



ANA RITA MENDONÇA GOULART

**O ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E JOVENS DEPENDENTES E
A LEI DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO**

Dissertação de Mestrado

Dissertação de tese com vista à obtenção do grau de Mestre na
especialidade de Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Doutora Ana Rita Gil

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Julho de 2021



ANA RITA MENDONÇA GOULART

**O ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E JOVENS DEPENDENTES E
A LEI DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E JOVENS EM PERIGO**

Dissertação de Mestrado

Dissertação de tese com vista à obtenção do grau de Mestre na
especialidade de Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Doutora Ana Rita Gil

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Julho de 2021

Á memória do meu padrinho Nelson Raposo, que
nos deixou a nós e a este lado do caminho cedo demais.

A ti, que quiseste e ambicionaste mais e melhor,
mas a vida não te permitiu continuar.

Esta é por ti, minha estrelinha.

Os teus sonhos não vão ficar por concretizar
porque eu vou continuar a sonhar por ti.

“A tua eterna «Sra. Dra.» que te adora daqui... até aí.”

Declaração anti plágio

Em conformidade ao artigo 20.º-A do Regulamento do 2.º Ciclo de estudos conducente ao grau de mestre em Direito da Faculdade de Direito da Nova School of Law, declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

Ana Goulart

Agradecimentos

Aos meus Pais, por me incentivarem a não desistir e nunca me deixarem baixar os braços, por não me deixarem esquecer que tinha uma dissertação para redigir, com as suas perguntas diárias: “como estão a decorrer os trabalhos”, “hoje trabalhaste muita na tese?”, “falta muito?”. Um obrigado acrescido por suportarem as minhas constantes mudanças de humor e por compreenderem, com muita paciência, todas as minhas resmunguices e frustrações. O maior obrigada por serem o meu porto de abrigo e o abraço mais caloroso que alguma vez terei. Espero nunca os desiludir e que a garra que ambos me passaram seja um conceito que vingue sempre ao longo da minha vida.

Na especialidade, à minha Mãe por ser a luz da minha vida porque sem ela, eu não seria nada. E ao meu Pai, por me fazer ver que nada se faz sem trabalho e muito esforço.

À Catarina, que diariamente esteve lá a incentivar-me e a dar-me força para continuar. Por ter sido a primeira a ler a minha Dissertação e me ter ajudado mais que ninguém a melhorar mais e mais. Obrigada por ao longo deste caminho teres cimentado em mim uma das maiores certezas da minha vida: que és e sempre serás uma parte do melhor de mim.

Às minhas “partners in crime” Iara e Maria, que me acompanharam neste processo e desesperaram comigo horas a fim, em pleno pânico e stress. Ainda que tudo o resto possa falhar sei que vos tenho sempre do meu lado. À Iara por ser a minha eterna companheira de todas as batalhas desta guerra. À Maria por me ter vindo ajudar a vencê-la.

À professora Ana Rita Gil que, para além de me ter orientado da melhor maneira possível e imaginária, me acompanhou em todas as minhas dores e sempre foi a conselheira mais fiel deste processo. É verdade quando dizem que quem tem uma Ana Rita tem tudo. Prometo que esta constatação não sofre de qualquer vício.

Ao Jorge, por me ter substituído a lâmpada do escritório e me ter auxiliado sempre que necessário porque sem ele, não haveriam condições de trabalho e esta tese ter-se-ia prolongado por muito mais tempo. Por me ter visto e ajudado a crescer. Por ser um dos meus melhores ouvintes e me fazer rir como ninguém faz.

À Adriana, que foi a maior surpresa deste longo percurso. Por sempre me ter incentivado e transmitido o exemplo de que tudo está à distância do que me proponho. Sem dúvida que a energia que imana é sublime e imensa.

À minha madrinha Raquel, por me ter incutido este fascínio pelo mundo das crianças e dos jovens e por me fazer ver que eles sim são uma das maiores prioridades que o mundo e a sociedade deve ter. Que mesmo longe esteve sempre perto porque o amor não se mede aos palmos nem aos quilómetros.

À minha «Lii», a amiga de todas as horas que revira este mundo e outro só para me ver bem e feliz. Por me fazer querer ser mais e melhor e por torcer por mim sempre com tanto carinho, amor e sinceridade. Uma amizade que é família.

À minha irmã de coração, a Aninhas, que é uma das maiores forças que tenho no meu caminho e que me faz sentir o orgulho que tem em mim e neste meu trabalho a milhas de distância, literalmente.

À minha prima Carolina, que me acompanha desde o nascimento e até que a morte nos separe. Porque a relação e a amizade que temos é rara e poucas pessoas alguma vez na vida conseguiram ter. Amor incondicional é o que melhor nos define.

A todos os meus demais amigos e familiares que, ao longo deste percurso, demonstraram a mais extrema preocupação e interesse em mim e na minha dissertação e que, por inerência, levaram com o tema “abuso sexual de crianças e jovens” tantas e demais vezes.

À minha filhota Farrusca, a minha eterna e fiel amiga de quatro patas que sempre que denotava o nervosismo na mãe rapidamente a confortava com uma patinha de abraço.

Por fim, aqueles que mais se revelaram importantes para que chegasse onde estou hoje. À Matilde, à Leonor, à «Béu», à Érica e ao Lucas, que são os meus meninos mais queridos, a luz dos meus olhos. Porque sem eles não seria metade do que sou nem compreenderia tão bem a inocência, a sinceridade e a verdade de uma criança.

Modo de citar

Esta Dissertação foi redigida de acordo com o novo acordo ortográfico da língua portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República, n.º 35/2008, de 29 de julho. Ressalvam-se as citações, nas quais se manteve a grafia originalmente utilizada pelos autores.

As monografias e obras coletivas são referenciadas a itálico, após o(s) autor(es), seguindo-se-lhes a o número/volume, a edição, o local, a editora, o ano e as páginas.

Os artigos das publicações em série e revistas são referenciados entre aspas após o(s) autor(es), seguindo-se-lhes o(s) autor(es) da publicação em série, o título da publicação a itálico, o número/volume, a edição, o local, a editora, o ano e as páginas referentes à contribuição.

As Dissertações são referenciadas a itálico após o(s) autor(es), seguindo-se-lhes o seu propósito, a Universidade, a faculdade, o ano e as páginas referentes à contribuição.

Os artigos eletrónicos são referenciados através do título a itálico, após a identificação do(s) autor(es), seguindo-se o ano, a identificação do site no qual foram consultados e, caso tenham sido consultados exclusivamente online, a data da consulta.

As referências bibliográficas repetidas ao longo da obra são referenciadas através do(s) autor(es), das primeiras palavras do título da obra ou do artigo e das páginas referentes à contribuição.

A jurisprudência nacional é referenciada por recurso à identificação do Tribunal, do número de Processo, do Juiz Relator e da data.

Para os termos em latim e em língua estrangeira foi utilizado o tipo de letra a itálico.

Por fim, as citações diretas são colocadas entre aspas curvas (“ ”), enquanto as citações indiretas se compreendem entre aspas angulares (« »).

Lista de abreviaturas

Ac. - Acórdão

Al./Als. – Alínea/Alíneas

Art./Arts. – Artigo/Artigos

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos das Crianças

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Cf. - Conforme

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

Dra. - Doutora

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

MP – Ministério Público

OTM – Organização Tutelar de Menores

Proc. – Processo

LPI – Lei da Proteção da Infância

RGPT – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

LTE – Lei Tutelar Educativa

SS – seguintes

ECMJI – Entidades Competentes em Matéria de Infância e Juventude

Ac. – Acórdão

CDFUE- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Declaro que este Relatório de estágio contém um total de 181 189 caracteres, incluindo espaços e notas de rodapé.

Resumo

O tema desta Dissertação surgiu no contexto de uma visita ao Tribunal do Barreiro, à Secção de Família e Menores, na qual acompanhei o Sr. Dr. Juiz António Fialho e a Sra. Dra. Juíza Ana Chambel ao longo das diligências que se encontravam agendadas para esse mesmo dia.

Através da assistência a estas diligências, muitas foram as questões que me foram surgindo, o que me permitiu fazer uma retrospectiva acerca de como seriam salvaguardados os direitos das crianças e jovens quando os mesmos são colocados em causa pelos seus próprios pais, tutores, professores, entre outros. Ou seja, pelas pessoas a quem são entregues e confiados os seus cuidados.

A jusante surgiu o interesse em estudar esta temática aplicada aos casos de abuso sexual de crianças ou jovens dependentes pois, acabei por me aperceber de que muitas eram as inconsistências do sistema no que diz respeito à prossecução do Superior Interesse da Criança e à prossecução da Promoção e Proteção das crianças e jovens que se encontra sujeitas a esta situação de perigo.

Como tal, achei fundamental tecer algumas considerações acerca da evolução da Promoção e Proteção das Crianças e Jovens no que respeita ao processo, aos consentimentos, às diferentes atuações e a efetiva prossecução da proteção da criança ou jovem, em especial quando se trata de um crime de abuso sexual de crianças ou jovens dependentes.

Considerarei ainda fulcral estudar a articulação do processo tutelar cível e do processo-crime e, em como as inconsistências entre os diferentes campos do Direito resultam na afetação dos direitos das Crianças e dos Jovens que se encontram nestas situações de perigo.

Palavras-chave: Abuso sexual de crianças e jovens; Superior Interesse da Criança; Processo-crime; Processo tutelar Cível.

Abstract

The theme of this Thesis arose in the context of a visit to the Barreiro Court, to the Family and Minors Section, which I accompanied Mr. Judge António Fialho and Mrs. Judge Ana Chambel throughout the proceedings that were scheduled for that day.

Through assistance to these steps, many were the questions that came, which allowed me to look back on how the rights of children and adolescent would be safeguarded when they are called into question by their own parents, guardians, teachers, between others. I.e, by the people to whom their care is delivered and entrusted.

Downstream, there was an interest in studying this theme applied to cases of sexual abuse of dependent children and adolescent, because I ended up realizing that there were many inconsistencies in the System regarding the pursuit of the Best Interest of the Child and the pursuit of Promotion and Protection of children and adolescent who are subject to this dangerous situation.

As such, I found it essential to make some considerations about the evolution of the Promotion and Protection of Children and Youth, especially when it comes to a crime of sexual abuse of dependent children or youth, about the process, the consents, the different actions and the effective pursuit of the protection of the child or young person.

I also considered it crucial to study the articulation of the civil tutelary process and the criminal process, and how the inconsistencies between the different fields of Law result in the affectation of the rights of Children and Youth who find themselves in these dangerous situations.

Keywords: Sexual abuse of children and adolescence; Best Interest of the child; Criminal Process; Civil Tutelary Process.

INTRODUÇÃO

Dentro do Direito, a área pela qual me apaixonei foi o Direito da Família, em destaque pelos Direitos das Crianças e Jovens. Sensibiliza-me, sobretudo a título pessoal, o facto de muitas das vezes, o sofrimento físico e sobretudo psicológico e as feridas da criança não serem encarados como a derradeira prioridade.

Escolhi tratar o tema do abuso sexual de crianças e jovens dependentes pois considero ser uma das situações de perigo mais atrozes pela qual a criança ou o jovem são sujeitos deixando marcas visíveis e invisíveis para toda a vida e, sobretudo por essas mesmas marcas não serem suficientes para ainda, nos dias de hoje, o sistema protetivo e o sistema judicial não o encararem como a devida prioridade.

Os abusos sexuais de crianças e jovens dependentes são uma realidade trágica que vitimiza, na sua maioria, crianças e jovens do sexo feminino. Pelo que, estamos perante um problema judicial, social e humano que tem vindo, ao longo dos tempos a ser alvo de especial atenção por parte da doutrina, ainda que a jurisprudência ainda não lhe tenha dado a devida atenção, ou pelo menos, no sentido correto, acerca desta questão.

Com base nas constatações suprarreferidas, escolhi este tema por querer marcar a diferença e salientar a extrema importância da especialização e formação interdisciplinares no que respeita ao tratamento de casos de abuso sexual de crianças e jovens, quer no processo de promoção e proteção, quer no processo tutelar cível, quer ainda no processo-crime a ser prossecutido.

Visto que estamos perante uma situação de perigo que afeta terrivelmente a criança ou o jovem e a sua esfera familiar e social, compete explorar algumas problemáticas existentes que não permitem uma efetiva garantia do respeito pelo superior interesse da criança durante todos os procedimentos e trâmites necessários.

Por isso, quero com este estudo evidenciar algumas das falhas que corroem o sistema e impedem uma total e verdadeira realização do objetivo final: a efetiva proteção e promoção da criança ou do jovem.

Deste modo, ao longo desta dissertação, várias serão as problemáticas que serão evidenciadas e escrutinadas de modo a que, num futuro próximo consigamos alcançar as melhorias que as nossas crianças e jovens merecem.

Num primeiro capítulo tratarei a noção de crianças e jovens e os seus Direitos, a sua evolução ao longo dos tempos e ainda introduzir a conceção de abuso sexual de crianças e jovens.

Num segundo capítulo irei abordar contextualmente o surgimento do abuso sexual de crianças e jovens no Código Penal (CP) e as alterações que a tipicidade deste crime sofreu ao longo dos anos.

Num terceiro capítulo farei então uma análise aprofundada do artigo 172.º do CP e da sua teleologia, e tratar algumas problemáticas como a insuficiente proteção dos tribunais nestes casos e a questão do consentimento das crianças e dos jovens.

Num quarto capítulo farei a introdução ao contexto geral acerca do surgimento da promoção e proteção das crianças e jovens em perigo, diferenciar as situações de perigo das situações de risco e explicar os princípios pelos quais essa atuação se deve orientar.

De seguida, num quinto capítulo independente tratarei a intervenção e atuação nos termos previsto na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), no que diz respeito ao crime de abuso sexual de crianças e jovens dependentes. Com este capítulo tenho como objetivo consolidar e correlacionar os conteúdos através da análise dos procedimentos e dos problemas que surgem neste âmbito.

Por fim, analisarei dados estatísticos relacionados com o abuso sexual de crianças e jovens urgindo daí algumas considerações.

Em suma, na impossibilidade de aprofundar nesta dissertação todos os problemas que este crime suscita proponho-me a explorar as várias correntes doutrinárias que urgem e algumas inconsistências jurisprudenciais na interpretação, aplicação e punição do crime em estudo.

CAPÍTULO I – A Criança e o Abuso Sexual

1. A Criança e o Direito das Crianças

A partir de meados do século XX, a sociedade começou a despertar um maior interesse pela proteção dos direitos humanos, entre os quais se encontravam especialmente protegidas as crianças e os jovens, indivíduos incapazes, minorias étnicas e as mulheres discriminadas enquanto grupo socialmente vulnerável.¹

A proteção das crianças e dos jovens encontrava-se, quase na totalidade, a cargo dos curadores e educadores: pais biológicos, pais adotivos, tutores legais e/ou instituições.

1.1. A nível internacional

O maior marco histórico, quer pela sua importância, quer pelo seu conteúdo é a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças em 1989, conhecido como o Tratado mais ratificado da História. Este Tratado é sustentado por um Comité Fiscalizador que tem como objetivo monitorizar o respeito pelos direitos das crianças por parte dos Estados signatários.²

No final do século XX aprofunda-se a consciência para a proteção das crianças e dos jovens, primeiramente, através do primeiro Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos das Crianças, em 2000.

Surge, a posteriori, um Segundo Protocolo, este ainda relativo à proteção das crianças e jovens, mas especificamente destinado à proteção das crianças e dos jovens vítimas de prostituição, venda e pornografia infantil.

Por último soma-se ainda o Terceiro Protocolo relativo à instituição de um Procedimento de Comunicação que trata, na sua especialidade, o exercício dos direitos individuais das crianças e dos jovens.

¹ CONDESSO, Catarina/ CONDESSO, Fernando, A Proteção das Crianças e Jovens em Perigo no Direito Contemporâneo, JURISMAT, Portimão, 2014, pág. 35-77.

² Idem, pág. 35-77.

Esta Convenção foi ainda pioneira no que respeita à consagração do princípio primitivo que rege o direito das crianças e jovens até hoje: o princípio do superior interesse da criança, através do artigo 3.º da Convenção suprarreferida.

Ainda que o Comité sobre os Direitos das Crianças tenha sido criado com um propósito concreto, a verdade é que nem sempre foi fácil garantir um zelo eficaz na correta aplicação da Convenção. Daí que tenham surgido os três protocolos já suprarreferidos como meio de criar mecanismos com a finalidade de atingir um maior esplendor de efetivação destes direitos.

Cumprindo ainda, na especialidade atender ao conceito de criança que, segundo o art. 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, de acordo com a lei, a maioridade lhe seja atribuída mais cedo.³ Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa (CRP) e o Código Civil (CC) não nos presenteiam com qualificações jurídicas precisas quanto a esta noção, ainda que o CC nos dê uma conceptualização quanto à maioridade e à menoridade, nos termos do seu art. 130.º.⁴

A CDC, como sendo um instrumento internacional de excelência no que respeita à proteção dos direitos das crianças, alocou no seu artigo 19.º, a ideia de que os Estados devem adotar todas as medidas que se adequem à proteção das crianças, quer física quer psicologicamente, reiterando ainda o dever de proteção das mesmas quando são alvo de abandono, tratamento negligente, exploração, maus-tratos e/ou violência sexual. Ainda no artigo 20.º da respetiva Convenção ficou reconhecido o direito à proteção e assistência à criança que se veja privada do seu ambiente familiar, devendo o Estado atuar no sentido de fazer cessar essa condição, ainda que tenha que recorrer à adoção da mesma.

Também a Declaração dos Direitos da Criança adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no seu Princípio VII consagra expressamente a proteção jurídica que deve ser assegurada à criança com o objetivo de lhe conceder um desenvolvimento íntegro da sua intelectualidade, moralidade, socialidade e constituição física.

No entanto, quando falamos da promoção e proteção dos direitos das crianças e jovens surgem dúvidas quanto ao conceito de «jovem». Ora, de acordo com o art. 5.º, al. a) da

³ Cf. Art. 1.º da Convenção sobre o Direito das Crianças.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital, in Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LPCJP, criança ou jovem é a pessoa com menos de 18 anos ou com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir a maioridade, ou seja, os 18 anos. Como tal, não considero que devamos utilizar o conceito “menores” quando falamos da proteção de crianças e jovens em perigo pois, dependendo de caso para caso, poderá não ser o termo mais adequado.

Por último, e após uma análise mais detalhada concluí que existem algumas problemáticas primordiais que devem ser ultrapassadas: a insuficiência da densificação da legitimidade procedimental ativa no que respeita à apresentação de queixas individuais; a não funcionalidade efetiva do Comité; a deficiente entrada em vigor do Terceiro Protocolo pela falta de duas ratificações; a falta de políticas estaduais ou regionais propícias à criação de condições para a interiorização normativa desta matéria; e a reticência dos Estados em ratificar instrumentos que atribuem poderes a um qualquer Comité pertencente à ONU, que visa tratar queixas apresentadas por indivíduos que agem internamente contra o Estado.⁵

1.2. A Nível Europeu

Na Europa, é de salientar a intervenção do Conselho da Europa na proteção dos direitos das crianças, pelo que estes começam a ser defendidos em qualquer Tratado em que caiba lugar ao mesmo.

De destacar a este respeito a Carta Social Europeia em 1961, alvo de revisão em 1996, na qual, nos seus arts. 1.º e 17.º reconheceu a proteção dos direitos das crianças no que toca à educação, ao plano social e económico acabando por ser reconhecida como uma evolução no que toca à conceção de família.⁶

Neste âmbito, compete dar especial relevância à Convenção de Lanzarote de 2007 acerca da exploração e abuso sexual de crianças que surgiu com o objetivo de fazer face aos novos riscos criados pela globalização. Este sistema tem em vista prevenir e combater o abuso e a exploração sexual, assim como perseguir e capturar os agressores.

⁵ CONDESSO, Catarina/ CONDESSO, Fernando, A Proteção das Crianças e Jovens em Perigo no Direito Contemporâneo, JURISMAT, Portimão, 2014, pág. 35-77.

⁶ Idem, pág. 35-77.

É de destacar ainda o Tratado de Lisboa e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a sua estreita conexão, visto que atualmente o Tratado de Lisboa inclui normas de proteção de crianças e jovens através da referida CDFUE, nos arts. 24.º e 32.º, e que, contrariamente ao que sucedeu até então, os mesmos foram criados pela União Europeia ao invés de o serem pelo Conselho da Europa.

Em fevereiro de 2011, a vigorar até 2014, surge o Programa de Ação Global para a Proteção dos Direitos da Criança com vista a efetivar os direitos das crianças protegidos na CDFUE e na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. Pretendia-se também combater o abuso e a exploração sexual de crianças e jovens e a pornografia infantil.⁷

A União Europeia também, cada vez mais tem vindo a revelar uma preocupação no que respeita ao estatuto das vítimas de crimes, sobretudo quando se tratam de crianças, de tal modo que, os Estados-membros devem privar pela garantia do superior interesse da criança. Os Estados-membros obrigam-se à formação profissional das pessoas que interagem com as crianças e jovens vitimizados no sentido de assegurar uma intervenção sensível e focada na maturidade das mesmas.

Por fim, também o art. 5.º da Convenção do Conselho da Europa contra a exploração sexual e o abuso sexual de crianças, de 25 de outubro de 2007 foi determinante para a adoção de medidas de proteção de crianças e jovens.

1.3. Abuso sexual de crianças e jovens: conceito

O abuso sexual de crianças é, segundo ISABEL ALBERTO, “uma forma de maltrato infantil, que abarca várias dimensões: médica, social, legal e psicológica”⁸, salientando-se ainda que esta não se trata de uma noção jurídico-penal.

Quando falamos do crime de abuso sexual de crianças e jovens temos que ter em conta dois aspetos fundamentais: em primeiro lugar, o facto de neste tipo de crime, uma criança ou jovem ser explorado sexualmente por alguém mais velho, criança ou jovem esse que não tem condições psicossociais para avaliar nem consentir o ato; e em segundo lugar, o

⁷ CONDESSO, Catarina/ CONDESSO, Fernando, A Proteção das Crianças e Jovens em Perigo no Direito Contemporâneo, JURISMAT, Portimão, 2014, Pág. 35-77.

⁸ ALBERTO, Isabel, *O abuso sexual de menores: Uma conversa sobre justiça entre o Direito e a Psicologia*, Coimbra, Almedina, 2006, Pág.36-38.

facto de poder ser um crime praticado de modo coercivo, através de ameaças físicas ou verbais.

Recorrendo ainda à definição que nos é dada pela *National Conference on Child Abuse and Neglec*, o abuso sexual de crianças e jovens engloba qualquer «contacto ou interação entre uma criança e um adulto, quando a mesma é usada para a satisfação sexual do abusador ou de outra pessoa» sendo que, o crime pode ser cometido entre crianças e/ou jovens, desde que o abusador seja mais velho do que a vítima ou se encontre numa posição de poder ou controlo sob a vítima.⁹

Segundo PAULO GUERRA, quando abordamos temas como o abuso sexual *stricto sensu* falamos de maus-tratos não “sua forma mais carnal”¹⁰ pois o agressor ofende o direito à integridade física e moral da vítima que, neste caso, sendo uma criança ou um jovem vê comprometido, até mesmo ofendido, o seu direito ao desenvolvimento físico, moral, social e afetivo, na integralidade. Pode mesmo considerar-se que a criança ou o jovem é impedido de viver como criança, no seu tempo de criança, e em pleno.¹¹

Como tal, o abuso sexual de crianças e jovens representa uma verdadeira e clara situação de perigo para a vítima, tal como configurado pela OTM, aquando da sua definição na letra da lei.

Comparativamente com o Código Penal (CP), a LPCJP não exige atos de tamanha gravidade nem a culpa jurídico-penal. Ou seja, os atos praticados, ao deterem uma conotação sexual, mesmo que não constituam atos sexuais de relevo, importam no que respeita à aplicação desta lei visto que o que realmente interessa é que o agressor adulto tenha usado a criança ou o jovem para a sua satisfação e gratificação sexual pessoal. Ou seja, do ponto de vista da LPCJP, não importa se houve contacto sexual direto ou indireto, basta apenas que exista um indício do sentimento de desconforto, ofensa ou mágoa por parte da criança.

Portanto, a LPCJP prevê o abuso sexual como práticas que a criança ou o jovem, com base no seu grau de desenvolvimento, não consegue compreender e se considera incapaz de prestar consentimento de forma informada, sendo essas práticas violações grosseiras

⁹ 13ª Conferência Nacional sobre Abuso e Negligência Infantil.

¹⁰ GUERRA, Paulo, *O abuso sexual de menores: Uma conversa sobre justiça entre o Direito e a Psicologia*, Coimbra, Almedina, 2006, Pág.55.

¹¹ GUERRA, Paulo, *O abuso...*, Pág.57

da lei e das normas familiares,¹² atos que não se incluem no âmbito familiar afetivo, ultrapassando esses limites.

A situação de abuso sexual de crianças e jovens, enquanto situação de perigo pode determinar a ação judiciária em dois domínios: na «justiça protetiva» e na «justiça penal».

A «justiça protetiva» é exercida pelo Tribunal de Família e Menores ou, não existindo, pelo Tribunal de Comarca com competência territorial na área de residência da vítima, no sentido de aplicar uma medida de promoção e proteção da mesma, nos termos do art. 35.º da LPCJP, ou no sentido de aplicar uma providência tutelar cível que defina, em termos mais definitivos, a situação jurídica da criança ou jovem.

