes dos arts. 174.º a 176.º] se justifica em nome de uma protecção diferenciada em função daqueles diferentes graus [de desenvolvimento-da personalidade do menor na esfera sexual]”. Vide, ANTUNES, Maria João, em anotação ao art. 172.º, *Comentário* [n.20] p. 846-7 e, da mesma autora, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores”, in Revista do CEJ, n.º 8 (2008) p. 209, sugerindo “a

Contra este entendimento expressou-se INÊS FERREIRA LEITE, admitindo como justificadas as incriminações em cuja vítima é menor entre os 14 e os 18 anos, por nelas virem implicadas contrapartidas, pecuniárias ou outras, capazes de corromper a vontade dos menores já que “pelas suas naturais circunstâncias, não são economicamente autónomos, não dispõem de capacidade de sustentação às dos adultos e são, por natureza, mais susceptíveis à força atractiva das vantagens patrimoniais”¹⁰⁴.

3.2. O crime de pornografia de menores (art. 176.º do Código Penal)

Para além do alargamento da idade da vítima até aos 18 anos, a doutrina tem criticado a criminalização de condutas que só duma forma muito longínqua e indeterminada se reconduzem ao bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual do menor. Na versão do CP anterior a 2007, a questão já tinha sido colocada em relação a certas incriminações¹⁰⁵, sendo que com a Lei n.º 59/2007, de 4-9, a crítica manteve-se e acentuou-se, em face do novo tipo penal de *pornografia de menores*, consagrado no art. 176.º do CP.

A crítica tem-se centrado nas condutas previstas no n.º 1/c e d (criminalização do comércio de pornografia infantil)¹⁰⁶, n.º 3 (porque referente a *representação realista de menor*)¹⁰⁷ e n.º 4 (criminalização da mera posse de pornografia infantil)¹⁰⁸, porque desligadas do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual de menor, sendo inclusivamente difícil de identificar um bem jurídico digno de tutela penal, circunstâncias que levam certos autores a afirmarem um retorno de um direito penal sexual tutelar da moral e dos bons costumes¹⁰⁹. O mesmo não entende INÊS FERREIRA LEITE, ao reconduzir a punição assente em representação realista de menor, não a uma tutela da moralidade, mas sim à dificuldade de prova da idade dos intervenientes em material pornográfico e à “perigosidade latente da existência de material pornográfico em que se represente de modo realista um menor, pela aptidão que tal material tem para «convencer» outros menores a aceitarem ou a não oporem resistência à prática abusiva de actos sexuais” (processo de *grooming*)¹¹⁰.

criação de um tipo legal de crime autónomo, não inserido nos crimes contra as pessoas, ou até a adopção de medidas concertadas de natureza não penal”.

¹⁰⁴ Cf. LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade sexual”, in RPCC, A. 21, n.º 1 (2011) p. 54ss.

¹⁰⁵ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, em anotação ao art. 172.º, *Comentário* [n.12] p. 542 e 548.

¹⁰⁶ Cf. ANTUNES, Maria João, e SANTOS, Cláudia, em anotação ao art. 176.º, *Comentário* [n.20] p. 880.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 880 e 883ss., LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal: Revista de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 157, e RAPOSO, Vera Lúcia, “Da Moralidade à Liberdade [n.91] p. 953.

¹⁰⁸ Vide ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente* [n.55] p. 34, que fala em “soluções extremadas de criminalização de comportamentos que, só de uma forma longínqua e desproporcionada – e, como tais desprovidos de *dignidade penal* – se podem ainda associar à protecção da *liberdade* ou da *autodeterminação sexual* de menores”. Cf. também ANTUNES, Maria João, e SANTOS, Cláudia, *Comentário* [n.20] p. 880.

¹⁰⁹ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente* [n.55] p. 34, referindo-se a “impulsos de paternalismo e fundamentalismo moralistas”, e ANTUNES, Maria João, “Crimes contra menores [n.92] p. 66, e “Crimes contra a liberdade [n.103] p. 209.

¹¹⁰ Cf. LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal [n.104] p. 58-9.

As dúvidas colocadas pelo alargamento da idade da vítima até aos 18 anos e pelas condutas criminalmente puníveis pelo art. 176.º, às quais podemos juntar as instaladas pela criminalização do recurso à prostituição de menores (art. 174.º)¹¹¹ e pela manutenção e simultâneo alargamento do âmbito da incriminação do crime de actos sexuais com adolescentes (art. 173.º)¹¹², fazem com que ao efeito de descriminalização real não se atribua uma importância despicienda. Com efeito, “podemos estar perante situações em que não se verifique *dano* ou sequer *perigo* para o bem jurídico (...) ou perante outras em que até é questionável a criminalização do comportamento (...)” e até mesmo perante um comportamento que “poderá até ter significado a realização deste bem jurídico”¹¹³.

O dever do Estado de proteger os mais vulneráveis da sociedade¹¹⁴, entre os quais os menores, exige um esforço de equilíbrio entre o mínimo exigível de dureza e firmeza na repressão de condutas atentatórias de direitos e o máximo de respeito pela personalidade e individualidade de cada um. Na tutela penal sexual de vítimas menores, “protegê-lo[s] exige também considerações acerca da evolução da sua maturidade sexual e da sua progressiva capacidade para fruir, positivamente, a sua liberdade”¹¹⁵.

Onde se manifestem dúvidas acerca da carência de tutela penal, e inclusive da dignidade penal das incriminações, e quando predomine uma tutela da liberdade sexual na sua vertente negativa que acarrete sérios riscos para a realização positiva da liberdade sexual das pessoas, acentuam-se as vantagens duma opção político-criminal que faça depender a acção penal da vontade do ofendido, solução de compromisso que permitirá que uma tutela penal sexual forte face

¹¹¹ Cf. ANTUNES, Maria João, e SANTOS, Cláudia, *Comentário* [n.20] p. 866-7, expressando dúvidas sobre “se não é, afinal, um certo «paternalismo penal» que a justifica. Na medida em que limita a liberdade sexual do maior de 14 anos que quer praticar acto sexual de relevo mediante pagamento ou outra contrapartida, com o intuito de o proteger de algo que vai além da autodeterminação sexual, em nome do «bem» do menor entre os 14 e os 18 anos de idade. Se, tudo ponderado, há ou não o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (dos bons costumes), fundado não propriamente em opções político-criminais, mas sim em opções «político-criminalmente correctas», enganadoramente protector de um bem jurídico supra-individual”, e destacando a “probabilidade de esta incriminação, ao invés de contribuir para uma diminuição deste comportamentos, intensificar a tendência para a sua ocorrência em espaços de clandestinidade que aprofundam a exclusão social daqueles que neles são intervenientes”.

¹¹² Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo e ANTUNES, Maria João, *Comentário* [n.20] p. 860-1, afirmando que a opção do legislador de 2007 de “alargar sensivelmente o âmbito de incidência da incriminação, ao punir a prática de quaisquer actos sexuais de relevo. (...) não só não teve na mínima conta que se trata aqui da prática de actos *pessoalmente consentidos de forma livre* (de outra forma tratar-se-ia de crimes de coacção sexual ou de violação!), não só fez tábua rasa de toda a história do crime de estupro (nunca tais actos foram antes punidos se não se traduzissem em cópula, ou, no máximo, em cópula ou acto análogo!), como tomou declaradamente partido por uma opção político-criminal que hoje dificilmente afastará o apodo de risível: punir com pena criminal os abraços, os beijos, as carícias entre dois namorados, um com 18 anos feitos, outro com quase 16, ainda que eles sejam obtidos abusando da inexperiência da vítima”, concluindo que “o legislador de 2007 trouxe para o domínio da punibilidade factos que carecem de dignidade penal. Ao ponto de se poder perguntar se uma tal decisão, traduzindo-se na limitação desproporcional, desadequada e desrazoável de direitos fundamentais (do ou da adolescente) não incorre me inconstitucionalidade material”.

¹¹³ Cf. ANTUNES, Maria João, “Oposição [n.14] p. 23 e 34 (itálicos no original).

¹¹⁴ Para uma aparente insensibilidade legal para a vulnerabilidade da vítima idosa, por comparação com as preocupações com a vulnerabilidade das vítimas menores já nos alertava BELEZA, Teresa Pizarro, *Sem sombra*, [n.15] p. 15.

¹¹⁵ Vide ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal* [n.10] p. 62.

a comportamentos sexuais envolvendo menores não resvale numa negação da liberdade do menor de, livre e positivamente, desenvolver a sua personalidade (também) na esfera sexual¹¹⁶.

CAPÍTULO III - A regra da natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro)

1. Regime jurídico

A intenção do legislador penal de 2007 de reforçar a tutela penal conferida aos menores¹¹⁷ estendeu-se à natureza processual dos crimes, passando a públicos todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, à excepção ao crime de actos sexuais com adolescentes¹¹⁸. Para estes crimes, a intervenção *ab initio* do MP passa a ser obrigatória a partir do momento em que tem conhecimento dos factos que constituem crime, por si próprio ou por quem tem obrigação legal de lhe dar conhecimento (arts. 241.º e 242.º do CPP), e automática, por não depender da dedução de queixa pelo ofendido pela prática do crime. Também a prossecução processual pelo MP deixa de poder ser frustrada por força de uma desistência de queixa até à publicação da sentença em 1.ª instância e em que não haja oposição do arguido.

O crime de actos sexuais com adolescentes é o único crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor cujo início do procedimento criminal se encontra dependente do exercício do direito de queixa, exercício esse que obedece ao regime geral do art. 113.º do CP, diferentemente do que acontecia na versão originária do CP. O art. 211.º/1 do CP82 previa uma regra especial de titularidade do direito de queixa para os crimes sexuais previstos nos arts. 201.º a 207.º e 209.º, em que não só ao ofendido pela prática do crime cabia a titularidade do direito de queixa, mas igualmente ao seu cônjuge ou a quem sobre o ofendido exercesse poder paternal, tutela ou curatela¹¹⁹. Para os crimes semi-públicos dos arts. 215.º e 216.º do CP82, crimes de ultraje ao pudor de outrem e de inseminação artificial, respectivamente, valia a regra geral prevista no art. 111.º/1 do CP82 em que o ofendido, sendo este *o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação*¹²⁰, era o exclusivo titular do direito de queixa. Com a revisão de 95 do

¹¹⁶ O facto de ANA RITA ALFAIATE identificar a tutela pelo legislador do bem jurídico supra-individual da infância e da juventude face a alguns comportamentos criminalmente puníveis não impede a autora de defender que “o legislador de 2007 alargou em excesso a mancha de crimes públicos, isto, claro está, atendendo à sensibilidade e melindre dos interesses em causa”. *Vide idem*, p. 57.

¹¹⁷ Para um elenco das alterações de 2007 nesta matéria *vide* ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade [n.103] p. 205ss.

¹¹⁸ Que, contudo, converte-se em crime público, se dele resultar suicídio ou morte da vítima (art. 178.º/2). Assim, dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual previstos no CP, são públicos: todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual envolvendo menores, excepto o crime do art. 173.º; os crimes de cuja prática resulte suicídio ou morte da vítima (cf. art.178.º/1e 2); e os crimes de abuso sexual de pessoa internada (art. 166.º) e de lenocínio (art. 169.º).

¹¹⁹ Sobre o art. 211.º do CP82, *vide* BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos* [n.21] p. 210ss. e ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 90ss.

¹²⁰ Norma que se mantém inalterada desde o CP82, agora prevista no art. 113.º/1. Sobre a noção de ofendido, cf. DIAS, Augusto Silva, “A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Maria Fernanda Palma (coord), Coimbra: Almedina, 2004, p. 55-66.

CP desaparece esta regra especial, submetendo-se os crimes sexuais ao regime geral no qual a legitimidade para exercer o direito de queixa coincide originária e exclusivamente com a qualidade de ofendido pela prática do crime (art. 113.º/1)¹²¹.

São vítimas do crime de actos sexuais com adolescentes os menores entre os 14 e os 16 anos, o que significa que a vítima menor deste crime sofre sempre de incapacidade de exercício do direito de queixa no momento da prática do crime, incapacidade susceptível de ser suprida através do instituto da representação, previsto no art. 113.º/4 do CP: pode a queixa ser deduzida pelo representante legal do menor e, na falta deste, pelas pessoas indicadas sucessivamente nas alíneas do n.º 2 do referido artigo, desde que não tenham participado no crime¹²².

Para além do suprimento da incapacidade do menor de 16 anos por via da representação legal, o procedimento criminal pode ter início através da promoção oficiosa do MP no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido menor de 16 anos o aconselhar (art. 113.º/5/a)¹²³. Mantém actualidade a interpretação de MARIA JOÃO ANTUNES da natureza subsidiária desta promoção processual pelo MP, condicionada quer à verificação da inércia do titular do direito de queixa motivada por razões alheias ao interesse do ofendido, quer à consideração de que a protecção do menor exige o início do procedimento criminal, não se lhe opondo as razões que legitimam a natureza semi-pública dos crimes¹²⁴.

A partir do momento em que o menor ofendido pela prática do crime perfizer 16 anos de idade, caso o procedimento criminal não se tenha iniciado por meio das faculdades legalmente estabelecidas supra mencionadas, o ofendido pode dar início ao processo penal exercendo o seu

¹²¹ Cf. posição concordante de ANTUNES, Maria João, *Comentário* [n.12] p. 594, e “Oposição [n.14] p. 21, relacionando o direito de queixa exclusivamente concedido ao ofendido com a concessão de uma especial protecção aos seus legítimos interesses. Em sentido oposto, ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 92, defendendo a legitimidade originária, a par do ofendido, daqueles que com ele tenham uma relação íntima e de proximidade, nomeadamente ao cônjuge ou à pessoa que com ele viva em condições análogas às dos cônjuges, como forma de obviar às cifras negras decorrentes da passividade da vítima e consequente impunidade dos agentes, substituição essa que não deveria ser contrária à vontade expressa ou presumida da vítima.

¹²² Diferentemente do anterior art. 113.º/3 do CP, a actual redacção do art. 113.º/4 não afasta expressamente quem tenha, de alguma forma, participado no crime de representar o menor no seu direito de queixa, menção feita apenas para os casos de sucessão no direito de queixa (art. 113.º/2). A não transmissão do direito de queixa a quem tenha, sob qualquer forma, participado no crime, tem a intenção de não deixar a “efectivação do *ius puniendi*, no caso, na disponibilidade do próprio agente do crime” (assim DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 672). O mesmo raciocínio vale para o instituto da representação, devendo a norma ser interpretada no sentido de também ali ser aplicável a referida exclusão (*vide idem*, p. 673).

¹²³ Para além do critério da menoridade, confere legitimidade ao MP para dar início ao procedimento criminal o facto de o ofendido não possuir discernimento para entender o alcance e significado do exercício do direito de queixa (art. 113.º/5/a) e a impossibilidade legal do direito de queixa ser exercido pelo facto da sua titularidade caber apenas ao agente do crime (alínea b do mesmo art.).

Sobre a introdução desta última possibilidade pelo art. 113.º/5 do CP95, caracterizando-a como inovadora e pondo termo a uma “lacuna inaceitável” que beneficiava injustificadamente o agente do crime “exactamente naqueles casos em que a própria vítima, por ser incapaz, necessita de especial protecção”, cf. ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 83.

¹²⁴ *Vide* ANTUNES, Maria João, “Oposição [n. 14] p. 24.

direito de queixa (art. 113.º/6 do CP), direito que se extingue no prazo de seis meses a contar da data em que o ofendido perfizer 18 anos¹²⁵. Se, pelo contrário, o procedimento criminal tiver tido início por via da representação legal ou da promoção oficiosa pelo MP, ao ofendido é conferido o direito de pôr termo ao processo (art. 116.º/4). Em qualquer caso, o procedimento criminal não se extingue, por efeito de prescrição, antes de o ofendido perfazer 23 anos¹²⁶.

2. Análise crítica da solução de 2007

A configuração dos crimes sexuais praticados contra menor como crimes públicos vem responder positivamente a quem questionava se a natureza semi-pública dos crimes sexuais seria a melhor forma de acautelar os interesses das vítimas deste tipo de criminalidade¹²⁷. Vem igualmente resolver o problema das cifras negras nestes crimes, advindas do baixo número de queixosos que os estudos estatísticos vinham apontando¹²⁸. Uma tomada de posição do legislador como a que agora se analisa não pode ser apartada duma intenção de demonstrar a intolerância que a sociedade deve ter face a comportamentos sexuais criminalmente puníveis que envolvam menores, comprometendo-a a agir quando deles tenha conhecimento. É simultaneamente a expressão dessa intolerância por parte do legislador penal, em linha com o que vem sendo a posição de reforço da tutela dos menores no plano europeu e internacional. Finalmente, actua como meio de acalmar os anseios da opinião pública, veiculados pelos *media* e por eles exponenciados, de que não se repitam casos como os que vieram ao conhecimento público em tempos recentes.

Em meu entender, as motivações que levaram o legislador penal de 2007 a prosseguir com as alterações legislativas agora vertidas na lei substantiva, entre as quais a opção pela natureza pública dos crimes sexuais praticados contra menores, são essencialmente duas: a necessidade de rever a legislação em matéria de criminalidade sexual envolvendo menores em conformidade com os instrumentos legislativos de direito da União Europeia, e dar resposta, legislativa, ao impacto social de certos casos mediáticos causadores de grande indignação da opinião pública e descrença na justiça penal.

¹²⁵ Cf. art. 115.º/2 do CP, regra especial face ao n.º1 do mesmo artigo.

¹²⁶ Cf. art. 118.º/5 do CP, regra especial para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor. Para uma crítica a esta dilação da responsabilidade criminal no tempo, por parecer “demasiado comprometida com desconfianças e medos que alguns casos mediáticos têm causado. E o direito criminal não pode ser um direito perspectivado à medida dos anseios da comunidade”, vide ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal* [n.10] p. 66. No mesmo sentido vide ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in *Julgado*, n.º12, especial (2010) p. 159-160, assinalando que “o risco de estigmatização processual das vítimas, associado a este tipo de criminalidade, será necessariamente potenciado pelo decurso no tempo, uma vez que este joga contra o êxito da investigação processual penal e da consequente prova dos factos e da autoria dos mesmos”.

