

# ANATOMIA DO CRIME

ANATOMY OF CRIME Journal of Law and Crime Sciences

Revista de Ciências  
Jurídico-Criminais

Nº14 | Julho - Dezembro 2021 | Semestral | 20€

## PRINCÍPIOS E SISTEMA PENAL

**Margarida Neiva Antunes:** *O Problema da Delimitação do Dolo e da Negligência como uma Impossibilidade Lógica*

## DIREITO PENAL DA EMPRESA, ECONÓMICO E FINANCEIRO

**Carlos Pinto de Abreu / Diogo Pereira Coelho:**  
*Auditorias Forenses: Brevíssimo Excurso Informativo*

## DIREITO PENAL E RELAÇÃO PESSOA-MUNDO

**Joana Reis Barata:** *A Conformidade Constitucional da Criminalização do Aliciamento de Menores para Fins Sexuais (Child Grooming) e a sua Necessidade no Ordenamento Jurídico Português: Problemas e Reflexões à Luz da Teoria Geral do Direito Penal*

**José Sanhudo:** *O Crime de Organização de Viagens para Fins de Turismo Sexual com Menores (Art.º 176.º-B Do Código Penal): Reflexões Críticas*

# A CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DO ALICIAMENTO DE MENORES PARA FINS SEXUAIS (*CHILD GROOMING*) E A SUA NECESSIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS: PROBLEMAS E REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL<sup>\*/\*\*</sup>

*The constitutional suitability of criminalizing child grooming and the need of having it in the Portuguese legal system: problems and considerations in light of the general theory of criminal law*

**Joana Reis Barata<sup>\*\*\*</sup>**

Palavras-chave: Aliciamento de menores; crime sexual; era digital; cibercrime

Resumo: O presente artigo visa analisar o crime de aliciamento de menores para fins sexuais consagrado em 2015 na legislação penal portuguesa. Depois de feito um enquadramento internacional (sobretudo europeu) a respeito do *child grooming*, irá ser abordada a conformidade constitucional desta incriminação, designadamente se todas as condutas que integram a previsão legal deveriam, à luz da Constituição, ser criminalizadas. Por fim, será analisada a relação que deverá existir entre esta incriminação e outras disposições legais previamente existentes no ordenamento jurídico português, procurando-se apresentar propostas de solução para eventuais conflitos normativos.

---

\* Recebido a 23/2/2022. Aprovado para publicação a 9/4/2022.

\*\* Este texto corresponde, com pequenas adaptações, ao relatório de Mestrado apresentado no âmbito do Mestrado Científico de Direito Penal e Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tratando-se de um texto inédito.

\*\*\* Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais e do Centro de Investigação de Direito Privado. Advogada.

Keywords: Child grooming; sexual offense; digital era; cybercrime

Abstract: This paper aims at analyzing the crime of child grooming (or solicitation of children for sexual purposes) established in Portuguese criminal law since 2015. After a general approach of the international (particularly European) framework concerning child grooming, it will be questioned if this crime is compliant with the constitutional standards, in particular, if all conducts that fall within the scope this legal provision should be criminalized, according to the Fundamental Law. Finally, it will be addressed the relation that shall be established between this provision and others that already existed in Portuguese legal framework, and I will try to recommend a solution in order to solve potential normative conflicts.

## Introdução

O *admirável mundo novo* que é o ciberespaço proporcionou à sociedade inúmeros benefícios, entre os quais, a maior proximidade entre indivíduos que estariam aprioristicamente impossibilitados de comunicar entre si. A esta facilitação – que, em larga medida, redundava num avanço profícuo –, inere um *lado negro* que se traduz nos perigos por ela propiciados. Se é certo que as pessoas estão mais próximas e que a comunicação entre desconhecidos é facilitada, não é menos verdade que os riscos desta aproximação pairam sobre os cibercidadãos, sobretudo sobre aqueles que são tendencialmente mais vulneráveis: as crianças.

O mundo começou a aperceber-se que o imperativo de *não matar uma cotovia* impendia sobre todos e cada, fosse pelas ideias ou através da administração pública, e que o Direito Penal não se poderia alhear do seu papel na proteção daqueles que são mais indefesos e que por isso estão à mercê dos perigos criados pelas novas tecnologias.

Neste contexto, surgiram inúmeras neocriminalizações que pretenderam fazer frente aos fenómenos cibernéticos. Optou-se, assim, por criminalizar comportamentos danosos para o bem jurídico protegido ou que apenas o colocavam em perigo, perigo esse que se entendeu ser suficientemente relevante para merecer a censura penal. Foi neste quadro que surgiu a criminalização do aliciamento de menores para fins sexuais.

Muito embora se reconheçam as melhores intenções do legislador internacional, europeu e nacional, não pode deixar de ser salientado que a intervenção do Direito Penal deve ser sempre – e necessariamente – subsidiária. Cremos, pois, que também por referência a este crime deve este *último reduto* ter a expressão mínima e

indispensável à tutela dos bens jurídicos que carecem de proteção. Nesta conformidade, é tendo como *pontos cardeais* a necessidade de proteção de bens jurídicos, por um lado, e a mínima intervenção do direito penal, por outro, que procuraremos encontrar o equilíbrio entre ambos.

Não pode ser descurado que o facto de vivermos num Estado de Direito Democrático, que se pauta por procurar acomodar a pluralidade de indivíduos e de ideias, se depara com inúmeros desafios, entre eles, a necessidade de concatenar os princípios – muitas vezes antagónicos – de liberdade e de segurança.

A incursão que pretendemos fazer passa pela análise dos regimes europeus a respeito desta matéria, globalmente conhecida como *child grooming*. Depois deste enquadramento inicial, cujo tratamento é reclamado para que sejam encontrados os fundamentos da incriminação em causa, passaremos a trilhar os sinuosos caminhos da conformidade à Constituição da solução adotada no ordenamento jurídico português, caminhos esses que colocam diversos desafios que cremos que até então ainda não foram devidamente ponderados. Por fim, e depois de termos encontrado as condutas que, a nosso ver, deverão ser de facto incriminadas, terminaremos com uma análise detalhada quanto à relação entre este crime e os demais crimes já previamente positivados no Código Penal Português – antes de este novo tipo ter merecido acolhimento –, designadamente os crimes de pornografia de menores, de abuso sexual de crianças e de atos sexuais com adolescentes.

## I. Enquadramento europeu e internacional

O aliciamento de menores para fins sexuais por meio das tecnologias da informação e da comunicação, vulgo *child grooming*, não é uma inovação do ordenamento jurídico português, mas antes uma figura que foi por ele acolhida e que já era amplamente discutida noutros ordenamentos jurídicos, e que resulta de uma longa história precedente no que respeita ao tratamento dos crimes sexuais<sup>1</sup>.

A preocupação com a proteção das crianças a diversos níveis tem sido um crescendo em Portugal e no mundo. Em Portugal, apenas com a revisão do Código Penal de 1995 houve alterações significativas no tratamento da criminalidade sexual<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Para uma visão global sobre o “*online child grooming*” e respetiva criminalização nos vários países do mundo, cf. Online Grooming of Children for Sexual Purposes: Model Legislation & Global Review, The Int’l Ctr. for Missing & Exploited Child, 1, 2, 2017.

<sup>2</sup> Esta alteração legislativa configurou uma verdadeira mudança de paradigma quanto aos crimes sexuais, “*abandonando-se a conceção moralista* (sentimento gerais de

Em concreto, foi nesta reforma que o abuso sexual de crianças mereceu tipificação (Figueiredo Dias, 2012: 832), sendo que até então o Direito Penal português parece ter querido deliberadamente alhear-se destas questões<sup>3</sup>. Este alheamento não era singular no ordenamento jurídico português, sendo transversal a vários países da Europa que, pela mesma altura, procederam a verdadeiras revoluções no que respeita à criminalidade sexual<sup>4</sup>.

Depois de uma verdadeira alteração do paradigma em 1995, outras alterações surgiram, umas mais significativas do que outras, mas sempre mantendo aquela mesma linhagem<sup>5</sup>. Assim, em *traço grosso*, as alterações que sucederam passaram essencialmente pela criminalização de condutas que não eram puníveis até então<sup>6</sup>,

---

*moralidade»), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”, cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março.*

Sobre este afastamento do Direito Penal da Moral, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Lei criminal e controlo da criminalidade”, *ROA*, Ano 36 (1976), pp. 78-79. O autor continuou a pronunciar-se sucessivamente sobre a questão, entre outros, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 2.ª ed., Lisboa: Verbo, 2004, pp. 1396-1398.; *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 832 e ss..

<sup>3</sup> JORGE FIGUEIREDO DIAS, “Os novos rumos da política criminal”, *ROA*, N.º 43 (1983), *passim*, explica que desde o Código Penal de 1852 havia uma tendência para a descriminalização. Em concreto, salienta que, contrariamente ao que acontecia antes, se tentava descriminalizar comportamentos sexuais até então recriminados, *Ibidem*, pp. 19-20.

O Código Penal de 1982 também continuou esta linhagem, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, in *O Novo Código Penal e Legislação Complementar: Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 200 e ss.

<sup>4</sup> Como foi o caso da alteração de 1995 ao Código Penal espanhol, a alteração de 1994 à legislação francesa e a alteração de 1996 à legislação italiana.

<sup>5</sup> Destacam-se, neste âmbito, as alterações de 1998, através da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro; de 2001, através da Lei n.º 99/2001 de 25 de agosto; de 2007, através da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro; de 2015, através da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto; e de 2019, através da Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro.

Para mais desenvolvimentos sobre as sucessivas reformas desde 1995 até 2007, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense...*, cit., pp. 832-833.