A «justiça penal» é exercida pelo Tribunal Criminal cuja área abrange o local onde tiveram lugar as ações ou omissões que constituíram os abusos sexuais, em que a ação primordial se prende com a aplicação de uma sanção ao agressor.¹³

É de salientar que, na criança ou jovem que é vítima de abusos, de forma repetida, é notável um sofrimento dito de dano da confiança, consequência da relação de confiança que existe entre o agressor abusador e a vítima. Usualmente, o sofrimento de uma criança ou jovem, vítima de abusos por parte de sujeito em quem confiava é superior ao sofrimento de uma criança ou jovem que é abusado por um desconhecido.¹⁴

Tendo por base uma investigação científica que tem equiparado o sofrimento das vítimas do Holocausto e dos veteranos da guerra do Vietname com o sofrimento das vítimas de abuso sexual, concluiu-se que as crianças ou jovens abusados sexualmente, continuamente por familiares tornam-se distantes, isoladas e frias de maneira a criarem uma defesa que os permite «adaptarem-se» aos abusos que sofrem podendo mesmo, em certos casos, resultar em diversas personalidades numa só vítima.¹⁵

¹² MAGALHÃES, Teresa, *Maus-tratos em Crianças e Jovens*, 4.ª edição, Quarteto Editora, 2004, Pág.40.

¹³ ALBERTO, Isabel, *O abuso*, Pág.81.

¹⁴ SOTTOMAYOR, Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2016, Pág. 239.

¹⁵ SOTTOMAYOR, Clara, *Temas de Direito...*,Pág. 240.

CAPÍTULO II – O Direito Penal e o Abuso Sexual de Crianças e Jovens

1. Contextualização do abuso sexual de crianças no Código Penal

O Código Penal Português divide os crimes sexuais em crimes contra a Liberdade Sexual e crimes contra a Autodeterminação Sexual. Nos crimes contra a Liberdade Sexual são punidos “comportamentos que atentam contra o direito de cada pessoa a decidir livremente da sua vida e prática sexuais”.¹⁶ Já nos crimes contra a Autodeterminação Sexual são punidas as condutas que “incidem sobre as vítimas que, atendendo à sua idade, se entendeu não estarem ainda em condições de se autodeterminar sexualmente”.¹⁷

Aprofundemos melhor esta ideia. O que diverge entre este tipo de crime é o maior grau de necessidade de proteção em função de menoridade da vítima.

Segundo CARMO DIAS, atendendo aos crimes que se encontram elencados na Secção II, todas dirigidas à proteção de crianças e jovens, considera que seria mais adequada uma epígrafe como “*crimes contra menores*”.¹⁸ Não concordo com esta posição porque os crimes contra a Liberdade Sexual também podem vitimizar crianças e jovens e, o CP nas suas epígrafes segue o critério do bem jurídico protegido ao invés do critério do tipo de vítima – afirmação esta que a própria autora reconhece.¹⁹ Defender esta posição é como entender que na secção acerca dos crimes contra a Liberdade Sexual não se tutela a liberdade e autodeterminação sexual, mas antes um bem jurídico autónomo e distinto.

O legislador classificou como crimes contra a Autodeterminação Sexual os comportamentos cujas vítimas são crianças ou jovens. Ou seja, remete-nos para os casos em que é ofendido o direito da criança ou do jovem a decidir livremente acerca da sua sexualidade. Por exemplo, como no caso em que o poder e a autoridade do abusador são determinantes na prossecução do crime e na sua agravação, como é o caso do crime de

¹⁶ CARMO, Rui do, *O abuso sexual ...*, Pág.32.

¹⁷ *Idem*, Pág.33.

¹⁸ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Crimes Sexuais com Adolescentes. (Particularidades dos Artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português)*, Coimbra, Almedina, 2006, Pág. 213.

¹⁹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Crimes Sexuais com Adolescentes. (Particularidades dos Artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português)*, Coimbra, Almedina, 2006, Pág. 213.

abuso sexual de menores dependentes, previsto no art. 172.º do CP, crime este objeto do estudo desta dissertação.

Numa primeira fase, os bens jurídicos que se pretendiam tutelar pelos crimes sexuais estavam associados à proteção da moral sexual dominante, ao pudor, aos costumes e aos fundamentos éticos da sociedade. A revisão de 1995 foi determinante pois possibilitou que passássemos da moralidade para a liberdade e autodeterminação sexual. Ou seja, passou a ser relevante a liberdade e a autodeterminação da pessoa e não os valores morais e os interesses comunitários. Assim, os crimes sexuais de crianças e jovens passam a ser punidos com fundamento no justificado prejuízo que podem provocar ao livre desenvolvimento da criança, quer no que respeita ao seu desenvolvimento pessoal quer no que respeita ao seu desenvolvimento sexual.

Urge aqui a necessidade de atender a determinados direitos das crianças e dos jovens, constitucionalmente protegidos, que são tomados como basilares: o direito ao desenvolvimento integral (quer físico quer psíquico); o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º); o direito a uma família, conseqüentemente o direito a beneficiar do exercício positivo das responsabilidades parentais; o direito à educação; o direito à infância (artigo 69.º), e a proteção da juventude (artigo 70.º).

Não é por acaso que os direitos de personalidade surgem como consequentes ao direito à vida e ao direito à integridade pessoal pois alguns dos referidos gozam de proteção penal podendo ainda surgir como limite a outros direitos elementares. Também o direito à infância e à juventude têm em vista o reconhecimento da especial proteção a que estão sujeitos, proteção essa conferida pelo Estado.

É de dar especial atenção ao n.º 2 do artigo 69.º da CRP que impõe ao Estado o especial dever de proteção da criança ou jovem em perigo, sendo constitucionalmente individualizadas três situações de perigo: crianças órfãs; crianças abandonadas; e crianças privadas de ambiente familiar normal.²⁰

No âmbito desta dissertação interessa-nos especialmente a terceira situação de perigo identificada – criança privada de ambiente familiar normal- referindo-se a situações em

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital, in Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

que exista uma «anomalia», quer seja em relação às condições de vida e cuidados da criança ou do jovem, quer seja em relação ao seu íntegro desenvolvimento.

Relativamente à tutela penal, o artigo 171.º do CP encontra-se elencado no Capítulo V, secção II, título I, do Livro II relativo aos crimes contra a Autodeterminação Sexual.

Neste artigo encontram-se previstas quatro tipologias de crime: prática de ato sexual de relevo; cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; importunação; e atuação por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objetos pornográficos.

No entanto, para que o tipo do n.º 3 do artigo suprarreferido se encontre preenchido exige-se que tanto a conversa, o escrito, o espetáculo e o objeto sejam levados a cabo com o objetivo de excitar sexualmente a criança ou o jovem.

Atendendo agora, em especial ao crime de abuso sexual de crianças ou jovens previsto no art. 172.º do CP, considero que esta questão não se coloca. Ora tratam-se de crimes de abuso sexual no seio familiar pelo que, não é plausível sequer que se considere que um familiar desconheça a idade da vítima, ainda para mais, residindo com a mesma.

Nestes casos, entende-se ainda que os pais da criança ou do jovem, ou qualquer outra pessoa sobre qual recaia o dever jurídico de cuidado de proteção do mesmo, podem ser punidos pelo crime de abuso sexual de crianças pelo artigo 171.º do CP, enquanto cúmplices²¹ se tinham conhecimento da prática do ato ilícito e, ainda assim, não atuaram com diligência no sentido de o evitar, dando causa, possibilitando ou facilitando a prática do mesmo.²²

De atender ainda ao facto de, de acordo com o artigo 177.º do CP, a moldura penal ser agravada de um terço, nos seus limites mínimos e máximos, caso estejamos perante uma das situações inumeradas nas alíneas do respetivo artigo.

Nos termos previstos no art. 177.º, n.º 1 al. a) do CP, a existência de uma relação familiar entre o agente abusador e a vítima é causa de agravação da pena nos crimes

²¹ Cf. art. 27.º do CP.

²² Cf. art. 7.º da Diretiva 2011/92/EU e o artigo 24.º da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais.

sexuais quando a vítima for ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau²³.

Já o artigo 171.º, n.º 4 do CP ressalva que, quando exista uma intenção lucrativa estamos perante um crime de abuso sexual qualificado, ou seja, a modalidade mais grave de dolo.

Por fim, de acordo com o n.º 5 do artigo suprarreferido, a pena é ainda agravada de metade, nos seus limites mínimo e máximo se, dos comportamentos descritos resultar: gravidez, ofensas à integridade física graves, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou a morte da vítima.²⁴

1.1. Evolução histórica político-criminal do abuso sexual de crianças e jovens

No CP de 1852, a apresentação de queixa por crime de abuso sexual dependia da vontade da vítima ou de quem a representasse, pelo que apenas se excetuavam os casos em que o crime era praticado contra menor com idade igual ou inferior a 12 anos, por constituir um crime de natureza pública dada a gravidade do mesmo.

A reforma de 1982 cingiu a tutela dos crimes de abuso sexual de crianças e jovens ao artigo 205.º, n.º 2 punindo “o atentado ao pudor de menor de 14 anos independentemente dos meios empregados”.²⁵

Esta reforma manteve a ideia adotada na redação do CP de 1852 fazendo depender da vontade da vítima a prossecução de processo criminal contra o agressor salvo: nos casos em que a vítima fosse menor de 12 anos de idade; quando o facto fosse cometido por meio de outro crime que não dependesse de queixa; quando o agente fosse qualquer uma das pessoas que, legalmente tivesse legitimidade para requerer o procedimento criminal; ou se do crime resultasse ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima, nos termos do 211.º, n.º 2 CP.

Conclui-se ainda que a especial gravidade do facto justificava a perseguição oficiosa.

²³ Cf. Art. 177.º, n.º 1, al. a) do CP.

²⁴ Cf. Art. 177.º, n.º 5 do CP.

²⁵ ALFAIATE, Ana Rita, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra, Coimbra editora, 2009, Pág. 43.

1.1.1. Reforma de 1995 (DI n.º 48/95, de 15 de março)

O crime de abuso sexual de crianças e jovens surgiu com a Reforma do CP de 1995 – Decreto-Lei (DL) n.º 48/95 de 15 de março - no qual se tutelou penalmente os crimes sexuais de crianças até aos 14 anos.²⁶

Do art. 163.º ao art. 170.º do CP protege-se a liberdade sexual e autodeterminação sexual de todas as pessoas, enquanto que o artigo 171.º e seguintes se referem a crimes contra a autodeterminação sexual de crianças ou jovens.

Assim, no que toca ao abuso sexual de crianças, a Reforma de 1995 ficou marcada pela tipificação dos crimes de abuso sexual de crianças e jovens alargando ainda o conceito de violação, fazendo equiparação do coito anal ao coito vaginal.

Com isto, e com o passar dos anos foi tornando-se evidente a crescente primazia dada ao princípio do superior interesse da criança, através do alargamento da proteção das crianças e dos jovens no respeitante aos crimes sexuais.

1.1.2. Reforma de 1998 (Lei n.º 65/98 de 2 de setembro)

A Reforma do CP de 1998 alargou o âmbito de aplicação do elemento típico do abuso sexual passando a considerar-se como tal o coito oral, e ainda a punir-se a exibição ou cedência a qualquer título ou por qualquer meio de fotografia, filme ou gravação pornográficos em que utilizassem menores com idade igual ou inferior a 14 anos. Passou ainda a incluir como crime qualquer atividade associada à exploração comercial ou económica ilícita de pornografia infantil.

Como demonstração da prevalência do princípio do superior interesse da criança, o MP passou a poder intervir oficiosamente quando se tratem de menores com idade igual ou inferior a 16 anos, ainda que a sua atuação esteja sujeita ao interesse da vítima.

O surgimento da Lei n.º 99/2001 ficou marcada pela concessão de legitimidade ao MP nos casos em que o direito de queixa não pudesse ser exercido pelo facto de a sua

²⁶ Cf. art. 171.º do CP.

titularidade coincidir com a titularidade do agente do crime, fundamentando-se essa mesma legitimidade pela prevalência de razões de interesse público.²⁷

1.1.3. Reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro)

A Reforma de 2007 ficou marcada pela consagração da generalidade dos crimes sexuais de crianças e jovens como crimes de natureza pública (à exceção do artigo 178.º, n.º 2 do CP, relativo ao crime de atos sexuais com adolescentes).

Também com esta Reforma surgiu a equiparação da cópula à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, incluindo como punível a importunação sexual de menor com idade igual ou inferior a 14 anos.²⁸ Além disso, autonomizou-se a exibição, cedência ou detenção de material pornográfico relativo a estes através do artigo 176.º, n.º 1, alínea d) do CP.

Por fim, passou a punir-se, através do artigo 174.º do CP, o recurso à prostituição de crianças e jovens, entre os 14 e 18 anos de idade, e a mera posse de material pornográfico infantil, através do artigo 176.º do CP.

²⁷ Cf. Artigo 113.º, n.º 5 do CP.

²⁸ Cf. Artigo 171.º, n.º 3, alínea a CP.

CAPÍTULO III - O abuso sexual de crianças e jovens dependentes à luz do Código Penal

1. O artigo 172.º do CP: análise introdutória ao crime de abuso sexual de crianças e jovens dependentes

Como já vimos, o abuso sexual pressupõe, como MARIA DO CARMO DIAS cita, a existência de um «excesso» numa relação marcada pela supremacia de um adulto em relação a um menor. Esta relação, na maioria dos casos, é gerada por laços de dependência que existem entre o adulto e o menor, quer sejam laços familiares ou meramente afetivos²⁹.

Ora, observando a sua relevância penal, quando mais imaturo (quer psicológica quer sexualmente) e dependente for a criança ou o jovem, maior relevância penal terá a ação.

Segundo MARIA DO CARMO DIAS, a intervenção penal rege-se por duas ideias primordiais: “a perturbação do desenvolvimento da personalidade do menor” e “a necessidade de salvaguardar o seu bem-estar”. Deste modo, tem-se em vista assegurar o livre desenvolvimento e o exercício da liberdade sexual do menor, independentemente do sexo e/ou da sua orientação sexual.³⁰

1.1. O artigo 172.º do CP enquanto crime contra a Autodeterminação Sexual

Como já foi referido, os crimes contra a Autodeterminação Sexual tipificam atos livres de violência e ameaças gravosas que são suscetíveis de causar graves danos no desenvolvimento da criança ou do jovem e da sua personalidade visto que não têm ainda capacidade e maturidade para formar a sua vontade livremente.

O Juiz-Conselheiro SANTOS CABRAL, no acórdão do STJ de 12/11/2014³¹ declarou que «o princípio que fundamenta a menoridade sexual não é o supor que o jovem com idade inferior à determinada legal não tem prazer e/ou desejo sexual, mas antes que

²⁹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva da Silva, “Notas Substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade” in *Revista do Ministério Público*, n.º 136, Out-Dez, Lisboa, 2013, Pág.59-97.

³⁰ DIAS, Maria do Carmo, *Notas Substantivas...*, Pág.59-97.

³¹ Proc. 1287/08.6JDLSB.L1.S1 – www.dgsi.pt

o mesmo ainda não desenvolveu competências relevantes para poder conscientemente prestar consentimento no contexto de uma relação sexual.»

Deste modo, o legislador, por razões de segurança jurídica demarcou uma idade determinante fixada nos 14 anos de idade, vista a mesma como a idade fronteira entre a infância e a adolescência.³²

Compete, primeiramente atender ao art. 171.º do CP visto que, o legislador presume *iuris et de iure* que toda e qualquer conduta ou ato sexual que envolva crianças ou jovens com idade inferior a 14 anos lesará o livre e correto desenvolvimento da personalidade dos mesmos.³³

No entanto, ainda que seja esta a idade fixada existem exceções que o legislador entendeu que, por ofenderem o direito da criança ou do jovem a decidir livremente sobre a sua sexualidade são punidas.

Quando se trata de crime de abuso sexual de criança ou jovem com idade igual ou superior a 14 anos, o legislador protege a autodeterminação sexual das crianças e jovens nos casos em que: a criança está confiada ao abusador para educação ou assistência, existe uma situação de abuso de inexperiência, de prostituição de menores, lenocínio de menores e pornografia infantil. O crime em análise encontra-se previsto no art. 172.º do CP, que é objeto deste estudo.

Quanto ao objeto da ação, no caso dos crimes que constituem atos com significado sexual, há que atender às diferentes gravidades que podem apresentar.

Ora, num primeiro patamar são considerados os «atos de caráter exibicionista» e o «contacto de natureza sexual», ambos previstos no artigo 172.º do CP. Num segundo patamar falamos do «ato sexual de relevo» que, simultaneamente, se encontra previsto no mesmíssimo artigo, ainda que não exista uma distinção na punição quer se trate de um ato sexual de relevo qualificado ou de um ato sexual de relevo simples. Por fim, num terceiro patamar são considerados os atos sexuais de relevo mais graves: a cópula, o coito anal, o coito oral e a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, que

³² SOUSA, Ana Paula da Costa Martins de, in *O crime de abuso sexual de menores dependentes – uma análise crítica*, Dissertação de Mestrado com vista à obtenção de Grau de Mestre, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, 2015, Pág.20.

³³ DIAS, Maria do Carmo Saraiva da Silva, *Notas Substantivas ...*, Pág. 59-97.

caracterizam o crime de violação que também se encontra previsto no crime em análise, por remissão ao art. 171.º do CP.

Como tal, não podemos fazer uma análise restrita do art. 172.º do CP pois temos que analisar simultaneamente o art. 171.º do CP. Isto porque, se o agressor a quem a criança ou o jovem foi confiado abusar sexualmente da criança ou jovem com idade inferior a 14 anos comete o crime de abuso sexual de crianças, nos termos do art. 171.º do CP, podendo ainda ser agravado de acordo com o art. 177.º do CP.³⁴

Logo, o abuso sexual de criança ou jovem com idade inferior a 14 anos confiado para a sua educação e assistência ao agente é punida pelos arts. 171.º e 177.º do CP.

A necessidade de punir este tipo de crimes foi reforçada pela Diretiva 2011/92/EU, através do art. 3.º, n.º 1 e n.º 5, al. i) e ii), acerca dos crimes relativos ao abuso sexual, através do qual se impõe aos Estados-Membros a «tomada de medidas que garantam a punição dos atos sexuais praticados com crianças através: do abuso de uma posição de manifesta confiança, autoridade ou influência sobre a mesma e do abuso de uma situação de especial vulnerabilidade da criança».

De notar que o artigo 172.º do CP é menos abrangente do que esta norma visto que, o mesmo não exige a prova do abuso bastando-se a existência de uma relação de dependência para que se presuma que existiu. É de salientar que isto se presume independentemente de a criança ou jovem já ter iniciado a sua vida sexual.

Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, trata-se de um «crime de perigo abstrato – quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido – e de mera atividade – quanto à forma de consumação do ato».³⁵

Cumpramos salientar que tanto o art. 172.º do CP como os restantes crimes que se encontram tipificados enquanto crimes contra a Autodeterminação Sexual de crianças e jovens são crimes públicos (excetuando-se o art. 173.º do CP que é um crime semipúblico se deste crime não resultar suicídio ou morte)³⁶.

³⁴ Cf. arts. 171.º e 172.º do CP.

³⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, Pág. 473.

³⁶ Cf. art. 178.º, n.º 2 CPP.

Em relação à prescrição, de acordo com o art. 118.º, n.º 5 do CP, os crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual de crianças e jovens não prescrevem antes de o ofendido perfazer 23 anos de idade.

O ilícito-típico constante no artigo 172.º do CP é um crime próprio pelo que, o seu autor tem que ser alguém a quem a criança ou jovem foi confiado para a sua educação e assistência, colocando em causa, com a sua conduta, um dever especial primórdio da relação de dependência ao utilizá-la para fins ilegais.

Porém, surge a necessidade de analisar o que inclui o conceito de confiança no âmbito do artigo 172.º do CP. Ora, tendo a concordar com a posição tomada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defendendo que inclui «os pais, tutores, familiares, professores, educadores, médicos, enfermeiros, sacerdotes e assistentes sociais tal como todas as pessoas a quem a criança ou jovem possa ser entregue para educação ou assistência médica e/ou social, excetuando-se as situações em que haja o internamento do menor».³⁷

Já MARIA JOÃO ANTUNES³⁸ e MARIA DO CARMO SILVA DIAS³⁹ discordam da inclusão dos professores na conceção de confiança do art. 172.º do CP por não considerarem que estão encarregues da educação individual da criança ou jovem, não estando em causa um dever particular relacionado com a sua educação ou assistência.

2. Análise ao preceito do art. 172.º do CP

2.1. O bem jurídico protegido

O bem jurídico protegido é a liberdade e autodeterminação sexual da criança ou do jovem com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos.

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal ...*, Pág. 473.

³⁸ ANTUNES, Maria João in “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in “Número especial dedicado ao tema Crimes no seio da família e sobre menores” in *Julgar*, N.º12,Coimbra, Novembro, 2010, Pág. 153-161.

³⁹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Notas substantivas...*, Pág. 59-97.

2.2. Tipo ilícito objetivo

A conduta punível pelo artigo 172.º do CP relativa ao abuso sexual de menores dependentes é definida por remissão deste artigo para o artigo 171.º do CP que, por sua vez remete para o artigo 170.º do CP.

O tipo objetivo constitui a prática consensual de ato sexual de relevo com criança ou jovem, ou importunação sexual ou atuação sobre a criança ou jovem através de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico.

Em relação à primeira modalidade de ação – a prática de ato sexual de relevo com ou em criança ou jovem com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos, urge a necessidade de abordar com mais profundidade o conceito de «ato sexual de relevo», o que faremos de seguida de forma a melhor entendermos em que é que consiste a primeira modalidade de ação enunciada.

Em relação à segunda modalidade da ação, a mesma consiste em induzir a criança ou o jovem, entre os 14 e os 18 anos, à prática de atos sexuais de relevo consistentes com: cópula; coito anal; coito oral; introdução vaginal; introdução anal de partes do corpo ou objetos. Esta redação parece não abarcar o caso em que a criança ou jovem é induzido à prática de ato sexual de relevo com outra pessoa, ao contrário do que acontece com os crimes constantes nos artigos 163.º, 164.º e 171.º do CP. Não me parece uma constatação chocante visto que partimos do princípio de que a respetiva conduta assenta na existência de uma especial relação de confiança entre o agente e a vítima, sendo esta mesma posição também defendida por ANTUNES VARELA.⁴⁰

Em relação à terceira modalidade de ação, a importunação sexual que consiste em exhibir perante a criança ou jovem, atos caracterizados como exibicionistas que provocam constrangimento pela tentativa de contacto sexual.

Mas o que se consideram “atos de carácter exibicionista”? São atos relacionados com o sexo que têm que ocorrer perante a vítima, contra a sua vontade, mas que não requerem o toque corporal. Com isto pretende-se que seja punida a prática de uma conduta que consista num perigo de que se siga a prática de um ato sexual que reflita a violação à liberdade de autodeterminação sexual da criança ou do jovem.

⁴⁰ DIAS, Figueiredo, Comentário..., Pág. 848.

Neste caso, não é considerada a intenção do agente em relação à prática do crime pelo que, para que se preencha o tipo ilícito, é necessário que a criança ou o jovem os presencie contra a sua vontade.

Assim, fazendo uma pequena comparação quanto ao objeto de censura entre as modalidades já suprarreferidas podemos concluir que os atos que consistem em contacto de natureza sexual são como uma incriminação residual comparativamente aos atos sexuais de relevo devendo, em todo o caso, evidenciar-se o atingimento do limiar mínimo de danosidade social que justifica a intervenção do direito penal.

MARIA DO CARMOS DA SILVA DIAS defende que o contacto de natureza sexual consiste “na prática, no corpo do sujeito passivo, de um toque físico ou corporal com significado sexual que (...) constitui um perigo para a sua liberdade de determinação”.⁴¹ Discordo da posição defendida pela autora pois considero que o contacto (através do toque, por exemplo), não consubstancia apenas um mero perigo para o direito à autodeterminação sexual da criança ou jovem, mas sim uma real agressão ao bem jurídico tutelado.

Em relação à quarta modalidade, o ato sobre menor por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos, FIGUEIREDO DIAS defende que a conversa, o escrito, o espetáculo e objeto serão pornográficos, quando se tenham como idóneos a provocar excitação sexual da criança ou jovem interferem com a liberdade de desenvolvimento da personalidade do mesmo, no que respeita à sua esfera sexual.⁴²

Por fim, resta-nos analisar a conduta “espetáculo” que, de acordo com CONCEIÇÃO CUNHA, não tem necessariamente de ser público sendo que basta que a criança ou jovem assista, por exemplo, a uma orgia num círculo restrito para que o tipo incriminador esteja preenchido.

O Código Penal, no seu artigo 172.º, n.º 3 tipifica o abuso sexual de menores dependentes qualificado ao agravar a pena caso os atos praticados tenham uma finalidade lucrativa.⁴³

⁴¹ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva in “Repercussões da Lei n.º 59-2007, de 4-9 nos «crimes contra a liberdade sexual»” in *Jornadas sobre a revisão do Código penal: estudos*, Revista do CEJ, Número 8 (especial), 1º semestre, Lisboa, 2008, Pág. 229.

⁴² DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Repercussões da Lei...*Pág. 229.

⁴³ DIAS, Figueiredo, *Comentário...*, Pág. 842.

A ação típica pode não ser realizada pelo agente a quem a criança ou o jovem foi confiado, mas sim por terceiro através deste.⁴⁴

A situação de confiança da criança ou do jovem para educação e assistência pode derivar da lei, decisão judicial, contrato ou de relação de facto. Essa mesma confiança não tem que ter «caráter obrigatório de permanência, pelo que pode ser temporária ou intermitente».⁴⁵

2.2.1. Definição de «ato sexual de relevo»

Para melhor entendermos a teologia da norma em estudo, considero necessário debruçarmo-nos mais detalhadamente acerca do conceito de «ato sexual de relevo».

O «ato sexual de relevo» é um conceito indeterminado que deve fornecer uma noção mínima, mas bastante, enquanto complemento aos conteúdos objetivos ou subjetivos específicos tendo como objetivo diminuir a ambiguidade de atos que se poderiam incluir nesse mesmo conceito.⁴⁶

Ainda que se tenha em conta a noção de ação sexual, o ato sexual de relevo é um conceito demasiadamente indeterminado pelo que, considero que seria de pensar a criação de uma norma que o definisse.

