

A representação da infância nos Tribunais e a ideologia patriarcal

Maria Clara Sottomayor

Decidi falar sobre a influência da ideologia patriarcal na concepção de infância presente no poder judicial, utilizando para o efeito sentenças judiciais. Durante as minhas investigações, em torno dos direitos das mulheres e das crianças, verifiquei que nos manuais e nas obras de Direito Português de referência, se verifica uma quase ausência de tratamento do tema, com excepção da Professora Doutora Teresa Beleza, que desde a década de 80 tem trabalhos publicados sobre os direitos das mulheres. Não sou uma pessoa com ligação à vida prática, como a Sra. Dr.^a Dulce Rocha, ou com a experiência de vida, que teve o Dr. Pedro Namora. Mas sempre que leio e investigo sobre os maus tratos às crianças e as violações dos seus direitos, as posições com as quais me identifico são as da teoria feminista do direito, que coincidem com tudo o que, quer a Sra. Dra. Dulce Rocha tem defendido, quer com as intervenções públicas do Dr. Pedro Namora.

A teoria feminista do direito analisa as questões sociais e jurídicas à luz do conceito de sociedade patriarcal, de domínio masculino sobre mulheres e crianças, que constituem a maioria da população, e onde encontramos a maioria das vítimas de exploração sexual e de tráfico de pessoas – a escravatura dos tempos modernos. O patriarcado¹ é um sistema de organização social e da família, em que as tarefas, as funções e a noção de identidade de cada um dos sexos estão definidas de uma forma distinta e oposta, sendo estabelecido que as posições de poder, privilégio e autoridade pertencem aos elementos masculinos, quer ao nível familiar, quer ao nível político, económico e social. No primeiro código escrito que se conhece, Código de Hammurabi, na Mesopotâmia, berço das civilizações ocidentais, as mulheres e as crianças não eram tratadas como pessoas e toda a legislação sobre o casamento, o divórcio e crimes sexuais

¹ Cf. ANA GABRIELA MACEDO/ANA LUÍSA AMARAL (orgs.), *Dicionário da Crítica Feminista*, Porto, 2005, p. 145.

foi estipulada, em função dos interesses dos homens². Alguns historiadores e historiadoras, recuando, no tempo, encontram sociedades matriarcais e sociedades igualitárias, que, no entanto, não sobreviveram³. As leis foram mudando gradualmente, ao longo dos séculos, mas a verdade é que no direito romano, que foi o direito que influenciou o direito europeu vigente até à década de 70 do século XX, o *pater familias* tinha direito de vida ou de morte sobre os filhos, o direito de abandono, de venda e de exposição. As mulheres não eram vistas como pessoas adultas, sendo equiparadas juridicamente aos filhos do marido e sujeitas ao mesmo poder. Estes poderes do *pater familias*, suavizados ao longo da história, por força de alterações económico-sociais e por influência do cristianismo, estão, ainda, presentes, no subconsciente da sociedade e nas suas representações culturais de família, reflectindo-se, também, na linguagem, por exemplo, na expressão, “poder paternal”, ainda hoje, utilizada na lei. O patriarcado não representa, na fase da história em que nos encontramos, um sistema ultrapassado ou datado. Continuamos a viver num patriarcado implícito e somos socializados para defender os interesses do lado masculino da sociedade. As pessoas, inconscientemente e até sem intenção, aderem à perspectiva masculina, e se esse lado masculino pertencer a uma classe social alta ainda mais protegido fica. O princípio da igualdade entre homens e mulheres é uma aquisição recente, no direito positivo, remontando, na Europa, às décadas de 70 e 80 do século XX. A ideologia vigente continua a ser a patriarcal. Claro que a lei, actualmente, afirma que os pais são titulares de um poder-dever, cujo exercício tem por finalidade o interesse das crianças e a promoção do seu desenvolvimento, mas continuamos a acentuar mais os direitos dos pais do que a sua responsabilidade e os seus deveres. Basta pensarmos na concepção de infância presente, em dois casos mediáticos recentes: O caso da criança de Torres Novas, em que um progenitor biológico, que não conhecia a criança e que com ela não tinha estabelecido qualquer relação afectiva, reclamou a sua entrega, com sucesso, através dos tribunais, tendo sido o pai afectivo, que dela cuidou e amou, desde os três meses de idade, condenado a seis anos de pena de

² Cf. RICKI LEWIS TANNEN, «Setting the Agenda for the 1990s: The Historical Foundations Of Gender Bias In The Law: A Context For Reconstruction», *Florida Law Review*, 1990, volume 42, pp. 168-170.

³ Cf. GERDA LERNER, *The Creation of Patriarchy*, New York, 1986, pp. 29-31.

prisão, por crime de sequestro⁴, e o caso decidido pelo STJ, em 5 de Abril de 2006⁵, em que o Tribunal reconheceu aos pais um poder de correcção que exclui a ilicitude das ofensas à integridade física das crianças, praticadas com intenção de educar⁶. Neste caso, está presente não a concepção de criança como pessoa autónoma, com a mesma dignidade dos adultos e com direito a ser ouvida em todos os processos que lhe digam respeito, mas a criança como um ser incompetente e indisciplinado, que perturba a vida dos adultos, e a família hierarquizada em função do género, em que o marido era o chefe de família⁷.

No caso de Torres Novas, a criança como propriedade do pai biológico tem muito valor para os tribunais, a ponto de justificar a intervenção do direito penal em relação ao desrespeito pela sentença de regulação do poder paternal, que ordena a entrega da criança ao progenitor biológico, e a aplicação de uma pena de seis anos de prisão ao pai afectivo, mais alta do que aquela que foi aplicada a um indivíduo, a quem os Tribunais reconheceram tendências pedófilas, que abusou sexualmente de uma criança de 13 anos, de forma continuada, ou seja, a alguém que viola o direito da criança ao livre desenvolvimento e à integridade pessoal⁸.

A propósito do direito criminal e do papel dos Tribunais, nas áreas mais sensíveis do crime, como os casos de abuso sexual de crianças, qual é a mensagem que apreendemos dos Tribunais, quanto à concepção de criança? O fundamento utilizado para a atenuação da pena do réu, que o Tribunal reconheceu como pedófilo, em relação a quem, “já há vários anos circulavam rumores na comunidade relativamente à sua

⁴ Cf. Tribunal Judicial de Torres Novas, 16 de Janeiro de 2007, Juíza Relatora Dra. FERNANDA VENTURA, in *www.verbojuridico.pt*

⁵ STJ 05-04 2006, in *Base Jurídico-Documental do MJ*, *www.dgsi.pt/jsts.nsf*

⁶ Para um comentário a este acórdão do STJ, vide MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «Existe um poder de correcção dos pais?», *Lex Familiae*, 2007, em vias de publicação.