¹²⁷ Assim, PALMA, Maria Fernanda, “A revisão de 1995 [n.15] p. 143. Nas palavras da autora, “revela-se uma aparente incoerência na simultânea autonomização da liberdade e autodeterminação sexual e na atribuição de natureza semipública a estes crimes, mesmo quando deles possam ter decorrido ofensas corporais graves. A justificação desta solução pelo interesse da vítima é, de algum modo, conivente com uma escassa consciência dos direitos e uma diminuta confiança na justiça penal”.

¹²⁸ Cf. *idem*, p. 144, e BELEZA, Teresa Pizarro, “A revisão da Parte Especial [n.91] p. 100: “Após a Revisão de 1995 passa a haver no Código Penal mais crimes *semi-públicos e particulares* (...). Talvez se esteja perante uma forma de minorar possíveis «excessos» de legalidade. (...). No entanto, os *Inquéritos de Vitimação* evidenciam a existência de poucas denúncias”.

Nos termos do art. 9.º/1 da 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, *cada Estado-Membro deve determinar que as investigações ou a instauração de procedimento penal por infracções abrangidas pela presente decisão-quadro não dependem de denúncia ou queixa por uma pessoa que tenha sido vítima da infracção, pelo menos nos casos a que seja aplicável a alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º*¹²⁹. Com esta norma pretende-se não deixar na disponibilidade do ofendido o início do procedimento criminal face a condutas que se têm como *graves violações dos direitos humanos e do direito fundamental da criança a uma educação e um desenvolvimento harmoniosos*¹³⁰, assegurando-se a uniformidade entre Estados-Membros na perseguição criminal destas condutas. Face à *ratio legis* do preceito, podemos afirmar que se atinge o mesmo resultado pela aplicação do regime atípico do art. 113.º/5 do CP¹³¹.

A circunstância do início do procedimento criminal se encontrar dependente de um juízo pelo MP acerca do interesse do ofendido na promoção oficiosa não redundará numa desconformidade desta solução com a norma da Decisão-Quadro, atendendo à necessidade de atender aos legítimos interesses das vítimas menores, que a Decisão-Quadro manda considerar vítimas particularmente vulneráveis¹³², interesses que, como se tem vindo a tentar demonstrar, não devem ser negligenciados na escolha entre soluções que o legislador tem à disposição.

Também o facto de ao menor que perfaça 16 anos ser concedido o direito de pôr termo ao processo iniciado oficiosamente não obsta à conformidade do regime com a Decisão-Quadro, isto porque a própria Decisão-Quadro dá relevância aos diferentes níveis de desenvolvimento da personalidade do menor em razão da idade¹³³ e considera válido e eficaz o consentimento prestado por menor em certas circunstâncias¹³⁴, conferindo valor à vontade do menor. A norma do art. 116.º/4 do CP vem reconhecer a aquisição progressiva de maturidade pelo menor e consequente valor atribuído à vontade por ele expressa, o que, aplicado aos crimes sexuais envolvendo menores,

¹²⁹ Ou seja, sempre que as infracções relativas à exploração sexual de crianças e à pornografia infantil tenham sido cometidas total ou parcialmente no seu território. Os Estados-Membros tinham até 20 de Janeiro de 2006 para tomar as medidas necessárias para dar cumprimento às disposições da decisão-quadro, nos termos do art. 12.º/1 da Decisão-Quadro.

¹³⁰ Cf. Considerando 4 da Decisão-Quadro.

¹³¹ Neste sentido, sobre a solução do anterior art. 178.º/4 do CP, vide ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal* [n.10] p. 61.

¹³² Cf. art. 9.º/2 da Decisão-Quadro, que remete para a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal.

¹³³ Cf. Considerando 11 da Decisão-Quadro: *Para efeitos da investigação e de procedimento penal das infracções abrangidas pela presente decisão-quadro, as vítimas que sejam crianças deverão ser interrogadas de acordo com a sua idade e estágio de desenvolvimento.*

¹³⁴ Cf. art. 3.º/2/b da Decisão-Quadro, prevendo a possibilidade dos Estados-Membros isentarem de responsabilidade criminal certos comportamentos associados à pornografia infantil quando as crianças tenham alcançado a maioridade sexual, se essas imagens forem produzidas e possuídas com o seu consentimento e unicamente para uso pessoal. MARIA JOÃO ANTUNES afirma que o facto de a Decisão-Quadro admitir o critério da “maioridade sexual nos termos do direito nacional” significa o reconhecimento da ponderação dos diferentes graus de desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, não impondo um alargamento da idade da vítima até aos 18 anos. Vide ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação [n.103] p. 157.

traduz uma protecção diferenciada em função do nível de desenvolvimento da personalidade do menor no que à esfera sexual concerne¹³⁵.

Em suma, o dever do Estado Português tornar aplicáveis, no ordenamento jurídico nacional, as normas de direito da União Europeia plasmadas na Decisão-Quadro ora em análise não significa necessariamente a configuração dos crimes sexuais envolvendo menores como crimes públicos. Exige-se do legislador a escolha, de entre as soluções que tem à sua disposição, daquela que melhor prossiga os interesses previstos nos instrumentos legais de direito da União Europeia e, simultaneamente, respeite os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático¹³⁶. Assim, tendo em linha de conta o pensamento expresso no Ac. do TC n.º 403/07, na parte em que afirma que “os direitos à integridade moral e à reserva da intimidade da vida privada não são direitos absolutos, sendo constitucionalmente admissível a sua *restrição na medida do necessário* para assegurar o respeito de outros valores fundamentais, como a defesa (incluindo criminal) do direito à liberdade e autodeterminação sexuais, designadamente de menores (crianças ou jovens), a quem o Estado deve especial protecção (artigos 69.º e 70.º da CRP)¹³⁷, apresenta-se a regra geral da natureza semi-pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, aliada ao regime do art. 113.º/5 do CP, como uma solução equilibrada face aos interesses conflitantes em jogo.

Constata-se que, aos sentimentos de insegurança e injustiça sentidos pelos membros da comunidade e o daí derivado descrédito da justiça penal, à atenção mediática ao crime e à produção ou, pelo menos, exponenciação daqueles sentimentos, e ao apelo da opinião pública à intervenção do Direito Penal para ver resolvidos os seus problemas sociais, tem o sistema respondido com a alteração legislativa como forma privilegiada de legitimação da justiça penal¹³⁸.

Podemos admitir que a necessidade de legitimação sente-se mais fortemente no Direito Penal, atenta a natureza e consequências da sua intervenção¹³⁹. Admite-se igualmente o papel crítico da opinião pública a um estado de coisas incorrecto, quer esteja vertido na lei, quer provenha da sua

¹³⁵ Reconhecimento que, como nota ANA RITA ALFAIATE, terá pouco impacto na criminalidade sexual envolvendo menores, onde apenas o crime de actos sexuais com adolescentes é semi-público. Cf. ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal* [n.10] p. 66.

¹³⁶ Sobre a reserva constitucional de respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático (art. 8.º/4 *in fine* da CRP) vide CANOTILHO, José Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1: Artigos 1.º a 107.º*, 4ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 266, XVII.

¹³⁷ Ac. do TC n.º 403/07, de 11-07-2007, relatado pelo Conselheiro Mário Torres. (itálico nosso).

¹³⁸ Especificamente sobre a revisão de 95 do CP, TERESA PIZARRO BELEZA refere “a insistência, expressa no texto do Preâmbulo (...) na necessidade de *legitimação* do diploma. É notório que o Governo não ficou indiferente à proliferação dos discursos sobre delinquência, insegurança e tópicos afins, apesar da resistência a ceder às pressões da *psicose da insegurança* (...). Nunca em Portugal a opinião pública foi tão obsessivamente solicitada para as questões ligadas à Justiça, em particular a penal. Terá havido poucos momentos políticos em que tanto se terá jogado, na conquista de territórios eleitorais, em sede de políticas de *law and order*”. Vide, da autora, *Sem sombra* [n.15] p. 7. A autora encontra na intenção de satisfazer “preocupações de *justiça* difusas na auscultação e indução da opinião pública levadas a cabo pelos *mass media*” o fundamento para as agravações (na moldura penal do art. 172.º e no art. 117.º/4 do CP95) dos crimes sexuais com vítimas menores de 14 anos (*idem*, p. 7).

¹³⁹ Veja-se o que nos diz a Introdução do CP: “Não sem fundamento reconhece-se que no discurso do poder punitivo fazem crise todos os grandes problemas de legitimação do próprio poder” (ponto 18).

aplicação¹⁴⁰. Pretende-se tão-só chamar a atenção para a influência decisiva que a opinião pública e os *mass media* têm tido na decisão legislativa, influência cujo resultado tende a ser o reforço da contraviolência do Estado em vez de uma orientação para a antiviolença¹⁴¹.

A Lei n.º 59/2007, de 4-9, para além das já referidas soluções a nível das incriminações de condutas sexuais envolvendo menores, optou por prever a natureza pública destas. Também estas alterações podem ser perspectivadas como resultado do mediatismo de certos processos e o eco dos mesmos na sociedade. Muito crítico, MANUEL DA COSTA ANDRADE qualifica-as de “herança do processo *Casa Pia* e dos impulsos de paternalismo e fundamentalismo moralistas que provocou em certos sectores da sociedade portuguesa” e a alteração da natureza dos crimes como “produto da impostação moralista que tomou conta do consciente colectivo no auge das emoções daquele concreto processo”¹⁴². Pode a solução vigente ser advogada como expressão do valor das “representações colectivas mais ou menos irracionais”, “numa perspectiva de sabedoria e prudência legislativa, atenta às exigências da legitimidade democrática e, mesmo, a considerações de eficácia das normas penais”¹⁴³. Nas palavras de WINFRIED HASSEMER, reproduzidas por MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o desinteresse sobranceiro pelas representações normativas da sociedade – pré modernas, mas realmente vividas – em vez de uma política criminal racional, seria ingénua e irracional”¹⁴⁴. O legislador de 2007 terá, eventualmente, levado estas considerações em demasiada conta, redundando no perigo de que falava JÄGER de, “uma vez assumidas as representações sobre os fins e os objectivos, elas acabarem por ser contrariadas por valorações ou interesses que afastam o pensamento protectivo e, em seu lugar, chamam à primeira linha [a] desaprovação colectiva das condutas”¹⁴⁵.

O que me parece que o legislador de 2007 paradoxalmente negligenciou foram os riscos das representações sociais para a vítima menor de crimes sexuais, na esteira do que vêm sendo apontados como os “inequívocos (...) perigos culturalmente induzidos e actualizados sobretudo através das reacções sociais (formais ou informais) à eventual experiência sexual do menor”¹⁴⁶. Tendo estes em linha de conta, e embora assumindo a “indefinição e incerteza quanto às formas mais adequadas de reacção criminal na perspectiva da protecção da liberdade e autodeterminação sexual dos menores”, MANUEL DA COSTA ANDRADE reconhece a bondade de soluções de “maior plasticidade”, tais como as que, antes da revisão de 2007 do CP, “cometiam ao prudente critério do Ministério Público a solução em concreto mais ajustada na perspectiva da protecção da vítima”, acrescentando-se, menor de crimes sexuais¹⁴⁷.

Se a protecção dos interesses individuais das vítimas impõe, em certos casos, uma preterição da pretensão punitiva do Estado, certo é que há situações em que estes não prevalecem,

¹⁴⁰ V.g. a repercussão social da decisão do Tribunal da Guarda, que pode ser consultada em Sub Judice, n.º 2 (1992), a que faz referência BELEZA, Teresa Pizarro, *O conceito* [n.95] p. 58-9.

¹⁴¹ Formulação de JACQUES LEAUTÉ, citado por PALMA, Maria Fernanda, “A revisão de 1995 [n.15] p. 141.

¹⁴² Cf. do autor, “*Bruscamente* [n.55] p. 34.

¹⁴³ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 392.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 392, nota 86.

¹⁴⁵ Citado em ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo* [n.143] p. 391, nota 84.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 397.

¹⁴⁷ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente* [n.55] p. 35.

imperando o interesse público na perseguição e punição criminal. Exemplo claro é o facto de ser sempre público o crime contra a liberdade e autodeterminação sexual quando dele resulte suicídio ou morte da vítima. A lesão do bem jurídico-penal vida fundamenta o interesse público na intervenção penal e, em face dessa lesão, deixam de subsistir os interesses da vítima acautelados pelos crimes semi-públicos.

Discutíveis serão os casos em que entre a vítima menor e o agente do crime intercedem relações familiares ou de estreita dependência às quais o legislador penal atribuiu especial desvalor. No crime de abuso sexual de menores dependentes (art. 172.º), é considerado especialmente desvalioso o comportamento atentatório da liberdade e autodeterminação sexual de menor entre os 14 e os 18 anos praticado por quem tem o dever de proteger o menor, pela circunstância deste lhe ter sido confiado para educação ou assistência, o que resulta numa incriminação recortada a partir do crime de abuso sexual de crianças¹⁴⁸. É circunstância agravante da pena a existência de uma relação de parentesco entre a vítima e o agente (art. 177.º/1/a) ou de dependência familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho com aproveitamento desta relação pelo agente para a prática do crime (art. 117.º/1/b)¹⁴⁹. Exclui-se desta agravação o art. 175.º/2/c em que já releva o abuso da especial relação entre agente e vítima para efeitos de punição do agente pelo crime de lenocínio agravado de menores. Pode o agente ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela, por um período de 5 a 15 anos, casos seja condenado pela prática de crime sexual (art. 179.º/a).

Pode questionar-se se, nos casos em que o agente tenha um especial dever de protecção da vítima e quebre esta especial relação de confiança, aliado ao facto de da relação familiar ou de dependência poder resultar um forte ascendente do agente sobre a vítima menor, factor de maior secretismo dos factos e condicionador da sua ulterior denúncia, não será legítima a perseguição criminal oficiosa, entendendo-se que o interesse público na perseguição e punição criminal nestes casos coincide com o interesse da vítima menor. Ainda assim, a perseguição automática dos crimes (públicos) não se apresenta como a única via legítima para satisfazer aqueles interesses, cabendo ao legislador a escolha da solução que melhor sirva todos os interesses em jogo. Analisemos a solução prevista para o crime de actos sexuais com adolescentes que, desde 2007, é a excepção à natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor e apenas a este é possível aplicar o regime atípico previsto no art. 113.º/5 do CP.

A natureza semi-pública (do crime de actos sexuais com adolescentes), por um lado, permite a ponderação, a montante do processo penal, dos interesses das vítimas menores e, por outro, confere relevo à vontade do menor por ele expressa.

Para a vítima menor, agudizam-se os riscos associados ao processamento dos crimes pelo relevo que assume o direito ao desenvolvimento da sua personalidade. Analisando a opção do CP95 de fazer depender de queixa o início do procedimento criminal por crime sexual praticado contra

¹⁴⁸ É a relação de dependência pessoal que fundamenta de forma autónoma a criminalização dos comportamentos, quer esta resulte de lei, de decisão judicial ou de o menor ter sido confiado de facto ao agente, não se exigindo que tenha havido abuso da função ou da posição (diferentemente do anterior art. 173.º/1/b do CP95, para menores entre os 16 e os 18 anos). Cf. ANTUNES, Maria João, *Comentário* [n.20] p. 846ss.

menor de 12 anos, FREDERICO ISASCA aponta-a como expressão da “particular atenção na salvaguarda da privacidade, estabilidade psíquica e emocional e mesmo do futuro desenvolvimento da própria personalidade do ofendido, as quais, dada a sua minoridade, poderiam sair irremediavelmente comprometidas em face de uma forçada sujeição a todo um processo penal”¹⁵⁰.

Comete-se ao titular do direito de queixa a avaliação do impacto da acção penal sobre a vítima menor, nomeadamente sobre o seu direito ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ameaçados pela publicidade inerente ao processo penal e pela sua mediatização¹⁵¹. Pondera-se a capacidade do menor gerir as exigências do escrutínio dos actos sexuais de relevo de que foi parte, designadamente pela sua sujeição a diligências probatórias várias que necessariamente implicam uma repetição dos factos a terceiros e um confronto com as suas visões sobre o acontecimento¹⁵², o que pode implicar a moralidade sexual dominante impor-se ao menor, limitando o livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual¹⁵³.

A partir do momento em que o menor perfizer 16 anos é o próprio, na qualidade de ofendido, que exerce o seu direito de queixa, idade a partir da qual se pressupõe que o menor de 18, mas maior de 16 anos, detém a capacidade para entender o alcance e significado desse exercício, reconhecimento legal da aquisição progressiva de capacidade e maturidade pelo menor e do relevo da vontade por ele expressa¹⁵⁴. A esta fica cometida a ponderação dos custos e benefícios da promoção processual e a decisão de dar ou não início ao processo. Dessa ponderação resultará a

¹⁵⁰ Cf. do autor, “O Projecto [n.13] p. 93.

¹⁵¹ FREDERICO ISASCA destaca o “impacte social que sempre representa o exercício da acção penal, não obstante a gravidade do ilícito em questão, não pode o Estado deixar de atender àquela vertente quando ela entra ou pode entrar em colisão com interesses de natureza pessoalíssima da própria vítima que legitimamente pode estar mais interessada na preservação da sua vida privada do que na efectivação da justiça penal. Não podemos, por isso, num cego apelo à tutela de bens jurídicos, deixar de ponderar e atender a esses direitos (v.g., bom nome e reputação, imagem, reserva da intimidade da vida privada e familiar), quando eles até têm natureza constitucional (artigo 26º, n.º 1 da CRP)” (*idem*, p.73-4).

¹⁵² Que não raras vezes será “uma representação da índole *naturalmente* nociva da experiência sexual para o menor, uma representação cuja pertinência está longe de se poder considerar indiscutível”. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo* [n.143] p. 397 (itálico do autor).