Tem-se vindo a denotar uma especial preocupação por parte da doutrina penalista e alguma jurisprudência em distinguir o ato sexual de relevo de ato contra os bons costumes ou imoral, como forma de excluir do primeiro os atos que não seriam suficientemente graves para serem “de relevo”.

De acordo com FIGUEIREDO DIAS é da mais extrema importância apurar exatamente aquilo que, para efeitos típicos, se revela como «ato sexual de relevo» pois este termo pode ser algo discutível.⁴⁷

⁴⁴ Remissão do art. 172.º, n.º 1 para o art. 171.º, n.º 1 do CP.

⁴⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa ...*, Pág.

⁴⁶ LOPES, José Mouraz, in *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, Coimbra, 2008, Pág. 27.

⁴⁷ DIAS, Figueiredo, *Comentário...*, Pág. 718.

Surge assim a necessidade de atender a três correntes doutrinárias que se posicionam sobre o que se devem considerar «atos sexuais de relevo».

Em primeiro lugar, a corrente objetivista que considera que o ato sexual de relevo é o comportamento que, objetivamente e do ponto de vista da compreensão natural, avoca um conteúdo diretamente relacionado com a esfera da sexualidade.⁴⁸ A visão restritiva do conceito de “ato sexual de relevo” tem produzido diversas consequências negativas, sendo uma delas o facto de descriminalizar inúmeras condutas que os agressores detêm para praticar atos que são efetivamente sexualmente abusivos.

Em segundo lugar, a corrente que, além de defender o carácter objetivista do termo, considera ainda a existência de uma conotação subjetiva associada à intenção do agente de despertar ou satisfazer, em si ou em outrem, a excitação sexual.⁴⁹

Em terceiro lugar, surge a corrente que, por uma menor exigência defende que o conceito de «ato sexual de relevo» tanto se pode integrar numa perspetiva objetiva como numa perspetiva subjetivista.

No entanto, considero que devemos observar as dificuldades com que a perspetiva objetivista se prende, pois, o ato, em sentido objetivo, pode considerar-se conexo com um ato sexual, mas que justificado pelo seu fim, não se afigura como uma agressão à liberdade de autodeterminação sexual da pessoa. A visão restritiva do conceito de “ato sexual de relevo” tem produzido diversas consequências negativas, sendo uma delas o facto de descriminalizar inúmeras condutas que os agressores detêm para praticar atos que são efetivamente sexualmente abusivos. Assim, nestes casos, deve sempre ser tido em conta, aquando da análise da conduta uma conotação subjetivista, a intenção do agente.

Compete ter em consideração a posição de CONCEIÇÃO CUNHA, com a qual concordo, de que não é “necessária a intenção libidinosa do agente, nem será também necessário que a vítima compreenda o significado sexual do ato, aspeto particularmente relevante estando em causa um menor (...) deverá prevalecer a apreciação objetiva do ato”.⁵⁰

⁴⁸ DIAS, Figueiredo, Comentário..., Pág. 718.

⁴⁹ DIAS, Figueiredo, Comentário..., Pág. 718.

⁵⁰ DIAS, Figueiredo, Comentário..., Pág. 719.

Assim, considero que só estamos perante um ato sexual de relevo quando o mesmo representa uma intermissão em relação à livre determinação sexual da criança ou do jovem.

O «ato sexual de relevo» é um conceito fulcral quando tratamos a generalidade dos crimes contra a Liberdade Sexual e contra a Autodeterminação Sexual, tendo sido introduzido no CP através da revisão realizada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março. Ou seja, abandonou-se a conotação moralista associada aos crimes sexuais passando os mesmos a serem vistos como crimes que atentam contra bens jurídicos pessoais.

Partilho da posição de MARIA CLARA SOTTOMAYOR ao referir que esta antiga concetualização é a manifestação clara de uma falta de formação especializada desta matéria, sobretudo acerca do conceito de abuso sexual de crianças.⁵¹

JOSÉ MOURAZ LOPES considera que o «ato sexual de relevo» inclui «o ato da cópula, não obstante de o mesmo integrar o tipo de crime de violação (...) mas também o coito anal, coito oral, a penetração vaginal e a chamada cópula vulvar ou vestibular».⁵²

Já SÉNIO MANUEL DOS REIS ALVES entende que «ato sexual de relevo» é qualquer comportamento que tenha como finalidade a libertação e satisfação dos seus impulsos sexuais que, no caso ofendem gravemente a timidez e a vergonha comum à generalidade das pessoas.⁵³

Para melhor entendermos o quão relevante é esta definição analisemos o Processo N.º 64/04.8GAVNG⁵⁴ do Tribunal Judicial de Vila Nova de Gaia, analisado por MEIA CLARO SOTTOMAYOR . Ora, trata-se de uma queixa que foi apresentada por uma mãe contra o companheiro, com quem se encontrava em fase de separação, sendo este, pai biológico de uma menina de 3 anos, filha comum com a queixosa. No processo de regulação das responsabilidades parentais, a mãe (sem representação) opôs-se às visitas ainda que as tenha aceitado por medo de perder a guarda da criança.

⁵¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, in “A fraude da síndrome de alienação parental e a proteção de crianças vítimas de abuso sexual in Conferência Internacional “O Superior Interesse da Criança e o Mito da “Síndrome de Alineação Parental””, no painel A síndrome de alienação parental e os riscos para os direitos das mulheres e das crianças, 2011, Pág. 14.

⁵² LOPES, José Mouraz, Os crimes contra ..., Pág. 28.

⁵³ ALVES, Sénio Manuel dos Reis, in Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Almedina, Coimbra, 1995, Pág.80-84.

⁵⁴ Cf. Varas de Competência Mista e Comarca de V. N. de Gaia, 2.º Vara Mista, 21-12-2005, Proc. N.º 64/04.8GAVNG.

No respeitante ao processo-crime conexo, o mesmo foi arquivado por, no exame de sexologia forense, não terem sido detetados quaisquer traumas sexuais e por o arguido ter negado os factos que lhe eram imputados. Esta decisão referiu a posição de Gardner de que “95% das acusações de abuso sexual de crianças, em processo de divórcio ou de separação, são falsas”.⁵⁵

Seguiu-se o recurso hierárquico contra o despacho suprarreferido resultando no prosseguimento do processo-crime e na sentença da 2.^a Vara Mista do Tribunal de Comarca da Vila Nova de Gaia de 21-12-2005, em que o arguido foi condenado a uma pena de prisão suspensa de três anos, pelo crime, na forma continuada, de abuso sexual de crianças agravado (atual art.171.º n.º 1 e art.177.º, n.º 1 al. a) do CP) e com pena acessória de inibição das responsabilidades parentais durante oito anos, nos termos do art. 179 ou 177.º do CP.

A decisão foi fundamentada no facto de ter sido dado como provado que o arguido convenciu a filha a apalpar e a beijar-lhe o pénis, enquanto a beijava na região vaginal. O arguido, confrontado com estes factos por parte do MP, refere que «não havia problema porque o seu órgão genital estava lavado e que estava a ensinar à filha as coisas da vida para que aprendesse a ser mulher».

Primeiramente, a punibilidade do crime como continuado é como se minorássemos as vítimas à situação de objeto, apesar de verem os seus direitos violados. É verdade que, para o agressor, é indiferente ter praticado um ou vinte crimes, mas, para as vítimas é como uma desproteção por parte do legislador pois, do ponto de vista das mesmas, a punição pela prática de crime continuado é como um benefício que é concedido ao agressor ficando excluído desta ponderação o sofrimento e a violação à dignidade pessoal das vítimas.

Continuando a análise do caso em apreço, o Procurador-Geral Adjunto, no Tribunal da Relação do Porto emitiu um parecer a 30 de Março de 2006, em que defendeu que a matéria de facto tida como provada deveria ser alterada através da substituição da expressão “o arguido convenciu a filha” por “o arguido permitiu que a filha” como se a «iniciativa, ainda que eventualmente tenha sido da criança, alterasse a qualificação do tipo legal dos factos como atos sexuais de relevo», como refere MARIA CLARA

⁵⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, A fraude ... Pág.17.

SOTTOMAYOR.⁵⁶ A autora refere ainda que esta restrição conceptual emerge da falta de formação especializada e compreensão relativamente ao conceito de abuso sexual de crianças e jovens.

Com isto, MARIA CLARA SOTTOMAYOR apresentou uma exposição ao Senhor Procurador-Geral da República acerca do caso em análise e, o Tribunal da Relação do Porto acabou por manter a decisão do Tribunal de Vila Nova de Gaia e, consequentemente aplicou o conceito de ato sexual de relevo, na sua forma mais ampla.

Contudo, compete ainda salientar que, de acordo com a LPCJP era de esperar que o Tribunal nomeasse um defensor oficioso para a criança por se tratar de um caso que envolve um processo de regulação das responsabilidades parentais, por remissão do art. 147.º A da OTM.

Ainda assim, é de reter que nunca um diagnóstico de alienação parental pode ter por base alegações de abuso não provadas ou a aplicação de medidas de proteção à criança. Ou seja, o abuso sexual e a alienação parental são questões que devem ser tratadas individualmente.⁵⁷

Posto isto, as alegações de alienação parental podem ser consideradas se forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a ausência de alegações de abuso sexual, se, após a indagação das causas de recusa das visitas a criança demonstrar agressividade em relação ao progenitor, injustificadamente; e se existir um comportamento alienante por parte do progenitor, que manipule a criança ou o jovem e que cause a rejeição da mesma em relação ao outro.

Atentemos agora ao Ac. do TRL, de 19-05-2009, Processo n.º 2190/03,1TBCSC-B.L1-7⁵⁸, no qual o arguido, foi acusado de abusar sexualmente das duas filhas. Ora, o Tribunal da Relação de Lisboa não considerou provadas as alegações das meninas por considerar existirem discrepâncias entre os resultados dos exames de sexologia forense e biológico feitos aquando da queixa por terem sido inconclusivos. E ainda, por ter considerado o testemunho das meninas inválido considerando tratar-se de um depoimento tendencioso e fantasioso.

⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, A fraude ... Pág.17.

⁵⁷ SOTTOMAYOR, Clara, Temas de Direito..., Pág.123.

⁵⁸ Cf. Ac. da Relação de Lisboa de 19-05-2009, (Relator: Arnaldo Silva), in base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Em suma, podemos concluir que, ainda são patentes os inúmeros perigos relativos às várias considerações que são feitas em relação ao conceito de «ato sexual de relevo», no essencial, no que respeita à proteção das crianças e jovens contra os abusos sexuais de que foram alvo e sobre a veracidade da existência do efetivo abuso sexual que, porventura, nos dias de hoje, ainda é muito duvidoso.

É de atender que mesmo que os exames forenses realizados à criança ou ao jovem abusado não sejam conclusivos ou não demonstrem os efetivos abusos, isso não quer dizer que os mesmos não persistam ou que não tenham existido. O verdadeiro pressuposto a ser preenchido para que estas problemáticas e estes perigos de descriminalizações indevidas subsistam é a formação e especialização mais profunda no que diz respeito a esta matéria.

2.3. Tipo ilícito subjetivo

O abuso sexual de menores dependentes, tipificado no artigo 172.º do CP é considerado um crime doloso em relação a todos os elementos constitutivos do ilícito objetivo, incluindo o facto de a criança ou o jovem ter sido confiado ao agente para educação ou assistência, pelo que, o tipo subjetivo admite toda e qualquer forma de dolo.

Tendo por base o tipo incriminador apenas poderia o agente ser punido pela prática deste crime caso a vítima fosse criança ou jovem com idade inferior a 18 anos. Ou seja, no caso de erro sobre a idade da vítima poderia excluir-se o dolo. No entanto, tendo em conta a relação de dependência que surge de fundamento ao tipo incriminador, parece improvável que tal se suceda.

A tentativa da prática do crime é punível e trata-se de um crime específico próprio e pode ser cometido por autor mediato ou instigador. Comete um só crime de abuso sexual de crianças e jovens dependentes o agente agressor que, na mesma situação, pratica mais do que um ato sexual de relevo com a mesma criança ou jovem.

No entanto, pode o agente praticar o crime previsto no art. 171.º, n.º 1 e o crime previsto no art. 172.º, n.º 1, ambos do CP, em concurso efetivo, quando pratica cópula com criança ou jovem quando ainda não tenha atingido os 14 anos de idade e o voltar a praticar, com a mesmíssima criança ou jovem depois de este ter completado os 14 anos de idade.

2.4. Punição

Importa a este respeito salientar que no processo-crime, a ponderação da decisão judicial deve ter em conta o interesse da criança e o seu direito à reinserção social, à sua recuperação física, e sobretudo à sua reestruturação psicológica.⁵⁹

No âmbito do processo penal, as medidas alternativas à prisão e as medidas de segurança em regime aberto têm-se como insuficientes e ineficazes quando se trata, de casos de abuso sexual de crianças e jovens dependentes por ser um membro familiar ou próximo da criança ou do jovem, nos seus hábitos diários.

Com isto, e para dar cumprimento aos interesses a serem tidos em conta na tomada da decisão judicial é dada preferência a medidas de coação que restrinjam a liberdade do agressor, como é o caso da prisão preventiva, e a aplicação de pena de prisão efetiva ou medidas de segurança apertadas, no caso de decisão condenatória.⁶⁰

O art. 172.º, n.º 1 do CP prevê que quem praticar o ilícito-típico será alvo de uma pena compreendida entre um a oito anos de prisão.⁶¹ Porém, não se prevêem molduras distintas caso se trate de um ato sexual de relevo simples ou qualificado, diferente do que acontece no art. 171.º do CP, o que era justificativo visto que se tratam de condutas com desvalores distintos.

Quando tratamos da modalidade de ação que consiste na importunação de jovem através de atos de carácter exibicionista ou no constrangimento a contactos sexuais a mesma é punível com pena de prisão até um ano.

Já se o agente praticar quaisquer modalidades de ação circunscritas neste artigo com intenções lucrativas é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

Há que, neste ponto, correlacionar o artigo 172.º do CP com o art. 177.º do CP relativo às circunstâncias agravantes da pena. Ora, no que diz respeito ao crime de abuso sexual de menores dependentes há que atender às als. a) e b) do n.º 1 do artigo suprarreferido que refere que são agravadas as penas no caso de a vítima ser «ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau do agente, ou se encontrar numa

⁵⁹ Cf. art. 39.º da CDC e art. 9.º, n.º 3 do *Protocolo Adicional Facultativo relativo à venda de crianças, à exploração sexual e pornografia infantil*.

⁶⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito...*, Pág. 263.

⁶¹ Cf. art. 172.º, n.º 1 do CP.

relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação».⁶²

3. O consentimento e os limites etários

3.1. O consentimento das crianças e jovens nos crimes contra a autodeterminação sexual

O sistema jurídico-criminal português assenta na presunção inelidível de que «qualquer conduta sexual que envolva crianças e jovens com idade inferior a 14 anos irá lesar o desenvolvimento da sua personalidade por, abaixo desta idade, a criança ou o jovem não ter capacidade de decidir livremente, de forma consciente e esclarecida, no que toca ao relacionamento sexual».

Ora, a partir dos 14 anos, vamos gradualmente assistindo à autonomia da criança ou do jovem no que toca ao domínio sexual, mas, isto não quer dizer que algumas condutas, mesmo após a criança ou o jovem perfazer os 14 anos não mereçam a proteção da Lei Penal no que toca à decisão livre e esclarecida sobre a sua sexualidade.

ANA RITA ALFAIATE defende a exclusão do consentimento da criança ou do jovem com base na proteção de um interesse supra individual assente na proteção da infância e da juventude.⁶³

Não concordo com esta posição pois a não atribuição de relevância ao consentimento da criança ou jovem tem em vista garantir aos jovens uma determinada tutela até ao seu completo amadurecimento. Como tal, concordo com a posição defendida por COSTA ANDRADE que vai de encontro ao meu último pensamento.

Até aos 14 anos de idade, as crianças ou jovens gozam de uma proteção absoluta no que respeita ao seu desenvolvimento sexual. Posto isto, é impossível existir um acordo da criança ou do jovem que permita excluir a tipicidade da conduta, nem mesmo por via do consentimento.

⁶² Cf. Art. 177.º do CP.

⁶³ ALFAIATE, Ana Rita, A relevância..., Pág. 127.

Entre os 14 e os 18 anos de idade, os jovens possuem uma falta de capacidade que é meramente relativa, pois, nesta faixa etária, o legislador concede autonomia progressiva para que a criança ou o jovem decida acerca da sua vida sexual, ainda que dentro de alguns limites.

Atendendo, na especialidade, ao crime de abuso sexual de crianças ou jovens dependentes podemos concluir que existe como se uma presunção de consentimento viciado por parte do mesmo, por se encontrar numa faixa etária em que o seu desenvolvimento e autonomia ainda se encontram em evolução.

E existe um outro fator relevante: a relação de dependência existente nestes casos. Com base nisto, a conduta é criminalizada por se entender que a relação de dependência existente tolda o julgamento da criança ou do jovem, excluindo-se a possibilidade da existência do consentimento que afaste a ilicitude da conduta.

Já quando estamos perante atos sexuais de relevo praticados com crianças ou jovens com idade inferior a 18 anos, por meio de violência, ameaça grave, ou depois se ter tornado inconsciente ou colocado em situação de impossibilidade de resistir são punidos no âmbito da secção I e não da secção II aplicando-se a jusante as agravações do art. 177.º do CP relacionadas com a idade.

Ou seja, a secção II, relativa aos crimes contra a Autodeterminação Sexual, é aplicável quando a conduta típica-ilícita ocorre fora de um contexto de constrangimento como os que são descritos na secção I, em especial, no art. 163.º e no art. 164.º do CP.

É visível através da jurisprudência que os tribunais tendem a aplicar, quase que de forma automática, os tipos legais elencados na Secção II quando se trata de uma vítima menor de idade, mesmo quando os contornos são característicos de crimes de coação sexual ou violação, presentes na Secção I.

O consentimento deve ser relevante sempre que se verifique que existiu uma oposição da criança ou do jovem à prática de atos sexuais com um adulto, mas apenas nos casos em que o adulto agressor não tenha utilizado os meios típicos previstos nos arts. 163.º e 164.º do CP, a pena deverá ser agravada nos termos do art. 177.º do CP.

3.2. Os limites etários

Ora, no capítulo sobre os crimes contra a Autodeterminação Sexual e contra a Liberdade Sexual há que atender a um critério relevante que o legislador inseriu: os 14 anos de idade da criança ou do jovem, como «elemento básico de tipificação das condutas sexuais ilícitas.

No entanto, tendo a tomar a posição de MARIA DO CARMO SILVA quanto à distinção etária, mesmo quando falamos de crianças ou jovens com idade inferior a 14 anos pois não podemos comparar o desenvolvimento emocional e psicológico de uma criança de 13 anos com o de uma criança de 5 anos.⁶⁴

Como tal, devia estar prevista a agravação da pena quando se tratem de situações que envolvem crianças de idade mais diminuída visto que, até uma certa idade, a criança ou o jovem nem sequer têm a perceção da natureza dos atos sexuais, em termos objetivos. Por exemplo, o Código Penal Espanhol prevê a agravação da pena quando exista um escasso desenvolvimento intelectual ou físico da vítima colocada em situação indefesa ou quando a mesma tenha idade igual ou inferior a 4 anos.⁶⁵

Sendo criança ou jovem com idade igual ou superior aos 14 anos de idade, considera-se já ter maturidade para conseguir avaliar algumas situações, de cariz sexual, que o envolvem. Esta maturidade não se considera total, mas sim uma maturidade relativa ou tutelada, segundo J.J. Begué Lezaún.⁶⁶

Há que atender ao facto de os atos sexuais praticados com crianças e jovens serem penalmente censurados de modo diferente conforme a idade da vítima e os vários processos de desenvolvimento de maturidade da mesma ao longo do avanço da sua idade.

Ou seja, a especial proteção penal concedida à criança ou ao jovem diminui conforme se verifica o seu crescimento, quer etário, quer cognitivo pois partimos do princípio de que quanto mais velho for, mais capacidade terá para agir consciente e livremente.

⁶⁴ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Notas substantivas...*, Pág. 59-97.

⁶⁵ Cf. art. 183.º, n.º 4, al. a) do Código Penal Espanhol, versão da LO5/2010, de 26 de junho.

⁶⁶ LEZAÚN, J. Begué, *Delitos contra a Libertad y indemnidade sexuales, Ley Orgânica 11/99 de 30/4*, Barcelona, Bosch, 1999, Pág. 124.

Há que atender aos atos sexuais que são praticados entre crianças e jovens, situação esta em que se considera não existir qualquer abuso visto que se trata de uma situação de descoberta sexual mútua.

Tendo por base o suprarreferido podemos concluir que, a partir dos 14 anos de idade existe uma proteção penal relativa.⁶⁷

No ponto referente à punição também é possível concluirmos que a proteção penal, além de decrescer com o aumento da idade da criança ou do jovem, também é visível uma diminuição das penas aplicáveis. Mas, é de atender que, ainda que isto seja verdade em relação aos adolescentes, uma situação em que se exige uma proteção mais vincada é a que se refere aos casos de abuso sexual de crianças e jovens dependentes.⁶⁸

Quanto ao facto de a partir dos 14 anos já se poder considerar que o menor é adolescente surgem algumas questões doutrinárias a analisar. MARIA JOÃO ANTUNES considera que, alcançados os 14 anos de idade, a criança ou o jovem já é livre de se decidir quanto á sua sexualidade.⁶⁹ CARMOS DIAS refere ainda que «os adolescentes, para além de fisicamente se considerarem adultos, também o são a nível intelectual».⁷⁰

Não concordo com esta posição pois, ainda que existam diferenças na repercussão, caso se trate de um crime sexual contra uma criança ou contra um jovem, a verdade é que uma criança ou um jovem com idade inferior a 14 anos ainda é um menor vulnerável e, por isso merece especial proteção, tal como lhe é conferida. Ora, parece claro que quer se trate de uma criança ou de um adolescente, as relações sexuais abusivas afetam o bom e saudável desenvolvimento da sua personalidade e da sua sexualidade.

Acresce ainda o facto de ser duvidoso o facto de considerarem um adolescente como intelectualmente adulto porque esta fase de desenvolvimento da criança ou do jovem ser caracterizada pela instabilidade emocional marcada por influências externas, precipitações e pelo desenvolvimento da sua responsabilidade e autonomia. Refira-se

⁶⁷ ALVES, Reis, *Crimes sexuais. Comentários aos arts 163.º a 179.º do Código Penal*, Pág. 84.

⁶⁸ Cf. art. 172.º do CP.

⁶⁹ ANTUNES, Maria João, “Anotação ao Art. 175.º”, in *Comentário Conimbricense Código Penal*, TOMO I, 1999, Pág. 570.

⁷⁰ DIAS, Maria do Carmo, *Crimes ...*, pág. 231.

ainda que neste caso concreto, as várias faixas etárias são um elemento meramente indicativo, não existindo uma idade definida para «a aquisição da maturidade».⁷¹

Por último, os 16 anos de idade é efetivamente um marco no que respeita à proteção penal. De acordo com o art. 19.º do CP e o art. 1601.º do CC torna-se maior, no que respeita ao Direito Penal, o menor que perfizer os 16 anos de idade. Deste modo, o seu consentimento passa a ser eficaz, desde que possua o “discernimento necessário”⁷², sendo-lhe ainda concedida legitimidade processual ativa.

Deixa de ser uma agravante em determinados crimes⁷³ e o ato sexual praticado com este, mediante abuso de inexperiência deixa de ser punível. Isto porque presume-se que a maturidade e o desenvolvimento numa criança ou jovem de 16 anos de idade é superior ao de uma criança ou jovem de 14 anos, sendo sempre salvaguardado o facto de, ainda que o menor atinja os 16 anos de idade não se considere totalmente desenvolvido no que diz respeito ao tema da sexualidade, visto que é alvo de proteção até aos 18 anos pelo Direito Penal.⁷⁴

4. A proteção dos tribunais nos casos de abuso sexual de crianças e jovens

Nos dias de hoje, os tribunais distinguem-se por manifestarem ainda algum conservadorismo no que respeita ao abuso sexual de criança e jovens, daí que surja a necessidade de associar a fragilidade no tratamento destes casos à influência da ideologia patriarcal no poder judicial, assunto este já abordado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, tomando uma posição na qual me revejo.⁷⁵

Ora, é verdade que as leis se foram gradualmente modificando. No entanto, o Direito Europeu é influenciado pelo Direito Romano, tendo-o sido, em especial, até ao século XX, em que eram evidentes os poderes do *pater familias*, que podia abandonar os filhos e decidir sobre a sua vida ou a sua morte, podendo mesmo vendê-los. Ainda que ao longo

⁷¹ PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro, *O crime de Atos Sexuais com Adolescentes*, Dissertação de Mestrado com vista á obtenção de grau de Mestre, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, Pág. 25.

⁷² Cf. Art. 38º, n.º 3 do CP.

⁷³ Art. 177.º, n.º 5, *a contrario sensu*.

⁷⁴ Cf. Arts. 172.º, 174.º, 175.º e 176.º do CP.

⁷⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, “A representação da infância nos Tribunais e a ideologia patriarcal” *in Escritos de Direito das Famílias: uma prespetiva luso-brasileira*, Magister Editora, Porto Alegre, 2008, Pág. 3.

dos anos esta influência tenha-se vindo a atenuar, a verdade é que «por força das alterações económico-sociais e das influências do Cristianismo, encontram-se, ainda que inconscientemente presentes na sociedade atual, em especial, nas representações culturais de família».⁷⁶

Mas também se encontra muito visível no sistema judicial, por exemplo, através da expressão “poder paternal”, expressão essa atualmente, já substituída por “responsabilidades parentais”.