⁷ “Qual é o bom pai de família que, por uma ou duas vezes, não dá palmadas no rabo dum filho que se recusa ir para a escola, que não dá uma bofetada a um filho que lhe atira com uma faca ou que não manda um filho de castigo para o quarto quando ele não quer comer?” Cf. STJ 05-04-2007, in *www.dgsi.pt*

⁸ Cf. STJ 03-05-2007 (Relator: RODRIGUES DA COSTA), in *Base Jurídico Documental do MJ*, *www.dgsi.pt/jstj.nsf*

apetência por crianças para fins sexuais”⁹, significa que a concepção da criança como uma pessoa em desenvolvimento e o seu direito à reintegração social e à recuperação psicológica, nos termos do art. 39.º da Convenção dos Direitos da Criança, não foram considerados nem valorizados pelo STJ. Valorizada foi a integração social e familiar do abusador, homem que tinha uma boa relação afectiva com os seus filhos e cônjuge, e que ficou, nas palavras do acórdão, socialmente estigmatizado pela reacção da sociedade aos crimes cometidos. Esta compaixão do STJ pelo réu significa, em relação à criança, falta de empatia com o seu sofrimento e com os problemas de integração social e psicológica, gerados pela vitimação. Outro dos motivos alegados para fundamentar a atenuação da pena, foi o facto de a criança ter comparecido em sete encontros marcados pelo abusador, não o ter denunciado, e ter já uma idade, treze anos, que lhe permite ter erecções e praticar actos sexuais dependentes da vontade¹⁰. Esta visão do Tribunal é o fruto de uma falta de formação dos Tribunais acerca das características dos crimes de abuso sexual, marcados pela síndrome do secretismo¹¹, pelo aproveitamento consciente do silêncio, do medo e da vergonha da vítima, para continuar a abusar, e pelas técnicas que os abusadores utilizam para fazer a criança ter um papel activo, como chantagem emocional, atemorização, sedução e ameaças subtis. O tipo legal de crime não estabelece qualquer diferenciação consoante a idade da vítima e o bem jurídico protegido pela lei não é a inocência das crianças, mas o seu livre desenvolvimento, sendo tutelada, pela lei, quer a criança de tenra idade, que não tem capacidade de compreender o significado de um acto sexual, quer a criança já sexualmente mais desenvolvida e que tem curiosidade em descobrir a

⁹ Cf. STJ 03-05-2007, em que o Tribunal afirma também que “(...) encarados os factos em globo em conjugação com a personalidade unitária do recorrente, somos levados a concluir que o recorrente revela tendência para a prática deste tipo de crimes”.

¹⁰ “No crime previsto e punido pelo art. 172.º, n.º 2 do CP, é de considerar, em sede de determinação concreta da pena, o grau de desenvolvimento do menor, não sendo certamente a mesma coisa praticar algum dos actos inscritos no âmbito de protecção da norma com uma criança de 5, 6 ou 7 anos, ou com um jovem de 13 anos, que despertou já para a puberdade e que é capaz de erecção e de actos ligados à sexualidade que dependem da sua vontade, ainda que se possa dizer que essa vontade é irrelevante para efeitos de caracterização do tipo.” Cf. STJ 03-05-2007, in *www.dgsi.pt*

¹¹ Cf. CELINA MANITA, «Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual», in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos Juízes Sociais, Actas do Encontro, Universidade Católica Portuguesa – Porto*, 11 e 12 de Outubro de 2002, Coordenação de MARIA CLARA SOTTOMAYOR, Coimbra, 2003, pp. 240-245.

sexualidade. A atenuação da pena baseada na colaboração da vítima resulta da confusão entre uma submissão por medo e um consentimento, que mesmo que existisse, nunca seria livre e informado, não só devido à falta de maturidade da criança, mas também dada a estrutura desigual da relação em que ocorreu. De qualquer forma, a lei considera irrelevante o consentimento da vítima, na definição do tipo legal de crime de abuso sexual de crianças, previsto no art. 172.º do CP¹², que consagra o princípio da intangibilidade sexual das crianças, até aos 14 anos de idade, sendo mesmo impossível falar-se de consentimento, em relação a crianças que dada a sua tenra idade, não têm sequer capacidade de compreender a situação.

No caso do acórdão do STJ de 3 de Maio de 2007, o facto de a criança ter obedecido ao abusador, que lhe ordenara a prática de actos sexuais, e que não contasse o que se passava entre eles, ao que a criança acedeu por medo e por vergonha¹³, é o reflexo da hierarquia, em função da idade, entre adulto e criança, e da educação das crianças para a obediência ao adulto e para a submissão à autoridade. E quem é que não sabe isto? Não é preciso ter vivido numa instituição ou ter sido mal tratado. Em qualquer contexto familiar, todos nós fomos educados para obedecer aos adultos, cultura paternalista, que torna as crianças ainda mais vulneráveis aos abusadores sexuais. Não é necessária uma formação em psicologia para perceber esta realidade. Quem é que nunca foi criança? Às vezes pensa-se que quem tem filhos compreende melhor os problemas das crianças. Mas, como, provavelmente, todos estes magistrados têm filhos, acho que não é ter filhos que dá essa sensibilidade, mas a memória do que cada um(a) foi, viveu e sentiu, quando era criança. Talvez a recordação da infância não acompanhe todos os adultos. Creio que é a própria sociedade e o processo de socialização, que tentam apagar em nós as recordações da infância, pretendendo obter a ficção de uma infância feliz, que, provavelmente, não

¹² Art. 172.º (Abuso sexual de crianças): “1. Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levava praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2. Se o agente tiver cópula, coito anal ou oral com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.”

¹³ “ (...) o que este, apesar de não o querer fazer, porque tal lhe suscitava nojo, fez ainda assim por tal lhe ter sido ordenado”; “Depois de cada um dos referidos encontros, em que se deram os factos descritos, o arguido ordenava ao FF que não os contasse a ninguém ao que este obedeceu, não só pelo receio que aquele lhe incutia mas também por ter vergonha”. Vide STJ 03-05-2007, in *www.dgsi.pt*

tivemos. As pessoas mais autênticas e mais sensíveis aos outros são aquelas que não deixaram que a sociedade apagasse a sua experiência infantil e que, apesar de adultas, trazem a sua infância dentro de si. As crianças foram e continuam a ser, por melhor que tenha sido a sua infância, um grupo social discriminado e marginalizado, como uma minoria étnica. Portanto, quem se lembra da sua experiência na infância, consegue perceber melhor a fragilidade e a vulnerabilidade das crianças, perante os adultos. Os nossos tribunais, o que estão a demonstrar, apesar da consciência ética da sociedade ter evoluído, é que as crianças valem como propriedade dos adultos e em função dos interesses dos adultos. Considero que, no século XXI, esta postura, revelada nalguns acórdãos, é, de facto, incompreensível e inaceitável, e que nós temos o direito de criticar sentenças judiciais, caso contrário, estamos face a uma nova ditadura, a ditadura do poder judicial. A justiça é um serviço para os cidadãos, os tribunais administram a justiça em nome do povo, e nós temos o direito de exigir um serviço de qualidade e um serviço que proteja as pessoas mais vulneráveis, dentro da sociedade desigual em que vivemos. De facto, há decisões judiciais, que são um indicador de que esta evolução, exigida pelas sociedades democráticas, ainda não se deu. Embora eu acredite que, paralelamente a estes casos mediáticos, vai havendo mudança de mentalidades dentro da magistratura. Mas é triste pensar que os Tribunais dão, nalguns contextos, mais valor ao património do que à liberdade das crianças, que os processos-crime em que as vítimas são mulheres e crianças, muitas vezes, terminam, por desistências ou decisões de suspensão provisória do processo, que não constituem decisões livres das vítimas, ou pela aplicação de penas suspensas a abusadores sexuais¹⁴, o que não confere segurança às vítimas, continuamente sujeitas à repetição do abuso e a uma vida marcada pelo medo, e está em desacordo com o *princípio da intolerabilidade* dos crimes de abuso sexual de crianças e de violência doméstica.