¹⁵³ V.g. os casos onde “a investigação e a subsequente produção de prova, em julgamento, podem acarretar um descrédito ou risco de uma estável posição social conseguida e o injusto, mas quantas vezes consequente, descrédito da própria vítima e a sua subsequente marginalização”, frequente nos crimes sexuais “onde não poucas vezes esse descrédito em que se lança a vítima é o fruto mais acabado de concepções sexistas típicas de uma mentalidade de épocas remotas, mas que infelizmente ainda perduram na nossa sociedade (...)” (*idem*, p. 74). Exemplo da preocupação com o impacto das representações sociais sobre a vítima menor é a sugestão de TERESA PIZARRO BELEZA de se estender a excepção ao funcionamento automático dos efeitos das penas e penas acessórias (cf. arts. 30.º/4 e 120.º/3 da CRP) à previsão de inibição do poder paterno (e agora também proibição do exercício do funções) do art. 179.º do CP, “relativamente aos agressores de crianças – sobretudo se fosse ponderada a tradicional e injustíssima responsabilização das crianças pela eventual desagregação familiar nestes casos, quando não pelo próprio acto de que são vítimas”, levando a Professora a “questionar se o nosso legislador, mergulhado nas suas preocupações de relegitimação do Estado de Direito, não terá esquecido, de entre todos os seus cidadãos, os mais vulneráveis...”. *Vide*, da autora, *Sem sombra* [n.15] p. 29.

¹⁵⁴ Referindo serem os crimes semi-públicos uma garantia de respeito da vontade da vítima, ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 91, nota 32. Para além destes, são expressões do reconhecimento legal aquisição progressiva de capacidade e maturidade pelo menor a consagração do critério dos 16 anos de idade como idade a partir da qual o menor é penalmente imputável (art. 19.º do CP), o consentimento por ele prestado é válido e eficaz (art. 38.º/3 do CP), e pode constituir-se como assistente no processo (art. 68.º/1/a do CPP).

prevalência de um ou outro sentido, de acordo com a visão do titular do bem jurídico tutelado pela incriminação do modo como melhor ficarão acautelados os seus legítimos interesses. Onde o menor não se sinta ofendido não há razão para intervir. Dar início ao processo penal contra a vontade da vítima onde hajam ponderosas razões para a ela se atender, é uma forma de desconsiderar os seus direitos e legítimos interesses carentes de protecção. Ir contra a vontade da vítima através da promoção processual oficiosa pode igualmente constituir uma dificuldade acrescida para a investigação criminal se, por exemplo, a vítima do crime fizer uso da faculdade legal de recusa de depoimento, por ser familiar do agente do crime¹⁵⁵. O que está em causa neste regime é a protecção das relações familiares, postas em causa pelo acto de depor como testemunha, escusando-se o Direito a impor esse depoimento em nome da família enquanto *elemento fundamental da sociedade* (art. 67.º/1 da CRP). Ainda que a família não deva ser encarada, na formulação de TAIPA DE CARVALHO, como um “feudo sagrado onde o direito penal se tinha de abster de intervir”¹⁵⁶, deve o mesmo evitar atentar contra o “equilíbrio das relações pessoais do núcleo familiar” por meio da sua intervenção¹⁵⁷. Facto é que esse dever de não intromissão do Direito Penal nas relações familiares não é absoluto, podendo mesmo as relações de proximidade que intercedem entre agente e vítima serem elemento justificador e legitimador da intervenção penal.

Será este um dos casos que poderá levar o MP, nos termos do art. 113.º/5/a do CP, a interpretar o interesse do menor no sentido da exigência de existência de processo penal. E foi esta a razão que levou o legislador penal de 2001 a determinar a natureza pública dos crimes sexuais nos casos previstos no art. 178.º/1/b¹⁵⁸. A promoção processual oficiosa ao abrigo do art. 113.º exige do MP a ponderação dos interesses do ofendido menor face à inércia do titular do direito de queixa e, portanto, exige-se dos magistrados do MP um esforço de avaliação semelhante ao acima enunciado para os titulares do direito de queixa. E mesmo nestes casos de promoção processual oficiosa legitimada pelo interesse do ofendido, prevalece a vontade por ele expressa, desde que com idade igual ou superior a 16 anos, de que seja posto termo ao processo.

Tudo o que se tem vindo a dizer pretende demonstrar a bondade de soluções que permitam uma avaliação a montante do processo penal dos interesses das vítimas menores de crimes sexuais, fundamentadas, por um lado, pela especificidade desta área de criminalidade e, por outro, pela especificidade das vítimas em razão da idade. A promoção processual automática pelo MP assenta no interesse da comunidade na perseguição penal, não se deixando, por isso, na disponibilidade dos particulares a efectivação do *ius puniendi*. Na opção político-criminal pela dependência do início do processo penal, e seu possível termo, da vontade do ofendido, é também o interesse público que se tem em consideração: o interesse público que há na atenção ao interesse da vítima e à sua vontade¹⁵⁹. Um Estado que assume o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e

¹⁵⁵ Cf. arts. 134.º/1/a e 356.º/6 do CPP. A questão não se coloca se o ofendido pela prática do crime se constituir como assistente no processo visto essa constituição ser demonstrativa de um interesse na perseguição do agente do crime e da assunção da posição de colaborador do MP na sua actividade de realização da justiça e descoberta da verdade material (art. 53.º/1 do CPP).

¹⁵⁶ Cf. CARVALHO, Américo Taipa de, Comentário [n.2012] p. 507.

¹⁵⁷ Sobre a protecção da família pelos crimes semi-públicos, vide ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 88-9.

¹⁵⁸ O mesmo se diga da solução vertida no art 211.º/2 do CP82.

¹⁵⁹ Referindo a prevalência do interesse do particular, “considerado em si mesmo e no reflexo que assume em interesses públicos”, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal* [n.19] p. 91.

limite da acção do Estado¹⁶⁰ não pode deixar de considerar os riscos da imposição do poder punitivo e equacionar as “consequências irreparáveis”, nas palavras de FREDERICO ISASCA, “ao nível do respeito pela própria dignidade da vítima e portanto violando o princípio soberano da liberdade de autodeterminação e da realização da sua própria personalidade individual”¹⁶¹.

Não deve o Estado denegar o seu papel na construção de uma política criminal que tem como destinatárias também as vítimas de crimes¹⁶². Se o sentido interventivo do legislador redundar num alheamento da realidade vitimológica, como o é “a submissão de plano de todos os casos à rigidez dos formalismos e rituais do processo penal [que] pode, não raro, condenar a vítima à «vitimização secundária», com a consequente indução duma irreversível carreira de vitimização ou, noutra direcção, de delinquência. Que pode ser induzida, por exemplo, por sentimentos de «frustração-agressão» e potenciada pelo «sentimento de injustiça sofrida» («efeito-Michael Kohlhaas»)”¹⁶³, não será de estranhar o afastamento do cidadão-vítima do sistema formal de administração da Justiça Penal. Nas palavras de MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, “a constatação de que a grande maioria das vítimas se abstém de denunciar deve ser motivo de reflexão para o sistema penal. A partir deste simples dado, o sistema deve interrogar-se sobre a imagem que projecta na sociedade”¹⁶⁴.

PARTE II – A suspensão provisória do processo nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor

CAPÍTULO I – Enquadramento da suspensão provisória do processo no ordenamento jurídico-penal português e regime jurídico vigente

Prevista no actual CPP desde a sua entrada em vigor, a suspensão provisória do processo apresentou-se como um instituto processual claramente inovador face ao paradigma processual penal dominante¹⁶⁵. O cunho inovatório deriva da recepção no processo penal português,

¹⁶⁰ Cf. MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada* [n. 96] p. 77.

¹⁶¹ Cf. do autor, “O Projecto [n.13] p. 70.

¹⁶² Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *A vítima e o problema criminal* [n.74] p. 202.

¹⁶³ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente* [n.55] p. 35.

¹⁶⁴ Cf. da autora, “As relações entre vítimas [n.31] p. 108.

¹⁶⁵ A suspensão provisória do processo é apelidada por TERESA PIZARRO BELEZA de “claramente inovadora, no sentido de romper com declaradamente com a tradição nesta matéria”. Cf. da autora, *Apontamentos* [n.21] p. 101, que refere disposições previstas na legislação de infracções aduaneiras e no diploma que incriminava a posse e o tráfico de droga (DL 480/83, de 13-12) como antecedentes da figura no ordenamento jurídico português (*idem*, p. 108).

estruturado segundo o princípio da legalidade, de uma figura inserida no chamado movimento de diversão penal¹⁶⁶ e associada a um princípio de oportunidade no exercício da acção penal^{167 168}.

Findo o inquérito¹⁶⁹, recolhidos indícios suficientes (cf. art. 283.º/2 do CPP) de se ter verificado crime punível com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferentes da prisão e de quem foi o seu agente, o MP tem o poder-dever de determinar a suspensão provisória do processo se reunidos os pressupostos legalmente estabelecidos no art. 281.º/1 do CPP, impondo ao arguido o cumprimento de injunções e regras de conduta previstas no n.º 2 do referido artigo. Cumpridas que sejam as injunções e regras de conduta impostas, o MP arquiva o processo a título definitivo (art. 282.º/3 do CPP). Se, pelo contrário, o arguido faltar ao cumprimento das injunções e regras de conduta impostas ou cometer crime da mesma natureza pelo qual venha a ser condenado durante a pendência da suspensão do processo, o processo prossegue para julgamento e as prestações feitas não podem ser repetidas (art. 282.º/4 do CPP).

¹⁶⁶ “A diversão tem de ser entendida como uma tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal de justiça penal: isto é, de modo desviado, divertido, face àquele procedimento”. Cf. COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudiciarização) [n.35] p. 93.

¹⁶⁷ Vide por todos, ANDRADE, Manuel da Costa, “Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, CEJ, Coimbra: Almedina, 1993, p. 351, remetendo para uma ideia de “oportunidade condicionada”, por contraposição à oportunidade incondicionada presente no art. 280.º. O princípio da legalidade e o princípio da oportunidade são normalmente referidos como princípios contrapostos. Lembra-se a configuração do princípio da legalidade, na sua vertente de obrigatoriedade, um dos princípios relativos à promoção processual e princípio estruturante do processo penal português, como a vinculação do titular da acção penal a dar início ao processo, através da abertura de inquérito, sempre que houver indícios da prática de um crime (art. 262.º/2 do CPP) e a deduzir acusação sempre que do inquérito resultem *indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente* (art. 283.º/1). Vide BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos* [n.21] p. 98.

¹⁶⁸ Assistiu-se a uma recepção, por parte dos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, de soluções assentes num ideal de oportunidade no que concerne ao dever de acusar por parte do titular da acção penal. Portugal não foi indiferente a este fenómeno de recepção e a compatibilidade desta recepção com o modelo processual penal português é atestada por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, cujo pensamento merece reprodução: “Atitude de legalidade não significa porém, nem jurídico-constitucionalmente, nem agora segundo o novo Código, exigência de que a cada crime cometido e esclarecido corresponda, por necessidade, um processo penal. (...) muitos países onde, desde há mais de um século, coexistem pacificamente a atitude processual de legalidade do ministério público com uma margem mais ou menos ampla de oportunidade de dedução da acusação, sabe muito bem que é um erro (...) deduzir do direito penal substantivo um dever de acusação em processo penal. Uma atitude de legalidade do ministério público só seria afectada por um princípio aberto e incontrolável de arbitrio na acusação (...). A atitude de legalidade persiste porém intocada ali, onde a lei permite ao ministério público omitir a acusação em casos e sob pressupostos legalmente determinados e em função da realização de finalidades pré-estabelecidas, em homenagem às quais o poder discricionário é justamente conferido. (...) uma tal discricionariedade não é substancialmente diferente da que se intromete em qualquer processo de aplicação do direito, mesmo naquele que na aparência surge como legalmente vinculado da forma mais estrita. Da margem de oportunidade que os arts. 280.º e 281.º do novo Código conferem ao ministério público não deriva, pois, qualquer obstáculo ou qualquer risco para a função de «defender a legalidade democrática» que àquele é cometida pelo art. 224.º [art. 219.º] da Constituição”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in CEJ (org.) *Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 1989, p. 25-6.

¹⁶⁹ A sua caracterização como instrumento processual inscrito da fase de inquérito não pretende descurar a possibilidade de a suspensão do processo ocorrer na fase de instrução (art. 307.º/2 do CPP) ou mesmo no âmbito dos processos especiais sumário e abreviado, nos termos do art. 384.º e do art. 391.º-B/4, do CPP, respectivamente; tão-só pretende destacar ser o inquérito o seu momento de aplicação privilegiada.

Podendo ser considerada uma manifestação do princípio da oportunidade no momento da acusação, a suspensão provisória do processo mais correctamente deve ser qualificada como limitação ao princípio da legalidade, na vertente do dever do MP de acusar¹⁷⁰ visto tratar-se de um mecanismo processual de resolução diversa do conflito penal, que não passa pela acusação – ainda que reunidos os indícios suficientes da prática do crime e de quem foi o seu agente – e consequente submissão a julgamento da causa.

Embora constituindo uma limitação ao princípio da legalidade, na vertente da obrigatoriedade, é ainda sob a égide do princípio da legalidade, na vertente de vinculação à lei, que o instituto da suspensão provisória do processo se rege. Primeiramente, o MP, encerrado o inquérito, deve averiguar da possibilidade de aplicação da suspensão provisória do processo e encetar esforços no sentido de ver preenchidos os pressupostos que dependem da sua actuação, nomeadamente, recolha da concordância do arguido e assistente (no caso de promoção oficiosa) para a suspensão e injunções e regras de conduta concretamente a aplicar (art. 281.º/1/a); consulta de registos criminais (alínea b) e de suspensões anteriormente aplicadas (alínea c); análise da ausência de grau de culpa elevado (alínea e) e da suficiência das injunções e regras de conduta a aplicar face às exigências de prevenção que no caso se façam sentir (alínea f); submissão dos termos da suspensão ao juiz de instrução, no sentido de recolher a sua concordância com a mesma¹⁷¹. Em segundo lugar, sempre que se encontrem verificados os pressupostos legalmente estabelecidos para a sua aplicação, o MP tem o poder-dever de suspender o processo, não estando na sua disponibilidade a aplicação ou não da suspensão provisória do processo¹⁷². Finalmente, o incumprimento pelo MP do dever de suspender provisoriamente o processo é susceptível de ser controlado¹⁷³.

CAPÍTULO II - Enquadramento político-criminal da suspensão provisória do processo

¹⁷⁰ Vide DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito processual penal* [n.19] p. 96 falando de “limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade”. Aprofundadamente sobre a questão, vide CAEIRO, Pedro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da «justiça absoluta» e o fetiche da «gestão eficiente» do sistema”, in RMP, n.º 84, 2000, p. 47: “Os mecanismos de diversão que a lei portuguesa-conhece são limitações ao princípio da legalidade, que não envolvem a intervenção de um verdadeiro princípio de oportunidade”. “Tudo me leva a preferir caracterizar o arquivamento [em caso de dispensa de pena] e a suspensão provisória como limites ao princípio da legalidade, num modelo de «legalidade aberta», porque não dependem de um juízo de conveniência desvinculado da lei” (*idem*, p. 42).

¹⁷¹ Cf. corpo do art. 281.º/1.

¹⁷² “O dever de acusar cessa através da emergência de um dever de suspender o processo”. Cf. Caeiro, Pedro, “Legalidade e oportunidade [n.170] p. 42. Qualificando de poder-dever do MP a aplicação do art. 281.º, Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 759, e Torrão, Fernando, *A Relevância Político-criminal da Suspensão Provisória do Processo*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 275, p. 242.

¹⁷³ Cf. TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 263-4, defendendo a possibilidade de fiscalização judicial da decisão de não suspensão por via do requerimento de abertura da instrução, nos termos do art. 287.º/1/a do CPP. Contra, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 763, admitindo apenas a possibilidade de reclamação hierárquica, pelo arguido e assistente.

Em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23-5, que aprova Lei Quadro da Política Criminal, a Lei n.º 38/2009, de 20-7 veio definir os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2009- 2011¹⁷⁴. Destaca-se as orientações sobre a pequena criminalidade (arts 15.º a 19.º), destinadas a favorecer a reparação da ofensa causada à vítima do crime, a reintegração social do agente e a celeridade processual (art. 15.º), sendo de aplicar, entre outras medidas, a suspensão provisória do processo como forma de atingir os objectivos traçados (art. 16.º). Na fundamentação da Lei afirma-se ser o MP o destinatário específico das orientações acerca dos institutos de diversão e consenso, *que se baseiam em critérios como a menor gravidade relativa dos crimes, a ausência de danos ou a possibilidade da sua reparação e o diminuto alarme social. Os crimes escolhidos como alvos preferenciais (...) são relativamente pouco graves — puníveis, em regra, com prisão até 3 anos ou com pena de limite máximo inferior — e têm consequências susceptíveis de reparação, em grande parte dos casos.*

É pela análise do presente diploma que se inicia a busca pela legitimidade político-criminal da suspensão provisória do processo e suas “finalidades pré-estabelecidas — de que falava o Professor FIGUEIREDO DIAS — em homenagem às quais o poder discricionário é justamente conferido”¹⁷⁵.

3. O papel da suspensão provisória do processo no tratamento diferenciado da pequena e média criminalidade, na prevenção da estigmatização do arguido, no aprofundamento de espaços de consenso no processo penal e na busca por uma maior celeridade e eficácia na administração da justiça penal

A suspensão provisória do processo assume-se no ordenamento jurídico-penal português como uma forma de resposta às exigências de tratamento diferenciado da pequena e média criminalidade face à criminalidade mais grave¹⁷⁶. Esta exigência, reconhecida pelo legislador penal, decorre da consciencialização para qualidade diversa do fenómeno criminal de pequena e média gravidade¹⁷⁷. Na pequena criminalidade, realidade que se afirma típica das sociedades modernas de

¹⁷⁴ Até ao momento não foi aprovada Lei para período de tempo posterior.