Ainda que a lei afirme que os pais detêm o poder-dever de agir com a finalidade de proteger os interesses e promover o desenvolvimento das crianças e dos jovens, a verdade é que a tendência é a de continuar a dar um ênfase mais acentuado aos direitos dos pais do que aos deveres e responsabilidades dos mesmos para com os seus filhos.

Tendo como base o direito criminal e o papel dos tribunais no que diz respeito ao crime de abuso sexual de crianças e jovens tomemos como exemplo Ac. do STJ, Processo N.º 07P341. O caso de um homem a quem foram reconhecidas tendências pedófilas, que abusou sexualmente de uma criança de 13 anos, continuamente, violando o direito da criança ao livre desenvolvimento e à integridade pessoal da mesma.⁷⁷ Neste caso concreto, ao arguido foi concedida uma atenuação da pena fundamentada no facto de o Tribunal, ainda que o tenha considerado pedófilo ter tido em conta a boa e afetiva relação que o arguido tinha com os filhos e com a cónjuge, bem como com a comunidade em geral.

Posto isto, podemos considerar que o STJ ignorou o direito da criança ao seu livre desenvolvimento, sobretudo a nível psicológico, e o seu direito à reintegração social, direitos estes protegidos pelo art. 39.º da CDC, o que vem culminar, como bem ressalva MARIA CLARA SOTTOMAYOR numa «falta de empatia com o sofrimento da criança e com os problemas que derivaram do crime de que foi vítima».

O Tribunal utilizou ainda como fundamento para a atenuação da pena o facto de a criança já ter 13 anos de idade e de ter comparecido em sete encontros marcados pelo arguido e não o ter denunciado. Salaria ainda que, devido à sua idade tinha condições que lhe permitiam ter ereções e praticar atos sexuais por vontade própria.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Cf. STJ 03-05-2007 (Relator: Rodrigues da Costa), in Base Jurídico Documental do MJ, www.dghsi.pt/jstj.nsf.

Ora, podemos concluir que esta visão do Tribunal patente no Acórdão do STJ materializa a falta de formação por parte dos Tribunais no que diz respeito aos crimes de abuso sexual de crianças e jovens e as suas características, como por exemplo, a síndrome do secretismo, o medo e a vergonha da vítima, o abuso continuado, a ameaça, a chantagem emocional, entre outros, que são característicos deste tipo de crimes e que, se denota que não são tidas em conta pelos Tribunais.

A respeito do consentimento ou da vontade da criança devido à sua idade no caso *sub judice* cumpre trazer à colação o crime de abuso sexual de crianças previsto no art. 171.º do CP que prevê o princípio da intangibilidade de crianças até aos 14 anos de idade no que diz respeito ao consentimento prestado pela mesma.

Tendo por base o caso supra analisado considero ininteligível a postura dos Tribunais quanto à redação de acórdãos e sentenças como esta, e ainda, pela aplicação de penas suspensas a abusadores sexuais, pondo em causa a segurança e a boa reintegração social da vítima.

CAPÍTULO IV – A Proteção de Crianças e Jovens em perigo

1. Contexto do surgimento da Lei de Proteção de Crianças e dos Jovens

1.1. Evolução Histórica

A proteção de crianças e jovens em Portugal surge com maior notoriedade com a publicação do Decreto de 1 de janeiro de 1911, que criou as Comissões de Proteção. No entanto, só com a Lei de Proteção à Infância (doravante LPI) de 27 de maio de 1911 surge um verdadeiro plano de trabalhos no sentido de criar um sistema judicial de proteção de crianças e jovens.

Assim, a Lei de Proteção à Infância “(...) colocou Portugal na vanguarda da proteção de crianças, distinguindo assim a criança do adulto e o Direito Penal do Direito dos Menores”.⁷⁸

A LPI tinha como finalidade educar as crianças, tirando-as do sistema de «receita» a que, naquela época se encontravam sujeitas. Pelo que, o objetivo era criar um regime disciplinar e moral para instruir as crianças e os jovens.

Posteriormente, nos anos 40 surge a Organização Nacional de Defesa da Família que tinha como objetivo adotar medidas que permitissem alterar o sistema no que dizia respeito às crianças e aos jovens, em função do que vigorava até então.

Em 1962 surge a promulgação da Organização Tutelar de Menores aprovada pelo DL N.º 44/288, de 20 de abril de 1962, que atribuiu ao MP a competência de representar as crianças e os jovens, tendo como objetivo proteger os seus direitos e interesses, pelo que podemos concluir que as alterações foram significativas.⁷⁹

As Tutorias da Infância passaram a denominar-se por Tribunais Tutelares de Menores como forma de “acentuar a natureza especial da jurisdição da infância”, de acordo com o art. 1.º do respetivo diploma.

⁷⁸ CANDEIAS, Marisa/HENRIQUES, Helder, “1911/2011: Um século de Proteção de Crianças e Jovens” in *III Seminário de I&DT. Organizado pelo Centro Interdisciplinar de Investigação e Inovação do Instituto Politécnico de Portalegre*, 2012, Pág. 3.

⁷⁹ DE CARVALHO, Ana Isabel Tomé, *Proteção de Crianças e Jovens em Perigo*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015, Pág.20-25.

Como é possível notar, muitos foram os progressos e as alterações em relação ao que era até então o conceito de «criança» para que chegássemos ao conceito que temos no Direito atual, pelo que, “a evolução social e legal encontra-se na dependência do tempo e das condições sociais, económicas e políticas que foram contruídas”⁸⁰.

A primeira revisão da OTM em 1967 salientou que o julgador apenas poderia aplicar a medida de assistência às crianças e jovens em perigo.⁸¹

A segunda revisão da OTM, em 1978 introduziu novas maneiras de a comunidade participar na administração da Justiça, com base nos valores constitucionalmente consagrados na CRP de 1976. Mas, é de salientar que a principal alteração que marca esta revisão que foi a criação de comissões de proteção, como forma de agir de forma administrativa na proteção das crianças e jovens que necessitam, enquanto meio de atuação oposto à via judicial.

Apesar de todos os trabalhos levados a cabo no século XIX para a proclamação dos Direitos da Criança, e no século XX para a proteção dos mesmos foi possível concluir, com o passar dos anos, que as fragilidades do sistema continuavam a ser evidentes.

As crianças vítimas do crime de abuso sexual, “não obstante a Convenção de Lanzarote” são ainda tratadas como se fossem culpadas visto que a maior parte das medidas de proteção se resumem à retirada da criança de casa colocando-a num lar de acolhimento, como se a criança é que acabasse por ser sancionada.⁸²

Portugal, em especial após a integração europeia, o financiamento e o supervisionamento internacional, finalmente concedeu uma maior atenção e importância aos Direitos das Crianças a partir dos anos 90.

Todo este processo centenário culminou na criação da LPCJP, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, e da LTE, aprovada pelo DL n.º 166/99, de 14 de setembro.

⁸⁰ CANDEIAS, Marisa/HENRIQUES, Hélder, *1911/2011: Um século...*, Pág. 4.

⁸¹ GERSÃO, ELIANA, “Comissões de Proteção de Menores: uma proposta esquecida?”, *Revista Infância e Juventude*, n.º 4, 1977, Pág. 8-12.

⁸² TOMÉ, Maria Rosa Clemente, “A questão da infância em Portugal: um século de(s)proteção à criança.” *In Promoção e proteção. Jurisdição da família e das crianças.*, editado por Centro de estudos Judiciários, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, Pág.9-32.

Hoje, a legislação portuguesa relativa á proteção de crianças e jovens rege-se pelos princípios explanados e pela organização do sistema legal que vigoram através da Lei n.º 147/99 de 01 de setembro de 1999: a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

2. Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

2.1. Proposta de Lei n.º 265/VII: exposição de motivos⁸³

Entre nós, a proteção das crianças e dos jovens com dificuldades nos seus processos de desenvolvimentos têm vindo, cada vez mais, a tornar-se alvo de particular atenção e cuidado. Esta preocupação tem-se prendido com uma atuação preventiva de proteção, de modo a evitar as situações que possam colocar a criança ou o jovem em perigo. As exposições a estas situações de perigo conduzem, por vezes, a criança ou o jovem a adotar condutas de delinquência, pelo que a intervenção pretende evitar isso mesmo. Ou seja, ainda que a criança ou o jovem adote estas condutas delinquentes, o objetivo primordial da intervenção é protegê-la ao invés de puni-la.⁸⁴

Este modelo de proteção foi considerado como insuficiente e alvo de abandono por parte de alguns países, como é o caso de Portugal e, por exemplo, a Bélgica e a Espanha.⁸⁵

Nos anos 80 surge um novo debate acerca da legitimidade e da capacidade de intervenção judicial junto das crianças e dos jovens que, conseqüentemente gerou uma corrente crítica relativa aos diversos sistemas que se basearam neste.

Algumas são as reformas que têm sido feitas em relação ao modelo ótimo a ser adotado em Portugal. Muitas dessas alterações tiveram como base alguns instrumentos internacionais aos quais Portugal se encontra vinculado (alguns deles já referidos): a Convenção sobre os Direitos da Criança assinada em Nova Iorque, em 1989, e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro, e as «Regras de Beijing», recomendadas pelo VII Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento de delinquentes e aprovada pela Resolução da

⁸³ Diário da República, II Série A, n.º 54, de 17 de abril de 1999.

⁸⁴ RAMIÃO, Tomé D'Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 11.

⁸⁵ RAMIÃO, Tomé D'Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 12.

Assembleia Geral n.º 40/33, de 1985, e pela recomendação do Conselho da Europa adotada pela Resolução 87/20 de 1987.

Com isto, é de notar o esforço em criar um modelo em que coexista uma coordenação entre o Estado e o cidadão estimulando a participação ativa através de redes de desenvolvimento social.

A CDC, enquanto marco histórico fez com que o foco primordial deixasse de ser a justiça das crianças e dos jovens para passar a ser a “proteção da infância e promoção e proteção dos direitos das crianças e dos jovens”.⁸⁶

Marco, na minha opinião, da maior importância é a passagem de uma mera proteção dos direitos dos responsáveis legais para passarmos a equilibrar os direitos dos mesmos com os direitos da criança. Assim sendo, surge a adoção de um novo modelo que assenta no princípio de que as crianças e os jovens são sujeitos sociais devendo por isso ser detentores de proteção e promoção relativamente aos seus direitos individuais, sociais, culturais e económicos.

A Reforma do Direito e da Justiça das Crianças e dos Jovens que se pretendeu através da presente Proposta de Lei, em conjugação com a Lei Tutelar Educativa, surge com o despacho do Ministro da Justiça n.º 20/MJ/96, de 30 de janeiro. O conteúdo deste despacho incumbia a uma comissão (a criar), a competência de avaliar a situação atual do país e apresentar uma proposta de reforma do sistema de modo a instituir uma intervenção mais consistente junto das crianças e jovens de modo a que se consiga alcançar mais eficazmente a resolução dos problemas sociais que lhes estavam associados.⁸⁷

Daqui surgiram algumas constatações. Uma delas foi o facto de a atuação relativa às crianças e jovens ter de ser diferente caso se trate de crianças e jovens delinquentes ou de crianças e jovens em risco. Sendo situações diferentes urgiu a necessidade de criar um novo regime aplicável às crianças e aos jovens com idades compreendidas entre os 12 e os 16 anos de idade que pratiquem um ato consistente com um facto qualificado como crime e um regime de proteção para crianças e jovens em perigo.

Estruturaram-se duas vertentes, tendo por base as situações suprarreferidas, mas que se conectam num único sistema dualista: sistema de intervenção tutelar de proteção

⁸⁶ RAMIÃO, Tomé D'Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 13.

⁸⁷ RAMIÃO, Tomé D'Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 14.

e o sistema de intervenção tutelar educativa que se diferenciam pelo fator legitimador, finalidades e tipo de resposta fixadas.

Após o despacho conjunto dos Ministros da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social, em 2 de outubro de 1996 deu-se seguimento ao diagnóstico das insuficiências existentes no sistema atual com o objetivo de colmatá-las através de uma Proposta de Reforma.

Tal proposta de reforma foi acolhida pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 193/97, de 3 de outubro de 1997 que, com base nesta proposta aprovou um processo interministerial e interinstitucional de Reforma do Sistema de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Assim, surge através do DL n.º 98/98, de 18 de abril, a Rede Nacional de Centros de Acolhimento Temporário e de Emergência e a Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco com o objetivo de apoiar e acompanhar as Comissões de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

Um ponto fulcral que demarca esta reforma é a utilização do conceito jurídico de «crianças e jovens em perigo» baseado na redação do artigo 1918.º do CC que, por conseguinte, veio substituir o conceito até então utilizado: «crianças em risco».

Esta alteração deveu-se ao facto de nem todas as situações de risco para o integral desenvolvimento da criança legitimarem a atuação e intervenção do Estado.

Posto isto, o Estado deve apoiar e cooperar com as entidades com competência para intervenção nas situações que se mostrem suscetíveis de colocar em perigo a saúde, a formação moral, a segurança e a educação das crianças ou dos jovens, estando deste modo, a proteger e a promover os seus direitos.

A sua concretização pode mesmo colocar em causa os direitos dos pais, restringindo-os, caso se considere necessário em detrimento da criança ou do jovem, tendo na sua análise, como fundamentos assentes o princípio da necessidade e da proporcionalidade, em conformidade com o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP.⁸⁸

Também se reestruturaram as comissões de proteção das crianças e jovens que passam a ter uma nova nomenclatura: comissão de proteção de crianças e jovens.

⁸⁸ RAMIÃO, Tomé D'Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 15.

Ou seja, pretende-se com isto que o Estado e a Sociedade tenham uma ação na situação de perigo concreto, mas também que atuem com o objetivo de evitá-la através da sua prevenção.

Urge ainda a necessidade de articular a intervenção das entidades com o MP na medida em que se pretendem evitar intervenções repetidas e garantir a coordenação entre os vários organismos e uma efetiva articulação entre a atuação das CPCJ e os tribunais. O MP reveste aqui ainda uma posição fulcral na “análise da legalidade, tempestividade e adequação das medidas adotadas pelas comissões de proteção”.⁸⁹

Desta proposta constou ainda a criação de um procedimento específico para as situações que se afigurem urgentes devido à existência de um perigo atual ou iminente para a vida e/ou integridade física da criança ou do jovem, pelo que a proposta deste procedimento se prende com a celeridade e a tempestividade que devem vigorar na atuação do Estado e da Sociedade quando a situação em concreto preencha os requisitos suprarreferidos.

2.2. Proposta de Lei n.º 339/XII – Exposição dos motivos⁹⁰

A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto demarca a sua extrema importância devido à coordenação entre as entidades competentes na intervenção e a efetiva promoção e proteção dos direitos das crianças e jovens.

Esta Proposta ficou marcada pela nova cultura da criança enquanto sujeito de Direito no Estado Português. Esta nova cultura é marcada pelas mais diversas fontes legais, tal como a CRP e a CDC⁹¹.

Posteriormente, em 2013 surge a Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2013, de 11 de junho que vem determinar a abertura do debate acerca do sistema de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo e, a jusante, do Regime Jurídico da Adoção com a finalidade de ponderar todos os aspetos que se haviam como merecedores

⁸⁹ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 16.

⁹⁰ *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 139, de 28 de maio de 2015.

⁹¹ Aprovada pela *Resolução da Assembleia da República n.º 20/90*, aprovada em 8 de junho de 1990 e ratificada pelo DL DO Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro.

de melhoria para uma melhor e mais eficaz intervenção, quer preventiva quer concreta, na proteção das crianças e dos jovens.

Foi criada, à semelhança do que aconteceu no passado, uma Comissão responsável pelo debate e ponderação dos mais variados aspetos que se consideravam necessários melhorar através de uma revisão do sistema de promoção e proteção das crianças e jovens em perigo. Parte dessas ponderações contou com o contributo das entidades mais relevantes na área da infância e da juventude através de uma participação ativa.

Muitas das sugestões propostas por estas entidades fizeram parte do projeto final que culminou na segunda alteração à LPCJP. Passados 14 anos sobre a entrada em vigor desta lei, e 12 anos sobre a mais significativa alteração ao diploma, o Governo considerou necessária e imprescindível uma nova alteração ao diploma com base na experiência jurisprudencial, doutrinária e técnica que foi sendo adquirida ao longo dos anos através do vigor e aplicação da LPCJP.

Esta Proposta teve como uma das suas finalidades o enriquecimento da funcionalização das ECMIJ através de uma “clarificação e reforço da articulação da intervenção com base no território, reforçando o (...) papel das instituições do setor social na prevenção de situações de perigo para crianças e jovens.”⁹²

Uma outra finalidade consistia numa revisão aprofundada da matéria relativa à prestação de apoio ao funcionamento das comissões de proteção por parte do Estado através de um ampliamiento do apoio prestado, logística e financeiramente.

Destas considerações urgiu a necessidade de criar protocolos cooperativos entre a Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção de Crianças e Jovens e as CPCJ, de modo a melhorar o seu efetivo funcionamento.

Cumpre prestar especial atenção às particulares necessidades identificadas no respeitante ao tema do nosso estudo: o abuso sexual de crianças e jovens dependentes.

Foram identificadas dificuldades de atuação e intervenção das CPCJ quando se tratam de situações de perigo que assumem a forma de crime contra a Liberdade ou Autodeterminação Sexual, quando a sua autoria seja imputável a uma das pessoas a quem caberia dar consentimento para a intervenção das comissões.

⁹² RAMIÃO, Tomé D’Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 17.

Atendendo a esse facto, alargou-se a intervenção judicial a estes casos, pelo que tal resultou na agilização da coordenação entre o processo-crime e o processo de promoção e proteção que é transferido para a instância judicial. Atendendo ao facto de, em determinados casos concretos ser necessário uma intervenção judicial mais intensificada passou a reservar-se ao MP, o juízo de oportunidade relativo à intervenção judicial de promoção e proteção, sempre que considere necessário. Ou seja, poderá isto estabelecer-se mesmo nos casos em que todos os pressupostos estejam preenchidos para a intervenção da CPCJ.⁹³

A juntar ao conjunto de medidas de promoção e proteção estabelecido na proposta anteriormente analisada, esta alteração à LPCJP elencou uma nova medida: a confiança a família de acolhimento com vista à adoção, disposta no artigo 35.º, n.º 1, al. g) da LPCJP – com a finalidade de alcançar, o mais eficazmente possível, uma transição harmoniosa para a criança ou para o jovem.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi um instrumento motivador às alterações feitas ao nível do processo judicial de promoção e proteção, de modo a garantir a defesa dos direitos dos sujeitos processuais.

3. Abuso sexual de crianças e jovens: risco VS perigo

Quando falamos de abuso sexual de crianças e jovens surge a necessidade de trazer à colação a distinção entre as situações de risco e as situações de perigo. Neste âmbito, o legislador teve como objetivo acolher expressamente o conceito jurídico de perigo face ao conceito de risco, considerando este primeiro mais restrito, sendo-lhe atribuída a função legitimadora de intervenção para a proteção.

Tal afirmação encontra-se expressa na Exposição de Motivos da Proposta que deu origem à Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, através do conceito jurídico de “crianças e jovens em perigo”, conceito esse que foi acolhido com base na observação do artigo 1918.º do CC, que elenca um conceito de “crianças em risco” mais alargado. Tal limitação deveu-se ao facto de se considerar que nem todos os riscos são relevantes e

⁹³ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de Proteção...*, Pág. 18.

perturbadores para o livre e adequado desenvolvimento da criança ou do jovem, de tal modo a que requeiram a intervenção do Estado.

O conceito de risco é bastante amplo, quer devido à multiplicidade de concetualizações quer pelas muitas compreensões que da mesma podem ser retiradas.

Mas, é de notar que, neste contexto a que nos referimos, risco e perigo são conceitos distintos. Isto porque existem situações em que o risco não envolve resultados prejudiciais, pelo que nunca se poderá afirmar a existência de uma relação de causalidade, mas sim de probabilidade, sendo nestes casos relevante a acumulação de fatores que, correlacionados podem originar a situação crítica.

No entanto, a letra da lei não definiu este conceito, mas parece-me que podemos concluir que o mesmo pode estar interligado com a situação de urgência mencionada no art. 5, al. c) da LPCJP, situação esta que necessita de uma intervenção adequada, rápida e eficaz. Esta situação de urgência é considerada como uma situação de perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem.

Mas afinal como podemos então distinguir a conceção de risco da conceção de perigo? Pois parece-me que a distinção entre estas concetualizações se prende com a atualidade dos efeitos negativos na vida da criança ou do jovem.

Deste modo, se estivermos perante uma situação atual e com efeitos negativos que se venham a projetar na esfera de vida da criança ou do jovem considera-se que estamos perante uma situação de perigo. Já se estivermos apenas perante indícios negativos que se podem vir a manifestar na esfera jurídica da criança ou do jovem considera-se que estamos perante uma situação de risco.

O legislador alterou a expressão “risco” na LPCJP para outra que considerou mais adequada e que, de modo mais rigoroso conduz ao conceito de perigo, conceito este que se encontra relacionado com a existência de uma situação que ameaça a existência ou os interesses de uma pessoa ou coisa.

A LPCJP, na sua revisão que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2001, considera “perigo” a situação em que a criança ou o jovem é vítima de abusos sexuais, encontrando-se o mesmo previsto no art. 3.º, n.º 2, alínea b) in fine da LPCJP.

Segundo a LPCJP, a intervenção pode ser: judiciária, refletindo-se na precoce intervenção dos tribunais, ou não judiciária, cabendo a intervenção à CPCJ territorialmente competente para o efeito.

É ainda de salientar que se excluem do âmbito de intervenção legal as ações de “prevenção secundária” que se destinam a reduzir ou até mesmo a eliminar ou reduzir fatores de risco através de uma atuação direta no meio envolvente à criança ou ao jovem e aos responsáveis legais. Há que ter em conta que esta ação em nada se confunde com a intervenção preventiva levada a cabo pelas comissões de proteção de crianças e jovens.

A noção de “perigo” é mais restrita do que a noção de “risco”, falando-se ainda da noção de “urgência” ou de “emergência”, aplicáveis às situações em que há um perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da vítima.

No art. 3.º da LPCJP estão previstos os quatro alicerces em que se podem manifestar as situações de maior perigosidade: a segurança, a saúde, a formação e o desenvolvimento da criança. De acordo com o n.º 2 do artigo suprarreferido, a criança ou o jovem pode encontrar-se numa situação de perigo se: verificar-se a desproteção da mesma ou se encontrar-se a viver entregue a si própria, ainda que possua estrutura familiar.

4. Princípios orientadores da intervenção

Para melhor nos debruçarmos acerca do abuso sexual de crianças e jovens e sobre a atuação das comissões de proteção de crianças e jovens cumpre analisar detalhadamente o art.º 4.º da LPCJP esmiuçando cada um dos princípios basilares da intervenção, no âmbito de um processo de promoção e proteção de crianças e jovens.

A estipulação destes princípios foi orientada por uma nova conceção de proteção das crianças e dos jovens demarcada pelo respeito pelos seus direitos concedendo-lhes desde logo um estatuto jurídico pleno.

4.1. Superior Interesse da Criança

A intervenção, quer judiciária quer não judiciária deve nortear-se primordialmente pelos interesses e direitos da criança ou do jovem, de tal maneira que, segundo PAULO

GUERRA falamos aqui do “interesse maior da criança, superior a qualquer outro envolvente no seu processo”.⁹⁴

Deste modo, a intervenção estadual é legítima e é exigida “quando o exercício e o desenvolvimento do poder de autodeterminação da criança são ameaçados por fatores que lhe são exteriores.”⁹⁵

Tendo a concordar com a posição de ALMIRO RODRIGUES quando refere que este princípio se refere ao “(...) direito do menor ao desenvolvimento sã e normal do plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.⁹⁶

Posto isto, compete perceber então o que é, concretamente, o «superior interesse da criança». Ora, o legislador criou este conceito vago, genérico e indeterminado com a finalidade de permitir ao juiz atuar com alguma discricionariedade no caso concreto, e dentro daquilo que são os trâmites legais aplicáveis. A discricionariedade característica deste conceito também permite que o juiz consiga, no caso concreto, adaptar-se às circunstâncias e fazer as suas ponderações com base no grau de desenvolvimento da criança ou do jovem, tendo por base o seu desenvolvimento físico e sociopsicológico.

O Instituto de Apoio à Criança apresentou uma proposta quanto à conceção do que é, legalmente, o “superior interesse da criança”. Consideraram que é necessário ter consciência em relação ao art. 3.º da CDC por determinar que o “superior interesse da criança” é um conceito fundamental quando está em causa a tomada de uma decisão, judiciária ou não judiciária, que tenha correlação direta ou indireta com a criança ou com o jovem. Ressalvam ainda que a manutenção das relações afetivas profundas é um objetivo a priorizar pela importância que tem no desenvolvimento íntegro da criança ou do jovem.⁹⁷

Consideram ainda que a garantia do respeito pelo princípio do superior interesse da criança está associada ao direito de a criança revelar os seus sentimentos e as suas vontades quantos às decisões a serem tomadas, que lhe digam respeito, tal como previsto

⁹⁴ GUERRA, Paulo, Lei da Proteção Pág.36.

⁹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, O Superior Interesse..., Pág.35-42.

⁹⁶ RODRIGUES, Almiro, in “Interesses do menor, contributo para uma definição”, in Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1985, Pág. 18-19.

⁹⁷ INSTITUTO DE APOIO À CRIANÇA, O Superior Interesse da Criança na perspetiva do respeito pelos seus direitos, <https://iacrianca.pt/o-superior-interesse-da-crianca/>

nos arts. 12.º e 13.º da CDC e no art. 3.º al. i) da LPCJP, e conforme já interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Uma das maiores manifestações deste princípio remete-nos para o artigo 84.º da LPCJP e para a consagração de um outro princípio basilar: o direito de audição da criança. Podem considerar-se direitos ou interesses protegidos alguns dos que se encontram constitucionalmente previstos: o direito à integridade moral da criança, disposto no artigo 25.º da CRP, o direito à identidade pessoal, à autonomia e ao desenvolvimento da personalidade, interesses estes consagrados no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, o direito à liberdade pessoal, disposto no artigo 27.º, n.º 1 da CRP, o direito à vida, disposto no artigo 24.º, n.º 1 da CRP e o direito a serem educados pelos pais e a viver com eles, tal como consagrado no artigo 36.º, n.º 5 da CRP.