¹⁴ Em 2004, em 147 condenações pela prática do crime de abuso sexual de crianças e menores dependentes, em 83 foram aplicadas penas de prisão suspensas; em 3, a pena de prisão foi substituída por multa, e em 61, foi aplicada pena de prisão não substituída e não suspensa. Cf. *Estatísticas da Justiça*, Condenados em processos crime na fase de julgamento findos, segundo as penas ou medidas aplicadas, por tipos de crimes, Dados provisórios apurados a 06/06/2006. Note-se que, em 58, 5% das condenações a pena de prisão foi suspensão, o que dada a elevadíssima gravidade dos crimes praticados, a necessidade de protecção das crianças e a finalidade de prevenção geral da pena, é inaceitável, só podendo explicar-se pela displicência do poder judicial e pela falta de consciência do sofrimento das vítimas.

A construção do abuso sexual como uma inevitabilidade biológica ou como casos excepcionais e patológicos revelou-se falsa, tratando-se de um problema epidémico da sociedade que atinge um em cada sete crianças do sexo masculino e uma em cada quatro do sexo feminino¹⁵, afectando, também, as crianças que pertencem à mesma comunidade da vítima, e que a psicologia considera, hoje, vítimas indirectas¹⁶. A investigação científica revelou que não se detecta nos agressores qualquer patologia ou doença e que se verifica uma relação entre o crime e o sexo do agressor, o sexo masculino¹⁷. Este elemento permitiu demonstrar que os crimes sexuais constituem a expressão de uma cultura sexual patriarcal, assente na desigualdade entre o homem e a mulher, na relação hierárquica entre o adulto e a criança, e na visão da criança como um objecto¹⁸, concluindo-se que as causas do crime residem na construção cultural da sexualidade masculina, através da eliminação da emotividade, na agressão, na procura de poder sobre os outros e na atracção pelos vulneráveis¹⁹.

No contexto dos crimes sexuais, os Tribunais têm aplicado, como um costume jurisprudencial, a figura do crime continuado, embora não se trate de uma orientação uniforme, quando estão em causa crimes contra as pessoas. De acordo com esta figura, o autor de vários crimes, contra a mesma vítima, é punido, não por todos os crimes praticados, de acordo com as regras do concurso, mas apenas por um crime, sendo a medida da pena determinada pela parcela mais grave das várias actuações do agente. Esta solução vai contra a investigação sobre os danos sofridos pela vítima de múltiplos crimes

¹⁵ Cf. JOSÉ H. ORNELAS, *Contributos para a Prevenção e Intervenção na área dos Abusos Sexuais de Crianças*, Conferência Internacional, Abuso Sexual de Crianças, 18 e 19 de Novembro de 2003, Aula Magna – Cidade Universitária, Lisboa, Portugal; MICHAEL FREEMAN, «The End of the Century of the Child?», *Current Legal Problems*, 2000, p. 533.

¹⁶ Cf. ANA SANI, *As Crianças e a Violência*, Braga, 2002, pp. 38-50.

¹⁷ Cf. MICHAEL FREEMAN, *The moral status of children. Essays on the Rights of the Child*, The Netherlands, 1997, pp. 273-276.

¹⁸ Cf. MICHAEL FREEMAN, *The moral status of children, ob. cit.*, pp. 266-267 e 274-276. No mesmo sentido, vide CELINA MANITA, «Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual», 2002, p. 232, esclarecendo que a maioria dos abusos sexuais é praticada por indivíduos normais, sem doença mental ou psicopatologia relevante.

¹⁹ Cf. FREEMAN, *The moral status of children...ob.cit.*, p. 275.

sexuais²⁰, cuja liberdade é violada de forma muito mais intensa do que a vítima de um abuso ou violação, praticado uma vez, por um desconhecido. A criança vítima de abusos múltiplos apresenta um sofrimento muito maior, o chamado dano da confiança, em virtude de o abuso ser praticado por um sujeito, encarregado de cuidar de si e em quem a vítima confiava²¹, não diminuindo, em nada, este circunstancialismo do crime, o grau de culpa do agente, revelando, pelo contrário, uma maior culpabilidade deste e indiferença pela vítima como pessoa e pelo seu sofrimento. Esta decisão dos Tribunais é justificada pela ideia de “dar uma oportunidade” ao abusador, quando este é o pai da vítima, devido à idealização da paternidade biológica e à esperança de recuperação da relação pai-criança, mesmo contra toda a evidência dos factos, e pela dificuldade de prova, provocada pela erosão da memória da vítima e pelo sofrimento que lhe causam os interrogatórios. O recurso ao crime continuado, nos crimes sexuais contra crianças, constitui, na minha opinião, um incumprimento do dever de protecção das crianças, vítimas de abuso sexual, dentro da família e das instituições²². Em termos de prevenção geral, a aplicação do crime continuado torna indiferente, para o autor do crime, a prática de 1 ou de 20 crimes,

²⁰ Cf. DANIEL GOLEMAN, *Inteligência Emocional*, tradução portuguesa, 1996, pp. 224-225; CATHERINE MARNEFFE, «Les Conséquences du Passage à L'Acte Pédophile Sur L'Enfant», in *La Pédophilie, Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1998, p. 109; YVONNE DARLINGTON, *Moving On, Women's Experiences of Childhood Sexual Abuse And Beyond*, The Federation Press, 1996.

²¹ Sobre os danos causados às vítimas de abuso sexual, na família, vide ROBIN WEST, *Caring for Justice*, New York, 1999, p. 102, referindo o dano da invasão, da traição e da exposição, da perda de autonomia e perda da sensação de segurança e de privacidade, sendo o corpo e o lar, identificados como o perigo.

²² Vide a Proposta de Lei 140/2006, art. 30.º, n.º 3, adoptando a posição defendida por FIGUEIREDO DIAS, *Anotação ao art. 172.º, Crimes contra as pessoas*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Coimbra, 1999, p. 553, § 32: “Crime continuado só pode verificar-se relativamente à mesma vítima dada a natureza eminentemente pessoal do bem jurídico protegido.” As alterações ao Código Penal, aprovadas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, atribuíram ao art. 30.º, n.º 2 3 3, a seguinte redacção: “**2.** Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente. **3** O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima.” A adopção desta doutrina pretendeu consagrar, no plano legislativo, uma jurisprudência antiga, que, contudo, nos países europeus mais desenvolvidos, nomeadamente, na Alemanha, já foi abandonada. A actual lei, contudo, permite que uma jurisprudência mais sensível e atenta não aplique a figura do crime continuado aos casos de violência doméstica e de abuso sexual de crianças, situações, em que, manifestamente, não há diminuição da culpa do agente, nem se pode falar de acordo entre os sujeitos. No entanto, julgo preferível uma lei que exclua expressamente a aplicação do crime continuado aos crimes contra as pessoas, para evitar a margem de discricionariedade concedida ao julgador.

deixando as vítimas desprotegidas e aumentando exponencialmente a sua vitimação. Parece-me estranho que o legislador, na Reforma Penal, tenha vindo confirmar esta orientação dos Tribunais, contrária aos direitos humanos das crianças, em vez de aproveitar a oportunidade para restringir a figura do crime continuado aos crimes patrimoniais, contexto que constitui a sua razão de ser histórica²³. Conforme esclarece TERESA BELEZA, o motivo que deu origem à teorização do crime continuado, no século XVI, foi o facto de as leis penais italianas e francesas punirem a pessoa que furta pela terceira vez, com a pena de morte, o que exigiu da doutrina, para fugir a esta desumanidade, a invenção de uma forma de ficcionar, em certas circunstâncias, que não se tratava de três furtos mas de um furto continuado²⁴. Eu só posso entender, que, hoje em dia, se aplica a figura do crime continuado aos abusadores sexuais porque há compaixão pelo abusador e insensibilidade ao sofrimento da vítima.