¹⁷⁵ Cf. supra nota 197.

¹⁷⁶ Para uma distinção entre criminalidade pequena, média e grave, remete-se para a distinção de FREDERICO ISASCA: a pequena criminalidade será aquela em que a pena não excede os três anos, a média criminalidade aquela cujo referente são os cinco anos de prisão e a criminalidade grave aquela cuja pena excede os oito anos de prisão. Cf. do autor, “O Projecto [n.13] p. 77. Na Lei n.º 38/2009, de 20-7, as orientações sobre a pequena criminalidade aplicam-se a crimes puníveis com pena de prisão não superior a 3 anos, mas releva o crime punível com pena de prisão não superior a 5 anos para efeitos de aplicação do art. 18.º da Lei.

¹⁷⁷ Cf. ponto 6 Preâmbulo do CPP.

crescente criminalidade massificada¹⁷⁸, predomina a reduzida gravidade da ilicitude e danosidade social, o juízo de censura ligeiro e a “dispensabilidade de pena do ponto de vista da prevenção geral se não mesmo a sua inconveniência do ponto de vista da prevenção especial”¹⁷⁹, o que a torna “lugar preferencial, ou mesmo único segundo certos autores, da aplicação da diversão e da mediação”¹⁸⁰.

Cometida que é ao Direito Penal a função de tutela de *ultima ratio* de bens jurídicos com dignidade penal, a intervenção e punição penal resultam da “necessidade, que ao Estado incumbe satisfazer, de proporcionar as condições de existência comunitária, assegurando a cada pessoa o espaço possível de realização livre da sua personalidade. Só isto pode justificar que o Estado furte a cada pessoa o mínimo indispensável de direitos, liberdades e garantias para assegurar os direitos dos outros e, com eles, da comunidade”¹⁸¹. Decorrencia desta opção político-criminal é o princípio da carência de tutela penal, com expressão constitucional no art.18.º/2 do da CRP, ao qual já foi feita menção¹⁸²: não basta a violação de um bem jurídico-penal; deve a intervenção penal ser “absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”¹⁸³. Esta função de protecção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos reflecte-se no que será a finalidade primária da pena: a de restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime¹⁸⁴. O Estado, detentor do *ius puniendi*¹⁸⁵, serve-se da pena para reforçar a “confiança da comunidade da validade e da força de vigência de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal”¹⁸⁶, restaurando assim a paz jurídica¹⁸⁷. Enquadrada que esteja a pena nestas considerações, que redundam no que o art. 40.º/1 do CP prevê como finalidade das penas e das medidas de segurança (a protecção de bens jurídicos), serve a pena outra finalidade elencada no referido artigo: a de reintegração do agente na sociedade, que, sem almejar uma reforma moral do agente e, por isso, no respeito pela sua individualidade própria e dignidade inerente à pessoa¹⁸⁸, consiste na prevenção da reincidência do agente¹⁸⁹, “criando as condições necessárias para que ele possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer

¹⁷⁸ Assim ISASCA, Frederico, “O Projecto [n.13] p. 78, e TORRÃO, Fernando, *A Relevância Politico-criminal* [n.172] p. 102 e 121.

¹⁷⁹ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “Consenso e oportunidade [n.167] p. 342, e COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudicialização) [n.6] p. 133.

¹⁸⁰ Cf. COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudicialização) [n.6] p. 101.

¹⁸¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 48.

¹⁸² Cf. Parte I, Capítulo II, 3.

¹⁸³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português: Parte Geral, Tomo I* [n.181] p.128.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 79.

¹⁸⁵ Embora agora sem monopólio, *idem*, p. 10ss.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 51.

¹⁸⁷ “A intimidação da generalidade, sendo sem dúvida um efeito a considerar – e seria hipocrisia desconhecê-lo ou ocultá-lo – dentro da moldura de prevenção geral positiva, não constitui todavia por si mesma uma finalidade autónoma da pena, somente podendo surgir como um efeito lateral (porventura, em certos ou em muitos casos desejável) da necessidade de tutela de bens jurídicos”. *Vide idem*, p. 81.

¹⁸⁸ “O Estado tem o dever de auxiliar os membros da comunidade colocados em situação de maior necessidade e carência social, a eles oferecendo – não impondo! – os meios necessários à sua (re)inserção social” (*idem*, p. 56).

¹⁸⁹ Conteúdo mínimo da socialização (*idem*, p. 57).

crimes”¹⁹⁰, tudo isto no respeito pelo princípio da culpa, pressuposto necessário e limite inultrapassável da medida da pena (art. 40.º/2 do CP).

Relacionando as finalidades político-criminais legitimadoras da intervenção penal como meio de controlo social com o fenómeno da pequena e média criminalidade, aferimos que as exigências de prevenção geral para este tipo de criminalidade são menores do que as para a criminalidade mais grave. Nesta, cuja caracterização pode ser feita por referência às noções legais de criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta e criminalidade altamente organizada, plasmadas nas alíneas *j* a *m* do art. 1.º do CPP, a tensão conflitual entre o delinquente e a comunidade agudiza-se e as reivindicações sociais no sentido do esclarecimento da conflitualidade real são mais prementes. Já na pequena e, também, na média criminalidade, a lesão social será relativamente diminuta¹⁹¹, podendo aqui recorrer-se a formas diversas de resolução do conflito penal, assentes numa maior celeridade e economia processual, desde que não postas em causa as garantias do processo penal.

Com efeito, é frequente a invocação de razões de celeridade, economia e eficácia da justiça penal para fundamentar a implementação, nos sistemas jurídicos de base romano-germânica, de soluções processuais divertidas¹⁹². Paralelamente, são apontados os riscos que uma justiça orientada para a celeridade encerra. Dai que a instituição de soluções processuais céleres, assentes numa maior flexibilidade das respostas formais ao conflito penal, tendam a permanecer circunscritas à criminalidade de pequena e média gravidade¹⁹³. É nesta que mais se sentem as necessidades de descongestionar o sistema formal de administração da justiça penal, por forma a redireccionar os recursos para os ilícitos criminais mais graves. Nas palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a celeridade “(...) ganhou prioridade nos domínios da pequena e da média criminalidade. É exactamente o princípio de justiça que vimos que lhe confere razão de ser que, do mesmo passo, justifica a sua incidência particular nestes domínios da criminalidade. O aumento quantitativo experimentado nos últimos decénios por esta forma de delinquência de pequena e de média gravidade – a ponto de se falar dela como de um dos fenómenos mais típicos das sociedades modernas –, se não quer provocar a paralisação de um sistema judicial que em caso algum

¹⁹⁰ *Idem*, p. 55. A aferição da medida da pena por via de considerações de prevenção especial negativa de segurança ou de neutralização apresenta-se como residual face à prevenção especial de socialização. *Vide idem*, p. 57 e 82.

¹⁹¹ “As expectativas e exigências da sociedade na perseguição do crime e punição do criminoso perderão, naturalmente, algum fulgor”. Cf. TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 141.

¹⁹² *Vide* BELEZA, Teresa Pizarro, “A recepção de regras de oportunidade no Direito Penal português: resolução processual de problemas substantivos?”, in *Revista Jurídica*, n.º 21, Junho 1997, AAFDL, p. 9. MÁRIO FERREIRA MONTE afirma que os ganhos de eficiência do sistema, potencialmente conseguidos por uma maior celeridade e economia processuais, devem ser, “não fundamentos para legitimar uma tal opção [de alargamento dos espaços de oportunidade no processo penal português], mas consequências que não deverão ser indiferentes a esta decisão”.

Cf. do autor, “Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade”, in *RMP*, n.º 101, 2005, p. 75.

¹⁹³ Sobre as formas de processo especiais afirma ANABELA MIRANDA RODRIGUES: “Na verdade, os riscos de uma justiça expedita não escapam a ninguém e, por isso, nas diversas legislações é traço comum limitar a aplicação dos processos acelerados à criminalidade considerada não grave e quando o caso não é complexo”. *Vide* da autora, “A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado”, in *RPCC*, A. 8 (1998) p. 243.

prescinde de realizar as finalidades da justiça e da paz social, preservando os seus direitos fundamentais, tem que submeter o seu tratamento ao princípio da celeridade”¹⁹⁴.

Contudo, a apresentação do ideal de celeridade somente ligada a fenómenos de diversão e ao tratamento da criminalidade menos grave mostra-se redutora do seu significado no processo penal, face à sua consagração como direito fundamental pela Constituição da República no quadro das garantias do processo criminal¹⁹⁵ e tendo em atenção a pretensão do legislador de criar um processo penal assente numa maior celeridade e eficácia na administração da justiça penal¹⁹⁶. O ideal de celeridade, colocado ao serviço de uma lógica de justiça, pretende impregnar todo o funcionamento da justiça penal e ser factor de credibilização do sistema, porque reflexo de uma maior eficácia na administração da justiça, assim se estabelecendo a relação entre a celeridade processual e as finalidades político-criminais de prevenção geral positiva¹⁹⁷.

Neste contexto se enquadra a suspensão provisória do processo. Porque circunscrita à pequena e média criminalidade, não fica descurado o efeito preventivo-geral¹⁹⁸. Porque constitui uma solução jurídica rápida e capaz de aliviar a máquina judiciária de questões de menor importância penal, satisfaz imperativos de justiça e contribui para reforçar a confiança da comunidade no ordenamento jurídico-penal¹⁹⁹. Elucidativo do que se tem vindo a dizer é a elevação a pressuposto geral de aplicação da suspensão provisória a necessidade de *que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir*²⁰⁰.

Preocupação central no domínio da pequena criminalidade e a que a suspensão provisória do processo pretender dar resposta é o “efeito de rotulamento que necessariamente afecta quem é alvo de um processo crime”²⁰¹. Nas palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA, “um dos efeitos mais perniciosos, em todos os sentidos (reinserção social, reequilíbrio psicológico) das reacções criminais formais se focaliza na estigmatização individual. [...] a diversão pode desenvolver uma

¹⁹⁴ Cf. da autora, “Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal”, in RPCC, A. 6 (1996) p. 526-7.

¹⁹⁵ Cf. art. 32.º/2, *in fine*, da CRP.

¹⁹⁶ Cf. ponto 8 do Preâmbulo do CPP. Sobre a celeridade e seu significado ao longo de todo o processo penal, vide RODRIGUES, Anabela Miranda, “A celeridade [n.193] p. 233ss.

¹⁹⁷ “Não é apenas como fruto de uma lógica de produtividade e eficácia, mas também e sobretudo da própria lógica da justiça, que o mandamento da celeridade foi instituído. Ele encontra-se umbilicalmente ligado à obtenção do efeito de prevenção geral positiva ou de integração com a aplicação de sanções penais, à maior probabilidade de justeza da decisão proferida pelo tribunal e ao interesse do arguido, cuja demora do processo, para além de poder significar restrições ilegítimas dos seus direitos, acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência. A celeridade tem, entretanto, os seus limites, em uma parte oriundos do irremunciável respeito pelas garantias constitucionais e, noutra parte, derivados da função de legitimação da justiça estadual que é consubstancial ao processo”. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Os processos [n.194] p. 526.

¹⁹⁸ Cf. TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 139.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 218.

²⁰⁰ Cf. art. 281.º/1/f, pressuposto que abrange quer a prevenção geral quer a especial, sendo que “a defesa da ordem jurídica e da paz social podem exigir injunções e regras de conduta mais gravosas do que aquelas que satisfazem as necessidades de prevenção especial” e “não podem ser ponderadas necessidades retributivas do crime”. Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 762.

²⁰¹ Cf. BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos* [n.21] p. 111.

componente altamente saudável na recuperação do delinquente, principalmente no âmbito da pequena criminalidade”²⁰².

Afirma-se a propensão da suspensão provisória do processo para prevenir potenciais efeitos estigmatizantes do arguido por via do processo, desde logo pelo facto de evitar a submissão a julgamento e uma possível aplicação de medida privativa da liberdade, factos apontados como potenciadores de efeitos criminógenos, dessocializadores e estigmatizantes e de habituação à vida carcerária²⁰³. Por outro lado, a participação voluntária do arguido²⁰⁴ no processo decisório de suspensão do processo potencia a sua auto-responsabilização face aos factos o que, juntamente com a imposição de injunções e regras de conduta, das quais se destaca a obrigação de dar ao lesado satisfação moral adequada (art. 281.º/2/b), fomentam o efeito ressocializador da suspensão provisória do processo²⁰⁵. Nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, “(...) é o consenso que mediatiza a ressocialização, e a ressocialização é, ainda hoje, contra tudo o que se diga em contrário, a forma mais eficaz de prevenção de crimes”²⁰⁶.

Todos os interesses subjacentes à suspensão provisória do processo acima aludidos vêm-se comprometidos pela falta de aplicação do instituto que se faz sentir desde a sua consagração no CPP. Analisando dados estatísticos referentes aos anos de 1993 e 1994, MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA alertava para a ligação entre a aplicação efectiva da suspensão provisória do processo e a promoção da eficácia pela mesma: “com um nível de aplicação correspondente a apenas 1% das acusações deduzidas, a suspensão do processo não pôde contribuir para promover a eficácia do sistema. (...) É possível que o insucesso quantitativo da suspensão provisória do processo possa ser atenuado, se for viável introduzir algumas simplificações nas regras processuais que disciplinam a sua aplicação. Todavia, serão presumivelmente as culturas judiciais dominantes – com as suas

²⁰² Cf. do autor, “Diversão (desjudicialização) [n.6] p. 154.

²⁰³ Assim, TORRÃO, Fernando, *A Relevância Politico-criminal* [n.172] p. 106, 120 e 210. Igual preocupação vem expressa no Preâmbulo do CPP: “(...) haverá ainda que prevenir os perigos de uma estigmatização e adulteração irreversível da identidade do arguido, que pode culminar no compromisso com uma carreira delinquente” (ponto 8).

²⁰⁴ Elemento fundamental do fenómeno divertido de resolução do conflito penal. Vide COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudicialização) [n.6] p. 94.

²⁰⁵ “Tão mais potenciada [a possível socialização] quanto mais decisiva for a respectiva participação na solução consensual”. Vide TORRÃO, Fernando, *A Relevância Politico-criminal* [n.172] p. 140. Neste ponto encontra-se uma das distinções de maior relevo entre a suspensão provisória do processo e o regime de suspensão de execução de pena de prisão, subordinada a deveres e regras de conduta ou acompanhada de regime de prova (cf. art. 50.ºss. do CP): “No primeiro caso, as injunções e regras de conduta têm a natureza de uma proposta, da qual o arguido pode discordar – precisamente porque é apenas arguido, porque e não está feita a prova dos factos. No segundo caso, o condenado não é chamado a pronunciar-se sobre os deveres e regras de conduta, porque estas são imposições do tribunal. Na conceptualização da lei penal, os deveres são destinados a reparar o mal do crime; as regras de conduta, a facilitar a reintegração na sociedade”. Cf. ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de, “A suspensão provisória do Processo Penal, Análise estatística do biénio 1993-1994”, in RMP, Ano 19, n.º 73 (1998) p. 63.

²⁰⁶ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “Oportunidade e consenso no Código de Processo Penal”, AA.VV., *Código de Processo Penal*, Vol. II, Tomo II: Processo legislativo, Lisboa: AR-Divisão de Edições, 1999, p. 45.

regras informais, atitudes e práticas – o factor decisivo para o devir desta forma de intervenção penal²⁰⁷.

Tendo em atenção dados mais recentes, nota-se uma maior aplicação da suspensão do processo: em 2007 ascendiam a 5758 os processos aos quais foi aplicada a suspensão provisória do processo²⁰⁸. Dados de 2011 apontam para, num total de 568 342 processos findos, 11 716 processos suspensos ao abrigo do art. 281.º do CPP, sendo que 75 974 processos terminaram com dedução de acusação, 438 240 foram arquivados ao abrigo do art. 277.º do CPP e 1 837 arquivados pela aplicação do art. 280.º do CPP²⁰⁹. Seguindo a metodologia de análise de MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, a suspensão provisória do processo, em 2011, correspondeu a cerca de 15,42% das acusações deduzidas, o que consubstancia um crescimento significativo de aplicação da figura, resultado de um esforço assumido da Procuradoria-Geral da República no sentido de privilegiar o uso de formas simplificadas de resolução do conflito penal²¹⁰. O alargamento significativo do âmbito de aplicação da suspensão provisória do processo operado pela Lei n.º 48/2007, de 29-8, terá igualmente contribuído para este aumento quantitativo de aplicação²¹¹. O facto da suspensão provisória do processo ter vindo a ser percepcionada mais como uma faculdade do que como uma vinculação legal, levou o legislador a tentar inverter este estado de coisas nas sucessivas alterações ao regime do art. 281.º e, na revisão de 2007, na substituição da formulação “pode o MP decidir-se” pela “o MP determina”.

Assim, deve a actuação directiva do inquérito pelo MP ser orientada por um tratamento processual da pequena e média criminalidade distinto daquele dado à criminalidade mais grave. Para aquela, deve ser dada preferência a formas diversas de resolução do conflito penal, baseadas numa menor intervenção estadual e que não passem pela submissão a julgamento e possível aplicação de medida privativa da liberdade ao arguido, procedendo, sempre que admissível, à sua resolução consensual²¹². Nas palavras de RUI DO CARMO, “(...) a opção do Ministério Público por

²⁰⁷ Cf. da autora, “A suspensão provisória [n.205] p. 84. No mesmo sentido, MONTE, Mário Ferreira, “Do Princípio da Legalidade [n.192] p. 71 e 77. Buscando explicações para esse facto, FERNANDO, Rui do Carmo Moreira, “O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)”, in RMP, A 21, nº 81 (2000) p. 137ss.

²⁰⁸ Cf. Relatório Final Monitorização Julho 2009 Boaventura Sousa Santos, CES p. 396, disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Final_Monitorizacao_Julho_2009.pdf, consultado pela última vez a 30-03-2012.