Quando a criança ou o jovem é vítima de abuso sexual intrafamiliar, este conceito indeterminado pode ser analisado com base em critérios objetivos que devem dar fundamento à determinação do interesse da criança.

Neste tipo de casos, falamos do afastamento do familiar que coloca a criança numa situação de perigo e, caso deste dependa, da reintegração da criança junto de um familiar ou pessoa idónea com quem a criança estabeleça laços afetivos, de modo a salvaguardar a estabilidade emocional da criança o mais possível. Assim, caso o agressor seja o pai ou uma figura de substituição parental deve imediatamente ser-lhe retirada a guarda da criança ou do jovem devendo o mesmo ser entregue à guarda de um familiar ou pessoa com quem a criança ou o jovem se sinta protegido, e apenas caso tal não seja possível, recorrer à sua institucionalização.

A LPCJP não conceituou a noção de «pessoa de referência», mas, considero que a mesma deve ser tida em conta pois é possível encontrar diretrizes sobre esta concetualização na Lei, acerca das responsabilidades parentais e do poder-dever de educação, de acordo com o disposto nos arts. 1878.º e 1918.º do CC, e da consideração da vontade da criança enquanto fator determinante e decisivo nas questões que lhe digam respeito, de acordo com os arts. 1878.º, n.º 2 e 1901.º, n.º 3 do CC.

4.2. Princípio da Privacidade

Ainda que o principal objetivo seja a prossecução da proteção dos direitos da criança ou do jovem, a sua intimidade deve ser respeitada, tal como o seu direito à imagem e à reserva da sua vida privada.

Afirmação deste princípio é o facto de: o processo ser reservado, de acordo com o disposto no art. 88.º da LPCJP devendo na mesma intervir o mínimo de pessoas possível; de o debate judicial apenas poder ser assistido por quem o tribunal respetivamente autorize, de acordo com o previsto no art.116.º, n.º 3; de ser necessária autorização para a consulta do processo, ainda que para fins científicos, não podendo ainda, utilizar dados que de algum modo permitam a identificação da criança ou do jovem.

4.3. Princípio da Intervenção Mínima

A intervenção é exclusivamente exercida pelas entidades e instituições cuja ação se considere indispensável à prossecução do objetivo da mesma: a promoção e proteção dos direitos das crianças e dos jovens. Com isto, tem-se em vista evitar excessos de atuação e sobreposição de atuação de entidades, sejam públicas ou privadas, na vida da criança ou do jovem e da sua família.

4.4. Princípio da Intervenção Precoce

Remete-nos para o facto de a intervenção restringir-se a situações de perigo e urgência conhecidas. Relaciona-se assim com “a oportunidade de intervenção das entidades e pessoas adequadas, no tempo certo, ou seja, logo que a situação de perigo seja detetada ou conhecida”.⁹⁸

⁹⁸ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 42.

4.5. Princípio do Respeito pela Responsabilidade Parental

Este princípio remete-nos para a primordialidade da execução dos deveres e responsabilidades dos pais para com a criança ou o jovem, sempre que tal se aviste como possível.

Reflexo desta ideia é o art. 18.º, n.º 1 da CDC prevendo que a responsabilidade de educar e assegurar o bom desenvolvimento da criança cabe, primordialmente, aos pais tendo sempre em vista o superior interesse da criança.⁹⁹

4.6. Princípio da Prevalência da Família

Este é um princípio conforme o que é constitucionalmente protegido pelo artigo 36.º, n.º 5 da CRP, em harmonização com o artigo 9.º da CDC, que garante a não separação da criança dos pais contra a sua vontade, salvo necessário para assegurar o seu superior interesse.

Este princípio foi alvo de reformulação pela Lei n.º 142/2015, deixando de fazer referência à “sua família”, passando a privilegiar a “família”, seja esta natural ou adotiva, considerando-se um reflexo da prevalência dada às medidas com integração familiar em detrimento do acolhimento em instituições.¹⁰⁰

Esta preferência decorre da importância da família no íntegro desenvolvimento da criança. O direito de toda a criança a ter uma família constitui um direito fundamental.

Assim, a intervenção para a prossecução e proteção dos direitos da criança ou do jovem por parte das entidades e/ou instituições competentes deve ser norteadada pelo princípio “mor”: de que, ainda que a finalidade última seja a efetiva proteção do superior interesse da criança devem, ao máximo, tentar dar prevalência às medidas que integram a criança ou o jovem numa família, seja a biológica ou não. Este é ainda um princípio intimamente relacionado com o princípio da responsabilidade parental.

Segundo PAULO GUERRA, o princípio da prevalência da família não deve ser entendido como uma “afirmação da prevalência da família biológica a todo o custo, mas sim como o assinalar do direito sagrado da criança à família, seja ela a natural, seja

⁹⁹ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 42.

¹⁰⁰ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, Lei de Proteção..., Pág. 43.

adotiva, reconhecendo que é na família que a criança tem as ideais condições de crescimento e desenvolvimento dos afetos”.¹⁰¹

Como tal, a separação da criança ou do jovem da família deve ser uma medida tomada em “ultima ratio”.

4.7. Princípio da Proporcionalidade e Atualidade

A situação de perigo deve ser tal, no momento da tomada de decisão, que se considere a intervenção adequada e necessária, devendo a mesma apenas interferir na vida da criança ou do jovem e na sua vida familiar, na estrita medida do necessário.

Isto porque, de acordo com TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, e estando essa mesma posição refletida nos arts. 1878.º e 1885.º do CC é aos pais que compete, no interesse dos filhos, zelar pela sua saúde, segurança, prover ao seu sustento e educação, e promover o seu desenvolvimento físico intelectual e moral.¹⁰²

Este compromisso é ainda garantido constitucionalmente pelo art. 36.º, n.º 5 da CRP e pelo art. 9.º da CDC daí que, a intervenção estadual deva respeitar o princípio explanado pois essa mesma intervenção representa uma restrição aos direitos fundamentais da criança ou do jovem e dos seus pais.

4.8. Princípio do Direito à Informação

A criança ou o jovem, os pais, representantes legais, ou pessoa a quem esteja a criança ou o jovem confiado têm o direito a serem informados dos seus direitos, dos motivos que originaram a intervenção e sobre o seu processo.

¹⁰¹ GUERRA, Paulo, Lei da Proteção ..., Pág. 37.

¹⁰² RAMIÃO, Tomé D’Almeida. Lei de Proteção..., Pág. 45-46.

4.9. Princípio da Audição Obrigatória e Participação

A criança ou o jovem, os pais, representantes legais, ou pessoa a quem esteja a criança ou o jovem confiado têm o direito a serem ouvidos e a participarem nos atos e na definição da medida que visa a promoção e proteção dos direitos da criança ou do jovem.

4.10. Princípio da Interdisciplinaridade

Tendo a concordar com a existência implícita deste princípio que, não se encontra previsto expressamente no texto da lei, mas o seu intuito é demonstrado e está presente ao longo de todo o diploma. Este princípio remete-nos para a ideia de a intervenção dever ser efetuada “com o contributo dos vários saberes que concorrem na ação protetiva, em conjugação de esforços e de forma articulada”.¹⁰³

4.11. Princípio da Subsidiariedade

De acordo com o artigo 12.º, n.º 1 em conformidade com o artigo 4.º, alínea j) da LPCJP, a intervenção para a promoção e proteção dos direitos das crianças e jovens em perigo é norteado por uma atuação em sistema “pirâmide”, hierarquizada: a atuação é levada a cabo pelas ECMIJ, pelas CPCJ e pelos Tribunais, sucessivamente.

Deste modo, a LPCJP consagrou um sistema que se baseia na intervenção subsidiária e sucessiva das entidades suprarreferidas, em que a intervenção judiciária é subsidiária da intervenção social e administrativa.

Como tal, reserva-se o tribunal como recurso de última instância, ou seja, sempre que a intervenção das entidades primárias sem mostrem insuficientes no combate à situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontra.¹⁰⁴

¹⁰³ GUERRA, Paulo, Lei de Proteção ..., Pág. 36.

¹⁰⁴ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, Lei de Proteção de..., Pág. 46-47.

4.11.1. O princípio da subsidiariedade e o abuso sexual de crianças e jovens

Ao longo dos anos tem-se vindo a discutir se, perante uma situação de perigo consubstanciada no crime de abuso sexual praticado pelos pais, representantes legais ou pessoa detentora da guarda de facto faz sentido as CPCJ atuarem ou se não deveria esta ser matéria da exclusiva competência dos tribunais.

Recorrendo à interpretação da LPCJP, as comissões têm legitimidade e devem intervir sempre que alguma das situações de perigo enumeradas no art. 3.º, n.º 2 da LPCJP se verifique e não seja possível às ECMIJ atuar de forma bastante e adequada de modo a remover o perigo.

Mas, como já referido, para que a CPCJ possa atuar têm que ser prestados os consentimentos necessários e, apenas não o sendo é que a intervenção dos tribunais se verifica.

No entanto, temos que equacionar o facto de este consentimento ser exigido a um dos agressores, ou seja, ao agressor que gerou a situação de perigo.

De modo a atuar conforme o seu legítimo e verdadeiro interesse, as CPCJ devem realizar um diagnóstico de modo a garantir à criança ou ao jovem o seu direito à livre expressão e opinião sobre as questões que lhe dizem respeito nos termos do art. 12.º da CDC e o art. 4.º, al. i) da LPCJP.

A finalidade última do princípio da subsidiariedade é evitar a intervenção das CPCJ enquanto meio de intromissão na esfera da vida privada da criança e, conseqüentemente, da sua família pois, nos casos em que a situação de perigo se trata de um caso de abuso sexual no seio familiar, a sua intervenção pode provocar alterações profundas e irreversíveis no desenvolvimento da criança, física e psicologicamente.¹⁰⁵

Mas, não estaremos assim a conceder demasiado poder à família? Tratando-se de um crime de abuso sexual que surge frequentemente no ambiente intrafamiliar, não estaremos a conceder demasiado poder ao(s) agressor(es)? Considero que a LPCJP foi concedida com a principal finalidade de proteger e representar os direitos e os interesses da criança

¹⁰⁵ CARVALHO, Artur da Silva, in “O Processo Judicial de Promoção e Protecção” in Compilações Doutrinárias, Verbo Jurídico, 2008, Pág.5.

ou do jovem e não os dos seus pais, representantes legais ou pessoa a quem caiba a sua guarda de facto.

Assim, cabendo à família o poder de decidir e consentir a intervenção das CPCJ parece-me que estamos perante um modelo que desprotege a criança ou o jovem pois, tal como refere MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “os interesses dos pais não são os mesmos interesses que os dos filhos e estes sozinhos não podem fazer valer os seus interesses contra os dos pais”.¹⁰⁶

Tendo por base esta fundamentação considero que, quando as situações de perigo se tratem de crimes de abuso sexual, violência doméstica e/ou maus-tratos devem esses casos serem imediatamente encaminhados para o MP e para os tribunais de família.

Posto isto, no caso da intervenção das CPCJ em situação de perigo que consubstancie um crime de abuso sexual, parece elevada a probabilidade de os pais não prestarem o seu consentimento à intervenção, consentimento esse que se tem como necessário. É evidente a incoerência do sistema nestes casos, não se podendo ainda descurar o facto de estar em causa a violação clara dos direitos fundamentais da criança por parte do agressor, a quem, neste caso, cabia a especial responsabilidade de cuidar da mesma.¹⁰⁷

Portanto, considero que, quando se tratem de situações de particular gravidade de tal modo que exijam a rutura com os laços familiares por se considerar uma grave violação dos direitos fundamentais da criança, o superior interesse da criança deve “consumir” o princípio da subsidiariedade. Logo, estas situações deveriam constar no art. 11.º da LPCJP enquanto exceções ao referido princípio.

4.12. Primado da continuidade das relações psicológicas profundas

Este é um princípio que surgiu como uma das alterações trazidas pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro, que protege o respeito pelo direito da criança à preservação das relações afetivas tidas como referências para o saudável e íntegro desenvolvimento da criança ou do jovem visto que, o corte abrupto e infundado destas relações pode provocar danos e

¹⁰⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, O poder paternal ..., Pág. 58.

¹⁰⁷ GIL, Ana Rita, “A garantia de Habeas Corpus no contexto de aplicação de medida de promoção e proteção de acolhimento residencial, Comentário ao Acórdão do STJ de 18/01/2017” in *Revista Julgar*, Lisboa, outubro, 2017, Pág. 10.

sofrimento psicológico à criança ou ao jovem, entrando esta situação em contraposição com o ideal primórdio a proteger e defender: o superior interesse da criança.

A consagração pelo legislador do direito da criança à preservação das suas ligações psicológicas profundas, em especial no que respeita à continuidade das relações estruturantes e do interesse da criança ou jovem tem sido reconhecido na interpretação das normas vigentes.¹⁰⁸

Assim sendo, a intervenção deve pautar-se pela prevalência de medidas que garantam, o mais possível, a continuidade da vinculação às relações afetivas da criança ou jovem.

4. Alterações à LPCJP (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro)

4.1. Antecedentes às Reformas da LPCJP

O sistema jurídico português priva pela proteção do superior interesse da criança como justificativo de uma adequada e eficaz intervenção judiciária.

Vários são os diplomas que dizem respeito aos Direitos das Crianças e dos Jovens. Entre eles podemos destacar o regime jurídico condensado na Organização Tutelar de Menores, previsto no DL n.º 314/78 de 27 de outubro, que sofreu alterações resultantes da publicação de vários diplomas legais que foram fulcrais para que existisse uma efetiva mudança de paradigma neste âmbito.

Como tal, muitas foram as inovações à intervenção não judiciária e judiciária junto das crianças e jovens em perigo ou em situação de delinquência. Quer devido à Lei n.º 133/99, de 22 de agosto – 5.ª Alteração à Organização Tutelar de Menores, como à Lei n.º 147/99, de 1 de setembro – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo e à Lei n.º 166/99, de 14 de setembro – Lei Tutelar Educativa é que foi possível denotar estas alterações e inovações na intervenção do Estado Português.

Uma das críticas denotadas ao longo dos tempos foi a falta de diferenciação entre a intervenção respeitante a crianças delinquentes e a intervenção relativa a crianças com necessidades de assistência.

¹⁰⁸ Cf. LEANDRO, Armando, *Infância e Juventude*, N.º 90/1, Pág. 9-34.

Abundantes foram as alterações a nível da intervenção tutelar para que a mesma pudesse ser mais eficaz, alterações essas que advieram de uma reforma que há muito se impunha, defende PAULO GUERRA.¹⁰⁹

Vários são os princípios primordiais acolhidos no que toca à proteção das crianças, princípios esses que foram, ao longo dos anos, se consolidando através dos instrumentos normativos nacionais e internacionais.

Entre todos eles, considero estes serem os fulcrais: a criança é uma pessoa humana; os Direitos Humanos também são direitos das Crianças; a criança é um ser autónomo e completo; o facto de ser diferente não lhe reduz a autonomia jurídica; a criança tem uma cultura própria pelo facto de ser criança; a criança deixa de ser um mero objeto de direitos para ser deles sujeito, o conceito cada vez mais densificado de interesse da criança; as culturas da criança impõem-se aos direitos - a criança deve ter uma boa qualidade de infância; o legislador e o intérprete não devem só saber quais são esses direitos, mas ter perante eles uma atitude dinâmica; não se podem adaptar à criança os direitos dos adultos.

Assim, podemos dizer que se assiste à criação “*ex novo*” de um direito próprio da criança.

É com base nesta conceção que surge a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, e alterada em 2003 e 2015, respetivamente pelas Leis n.º 31/2003 de 22 de agosto e n.º 142/2015, de 8 de setembro.

De acordo com o artigo 1.º da LPCJP, este diploma tem como objetivo¹¹⁰ a promoção e proteção dos “direitos individuais, sociais, económicos e culturais da criança ou jovem, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral”.¹¹¹

Esta Lei foi criada com o objetivo de defender a intervenção para todas as crianças e jovens que se encontrem em perigo, que residam ou que se encontrem em território português, independentemente da sua nacionalidade ou da conexão do caso com outros Estados.

¹⁰⁹ GUERRA, Paulo, *As novidades legislativas...*, Pág. 23-68.

¹¹⁰ Objetivo reconhecido expressamente na exposição dos motivos incluída na proposta de lei n.º 265/VII, *Diário da República*, 2.ª Série A, n.º 54, de 17 de abril de 1999.

¹¹¹ RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de Proteção...*, Pág. 132.

A Reforma de 2015, já suprarreferida entrou em vigor no dia 1 de outubro de 2015, sendo acompanhada de uma norma transitória – artigo 6.º - até à entrada em vigor do diploma a que se refere o n.º 2 do artigo 53.º da LPCJP. Sistematizando, a Reforma de 2015 alterou muitos artigos, aditou alguns, e revogou outros tantos.

Uma das alterações levadas a cabo nesta revisão a foi a eliminação do termo “situação de urgência”, essencialmente usado associado aos procedimentos de urgência – artigos 91.º e 92.º - dando lugar ao termo “emergência”, passando a abranger as situações de perigo atual ou iminente.

Por fim, em 2017, a revisão feita à LPCJP veio determinar que se considera «jovem», para efeitos do respetivo diploma, “a pessoa até aos 25 anos sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional”.

4.2. Relação com a Reforma de 2015 e a atuação das CPCJ

As CPCJ, enquanto instância intermédia foram reestruturadas através de algumas novidades que surgiram com a Reforma de 2015.

Surge uma especial preocupação para com o cumprimento do dever de colaboração por parte dos serviços públicos, as autoridades administrativas e entidades policiais para com as CPCJ abrangendo também o dever de informação e de emissão de certidões, relatórios ou outros documentos necessários aos olhos da CPCJ, no âmbito da sua intervenção.

Esta Reforma também trouxe algumas novidades no que respeita à proteção de dados pois a CPCJ pode, quando achar necessário proceder ao tratamento de dados pessoais sensíveis, desde que o faça com respeito pelo artigo 7.º, n.º 3, alínea h) da Lei de Proteção de Dados, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro.¹¹²

Em relação ao apoio ao funcionamento logístico, financeiro e administrativo das CPCJ, o mesmo deve ser assegurado pelos municípios podendo para esse efeito serem criados protocolos de cooperação com os serviços do Estado representados na Comissão Nacional.

¹¹² GUERRA, Paulo, *As novidades legislativas...*, Pág. 23-68.

A conexão entre todas estas alterações e novidades deve ser articulada com a publicação do Decreto-Lei n.º 159/2015 de 10 de agosto, que criou a Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens. Este diploma veio revogar o Decreto-Lei n.º 98/98, de 18 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 65/2013, de 13 de maio, diploma este que entrou em vigor em 10 de outubro de 2015.¹¹³

¹¹³ GUERRA, Paulo, *As novidades legislativas...* Pág. 23-68.

CAPÍTULO V – A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo: Intervenção

1. Legitimidade de intervenção: pressupostos

Para que se aplique a LPCJP devem estar preenchidos três requisitos cumulativos: tratar-se de uma criança ou jovem; encontrar-se numa situação de perigo; residir ou encontrar-se em território nacional¹¹⁴.

Deste modo, a nacionalidade da criança é irrelevante no âmbito de aplicação desta lei pois desde que se trate de uma criança ou de um jovem que se encontre numa situação de perigo, deverá ser-lhe garantido o direito à proteção e à defesa dos seus direitos sendo este concebido de acordo com o estabelecido pela Convenção de Haia de 1961, ratificada pelo DL n.º 48/494, de 22 de julho de 1968; e com o art. 2.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças.

A legitimidade de intervenção consta explanada no artigo 3.º da LPCJP e, neste mesmo artigo surge uma alteração introduzida pela Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro – a al. d) do n.º 2 do artigo referido.

A legitimidade para intervir urge da circunstância de a criança ou o jovem se encontrar em situação de perigo, sendo essa situação provocada pelos sujeitos devidamente elencados no referido artigo.

O perigo a que se refere o articulado mais não é do que uma situação de facto que esteja a ameaçar a criança ou o jovem, não sendo exigida a efetiva verificação da lesão. Posto isto, basta apenas que exista um real ou muito provável perigo.

No entanto, a situação de perigo tem de ser atual, princípio este que se pode depreender tacitamente da redação do artigo 111.º da LPCJP pelo facto de se entender que o processo deve ser arquivado no caso de a situação de perigo não subsistir.

Numa última abordagem considero relevante deixar em nota que a al. h) do artigo 3.º da LPCJP apenas foi introduzida na alteração ao diploma levada a cabo pela Lei n.º 26/2018, de 5 de julho, tendo em vista a regulamentação da proteção jurídica das crianças

¹¹⁴ Cf. art. 2.º LPCJP.

e jovens de nacionalidade estrangeira acolhidos em instituições do Estado ou equiparadas.¹¹⁵

2. Análise ao n.º 2 do artigo 3.º da LPCJP: o abuso sexual de menores dependentes

Primeiramente, compete notar que o n.º 2 do art.º 3.º da LPCJ contém nas suas alíneas um elenco meramente indicativo de situações em que o legislador considera existir uma situação de perigo para a criança ou o jovem.

Salientando agora que na alínea que mais nos interessa – a alínea b) – encontra-se disposto que a criança ou o jovem encontra-se em perigo quando sofre maus-tratos físicos ou psíquicos ou quando é vítima de abusos sexuais.

Ora atendendo à última das condutas referida na alínea, o abuso sexual de que a criança ou o jovem é vítima refere-se ao envolvimento da mesma em atividades sexuais ou à sujeição de práticas sexuais com adultos que, devido à imaturidade e desenvolvimento próprio da idade, não são capazes de compreender. Isto porque, na grande maioria das vezes a criança ou o jovem consentem a prática sexual sob ameaça, não dispoem de maturidade e efetivo comando sobre o seu livre-arbítrio.

Posto isto, tendo a considerar que uma criança ou um jovem, vítima de abusos sexuais levados a cabo por um membro familiar – cabendo na teleologia da alínea b) – consequentemente, sofre maus-tratos psicológicos que afetam gravemente a sua segurança e o seu equilíbrio emocional pelo que, assim sendo, também cabem na teleologia da norma elencada na alínea e), referenciada como situação de perigo.

No entanto, nem sempre as acusações de abuso sexual são levadas a sério quando resultam das declarações da criança ou do jovem, sendo que, o primeiro pensamento é de que as declarações foram inculcadas por um dos progenitores.

A este respeito analisemos o Ac. da Relação de Lisboa de 19-05-2009, Processo N.º 2190/03.1TBCSC-B.L1-7¹¹⁶. Uma criança do sexo feminino com sete anos de idade recusou as visitas do pai porque o acusava de abuso sexual declarando que o pai lhe mexia

¹¹⁵ Surge na sequência do Projeto de Lei n.º 683/XIII/3.º, apresentada pelo Bloco de Esquerda.

¹¹⁶ Acórdão do TRL, Processo N.º 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, Relator: ARNALDO SILVA, de 19-05-2009.

“no corpo todo e no pipiu”¹¹⁷. Por decisão do Tribunal Judicial de Fronteira, a criança foi institucionalizada com o objetivo de, segundo o tribunal, reconstruir o caráter da criança de modo a promover o restabelecimento da relação com o pai e suspendendo temporariamente as visitas da mãe, referência irreverente da criança desde o seu nascimento.

Ora, concordo com MARIA CLARA SOTTOMAYOR ¹¹⁸quando defende que esta decisão do tribunal reflete a objetivação da criança, deixando esta de poder dispor de afetos e do seu direito fundamental a participar no processo, sendo-lhe negado o direito de audição, direito este salvaguardado pelo art. 12.º da CDC e pela LPCPJ, pelo que, o tribunal não considerou as suas declarações, opinião e sentimentos valorizando apenas as declarações do adulto, ainda para mais, progenitor esse que não detinha a guarda da criança. Para além disso, há que ter em conta os danos que podem ter sido provocados à criança por ter sido afastada, sem razão aparente, da sua mãe que sempre cuidou dela e a educou. Sem a pessoa de referência, fica prejudicado, no essencial, o bom e saudável desenvolvimento da criança.

Ora, ainda que seja um dever constitucionalmente previsto¹¹⁹ pode concluir-se que no caso *sub judice* estamos perante um excesso de intervenção por parte do Estado, atuação essa violadora do art. 4.º da LPCJP, no que respeita aos princípios que orientam esta intervenção – art. 4.º, n.º 1 als. a), d), e), g), h), j).¹²⁰

Quando se tratam de casos de alegações de abuso sexual, os tribunais e os psicólogos nomeados pelo mesmo para determinar a situação psicológica da criança ou do jovem vitimizado tendem a crer que uma criança abusada tem que demonstrar insegurança e medo quando está com o abusador, ao invés do usual sentimento de alegria e laços afetivos. Ora é de ter em conta que não existe qualquer demonstração empírica que sustente esta afirmação. Ainda para mais, é determinante ter em atenção as características que muitas vezes marcam os casos de abuso sexual de crianças ou jovens: a ameaça, chantagem e a manipulação emocional.

¹¹⁷ Acórdão do TRL, Processo N.º 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, Relator: ARNALDO SILVA, de 19-05-2009.

¹¹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito...*, Pág. 302.

¹¹⁹ Cf. art. 69.º, n.º 2 da CRP.

¹²⁰ Cf. arts. 25.º, 26.º e 69.º da CRP.

3. Competência para a Intervenção

Os arts 6.º a 11.º da LPCJP regulam a “intervenção para a promoção da criança e do jovem em perigo”, respeitando o princípio da subsidiariedade, já anteriormente referido.