A fundamentação do acórdão do STJ, de 03-05-2007, afirmando que as exigências de prevenção geral não podem conduzir a uma punição superior à culpa do réu, pois o indivíduo não pode ser instrumentalizado pelas necessidades sociais, sendo punido acima da sua própria culpa, está correcta, em abstracto, e faz parte do direito penal axiológico e humanista. Eu também defendo que a medida da pena tem como limite máximo a culpa. A ideia em si pode perfeitamente ser boa, não estou de maneira nenhuma a criticá-la ou a defender que a pena concreta pode ultrapassar a culpa. Mas os bons argumentos são, muitas vezes, utilizados para justificar posições que não são adequadas. A questão é a de saber como é que se mede a culpa e como é que o Tribunal a mediu, neste caso concreto.

²³ Parece ter sido esta a orientação da doutrina do Professor EDUARDO CORREIA, que excluía a aplicação do crime continuado, em relação aos bens jurídicos pessoais, embora sem esclarecer, se se referia a crimes em que a vítima era a mesma ou a crimes em que a vítima era diferente: “Sem esquecer que de *o mesmo* bem jurídico se não pode falar quando se esteja perante tipos legais que protejam bens eminentemente pessoais; caso em que, havendo um preenchimento plúrimo de um tipo legal desta natureza, estará excluída toda a possibilidade de se falar em continuação criminosa.” Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Coimbra, 1971, p. 211. O autor refere, nesta obra, como crimes continuados que atenuam a culpa: o adultério, o furto e o fabrico de moeda falsa. Claramente contra o crime continuado, em virtude de este consistir numa ficção que, de facto, não se verifica, pela imprecisão dos seus contornos e pela fluidez da sua aplicação, susceptível de pôr em causa o princípio da igualdade, assim como pela falta de sentido da ideia de diminuição da culpa, que lhe está ligada, *vide* TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º Volume, Lisboa, pp. 555-556.

²⁴ *Vide idem*, p. 551.

O crime continuado, no contexto dos crimes sexuais contra crianças, não atenua a culpa do abusador, antes revela, pelo contrário, uma maior frieza de carácter e indiferença pelos valores que a ordem jurídica quer promover. A aceitação de causas de atenuação da culpa, com base numa ética das emoções²⁵, não abrange o comportamento dos abusadores imputáveis, que não se encontram em situações de conflito pessoal, susceptíveis de atenuar a culpa, uma vez que os crimes sexuais contra crianças são crimes premeditados, revelam um dolo intenso do agente e caracterizam-se pela falta de emoções ou de empatia com o sofrimento da vítima. Quer se adopte uma teoria psicológica e subjectiva da culpa, quer uma concepção de culpa na personalidade, traduzida no desvalor da atitude revelada no facto, o resultado seria o mesmo. Nem o facto de o agente ser primário²⁶ e revelar um bom comportamento social e familiar do abusador, consiste, neste tipo de crimes, numa causa de atenuação da culpa. Pelo contrário, constituem, antes, factores que revelam a possibilidade de um comportamento alternativo, que só não se verifica, porque a sociedade tem mantido os abusadores na impunidade. Não que eu pense que o direito penal, só por si, resolva o problema da criminalidade sexual. Tem que haver políticas sociais de apoio à infância e de educação sexual das crianças, para prevenir o abuso, assim como políticas que promovam a igualdade de facto, entre homens e mulheres, e os direitos das crianças. Todavia, as sociedades não abdicam, porque não é previsível a construção de uma sociedade perfeita, da estipulação de um conjunto de normas protectoras do mínimo ético necessário à sobrevivência de uma sociedade e da aplicação de sanções a quem as viola. O direito penal tem, apesar dos seus defeitos e limites, um efeito de consciencialização de valores por parte da comunidade e um efeito dissuasor. Julgo até, que este efeito é particularmente importante, em relação a crimes que têm sido encobertos por um manto de privacidade, de segredo e de impunidade, como os abusos sexuais de crianças, sobretudo, se a lei penal for efectivamente aplicada e acompanhada de uma

²⁵ Cf. FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra, 2005.

²⁶ Os Tribunais têm uma ampla margem de discricionariedade na apreciação deste elemento. Veja-se, em sentido diferente da posição adoptada pelo STJ, no caso *sub iudice*, a posição adoptada, pelo mesmo Tribunal, em relação a um agente primário, condenado por um crime de incêndio, em que este fundamento não foi aceite como causa de atenuação da pena. Vide STJ 06-06-2007, (Relator: SIMAS SANTOS) in *Base de Dados Jurídico-Documental do MJ*, www.dgsi.pt, onde se afirma que ausência de antecedentes criminais não é necessariamente boa conduta.

evolução da consciência social, como penso que já se verificou. Uma sociedade que convencionou consagrar num Código Penal, normas punitivas para a violação de valores éticos ou bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade, não pode ignorar a importância, para a sociedade actual e para as gerações futuras, do bem jurídico do desenvolvimento e da integridade pessoal das crianças, nem invocar, quando se trata de crimes sexuais, a natureza de *ultima ratio* do direito penal, quando, hipocritamente, não a invoca, no contexto em que devia ser invocada, relativamente a crimes patrimoniais cometidos por pessoas carenciadas e pobres, muitas vezes, jovens.

A dogmática penal liberal está marcada pelo seu contexto histórico e assume, por isso, uma historicidade, que a torna mutável, de acordo com a época²⁷. A lógica de defesa unilateral dos direitos do arguido surgiu como reacção a uma época em que os crimes eram contra vítimas muito fortes, o Estado e a Igreja, que dispunham de meios para perseguir, matar e torturar os cidadãos, e faz todo o sentido, em relação ao delinquentes que pratica crimes patrimoniais por pobreza, desemprego e desinserção social, estereótipo que costumava estar subjacente à discussão sobre a criminalidade e políticas criminais de ressocialização. Actualmente, temos crimes, como os crimes de abuso sexual de crianças, cuja previsão legal é recente, remonta a 1995, e cuja formulação tem vindo a ser alargada, desde essa data, o que demonstra os poucos conhecimentos empíricos do legislador. Estes crimes são perpetrados por indivíduos do sexo masculino, muitos deles poderosos na sociedade, contra vítimas indefesas. Portanto, temos que introduzir na dogmática penal, novos valores, como os direitos processuais das vítimas, por exemplo, o direito a ser ouvida na fase do inquérito, para memória futura, através de vídeo-conferência, já previsto na lei, mas raramente aplicado, na prática. O respeito efectivo pelos direitos das vítimas é essencial para evitar a vitimação secundária, resultante do julgamento cara a cara com o arguido, e a “via-sacra” das repetições dos exames e dos depoimentos, durante o processo²⁸. A dogmática e os princípios de direito penal, numa época em que se

²⁷ Sobre a evolução do direito penal, ao longo da história, vide TAIPA DE CARVALHO, *Condicionalidade Sócio-Cultural do Direito Penal. Análise histórica. Sentido e limites*, Coimbra, 1985.