<sup>6</sup> A título de exemplo, a Lei n.º 65/98 passou a punir o constrangimento da vítima (e não apenas a violência e a ameaça grave) nos crimes de coação sexual e violação, bem como passou a equiparar o coito oral à cópula; a Lei n.º 99/2001 passou a punir autonomamente o tráfico de menores; a Lei n.º 59/2007 passou a punir autonomamente

abandonaram certos pressupostos que consubstanciavam anteriormente elementos típicos para que o crime se tivesse por verificado<sup>7</sup> e aumentaram as penas abstratamente aplicáveis a estes tipos de crime<sup>8</sup>.

Cumprir questionar se este propósito criminalizador veio corresponder às expectativas da sociedade na proteção de bens jurídicos relevantes que, até então, tinham sido postos de parte. No nosso entendimento a resposta deverá ser indisputavelmente positiva. É inegável que o sentido da criminalização, para além de profícuo e sobretudo necessário, tem acompanhado as imposições europeias e internacionais, andando a par e passo com as novas tendências globais. Na realidade, os instrumentos europeus e internacionais têm sido propulsores da tipificação de novos crimes<sup>9</sup>, sobretudo de índole sexual, como veremos seguidamente.

Não obstante, cumpre não esquecer que, por vezes, a fronteira entre os comportamentos que devem ser criminalizados e aqueles que serão apenas moralmente reprováveis é muito ténue e esbate-se ainda mais no campo da sexualidade<sup>10</sup>.

---

a pornografia de menores (que até então estava inserida no abuso sexual de crianças), equiparou a cópula à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos e consagrou o crime de importunação sexual; a Lei n.º 83/2015 passou a criminalizar a mutilação genital feminina, as propostas de teor sexual no âmbito do crime de importunação sexual e o aliciamento de menores para fins sexuais, crime objeto do presente estudo.

<sup>7</sup> A título de exemplo, Lei n.º 65/98 deixou de prever que o crime de violação fosse apenas praticado contra mulher; a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, quanto ao crime de *coação sexual* e de *violação* eliminou o pressuposto adicional do tipo “*e abusando de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando-se de temor que causou*”.

<sup>8</sup> A título de exemplo, a Lei n.º 83/2015 aumentou o limite máximo da pena abstratamente aplicável ao crime de *coação sexual* quando a vítima é constringida à prática dos atos previstos na incriminação de 2 para 5 anos e aumentou os limites mínimos e máximos do crime de *violação* (também quando a vítima é constringida à prática daqueles atos) de entre 1 mês e 3 anos para entre 1 e 6 anos; a mesma Lei puniu também mais severamente as condutas previstas no artigo 176.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), se praticadas com recurso a violência ou ameaça grave, passando a pena de prisão abstratamente aplicável, nestes casos, para entre 1 e 8 anos.

<sup>9</sup> Não se pode negar a existência de um Direito Penal Europeu, senão internacional, e a necessidade constante de fazer face aos desafios que são colocados a nível mundial, cf. ANABELA MIRANDA, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*.

<sup>10</sup> Falando acerca da dicotomia entre Direito e Moral, com uma imagem bastante gráfica sobre a relação entre ambos, cf. RUI PEREIRA, “Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal”, *Sub iudice, Justiça e sociedade*, N.º 11 (1996), p. 42. Em traço largo,

E isso acontece sobretudo porque a conceção da sexualidade dos menores na sociedade hodierna está longe de ser consensual<sup>11</sup>. Assim, a opção por criminalizar comportamentos até então destituídos de tutela penal — que merece o nosso aplauso — tem necessariamente de ser *temperada* com a consciência de que existem limites à intervenção do Direito Penal de, pelo menos, duas ordens, a saber, o respeito pela liberdade sexual dos indivíduos (sejam eles maiores ou menores), por um lado, e a exclusão dos comportamentos que não têm dignidade penal, porquanto não atingem um nível de ofensividade penalmente relevante, por outro. Voltaremos a esta questão adiante.

Acresce ainda que o mundo moderno tem vindo a apresentar desafios até então inexistentes. Em particular, o desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação tem suscitado inúmeros problemas que carecem de resposta seja no âmbito penal, seja processual penal, aos quais os ordenamentos jurídicos têm sido sensíveis. Para o que ora releva, e no que aos crimes sexuais contra menores diz respeito, as novas tecnologias — e o ciberespaço em geral — ajudaram a propiciar o ambiente perfeito para os abusadores criarem uma ligação com as crianças e as aliciarem para a prática de atos sexuais ou de pornografia. Esta facilidade advém, em grande medida, do anonimato (Ost, 2009: 49) que é proporcionado pelo mundo digital, o qual possibilita que o agente oculte a sua fisionomia, a sua idade e que leve a criança a acreditar que se trata de uma pessoa que não é<sup>12/13</sup>.

---

entende o autor que o Direito deverá colher os contributos da Moral, não podendo deixar-se absorver por aquela, sob pena de nela se diluir.

<sup>11</sup> Colocando o problema do direito à sexualidade dos menores por referência ao crime de abuso sexual de crianças, cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Pedofilia – Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 27 e ss.

<sup>12</sup> Isto sem prejuízo de os dados recolhidos demonstrarem que a grande maioria dos crimes sexuais ocorrem no seio familiar e não pela mão de desconhecidos, como seria de supor, cf. JENNIFER M. COLLINS, “Lady Madonna, Children at Your Feet: The Criminal Justice System’s Romanticization of the Parent–Child Relationship”, *Iowa Law Review*, N.º 93 (2007), p. 150.

<sup>13</sup> Para além do anonimato, outras circunstâncias — como seja o uso massivo destes meios pelos menores, a pesquisa de informação de cariz sexual, a maior desinibição que o menor poderá ter através dos meios tecnológicos, entre outros — concorrem para a perigosidade dos contactos através da internet, cf. SABINE K. WITTING, “Regulating bodies: the moral panic of child sexuality in the digital era”, *Critical Quarterly for Legislation and Law*, Vol. I, Nomos (2019), p. 10.

A Convenção de Lanzarote<sup>14</sup> foi o instrumento internacional precursor nesta caminhada do que viria a ser o crime de aliciamento de menores. Assim, sob a epígrafe “*abordagem de crianças para fins sexuais*”, previu-se no artigo 23.º desta Convenção que “*cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infração penal o facto de um adulto propor de forma dolosa, através de tecnologias de informação e comunicação, um encontro a uma criança que não tenha atingido a idade estabelecida em aplicação do n.º 2 do artigo 18.º, com a finalidade de cometer nesse encontro qualquer uma das infrações estabelecidas em conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º ou com a alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º, desde que essa proposta seja seguida de atos materiais que visem a tal encontro.*”.

Este regime embrionário estabeleceu alicerces importantes na forma de tratamento deste crime. Em primeiro lugar, estabeleceu como pressuposto que o contacto operasse através de tecnologias de informação e comunicação, indo ao encontro dos desafios que o mundo digital começou a representar na perpetração de crimes. Em segundo lugar, delimitou a vítima do crime: teria de ser obrigatoriamente uma criança que, nos termos da Convenção, seria um menor de 18 anos. Em terceiro lugar, previu que o aliciamento teria de assumir finalidades específicas: abusos sexuais ou pornografia infantil. Por fim, considerou que a proposta feita pelo agente apenas seria penalmente relevante caso fosse seguida de atos materiais conducentes ao encontro.

Ao nível europeu, esta matéria mereceu tratamento na Diretiva 2011/93/UE<sup>15</sup> que, no seu artigo 6.º, estabeleceu que os Estados Membros deveriam tomar as

---

<sup>14</sup> A Convenção de Lanzarote, ou Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, que data de 2007, tinha como principais objetivos (i) prevenir e combater a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças; (ii) proteger os direitos das crianças vítimas de exploração sexual e de abusos sexuais; e (iii) promover a cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças (cf. artigo 1.º da Convenção de Lanzarote).

<sup>15</sup> Esta Diretiva veio substituir a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, dando um tratamento mais detalhado à matéria que era tratada nessa sede. A referida Decisão-Quadro versava sobre a luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Apesar de nesta sede já se mencionar o aliciamento através de “sistema informático”, o foco era, conforme referido, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, não havendo uma disposição que concretamente focasse o aliciamento que, entretanto, viria a ser objeto de tratamento específico pela referida Diretiva.

medidas necessárias para garantir que os seguintes comportamentos intencionais fossem puníveis: “a proposta de um adulto, feita por intermédio das tecnologias da informação e da comunicação, para se encontrar com uma criança que ainda não tenha atingido a maioridade sexual, com o intuito de cometer um dos crimes referidos no artigo 3.º, n.º 4, e no artigo 5.º, n.º 6, se essa proposta for seguida de atos materiais conducentes ao encontro”, sendo que se encontrava previsto que essa conduta deveria ser punida com uma pena máxima de prisão não inferior a um ano, devendo ainda punir-se “a tentativa de cometer, por meio das tecnologias da informação e da comunicação, os crimes previstos no artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, por um adulto que alicie uma criança que não tenha atingido a maioridade sexual a disponibilizar pornografia infantil representando essa criança”.

Também nesta Diretiva se verifica o objetivo de punir o aliciamento do menor para a prática de abusos sexuais e de pornografia infantil, sendo que aqui se evidencia ainda a preocupação com o fenómeno que tem vindo a ser cada vez mais comum de ser a própria criança a disponibilizar material pornográfico de si mesma ao abusador. Em linha com o que foi previsto na Convenção de Lanzarote, também nesta sede se prevê a necessidade de a proposta ser seguida de atos materiais conducentes ao encontro entre o menor e o agente.

A preocupação com as novas tecnologias e o seu impacto negativo na criminalidade sexual contra crianças está espelhada ao longo desta Diretiva, fazendo-se menção a essa nova realidade várias vezes ao longo dos Considerandos. É de destacar, em especial, a específica menção às redes sociais e aos *chatrooms* (Considerando 12), que naturalmente facilitam o contacto entre o agressor e a vítima menor.