²⁰⁹ Cf. Relatório Anual de 2011 da Procuradoria-Geral da República, em especial os quadros estatísticos disponíveis em VII-36 e 37, disponível em http://www.pgr.pt/pub/relatorio/2011/Relatorio-do-Ministerio-Publico_2011.pdf, consultado pela última vez a 30-03-2012.

²¹⁰ Cf. Relatório Anual de 2011 da PGR, citado na nota anterior, p. 162: “Para o ano de 2011, na área criminal, elegeu-se o incremento do uso das formas simplificadas como objectivo primordial, considerando que a criminalidade, na sua maioria, não ultrapassa níveis de média densidade. O essencial é que o MP logre estratégia diferente para o tratamento do crime de baixa e média densidade, por um lado, e o crime grave e complexo por outro”.

²¹¹ Para uma análise das alterações de 2007 ao art. 281.º, vide CARMO, Rui do, “A suspensão provisória do processo no Código de Processo Penal revisto: alterações e clarificações”, in Revista do CEJ, n.º 9 (2008) p. 324ss., e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 759ss.

²¹² Evitam a submissão a julgamento e a possível aplicação de pena privativa da liberdade do arguido, para além da suspensão provisória do processo, o instituto do arquivamento em caso de dispensa de pena – art. 280.º do CPP – e o processo sumaríssimo – art. 392.º ss. Enquanto este pretende ser uma solução consensual do conflito penal, os processos especiais sumário e abreviado obedecem predominantemente a uma lógica de

uma das formas de tratamento do litígio penal não é um acto discricionário, pois as soluções de conflito só deverão ter lugar quando não se verificarem os pressupostos legais de aplicação das soluções de consenso. E, tanto numas como noutras, a opção prioritária deverá ser por aquela que, verificados os seus pressupostos, signifique menor intervenção e maior rapidez do procedimento. (...) O Código de Processo Penal transmite, pois, sem qualquer dúvida, a mensagem de que, excepto nos crimes cuja moldura penal não o admite, em nenhum caso se deve optar pela solução de conflito se estiverem verificadas as condições de aplicação de uma solução de consenso²¹³.

A suspensão provisória do processo traduz claramente esta opção político-criminal, ao fazer depender a sua aplicação do estabelecimento de um consenso alargado entre os vários sujeitos processuais quanto à aplicação e termos da suspensão e ao prever a aplicação de injunções e regras de conduta cujo cumprimento pelo arguido levam ao arquivamento definitivo do processo²¹⁴.

4. A tutela da vítima pela suspensão provisória do processo

Ao procederem à análise da suspensão provisória do processo, vários são os autores que referem as vantagens para o ofendido pela prática do crime advindas da sua aplicação.

AUGUSTO SILVA DIAS, numa perspectiva mais geral, remete para os “(...) novos contributos vitimológicos que advertem para a necessidade de o processo penal deixar de ser um lugar de neutralização da vítima para se tornar, sem subverter a sua natureza pública, num instrumento de descompressão dos conflitos reais²¹⁵ e apela à moderna vitimologia que “veio recomendar uma ampliação da participação processual da vítima como uma forma de melhor conseguir a pacificação social, uma finalidade que é consensualmente cometida ao processo penal²¹⁶”.

FERNANDO TORRÃO, no seu estudo aprofundado acerca da relevância político-criminal da suspensão provisória do processo, qualifica-a como directamente relacionada com os interesses da vítima²¹⁷, destacando o facto de ser evitado o afrontamento com as instâncias formais e informais de reacção ao crime e os objectivos reparadores subjacentes à aplicação da suspensão do processo, nomeadamente a “pronta reparação dos danos causados à vítima²¹⁸”.

MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA destaca os efeitos pacificadores e a reparação célere dos danos causados à vítima: “a anuência requerida de todos os sujeitos processuais envolvidos (...) não se situa no mesmo plano. O acordo dos magistrados assegura que a (re)conciliação entre arguido e vítima decorra dentro de certo formalismo jurídico e com respeito pelas exigências da lei.

celeridade, em razão da simplicidade, evidência e facilidade de obtenção da prova. Sobre isto, *vide* RODRIGUES, Anabela Miranda, “Os processos sumário e sumaríssimo [n.194] p. 525.

²¹³ Cf. CARMO, Rui do, “A suspensão provisória [n.211] p. 322-3.

²¹⁴ Nas palavras de MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, “o sistema penal intervém, mas o seu curso normal é encurtado, dispensando, se tudo correr segundo as expectativas, a fase de julgamento e eventual condenação do arguido”. Cf. da autora, “A suspensão provisória [n.205] p. 50.

²¹⁵ Cf. do autor, “A tutela do ofendido [n.120] p. 58.

²¹⁶ *Idem*, p. 57.

²¹⁷ *Vide* do autor, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 201.

²¹⁸ *Idem*, p. 204ss.

Mas o cerne mesmo da medida é a obtenção de soluções de composição entre infractores e ofendidos. Desta transacção, ambos podem tirar proveitos. O arguido porque se vê envolvido num processo mais discreto, sem a mácula do registo criminal; para a vítima, além de outras vantagens menos tangíveis, abre-se a possibilidade de receber mais rapidamente uma indemnização²¹⁹.

Atendendo ao regime legal da suspensão provisória do processo, os interesses do ofendido são tidos em consideração essencialmente a dois níveis: i) pela sua participação no processo decisório de aplicação da suspensão do processo, quer por via da possibilidade de requerer a sua aplicação²²⁰, quer pela exigência da sua concordância com os termos da suspensão²²¹; ii) pela reparação dos danos decorrentes da alegada prática do comportamento ilícito pelo arguido, relevando a este nível a possibilidade de ser indemnizado e/ou de lhe ser dada *satisfação moral adequada*²²².

O acesso a um papel activo e determinante na suspensão provisória do processo por parte da vítima encontra-se, contudo, condicionado à sua formalização como sujeito processual, isto é, à sua constituição como assistente no processo.

Consagra a Constituição da República, no seu artigo 32.º/7, que *o ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei*. No cumprimento do preceito constitucional, o CPP consagra dois níveis de intervenção do ofendido no processo. No primeiro, ao ofendido enquanto participante processual é conferido o direito de exercer o direito de queixa, quando a promoção processual dependa deste exercício, assim como dela desistir²²³. Tem o direito de pedir indemnização cível (art. 71.º e ss. do CPP) e de prestar depoimento na qualidade de testemunha²²⁴. No segundo, é concedida ao ofendido a faculdade de se constituir como assistente no processo penal e, assim, adquirir o estatuto de sujeito processual, marca distintiva do processo penal português²²⁵ que, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, constitui uma “formalização necessária a uma realização mais consistente e efectiva dos direitos da vítima (...) e assim, a seu modo, de algo paralelo ao que sucede com a constituição formal do suspeito como arguido”²²⁶. Esta constituição como assistente no processo traduz-se na atribuição de uma posição jurídica reforçada ao ofendido, a quem passam a pertencer “direitos (...) autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, em vista da sua decisão final”²²⁷. De facto, não obstante qualificado como colaborador do MP a cuja actividade subordina a sua intervenção no processo (art. 69.º/1), ao assistente são atribuídos

²¹⁹ Cf. da autora, “A suspensão provisória [n.205] p. 53.

²²⁰ Com a intenção de permitir uma maior intervenção dos sujeitos processuais na conformação da decisão de suspender o processo, incluindo-os na fase de iniciativa processual, a Lei n.º 48/2007, de 29-8, expressamente prevê a possibilidade de, a par da iniciativa oficiosa do MP, quer o arguido, quer o assistente, requererem a suspensão provisória do processo (art. 281.º/1). Referindo esta possibilidade como não sendo uma verdadeira novidade, atendendo aos direitos conferidos ao arguido e assistente pelo art. 61.º/1/g, e art. 69.º/2/a do CPP, respectivamente, FIDALGO, Sónia, “O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo”, in RPCC, A. 18, n.º 2-3 (2008) p. 282.

²²¹ Cf. Parte I, Capítulo II.

²²² Cf. art. 281.º/2/a e b, respectivamente.

²²³ Cf. Parte I, Capítulo II, 1.

²²⁴ Cf. Parte I, Capítulo II, 2.

²²⁵ Cf. ponto 4 do Preâmbulo do CPP.

²²⁶ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Sobre os sujeitos [n.168] p. 10.

²²⁷ *Idem*, p. 9.

“poderes de conformação autónomos que lhe permitem divergir do MP e não devem ser vistos como excepcionais”²²⁸, o que permite concluir pela relevância da figura do assistente no sistema processual penal português.

Na suspensão provisória do processo, exige-se que a vítima se tenha previamente constituído como assistente no processo, de modo a que a sua concordância ou oposição com a suspensão seja tida em conta²²⁹. O facto de não haver assistente constituído no processo não impede a aplicação da suspensão provisória, isto independentemente da natureza processual do crime em que se quer ver suspenso o processo²³⁰. Para estes casos, alguns autores vêm defendendo um dever legal de informação das vítimas não constituídas como assistentes que cabe à entidade responsável por aplicar a suspensão provisória do processo, de acordo com a fase processual em que se suscita a questão. Este dever legal de informação traduzir-se-á, segundo MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, no dever de “auscultar a vítima sobre as vias alternativas de resolver o conflito; a dar-lhe conhecimento da eventualidade da suspensão provisória e da necessidade de se constituir assistente, se pretender opor-se a esta medida, e a comunicar-lhe o despacho de suspensão, bem como o despacho subsequente que determine o arquivamento ou faça prosseguir o processo”²³¹. A autora estabelece uma relação entre o direito da vítima a ser informada e o papel da suspensão provisória do processo na tutela da vítima de crimes: “a necessidade de manter a vítima informada decorre de uma das premissas teóricas da suspensão provisória – ou seja, a de que as vítimas desempenham um papel fundamental na composição dos conflitos com os arguidos. A ideia de que informar é importante tem sido afirmada em estudos vitimológicos que revelam que os sentimentos de perturbação e de perda de confiança social, experimentados por numerosas vítimas, tendem a ser reforçados, se as instâncias da justiça criminal as ignorarem ou as tratarem com desconsideração. Uma importante reivindicação das vítimas é a de que se atente nelas: que sejam ouvidas e mantidas informadas sobre o andamento e as principais decisões dos processos que lhes dizem respeito”²³².

Concluo pela coerência deste dever legal de informação com as finalidades reparadoras da vítima cometidas à suspensão provisória do processo: identificável que seja o ofendido não constituído assistente, deve o mesmo ser informado da intenção de se ver suspenso o processo e da possibilidade de se constituir assistente e assim expressar a sua oposição com a suspensão, assim como de ser informado dos desenvolvimentos subsequentes do processo, nomeadamente do seu arquivamento ou prosseguimento nos termos do art. 282.º do CPP. Não estando o objectivo reparador da suspensão provisória do processo reduzido à possibilidade de pedir uma indemnização pelos danos causados pela prática do crime²³³, é pela participação efectiva da vítima na decisão de

²²⁸ Vide DIAS, Augusto Silva, “A tutela do ofendido [n.120] p. 55.

²²⁹ Cf. Ac. TRP, 19-11-2003, Proc. n.º 0240173.

²³⁰ Assim ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 761 e TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 202, afirmando que “não entender assim seria subverter o conceito de sujeito processual e atribuir um significado à inércia do ofendido”.

²³¹ Cf. da autora, “A suspensão provisória [n.205] p. 76. No mesmo sentido, TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 203.

²³² *Idem*, p. 76, que, no seu estudo estatístico acerca da suspensão provisória do processo, identificou alguma aplicação prática da convocatória da vítima não constituída assistente para dar a sua concordância ou a sua notificação para se constituir como assistente no processo.

²³³ Caso se reduzisse à possibilidade de ser indemnizada pelos danos causados pela prática do crime, bastaria à vítima a dedução de pedido de indemnização cível na qualidade de parte civil e não a constituição como assistente e uma possível aplicação da suspensão provisória do processo. A oneração com a constituição como

suspender o processo, potenciada pela consideração do dever legal de informação nos moldes acima referidos, que se atingem quer a finalidade reparadora, quer as de pacificação social e de restauração da confiança da vítima no sistema de administração da justiça penal²³⁴.

Constata-se a relação de dependência entre a tutela da posição jurídico-penal da vítima pela suspensão provisória e a efectiva constituição desta como assistente no processo. Para tal nos alerta MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA: “(...) quando se passa do plano existencial da vítima para o plano jurídico do assistente, opera-se uma transformação substancial, pois vítima e assistente são realidades bem distintas. (...) a experiência revela que a troca da figura da vítima/ofendido pela figura do assistente serve mal alguns dos objectivos politico-criminais atribuídos à suspensão provisória. E isto porque raras são as vítimas que se constituem assistentes. Por conseguinte, a expectativa de que, através desta medida, a vítima viesse a desempenhar um papel de primeiro plano na procura de soluções de consenso malogrou-se, na prática, devido ao quase total apagamento da figura do assistente”²³⁵, o que leva a autora a concluir que “(...) pela circunstância de, nos crimes com vítimas, estas terem de ficar de fora, por não se constituírem assistentes, é inevitável a conclusão de que aquela medida só muito excepcionalmente poderá servir como campo para experiências de mediação entre vítimas e delinquentes”²³⁶.

Como possível solução a este estado de coisas, a autora vem defender que uma melhor tutela da vítima por via da suspensão provisória do processo passa por atribuir-lhes um papel mais activo, “concedendo-se-lhes direitos agora reservados aos assistentes, ainda que sacrificando em alguma medida a harmonia do sistema”²³⁷. Uma mudança neste sentido não seria de rejeitar à partida, segundo a autora, atendendo ao facto do CPP atribuir uma posição processual à vítima não constituída assistente, nos moldes acima indicados. Esta posição parece já ter sido, em certa medida, acolhida pelo legislador ao prever, para os processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, a possibilidade de ver aplicada a suspensão provisória do processo, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, na medida em que admite a participação activa, a nível da iniciativa, da vítima não constituída como assistente (art. 281.º/7).

assistente e o factor incerteza quanto à possibilidade de estarem verificados todos os pressupostos de aplicação da suspensão e de ao arguido ser concretamente aplicada a obrigação de indemnizar só seriam de alguma maneira compensados pelo carácter célere da suspensão do processo quando possível a sua aplicação.

²³⁴ Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “(...) para uma autêntica protecção da vítima, mais decisivo ainda que o auxílio «social» em sentido amplo que lhe possa ser prestado é o conferir-lhe voz autónoma logo ao nível de *processo penal*, permitindo-lhe uma acção conformadora do sentido da decisão final e tornando possível que, sem incómodos e despesas que não possam ser suportadas, a vítima possa obter no próprio processo penal a indemnização das perdas e danos sofridos com o crime”. Cf. do autor, “Sobre os sujeitos [n.168] p. 10.

²³⁵ Cf. da autora, “A suspensão provisória [n.205] p. 53-4.

²³⁶ *Idem*, p. 61, referindo que “o número de lesados que se constituíram assistentes foi extremamente baixo, representando apenas 1% do total de crimes com vítimas individualizadas” (*idem*, p. 74).

²³⁷ “A posição processualmente forte foi reservada para a vítima enquanto assistente: só esta, como sujeito processual, tem direitos assegurados, nomeadamente o de se opor à suspensão. Trata-se de uma construção teórica harmoniosa – e, por isso mesmo, intelectualmente atractiva – que certamente assentou na convicção dos legisladores de que a distância quantitativa entre os dois rostos da vítima não fosse tão abismal como, na realidade, se revelou. (...) O desinteresse das vítimas pela posição de assistente foi um facto. (...) em vez de ampla capacidade de acção que a lei pretendeu dar à vítima, deparamo-nos, na prática, com o seu apagamento e inacção” (*idem*, p. 77). De notar a discrepância entre a Lei de Autorização Legislativa n.º 43/86, 26-9 que falava na concordância do ofendido (ponto 46) e o que viria a ser o art. 281.º/1/a do CPP.

CAPÍTULO III – O regime especial do artigo 281.º, n.º 8 do Código de Processo Penal

4. Enquadramento

A Lei n.º 48/2007, de 29-8, procedeu à alteração do regime da suspensão provisória do processo que mais mudanças provocou no instituto. A Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X é clara no sentido de exprimir a intenção do legislador de, por meio das alterações introduzidas, alargar o número de processos passíveis de aplicação da suspensão provisória do processo²³⁸.

Antes da revisão de 2007 do CP e do CPP, a suspensão provisória do processo era passível de ser aplicada a crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores por duas vias: pela aplicação do regime geral previsto no art. 281.º/1 do CPP, verificados os pressupostos legalmente estabelecidos, e nos crimes previstos nos arts. 163.º a 165.º, 167.º, 168.º e 171.º a 175.º, na redacção anterior a 2007, quando praticados contra menor de 14 anos e o agente tivesse legitimidade para requerer procedimento criminal, por exercer sobre a vítima poder paternal, tutela ou curatela ou a tivesse a seu cargo (art. 178.º/1/b 2 e 3 do CP2001). Este último divergia do regime geral do art. 281.º na medida em que podia ser aplicado a crimes com moldura penal superior a 5 anos de prisão, a decisão de suspensão deveria ter em conta o interesse da vítima, ponderado com o auxílio de relatório social, a suspensão podia ir até ao limite máximo de 3 anos, diferentemente da regra geral de 2 anos prevista no art. 282.º/1, sendo o processo arquivado no caso de não aplicação de medida similar por infracção da mesma natureza ou de não sobrevir naquele prazo queixa por parte da vítima, quando admissível. O regime só era aplicável se, para além do interesse da vítima, estivessem verificados os pressupostos do art. 281.º/1²³⁹.

Com a Lei n.º 48/2007, de 29-8, estabeleceu-se um regime especial para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado. A determinação da suspensão provisória do processo, para estes crimes, afasta-se do regime geral do art. 281.º/1 visto não se encontrar dependente da moldura penal aplicável ao crime contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, tão-só que não seja agravado pelo resultado, mandar-se atender ao interesse da vítima no momento de aplicação da suspensão, que pode ir até aos 5 anos (arts. 282.º/5 do CPP e 178.º/4 do CP), e somente pressupor a concordância do juiz de instrução e do arguido e a ausência de condenação ou aplicação de suspensão provisória anteriores por crime da mesma natureza²⁴⁰.