²⁸ Vide a Lei de Protecção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) e o art. 271.º do CPP. Sobre o tema, vide MOURAZ LOPES, «O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para «memória futura», *Sub Iudice*, n.º 26, 2003, pp. 13-19.

descobriu uma criminalidade contra mulheres e crianças, ignorada ou desvalorizada por épocas anteriores, têm que ser readaptados à luz desta nova realidade e do *pathos* da nossa época, caracterizado pela solidariedade. O sistema penal não é um sistema fechado, que se esgotou nos avanços das épocas anteriores, mas pelo contrário, é um sistema em evolução e aberto a receber novos valores e novos princípios. A Convenção dos Direitos da Criança e o Protocolo Facultativo à Convenção relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil representam valores novos na sociedade e na ordem jurídica actual, que exigem, em interacção com os princípios liberais de defesa do arguido, uma nova política criminal de protecção das vítimas. Trata-se, tal como outrora se passou com os princípios da legalidade e da culpa, de uma exigência de humanismo e de respeito pela dignidade humana das vítimas de crimes violentos. A investigação científica tem equiparado o sofrimento das vítimas de abuso sexual continuado, na família ou em instituições, à síndrome pós-traumática das vítimas do Holocausto e dos veteranos da guerra do Vietname²⁹. As crianças abusadas, dentro da família, criam distância, isolamento e supressão dos sentimentos, como uma defesa contra a relação incestuosa na infância, aprendem a dissociar-se dos seus corpos como um meio de se adaptarem ao abuso, sendo a forma mais extrema de dissociação, a criação de múltiplas personalidades³⁰. Muitas mulheres vítimas de abuso relatam, tal como muitos sobreviventes de campos de concentração e tortura, que se separam do seu corpo para não sentirem dor, e a consequência mais devastadora do abuso sexual, para a sexualidade das mulheres, acontece quando as vítimas se sentem amadas e confortadas durante o incesto, o que não significa, de forma alguma, uma decisão livre ou prazer, mas uma forma de cooperar com o sofrimento³¹. As crianças vítimas de incesto, no momento da revelação

²⁹ Cf. DANIEL GOLEMAN, *Inteligência Emocional*, tradução portuguesa, 1996, pp. 224-225. Sobre relatos de vítimas, vide, *I Never Told Anyone, I Never Told Anyone, Writings by Women Survivors of Child Sexual Abuse*, Edited by ELLEN BASS and LOUISE THORTON, 1983; MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O método da narrativa e a voz das vítimas de crimes sexuais», *Revista Electrónica de Direito Constitucional & Filosofia Jurídica*, Vol.I, 2007, in <http://constitutio.tripod.com/id7.html>

³⁰ Cf. YVONNE DARLINGTON, *Moving on, Women's Experiences of Childhood Sexual Abuse and Beyond*, 1996, pp.7-8.

³¹ Cf. CATHARINE MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Massachusetts, London, 1989, pp. 146-147.

do abuso, sofrem de depressão, problemas de comportamento, tentativas de suicídio, períodos de confusão mental e de uma cólera imensa dentro de si³². A longo prazo, revelam problemas de auto-estima e confiança em si próprias, de perturbações de memória e de dificuldades na vida afectiva e sexual, perturbações na vida relacional e social e angústias em relação à maternidade, provocadas pelo medo de que esta esteja marcada pelo passado ou que se reproduza a mesma agressão³³, ansiedade, sentimentos de culpa e de vergonha, maior tendência para consumo de drogas ou de álcool, e uma maior vulnerabilidade à repetição da vitimação³⁴.

A mobilização de épocas anteriores, a favor dos perseguidos pelo Estado e pela Igreja, tem, hoje, o seu sucedâneo na defesa das vítimas de crimes sexuais e de violência doméstica. «A história da humanidade é a da luta do homem contra a dor»³⁵. A luta contra a dor das vítimas de abuso sexual na infância foi encetada, recentemente, na Europa e em Portugal, e é uma luta que está apenas, no seu início, e que não vai parar. É uma luta contra uma sociedade que sempre fechou os olhos ao valor das crianças como pessoas e ao seu sofrimento, quer conservadores, porque lhes interessava ficcionar que o mundo é um lugar bom para se viver e promover o ideal romântico da família biológica, fundada no casamento; quer liberais, porque lhes interessava liberalizar o sexo, segundo a máxima é proibido proibir. No fundo, trata-se de conservadores e liberais oriundos de uma sociedade patriarcal, que de uma maneira ou de outra, estão a adoptar a perspectiva dos homens adultos, que nunca tiveram a experiência de terem sido abusados na infância, nem se lhes avizinha, como provável, uma vitimação por crime sexual, na idade adulta. Não há imparcialidade nas decisões judiciais, sem a integração das experiências das

³² Cf. CATHERINE MARNEFFE, «Les Conséquences du Passage à L'Acte Pédophile Sur L'Enfant», 1998, p. 109.

³³ Cf. CATHERINE MARNEFFE, «Les Conséquences du Passage à L'Acte Pédophile Sur L'Enfant», 1998, p. 109.

³⁴ Cf. YVONNE DARLINGTON, *Moving on, Women's Experiences of Childhood Sexual Abuse...ob. cit.*, pp. 10-11.

³⁵ Cf. RUY ALBUQUERQUE, «Reflexões Sobre Páginas de Raúl Ventura», in RAUL VENTURA, *Apontamentos Sobre Sociedades Civis*, Coimbra, 2006, p. 10.

crianças e das mulheres vítimas de crimes sexuais, na experiência de quem tem que tomar decisões judiciais, políticas ou sociais, que as vão afectar.

Trago, também, alguns acórdãos e sentenças mais antigos, por exemplo, uma decisão instrutória de arquivamento de uma queixa de acto sexual com adolescente (art. 174.º do Código Penal)³⁶ e um acórdão do STJ, de 13-11-2002³⁷, relativo à recusa de aplicação do art. 173.º do Código Penal (abuso sexual de menores dependentes)³⁸, por argumentos que considero serem legalistas.

Uma criança do sexo feminino, de 14 anos, com perturbação psicológica e mental, que não tinha pai nem mãe, e vivia com a irmã e o marido desta, foi sexualmente abusada, de forma continuada, pelo cunhado, durante um ano e meio. A irmã era a sua tutora, por força de uma decisão judicial que lhe atribuía a tutela. A criança estava integrada neste agregado familiar e economicamente dependente do cunhado, que exercia, em conjunto com a mulher, os poderes-deveres de educação, embora, formalmente, a tutela pertencesse exclusivamente à irmã da vítima.