3.1. Intervenção das Entidades com competência em matéria da infância e juventude

Tratam-se de entidades que se encontram na primeira linha de intervenção, entidades estas que não têm competência para aplicar medidas de promoção e proteção, conforme disposto no art. 38.º da LPCJ, pelo que, quando a sua atuação se mostre insuficiente devem comunicar a situação às CPCJ, nos termos do art. 65.º, n.º 1 da LPCJP.

Falamos de entidades como: as Autarquias, o Instituto da Segurança Social, as Instituições Particulares de Solidariedade Social, o Instituto de Apoio à Criança, o SOS Crianças, Hospitais, entre outros.

No que toca à intervenção das entidades policiais, no âmbito da LPCJP, as mesmas detêm uma intervenção com sentido mais preventivo do que repressivo. A intervenção policial ocorre com a finalidade de comunicar às ECMJI e à CPCJ as situações de perigo, de acordo com o previsto nos artigos 7.º, 8.º e 64.º da LPCJP. De acordo com o artigo 6.º da LPCJP, a sua intervenção pode ser requerida por qualquer pessoa que tenha conhecimento da situação de perigo.

Surge uma questão neste âmbito: deste modo, só poderá a polícia intervir a pedido das entidades elencadas no artigo 7.º da LPCJP? Ora, considerando a finalidade última da intervenção policial – a prevenção e vigilância de modo a que se mantenha a ordem, a segurança e a tranquilidade pública garantindo a segurança das pessoas podemos concluir que se pode considerar que a intervenção policial pode e deve ser efetuada por sua iniciativa, tendo por base o conhecimento social onde desempenha a sua atividade devendo o mais brevemente possível comunicar a intervenção ao MP, tal como previsto no artigo 91.º, n.º 2 da LPCJP.

A polícia é a entidade que se encontra mais próxima dos cidadãos e em melhor posição para intervir em defesa dos mesmos. Em relação às crianças e jovens que se

encontram numa situação de perigo que consubstancie risco de vida ou à sua integridade física devem os mesmo atuar de forma a evitar ou a eliminar essa situação de perigo.

PAULO GUERRA defende a fixação de um modelo de intervenção em dois níveis. Num primeiro nível, a definição de tipologia de situações de perigo para a criança ou jovem que permita encontrar modelos de intervenção para as ECMIJ em função da sua área de intervenção. Num segundo nível, a definição de um conjunto de orientações para cada ECMJI.¹²¹

Isto porque considera que a solução dada pela LPCJP, através da obrigatoriedade de modelos de intervenção definidos são muito restritivos. Concorde que a melhor solução seria definir amplamente e de forma ambígua o modelo é a forma mais adequada por forma a que se reserve a cada entidade um determinado tipo de intervenção, com regras próprias.

Assim, com a fixação dos modelos propostos por PAULO GUERRA, e através da consulta de documentos com as respetivas orientações, facilmente se chegariam às soluções a serem preconizadas em cada caso, ou seja, a quem cabe a intervenção, ainda que a mesmo possa ser complementada.¹²²

Sempre que se considere crime os factos que constituem a situação de perigo, as ECMIJ e as CPCJ devem, de imediato, comunicá-los ao MP ou às entidades policiais já suprarreferidas, de acordo com o disposto no art. 70.º, n.º 1 da LPCJP.

3.2 Intervenção das CPCJ

A intervenção das CPCJ inicia-se quando se esgota, sem sucesso, a intervenção das entidades de primeira linha. Se estas não conseguirem atuar de forma adequada e suficiente para a remoção do perigo, há que remeter a situação de perigo para as entidades de segunda linha do sistema protetivo: as CPCJ.

As CPCJ são instituições oficiais não judiciárias, autónomas, de cariz pluridisciplinar e pluri-institucional que devem privar pelo respeito pela imparcialidade e independência.

¹²¹ GUERRA, Paulo, *Lei de Proteção...*, Pág. 186-188.

¹²² GUERRA, Paulo, *Lei de Proteção...*, Pág. 186-188.

De acordo com o art. 15.º da LPCJP, as CPCJ exercem a sua competência na área do município onde têm a sua sede, e funcionam em: comissões de modalidade alargada, competentes no desenvolvimento de ações de promoção dos direitos e de prevenção das situações de perigo, e comissões de modalidade restrita, competentes na intervenção de situações concretas em que uma criança ou jovem está efetivamente em perigo. Estas modalidades encontram-se devidamente previstas nos art. 17.º a 22.º da LPCJP.

Tal como em relação à intervenção das entidades de primeira linha a sua intervenção depende do consentimento expresso dos pais, representante legal, ou da pessoa com a guarda de facto (conceito expresso no artigo 5.º, alínea b) da LPCJP) e da não oposição da criança com idade igual ou superior a 12 anos.

Em relação ao consentimento dos pais, a intervenção das CPCJ depende do consentimento prestados por ambos os progenitores, mesmo nos casos em que apenas um deles exerça as responsabilidades parentais.

Tal exigência vai de encontro à matriz constitucionalmente prevista pelo artigo 36.º, n.º 6 da CRP, o qual é defendido que as decisões que constituam restrições aos poderes-deveres dos pais em relação aos filhos são da competência exclusiva dos tribunais, a não ser que os mesmo consintam na intervenção de uma entidade não judicial.

O consentimento (dos pais, representantes legais, pessoa com a guarda de facto, da criança) pode ser obtido em vários momentos, entre eles, na instauração do processo e na fase de instrução, no acordo de promoção e proteção ou no momento da revisão da medida.

As CPCJ podem aplicar as medidas de promoção de direitos e proteção previstas no art. 35.º, excecionando-se a alínea g), a qual é da exclusiva competência dos tribunais, nos termos do disposto no art. 38.º da LPCJP.

3.2.1. Avaliação do risco/perigo de abuso pela CPCJ

A intervenção, quer por parte das CPCJ quer pelas restantes instâncias de controlo relativamente à deteção dos casos de abusos sexuais de crianças e jovens deve cumprir alguns trâmites processuais. A deteção da situação de abuso sexual pode dever-se a denúncias, desde que fundamentadas e sérias, que podem ser feitas por qualquer pessoa

que tenha conhecimento da situação de abuso, podendo sempre manter o seu anonimato; ou pelos serviços de atendimento de apoio às crianças e às famílias.

A partir daí deve proceder-se à proteção da criança que se encontra na situação de abuso, ou seja, em situação de perigo, de forma mediata ou imediata. Para se determinar qual a forma mais adequada de atuação deve proceder-se ao diagnóstico, caso a caso, de modo a averiguar qual o melhor procedimento ou qual a melhor medida a aplicar tendo em conta o caso concreto.

Posto isto, é produzido um projeto de recuperação da criança e da família, por uma equipa destinada para tal, incentivando-se em todo o caso a colaboração da família para que se alcance o melhor plano possível para a criança vítima dos abusos. Por último procede-se à execução do projeto suprarreferido com a cooperação ativa de entidades responsáveis pelo acompanhamento.¹²³

Assim, pode no decorrer do processo criminal suceder-se a desistência da queixa, quando esta exista. Ora se a mesma fosse considerada, segundo PAULO GUERRA, “cairia por terra a possibilidade de levar a bom termo a prossecução do real e supremo interesse”¹²⁴ da criança ou jovem que, também é alcançado através do processo-crime pela condenação e punição do agressor.

Assim sendo, cumpre analisar a situação possível de arquivamento do processo-crime por homologação de uma efetiva desistência. Para isso recorro à interpretação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31-05-2000, Processo n.º 272/2000.¹²⁵

Ora, no processo comum, o MP acusou X imputando-lhe a autoria material de um crime continuado de abuso sexual de criança pelas disposições do art. 172.º, n.º 2, art. 177.º, n.º 1, al. a) e n.º 3, e art. 30.º, n.º 2 do CP. O crime de abuso sexual foi exercido pelo arguido à sua filha Y, durante um período de cinco anos. Por receio de que o pai fosse preso, a menor Y nunca contou o sucedido apenas o tendo feito quando foi confrontada com uma gravidez, e somente quando a mesma se tornou notória e observável. O arguido ficou em prisão preventiva, mas a esposa do arguido, mãe da criança vítima do abuso perdoou-lhe o sucedido e tanto ela como os restantes filhos do arguido queriam que o mesmo regressasse a casa, à exceção da menor Y, vítima do abuso.

¹²³ GUERRA, Paulo, O abuso sexual..., Pág. 57-58.

¹²⁴ GUERRA, Paulo, O abuso sexual..., Pág. 57-58.

¹²⁵ Ac. STJ, Proc. N.º 272/2000, de 31-05-2000, Relator: Leonardo Dias.

Nestes casos, o interesse da vítima tem que ser prosseguido através do processo protetivo, mas também através do processo criminal, sendo essa necessária proteção prevista no artigo 40.º do CP, pela proteção de bem jurídico necessário.

3.3 Intervenção dos Tribunais

A intervenção dos tribunais é a intervenção de última instância por respeito ao princípio da subsidiariedade, tendo lugar quando estiver preenchida uma das alíneas do artigo 11.º da LPCJP.

Aludindo às situações que preconizam a intervenção dos tribunais devemos agora atender a uma novidade da reforma de 2015, que urge na alínea b). Surge neste âmbito uma problemática: quando o legislador se refere a “não haja sido indiciada” pretende referir-se às fundadas suspeitas a que alude o artigo 58.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, respeitante aos efeitos de constituição obrigatória de arguido ou à afirmação de “fortes indícios” para efeitos de aplicação de medida de coação em sede de primeiro interrogatório judicial.

Ora, partilho do entendimento de PAULO GUERRA no qual se deve entender que basta a mera imputação do facto ou mesmo a formulação da queixa, visto que o que o legislador pretendeu foi evitar que, em casos de abuso sexual intrafamiliar possa existir um processo de promoção e proteção numa CPCJ e um processo criminal que imponha a judicialização do primeiro.¹²⁶ Atente-se que apenas estão aqui em causa os crimes contra a Liberdade ou Autodeterminação Sexual, excluindo-se os crimes contra a Liberdade Pessoal.

Surge ainda a necessidade de atentar à alínea b), que procurou uma solução que permitisse eliminar as dificuldades de obtenção de acordo para a intervenção da Comissão e agilização do procedimento judicial de promoção e proteção com o processo criminal, quando se tratem de situações em que a criança ou o jovem sejam vítimas de ilícitos criminais, por exemplo, no caso de abuso sexual de menores dependentes, nos termos do artigo 172.º do CP.

¹²⁶ GUERRA, Paulo, Lei de Proteção..., Pág. 37.

Tal foi explicitado na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 339/XII: “As particulares dificuldades suscitadas na intervenção das comissões de proteção nos casos em que a situação de perigo que legitima a referida intervenção assumia a forma de crime contra a Liberdade ou Autodeterminação Sexual, sendo a sua autoria imputável a uma das pessoas de cujo o consentimento depende a intervenção das comissões, nos termos da lei, conduziu ao alargamento da intervenção judicial a tais casos, agilizando-se paralelamente, por tal via, a interação entre o processo-crime e o processo de promoção e proteção que passa a decorrer na instância judicial”.¹²⁷

Portanto, com isto, basta que a pessoa que deva prestar consentimento nos termos previsto no art. 9.º da LPCJP haja sido indiciada pela prática de crime contra a Liberdade ou Autodeterminação Sexual que vitimize a criança ou o jovem que se encontra em situação de perigo e carece de proteção, para que a mesma seja constituída arguida, nos termos do art. 58.º, n.º 1 do CCP.

Surge ainda no artigo 11.º, n.º 2 da LPCJP uma cláusula que determina que a intervenção judicial tem lugar, simultaneamente, quando perante a situação de perigo, existe uma especial relação da criança ou do jovem com quem a provocou, ou ao conhecimento de anterior incumprimento reiterado de medida de promoção e proteção por quem deva prestar consentimento o MP, entenda que, no caso concreto, não se mostra adequada a intervenção da CPCJ.

Com a expressão “especial relação da criança com quem a provocou” o legislador pretendeu abarcar aqui a figura dos padrastos, madrastas, familiares agressores sexuais de outra índole.

Também a alínea g), do n.º 1 do artigo 11.º da LPCJP menciona a criança ou o jovem como tendo legitimidade para instaurar o processo, à luz do exposto no artigo 105.º, n.º 2 da LPCJP.

Por fim, em relação à atuação dos Tribunais, existem algumas orientações que devem ser tidas em consideração. Tratando-se de acusações de abuso sexual devem as mesmas ser investigadas por profissionais especializados, pela frequência de seminários

¹²⁷ Proposta de Lei n.º 339/XII, *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 139, de 28 de maio de 2015.

de formação contínua e de preparação intensa para o bom tratamento destes casos¹²⁸. Devem ainda ter em conta o facto de não serem permitidas valorações a alegações de alienação parental aquando de processos relacionados com abuso sexual de crianças e jovens.

3.4 Intervenção do Ministério Público

O MP, enquanto entidade encarregue de executar a política criminal definida pelos órgãos de soberania deve exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e de objetividade, nos termos do art. 219.º, n.º 1 da CRP e dos arts. 53.º, n.º 1 e 262.º, n.º 2 do CPP, devendo representar a criança ou jovem, privando pela sua proteção e a dos seus interesses.

O MP garante a intercomunicabilidade entre as CPCJ e os tribunais de modo a efetivar o modelo de sistema de intervenção mista. A LPCJP prevê duas formas de abertura do processo de promoção e proteção, através do conhecimento officioso e do conhecimento indireto da situação de perigo. Ou seja, neste caso o conhecimento depende da comunicação dessa mesma situação pelas outras entidades.

Por respeito ao princípio da subsidiariedade, sempre que o MP tenha conhecimento de alguma das situações enumeradas no art. 3.º da LPCJP no exercício de funções deve, de imediato, fazer o encaminhamento do caso para as CPCJ, excecionando-se a situação de, no caso em que se verifica o perigo para a criança ou jovem, não esteja instalada comissão de proteção, exceção essa prevista no art. 64.º, n.º 1 da LPCJP, podendo nestes casos, o MP proceder à abertura do processo judicial de imediato.

Sempre que a intervenção das comissões tenha em vista a aplicação da medida de proteção de confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a futura adoção deve o caso ser remetido para o MP, resultando na obrigatoriedade de abertura de processo judicial de promoção e proteção pois estas são medidas que são da competência exclusiva dos tribunais, como previsto no art. 38.º da LPCJP.

¹²⁸ Cf. MEIER, Joan S., *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Research Reviews*, 2009, Pág. 12.

3.4.1 A intervenção do MP em cooperação com a decorrência do Processo Criminal

O MP tem uma especial importância no objetivo último a alcançar, por isso, o titular do exercício da ação penal, pode representar a criança ou o jovem na providência tutelar cível e, caso não o faça deve em todo o caso zelar pela defesa dos interesses do mesmo.

O exercício da representatividade da criança ou do jovem é conferido pelo artigo 72.º, n.º 3 da LPCJP. Mesmo no exercício da ação penal, o magistrado do MP defende, primordialmente, os interesses da vítima.

Ora, com a Reforma de 2007 do CP, os crimes sexuais praticados contra crianças e jovens (excetuando-se os atos sexuais com adolescentes) passaram a ser considerados crimes públicos aceitando-se com isso que, o interesse da criança ou jovem vítima justifica sempre a abertura de um processo-crime, mesmo que contra a vontade do mesmo. Ou seja, a incriminação do agressor subsiste em prol da salvaguarda de um bem jurídico maior que o legislador acho por bem proteger, associado à prática sexual.¹²⁹

RUI DO CARMO defende a importância deste papel do MP no processo criminal, sobretudo no que diz respeito à direção do inquérito “especialmente tendo em vista a necessidade de prevenir os riscos de vitimização secundária, para o que há que acompanhar com especial cuidado e frequência o desenvolvimento das diligências de investigação e de recolha de prova (...) e assegurar o não desvendamento público da intimidade da vítima”.¹³⁰

A previsão referente à prescrição do crime de abuso sexual de crianças e jovens tem como finalidade permitir que uma criança ou jovem que, por exemplo, tenha sido abusado sexual em tenra idade, possa denunciar o agressor e o crime a que foi sujeito numa idade mais avançada, com que se sinta mais à vontade e maturo.

Assim, quando chegam a tribunal casos referentes a indícios de abuso sexual deve o mesmo respeitar a vontade da criança, mesmo que tal implique suspender as visitas do progenitor agressor com a finalidade de investigar os factos de modo a alcançar a maior

¹²⁹ ALFAIATE, Ana Rita, “Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual” in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, Pág. 715-739.

¹³⁰ CARMO, Rui do, *O abuso sexual de ...*, Pág.65.

proteção possível para a criança. Além disso, o tribunal deve de imediato comunicar a denúncia ao Tribunal Criminal por se tratar de um crime público.¹³¹

Se o processo-crime proceder e a sentença for condenatória, o progenitor agressor deve ficar inibido do exercício das suas responsabilidades parentais.¹³² Já se o processo-crime for arquivado ou a sentença for de absolvição tal não resulta numa presunção de falsa denúncia quanto à situação de abuso sexual, apenas que a mesma não ficou provada.

Em suma, cumpre salientar a especial importância do MP na coordenação entre o processo-criminal e o processo de promoção e proteção de modo a facilitar as comunicações que se tenham como necessárias, mesmo no sentido de alcançar decisões consonantes.¹³³

4. Medidas de promoção dos direitos e de proteção

Como já vimos anteriormente, a intervenção das CPCJ pressupõem a aplicação de medidas de promoção e de proteção, que se encontram previstas no art. 35.º da LPCJP, com vista ao afastamento do perigo em que a criança ou o jovem se encontra, de modo a oferecer-lhe condições que permitam a proteção e a promoção da sua segurança, educação, saúde, bem-estar e desenvolvimento integral.

As medidas aplicadas, quer pelas CPCJ, quer em âmbito de processo judicial integram um acordo de promoção e proteção, nos termos do art. 36.º da LPCJP. Nestes acordos são evidentes: o respeito pelo princípio da responsabilidade parental, por forma a que os pais cumpram os seus deveres para com os filhos; e o princípio da audição obrigatória e participação da criança nos assuntos que lhe digam respeito.

Ora são medidas executadas em meio natural de vida: o apoio junto dos pais ou de um deles, o apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea e o apoio para autonomia de vida. Todas estas medidas encontram-se regulamentadas pelo DL n.º 12/08, de 17 de janeiro. Enquadra-se neste grupo ainda uma outra medida: a confiança a pessoa

¹³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas dos Direitos...*, Pág. 213.

¹³² Cf. arts. 179.º, al. a) e 152.º, n.º 6 do CP e os arts. 1913.º e 1915.º do CC.

¹³³ CARMO, Rui do, "Declarações para memória Futura – Crianças Vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual" in Revista do Ministério Público, N.º 134, Abril – Junho, 2013, Pág. 117-147.

selecionada para adoção. No entanto, esta difere-se das restantes porque apenas pode ser atribuída pelos tribunais pelo facto desta medida não poder ser aplicada a título cautelar.

Por outro lado, são medidas em regime de deslocação: o acolhimento familiar, o acolhimento residencial e a confiança a família de acolhimento ou a institucionalização com vista à futura adoção. A confiança a pessoa selecionada para adoção difere-se das restantes porque apenas pode ser atribuída pelos tribunais pelo facto desta medida não poder ser aplicada a título cautelar.

Podem ser aplicadas, a título cautelar, todas as medidas de promoção e proteção contidas no artigo 35.º, n.º 1 da LPCJP, desde que as mesmas sejam decretadas pelo tribunal.

No entanto, para que as mesmas se possam aplicar, urge a necessidade de preencher um de dois requisitos: tratar-se de um procedimento de urgência, de acordo com o artigo 92.º, n.º 1 da LPCJP ou ser aplicada uma medida enquanto se procede à averiguação adequada da situação da criança e à definição da intervenção definitiva.

Estas medidas só podem ser aplicadas por um prazo máximo de seis meses devendo sempre ser efetuada uma revisão à medida passados três meses de a mesma ter sido decretada. No entanto, tende-se a defender que a duração máxima da medida é um elemento meramente indicativo pelo que, decorrendo o respetivo prazo na sua totalidade, pode não se extinguir a medida, mas sim fundamentar e defender a sua prorrogação.¹³⁴

Ora, nestes casos, a jurisprudência portuguesa já teve oportunidade de ser pronunciar e posicionar. Exemplo disso é o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 01-07-2004, Processo N.º 1663/04-2¹³⁵, no qual o tribunal entendeu que a medida cautelar, no caso concreto – acolhimento em instituição, não poderia exceder em situação alguma o prazo máximo dos seis meses cessando essa medida nesse prazo e quando não tenha sido decretada uma outra medida.

¹³⁴ GUERRA, Paulo, Lei de proteção de ..., Pág. 258- 262.

¹³⁵ Ac. do TRE, Processo N.º 1663/04-2, de 01-07-2004, Relator: Almeida Simões.

4.1 Medidas no meio natural de vida

Desde logo, cumpre notar que legislador estabelece uma ordem de preferência, dando prioridade às medidas de promoção junto da família e, em *ultima ratio*, a institucionalização.

Todas as medidas no meio natural de vida têm em vista o respeito pelo princípio da prevalência da família de modo a permitir à criança ou jovem o direito a viver um ambiente familiar tranquilo, normal e afável.

Neste sentido, podemos concluir que a medida primordial é a medida de apoio junto dos pais, prevista no art. 39.º da LPCJP por representar, na íntegra, o princípio da prevalência da família, proporcionando à criança ou ao jovem o “apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica”, como previsto no art. 1877.º e seguintes do CC.

Quanto ao apoio junto dos pais, enquanto medida executada no meio natural de vida, há que atender ao facto de a sua duração dever ser estabelecida no acordo de promoção e proteção ou na decisão judicial, mas que nunca deve ser superior ao prazo de um ano. No entanto, e a título excepcional, este mesmo prazo pode ser prorrogado até aos 18 meses nos casos em que o superior interesse da criança assim o exija.

Quanto ao apoio junto de outro familiar, enquanto medida executada em meio natural de vida, deve ser estabelecida uma duração nunca superior a um ano e deve o mesmo ser estabelecido no acordo de promoção e proteção. Tal como no caso suprarreferido, e a título excepcional, este mesmo prazo pode ser prorrogado até aos 18 meses nos casos em que a superior interesse da criança assim o exigir.

A medida de apoio junto de outro familiar, prevista no art. 40.º da LPCJP, refere-se à família alargada. A criança ou o jovem é colocado à guarda de um familiar com quem irá residir e o irá acompanhar, prestando apoio psicológico e social, e quando necessário, económico.

Os pais ou familiares, a quem a criança ou o jovem seja entregue beneficiam de um programa de formação que os irá permitir desempenhar as suas funções parentais da melhor forma. No entanto, cumpre ressaltar que esta formação, ainda que beneficie os pais ou os familiares é sempre em prol do superior interesse da criança e não dos interesses dos pais ou de quem exerce as responsabilidades parentais.

Quanto à confiança a pessoa idónea, não familiar, enquanto medida executada em meio natural de vida, deve ser estabelecido um prazo máximo de um ano, podendo apenas ser prorrogado até aos 18 meses, caso se imponha para a defesa do superior interesse da criança.

A medida de confiança a pessoa idónea, prevista no art. 43.º da LPCJP consiste em, quando não é possível o apoio junto dos pais ou da família alargada, e existam relações afetivas entre um terceiro e a criança ou o jovem, passa a ser esse terceiro, pessoa idónea, a exercer as responsabilidades parentais como forma de proteger a criança ou jovem da situação de perigo em que se encontra, nos termos do art. 1907.º do CC.

Quanto ao apoio para a autonomia de vida, medida esta que só poderá ser aplicada a maiores de 15 anos ou a mães com idade inferior a esta, deve a mesma ser estabelecida por um prazo máximo de 1 ano, no acordo de promoção e proteção, ou mesmo por decisão judicial. A duração da medida apenas pode ser prorrogada até ao prazo máximo de 18 meses, e apenas no caso de se mostrar necessário para a defesa do superior interesse da criança. Esta medida pode prolongar-se para além dos 18 anos de idade, e mesmo até aos 21 anos, se a mesma houver sido decretada antes desse marco etário.

4.2 Medidas de Colocação

Quando não é possível recorrer à aplicação de uma das medidas executadas em meio natural de vida, é necessário recorrer às medidas de colocação.

O acolhimento familiar, previsto no art. 46.º e seguintes da LPCJP, é considerado como uma das soluções jurídicas mais gravosas para a criança ou jovem porque é afastado do seu ambiente familiar. Neste caso, a criança ou o jovem é entregue a uma família, que tenha habilitações para o efeito, de modo a satisfazer as suas necessidades.

Este acolhimento pode ser de curta duração, por um prazo não superior a 6 meses, ou de longa duração, quando, sendo possível retornar à família natural, as circunstâncias concretas da situação da criança ou do jovem justifiquem o acolhimento com essa maior duração.

O acolhimento residencial ou em instituição é considerado como a medida mais gravosa, uma vez que separa a criança ou o jovem do seu contexto familiar, e social, e pode causar-lhe sofrimento e danos traumáticos. Também este acolhimento pode ser de

curta duração, por um prazo não superior a 6 meses. Ao fim desse período temporal é averiguada uma possível reinserção no seio familiar ou confiança a pessoa idónea. Caso tal não se afigure possível, o acolhimento é prolongado – por um prazo não superior a 6 meses- e a criança ou jovem é colocado num lar de infância e juventude, de acordo com os termos do art. 50.º da LPCJP.

De acordo com MARIA CLARA SOTTOMAYOR, a institucionalização não permite a manutenção dos laços da criança com as referências primárias nem o estabelecimento de novos laços emocionais, o que se reflete na baixa autoestima, sofrimento, isolamento e sentimento de solidão destas crianças e jovens,¹³⁶ opinião esta com a qual estou totalmente de acordo.