Este regime especial de suspensão provisória do processo para crimes sexuais envolvendo menores vêm simultaneamente consagrado no CPP (art. 281.º/8) e no CP (art. 178.º/3 e 4). Para

²³⁸ Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, p. 10.

²³⁹ Cf. LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal: Revista de acordo com a alteração do Código Penal operada pela lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 125.

²⁴⁰ “São crimes da mesma natureza os crimes que protegem o mesmo bem jurídico”. Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 761.

além da aparente inutilidade na repetição e inserção duma regra processual na lei substantiva, denota-se uma desconformidade entre normativos: a formulação do art. 178.º/3 remete para uma ideia de faculdade do MP de determinar a suspensão do processo, em vez de um dever ao qual o MP se encontra vinculado, e faz depender a aplicação da suspensão somente da não aplicação anterior de suspensão provisória do processo por crime da mesma natureza. Apesar da recente alteração legislativa do CP e CPP, que inclusivamente se debruçou sobre o instituto, aditando dois novos números ao art. 281.º²⁴¹, as incongruências mantiveram-se. Deve ser observado o regime plasmado na lei processual. Concordo com RUI DO CARMO quando diz estarmos perante um “acidente” de produção legislativa, não sendo intenção da lei substantiva criar um regime menos exigente de suspensão provisória do processo do que aquele plasmado na lei processual²⁴².

5. Pressupostos de aplicação da suspensão provisória do processo. A concordância do assistente

Foi intenção do legislador não condicionar a aplicação da suspensão provisória do processo nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor à verificação da totalidade dos pressupostos previstos do art. 281.º/1, facilitando, assim, a sua aplicação a estes crimes. O afastamento de pressupostos do art. 281.º não é inédito da revisão de 2007 do CPP. O DL n.º 15/93, de 22-1, relativo ao regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, no art. 56.º/1²⁴³, exigia que apenas se encontrassem verificadas as alíneas *d* (anterior carácter diminuto da culpa) e *e* (actual alínea *f*). O art. 9.º da Lei n.º 36/94, de 29-9, que estabelece as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, pode um processo ser provisoriamente suspenso desde que verificada a alínea *f* do n.º1 do art. 281.º, a concordância do arguido e ter o mesmo denunciado o crime ou contribuído decisivamente para a descoberta da verdade.

Face à letra da lei, a não remissão para o art. 281.º/1/*a* e, paralelamente, a previsão da concordância do arguido no n.º 8 do mesmo artigo, parece indicar a intenção do legislador de afastar a concordância do assistente enquanto pressuposto de aplicação da suspensão provisória do processo para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado. Assim, ainda que haja assistente constituído no processo, a sua concordância ou oposição à suspensão do processo mostrar-se-á processualmente irrelevante. Defendo que a concordância do assistente deve valer como pressuposto também para o regime especial ora em análise.

Nos processos em que o menor de 16 anos se constitui assistente por intermédio de seu representante legal ou das pessoas indicadas no art. 68.º/1/*d* do CPP, o MP deve atender à vontade do representante legal enquanto expressão do interesse do menor. No caso de maior de 16 anos que se constitua ele próprio como assistente (art. 68.º/1/*a*), deve o MP atender à vontade do menor por

²⁴¹ Cf. redacção do artigo, resultante da Lei n.º 20/2013, de 21-2.

²⁴² Cf. CARMO, Rui do, “A suspensão provisória [n.211] p. 331. No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 765.

²⁴³ Revogado pela Lei n.º 38/2009, de 20-7.

ele expressa²⁴⁴. A vontade expressa nestes casos é vinculativa para o MP. Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, uma interpretação do art. 281.º/8 que não esta redundaria numa inconstitucionalidade, por violação do direito de acesso à justiça por parte do assistente, do seu direito de intervenção no processo penal e do princípio da igualdade (arts. 13.º, 20.º/4, e 32.º/7 da CRP), já que “a vontade do menor que se tenha constituído assistente por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual não pode valer menos do que a vontade de qualquer outro menor que se tenha constituído assistente em relação a qualquer outro crime”²⁴⁵. Nos casos em que não haja assistente constituído no processo, e só depois de cumprido o dever de informação do ofendido da possibilidade de se constituir como assistente e assim participar no processo decisório da suspensão do processo, deve valer a ponderação do interesse da vítima menor pelo MP, na sua veste de curador dos menores (art. 3.º/1/a do Estatuto do MP).

O afastamento da concordância do assistente parece incongruente com a intenção do legislador de 2007 de permitir uma maior intervenção dos sujeitos processuais na conformação da decisão de suspender o processo, incluindo-os na fase de iniciativa processual²⁴⁶ e, duma maneira geral, com a exigência de intervenção de um número elevado de sujeitos processuais na decisão de consenso. Pode este afastamento ser interpretado como uma intenção do legislador de evitar o contacto entre o arguido e a vítima, em linha com o que foi a opção de excluir os processos por crimes sexuais ou em que o ofendido é menor de 16 anos do regime de mediação penal²⁴⁷. Apesar da mediação penal implicar um contacto mais profundo entre arguido e vítima do que aquele mantido entre arguido e assistente na suspensão provisória do processo, parece vantajoso, como defende RUI DO CARMO, “assegurar também no âmbito desta o recurso a serviços de mediação para a construção do consenso que a legitima”²⁴⁸, como já acontece na suspensão provisória do processo prevista no art. 84.º/3 da Lei 166/99, de 14-9, Lei Tutelar Educativa. Isto com vista à participação efectiva do assistente no processo decisório, prevenindo que o diálogo se centre no MP e arguido²⁴⁹. A solução legislativa para prevenir os riscos de uma vitimização secundária para o ofendido, advinda do processo consensual de decisão da suspensão provisória do processo, passou por encarregar o MP de representar o menor nos seus interesses. A consequência desta solução é a desconsideração da posição da vítima na suspensão provisória do processo, reduzindo-a a sujeito destinatário da decisão e de uma possível indemnização, e do seu papel no processo de ressocialização do arguido.

Para além do afastamento da concordância do assistente, que dizer do afastamento das alíneas *d* a *f* do n.º1 do art. 281.º? Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, são aplicáveis ao regime especial ora em análise as alíneas *e* e *f* do n.º1 do art. 281.º, porque “lógica e

²⁴⁴ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário* [n.35] p. 765, e CARMO, Rui do, “A suspensão provisória [n.211] p. 331.

²⁴⁵ Cf. do autor, *Comentário* [n.35] p. 765.

²⁴⁶ Cf. Parte II, Capítulo II, 2.

²⁴⁷ Cf. Parte I, Capítulo II, 2.

²⁴⁸ Cf. CARMO, Rui do, “A suspensão provisória [n.211] p. 335.

²⁴⁹ Como parece assumir CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, ao afirmar que “na suspensão, o diálogo estabelece-se entre o Ministério Público e o arguido, enquanto na mediação os dois interlocutores são a vítima e o arguido”. Vide da autora, “Diferentes versões do consenso: Suspensão Provisória do Processo e Mediação Penal”, in *Revista do CEJ*, n.º16 (2011) p. 111.

valorativamente implícitos na ponderação do interesse da vítima²⁵⁰. Por sua vez, RUI DO CARMO apenas parece afastar a ausência de um grau de culpa elevado, “desde que a aplicação deste instituto corresponda ao interesse da vítima, e sejam aplicadas ao arguido injunções e regras de conduta capazes de responder suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir²⁵¹. Já SÓNIA FIDALGO, não afastando a concordância do assistente, recusa a aplicação das alíneas *e* e *f* ao art. 281.º/8²⁵². Finalmente, JOSÉ MOURAZ LOPES defende a verificação de todos os pressupostos estabelecidos no art. 281.º/1, a par do interesse da vítima²⁵³.

6. Solução para a natureza pública dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor?

A circunstância de a alteração da natureza dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor ser acompanhada da previsão do regime especial de suspensão provisória do processo para estes crimes, leva a que se encete uma aproximação das duas realidades, de modo a aferir a apetência do regime do art. 281.º/8 do CPP para colmatar os efeitos negativos da conversão dos crimes sexuais envolvendo menores em crimes públicos.

JOSÉ DE FARIA COSTA considera que subjacente aos crimes não públicos está uma ideia de diversão por meio de mediação mitigada. Afirma o autor que “não obstante a inexistência daquele elemento da mediação (o mediador propriamente dito), [...] a não apresentação de queixa ou acusação pode ser uma decisão resultante de um conjunto de forças quantas vezes antagónicas que foram mediatizadas [...] pelo portador histórico-cultural do bem jurídico ofendido²⁵⁴. O mesmo autor avança com uma definição de diversão com intervenção, nos casos em que “o processo fique suspenso sob condição do cumprimento das injunções cominadas pelo ministério público²⁵⁵, o que no processo penal português corresponde ao instituto da suspensão provisória do processo. Não obstante esta aproximação, o pensamento do autor faz transparecer as diferenças ao nível dos objectivos prosseguidos. Enquanto a segunda pretende evitar “o estrangulamento do normal (formal) sistema de aplicação de justiça penal” e “manter e intensificar o ideal de reabilitação e reduzir ao máximo a estigmatização individual”, principalmente no que toca à pequena criminalidade²⁵⁶, a primeira presta homenagem a “valores de pacificação entre a vítima e o infractor mas igualmente de protecção à intromissão (devassa) das instâncias públicas na esfera pessoalíssima das pessoas ou de instituições com uma forte componente de pessoalidade²⁵⁷.

²⁵⁰ Cf. do autor, *Comentário* [n.35] p. 765.

²⁵¹ Cf. CARMO, Rui do, “A suspensão provisória [n.211] p. 331.

²⁵² Cf. FIDALGO, Sónia, “O consenso [n.220] p. 293.

²⁵³ Cf. LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal* [n. 107] p. 174.

²⁵⁴ Cf. COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudicianização) [n.6] p. 149.

²⁵⁵ *Idem*, p. 110.

²⁵⁶ *Idem*, p. 106-7.

²⁵⁷ *Idem*, p. 155.

A circunstância de a lei fazer depender o início do procedimento criminal da vontade do ofendido nos crimes particulares em sentido amplo foi já reconduzida ao princípio da oportunidade²⁵⁸. Penso que não deve ser confundido o espaço de diálogo e consenso que é deixado ao ofendido e agente para lidarem com o conflito real à margem do direito penal com um princípio de oportunidade, do mesmo passo que não é sua manifestação a selecção pela vítima dos casos em que apresenta queixa ou dela desiste²⁵⁹. Isto partindo da noção de oportunidade como “uma liberdade de apreciação do MP relativamente ao se da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres”²⁶⁰. Melhor enquadrada está a queixa enquanto pressuposto processual nos termos acima expostos²⁶¹.

Outro factor de aproximação das duas realidades é a circunstância de aos crimes não públicos muitas vezes corresponderem uma moldura penal que não ultrapassa os 5 anos de prisão, o que levaria à conclusão de que “no caso de ser possível a solução consensual do conflito, há lugar à desistência de queixa”²⁶². Como bem nota RUI DO CARMO, ainda que seja de preferir a extinção do procedimento criminal por desistência da queixa, “casos há em que o ofendido não pretende desistir da queixa apresentada, tendo toda a pertinência, podendo merecer mesmo o seu acordo, a suspensão provisória do processo; e também que, noutros casos, o ofendido desiste da queixa relativamente a crimes a que, tomando em conta os pressupostos constantes das alíneas do n.º1 do art. 281.º CPP, não se mostraria adequada, no concreto, a aplicação daquele instituto”²⁶³. O ofendido que tenha deduzido queixa com o intuito de obter uma indemnização pelos danos ocasionados pelo crime não verá esse interesse satisfeito pela desistência de queixa, assim não sendo se, constituído assistente no processo, requeira a aplicação da suspensão provisória do processo e este venha efectivamente a ser suspenso e aplicada ao arguido a injunção que o obriga a indemnizar o lesado. Cumprem, portanto, finalidades distintas.

Outro ponto divergente consiste na oneração do ofendido com a constituição como assistente no processo para que desempenhe um papel activo e conformador na decisão de suspender o processo. O mesmo não é exigido ao ofendido para que apresente ou desista da queixa, isto nos crimes semi-públicos, já que no momento em que ofendido por crime particular denuncie os factos ao MP ou a entidade com a obrigação legal de lha transmitir, deve constituir-se assistente no processo e, em momento posterior, deduzir acusação particular (art. 50.º/1, 246.º/4, 68.º/1 e 2 e 285.º do CPP).

²⁵⁸ Assim, SANTANA, Cecília, “Princípio da oportunidade na reforma do sistema penal”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, org. Maria Fernanda Palma, Teresa Pizarro Beleza, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 401ss, referindo-se ao “esforço do legislador, no objectivo de considerar os interesses das vítimas na oportunidade do processo” (p. 404).

²⁵⁹ Diferentemente SANTANA, Cecília, *idem*, p. 405, ao reconduzir a desistência de queixa a “expressão eloquentíssima do princípio da oportunidade quanto à prossecução do processo, e que especialmente conforma na mesma atitude voluntária o ofendido-queixoso e o arguido, que nessa desistência tem de concordar”.

²⁶⁰ Cf. CAEIRO, Pedro, “Legalidade e oportunidade [n.170] p. 32.

²⁶¹ No mesmo sentido cf. *idem*, p. 37. Referindo-se a oportunidade em sentido impróprio nos crimes não públicos visto que “a «oportunidade», aqui, é da conta dos ofendidos! Havendo queixa, o Ministério Público tem a obrigação funcional de abrir inquérito”, vide BELEZA, Teresa Pizarro, “A recepção de regras de oportunidade [n.192] p. 13.

²⁶² Cf. FERNANDO, Rui do Carmo Moreira, “O Ministério Público [n.207] p. 145.

²⁶³ *Idem, ibidem*.

Por último, referi-me acima ao efeito de descriminalização real pelos crimes semi-públicos²⁶⁴. A suspensão provisória do processo pode ser perspectivada como produzindo “efeitos úteis similares aos do movimento de descriminalização”²⁶⁵. Nas palavras de FERNANDO TORRÃO, “as soluções no domínio da diversão descriminalizam comportamentos, ainda que adjectivamente, do mesmo passo que promovem uma reacção jurídica fora do cárcere num sentido potencialmente ressocializador”²⁶⁶. Críticas a este entendimento foram já tecidas, para as quais nos alerta TERESA PIZARRO BELEZA: “Alguns autores (Perfecto Ibañez, por exemplo) têm uma visão muito crítica de evoluções legislativas de cariz processual em sistemas de legalidade que vão no sentido de abrir possibilidade de *oportunidade*. Um dos argumentos mais impressionantes, do meu ponto de vista, neste contexto, é o de que problemas penais de natureza *substantiva* são muitas vezes pseudo-resolvidos com medidas processuais que tendem a dissolver garantias em favor de formas negociadas de solução de conflitos que são estruturalmente desiguais (dado o desigual poder de *negociação* das partes envolvidas). Este tipo de problema coloca-se, aliás, em vários âmbitos das difíceis relações entre os objectivos político-criminais normalmente vazados nos Códigos Penais (com mais ou menos explícito apoio constitucional) e as regras processuais, que por vezes tendem a produzir um *curto circuito* nas luminosas intenções político-legislativas”²⁶⁷.

Não estranha a prossecução de objectivos de natureza substantiva por via processual, dada a relação de complementaridade funcional entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal²⁶⁸. Segundo FREDERICO ISASCA, o “direito e o processo penal não devem ser considerados única ou exclusivamente na sua individualidade própria e específica”, mas sim tendo em linha de conta a “genética relação de complementaridade entre as vertentes substantiva e processual do direito punitivo”, impondo-se uma visão global e uma “leitura concordante com os princípios enformadores daqueles dois ramos de direito”²⁶⁹. Nessa medida, afigura-se desejável que se prossigam, também pela via adjectiva, finalidades de prevenção geral de integração, que se promova o princípio da socialidade²⁷⁰ e que se privilegiem instrumentos processuais que reduzam ao mínimo necessário a intervenção do sistema formal de justiça penal.

Contudo, já me parece ilegítimo o recurso a expedientes processuais para a resolução de questões que melhor resposta receberiam a nível substantivo. O fenómeno de neocriminalização é ilustrativo²⁷¹. Nas palavras de TERESA PIZARRO BELEZA, “o Direito Penal nosso contemporâneo tem avançado mais na neo-criminalização do que na descriminalização; e isto ao ponto de a ideia-chave do *bem jurídico*, nascida como perspectiva crítica de limite à expansão do Direito Penal,

²⁶⁴ Parte I, Capítulo II, 3.

²⁶⁵ Assim, TORRÃO, Fernando, *A Relevância Politico-criminal* [n.172] p. 133. Referindo-se à diversão como correlato adjectivo da descriminalização, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 67.

²⁶⁶ *Idem*, p. 135.

²⁶⁷ Cf. da autora, “A recepção de regras de oportunidade [n.192] p. 10 (itálicos no original).

²⁶⁸ TERESA PIZARRO BELEZA caracteriza-a como uma relação de “influência mútua” (cf. da autora, *Apontamentos* [n.21] p. 24) e FIGUEIREDO DIAS qualifica-a de “relação mútua de complementaridade funcional”. Sobre isto, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Reimpressão da 1ª ed., 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 28ss.

²⁶⁹ Cf. do autor, “O Projecto [n.13] p. 67-8.

²⁷⁰ Sobre este princípio vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português* [n.19] p. 74.