³⁶ Art. 174.º (Actos sexuais com adolescentes): “Quem sendo maior, tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.” Este artigo passa a ser, após a alteração do CP, o art. 173.º (actos sexuais com adolescentes), passando a ter a seguinte redacção: “**1.** Quem, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que ele seja por este praticado com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. **2.** Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objectos, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias”. O art. 173.º alargou o âmbito da punição aos actos sexuais de relevo e à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, e absorveu o antigo tipo legal, previsto no art. 175.º (actos homossexuais com adolescentes), que não exigia a prova do requisito de abuso de inexperiência. Julgo que a não discriminação, em função da orientação sexual, deveria ter sido feita no sentido oposto, ou seja, deixando de exigir para os actos sexuais com adolescentes, quer se tratasse de uma relação heterossexual ou homossexual, o requisito da inexperiência. Sobre esta questão, *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, «O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança», in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens*, 2003, p. 25, nota 38.

³⁷ *Vide* o acórdão do STJ, de 13-11-2002 (Relator: LOURENÇO MARTINS), in *CJ, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Tomo III, pp. 224-227.

³⁸ Art 173.º (Abuso sexual de menores dependentes): “ 1. Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos nos nºs 1 ou 2 do art. 172.º, relativamente a menor entre 14 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.” Este artigo, no Código Penal revisto, mantém a mesma redacção, mas passa a constituir o art. 172.º

Um vizinho fez queixa para a linha de emergência da criança maltratada e o Ministério Público teve conhecimento dos crimes. Contudo, não intentou o processo-crime por violação, provavelmente, porque a nossa lei não se basta, para haver violação, com a falta de consentimento, mas exige que haja ameaça grave ou violência, em relação à vítima, ou o aproveitamento de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho requisitos que dificultam a prova e que são explorados pela defesa dos arguidos³⁹. O MP fez a acusação do arguido por crime de abuso sexual de menor dependente (173.º CP), nos termos do qual, quem praticar ou levar a praticar os actos descritos no número 1 ou 2 do art. 172.º CP (acto sexual de relevo, cópula, coito anal ou oral), relativamente a menor entre 14 a 18 que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, é punido com pena de prisão de um a oito anos. O STJ decidiu que, não havendo uma decisão judicial que confiasse a guarda da criança ou a tutela, ao marido da irmã, não se verificava este requisito de confiança para educação ou assistência, rejeitando a relevância da dependência ou da confiança de facto. Nas palavras do acórdão, “(...) extrair a relação de dependência directamente, da nomeação da mulher do arguido como tutora da ofendida e do facto de a criança ter passado a integrar o seu agregado familiar, não parece curial, pois não estava afastado que o arguido, porventura, se viesse a opor a tal coabitação, no agregado familiar da tutelada e também cunhada”⁴⁰. Por outras palavras, e fazendo uma interpretação sociológica do fundamento da decisão, uma vez que uma sentença é um texto passível de interpretação, como qualquer outro, penso que, aquilo que o Tribunal quis dizer, foi algo como, o réu foi tão generoso em ter aceiteado a integração da menina no seu ambiente familiar e em contribuir para o seu sustento, que não seria justo puni-lo, por abuso sexual de menores dependentes, embora reconhecessem, que havia uma dependência de facto, idêntica à que existe entre uma criança e os seus tutores ou representantes legais. Afirma também o Tribunal: “A confiança tem que provir da lei, da

³⁹ A Reforma do Código Penal, introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, alargou os crimes de coacção sexual e de violação às situações em que o agente abusa da autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou se aproveita do temor que causou à vítima (arts 163.º, n.º 2 e 164.º, n.º 2): “Quem, por meio não compreendido no número anterior e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se do temor que causou, constranger outra pessoa (...)”

⁴⁰ Cf. STJ 13-11-2002 (Relator: LOURENÇO MARTINS), in *CJ/STJ, ob. cit.*, p. 224 e ss.

sentença ou de um acto, contrato ou negócio jurídico em que manifestamente tenha nascido esse dever de educação ou assistência”⁴¹. Ora, o Tribunal também esqueceu que há contratos tácitos, que vinculam juridicamente as partes, criando obrigações jurídicas. Se o réu aceitou a integração de facto, da criança, no seu agregado familiar, há um acordo tácito, entre ele a mulher, tutora e irmã da vítima, que fundamenta juridicamente a responsabilidade penal pelo crime de abuso sexual de dependentes. Portanto, mesmo que interpretássemos a lei de uma maneira legalista, ou seja, como exigindo, dentro dos seus requisitos, uma confiança jurídica e não de facto, este requisito está preenchido. Neste caso, verifica-se uma confiança jurídica, por força de um acordo tácito entre o réu e a mulher, no sentido de uma partilha das funções de educação e de cuidados. Parece haver, por trás desta decisão, uma pré-compreensão do problema ou uma vontade prévia, no sentido de não punir o indivíduo, porque há mais empatia com o agressor do que com a vítima, que era uma criança de 14 anos, completamente dependente e com atraso mental. Com a agravante que esta criança, para além de não ter visto o seu desejo de justiça e de reparação satisfeito pelo sistema judicial, foi culpabilizada pela família e institucionalizada pelo sistema de protecção de crianças.

Há um filósofo francês, de quem eu gosto muito, JACQUES DERRIDA, que diz que não há justiça sem que eu seja o outro e que “a justiça é a experiência da alteridade absoluta”⁴². O autor não referia as crianças maltratadas ou abusadas no seu texto, mas todos os grupos vítimas de discriminação, ao longo da história, como as minorias étnicas e as mulheres, assim como os movimentos de abolição da escravatura⁴³. A noção mais moderna de infância inclui as crianças entre os grupos sociais discriminados⁴⁴. Trata-se de uma politização da infância, em que as crianças são vistas como um grupo marginalizado, numa sociedade desigual e estruturalmente discriminatória. A politização

⁴¹ Cf. STJ 13-11-2002 (Relator: LOURENÇO MARTINS), in *CJ/STJ, ob. cit.*, p. 224 e ss.

⁴² Cf. JACQUES DERRIDA, *Force de loi*, Paris, 1994, p. 61

⁴³ JACQUES DERRIDA, *Force de loi, ob. cit.*, p. 62.

⁴⁴ Cf. JULIA FIONDA, «Legal Concepts of Childhood: An Introduction», in *Legal Concepts of Childhood*, Edited by JULIA FIONDA, 2001, Oxford, pp. 16-17.

é interminável e não pode nem deve nunca ser total, obrigando cada avanço ao longo da história a reinterpretar os fundamentos do direito, tal como estavam delimitados pelas épocas anteriores⁴⁵. Fazer justiça, em relação às crianças, não pode deixar de ser, “eu sou a criança abusada”, “eu sou a criança maltratada”. E parece-me que a grande dificuldade é esta. Como é que esta atitude se aprende, como é que se ensina ou porque é que se gera ou não nas pessoas, também não sei explicar. Mas creio que as mudanças sociais, ocorridas nestes últimos anos, devido à denúncia dos abusos sexuais de crianças da Casa Pia, e ao facto de mais vítimas terem intentado processos-crime contra os abusadores, poderão fazer com que desperte e se aprofunde este sentimento de empatia com o sofrimento das vítimas, e que a sociedade, o poder político e o poder judicial, assumam a sua responsabilidade pela mudança necessária.