A transposição da Diretiva 2011/93/EU não foi, contudo, efetuada de forma uniforme nos vários ordenamentos jurídicos europeus como veremos seguidamente<sup>16</sup>.

### ***1.1. Previsão do aliciamento de menores nos vários ordenamentos jurídicos europeus***

Em *Espanha*, prevê-se no artigo 183 ter do Código Penal Espanhol que será punido com pena de um a três anos de prisão ou com pena de multa de doze a vinte e quatro meses aquele que comunicar com menor de 16 anos através de telefone

---

<sup>16</sup> Nota-se que a abordagem que será feita de seguida não esgota todos os ordenamentos jurídicos que procederam à transposição da Diretiva 2011/93/EU, nem tão pouco à criminalização do “*online child grooming*” no mundo, sendo os diversos ordenamentos jurídicos convocados a título meramente exemplificativo.

ou de outra tecnologia da informação, para propor encontro com ele para prática de atos sexuais/pornografia, desde que esta proposta seja acompanhada de atos materiais tendentes ao encontro<sup>17</sup>. Está também previsto que a pena aplicada será superior caso tenha sido utilizada a intimidação, a coação ou o engano<sup>18</sup>.

Pune-se igualmente aquele que, através do telefone ou das tecnologias de informação, contacte o menor de 16 anos e pratique atos com o intuito de o enganar para que este lhe forneça material pornográfico ou mostrando-lhe imagens pornográficas em que esteja representado ou apareça um menor.

Este tipo pressupõe, assim, que (i) exista contacto com um menor com até 16 anos de idade, (ii) seja proposto um encontro com a finalidade de praticar atos sexuais/pornografia e (iii) exista a prática de atos materiais tendentes ao encontro.

<sup>17</sup> Esta alteração foi inserida através da Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que transpõe a referida Diretiva 2011/93/EU. Porém, a Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que transpunha a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, já tinha inserido o artigo 183 bis no qual se previa essencialmente o mesmo que se prevê nos dias de hoje. O (novo) artigo 183 ter do Código Penal Espanhol apenas altera o limite máximo da idade do menor – de 13 para 16 anos – e criminaliza o aliciamento do menor para entregar material pornográfico no seu n.º 2.

<sup>18</sup> A propósito do engano constituir uma agravação do crime de aliciamento de menor, cf. MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2011, p. 252 que nota que esta previsão pode esvaziar o tipo base, uma vez que é normal que o agente engane o menor para conseguir os seus intentos. Assim, a autora propõe uma interpretação restritiva do preceito, por forma a apenas se incluir no conceito de “engano” os casos em que o agente oculta à vítima a verdadeira razão do encontro, ou seja, omite a sua pretensão de realizar qualquer dos delitos previstos no tipo.

Contra esta interpretação restritiva, mas salientando a má técnica legislativa utilizada, cf. JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, in *ADPCP*, LXV, Fascículo 1, BOE, 2012, pp. 208 e 209.

Ainda a este respeito, criticando a opção legislativa e referindo que, deste modo, existe uma preterição do tipo básico em favor do qualificado, uma vez que a utilização do engano será o meio normal para o crime ser praticado, cf. JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, “El Nuevo Delito de online child grooming (art. 183 Bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, in *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Víctor Gómez Martín, Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo (coord.), Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 443; MANUEL GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, in *Comentarios al Código penal*, Manuel Gómez Tomillo (dir.), 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 732.

Verifica-se que o texto espanhol vai de sobremaneira ao encontro do que se previu na Diretiva 2011/93/EU, com alguns desvios.

Um desses desvios reside no facto de a Diretiva 2011/93/EU mencionar que o agente deverá ser um adulto, enquanto o texto espanhol prevê que o crime pode ser praticado também por um menor<sup>19</sup>. De outro passo, a mesma Diretiva previa a punição da conduta do agente que solicitava ao menor fotografias suas, enquanto o artigo 183 ter inclui as fotografias de um qualquer menor e não apenas do menor contactado (Pérez Vallejo, Pérez Ferrer, 2016: 141).

Em *França*, por sua vez, prevê-se no artigo 227-22-1 do Código Penal Francês que será punido com pena de dois anos de prisão e com pena de multa de € 30.000,00 o adulto que fizer propostas sexuais a um menor de 15 anos, ou a uma pessoa que se apresente como tal, através de meios de comunicação. Prevê-se no mesmo preceito que as penas serão agravadas para 5 anos de prisão e €75.000,00 de multa no caso de as propostas serem seguidas de um encontro.

Contrariamente ao que acontece no ordenamento jurídico espanhol, é exigido que o crime seja perpetrado por um adulto, em conformidade com o disposto na Diretiva 2011/93/EU. Por outro lado, no ordenamento jurídico francês não se exige que sejam realizados quaisquer atos materiais conducentes ao encontro, considerando-se o crime praticado com as meras propostas sexuais<sup>20</sup>. Não obstante, prevê-se especificamente uma agravação da pena caso esse encontro com o menor chegue a existir. Será também de assinalar o facto de a lei prever que a vítima apenas tem de se *apresentar* como menor de 15 anos, ainda que tenha mais idade.

No *Reino Unido*, o *child groomig* foi tipificado enquanto crime na secção 15 do *Sexual Offenses Act 2003*, sendo que mesmo antes desta consagração, o *grooming* era reconhecido pelos Tribunais (Ost, 2009: 70). Antes da positivação deste crime, nos termos do *Criminal Attempts Act 1981*, era necessário comprovar que o agente tinha feito mais do que meros atos preparatórios por forma a poder existir uma tentativa punível (Ost, 2009: 70), o que dificultava a punição do *grooming*. Ao invés, nos termos da secção 15 do *Sexual Offenses Act 2003*, basta que exista mais do que uma comunicação de um adulto (no mínimo duas comunicações) com um menor

---

<sup>19</sup> Contra esta solução legal, cf. ANA M.<sup>a</sup> PEREZ VALLEJO, FÁTIMA PÉREZ FERRER, *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño*, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid: Dykinson, 2016, p. 141, que referem que o *sexting* é uma prática habitual entre os adolescentes e que a intervenção penal neste âmbito é contraproducente.

<sup>20</sup> A densificação do que se deverá entender por “propostas sexuais” estará a cargo do julgador e coloca ainda muitas questões na doutrina francesa, cf. VALÉRIE MALABAT, *Droit Pénal Spécial*, 9.<sup>a</sup> ed., Paris: Dalloz, 2020, Ponto 715.

de 16 anos com o propósito de marcar um encontro para dele abusar sexualmente. Novamente, não é requisito que o encontro chegue a ocorrer nem que tenham sido encetados atos materiais nesse sentido<sup>21</sup>. Mais: a conversa em si mesma não tem de ter teor sexual e a pena máxima pode atingir os 10 anos de prisão.

A Diretiva 2011/93/EU não foi, porém, transposta no Reino Unido. Não obstante, a matéria nela prevista está coberta por outras previsões previamente existentes neste ordenamento, atendendo a que, nos termos do *Sexual Offenses Act 2003*, são punidos tanto os contactos mantidos através de tecnologias da comunicação quanto aqueles que são levados a cabo pessoalmente.

Na *Alemanha*, foi positivado no artigo 176.º, n.º 4, ponto 3., do StGB que comete um crime aquele que incita uma criança, por meio das tecnologias da informação ou da comunicação, a praticar atos sexuais. Nos termos do n.º 4, ponto 4., do mesmo artigo foi previsto que também será incriminada a conduta do agente que, por meio das mesmas tecnologias da informação ou da comunicação, incite a criança a mostrar conteúdo pornográfico. Para ambos os casos foi prevista uma pena entre três meses e cinco anos.

Recentemente, em janeiro de 2020, entrou em vigor uma alteração ao StGB, aprovada em 2019, que prevê a punição também do agente que julga estar a falar com uma criança, mas que está em erro a falar com um adulto. Abre-se assim portas à possibilidade de o agente ser punido se comunicar com um maior nos termos acima referidos quando julga estar a comunicar com um menor, em termos semelhantes ao que já acontecia em França.

Nos termos da lei alemã, o crime consuma-se com a mera comunicação, não se exigindo um efetivo encontro nem atos materiais para a sua ocorrência. Por outro lado, também não se exige que o agente seja maior de idade.

Em *Itália*, estabeleceu-se no artigo 609.º do Código Penal Italiano que constitui crime punível com pena de prisão entre um e três anos o aliciamento de um menor de 16 anos com a finalidade de cometer crimes sexuais. Não foi transposta a Diretiva 2011/93/EU, resultando o referido preceito ainda da Convenção de Lanzarote. Em qualquer caso, esta disposição abarca tanto as conversações que são mantidas presencialmente como aquelas que são realizadas através da internet. A Lei n.º 39, de 4 de março de 2014, veio estabelecer que aquele que se socorrer de técnicas

---

<sup>21</sup> Não obstante, é realçado o quão difícil este crime é de provar com base apenas no conhecimento das intenções do sujeito, *Ibidem*, pp. 73 e ss.. Em qualquer caso, já ocorreram condenações sem que tivesse existido efetivo abuso, com base no circunstancialismo atinente ao caso e a eventuais condenações anteriores pelo mesmo crime ou por crimes análogos.

para aparecer como anónimo na internet será punido com a pena prevista no artigo 609.º, acrescida de metade.

Também neste caso se verifica que não é exigido que o agente seja maior, que o encontro ocorra ou que sejam encetados atos tendentes à sua realização.

Nos *Países Baixos*, a Diretiva 2011/93/EU também não foi transposta, no entanto, o artigo 248e, do Código Penal Holandês incide sobre o aliciamento de menores através das tecnologias da informação e da comunicação. Assim, qualquer pessoa que, por meio de um dispositivo ou sistema informatizado ou por meio de um meio de comunicação, preparar um encontro com uma pessoa que sabe ou que tem motivos razoáveis para suspeitar, que ainda não atingiu os 16 anos, com a intenção de praticar atos obscenos com essa pessoa ou de criar uma imagem de um ato sexual em que esta pessoa está envolvida, caso realize qualquer ação destinada a propiciar essa reunião, será punido com pena de prisão não superior a dois anos ou a multa da quarta categoria<sup>22</sup>.