²⁷¹ Sobre os fundamentos que legitimam os processos de neocriminalização vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *idem*, p.66. Sobre o fenómeno em Portugal, *idem*, p. 80.

portanto num sentido descriminalizador, ter vindo a assumir progressivamente foros de legitimação de *novas incriminações*, justificada pela revelação ou descoberta de novos bens jurídicos, como se exprime o legislador penal português de 1995 (revisão do Código Penal). A despenalização – ou a não penalização, de novo – é mais problemática do ponto de vista estritamente *político*. Dai em parte, em meu entender, a concentração na tentativa de resolução *processual* de um problema que é, na sua essência, de origem substantiva²⁷². Face a esta realidade, tem a suspensão provisória do processo a bondade de servir de contrapeso a fenómenos de criminalização duvidosos²⁷³ e actuar como freio, processual, à continuação de processos crime onde hajam possíveis faltas de dignidade e necessidade de tutela penal nas incriminações. Contudo, tal não me parece suficiente remédio para o problema que temos vindo a analisar.

Não consegue a suspensão provisória do processo obviar as consequências negativas para a vítima menor de crimes sexuais advindas da natureza pública destes. A suspensão provisória do processo e a natureza semi-pública dos crimes encontram-se em planos distintos do mesmo problema: o da estigmatização individual dos intervenientes no sistema formal de administração da justiça. Lembra-nos JOSÉ DE FARIA COSTA que a “sociedade estratifica-se e submerge numa constelação de valores culturais cujo étimo é, entre outros, judaico-cristão. Neste sentido, o universo simbólico que nos serve de referente não deixa, quantas vezes, de ser estigmatizante”²⁷⁴. O Professor não afasta as manifestações positivas da estigmatização, mas “uma coisa é admitir-se a força do real simbólico que nos circunda e ao qual está hipotecado muito do que somos, outra bem diversa é permitir que órgãos estaduais potenciem fenómenos de estigmatização. É nosso dever, pois, – conclui o Professor – descortinar os modos mais eficazes para que a estigmatização penal seja progressivamente reduzida”²⁷⁵.

A suspensão provisória do processo tem as suas preocupações político-criminais centradas na pessoa do arguido. Pretendem-se evitar os efeitos estigmatizantes do contacto com as instâncias formais de controlo penal, mormente o julgamento e possível condenação, naquela franja da criminalidade, a de pequena e média gravidade, em que é evitável e inclusive desejável o não esclarecimento do conflito, especialmente para delinquentes primários e para a delinquência juvenil²⁷⁶. Do mesmo passo que a participação do arguido na tomada de decisão acerca das medidas que lhe serão impostas, potenciam o efeito “socializador ou, pelo menos, não dessocializador”, da suspensão provisória do processo²⁷⁷. A estas preocupações alia-se a necessidade de empregar

²⁷² Cf. da autora, “A recepção de regras de oportunidade [n.192] p. 10-1 (itálicos no original).

²⁷³ Assim COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudiciarização) [n.6] p. 154 e TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p.102, que relaciona o movimento de diversão com a “necessidade de contrabalançar o ímpeto criminalizante do legislador moderno”, nomeadamente em novas áreas de intervenção penal. Paradigmático a este nível será talvez o Direito Penal do Ambiente. Sobre o tema, destaco o estudo empreendido por MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: AAFDL, 2000.

²⁷⁴ Cf. do autor, “Diversão (desjudiciarização) [n.6] p. 107.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*.

²⁷⁶ Destacam a apetência do instituto no tratamento da delinquência juvenil, COSTA, José de Faria, “Diversão (desjudiciarização) [n.6] p. 155, ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de, “A suspensão provisória [n.205] p. 74, verificando que na prática “a aplicação da suspensão provisória tende a favorecer os jovens, o que está em plena harmonia com um princípio orientador da nossa política criminal”, e TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 19. Cf. art. 84.º da Lei Tutelar Educativa, acima aludido.

²⁷⁷ Cf. TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 210.

celeridade na resposta ao conflito penal de pequena e média gravidade, por forma a responder ao seu “crescimento exponencial (...) e afastar o espectro de uma rotura ou esmagamento do inteiro sistema de justiça penal”²⁷⁸, emprestando maior eficácia ao sistema formal de administração da justiça penal²⁷⁹. É inegável a preocupação com os legítimos interesses da vítima do crime. Também esta pode não encontrar vantagens na continuação do processo para julgamento e preferir uma posição jurídica activa de defesa dos seus interesses e uma pronta reparação dos danos causados pela prática do crime.

Não são as mesmas preocupações político-criminais que norteiam os crimes semi-públicos. O ofendido pela prática do crime é o destinatário das intenções do legislador. Concede-se uma especial protecção aos legítimos interesses das vítimas, nomeadamente na reserva da sua vida privada e íntima, no evitamento de fenómenos de segunda vitimização por via do processo penal e, para a vítima menor, a consideração adicional acerca do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não só na esfera sexual, mas sim como pessoa cuja personalidade está ainda em fase de formação, formação essa que deve fazer-se com o mínimo de entraves impostos pelo Estado e, por maioria de razão, pelo seu poder punitivo. Os riscos de afectação dos legítimos interesses do menor vítima de crimes sexuais começam a sentir-se com o início do processo crime e estes não consegue a suspensão provisória do processo obviar, diga-se que nem faz parte da sua “racionalidade teleológica e a intencionalidade política”²⁸⁰. A acompanhar tudo o que foi dito até ao momento juntam-se as preocupações expressas por MANUEL DA COSTA ANDRADE de se verem frustradas as intenções do legislador de que seja observado o interesse da vítima pela não concordância do arguido na suspensão do processo²⁸¹. Também ANA RITA ALFAIATE alerta para o facto de o “núcleo decisório não esta[r] apenas no interesse da vítima, mas nas características do agente e na vontade deste”, exemplificando com um caso onde, apesar do interesse da vítima ir no sentido da suspensão, a mesma não poder ser aplicada ao caso concreto porque anteriormente aplicada no âmbito de outro processo por crime da mesma natureza²⁸².

²⁷⁸ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua Necessidade e de algumas Orientações Fundamentais”, Conferência proferida na Ordem dos Advogados do Porto, em 23 de Julho de 1983, p. 48-49, *apud* ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de, “A suspensão provisória [n.205] p. 52-3.

²⁷⁹ Sobre a eficácia enquanto objectivo genérico da suspensão provisória do processo, questiona MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA: “O conceito de eficácia é multifacetado, uma vez que deverá ser visto na perspectiva de objectivos diversos: eficácia na prevenção de comportamentos daquele teor? Na confirmação da validade das normas jurídicas? Na diminuição de sentimentos gerais de insegurança? Na pacificação do sentimento de injustiça sofrido pelas vítimas? Na atenuação da reincidência? Na solução processual dos casos?”. Cf. da autora, “A suspensão provisória [n.205] p. 52.

²⁸⁰ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente* [n.55] p. 35.

²⁸¹ *Idem*, p. 36.

²⁸² Cf. ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal* [n.10] p. 60. Sobre este pressuposto, até 2007 reservado para o regime especial previsto para os crimes de maus tratos (anterior art. 281.º/6), *vide* a posição de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que, ao identificar uma eficácia extraprocessual da decisão de suspensão anterior, impedindo a aplicação do instituto “quer o arguido não tenha violado a anterior suspensão provisória do processo e tenha beneficiado do arquivamento final do processo (...), quer ele tenha violado a anterior suspensão provisória do processo e o processo tenha prosseguido”, conclui pela sua inconstitucionalidade por violação da reserva jurisdicional, do princípio da culpa e do princípio da presunção de inocência (arts. 2.º, 32.º/2, e 202.º da CRP) ao conferir à suspensão “uma natureza e uma eficácia jurídica muito distintas das que ela tinha na versão inicial do CPP e torna[r] a medida uma pena criminal encapotada”. Cf. do autor, *Comentário* [n.35] p. 761.

A conclusão da possibilidade real do processo prosseguir para julgamento, apesar de contrário aos interesses da vítima menor, pela não concordância do arguido na suspensão do processo, é factor indiciador da inadequação da suspensão provisória do processo quando colocada ao serviço dos legítimos interesses das vítimas menores de crimes sexuais. O mesmo raciocínio não pode ser estendido para as exigências de que o art. 116.º/4 do CP faz depender o termo do processo requerido pelo menor que entretanto perfaça 16 anos. Aqui exige-se a não oposição do arguido ao termo do processo, o que é juridicamente diferente da exigência de concordância do arguido para a suspensão provisória do processo. A falta de declaração do arguido equivale a não oposição (art. 51.º/3 do CPP), o mesmo não sendo admissível numa figura em que se possibilita “a participação do arguido no discurso do sistema de justiça jurídico-punitivo, num sentido claramente socializador”²⁸³.

O art. 281.º/8²⁸⁴ é claro na demonstração de que não foi a suspensão provisória do processo pensada para a criminalidade sexual grave. Quando legislador prosseguiu no sentido de aprofundar os espaços de consenso no processo penal português, definiu que “no tratamento da pequena criminalidade devem privilegiar-se soluções de consenso, enquanto no da criminalidade mais grave devem, inversamente, viabilizar-se soluções que passem pelo reconhecimento e clarificação do conflito” (ponto 6 do Preâmbulo do CPP). Teve o legislador em conta os perigos da verdade consensuada e do escapar à conflitualidade, mormente no que ao efeito de prevenção geral positiva concerne. Nas palavras de FERNANDO TORRÃO, “a não formalização processual da conflitualidade real pode, portanto, acarretar sérios riscos no plano político-criminal. Pensamos, no entanto, ser esse um problema situado, fundamentalmente, ao nível da criminalidade mais grave. Ai o conflito social é logicamente mais intenso, pelo que a sua superação através do consenso muito dificilmente encontraria eco na consciência colectiva comunitária. Já assim não será no que à pequena criminalidade concerne. (...) Não admira assim que, no nosso direito processual penal, a decisão de suspender provisoriamente o processo esteja vinculada a um campo de aplicação limitado aos crimes puníveis com pena de prisão não superior a cinco anos”²⁸⁵.

Tendo em conta a moldura legal aplicável aos crimes cuja suspensão provisória do processo obedece a um regime especial, só os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor ultrapassam o limite de pena previsto no art. 281.º/1, cuja pena pode ir até aos 15 anos de prisão. O crime de violência doméstica não agravado pelo resultado é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos (art. 152.º/1 do CP). O art. 9.º da Lei n.º 36/94, de 29-9 é aplicável ao crime de corrupção activa, cuja pena pode ir dos 6 meses aos 5 anos de prisão (art. 374.º do CP). O art. 84.º da Lei Tutelar Educativa restringe a sua aplicação a crimes com pena de prisão de máximo não superior a 5 anos²⁸⁶.

Face ao exposto, uma análise acerca do que deve entender-se como sendo o interesse da vítima não pode, na minha opinião, afastar-se do contexto em que surge o regime especial do art.

²⁸³ Vide TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 198.

²⁸⁴ Que MANUEL DA COSTA ANDRADE chama “corpo estranho”. Cf. do autor, “*Bruscamente* [n.55] p. 35.

²⁸⁵ Cf. TORRÃO, Fernando, *A Relevância Político-criminal* [n.172] p. 141-2.

²⁸⁶ Excepção parece ser o art. 56.º do DL n.º 15/93, de 22-1 por força da revogação do n.º 1 do referido artigo pela Lei n.º 38/2009, de 20-07.

281.º/8, ou seja, como “uma válvula de escape do sistema”²⁸⁷. A primeira forma de consideração do interesse da vítima foi já referida quando foi defendida a necessidade de recolher a concordância do assistente para ver aplicada a suspensão do processo, na lógica de que o ofendido pela prática do crime é quem se encontra em melhor posição para aferir dos seus legítimos interesses. O consenso alargado necessário à aplicação da suspensão do processo foi afastado pelo art. 281.º/8 mas apenas no que toca ao ofendido²⁸⁸. O instituto mantém o seu inerente carácter consensual ao mesmo tempo que se afasta mais da vítima ao retirar-lhe poder de conformação da decisão de suspensão, o que apenas acentua a circunstância da figura não estar pensada primordialmente para os interesses da vítima.

Não havendo assistente constituído no processo, a ponderação do interesse da vítima menor impõe que o MP avalie os prejuízos inerentes à continuação do processo, aqueles “que o início do processo fez emergir ou que se avolumaram com este mesmo início”²⁸⁹. A lógica é semelhante àquela seguida por quem defendia que a legitimidade do MP para prosseguir com o processo iniciado nos termos do art. 178.º/4 do CP, na redacção anterior a 2007, cessava a partir do momento em que o interesse do menor deixasse de impor a existência do processo e que, a partir dos 16 anos, o menor podia opor-se à continuação do processo iniciado oficiosamente pelo MP²⁹⁰. Assim, a decisão de suspensão, que deverá ser sempre fundamentada (art. 97.º/5 do CPP), basear-se-á num juízo conclusivo no sentido de que “o prosseguimento do processo acarretaria prejuízos para a vítima, considerando o direito à reserva da intimidade da sua vida privada e (ou) o livre desenvolvimento da sua personalidade no que toca à esfera sexual”²⁹¹. Contudo, o facto de admitirmos a concordância do assistente como pressuposto de aplicação limita grandemente a avaliação do interesse do menor pelo MP. Uma interpretação teleológica do art. 281.º/1, que investe o MP no dever de ponderar o interesse do menor, exige que, em certos casos, não releve a concordância do representante legal constituído assistente no processo para a aplicação da suspensão provisória do processo. Casos em que entre o representante legal do menor e o agente do crime intercedam relações de certo tipo que fazem com que o primeiro desconsidere o interesse do menor no prosseguimento do processo e condenação do agente em favor de uma resolução célere e mais vantajosa para o arguido. O mesmo raciocínio não valerá para a concordância do menor constituído assistente no processo já que a partir dos 16 anos a lei entende que o menor possui um

²⁸⁷ Cf. Ac. TRC, 05-07-2006, Proc. n.º 1685/06, sobre o art. 281.º/6 do CPP, na redacção anterior a 2007.

²⁸⁸ Criticável, se atendemos ao pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE: “só a participação empenhada da vítima deixará esperar algum sucesso na perspectiva de consenso e conciliação”. Cf. do autor, “Consenso e oportunidade [n.167] p. 348.

²⁸⁹ Cf. ANTUNES, Maria João, “Oposição [n.14] p. 34.

²⁹⁰ *Idem*, e mais recentemente ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal* [n.10] p. 54. Actualmente a questão está resolvida por via do art. 116.º/4 do CP. Entende-se que “ninguém melhor do que o próprio [maior de 16 anos] pode avaliar se é ou não do seu interesse o prosseguimento do processo”. Cf. ANTUNES, Maria João, “Oposição [n.14] p. 33. Sobre a eficácia da oposição do ofendido ou seu representante legal à continuação do processo iniciado nos termos do art. 178.º/4 pode ler-se a decisão do TC citada na nota 137.

²⁹¹ Cf. ANTUNES, Maria João, “Oposição [n.14] p. 30. A autora critica o Ac. do TRL, de 26-10-2004, na parte em que afirma que “considerando a demora normal dos processos e tendo em conta que, em regra, logo na altura em que é exercido o procedimento criminal os factos têm grande impacto na comunidade, na maioria das situações pouca seria a reserva da intimidade que haveria a proteger quando o menor atingisse 16 anos”, pois “também a mera continuação do processo pode acarretar prejuízos para a vítima, para a reserva da intimidade da sua vida privada, para o livre desenvolvimento da sua personalidade ou para o curso de especiais relações pessoais entre a vítima e o agressor” (*idem*, p. 35).

nível de maturidade psíquica e espiritual que o permite prosseguir os seus interesses processuais. O que não invalida o MP de avaliar se a concordância do maior de 16 anos parte de uma vontade viciada, v.g. sob coacção. A decisão de suspensão deverá ser sempre fundamentada (art. 97.º/5 do CPP).

Admite-se, assim, que nem sempre a suspensão provisória do processo será do interesse do menor vítima de crimes sexuais, o que me leva a defender, *de iure constituendo*, que devem ser observados, cumulativamente, os pressupostos de aplicação do art. 281.º/1 a par do interesse da vítima. Com efeito, o art. 281.º/8 faz depender a aplicação da suspensão da vontade e anterior conduta do arguido, mas não da verificação *in casu* da aplicação de medida de segurança de internamento, da ausência de um grau de culpa elevado e da previsão de que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção (geral e especial) que no caso se façam sentir. É numa lógica de protecção da vítima menor de crimes sexuais que se deve exigir a verificação de todos os pressupostos de aplicação da suspensão provisória do processo em crimes cuja pena pode chegar aos 15 anos de prisão (art. 177.º/6 do CP).

Conclusões

A Lei n.º 59/2007, de 4-9, alterou o paradigma da natureza processual dos crimes sexuais ao configurar como crimes públicos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor, à excepção do crime de actos sexuais com adolescentes. Paralelamente, a consciência para os riscos que o processamento de crimes acarreta para a vítima, cujo confronto com as instâncias formais e informais de controlo pode levá-la a experienciar fenómenos de vitimização secundária e a sofrer traumas tão ou mais fortes que os decorrentes do próprio crime, orientou o legislador de 2007 na procura de soluções processuais que reforçassem a tutela da posição jurídico-penal das vítimas de crimes no sistema de justiça penal português. Particular enfoque é dado ao processamento de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e de crimes cujas vítimas são menores de idade.

Assim, é excepção à regra da publicidade do processo penal a exclusão da assistência do público a actos processuais em caso de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (art. 87.º/3 do CPP). Ainda que os actos processuais decorram sem exclusão da publicidade, aos órgãos de comunicação social não é permitida a publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual (art. 88.º/2/c do CPP). Deve esta proibição interpretada em conformidade com a noção de elementos de identificação prevista no art. 2.º/d da Lei n.º 93/99, de 14-7, que estabelece o regime de protecção de testemunhas em processo penal. Por outro lado, não parece vantajosa, do ponto de vista da protecção devida aos ofendidos pela prática de crimes, a necessidade de ponderação do prejuízo que a publicidade do inquérito pode ter para os seus direitos, outrora automático por via da sujeição do inquérito a segredo de justiça.