Um outro caso consiste numa decisão instrutória de arquivamento, num tribunal de primeira instância, em que uma criança do sexo feminino, de 14 anos de idade, foi sexualmente abusada, por um vizinho, casado e com filhos⁴⁶. O tribunal, depois de reconhecer que a criança não consentiu nas relações sexuais e que disse firmemente ao réu para este parar, afirma que a criança (a quem se refere como uma “mulher”!) não se opôs com firmeza suficiente e que a sua oposição não foi séria e resoluta, porque não gritou durante as relações sexuais. O MP fez a acusação do réu por crime de acto sexual com adolescentes (art. 174.º), que considera irrelevante o consentimento da vítima, desde que se prove a sua inexperiência. Na fundamentação da decisão de arquivamento, o juiz, para além de ter ficcionado o consentimento da criança, acrescentou que esta não era inexperiente, apesar de nunca ter mantido relações sexuais com ninguém, porque estava a fazer o crisma, era boa aluna na escola, tinha uma capacidade cognitiva elevada e tinha obrigação de se ter apercebido das intenções libidinosas do réu e de não ter entrado na carrinha, onde ocorreu a relação sexual, fundamentando-se, também, num relatório psicológico, apresentado ao Tribunal, em que se afirmava que a criança era menstruada desde os nove anos e tinha uma mentalidade e um desenvolvimento intelectual

⁴⁵ JACQUES DERRIDA, *Force de loi, ob. cit.*, p. 62.

⁴⁶ Tribunal de Círculo de Santa Maria da Feira, Decisão instrutória de 1997.04.29, Proc. 117/97, juiz PAULO DUARTE TEIXEIRA, in *Sub Iudice*, Jan.-Março/1998, pp. 1-4.

equivalente a 15 anos de idade. Toda esta argumentação, dirigida a equiparar a criança a uma mulher, com capacidade de ter evitado o acto sexual, é totalmente irrelevante para a lei. Por um lado, tendo sido o nível de desenvolvimento da criança equiparado aos 15 anos, esta idade ainda está dentro do âmbito de protecção da norma, que se refere a crianças de idade compreendida entre os 14 e os 16 anos. Por outro, o critério da idade da vítima é independente do nível de desenvolvimento de cada criança, por razões de segurança jurídica.

Este caso passou-se em 1997. Há dez anos. Curiosamente, um juiz em início de carreira. O que também me faz pensar o seguinte: será que as pessoas, por serem mais novas, trazem alguma coisa de novo para os tribunais ou para o exercício da administração da justiça, em relação às gerações anteriores? Eu pensava que sim. Costumo ter esperança nos meus alunos e nas minhas alunas, e pensar que vão trazer algo de diferente. Mas há sempre o perigo ou a tendência, em todas as profissões, para repetir o que estava feito pelos mais antigos, para a rotina. Em vez de criar inovações e de tentar mudar, é sempre mais seguro repetir as rotinas. E exercer o espírito crítico em relação aos mais velhos, é uma atitude que a nossa cultura paternalista, que hierarquiza as relações, não tem fomentado. Portanto, penso que se não houver no ensino universitário e na preparação das pessoas que entram para a magistratura, esta noção de que é importante inovar e auscultar o sentimento de justiça da comunidade, é difícil a justiça progredir e adaptar-se à realidade social e às necessidades dos cidadãos.

Um outro caso que eu trouxe, e este já é posterior ao Processo Casa Pia, é o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de que confirmou a condenação de um pai por um crime continuado de abuso sexual de crianças em relação à sua filha de três anos e meio, tendo sido aplicada uma pena de três anos de prisão, suspensa pelo período de 4 anos, juntamente com a inibição do poder paternal do arguido por um período de 8 anos⁴⁷. O Procurador Geral Adjunto do Tribunal da Relação do Porto deu o seguinte parecer, em relação ao recurso intentado pelo réu para este Tribunal⁴⁸. Os factos provados

⁴⁷ Cf. 2.^a Vara Mista do Tribunal de Comarca de V. N. de Gaia, 21-12-2005.

⁴⁸ Cf. NOVAIS MACHADO, Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 0642216, Parecer n.º 92, 30 de Março de 2006.

foram estes: “entre os três e quatro anos de idade, em várias ocasiões, quase sempre quando tomava banho nu com a filha, após chegar a casa da barbearia, o arguido convenciona a filha, a apalpar-lhe e beijar-lhe o pénis enquanto que por sua vez a beijava na região vaginal. Por vezes, quando estava a sós, a vesti-la no seu quarto, solicitava à filha que lhe beijasse a zona genital. Numa dessas ocasiões, em finais de 2003, foi o arguido surpreendido pela companheira quando se encontrava com a filha na casa de banho, completamente vestido mas com as calças desapertadas e ligeiramente descidas com o pénis de fora e com a filha com a boca muito próxima do pénis a preparar-se para o beijar. O arguido sabia que assim agiu com o propósito de satisfazer os seus instintos libidinosos, muito embora soubesse que actuava contra a sua vontade e que a ofendia no seu pudor e liberdade sexual”⁴⁹. O Procurador Geral Adjunto pediu a alteração da matéria de facto e propôs que, em vez de ‘o arguido solicitava à filha’, ficasse provado que “o arguido permitiu” que a filha praticasse os actos referidos. Todos os actos que aqui estão descritos como “o arguido solicitava”, passariam a ser da iniciativa da filha, limitando-se o pai a permiti-los, como se esta alteração tivesse alguma repercussão na qualificação jurídica do facto. De um ponto de vista da lei, é completamente irrelevante para a qualificação destes actos como crime de abuso sexual de crianças, qualquer iniciativa ou intervenção activa da criança. Acrescentava, também, o Senhor Procurador Geral Adjunto que, mesmo que a matéria de facto ficasse inalterada, (portanto, exactamente como estava, ‘o arguido convenciona a filha’), tal comportamento não consistia um acto sexual de relevo, punido pelo art. 172.º, n.º 2 do Código Penal: “Finalmente e em caso de se entender que deve manter-se a factualidade provada nos pontos 3, 4 e 5, sempre haverá de colocar-se a questão de saber-se se tais factos são, mesmo assim, actos sexuais de relevo, e se permitem a conclusão expressa no ponto 6, de que o arguido sabia que não podia praticar com ela, os actos de natureza sexual atrás referidos e assim agiu com propósito de satisfazer os seus instintos libidinosos, muito embora soubesse que actuava contra a sua vontade e que a ofendia no seu pudor e liberdade sexual. Trata-se, a meu ver, de um facto conclusivo que não pode extrair-se nem dos demais factos, nem da prova

⁴⁹ Cf. RP 11-09-2006, Processo n.º 0642216.

produzida em audiência. Do exposto, sou de parecer que deve proceder o recurso”⁵⁰. Este parecer já foi posterior ao processo Casa Pia, e ainda mais me admirei por estes actos não serem considerados actos sexuais de relevo, por um magistrado de um Tribunal Superior, posição que representa, em minha opinião, uma retrocesso na evolução da consciência colectiva.