Atendendo à especial situação em análise nesta dissertação, o abuso sexual de crianças e jovens, quando perpetrado pelos pais, representantes legais ou outro detentor da guarda de facto, usualmente requer o recurso à medida de proteção mais gravosa: o acolhimento institucional, ainda que a mesma seja aplicada provisoriamente.

Com isto, concluo que este sistema concede demasiado poder aos progenitores, representantes legais ou detentores da guarda de facto agressores, visto que, a criança ou o jovem vítima deste crime, além de sofrer um grave trauma provocado pelo(s) progenitor(es), representantes legais ou detentores da guarda de facto, sofre ainda alterações profundas no ambiente familiar e contexto social que até então conhecia.

Penso que poderão concordar comigo quanto à controvérsia desta intervenção. Ora, a criança ou o jovem tem que ser protegido do agressor, ou seja, tem que ser retirado da situação de perigo, mas essa proteção implica que a própria criança ou jovem seja afastado do meio familiar, do contexto familiar e social que até então conhecia, quase como se fosse a criança ou o jovem o sujeito castigado.

Existem outras medidas alternativas que se podem aplicar, conforme a situação de perigo em concreto.

No caso de se tratar de apenas um agressor, sem cúmplice, é possível afastar o progenitor agressor da residência da criança ou jovem de modo a que este resida apenas com o progenitor não agressor, podendo para esse efeito, se necessário, ser-lhe concedido

¹³⁶SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O poder paternal como cuidado parental” in *Curso de Pós-Graduação em Orientação e Mediação Familiar promovido pelo Instituto de Ciências da Família*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 200, Pág. 55.

apoio financeiro. No entanto, a LPCJP não prevê esta medida de afastamento do agressor como forma de remoção do perigo em que a criança ou o jovem vítima de abusos sexuais se encontra.

Tendo a concordar com a posição tomada por MARIA CLARA SOTTOMAYOR¹³⁷ que defende que a medida de afastamento do agressor, prevista no art. 152.º, n.º 4 e 5 do CP, para os maus-tratos conjugais, se deveria aplicar aos casos de abusos sexuais de crianças e jovens. É uma solução com vista à salvaguarda do superior interesse da criança com sucesso, na medida em que a criança ou o jovem continua integrado na família e não é duplamente «punida» com a institucionalização. Também poderá ser possível alcançar esta medida através da aplicação da medida de coação de prisão preventiva do progenitor agressor.

No caso de os agressores serem ambos os progenitores, tende a incentivar-se a criação de laços emocionais e afetivos com outros familiares não abusadores, por exemplo, através do recurso à medida de apoio junto de outro familiar. Não sendo possível, deverá aplicar-se a medida de acolhimento familiar.

A medida de proteção prevista na alínea g) do art. 35.º da LPCJP, a confiança a pessoa selecionada para adoção ou a instituição com vista a adoção, é uma medida que se enquadra em lei especial, concretamente, no Regime Jurídico da Adoção.

Por fim, as medidas são obrigatoriamente revistas, nos termos do art. 62.º da LPCJP, com o objetivo de atualizar e rever a situação em que a criança ou o jovem se encontra pelo que a revisão da mesma pode determinar a sua cessação, substituição ou continuação/prorrogação.

5. Os procedimentos de urgência: o crime de abuso sexual de crianças como exceção ao princípio da subsidiariedade

Este mecanismo processual apenas atua quando exista um perigo atual ou iminente para a criança ou para o jovem, colocando em causa a sua vida e a sua integridade física ou psíquica. Ora, ponto fulcral que marca este procedimento é o facto

¹³⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal...*, Pág. 55.

de este vigorar nos casos em que os detentores das responsabilidades parentais não consentiram a intervenção das ECMIJ e das CPCJ.

Isto significa que as entidades anteriormente referidas podem atuar ao abrigo deste procedimento nos casos em que o perigo para a criança justifique a sobreposição ao preenchimento do requisito do consentimento dos detentores das responsabilidades parentais, de modo a tomarem as medidas necessárias e adequadas à proteção imediata da criança ou do jovem em perigo.

Quando se trate de um procedimento urgente derivado da ausência do consentimento, nos termos dispostos nos arts. 91.º e 92.º da LPCJP respetivamente, o mesmo só tem lugar quando estejamos perante um “perigo atual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem”.

Só existindo a verificação destes requisitos cumulativos é que possível considerarmos que estamos perante uma situação de urgência, nos termos do artigo 5.º, al. c) da LPCJP.¹³⁸

Não obstante, pode tornar-se difícil identificar essas situações visto que, muitas vezes são situações silenciadas e que não são facilmente perceptíveis, como é o caso do crime de abuso sexual de menores dependentes. Por isso, nestes casos pode ser necessário decretar a situação de emergência apenas com base na transmissão de factos e análise do local, daí concluindo que é previsível que a criança ou o jovem se depare com aquela situação de perigo.

Tanto as ECMIJ como as CPCJ podem intervir para a proteção imediata da criança ou do jovem, mas têm que solicitar a intervenção do tribunal, nos termos do art. 11.º, al. b) da LPCJP, em conjugação com o princípio da subsidiariedade.

Com isto, desde logo devem estas entidades requerer a intervenção do tribunal ou das entidades policiais e, enquanto não for possível os tribunais atuarem, devem as autoridades policiais retirar a criança ou o jovem da situação de perigo em que se encontra e assegurar a sua proteção e segurança, notificando o MP da sua atuação.

¹³⁸ LEANDRO, Armando, “O papel do sistema de promoção e proteção de crianças em Portugal: o definitivo balanço de 14 anos de vigência” in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, N.º 2, Lisboa, 2015, Pág. 9-21.

Retirar a criança da situação de perigo pode implicar entregá-la ao cuidado de uma casa de acolhimento ou ao cuidado de instalações das entidades com competência em matéria de infância e juventude, ou mesmo outro local que se considere adequado.

A jusante deve o MP requerer imediatamente ao tribunal competente o procedimento judicial urgente nos termos do artigo 92.º da LPCJP. Assim, o tribunal deve proferir uma decisão cautelar no prazo máximo de 48 horas, ou confirmando as providências tomadas ou determinando coisa diferente, mas que se adegue á proteção da criança. Para isso, o tribunal procede às averiguações sumárias, mas necessárias, e ordena diligências que considere convenientes para a execução das suas decisões.

Em conformidade, deve de seguida dar-se início ao processo começando o tribunal por ouvir a criança, os detentores das responsabilidades parentais ou a pessoa com quem a criança ou o jovem resida. De seguida, o tribunal deve obter o consentimento escrito por quem o deva dar sendo que, caso não haja consentimento ou a criança se oponha, o processo deve de imediato ser enviado para o MP.¹³⁹

Neste momento, obtido o consentimento ou caso não hajam oposições deve a CPCJ iniciar a sua intervenção pelo que, o objetivo inicial é obter informações e proceder a diligências ou exames que se avistem como necessários e adequados ao melhor e real conhecimento da situação para melhor se conseguir fundamentar qualquer decisão ou medida definitiva a ser decretada.

O processo é organizado de modo simplificado devendo no mesmo constar todas as diligências e atos levados a cabo pela comissão de proteção, cronologicamente.

Em relação a cada processo é transcrita na ata da comissão restrita, sumariamente, a deliberação e respetiva fundamentação. Quaisquer atos levados a cabo por qualquer outra comissão de proteção são integrados na atividade processual enquanto atos de colaboração.

Reunidos todos os elementos que se mostrem necessários ao alcance de uma decisão adequada à situação da criança, a comissão restrita decide: se o caso deve ser arquivado, tendo por base a não confirmação da situação de perigo (ou pela não subsistência atual), ou se deve ser aplicada uma medida adequada. Em qualquer uma das decisões deve a mesma ser reduzida a escrito de modo a tomar a forma de acordo, nos

¹³⁹ LEANDRO, Armando, *O papel do sistema...*, Pág. 9-21.

termos dos artigos 57.º e 58.º da LPCJP. Ainda nestes casos, num prazo não superior a oito dias, as pessoas taxativamente elencadas nos artigos 9.º e 10.º da LPCJP podem pedir para prestar consentimento ou manifestar a sua não oposição.

Não existindo acordo e prevalecendo no tempo a situação de perigo em que a criança se encontra, deve aplicar-se o disposto no artigo 11.º, n.º 1, alínea d), sendo o processo remetido ao MP.

No respeitante ao procedimento de urgência, a Reforma de 2015 trouxe algumas novidades significativas. O artigo 94.º da LPCJP, referente à informação e audição dos interessados surge com a adição do n.º 3 que se destina a salientar que as diligências constantes do n.º 1 do artigo suprarreferido têm como finalidade única a obtenção de elementos que possam confirmar ou esclarecer a situação de perigo, junto das entidades competentes para o efeito.

Já o artigo 95.º da LPCJP legitima a remessa do processo ao MP competente no caso de falta de consentimento, o que é consonante com a revogação da alínea b) do artigo 68.º da LPCJP. O artigo 96.º da LPCJP aditou um novo n.º 1 e surge ainda uma nova formulação do artigo 99.º acerca do arquivamento do processo.

É de ressaltar que, o encaminhamento imediato destas situações de perigo para os tribunais é, a meu ver e concordando com a posição tomada por Dulce Rocha, tida como a melhor solução pois os casos de grande conflito e maior gravidade devem ser da competência dos tribunais.¹⁴⁰

6. A intervenção na proteção de crianças e jovens vítimas de abuso sexual

Quando falamos de intervenção no sentido de proteger a criança ou o jovem vítima de abuso sexual há que ter em conta dois tipos de intervenção: a intervenção a curto prazo e a intervenção a longo prazo.

A primeira opção, respeitante à intervenção a curto prazo é considerada como uma intervenção que beneficia todas as crianças ou jovens vítimas de abuso sexual, quer apresentem sintomatologias consequentes do abuso quer não. Já quando se trata de

¹⁴⁰ ROCHA, Dulce, in *Curso Intensivo sobre o Direito das Crianças*, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, Pág. 10.

crianças ou jovens vitimizadas que foram impactadas negativamente em consequência do abuso a intervenção é marcada pela psicoterapia.¹⁴¹

A intervenção de curto prazo é marcada por ações preventivas e educativas: informação sobre o abuso, a normalização da sintomatologia, divulgação de informação para a consciencialização acerca do impacto do abuso sexual, educação e consciencialização sexual acerca do que é o abuso sexual (de maneira a que a vítima se veja enquadrada no tipo) e a prevenção no sentido de evitar a repetição da vitimização.

Mas, cumpre atender ao facto de este tipo de intervenção não se destinar apenas às crianças ou jovens, mas também aos pais, familiares, educadores, professores – ou seja- pessoas que devem e podem ter a consciencialização do abuso e que podem ainda se sentir afetadas pelo conhecimento da situação de abuso, ainda que de forma indireta.

A intervenção de longo prazo, que envolve uma terapêutica mais prolongada no tempo, está relacionada com uma abordagem mais terapêutica, a nível psicológico, com o objetivo de a criança conseguir integrar a sua “experiência psicológica na sua história de vida”¹⁴², de modo a evitar a auto-culpa, a vergonha, o medo, a fim de promover um bem estar à criança ou ao jovem do modo a que não viva com intuições depreciativas sobre si mesmo.

Deste modo, este tipo de intervenção tem como objetivos: a compreensão, por parte da criança, de que o abuso a que foi sujeita não é caso único, a perceção sobre o que significa o abuso, a noção de que a situação consubstancia um crime, a habilitação da criança ou do jovem a ter capacidade afetiva (a dar e a receber afetos), eliminar o sentimento de culpa, salientar e revigorar a autoestima de criança ou jovem e, de forma progressiva, libertá-la da situação abusiva a que foi sujeita.

A criança ou o jovem que sofre abusos sexuais por parte dos pais, representantes legais ou qualquer outra pessoa encarregue das responsabilidades parentais, encontrando-se numa situação de perigo legitima a intervenção das CPCJ de modo a remover objetivamente o perigo.

¹⁴¹ GONÇALVES, Rui Abrunhosa/MACHADO, Carla, “Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores” in *Revista do Ministério Público*, N.º 106, abril-junho, 2006, Pág. 25-42.

¹⁴² GONÇALVES, Rui Abrunhosa/MACHADO, Carla, *Abuso sexual de ...*, Pág. 25-42.

Ora, a LPCJP foi concedida para proteger as crianças e os jovens provendo pela proteção dos seus direitos, mas, ao depositar na família, onde se encontra a fonte de perigo, o poder de decidir sobre a intervenção das CPCJ é deveras incoerente.

Para além disso, a denúncia é obrigatória por partes das entidades policiais relativamente a todos os crimes de que tenham conhecimento¹⁴³, e por parte de qualquer funcionária que tenha obtido o conhecimento da prática do crime no exercício de funções.

6. O crime de abuso sexual de crianças e jovens e os Processos Tutelares Cíveis

O crime de abuso sexual de crianças, quando praticado pelos pais, tutores ou companheiros dos pais, justifica a propositura de uma ação de inibição das responsabilidades parentais.

Assim, preenchidos os requisitos que permitem a intervenção das CPCJ, estas têm sempre que comunicar ao MP, de acordo com o disposto no art. 69.º da LPCJ, “as situações de facto que justifiquem a regulação ou alteração do exercício do poder paternal, a instauração da tutela ou a adoção de qualquer providência cível, nomeadamente nos casos em que se mostre necessária a fixação ou a alteração, ou se verifique o incumprimento das prestações de alimentos”.

O processo de inibição das responsabilidades parentais corre por apenso ao processo de promoção e proteção, e/ou processo-crime sendo que o juiz do processo instaurado em primeiro lugar é que será o juiz competente para deles conhecer.

Tratando-se de um processo tutelar cível deve prevalecer a proteção do interesse da criança em relação à proteção do adulto a quem este se encontra confiado. Isto também porque, no processo tutelar cível não opera, a presunção de inocência nem o *princípio in dubio pro reo*, tal como acontece quando se trata de um processo-crime.¹⁴⁴

Assim sendo, a criança deve ser entregue à guarda da pessoa que lhe serve de referência, desde o seu nascimento pelo que, entregar a criança aos cuidados do progenitor que seja suspeito de abuso sexual implica a violação do princípio primórdio a respeitar, o superior interesse da criança.

¹⁴³ Cf. art. 242.º do CPP.

¹⁴⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito...*, Pág. 296.

A sentença de condenação pode declarar a inibição das responsabilidades parentais, mas, como o processo-crime tende a ser moroso e o seu resultado permanece incerto, de modo a salvaguardar o superior interesse da criança deve ser intentada uma ação cível de inibição das responsabilidades parentais, à jusante.

No entanto, pode suceder que não existam elementos suficientes para a condenação do agressor, no processo-crime, mas, quando tal acontece, o processo de promoção e proteção ou o processo de regulação das responsabilidades parentais mantém-se.

Isto porque, segundo MARIA CLARA SOTTOMAYOR, ainda que o arguido se presuma inocente e não sendo condenado pelos factos serem dados como não provados, não quer dizer que as declarações prestadas pela criança ou pelo jovem sejam falsas.

De referir que, aos processos tutelares cíveis se aplicam os mesmos princípios que regem os processos de promoção e proteção.¹⁴⁵ Posto isto, os processos tutelares cíveis tem como fim «decidir o destino da criança ou jovem, com base no seu interesse podendo resultar na aplicação de medidas de proteção face a um perigo. Ou seja, o objetivo principal não é punir penalmente o agressor, mas sim proteger a criança.

Assim, e segundo BEATRIZ BORGES MARQUES, podemos ter casos de abuso sexual “carente(s) de proteção pela LPCJP, ainda que o ato sexual de relevo (na terminologia do art. 172.º do CP) seja praticado com criança ou jovem com idade superior a 14 anos, ainda que tal prática sexual não seja punida penalmente.”¹⁴⁶

O artigo 1915.º, n.º 1 do CC define as causas que podem determinar a inibição das responsabilidades parentais, encontrando-se ainda este artigo em consonância com o art. 194.º da OTM pelo que, quando um ou ambos os progenitores ou pessoas sobre as quais recaiam as responsabilidades parentais é responsável pelo abuso, o legislador estabeleceu providências que se destinam à salvaguarda do interesse da criança ou do jovem, nomeadamente, a inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais.

De ressaltar que nos processos tutelares cíveis, a noção de perigo não exige a consumação do dano pelo que basta que a sua verificação seja provável para que sejam aplicadas as medidas de proteção. Logo, existindo suspeita de abuso sexual de criança ou

¹⁴⁵ Cf. art. 147.º-A da OTM.

¹⁴⁶ BORGES, Beatriz, “Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Comentário e Anotações à Lei N.º 147/99 de 1 de setembro” in *Revista Julgar*, N.º 24, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, Pág. 174-176.

jovem, desencadeado pelos pais ou por outra pessoa a quem caibam as responsabilidades parentais, deve ser instaurada uma providência de inibição judicial do exercício das responsabilidades parentais, nos termos do art. 1915.º do CC, visto que a situação ainda não se encontra definida sendo apreciada a final pelo tribunal competente para dela conhecer, consistindo assim numa inibição provisória, nos termos do art. 157.º da OTM. Tratam-se assim dos casos em que os progenitores são privados do exercício das responsabilidades parentais porque o tribunal competente, após ponderação das concretas circunstâncias do caso, decretou essa medida.

O carácter provisório da inibição permite que a mesma possa ser levantada, a requerimento do MP, quando cessem as causas que lhe deram origem, a todo o tempo, ou por qualquer dos pais, passado um ano sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido de levantamento, de acordo com o art. 1916.º do CC.

De acordo com o artigo anteriormente referido, a inibição das responsabilidades parentais deve incluir a suspensão do direito de visita do(s) abusador(es) visto que tais contactos são tidos como prejudiciais à criança ou ao jovem. Deste modo, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, em que há suspeitas de abuso sexual de crianças e jovens, o tribunal competente, no exercício do dever de proteção do superior interesse da criança, deve suspender as visitas.¹⁴⁷

No entanto, esta solução adotada pelo legislador pode chocar com o princípio *in dubio pro reu* no processo-crime, pois se ainda não houve prova dos factos e sentença decretada, o arguido é considerado inocente até prova em contrário, prevalecendo a dúvida a seu favor, tal como disposto no art. 32.º, n.º 2 da CRP.

Ora, o ónus da prova em processo civil é muito diferente do ónus da prova em processo penal. No processo civil, ao contrário do que acontece no processo penal, o juiz decide conforme o que se encontra estabelecido no art. 1409.º do CPC, ou seja, o juiz não se encontra sujeito a critérios de legalidade estrita devendo antes alcançar uma solução que tenha por mais conveniente e oportuna. Ou seja, a decisão tomada deve servir os interesses em causa: o interesse da criança ou do jovem.

¹⁴⁷ Cf. art. 3.º, n.º 1 e 2 da CDC e art. 1906.º, n.º 5 e 7 do CC.

Tendo isto em ponderação, considero que, nos casos de inibição das responsabilidades parentais, os interesses a serem protegidos são os interesses da criança ou do jovem que se encontra numa situação de perigo, pois o abusador encontra-se protegido no âmbito do processo penal.

Decretada a sentença condenatória em processo-crime, nos termos do art. 1913.º, n.º 1, al. a) do CC, dá-se a inibição definitiva do exercício das responsabilidades parentais, tratando-se de uma inibição com aplicação automática.

Decretada sentença absolutória, não havendo condenação através da pena principal, não se aplica a pena acessória que, neste caso seria a inibição definitiva das responsabilidades parentais. O problema coloca-se nos processos tutelares cíveis pois, não existindo condenação que resulte do processo-crime, não podemos recorrer à aplicação do art. 1913.º, n.º 1, al. a) do CC.

No entanto, não podemos esquecer que a defesa e a proteção dos direitos e do interesse da criança é o centro do processo pelo que, tendo a concordar com a posição defendida por MARIA CLARA SOTTOMAYOR de que, em caso de dúvida, a decisão, no processo de inibição das responsabilidades parentais, deve ser “(...) *pro interesse*” da criança e não “*pro interesse* do adulto acusado ou suspeito”.¹⁴⁸

Assim sendo, não existindo elementos de facto que permitam concluir pelo carácter danoso do convívio entre a criança e o progenitor acusado deverá promover-se a reaproximação entre o responsável afastado e a criança ou o jovem, por exemplo através de medidas como o regime de visitas progressivo.

As crianças e os jovens são pessoas, cidadãos, pelo que lhes deve ser concedido o direito de escolherem com quem querem conviver e se relacionar, não lhes podendo ser impostos laços afetivos ou sentimentos.

¹⁴⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Uma análise crítica...*, Pág. 91.

6.1. Relação entre o processo-crime e o processo tutelar cível nos casos de abuso sexual de crianças e jovens

Aquando do conhecimento da existência do abuso sexual da criança ou do jovem seguem-se dois tipos de procedimento judicial: a «justiça criminal»¹⁴⁹ que tem por finalidade proceder a investigações para a aplicação de uma sanção ao agressor, e a «justiça protetiva»¹⁵⁰ que se destina à proteção da criança ou do jovem quando o abuso se desenvolva num ambiente familiar, como é o caso do abuso sexual de crianças e do abuso sexual de menores dependentes.

Quando se trata de abuso sexual intrafamiliar de crianças ou jovens, usualmente a medida a aplicar é a institucionalização, sendo que, o que é tido como uma medida de proteção da criança ou do jovem, acaba por agravar os danos psicológicos gerados pelo abuso sofrido e ainda faz nascer um sentimento de insegurança, medo e abandono.

Tendo em conta a conclusão a que chegámos supra, concordo com a posição de MARIA CLARA SOTTOMAYOR de que, para a máxima prossecução da proteção do superior interesse da criança deve dar-se prevalência à adoção de medidas que permitam manter a criança ou o jovem no meio natural de vida, com familiares não abusadores.¹⁵¹

Quando a intervenção criminal e de proteção atuam simultaneamente, a criança ou o jovem é poupado a declarações sucessivas pelo que, é primordial a salvaguarda das declarações para memória futura reunidas no decurso do processo-criminal. Ou seja, estas declarações para memória futura prestadas pela criança ou pelo jovem devem ser “aproveitadas” e valoradas no processo de promoção e proteção.

Importante ainda é a articulação da comunicabilidade entre o magistrado interlocutor da CPCJ e o magistrado que detém a titularidade do inquérito com a finalidade de alcançar uma avaliação da situação que se tenha por adequada, com vista à adoção da medida de promoção e proteção e a articulação entre processos.¹⁵²

Compete a este respeito atender ao despacho n.º 3/2012 acerca das regras de atuação recomendadas pelo Procurador-Geral Distrital de Coimbra, no que respeita aos crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual de Crianças e Jovens, o qual

¹⁴⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, Temas de Direito..., Pág. 300.

¹⁵⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, Temas de Direito..., Pág. 300.

¹⁵¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, Temas de Direito..., Pág. 301.

¹⁵² SOTTOMAYOR, Maria Clara, Temas de Direito..., Pág. 301.

priva por uma «atuação urgente e eficaz quando respeita a casos de abuso quando a criança ou o jovem coabite com o agressor, conviva frequentemente ou mantenha uma relação familiar, através do zelo necessário por parte dos magistrados titulares, quer do processo-criminal, quer do processo de promoção e proteção».¹⁵³

Assim, e em tom de conclusão, o fim último pelo qual se deve nortear toda a atuação envolvente é o superior interesse da criança e a sua proteção *maxime*, através da cooperação interdisciplinar e interinstitucional de todas as entidades e profissionais intervenientes em ambos os processos.¹⁵⁴

¹⁵³ CARMO, Rui do, *Declarações para ...*, Pág. 117-147.

¹⁵⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito...*, Pág. 302.

CAPÍTULO VI – Análise de dados estatísticos

Primeiramente, compete salientar que o facto de serem analisados os dados estatísticos relativos aos crimes de abuso sexual de crianças e jovens dependentes faz com que muitas conclusões possam ser retiradas, o que motiva e permite a evolução dos estudos na área.

Ora, já em 2004 foram cerca de 147 as condenações pela prática do crime de abuso sexual de crianças e menores dependentes, das quais a 83 condenações foram aplicadas penas de prisão suspensas: em 3 delas a pena de prisão foi substituída por multa e, em outros 61 casos aplicou-se a pena de prisão, sem possível substituição por multa ou pena suspensa.

De notar que, com base nestes números, dispensados no site *Estatísticas da Justiça*, em 58,5% das condenações foi concedida pena de prisão suspensa.

Tendo por base a posição por mim anteriormente defendida, estes números são francamente altos comparados com a elevada gravidade da prática dos crimes em questão pelo que, se tornam penas imensamente desadequadas no que respeita à necessidade de proteção das crianças e à prevenção geral da mesma.

Em suma, é visível o insuficiente exercício do poder judicial no sentido de exercer a justiça quanto à gravidade do crime em si mesmo, como também relativamente ao sofrimento e aos direitos adjacentes à criança ou ao jovem.

Com a análise dos dados estatísticos disponibilizados ao longo dos últimos anos é possível retirarmos algumas conclusões.

Em primeiro lugar, desde o início do século XXI que houve um linear aumento dos casos de abuso sexual de crianças e jovens dependentes até que nos últimos anos, os números começaram a estabilizar. Ora podemos concluir que a denúncia ou o conhecimento do crime em questão tem vindo a crescer e, há que salientar o trabalho de proteção e prevenção levado a cabo pelas entidades competentes no sentido de alertar as vítimas, e as possíveis vítimas, no que respeita aos seus direitos e à denúncia dos abusos que podem ter sofrido ou que estão a sofrer.

É ainda de atender ao facto de, na grande maioria dos casos, o agressor sexual ser do sexo masculino e de a preferência ser vitimizar as crianças ou jovens do sexo feminino.