Nos termos deste preceito, para que o sujeito seja punido, é necessário que tenha realizado algum ato material tendente a esse encontro. Segundo a mesma norma, o agente pode ser um menor, não tendo obrigatoriamente de estar em causa um adulto e, à semelhança do que acontece no ordenamento jurídico alemão e francês, não tem a vítima do crime de ser menor de 16 anos de idade, bastando que exista essa aparência.

Em conclusão, os desígnios da Diretiva 2011/93/EU estão a ser seguidos na Europa, podendo constatar-se que mesmo os ordenamentos jurídicos que não procederam à sua transposição direta, acabam por acautelar as situações nela previstas.

É também possível individualizar algumas diferenças na transposição efetuada, as quais residem, essencialmente, na idade do agente – podendo em alguns ordenamentos tratar-se de um menor e exigindo-se a maioridade noutros –, na idade da vítima – oscilando-se entre os 15 e os 18 anos de idade –, na necessidade de serem desencadeados, ou não, atos materiais tendentes ao encontro e no facto bastar em alguns ordenamentos que o agente apenas esteja convicto de que a vítima é um menor de idade para que o seu comportamento seja considerado penalmente relevante.

---

<sup>22</sup> Os valores das multas aplicadas na legislação holandesa oscilam atendendo à categoria que pertencem, existindo seis categorias previstas no artigo 23 do Código Penal dos Países Baixos.

## II. Os comportamentos que podem constituir crime à luz da Constituição no crime de aliciamento de menores para fins sexuais

No ordenamento jurídico português, o crime de aliciamento de menores para fins sexuais foi tipificado através da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, a qual efetuou a transposição da Diretiva 2011/93/EU. Não obstante, como veremos mais à frente, alguns dos comportamentos previstos pela nova incriminação já encontravam cobertura no ordenamento jurídico português, mesmo antes da posituação deste novo crime.

Nos termos do artigo 176.º-A, n.º 1, do CP, é punido com pena de prisão até 1 ano aquele que, sendo maior, alicie um menor por meio de tecnologias de informação e de comunicação para encontro<sup>23</sup>, visando a prática de atos sexuais ou de pornografia infantil. Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, agrava-se a pena de prisão para 2 anos caso o aliciamento seja seguido de atos materiais conducentes ao encontro.

À semelhança do que é previsto na Diretiva 2011/93/EU, o agente deste crime será necessariamente um maior de idade, sendo que a vítima será um menor, não se fixando qualquer limite dentro da menoridade, pelo que apenas se poderá concluir que estão abrangidos pelo preceito todos os menores de 18 anos, o que coloca inúmeras questões que serão analisadas nos capítulos subsequentes, sobretudo porque esta opção parece ser de difícil concatenação com outras que versam sobre crimes sexuais contra menores.

Por sua vez, e conforme já adiantado, o preceito pune as meras propostas, sendo que a promoção de atos materiais que conduzam a um efetivo encontro é motivo de agravação, nos termos do n.º 2, não sendo elemento do tipo nos termos do n.º 1 do artigo 176.º-A do CP.

<sup>23</sup> Este encontro pode ocorrer também ele em espaço virtual, nada no preceito apontado para a exigência de que ocorra apenas em espaço físico. Assim, cf. JOSÉ MOURAZ LOPES, TIAGO CAIADO MALHEIRO, *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 239.

Também tem sido esta a opinião de vários autores quanto ao ordenamento jurídico espanhol, cf. MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso...”, cit., p. 248; JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado...”, cit., p. 199, sob pena de, na aceção dos autores, se deixar por punir certas condutas penalmente relevantes, designadamente situações de pornografia infantil.

Contra, cf. CAROLINA VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u ‘online child grooming’: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 34, 2014, p. 685-686.

Estes são, em *traço grosso*, os pressupostos da incriminação em causa. Porém, é nosso entendimento que este preceito merece um escrutínio mais detalhado, e que a sua densificação deverá ser feita à luz de outros elementos que poderão ajudar a determinar em concreto quais as condutas que são – ou devem ser – penalmente relevantes.

### 2.1. O bem jurídico protegido

A delimitação do bem jurídico protegido reveste importância precípua na análise do tipo objetivo e na sua delimitação quanto aos comportamentos penalmente (ir)relevantes.

Conforme decorre do artigo 176.º-A do CP, pune-se a conduta daquele que alicia um menor de 18 anos a praticar os atos constantes do artigo 171.º, n.ºs 1 e 2, do CP, bem como aqueles que constam das alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 176.º do CP.

Neste sentido, a procura pelo bem jurídico protegido tem necessariamente de passar pela análise do bem jurídico protegido por aquelas incriminações, uma vez que o crime de aliciamento consubstancia uma fase preliminar da prática dos crimes para os quais remete.

No que se refere ao artigo 171.º do CP, a doutrina tem-se alinhado no sentido de que a norma em causa protege a *autodeterminação sexual* do menor, sendo que o faz numa perspetiva diversa<sup>24</sup>, centrada no *livre desenvolvimento da personalidade* (Figueiredo Dias, 2012: 834; Raposo, 2003: 952; Alfaiate, 2009: 89-90; Antunes, 2004: 40-41; Dias, 2006: 218)<sup>25</sup>.

Apesar de comumente ser convocada a proteção da autodeterminação sexual do menor, a conclusão acaba por embocar no sentido de que o menor tem a sua liberdade sexual restringida à impossibilidade de manter contactos sexuais, porquanto a sua imaturidade natural impede que ele possa verdadeiramente autodeterminar-se<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> A este propósito reconhece JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 834 que a proteção da autodeterminação sexual é feita “*sob uma forma muito particular*”.

<sup>25</sup> Contra, INÊS FERREIRA LEITE, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, *RPCC*, Ano 21, N.º 1, Coimbra Editora, jan.-mar. (2011), pp. 40 e ss., entende que a norma tutela apenas a autodeterminação e já não o livre desenvolvimento da personalidade do menor.

<sup>26</sup> Neste sentido, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, in *Código Penal, Atas e Projeto da Comissão Revisora*, Edição do Ministério da Justiça, 1993, p. 261. O autor refere-se a uma obrigação de castidade e virgindade do menor. Mais recentemente, apesar de

Autores existem também que negam aprioristicamente a existência de liberdade sexual dos menores, concluindo que estes “*ainda não têm o discernimento necessário para, no que concerne ao sexo, se exprimirem com liberdade e autenticidade*” (Maia Gonçalves, 2005: 603). Esta ideia é comungada por várias vozes na doutrina que chegam a assumir como dado inequívoco que “*até aos 14 anos de idade, a prática de atos sexuais com menor, em menor ou por menor prejudica o desenvolvimento global deste, de forma a justificar uma proteção jurídico-penal absoluta*” (Antunes, 2007: 65). É patente, nestas aceções, a presunção de que os atos sexuais praticados por menores de 14 anos têm um efeito pernicioso para si, em todos e quaisquer casos<sup>27</sup>.

Nesta conformidade, na aceção da doutrina maioritária estamos diante de um crime de perigo abstrato<sup>28</sup>, o que significa que não é necessária a efetiva lesão

---

conceder que “[s]e esta presunção [de que os contactos sexuais prejudicam o livre desenvolvimento do menor] *conserva consistência absoluta em muitos casos, nas condições sociais hodiernas, nomeadamente de pública e maciça sexualização do quotidiano, é coisa que pode pôr-se (e muito estudiosos não só juristas, como cultores das ciências do homem e da sociedade põem efetivamente) em dúvida*”, acaba por concluir no sentido de que foi essa a solução positivada na lei, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 834. Também em sentido análogo, TEREZA BELEZA conclui que o menor tem o direito de crescer na inocência até chegar à idade adolescente, cf. TEREZA BELEZA, “A Regulação Jurídica da Sexualidade no Código Penal: da laicização dos “bons costumes à ortodoxia da liberdade”, in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Luis M. Vaz das Neves, António Oliveira Simões, Dina Monteiro (coord.), Lisboa: Ministério Público, 1995, p. 172.

<sup>27</sup> A propósito do crime de abuso sexual de crianças, refere JOSÉ MOURAZ LOPES que a *ratio* do artigo é “*proibir a prática de atos sexuais que condicionem a liberdade de escolha e exercício da sexualidade do menor num futuro próximo*”, chegando mesmo a afirmar que as perturbações que poderão advir de um despertar precoce para a vida sexual são justificativas da tutela jurídica que é feita no referido preceito, cf. JOSÉ MOURAZ LOPES, *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 115-116 e, mais recentemente, JOSÉ MOURAZ LOPES, TIAGO CAIADO MALHEIRO, *Crimes Sexuais...*, cit., p. 167.

<sup>28</sup> Assim, MARIA JOÃO ANTUNES, “Oposição do maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal”, *RMP*, N.º 103 (2005), pp. 22-23; JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 835; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 680; MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português – Anotado e Comentado...*, cit., p. 603. Contra, cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Pedofilia...*, cit., pp. 66 e ss. e “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, cit., pp. 49 e ss.

do bem jurídico, mas tão-só o perigo dessa lesão. O mesmo é dizer que o crime previsto no artigo 171.º do CP tem subjacente a ideia de que os contactos sexuais com menores de 14 anos previstos na incriminação irão, presumivelmente, prejudicar o seu desenvolvimento<sup>29</sup>.

Naturalmente, a justificação da positivação de crimes de perigo tem de passar pela conclusão de que as condutas proibidas são realmente perigosas<sup>30</sup>. No caso, apesar de não existir inteiro consenso, um largo lastro de estudos revela que as práticas sexuais mantidas com menores de 14 anos prejudicam o seu livre desenvolvimento<sup>31</sup>. Mas será sempre assim? Entendemos que não<sup>32</sup>, sobretudo quando estamos diante de menores com idades próximas do limite máximo previsto na incriminação.