De modo a evitar o reviver do crime através de sucessivas repetições de inquirições da vítima menor, é imperativo o registo de declarações para memória futura de vítimas menores de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Atendendo à *ratio* da obrigatoriedade de inquirição da vítima menor ao abrigo do regime de declarações para memória futura, não pode este ser mais desfavorável para a vítima menor do que o regime previsto para as declarações prestadas em audiência de julgamento por assistente, partes civis ou menores de 16 anos. Deve entender-se abrangidas pela remissão do art. 271.º/6 do CPP as normas previstas nos arts. 346.º, 347.º e 349.º CPP. A repetição da inquirição do menor que prestou declarações para memória futura em audiência de discussão e de julgamento tem natureza excepcional, ocorrendo somente quando se mostre indispensável para a descoberta da verdade e para a boa decisão da causa e desde que não ponha em causa a saúde física ou psíquica do menor.

Até 2007, fazia parte deste conjunto de mecanismos atentos aos legítimos interesses das vítimas a natureza semi-pública dos crimes sexuais envolvendo menores. À atenção devida aos seus interesses aliava-se o potencial da queixa para produzir efeitos associados ao movimento de descriminalização pela não aplicação da lei incriminatória nos casos em que a vítima não apresentava queixa.

O efeito de descriminalização real continua a poder fazer sentir-se no crime semi-público de actos sexuais com adolescentes, porventura mais relevante se atendermos ao significativo alargamento do âmbito da punição deste crime pela Lei n.º 59/2007, de 4-9.

O mesmo efeito não se fará sentir para os restantes crimes sexuais praticados contra menores. Se a bondade deste efeito já se fazia notar em momento anterior à revisão de 2007 do CP, mais vantagens traria num momento em que somos confrontados com dúvidas acerca da carência de tutela penal de certas condutas criminalmente puníveis por referência ao bem jurídico pessoal da liberdade e da autodeterminação sexual do menor. Admitir como legítima a tutela do bem jurídico supra-individual da infância e da juventude, para além da tutela do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual de menor, não invalida que se defenda a natureza semi-pública dos crimes sexuais praticados contra menor.

O facto dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor serem agora crimes públicos pode fundamentalmente ser explicado como, por um lado, resultado da necessidade de alterar a legislação nacional em conformidade com os instrumentos de direito europeu e internacional que convergem na adopção de uma tutela reforçada contra a exploração sexual de menores, e, por outro, resposta ao impacto social de certos casos mediáticos ocorridos no plano interno.

Uma interpretação descomprometida da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, levar-nos-á a admitir que a mesma não impõe que sejam públicos todos os crimes sexuais praticados contra menores. A possibilidade que é dada ao MP de dar início ao procedimento criminal por crime semi-público quando o interesse do ofendido menor o aconselhar acautela suficientemente as exigências da Decisão-Quadro, ao não permitir que a inércia do representante legal redunde na impunidade do agente contra os interesses do menor vítima de crimes sexuais.

Todos os mecanismos acima mencionados funcionam numa lógica de evitar os riscos para a vítima de um processo já existente. A natureza semi-pública dos crimes aliada ao regime previsto no art. 113.º/5 do CP permite uma ponderação dos direitos e legítimos interesses das vítimas menores de crimes sexuais a montante do processo, evitando o seu sacrifício injustificado num momento posterior.

O art. 113.º/5 do CP, ao mesmo tempo que espelha a preocupação com os efeitos negativos para a vítima do processamento de crimes sexuais, assume o princípio do desenvolvimento gradual do ser humano e a maioridade especial a partir dos 16 anos.

A defesa da configuração dos crimes sexuais envolvendo menores como crimes semi-públicos impõe que se exija do MP uma especial atenção ao interesse do ofendido menor de 16 anos de crimes em que o agente do crime seja titular do direito de queixa, numa lógica de que os casos em que o agente tenha um especial dever de protecção da vítima e quebre esta especial relação de confiança pela prática de acto atentatório da esfera sexual daquele, podem configurar situações carecidas de promoção oficiosa do processo pelo MP no interesse da vítima.

O alargamento do prazo de prescrição do procedimento criminal para os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores não apresenta vantagens para a vítima menor destes crimes.

Paralelamente à previsão como crimes públicos, foi consagrado um regime especial de suspensão provisória do processo para processos por crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual se menor não agravados pelo resultado.

A suspensão provisória do processo assume-se no ordenamento jurídico português como uma forma diversa de resolução do conflito penal, dirigida à criminalidade de pequena e média

gravidade, onde as preocupações político-criminais com a estigmatização do arguido por via da sua sujeição à audiência pública de julgamento e a uma possível condenação são justificadas.

O consenso que caracteriza a tomada de decisão acerca da suspensão do processo não convoca preocupações do ponto de vista das finalidades de prevenção geral positiva nesta área da criminalidade, cujas características apontam para ser esta a área privilegiada de resolução célere do conflito penal, com benefícios para todo o sistema formal de administração da justiça penal.

Também por via da suspensão provisória do processo se assume a relevância da posição jurídico-processual da vítima. À vítima constituída como assistente no processo é conferida a possibilidade de requerer a aplicação da suspensão e a sua concordância com a mesma é pressuposto de aplicação da figura. A possibilidade de ser exigido ao arguido que indenize a vítima e/ou lhe dê satisfação moral adequada atesta os objectivos reparadores da vítima prosseguidos pela suspensão provisória do processo.

Defende-se que o MP tem o dever de informar a vítima não constituída como assistente no processo de que deve constituir-se como tal para assim participar na decisão de suspensão, assim como deve ser informada do arquivamento do processo, no caso de cumprimento pelo arguido dos termos da suspensão, ou prosseguimento do mesmo no caso do seu incumprimento.

No regime especial do art. 281.º/8 do CPP, o legislador parece ter afastado a concordância do assistente como pressuposto da aplicação do instituto. Defende-se que também neste regime é de aplicar a concordância do assistente como pressuposto do qual depende a suspensão do processo. Se a vítima é menor de 16 anos, releva a concordância do representante legal constituído assistente no processo enquanto expressão do interesse do menor. No caso de maior de 16 anos, releva a concordância do menor constituído como assistente no pressuposto que é o menor quem melhor sabe como acautelar os seus interesses. Caso não haja assistente constituído no processo, deve o MP notificar o ofendido da pretensão de suspender o processo de modo a que este venha, caso queira, manifestar a sua vontade. Solução contrária redundaria num enfraquecimento da posição processual do assistente em processos por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual do menor, ao mesmo tempo que se afasta da natureza consensual que caracteriza a figura da suspensão provisória do processo.

Não só neste aspecto se afasta o regime especial ora em análise do modelo consagrado em 1987. A moldura penal dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menor não agravados pelo resultado pode chegar aos 15 anos de prisão. Pensada que foi para a criminalidade de pequena e média gravidade, a suspensão provisória do processo não cumpre as finalidades de prevenção geral positiva quando aplicada à criminalidade grave, não sendo por isso de estranhar o afastamento de pressupostos de aplicação como a ausência de um grau elevado de culpa ou ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. O interesse da vítima menor de crimes sexuais impõe que o MP considere estes pressupostos na decisão de suspender provisoriamente o processo, a qual deve ser sempre objectivamente fundamentada (art. 97.º/5 do CPP).

A natureza semi-pública dos crimes e a suspensão provisória do processo actuam em fases diferentes do conflito penal e cumprem finalidades distintas. Ainda que seja do interesse do menor vítima de crimes sexuais a suspensão do processo, o facto de ao arguido ter sido aplicada suspensão anterior ou ter sido condenado por crime da mesma natureza, ou o facto do mesmo não dar a sua

concordância para a suspensão, inviabiliza a decisão de suspensão orientada para os interesses da vítima.

Encontra-se verificado o interesse da vítima na suspensão do processo nos casos em que o MP conclua que o prosseguimento do processo para a fase de julgamento acarretará prejuízos para o menor no seu direito à reserva da intimidade da vida privada, ao bom nome e reputação, à imagem e ao livre desenvolvimento da personalidade. O facto de a lei investir o MP no dever de ponderar o interesse do menor deve ser interpretado como possibilitando que seja desconsiderada a concordância do representante legal constituído assistente no processo para a aplicação da suspensão provisória do processo, mormente nos casos em que entre o representante legal do menor e o agente do crime intercedam relações de certo tipo que fazem com que o primeiro desconsidere o interesse do menor no prosseguimento do processo para julgamento. O mesmo raciocínio não valerá para a concordância do menor constituído assistente no processo na suspensão provisória do processo.

ALBERGARIA, Pedro Soares de, "Abuso sexual de menores: público ou semi-público, eis a questão", in *Sub Judice*, n.º 26 (Out.-Dez. 2003), p.153-156.

ALBERTO, Isabel /Carmo, Rui do /Guerra, Paulo, *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2007.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, 2.ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

– *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.ª edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

– "Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?", in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 419-440.

ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ALMEIDA, Carlota Pizzaro de, *Despublicização do Direito Criminal*, Lisboa: AAFDL, 2000.

– "Diferentes versões do consenso: Suspensão Provisória do Processo e Mediação Penal", in *Revista do CEJ*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, n.º16 (2011) p. 101-112.

ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de, "As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal", in *RPCC A*, 3, n.º 1 (Janeiro-Março 1993), p. 103-116.

– "A suspensão provisória do Processo Penal, Análise estatística do biénio 1993-1994", in *RMP*, Ano 19.º, n.º73, Janeiro-Março 1998, p. 49-84.

ANDRADE, Manuel da Costa, *A vítima e o problema criminal*, Coimbra: FDUC, 1980.

– "A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime", in *RPCC A*, 2 (1992) p. 173-205.

– "Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo) ", in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, CEJ, Coimbra: Almedina, 1993, p. 317-358.

– *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 382-400.

– "*Bruscamente no Verão passado*", *a reforma do código de processo penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANTUNES, Maria João, “Oposição de maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal”, in RMP, A. 26, n.º 103 (2005), p. 21-37.

– “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. - Coimbra: FDUC, 1914-. - Vol. 81 (2005), p. 57-71.

– “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores”, in Revista do CEJ, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, n.º 8 (2008), p. 205-211.

– “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores”, in Julgar, n.º12, especial (2010) p. 153-161.

ARAÚJO, António de, *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor, “A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo: uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?”, in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 333-358.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de Processo Penal (com a colaboração de outros autores)*, volume I, Lisboa: AAFDL, 1992-1993.

– *O conceito legal de violação*, Separata da Revista do Ministério Público, n.º 59, 1994.

– “A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: da laicização dos bons costumes à ortodoxia da liberdade”, in *Estudos comemorativos do 150º aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, coord. Luís M. Vaz das Neves, António Oliveira Simões, Dina Monteiro, Lisboa: Ministério da Justiça, 1995, p. 169-174.

– *Sem sombra de pecado: O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal*, Separata *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996.

– “A recepção de regras de oportunidade no Direito Penal português: resolução processual de problemas substantivos?”, *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º21, Junho 1997, Lisboa: AAFDL, p. 9-15.

– “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, individualismo”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, org. Maria Fernanda Palma, Teresa Pizarro Beleza, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 89-118.

BELEZA, Teresa Pizarro / MELO, Helena Pereira de, *A Mediação Penal em Portugal*, Coleção SPEED, Coimbra: Almedina, 2012.

BOLIEIRO, Helena Isabel Dias, "A criança, a justiça e os *media*. Algumas reflexões", in Revista do CEJ, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, n.º 2 (2005), p. 193-218.

BRAGA, Teresa / MATOS, Marlene, "Crimes sexuais: agravantes e atenuantes na determinação da medida da pena", in Revista do CEJ, Lisboa, 2007, 2º semestre, n.º 7, p. 141-164.

CAEIRO, Pedro, "Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da «justiça absoluta» e o fetiche da «gestão eficiente» do sistema", in RMP, n.º 84, Out/Dez 2000, p.31-47.

CANOTILHO, José Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1: Artigos 1º a 107º*, 4ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARMO, Rui do, "A suspensão provisória do processo no Código de Processo Penal revisto: alterações e clarificações", in Revista do CEJ, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, n.º 9 (2008), p. 321-336.

– "Algumas notas sobre o encerramento do inquérito", in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 103-116.

CORREIA, João Conde, "Concordância Judicial à suspensão provisória do processo: equívocos que persistem", in RMP, A. 30, n.º 117 (2009), p. 43-83.

– "O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de crianças", in *Julgar*, n.º12, especial (2010) p. 163- 182.

COSTA, José de Faria, "Diversão (desjudiciarização) e mediação : que rumos?", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 61 (1985), p. 91-158.

CUNHA, José Damião da, "A participação dos particulares no exercício da acção penal (alguns aspectos) ", in *RPCC*, ano 8, Out-Dez 1998, p.593-659.

DIAS, Augusto Silva, "A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português", in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Maria Fernanda Palma (coord), Coimbra: Almedina, 2004, p. 55-66

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", in CEJ (org.) *Jornadas de Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 3ss.

– *Direito processual penal*, (lições coligadas por MARIA JOÃO ANTUNES), Secção de textos da FDUC, 1988-89.

– (direcção) *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

– *Direito Processual Penal*, Reimpressão da 1ª ed. 1974, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

– *Direito Penal Português: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007; *Tomo II: As consequências jurídicas do crime*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo/ ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia, o Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 3ª Reimpressão da 1ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

– (direcção) *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes ‘crimes contra a liberdade sexual’ ”, in *Revista do CEJ*, nº 8, 2008, p 213-279.

Estatísticas da APAV, Violência Sexual (2012), disponível em http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_ViolenciaSexual_2012.pdf.

FERNANDO, Rui do Carmo Moreira, “O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo) ”, in *RMP*, ano 21, Jan/Mar 2000, nº 81, p. 129-150.

FIDALGO, Sónia, “O consenso no processo penal: reflexões sobre a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo”, in *RPCC*, A. 18, n.º 2-3 (2008), p. 277-315.

GALAIN PALERMO, Pablo, “Suspensão provisória do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GAMA, António, “Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, in *RPCC*, A. 19, n.º 3 (2009), p. 391-420.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português - Anotado e Comentado - Legislação Complementar*, 18ª edição, Coimbra: Almedina, 2007.

– *Código de Processo Penal - Anotado - Legislação Complementar*, 17ª ed., revista e actualizada, Coimbra: Almedina, 2009.

GUIMARÃES, Ana Paula, “Da impunidade à impunidade? O crime de maus tratos entre cônjuges e a suspensão provisória do processo”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade [et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ISASCA, Frederico, “O Projecto do novo Código Penal - Fevereiro de 1991: uma primeira leitura adjectiva.”, in *RPCC*, A 3, nº 1 (1993), p. 67-102.

LEITE, Inês Ferreira, “A tutela penal da liberdade sexual”, in *RPCC*, A. 21, n.º 1 (2011), p. 29-94.

LOPES, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal: Revista de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei n.º 99/2001, de 25 de Agosto*, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

– “O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para «memória futura»”, in *Sub Judice*, n.º 26 (Out.-Dez. 2003), p. 13-19.

– “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual na Reforma do Código Penal de 2007”, in *Galileu*, Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, [1996-]. - Vol. 12, n.º 2 (2007) e Vol. 13, n.º 1 (2008), p. 159-182.

– *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal: Revista de acordo com a alteração do Código Penal operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MAGALHÃES, Teresa / VIEIRA, Duarte Nuno, “A intervenção médico-legal na investigação criminal”, in *Sub Judice*, n.º 26 (Out.-Dez. 2003), p. 7-12.

MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed. revista, actualizada e ampliada, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MONTE, Mário Ferreira, “Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidade”, in *RMP*, nº 101, Jan/Mar 2005, p. 67-78.

MOTA, J. Carmona da, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual”, in *Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal: alterações ao sistema sancionatório e parte especial*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1998, p. 199-226.

MOTA, José Luís Lopes da, “Protecção das testemunhas em processo penal”, in *Revista do CEJ*, n.º 5 (2006), p. 33-50.

MOURA, José Adriano Souto de, “As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar”, in *RMP*, A. 26, n.º 103 (2005), p. 7-20.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra: Almedina, 1985.

PALMA, Maria Fernanda, “A revisão de 1995 do Código Penal de 1982 no Contexto da Reforma do Sistema Penal. A Tutela da Pessoa e a Eficácia do Sistema”, in *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 133-156.

– *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006.

PEREIRA, Rui Carlos, “Liberdade sexual, a sua Tutela na Reforma do Código Penal” in *Sub Judice*, nº. 11 (1996), p. 41-48.

RAPOSO, Vera Lúcia, "Da Moralidade à Liberdade: o Bem Jurídico Tutelado na Criminalidade Sexual", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. de Manuel da Costa Andrade [et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 931-962.

Relatório Anual de 2011 da Procuradoria-Geral da República, disponível em http://www.pgr.pt/pub/relatorio/2011/Relatorio-do-Ministerio-Publico_2011.pdf

Relatório Final Monitorização Julho 2009 Boaventura Sousa Santos, CES, disponível em http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Final_Monitorizacao_Julho_2009.pdf

RODRIGUES, Anabela Miranda, "Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal", in RPCC, A. 6 (1996), p. 525-544.

– "A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado", in RPCC, A. 8 (1998), p. 233-250.

SANTANA, Cecília, "Princípio da oportunidade na reforma do sistema penal", in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal*, org. Maria Fernanda Palma, Teresa Pizarro Beleza, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 375-407.

SILVA, Fernando, "Representação dos menores em processo penal.", in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 6ª ed. revista e actualizada, Lisboa: Verbo, 2010.

SOEIRO, Cristina, "O abuso sexual de crianças: contornos da relação entre a criança e a justiça", in *Sub Judice*, n.º 26 (Out.-Dez. 2003), p. 21-29.

TORRÃO, Fernando, *A Relevância Politico-criminal da Suspensão Provisória do Processo*, Coimbra: Almedina, 2000.

– "Reserva de conhecimento da identidade das testemunhas e declarações para memória futura (limites do princípio do secreto) ", in *Revista de Direito da Universidade Lusíada do Porto*, n.º 1 e 2, 2003, p. 65-72.

VEIGA, António Miguel, "Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente "insensibilidade judicial" em sede de audiência de julgamento) " in RPCC, A. 19, n.º 1 (2009), p. 101-134.