Atendendo aos vários tipos de relação que podem existir entre o agressor e a criança ou jovem vítima, podemos concluir que o maior número de casos se refere a crimes de abuso sexual praticados por parte de um familiar. Logo de seguida seguem-se os casos de abuso sexual praticados por agressor que tenha conhecimento com a vítima.

Mas o que é afinal o “conhecimento”? Por conhecimento têm-se as relações entre vizinhos, amigos da própria vítima ou amigos dos seus representantes, ou seja, pessoas que façam parte do círculo social da vítima.

Por último, temos os casos de abuso sexual praticados por aproveitamento da posição do formador, ou seja, tratamos aqui dos crimes de abuso sexual de crianças ou jovens que são praticados por educadores, professores, seguranças escolares e mesmo formadores ou professores de atividades extracurriculares da vítima. Ou seja, como refere o artigo 172.º, n.º 1, todas as pessoas a quem a vítima tenha sido “confiada para a sua educação ou assistência”.

Com base na tabela anexada no APÊNDICE I é perceptível ainda que, comparando os processos judiciais e os processos tutelares cíveis, o número referente a este último é muito inferior ao número de casos de abuso sexual identificados, o que pode gerar alguma desconfiança em relação à efetiva proteção das crianças e dos jovens, no que respeita aos abusos sexuais sofridos.

Por fim, atendemos ao número de arguidos em processos-crime nos tribunais judiciais de 1.ª instância e ao número de condenados em processos-crime nos tribunais judiciais de 1.ª instância, entre 2016 e 2019. Em média, 25% dos arguidos não são condenados, o que, a meu ver, e tendo em conta a gravidade do crime em questão, se trata de uma percentagem considerável. A este respeito cumpre uma vez mais salientar que, não é pelo facto de o agressor não ser condenado que quer isso dizer que a criança ou o jovem tenha mentido, e mais, que o abuso sexual não tenha acontecido.

CONCLUSÃO

Chegados ao fim desta Dissertação, cumpre tecer algumas considerações sobre a temática abordada.

As crianças ou os jovens, enquanto sujeitos de direitos, devem ver os mesmos promovidos e protegidos ao invés de sentirem a inércia no respeitante à atuação das entidades competentes, sejam as entidades não judiciais e ou as autoridades judiciais.

Através dos vários tópicos abordados é visível a limitação dos direitos da criança ou do jovem em prol do agressor. No entanto, é de salientar mais uma vez que a esfera do agressor é que deve ser limitada e sacrificada ao invés da esfera da criança ou do jovem, justificada pela prossecução do superior interesse da criança e não do adulto agressor.

O processo-crime deve desenvolver-se em estreita cooperação com o processo de promoção e proteção da criança ou do jovem, de forma a alcançarem as medidas mais adequadas e sensatas para o sujeito primordial a proteger: a criança ou o jovem.

De salientar ainda que, relativamente ao consentimento para a atuação das entidades competentes para a promoção e proteção das crianças e jovens, fazer depender da família ou de quem tenha efetiva guarda ou a criança ou jovem ao encargo, é quase como se o sistema pedisse autorização à fonte de perigo para intervir de modo a afastar essa mesmo fonte. Ou seja, é evidente a enorme incoerência existente e que necessita de ser revista pelo legislador.

Já associado ao processo-crime, mais incoerente é a necessidade deste consentimento quando estamos perante crimes públicos, como é o caso do abuso sexual de crianças e jovens dependentes, e não é necessária a apresentação de queixa para o prosseguimento do processo e um dos entes ou ambos são suspeitos da prática do referido crime.

Como tal, compete repensar e reajustar o procedimento de atuação das CPCJ quanto ao respeito pelo consentimento e pelo princípio da subsidiariedade quando tratamos de situações de perigo tão graves como o abuso sexual de crianças e jovens dependentes.

Ora é verdade que podemos recorrer aos procedimentos de urgência, mas, se atendermos à LPCJP, é evidente a falta de critérios objetivos na definição concreta do conceito de «perigo atual e iminente».

De ressaltar ainda que não considero aceitável que a criança ou o jovem seja «responsabilizado» ou sacrificado através de institucionalização pelos crimes praticados por quem lhes devia assistência e os devidos cuidados pelo que, é sempre de fazer prevalecer a manutenção e a continuidade das relações afetivas da criança ou do jovem.

É verdade que o princípio da subsidiariedade deve ser primordial, mas, também o princípio do superior interesse da criança o deve ser. Assim sendo, considero que quando estamos perante uma situação de perigo que implique o abuso sexual da criança ou do jovem, o princípio da subsidiariedade deve ser «dissipado» pelo princípio pelo qual se deve reger toda a atuação respeitante às crianças e aos jovens: o superior interesse da criança.

Concluo conferindo a efetiva importância às entidades competentes, em cooperação, para a divulgação, informação e sensibilização de modo a prevenir qualquer e toda a situação que coloque em risco as crianças e os jovens resultando em danos físicos e psíquicos que se irão refletir no bom e livre desenvolvimento dos mesmos, deixando uma marca irrevogável para o resto das suas vidas.

BIBLIOGRAFIA

ALFAIATE, Ana Rita/ RIBEIRO, Geraldo Rocha in “Sistema de promoção e proteção de crianças e jovens” in *Debate com as comissões: relatório (2008 e 2009)*, in *Lex ex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra. Ano 7, N. 13, 2010.

ALFAIATE, Ana Rita/ Ribeiro, Rocha Geraldo in “Sistema de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens: debate com as comissões - Relatório” in *Lex Familie in Revista Portuguesa de Direito da Família*, a.7 n.13, Coimbra, 2010, Coimbra.

ALFAIATE, Ana Rita in “Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 3, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

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

ALVES, Sénio Manuel dos Reis in *Crimes sexuais: notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra, Almedina, 1995.

ANTUNES, Maria João in “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores” in *Número especial dedicado ao tema Crimes no seio da família e sobre menores* in *Julgar*, n.º 12, Coimbra, Novembro, 2010.

ANTUNES, Maria João, in “Anotação ao art. 172.º”, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, 2.ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ANTUNES, Maria João, in “Anotação ao art. 175.º”, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in *Comentário do Código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição, Universidade Católica Lisboa, 2010.

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

ALMEIDA, Cláudia Soares, in *Promoção e Proteção de Crianças em Risco – O abuso sexual de crianças e a cooperação entre as várias entidades competentes para a promoção e proteção das crianças em risco*, Relatório de Estágio com vista à obtenção do Grau de Mestre, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Direito, 2020.

ABRUNHOSA, Inês de Sousa, in *O crime de Abuso Sexual de Crianças – Uma Análise Jurisprudencial*, Dissertação com vista à obtenção de Mestre, Universidade Católica do Porto, Escola de Direito, 2015.

BRAVO, Teresa Maria da Silva, in “Ética judicial nos processos de promoção e protecção” in *Lex familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, a.4 n.8, 2007.

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

BORGES, Beatriz Marques, in “Promoção e proteção de crianças e jovens em perigo: perspectivas futuras do modelo judicial” in *Julgar*, n.24, setembro-dezembro, 2014.

BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo in *A criança e a família: uma questão de direito(s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2.º edição, Coimbra, Coimbra editora, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4.º edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CONFRARIA, Isabel, in “Desafios para o Ministério Público no âmbito do regime geral do processo tutelar cível e alterações à Lei de Promoção e Proteção de Jovens em Perigo” in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, N.º 2, Lisboa, 2015.

CONDESSO, Fernando/ CONDESSO, Catarina Alexandre de Azevedo dos Reis in “A proteção das crianças e jovens em perigo no direito contemporâneo” in *Revista Jurídica Jurismat*, N.º 4. ISMAT, Portimão, 2014.

CARMO, Rui Do/ALBERTO, Isabel/GUERRA, Paulo in *O abuso sexual de menores: uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Lisboa, Almedina, 2002.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, in “Crimes Sexuais Contra Crianças e Jovens” in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – a Função dos Juízes Sociais*, Atas do

Encontro, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Porto, Almedina, 2003.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, in “Questões actuais em torno de *uma vexata quaestio*: o crime continuado” in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009-2010.

CARVALHO, Artur da Silva, in “O Processo Judicial de Promoção e Protecção” in *Compilações Doutriniais, Verbo Jurídico*, 2008. Disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/menores_promocaoproteccao.pdf

CARVALHO, Ana Isabel Tomé de, in *Protecção de Crianças e Jovens em Portugal*, Dissertação com vista à obtenção do Grau de Mestre, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015

CARMO, Rui, “Declarações para memória Futura – Crianças Vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” in *Revista do Ministério Público*, N.º 134, abril – junho, 2013.

CANDEIAS, Marisa/HENRIQUES, Hélder, “1911/2011: Um século de Protecção de Crianças e Jovens” in *III Seminário de I&DT. Organizado pelo Centro Interdisciplinar de Investigação e Inovação do Instituto Politécnico de Portalegre*, 2012.

CLEMENTE, Rosa, in *Inovação e modernidade no direito de menores: a perspetiva da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, Coimbra, Coimbra editora, 2009.

COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, IN *Comentário geral n.º14 (2013) do Comité dos Direitos da criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração*, traduzido por Pedro D’Orey, Comissão Nacional de Promoção e Protecção das Crianças e Jovens, 2017.

DELGADO, Paulo in *Os Direitos da Criança – da Participação à Responsabilidade: o sistema de protecção e educação das crianças e jovens*, Porto, Profedições, 2006.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva in “Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” in *Revista do Ministério Público*, n.º 136, outubro: dezembro, Lisboa, 2013.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva in “Repercussões da Lei n.º 59-2007, de 4-9 nos «crimes contra a liberdade sexual»” in *Jornadas sobre a revisão do Código penal: estudos*, Revista do CEJ, Número 8 (especial), 1º semestre, Lisboa, 2008.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva in *Crimes Sexuais com Adolescentes (Particularidades dos Artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português)*, Coimbra, Almedina, 2006.

DIAS, Figueiredo, in *Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I*, 2.º Edição, Coimbra, Almedina, 2012.

FIALHO, Anabela R./FELGUEIRAS, Belmira R. in “A intervenção protectiva e a intervenção tutelar educativa – caminhos que se cruzam...” in *Julgar*, N. 24, Almedina, Coimbra, 2014.

FIALHO, António José in “(Novos) desafios para os juizes das famílias e das crianças” in *Julgar*, N. 24, Almedina, Coimbra 2014.

FUNICO, Cristina Andrade/ Soares, José Brito, in *O Superior Interesse da Criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos*, 2.ª Ed.ª, Instituto de Apoio à Criança, Lisboa, 2009.

GUERRA, Paulo in “Os novos rumos do direito da família, das crianças e dos jovens”. in *Revista do CEJ*, Nº 6, sem. 1º, Lisboa, 2007.

GUERRA, Paulo in “O novo conceito de melhor interesse da criança e a convivência familiar.” in *Revista Alienação parental*, Volume 11, Nº 2, 2017.

GIL, Ana Rita, “A garantia de Habeas Corpus no contexto de aplicação de medida de promoção e proteção de acolhimento residencial, Comentário ao Acórdão do STJ de 18/01/2017” in *Revista Julgar*, Lisboa, outubro, 2017

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, in *Código Penal Português: na doutrina e na jurisprudência, anotado e comentado*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2007.

GUERRA, Paulo, in “As novidades legislativas da revisão de 2015 da lei de proteção de crianças e jovens em perigo” in *Revista do CEJ*, Nº 2, 2.º semestre, Lisboa, 2015.

GUERRA, Paulo, in *Lei de proteção de crianças e jovens em perigo - Anotada*, 4.º edição, Almedina, Coimbra, 2019.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa/MACHADO, Carla, in “Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores” in *Revista do Ministério Público*, a.27, n.106 Abril-Junho, Lisboa, 2006.

LEZAÚN, J. Begué, in *Delitos contra a Libertad y indemnidade sexuales - Ley Orgânica 11/99 de 30/4*, Barcelona, Bosch, 1999.

LEANDRO, Armando in “O papel do sistema de promoção e proteção de crianças em Portugal: o definitivo balanço de 14 anos de vigência” in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, N.º 2, Lisboa, 2015.

LOPES, José Mouraz, in *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no código penal*, 4ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MOTA, J. Carmona da, in “Crimes contra a liberdade sexual; Crimes contra a autodeterminação sexual” in *Jornadas de direito criminal: revisão do código penal*, Vol. 2: Revisão do código penal: alterações ao sistema sancionatório e parte especial Centro de Estudos Judiciários, 1998, ISBN 972-9122-15-6.

MAGALHÃES, Teresa, *Maus-tratos em Crianças e Jovens*, 4.º edição, Quarteto, Coimbra, 2004.

MASSENA, Ana, in “Reflexão conjunta sobre a aplicação da Convenção de Haia de 1980 á luz do princípio do superior interesse da criança”, in *Revista do CEJ*, Lisboa, 2014.

MEIER, Joan S., *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Research Reviews*, 2009.

MARTINS, Paula Cristina, in *Proteção de crianças e jovens em itinerários de risco: representações sociais, modos e espaços*, Dissertação com vista à obtenção do grau de Doutor, Universidade do Minho, Faculdade de Direito, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme in “A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito das pessoas e da família” In *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

PINTO, Inês Horta in “O Registo de condenados pela prática contra a autodeterminação e a liberdade sexual de menor: análise crítica à luz da política criminal e da constituição” in *Direito Penal e Constitucional – Diálogos entre Brasil e Portugal*, Boutique Jurídica, 2018.

PACHECO, Maria Beatriz de Castro Tavares Monteiro, in *o Abuso sexual e as adolescentes – Reflexões críticas em torno do art. 173.º do Código Penal*, Candidatura ao Prémio Teresa Rosmaninho, Porto, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda in “O superior interesse da criança.” In *estudos em homenagem a Rui Epifânio*”, Almedina, Coimbra, 2010.

RODRIGUES, Almiro, in “Interesses do menor, contributo para uma definição”, in *Revista Infância e Juventude: revista do Instituto de Reinserção Social*, n.º 1, Lisboa, 1985.

ROCHA, Dulce, in *Curso Intensivo sobre o Direito das Crianças*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

RAMIÃO, Tomé D’Almeida, *Lei de proteção de crianças e jovens em perigo – anotada e comentada*, 9.º edição, Lisboa, Quid Juris, 2019.

SOTTOMAYOR, Maria Clara in *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2016, ISBN 978-972-40-5588-6

SILVA, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da, in “Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade”, *Revista do CEJ*, N. º15, 1.º semestre, Lisboa, 2011.

SOTTOMAYAOR, Maria Clara, in “A família de facto e o interesse da criança / Maria Clara Sottomayor” in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.45 janeiro-fevereiro, Lisboa, 2007.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, in “A representação da infância nos tribunais e a ideologia patriarcal” in *Escritos de direito das famílias: uma perspetiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Magíster Editora, 2008.

SOTTOMAYOR, Maria Clara in “A fraude da síndrome de alienação parental e a protecção das crianças vítimas de abuso sexual”, in *Texto correspondente à comunicação proferida na Conferência Internacional: O Superior Interesse da Criança e o mito da “Síndrome de Alienação Parental”*, Lisboa, 2011, consultado em 2020.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, “O poder paternal como cuidado parental” in *Curso de Pós-Graduação em Orientação e Mediação Familiar promovido pelo Instituto de Ciências da Família*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2003

SOUSA, Ana Paula da Costa Martins de, in *O crime de abuso sexual de menores dependentes – uma análise crítica*, Dissertação de Mestrado com vista à obtenção de Grau de Mestre, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, 2015.

TOMÉ, Maria Rosa Clemente, *"A questão da infância em Portugal: um século de(s)proteção à criança."* In Promoção e proteção. Jurisdição da família e das crianças., editado por Centro de estudos Judiciários, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018,

Jurisprudência Nacional:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Relator: Arnaldo Silva, de 19-05-2009 in base Jurídico-Documental do MJ, www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 2190/03,1TBCSC-B.L1-7, Relator: ARNALDO SILVA de 19-05-2009

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/c0841b304e6d7aa5802575d80036ebf3?OpenDocument>

Endereços eletrónicos consultados:

Centro de Estudos Judiciários

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Jurisdicao_familia_civel.pdf

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_PromocaoProtecao2018.pdf

Promoção e Protecção dos Direitos das Crianças

https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/EPIPSE/guias_guiia_educacao.pdf

Guia de Orientações para os Profissionais da Acção Social na Abordagem de Situações de Maus-tratos ou Outras Situações de Perigo

<https://www.cnpdpcj.gov.pt/documents/10182/14801/Guia+de+Orienta%C3%A7%C3%B5es+para+Profissionais+de+A%C3%A7%C3%A3o+Social/7c76d36b-359c-44a4-8720-c5996ac0d477>

Comissão Nacional de Proteção de Crianças e Jovens em Risco

<https://www.cnpdpcj.gov.pt/pressupostos-de-atuacao>

APÊNDICE I
ESTATÍSTICAS OFICIAIS DA JUSTIÇA¹⁵⁵

| Abuso sexual de crianças/adolescentes/menores dependentes | 2020 | 2019 | 2018 | 2017 | 2016 | 2015 | 2014 |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Arguidos em processos-crime nos tribunais judiciais de 1.ª instância | - | 364 | 331 | 401 | 385 | 414 | 301 |
| Condenados em processos-crime nos tribunais judiciais de 1.ª instância | - | 284 | 241 | 311 | 294 | 335 | 221 |
| Processos-crime em fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância | - | 332 | 310 | 371 | 348 | 365 | 275 |
| Movimento de processos na Polícia Judiciária | 1586 | 1691 | 1629 | 1590 | 1816 | 1787 | 1686 |
| Crimes registados pelas autoridades policias | 843 | 956 | 836 | 937 | 979 | 1044 | 1013 |
| Processos tutelares educativos findos nos tribunais judiciais de 1ª instância | - | 24 | 24 | 28 | 36 | 34 | 24 |

¹⁵⁵ Informação retirada do site de ESTATÍSTICAS DA JUSTIÇA.

https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Abuso_sexual_menores.aspx

APÊNDICE II

A distinção da proteção da liberdade e autodeterminação sexual das crianças e jovens dependentes consoante a sua faixa etária¹⁵⁶

| ATO | REQUISITOS ESPECIFICOS | IDADE DA VÍTIMA | PENA | ARTIGOS |
|--|--|--|--|---|
| Cópula, coito anal, coito oral, e introdução vaginal ou anal de partes do corpo e/ou objetos, por meio de violência ou outro meio que se tenha por análogo | | Criança ou jovem com idade inferior a 14 anos | 3 a 10 anos de prisão | 171.º, n.º 2 do CP |
| Cópula, coito anal, coito oral, e introdução vaginal ou anal de partes do corpo e/ou objetos, por meio de violência ou outro meio que se tenha por análogo | Praticado com adolescente confiado ao agente para educação ou assistência | Criança ou jovem com idade compreendida entre os 14 anos (inclusive) anos e os 18 | 1 a 8 anos de prisão | 172.º, n.º 1 do CP |
| Outros atos sexuais de relevo, por meio de violência ou outro meio análogo | | Criança ou jovem com idade inferior a 14 anos | 1 a 8 anos de prisão | 171.º, n.º 1 do CP |
| Outros atos sexuais de relevo, por meio de violência ou outro meio análogo | Praticado com adolescente confiado ao agente para educação ou assistência | Criança ou jovem com idade compreendida entre os 14 anos (inclusive) anos e os 18 | 1 a 8 anos de prisão | 172.º, n.º 1 do CP |
| Atos exibicionistas, constrangimento a ato sexual, e atuação sobre a vítima por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objetos pornográficos | | Criança ou jovem com idade inferior a 14 anos | 1 mês a 3 anos de prisão | 171.º, n.º 3 do CP (sem intenção lucrativa) |
| | | | 6 meses a 5 anos de prisão | 171.º, n.º 4 (com intenção lucrativa) |
| Atos exibicionistas, constrangimento a ato sexual, e atuação sobre a vítima por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objetos pornográficos | Praticado com adolescente confiado ao agente para educação ou assistência. | Criança ou jovem com idade compreendida entre os 14 anos (inclusive) anos e os 18 | 1 mês a 1 anos de prisão | 172.º, n.º 2 (sem intenção lucrativa) |
| | | | 1 mês a 3 anos de prisão ou multa de 10 a 360 dias | 172.º, n.º 3 e 47.º, n.º 1 (com intenção lucrativa) |
| Atos exibicionistas, constrangimento a ato sexual, e atuação sobre a vítima por meio de conversa, escrito, | Por meio de abuso da inexperiência de adolescente | Criança ou jovem com idade compreendida entre os 14 anos (inclusive) anos e os 16 anos | Não punível | |

¹⁵⁶ Quadro ilustrativo elaborado com inspirações nos quadros de REIS ALVES, Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal, Coimbra, Almedina Editora, 1995

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| CAPÍTULO I – A Criança e o Abuso Sexual | 3 |
| 1. A Criança e o Direito das Crianças | 3 |
| 1.1. A nível internacional | 3 |
| 1.2. A Nível Europeu | 5 |
| 1.3. Abuso sexual de crianças e jovens: conceito | 6 |
| CAPÍTULO II – O Direito Penal e o Abuso Sexual de Crianças e Jovens | 9 |
| 1. Contextualização do abuso sexual de crianças no Código Penal | 9 |
| 1.1. Evolução histórica político-criminal do abuso sexual de crianças e jovens | 12 |
| 1.1.1. Reforma de 1995 (DI n.º 48/95, de 15 de março) | 13 |
| 1.1.2. Reforma de 1998 (Lei n.º 65/98 de 2 de setembro) | 13 |
| 1.1.3. Reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro) | 14 |
| CAPÍTULO III - O abuso sexual de crianças e jovens dependentes à luz do Código Penal | 15 |
| 1. O artigo 172.º do CP: análise introdutória ao crime de abuso sexual de crianças e jovens dependentes | 15 |
| 1.1. O artigo 172.º do CP enquanto crime contra a Autodeterminação Sexual | 15 |
| 2. Análise ao preceito do art. 172.º do CP | 18 |
| 2.1. O bem jurídico protegido | 18 |
| 2.2. Tipo ilícito objetivo | 19 |
| 2.2.1. Definição de «ato sexual de relevo» | 21 |
| 2.3. Tipo ilícito subjetivo | 26 |
| 2.4. Punição | 27 |
| 3. O consentimento e os limites etários | 28 |
| 3.1. O consentimento das crianças e jovens nos crimes contra a autodeterminação sexual 28 | |
| 3.2. Os limites etários | 30 |
| 4. A proteção dos tribunais nos casos de abuso sexual de crianças e jovens | 32 |
| CAPÍTULO IV – A Proteção de Crianças e Jovens em perigo | 35 |
| 1. Contexto do surgimento da Lei de Proteção de Crianças e dos Jovens | 35 |
| 1.1. Evolução Histórica | 35 |
| 2. Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo | 37 |
| 2.1. Proposta de Lei n.º 265/VII: exposição de motivos | 37 |
| 2.2. Proposta de Lei n.º 339/XII – Exposição dos motivos | 40 |
| 3. Abuso sexual de crianças e jovens: risco VS perigo | 42 |
| 4. Princípios orientadores da intervenção | 44 |

| | | |
|---|--|-----------|
| 4.1. | Superior Interesse da Criança..... | 44 |
| 4.2. | Princípio da Privacidade | 47 |
| 4.3. | Princípio da Intervenção Mínima..... | 47 |
| 4.4. | Princípio da Intervenção Precoce | 47 |
| 4.5. | Princípio do Respeito pela Responsabilidade Parental..... | 48 |
| 4.6. | Princípio da Prevalência da Família..... | 48 |
| 4.7. | Princípio da Proporcionalidade e Atualidade..... | 49 |
| 4.8. | Princípio do Direito à Informação | 49 |
| 4.9. | Princípio da Audição Obrigatória e Participação | 50 |
| 4.10. | Princípio da Interdisciplinaridade..... | 50 |
| 4.11. | Princípio da Subsidiariedade | 50 |
| 4.11.1. | O princípio da subsidiariedade e o abuso sexual de crianças e jovens | 51 |
| 4.12. | Primado da continuidade das relações psicológicas profundas | 52 |
| 4. | Alterações à LPCJP (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro)..... | 53 |
| 4.1. | Antecedentes às Reformas da LPCJP | 53 |
| 4.2. | Relação com a Reforma de 2015 e a atuação das CPCJ | 55 |
| CAPÍTULO V – A Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo: Intervenção | | 57 |
| 1. | Legitimidade de intervenção: pressupostos | 57 |
| 2. | Análise ao n.º 2 do artigo 3.º da LPCJP: o abuso sexual de menores dependentes | 58 |
| 3. | Competência para a Intervenção | 60 |
| 3.1. | Intervenção das Entidades com competência em matéria da infância e juventude..... | 60 |
| 3.2 | Intervenção das CPCJ | 61 |
| 3.2.1. | Avaliação do risco/perigo de abuso pela CPCJ | 62 |
| 3.3 | Intervenção dos Tribunais..... | 64 |
| 3.4 | Intervenção do Ministério Público..... | 66 |
| 3.4.1 | A intervenção do MP em cooperação com a decorrência do Processo Criminal | 67 |
| 4. | Medidas de promoção dos direitos e de proteção | 68 |
| 4.1 | Medidas no meio natural de vida..... | 70 |
| 4.2 | Medidas de Colocação..... | 71 |
| 5. | Os procedimentos de urgência: o crime de abuso sexual de crianças como exceção ao princípio da subsidiariedade | 73 |
| 6. | A intervenção na proteção de crianças e jovens vítimas de abuso sexual | 76 |
| 6. | O crime de abuso sexual de crianças e jovens e os Processos Tutelares Cíveis | 78 |
| 6.1. | Relação entre o processo-crime e o processo tutelar cível nos casos de abuso sexual de crianças e jovens | 82 |

| | |
|--|-----------|
| CAPÍTULO VI – Análise de dados estatísticos | 84 |
| CONCLUSÃO | 86 |
| APÊNDICE I | 96 |
| APÊNDICE II..... | 97 |