Existem determinadas práticas sexuais mantidas com menores de 14 anos que não só não prejudicam o desenvolvimento do menor, como antes potenciam o seu melhor crescimento. Negar de modo absoluto a possibilidade de o menor

---

<sup>29</sup> Para uma definição de abuso sexual, cf. RUI DO CARMO, ISABEL ALBERTO, PAULO GUERRA, *O Abuso Sexual de Menores – Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*, 2.ª ed., Lisboa: Almedina, 2006, p. 40.

<sup>30</sup> Referindo-se às regras da experiência para consagração de crimes de perigo abstrato, cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 601; AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *A Legítima Defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 136-137. Mencionando os dados estatísticos ou as regras da experiência, cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 1996)”, *RPCC*, Ano 8, N.º 4, out./dez. (1998), p. 521. Na doutrina espanhola, fazendo a mesma menção, cf. ÁNGEL TORÍO LÓPEZ, “Los delitos del peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *ADPCP*, vol. XXXIV, BOE (1981), pp. 841-843.

<sup>31</sup> De forma detalhada e apreciando as várias correntes científicas que apontam no sentido de as práticas sexuais serem prejudiciais para o menor quando mantidas antes de determinada idade e, bem assim, daquelas que negam que esse prejuízo existe, cf. JOÃO DE MATOS-CRUZ PRAIA, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças – Bem jurídico, Necessidade de Tutela Penal, Perigo Abstrato*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 78 e ss.. O autor acaba por concluir que “a teoria que reconhece o impacto negativo de uma sexualidade prematura goza de amplo consenso na comunidade científica, o que não é subestimável e reveste uma valia (científica!) indiscutível”, *Ibidem*, p. 89.

<sup>32</sup> Assim também, cf. ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal...*, cit., p. 90 refere que “[n]em todas as condutas sexuais praticadas por menores de 14 anos põem de algum modo em perigo o seu [...] desenvolvimento”; No mesmo sentido, cf. INÊS FERREIRA LEITE, “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, cit., pp. 36-38.

descobrir por si mesmo a sexualidade poderá mesmo trazer resultados perversos<sup>33</sup>, mormente quando este é sujeito a um processo criminal como vítima de um crime que tem por base uma experiência positivamente vivenciada por si (Padovani, 1984: 433). Nessa medida, mesmo os menores com menos de 14 anos poderão experimentar contactos sexuais sem que esteja em causa a prática de qualquer crime, designadamente nos casos em que ambos os intervenientes são menores com pouca diferença de idades<sup>34</sup>. Para além desse critério – que insere alguma confiança quanto à inexistência de abuso – somos da opinião que, em geral, nos casos em que é possível aferir que o menor agiu de forma autodeterminada, não

<sup>33</sup> Como aduz AUGUSTO SILVA DIAS, «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 630 “*Uma ordem jurídica legítima é, primeiro que tudo, uma ordem de relações mediadas por direitos que exprimem o grau de autonomia reciprocamente atribuído pelos cidadãos*” (ênfase nossa).

<sup>34</sup> Nesse sentido, ANA RITA ALFAIATE, *A Relevância Penal...*, cit., p. 133-134. A autora escrutina ostensivamente a questão da diferença de idades, concluindo que quando estão em causa dois menores de idades próximas, estaremos “*em espaço apto, em princípio, à formação da autodeterminação sexual dos menores por meio de experiências partilhadas, espaço este em que o direito penal deve abster-se de intervir sempre que inexista qualquer indício de abuso*”. Pelo contrário, quando por exemplo um menor tenha dois ou três anos e outro tenha treze ou catorze, “*o perigo de abuso entre pares acentua-se e pode quase presumir-se*”. Para além da idade, refere também a autora que outros fatores como a maturidade ou o contexto sociocultural poderão ser valorizados para efeitos de excluir a punição, *Ibidem*, p. 139.

Ainda quanto à idade do menor, como corretamente pugna KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 153, menores da mesma idade poderão ter um desenvolvimento diferente e um nível de maturidade díspar, razão pela qual os “*prejuízos das condutas sexuais*” podem ser diversos num quadro factual idêntico composto por menores diferentes que, naturalmente, terão um desenvolvimento também ele diverso.

Importa, a este propósito, notar a posição de JOÃO DE MATOS-CRUZ PRAIA, *O Crime de Abuso Sexual de Crianças...*, cit., p. 133, que demonstra semelhante preocupação pela não incriminação de condutas que sejam objetivamente insuscetíveis de causar qualquer lesão, como acontece no caso de os atos sexuais serem praticados entre dois menores, socorrendo-se do critério da “*assimetria de idade*”. Não obstante, o autor acaba por concluir que a assimetria de idade “*não se alicerça, porém, naquilo que idealmente deverá presidir à decisão da intervenção ou não intervenção do direito penal: a capacidade ou incapacidade do menor de 14 anos para se autodeterminar em termos sexuais*”, pelo que acaba por propor a inserção no tipo do artigo 171.º do CP do requisito adicional de “*aproveitamento da imaturidade do menor*”, *Ibidem*, pp. 143 e 149.

se deve ter por verificada a prática de qualquer crime, pelo que cremos que se impõe uma mudança legislativa nesse sentido.

Por sua vez, no que respeita ao artigo 173.º do CP e, portanto, quanto aos menores com idades entre os 14 e os 16 anos, também estamos perante a proteção da sua *autodeterminação sexual*, sendo que nestes casos apenas se punem as condutas em que há *abuso da inexperiência*. Esta disposição deixou de fazer qualquer distinção relativamente às situações em que a prática é heterossexual ou homossexual<sup>35</sup>. Foi um avanço significativo o reconhecimento de que estamos perante situações materialmente idênticas e de que qualquer outra opção padeceria de inconstitucionalidade<sup>36</sup>. Assim, o que releva nos dias de hoje é que haja abuso da inexperiência do menor, não havendo qualquer alusão à heterossexualidade ou homossexualidade dos atos sexuais praticados<sup>37</sup>. Tendo em conta a indistinção entre atos heterossexuais e homossexuais, também o crime de aliciamento deve ser alheio a essa distinção. Voltaremos a esta questão no capítulo seguinte.

Por fim, no que à pornografia de menores diz respeito, prevista no artigo 176.º do CP, estará também em causa a autodeterminação dos menores, uma vez que o material pornográfico é conseguido à custa da constrição da sua liberdade<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Avultavam as críticas em relação à opção normativa anterior, cf. JOSÉ MANUEL VILALONGA, “Breves reflexões sobre os artigos 174.º e 175.º do Código Penal, A cláusula do abuso da inexperiência”, *O Direito*, Ano 137.º, III, Lisboa: Almedina (2005), pp. 529 e ss.; MARIA JOÃO ANTUNES, “Dos atos homossexuais com adolescentes aos atos sexuais com adolescentes (Dos casos à norma do artigo 173.º do Código Penal)”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 1009 e ss. O artigo 175.º do CP criminalizava os atos sexuais homossexuais entre um adulto e um menor. Estava aqui subjacente a ideia de que os atos homossexuais em que haja um menor e um adulto são nocivos para o menor e, por conseguinte, prejudiciais para o seu desenvolvimento, cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 570.

<sup>36</sup> Referindo-se a esta inconstitucionalidade como uma “proibição constitucional de incriminação”, cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 64-65.

<sup>37</sup> No passado, todavia, a incriminação prevista no artigo 175.º do CP era explicada da seguinte forma pelos Tribunais: “[a] não exigência do abuso da inexperiência sexual radica na diversa gravidade dos atos previstos nos dois tipos legais; os atos homossexuais sempre foram considerados mais graves do que os heterossexuais, pelos efeitos que causam ao nível da formação da personalidade, da autoestima, relacionamento social e sexual futuro, integração social, aprendizagem e capacidade de concentração do adolescente”, cf. Ac. do STJ, de 22.10.2003, processo n.º 03P2852 (Armindo Monteiro).

<sup>38</sup> Para uma análise detalhada do bem jurídico em causa por referência às várias condutas incriminadas, cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Pedofilia...*, cit., pp. 51 e ss.

Em suma, o bem jurídico protegido deverá ser sempre a *autodeterminação sexual*, independentemente da idade do menor, ainda lhe seja conferida uma diferente modelação consoante a sua faixa etária.

No nosso entendimento, a conclusão quanto ao bem jurídico protegido pelas incriminações previstas nos artigos 171.º, 173.º<sup>39</sup> e 176.º do CP é imprescindível, porquanto o crime de aliciamento de menores para fins sexuais é uma espécie de *crime veículo* para a prática de um crime subsequente. Nessa medida, a análise do artigo 176.º-A do CP terá de ser efetuada à luz das conclusões que foram alcançadas quanto ao bem jurídico protegido pelas incriminações assinaladas. Assim será porque estamos diante de um *crime de perigo de um crime de perigo*, o que obriga o intérprete a fazer interpretações sucessivas (e conjugadas) das condutas que devem ser incriminadas, numa relação de interdependência entre as normas em causa.

Nessa medida, feita esta incursão, é necessário delimitar o que poderá constituir *aliciamento* para efeitos do artigo 176.º-A do CP, à luz do bem jurídico protegido pelas incriminações referenciadas no preceito.