Considero que a noção de acto sexual de relevo é uma noção que discrimina as crianças vítimas, porque a lei abre a porta para interpretações que as deixam desprotegidas, perante actos sexuais que não sejam considerados actos sexuais de relevo, pelos órgãos aplicadores da lei, detentores de um poder discricionário, sempre subjectivo. A categoria de actos sexuais de relevo contém, implicitamente, uma outra, a de actos sexuais sem relevo, praticados com crianças, e que não constituem crime de abuso sexual. A adjectivação, ‘de relevo’, coloca a possibilidade, dada a mentalidade descrita, presente no sistema judicial, de se descriminalizar, na prática, o abuso sexual de crianças, quando não há penetração nem marcas físicas. Consultando a doutrina penalista, detecto também esse tipo de posições, por exemplo, nestas afirmações que, com todo o respeito, me deixam perplexa, sobretudo, porque constam de um elemento bibliográfico utilizado pelos tribunais para interpretar e aplicar a lei: “(...) ficam excluídos do tipo actos que, embora “pesados” ou em si “significantes” por impróprios, desonestos, de mau gosto ou despudorados, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalidade ou instantaneidade, não entrem de forma importante a livre determinação sexual da vítima”⁵¹, afirmando o autor não haver qualquer razão válida, nem político-criminal nem dogmática, para o alargamento do conteúdo da noção de acto sexual de relevo, no tipo legal de abuso sexual de crianças, em contraste com o tipo legal de coacção sexual, em que a coacção empresta, por si mesma, “relevo” ao acto⁵², como se nos crimes de abuso sexual de crianças não

⁵⁰ Cf. NOVAIS MACHADO, Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 0642216, Parecer n.º 92, 30 de Março de 2006.

⁵¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Crimes contra as pessoas, anotação ao art. 163.º (Coacção sexual) e anotação ao art.172.º*, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º, Coimbra, 1999, p. 449 e 543. Embora estas afirmações pudessem fazer sentido, em países, em que as pessoas apresentam queixas infundadas, pressionadas pelo pânico do abuso sexual, não me parecem adequadas à realidade portuguesa e dos países latinos, caracterizada por elevadas taxas de cifras negras, por uma abstenção de intervenção nestas questões e por uma visão mais protectora do adulto do que da criança.

⁵² Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Crimes contra as pessoas, Anotação ao art.163.º, ob. cit.*, p. 449.

houvesse coacção da vítima. Embora o tipo legal de crime de abuso sexual não exija, e bem, como requisito, a coacção, tal não significa que ela não exista, o que não tem é os mesmos moldes dos crimes de coacção sexual contra adultos. Na verdade, a maior parte dos abusos são praticados num contexto em que a criança, pela sua tenra idade e/ou pela posição de poder do abusador, não tem nem capacidade nem possibilidade prática de recusar o consentimento ou de opor resistência física, havendo da parte dos abusadores uma coacção decorrente do exercício de autoridade, perante a qual a criança responde com medo e silêncio. A atitude de passividade perante o abuso sexual encontra-se também nas mulheres adultas vítimas de sexo forçado, no contexto de uma relação conjugal ou análoga, ou no chamado *date rape* ou violação não violenta⁵³, situações dificilmente qualificáveis como crimes de violação ou de coacção sexual, na actual lei penal, que exige ameaça grave ou violência como requisitos destes tipos legais de crime, ou abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, não se bastando com a falta de consentimento⁵⁴. Também esta decisão legislativa, na prática, significa uma descriminalização da maior parte dos crimes sexuais cometidos contra mulheres, o que, mais uma vez denota a característica patriarcal da sociedade, a concepção de mulher como objecto sexual e a desvalorização da sua liberdade sexual na ordem jurídica e na sociedade.

Na anotação à norma do art.172.º do CP, o autor questiona, ainda, a consistência da presunção legal, *iuris et de iure*, segundo a qual a prática de actos sexuais com menor prejudica o seu desenvolvimento, “(...) nas concepções hodiernas nomeadamente de pública e maciça “sexualização” do quotidiano, é coisa que pode pôr-se em dúvida(...)”, reconhecendo, contudo, que foi essa a decisão do legislador e que “(...) o intérprete e o aplicador não pode legitimamente desobedecer-lhe.”⁵⁵ Que concepções hodiernas são essas, numa época em que se sabe, que cerca de 25% das crianças sofreram abusos

⁵³ Cfr. STEVEN I. FRIEDLAND, «Date Rape And The Culture of Acceptance», *Florida Law Review*, volume 43, 1991, n.º3, p.487-527; ROBIN WEST, «The Difference in Women’s Hedonic Lives», in *At The Boundaries of Law, Feminist and Legal Theory*, Edited by FINEMAN/THOMADSEN, New York, 1991, pp. 115-124, pp. 130-132.

⁵⁴ Arts 163.º(Coacção sexual) e 164.º (Violação) do Código Penal, hoje alargados ao abuso de autoridade resultante de relação familiar, tutela ou curatela ou ao temor causado pelo agente à vítima.

⁵⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Crimes contra as pessoas, Anotação ao art.172.º, ob. cit.*, pp. 541-542.

sexuais, pelo menos, uma vez na vida⁵⁶, fenómeno silenciado, durante séculos, para encobrir os abusadores, homens considerados mais importantes para a sociedade do que as crianças? Numa época em que as crianças são vendidas e traficadas para exploração sexual? Parece faltar à doutrina penalista a consciência da gravidade e da dimensão do fenómeno do abuso sexual de crianças, típica de posturas intelectuais que vêm no horror provocado pelo crime de abuso sexual de crianças “uma histeria da população”, susceptível de prejudicar mais as crianças do que o próprio abuso⁵⁷, esquecendo que o silêncio das sociedades, confortante para os adultos e para a sociedade que defendem, foi muito mais destrutivo para as crianças.

A doutrina penalista parece estar demasiado marcada pelo discurso descriminalizador do século XIX, relativamente à homossexualidade consentida entre adultos e ao adultério, não tendo prestado a devida atenção ao facto de as sociedades actuais terem conhecimento de crimes sexuais contra crianças, ignorados no século XIX, por uma sociedade liberal, assente na igualdade formal entre os indivíduos, que encobria a família com um manto da privacidade. A utilização da ideologia do liberalismo para determinar as fronteiras entre a criminalização e a descriminalização, na área do comportamento sexual, revelou-se desajustada da realidade, após a década de 80 do século XX, com a descoberta do abuso sexual de crianças, do assédio sexual contra as mulheres, da pornografia infantil e do tráfico sexual de mulheres e de crianças. Julgo que a lógica do discurso descriminalizador, assente numa concepção do direito penal como *ultima ratio*, por vezes, é indevidamente aplicada pela doutrina e pela jurisprudência, para reduzir o espaço de criminalização relativamente à violação dos direitos das mulheres e das crianças. Pelo contrário, a tendência da actualidade é marcada pela necessidade de uma intervenção crescente do Estado na área dos crimes sexuais para tutelar os mais fracos, visível na actual Reforma Penal, resultante de obrigações comunitárias e internacionais do Estado português, e que alargou o âmbito de incriminação dos tipos legais de crimes contra a autodeterminação sexual. Contudo,

⁵⁶ JOSÉ H. ORNELAS, *Contributos para a Prevenção e Intervenção na área dos Abusos Sexuais de Crianças*, Conferência Internacional, Abuso Sexual de Crianças, 18 e 19 de Novembro de 2003, Aula Magna – Cidade Universitária, Lisboa.

⁵⁷ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Crimes contra as pessoas, Anotação ao art.172.º, ob. cit.*, p. 553.

penso que se ficou aquém daquilo que considero adequado para proteger as vítimas de abuso sexual, como sucedeu com os prazos de prescrição e do direito de queixa, os quais embora mais extensos, me parecem insuficientes, assim como a idade do consentimento dos jovens, para relações sexuais com adultos, a qual devia ter sido alargada, de acordo com a noção de infância do art. 1.º da Convenção dos Direitos da Criança.