## 2.2. O conceito de aliciamento

Não existe uma definição legal de aliciamento, nem tão pouco um consenso geral sobre o verdadeiro significado deste conceito<sup>40</sup>, pelo que a densificação deste elemento objetivo do tipo poderá colocar alguns desafios. O aliciamento pode ser entendido como uma *sedução*, um *convencimento*, uma *atração* para que outrem faça algo. Apesar dos termos assinalados não assumirem, *per se*, uma vertente negativa, a verdade é que, coloquialmente falando, ao aliciamento inere sempre

<sup>39</sup> Sendo certo que o artigo 176.º-A do CP não remete expressamente para o artigo 173.º do CP, a análise dos comportamentos incriminados pelo primeiro tem de ser efetuada por referência aos comportamentos incriminados para as faixas etárias presentes nos preceitos correspondentes. Por essa razão, para menores com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos, a norma de referência terá de ser necessariamente o artigo 173.º do CP e não o artigo 171.º do CP. Já quanto aos menores com idades compreendidas entre os 16 e os 18 anos teremos uma incongruência legislativa que adiante será assinalada, cf. § 3.3, b) *infra*.

<sup>40</sup> Sobre esta questão e com referência às dificuldades existentes para que se encontre um significado global de “*grooming*”, cf. ELENA GÓRRIZ ROYO, “*On-line child grooming*” en Derecho penal español”, *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, 2016, p. 5.

uma conotação negativa. Nessa medida, cremos que também para efeitos de preenchimento do tipo legal apenas deverão ser consideradas as conversas das quais seja possível inferir essa vertente perniciosa para o menor<sup>41</sup>.

É de notar que o tipo incriminador, tal como configurado no ordenamento jurídico português, não prevê expressamente que o menor seja *manipulado* ou *enganado*<sup>42</sup>, parecendo bastar-se com o mero *estabelecimento de comunicações*, através do qual o agente *motiva* o menor a encontrar-se com ele, com a finalidade prevista no tipo legal, para que possa incorrer na prática do crime em causa (Mouraz Lopes, Caiado Malheiro, 2020: 239). Porém, e conforme referido, não cremos que possa ser assim. Em concreto, entendemos que, em termos de tipicidade objetiva, o aliciamento não possa configurar apenas um estabelecimento de comunicações com a finalidade de que seja marcado um encontro para a prática de atos sexuais ou pornográficos. Sem prejuízo da densificação que será feita no capítulo subsequente, podemos adiantar que o próprio conceito de “aliciamento” tem necessariamente de encerrar *negatividade* e que não pode ser interpretado em termos *neutros*. Quando se fala em aliciamento para efeitos do crime em causa temos necessariamente de nos referir à *exploração da vulnerabilidade e da imaturidade da criança*<sup>43</sup>.

Para efeitos da norma constante do artigo 176.º-A do CP, o aliciamento tem, a nosso ver, de ser entendido como um relacionamento no qual o maior estabelece progressivamente uma relação de confiança com o menor, vai criando uma situação de superioridade e de controlo em relação àquele, sendo a sua intenção última a

---

<sup>41</sup> Por essa razão tem de ser tido em conta o *contexto da comunicação* por forma a compreender se se trata de aliciamento para efeitos do preenchimento do tipo legal, ou antes de um contacto inofensivo, situação que pode ser difícil de destrinçar. Neste sentido, cf. SAMANTHA CRAVEN et al., “Sexual grooming of children: Review of literature and theoretical considerations”, *Journal of Sexual Aggression*, Vol. 12, N.º 3, (2006), p. 292, que referem que “[h]owever, retrospective identification of sexual grooming, i.e. after a sexual offence has been committed, is much easier than prospective identification, i.e. before a sexual offence. Nevertheless, the latter is necessary in order to prevent the sexual abuse from taking place. **The reason for this is because the behaviours used to groom a child for sexual abuse are not dissimilar to innocent behavior intended to broaden a young person’s experiences. The only difference may be the motivation underlying the behaviour.**” (ênfase nossa)

<sup>42</sup> O engano serve, aliás, para punir mais severamente certas condutas noutros ordenamentos jurídicos como é o caso espanhol, conforme se verificou no capítulo precedente.

<sup>43</sup> Em sentido próximo, cf. FERNANDO MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 97; MANUEL JESÚS DOLZ LAGO, “Child grooming y sexting: anglaicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015”, *DLL*, N.º 8758 (2016), p. 14-15.

de propiciar as condições necessárias para o abuso (seja para fins sexuais ou pornográficos) (Ost, 2009: 37).

Esta progressiva construção da relação entre o menor e o agente – por vários autores descrito como um verdadeiro “processo”<sup>44</sup> – deverá ser pautada por uma normalização da situação de abuso ou de exploração sexual, denotando-se um maior controlo deste em relação àquele com o passar do tempo. O agressor poderá fazer a relação de ambos durar por iludir o menor no sentido de que está a apaixonar-se por si, tentado gerar também esse sentimento na criança ou poderá optar por uma técnica de chantagem depois de o menor ser convencido a partilhar algumas fotos ou vídeos de cariz sexual.

Outro traço identitário das situações abusivas é a tentativa do agressor de manter a relação de ambos em segredo, convencendo o menor de que ele não pode contar a ninguém o seu envolvimento, seja porque ninguém acreditará nele, seja porque aquela relação é um segredo apenas dos dois – numa tentativa de romantização da relação –, seja ainda por via da ameaça de partilha do material enviado pelo menor.

Naturalmente, casos existirão em que as relações aparentam ser normais, ainda que disfuncionais, sobretudo porque a criança não se sente minimamente intimidada e tem até iniciativa para que a relação vá avante<sup>45</sup>. Não obstante, também nestes casos deverá ser considerado que o agente *alicia* o menor, a partir do momento em que, apercebendo-se da sua alegada paixão, não o demove, mas antes incita e propulsiona o relacionamento entre ambos, mormente quando está patente uma grande diferença de idades, sendo a criança ainda muito jovem.

Preponderante para a existência de aliciamento para efeitos do elemento típico do artigo 176.º-A do CP é a existência de uma *disfuncionalidade* e de uma *desigualdade de posições* na relação do agente e da vítima.

<sup>44</sup> Veja-se a definição clássica em DENNIS HOWITT, *Paedophiles and Sexual Offences Against Children*, Nova Iorque: J. Wiley, 1995, p. 176. No mesmo sentido, cf. ELENA GÓRRIZ ROYO, ““On-line child grooming”...”, cit., p. 6.

<sup>45</sup> O que, por si só, não deve afastar a possibilidade de criminalizar a conduta do agente, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense...*, cit., p. 835.

Na literatura e no cinema várias adaptações existem em que é romantizado o envolvimento (ou potencial envolvimento) amoroso entre um adulto e uma criança. O romance mais conhecido será provevemente *Lolita*, um livro de Vladimir Nabokov, publicado em 1955. Apesar da romantização do envolvimento entre a criança e o adulto, este configura um claro caso de abuso. Já no campo cinematográfico, o filme *Léon: The Professional*, lançado em 1994, mostra a paixão desencadeada por Mathilda, de 12 anos, em relação a Léon, adulto maduro. De qualquer modo, neste último caso acaba por nunca existir qualquer envolvimento entre ambos.

Assim é, ou assim deve ser, porquanto é esta a ideia que deverá subjazer às incriminações constantes dos artigos 171.º e 176.º do CP, para as quais o artigo 176.º-A do CP remete. Só será juridicamente aceitável incriminar as conversas mantidas através de meio tecnológico entre um adulto e um menor, nas quais se vise um encontro, caso seja possível identificar esta situação desigualitária logo à partida. Caso assim não se entenda, estar-se-ia a admitir a punição, a montante, de comportamentos que seriam penalmente irrelevantes a jusante, aquando do envolvimento propriamente dito entre o pretense agente e a alegada vítima.

Na linha do que acima se sustentou, este aliciamento terá de constituir o *primeiro estágio do aproveitamento do menor* e não o primeiro passo da construção de uma verdadeira relação de afetividade, caso em que não existe a prática de qualquer crime.

Cumpra agora verificar em que casos será possível identificar essa disfuncionalidade apriorística da relação entre o adulto e o menor, situações em que, genericamente, o agente tem uma posição de domínio relativamente à vítima e em que a intimida, a manipula e a engana.

Isso acontecerá, logo à partida, quando o agente e a vítima têm uma *grande diferença de idades*. Essa diferença de idades propicia o domínio do adulto perante a criança, sobretudo quando estamos a falar de uma pessoa que já atingiu um estágio elevado da idade adulta<sup>46</sup>.

Essa disfuncionalidade estará patente quando existe uma *relação familiar* com o menor (v.g. pais, tios, avós) ou de *grande proximidade do agente com a família do menor* (v.g. amigo da família), onde este é levado a crer que está num ambiente de confiança. O mesmo se diga quando há uma *relação apriorística de superioridade* entre o agente e a vítima (v.g. professor, treinador). Apesar de estas serem as relações mais comuns quando existe uma situação de abuso do menor, a verdade é que o artigo 176.º-A do CP não foi pensado para estas circunstâncias, mas sim para os casos em que o agente e a vítima se conhecem unicamente através da internet. Ainda assim, caso o agente se socorra das tecnologias da informação

---

<sup>46</sup> Já foi proposto inclusivamente que se estabelecesse uma diferença de idades mínima entre o potencial agressor e a potencial vítima de abuso. KARL PRELHAZ NATSCHERADETZ, *O Direito Penal Sexual...*, cit., p. 154 propôs uma diferença de 3/4 anos. Não cremos que a imposição de uma diferença de idades seja fundamental para acautelar devidamente esta questão. Conforme temos vindo a referir até aqui, a eventual situação de superioridade e de domínio deve ser aferida caso a caso, independentemente da concreta diferença de idades entre o possível agente e a vítima, ainda que, naturalmente, esse dado possa consubstanciar um forte indicador.

e da comunicação para se aproximar do menor e ganhar a sua confiança (como no caso, *v.g.*, de um professor ou de um amigo de família) o preceito deverá ser aplicado.

Outro traço identitário das relações abusivas com menores é demarcado com a *oferta de presentes, ofertas ou promessas* (Mouraz Lopes, Caiado Malheiro, 2020: 239). As crianças não têm, muitas vezes, consciência de que aqueles atos que praticam poderão ser lesivos da sua integridade física e psicológica e, movidas por algo que gostam ou querem, poderão praticar atos sexuais por não entenderem o seu verdadeiro significado<sup>47</sup>. A criança, tipicamente mais ingênua, é facilmente movida pelo desejo de obter aquilo que lhe foi prometido. Mais, o argumento essencial que aqui julgamos que deve ser invocado é a dependência económica do menor, que não tem rendimentos próprios nem um modo idóneo de auferir uma remuneração. Assim, a oferta de presentes ou de dinheiro será sempre suscetível de deturpar a sua vontade, razão pela qual é um indício de uma relação disfuncional.

Não obstante, e conforme já referimos, poderão existir situações que não se enquadram em nenhuma das aqui descritas. Na verdade, o menor pode desenvolver uma relação de afetividade que justifique o contacto sexual entre si e o pretenso agressor que propicie o seu desenvolvimento saudável, contribuindo para a formação da sua personalidade<sup>48</sup>.

Atendendo ao que sustentámos nesta sede, é nosso entendimento que apenas poderemos incriminar uma conduta nos termos do artigo 176.º-A do CP caso a prática do ato subsequente mereça censura penal. Se assim não se entender, estamos a admitir que o agente possa ser punido por aliciar um menor para a prática de um ato que, chegando a tomar lugar, não assume relevância penal, o que seria um verdadeiro contrassenso.

Se assim é, será necessário verificar a existência de uma *relação disfuncional* para o agente poder ser punido nos termos da referenciada norma, uma vez que apenas nessa circunstância estamos diante do conceito de *aliciamento* para efeitos de tipicidade objetiva.

---

<sup>47</sup> Neste sentido, cf. Ac. do STJ, de 25.06.2009, processo n.º 274/07.6TAACB.C1.S1 (Santos Cabral).

<sup>48</sup> Enumerando algumas dessas situações, cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Pedofilia...*, cit., p. 93. A autora destaca os casos em que o menor tem consciência da sua conduta e capacidade para avaliar a situação em causa, bem como a inexistência de elementos externos que sejam suscetíveis de afetar a sua vontade.

### 2.3. *O conceito material de crime – e o conceito material de perigo – e a criminalização do aliciamento de menores para fins sexuais*

Já pudemos compreender que esta incriminação surgiu na sequência dos novos desafios colocados pelo ciberespaço e das novas oportunidades que foram criadas para os agentes contactarem com crianças e as aliciarem para a prática de atos sexuais ou para a prática de pornografia infantil. Já concluímos também que o bem jurídico protegido pela incriminação – seja qual for a idade do menor – é a sua autodeterminação e mais que apenas poderemos equacionar a aplicação da norma constante do artigo 176.º-A do CP caso seja possível concluir que a relação estabelecida entre o potencial agressor e a potencial vítima é disfuncional.

Cumpramos agora questionar, à luz do conceito material de crime (e de perigo) – uma vez que estamos diante de um crime de perigo abstrato (Cunha, 2017: 411; Mouraz Lopes, Caiado Malheiro, 2020: 238; Lamas Leite, 2016: 71)<sup>49</sup> –, quais as condutas que, no âmbito do crime de aliciamento de menores para fins sexuais, têm dignidade penal<sup>50</sup>, não perdendo de vista que, independentemente da discussão política a respeito do tema, não podem as soluções jurídicas (no caso, jurídico-penais) ser importadas acriticamente<sup>51</sup>.

Notemos, antes de prosseguir, que algumas das neocriminalizações, como é o caso do aliciamento de menores para fins sexuais, parecem caminhar no sentido

<sup>49</sup> Também no mesmo sentido no ordenamento jurídico espanhol, cf. ANA M.ª PEREZ VALLEJO, FÁTIMA PÉREZ FERRER, *Bullying, cyberbullying...*, cit., pp. 129-130; ELENA GÓRRIZ ROYO, ““On-line child grooming” en Derecho penal español”, cit., p. 17, mencionando, porém, que alguma jurisprudência tem vindo a considerar que se trata de um *crime de perigo concreto* porquanto no ordenamento jurídico espanhol é exigido enquanto elemento típico a existência de atos materiais, o que leva alguns Tribunais a dizer que “*parece entenderse que esa exigencia de “materialidad” obligaría a requerir, en el supuesto en concreto, la prueba de actos que demuestren que la lesión de aquel bien jurídico es posible, cabiendo además prueba en contrario, en sede judicial, para desvirtuar la existencia de dichos actos*” (ênfase nossa), *Ibidem*, p. 30.

<sup>50</sup> Apesar de não aferir da conformidade constitucional do crime de aliciamento de menores para fins sexuais, MARIA JOÃO ANTUNES, *Constituição, Lei Penal...*, cit., pp. 38-39 afirma especificamente que justifica testar as disposições e os princípios constitucionais com relevância penal também quanto a este crime.

<sup>51</sup> Abordando a problemática da segregação entre Direito e Política, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 71; Salientando a necessidade de nos afastarmos do populismo para encontrar a melhor solução jurídica, cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Beccaria e o Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 8.

que Philip K. Dick idealizou no seu livro *The Minority Report*<sup>52</sup>, no qual se relata a existência de um departamento policial – o *Precrime* – no qual é possível, através de três mutantes denominados *precogs*, detetar a ocorrência de um homicídio mesmo antes de ele tomar lugar, sendo o agente preso por um crime que não chegou a cometer. Este sistema levou a que, desde a sua implementação, não tivesse ocorrido um único homicídio, mas à custa do quê? No livro explica-se que, em muitos dos casos, é gerado um *minority report*, isto é, um relatório de um futuro alternativo em que o agente, perante a situação de poder matar uma pessoa, decide não o fazer. Estes relatórios são, porém, deliberadamente ignorados porque gerariam entropia no sistema e desacreditação no trabalho desenvolvido. No fundo, estes relatórios conduziram à inelutável conclusão de que seria possível estarem presas pessoas que não chegariam a cometer o crime por que foram condenadas.

Fazendo um paralelismo entre esta utopia e o crime de aliciamento de menores para fins sexuais não podemos deixar de questionar se não estamos, na verdade, a punir o sujeito pelas suas *intenções* e não por um *ato desvalioso* em si mesmo, pelo menos do ponto de vista do Direito Penal. O problema de fazê-lo é, conforme acontecia nesta obra literária, poderem existir os tais *minority reports*. Aplicando esse racional ao preceito de que nos ocupamos, é necessário encontrar um grau de perigosidade bastante para que o agente possa legitimamente ser punido. Por outras palavras: é preciso que o agente demonstre mais do que uma *mera intenção*<sup>53</sup>.

É certo que a ampliação da positivação de crimes de perigo abstrato como é o presente caso – e, de resto, o movimento geral de criminalização nesta área<sup>54</sup> – tem sido um crescendo, porém a sua tipificação deverá ser tendencialmente excecional<sup>55</sup>, sob pena de se vulgarizar a intervenção do Direito Penal quando este apenas deverá ser utilizado em *ultima ratio*.

---

<sup>52</sup> Este livro de ficção científica foi originalmente publicado em 1956, na revista americana *Fantastic Universe*.

<sup>53</sup> Referindo expressamente que um sujeito não pode ser punido por “*meros pensamentos, intenções, resoluções e atitudes*”, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 35.

<sup>54</sup> Identificando esta realidade e referindo que o conceito de “bem jurídico” tem também sofrido mutações por forma a tornar o Direito Penal moderno, flexível e abrangente, cf. WINFRIED HASSEMER, “The Harm Principle and the Protection of “legal-goods” (Rechtsgüterschutz): a German Perspective”, in *Liberal Criminal Theory – Essays for Andreas von Hirsch*, A.d. Bois-Pedain (trad.), Londres: Hart Publishing, 2014, p. 198.

<sup>55</sup> Assim também, quanto aos crimes de perigo abstrato, cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal”, *Anatomia do Crime*, N.º 0, jul./dez. (2014), p. 15.

O Direito Penal não servirá para responder a todas as violações de bens fundamentais<sup>56</sup>, existindo limites constitucionais que ultrapassam a vontade das maiorias (Palma, 2014: 15). Assim, nesta breve análise sobre o contributo do conceito material de crime para aferir da dignidade penal da incriminação ora apresentada, é necessário ter em conta princípios constitucionais como o princípio da necessidade da pena<sup>57</sup>, o princípio da legalidade<sup>58</sup> e o princípio da culpa<sup>59</sup>.

São estes os *ingredientes* necessários para que se conclua se uma conduta pode e deve ser criminalizada, isto é, se tem *dignidade punitiva*<sup>60</sup>. Esta dignidade

<sup>56</sup> Também no mesmo sentido, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL Editora, 2015, p. 27 e, mais desenvolvidamente, *Direito Constitucional Penal*, cit., pp. 114 e ss.

<sup>57</sup> Importa atentar que, nos dias de hoje e à luz do paradigma do Direito Penal Especial, este princípio acaba por surgir apenas como critério de justificação para uma necessidade social e não para eventualmente originar uma desconformidade com a Constituição, cf. MARIA FERNANDA PALMA, “O argumento criminológico e o princípio da necessidade da penal no juízo de constitucionalidade”, *Julgar*, N.º 29, mai./ago. (2016), *passim*.

<sup>58</sup> O princípio da legalidade, apesar de formalmente encontrar positividade no artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP tem uma significância que ultrapassa esse formalismo, correspondendo materialmente à vontade da comunidade, cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Conceito material...”, cit., p. 17, nota 28.

<sup>59</sup> O princípio da culpa, que constitui uma derivação da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade, pressupõe, para o que ora releva, a existência de uma ressonância ética negativa, *Ibidem*, nota 27.

<sup>60</sup> Em qualquer caso, não podemos perder de vista que a Constituição confere um largo espaço de discricionariedade ao legislador ordinário. Nessa medida, uma norma apenas deverá ser julgada inconstitucional caso seja manifestamente contrariada a ordem jurídica constitucional. Entre outros, cf. Acórdão n.º 25/84 do TC (Cons. Joaquim Costa Aroso): “*Ora, não sendo a Constituição um código detalhado das relações que refere, mas apenas um código de parâmetros dentro dos quais se há-de desenvolver o poder legislativo da sua obra de conformação das relações sociais, mesmo no que toca aos direitos fundamentais, deixa a este uma margem de liberdade ou de poder discricionário mais ou menos amplo, sobretudo quando o sentido daquela é ambíguo ou equívoco e, assim, o Tribunal Constitucional só poderá censurar juridicamente tal uso quando ele contraria manifestamente a ordem constitucional de valores, quando o legislador adote valorações inequivocamente refutáveis ou manifestamente erróneas. Na dúvida, o Tribunal deverá fazer interpretação da lei conforme à Constituição, presumindo que o legislador respeita a Constituição (presunção de constitucionalidade das leis).*” (destaques nossos)

No sentido de que tem de existir cautela para que um “Estado parlamentar da lei [não] se transforme em Estado jurisdicional do Tribunal Constitucional”, cf. MARIA JOÃO

punitiva manifesta-se sob dois prismas que se complementam: por um lado, a norma incriminadora não deverá coartar os direitos fundamentais do agente nos seus limites imanentes, por outro, a mesma tem de ser adequada a proteger efetivamente bens jurídicos fundamentais merecedores de tutela (Palma, 2014: 18).

Concordamos que o Direito Penal moderno, ainda que intervenha em campos que anteriormente não eram tidos como penalmente relevantes, não pode dispensar uma *teoria da validade* que tem de ir ao encontro de uma validade ética (Silva Dias, 2003: 325). AUGUSTO SILVA DIAS propõe que se recorra ao conceito de “reconhecimento recíproco” para efeitos de encontrar essa validade jurídico-penal (Silva Dias, 2003: 327 e ss.). Em suma, “*a intervenção penal só colhe fundamento ou razão de ser quando um determinado facto merece ser qualificado, num certo mundo da vida, como negação do reconhecimento intersubjetivo e a sua comissão pode ser vista como expressão de uma deslealdade comunicativa*”, sendo certo que esta ideia tem de ser concatenada com os limites da atribuição de responsabilidade, o que emboca nos imperativos impostos pelo princípio da proporcionalidade, da ofensividade e da culpa (Silva Dias, 2003: 332). Subjaz aqui uma ideia de suscetibilidade de produção de *degradação social*, ligada à existência de um *grau de ofensividade suficientemente relevante* que, conjugadamente, impõem a intervenção de um meio sancionatório severo, por forma a reforçar a sua proteção.

O primeiro passo passará sempre por identificar um problema que carece da intervenção do Direito Penal. Este primeiro pressuposto verifica-se no caso concreto, uma vez que foi detetado que as novas tecnologias configuravam um meio eficaz para facilitar o contacto entre o agente e a vítima. Porém, a mera circunstância de um adulto aliciar um menor para um encontro visando a prática de atos sexuais ou para atos pornográficos não é, em si mesmo, danoso para o menor. O que a incriminação em causa visa é precisamente evitar que um dano (ou um perigo ainda mais iminente)<sup>61</sup> venha a ocorrer caso o encontro se concretize, configurando, por isso e conforme já referido, um crime de perigo abstrato<sup>62</sup>.

---

ANTUNES, *Constituição, Lei Penal...*, cit., p. 82. Partilhando a mesma preocupação, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, cit., p. 50.

<sup>61</sup> Conforme verificámos, o crime constante do artigo 171.º do CP é um crime de perigo abstrato.

<sup>62</sup> É importante destrinçar os conceitos de *perigo abstrato* e de *perigo presumido*. Nos crimes de *perigo abstrato*, não se exige que alguém seja posto efetivamente em perigo – inexistente uma *comprovação positiva* do perigo – porém, a possibilidade de *comprovação negativa* deverá ser admissível, cf. RUI PEREIRA, *O Dolo de Perigo: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*, Lisboa: Lex,

Não se pretende questionar a bondade – e necessidade – dos crimes de perigo abstrato, que antecipam a tutela de um bem jurídico e que têm uma função preventiva importante no ordenamento jurídico. O que justifica a criminalização de uma conduta que não tem de colocar em perigo um bem jurídico – a *real* colocação em perigo não é elemento do tipo – nem tão pouco de lhe causar um dano, justifica-se pelo *elevado potencial lesivo* que essa mesma conduta possui<sup>63</sup>. Porém, não pode deixar de ser questionado até onde é admissível antecipar a tutela de um bem jurídico. Este limite a partir do qual será inadmissível punir uma conduta é difícil de encontrar, sobretudo porque numa lógica de balanceamento de direitos fundamentais e de ponderação de interesses em confronto, o peso de cada um dos lados da balança não é por vezes um dado objetivo.

Nessa conformidade, é necessário aferir se existe uma *apetência causal* entre o comportamento adotado e o bem jurídico que se visa proteger (Palma, 2014: 20), não podendo colocar-se a antecipação da tutela penal em momento tão anterior à hipotética lesão que coarte de forma injustificada e desproporcional o espaço de liberdade do indivíduo. Mais do que isso, essa antecipação não pode ser tal que não permita encontrar na estrutura do ilícito uma orientação comportamental suficientemente tendente à efetiva violação do bem jurídico, o que nos leva ao segundo passo: a aferição da *proximidade* entre o risco criado pela conduta adotada pelo agente e a real ocorrência do dano<sup>64</sup>.

Será ainda de salientar que os crimes de perigo abstrato geram graves problemas ao nível da *culpa do agente* (Palma, 1995: 209), não podendo ser prescindida a

---

1995, p. 33. Por outras palavras: os crimes de perigo abstrato apenas serão constitucionalmente admissíveis se for permitida a comprovação de que existe a impossibilidade concreta de alguém ser colocado em perigo, o que leva à inexistência de tipicidade do comportamento do agente. O mesmo já não se passaria se estivéssemos perante um crime de *perigo presumido*, caso em que a realização típica se bastaria com a atuação proibida por lei, ainda que, no caso concreto, não existisse realmente potencialidade de colocar em perigo o bem jurídico protegido, fazendo-se funcionar uma presunção inilidível, cf. AUGUSTO SILVA DIAS, “Entre «comes e bebes»...”, cit., p. 525.

Referindo-se a uma presunção “tendencialmente inilidível”, cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Conceito material...”, cit., p. 20.

<sup>63</sup> Falando sobre a *possibilidade* ou *probabilidade do dano*, enquanto característica do juízo de perigo, cf. RUI PEREIRA, *O Dolo...*, cit., p. 22.

<sup>64</sup> Neste sentido, apontando também outros critérios como o peso normativo do bem jurídico ameaçado e as possibilidades jurídicas e factuais de prevenir que o dano ocorra através de outros meios, cf. WINFRIED HASSEMER, “The Harm Principle...”, cit., p. 200.

análise da sua conduta concreta, designadamente para efeitos de constatar a sua *culpabilidade* que se traduz na reprovação da ação ilícita.

Assim, cremos ser possível afirmar que apenas quando existe uma *probabilidade relevante* de uma conduta causar um dano, deverá esta ser criminalizada, sob pena de o direito à liberdade ser preterido de forma desproporcional em prol da proteção de um outro bem jurídico que não é nem será sequer ameaçado.

Trilhado este caminho, começamos por afirmar que é nosso entendimento que a incriminação, tal como configurada pela lei penal portuguesa, é inconstitucional por violação da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1.º da CRP, do direito à liberdade, previsto no artigo 27.º, n.º 1, da CRP e do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

Em linha com o que foi acima referido, a tipificação de crimes de perigo abstrato tem de ser efetuada com cautela porquanto se está a criminalizar uma conduta que poderá não chegar a provocar qualquer dano, servindo a incriminação para prevenir que esse dano venha a ocorrer. É de realçar que, estando em causa um crime de perigo abstrato, nem sequer é efetuado um juízo positivo de colocação do bem jurídico efetivamente em perigo, permitindo-se tão-só, sob pena de inconstitucionalidade, que seja comprovado que naquele caso concreto o agente não teria sequer a hipótese de colocar o bem jurídico em perigo.

Atento este facto, apenas as condutas que encerram, em si mesmas, uma *perigosidade real e efetiva* deverão (ou poderão) ser tipificadas enquanto crime. É por essa razão que consideramos que o artigo 176.º-A, n.º 1, do CP é inconstitucional: por não revestir essa assinalada perigosidade para o bem jurídico protegido – a *autodeterminação sexual do menor*<sup>65</sup>. As conversas mantidas entre um menor e um maior em que o agente enceta um diálogo com o menor, aliciando-o para um encontro que vise a prática dos atos previstos nos artigos 171.º e do 176.º do CP mas que nunca são acompanhadas de qualquer ato material no sentido do encontro não são suficientemente perigosas para efeitos da sua criminalização por várias ordens de razão, que se detalharão.

A primeira – e principal – razão é a de que, quando essas conversas de teor sexual são mantidas, estamos no plano da *mera intenção*<sup>66</sup>. Não existe qualquer

---

<sup>65</sup> É de notar que esta interpretação não contraria a Diretiva 2011/93/EU, uma vez que esta não impõe que sejam criminalizadas as condutas em que ainda não existam atos materiais conducentes ao encontro, pelo contrário. Acresce ainda que esta solução vai ao encontro do que já acontece em Espanha e nos Países Baixos, cf. § 1.1. *supra*.

<sup>66</sup> Referindo que o tipo penal previsto no artigo 183 bis do Código Penal Espanhol (que atualmente corresponde ao artigo 183 ter, com redação essencialmente idêntica para o

ato material do agente que indicie que este colocará sequer em perigo a autodeterminação sexual do menor<sup>67</sup>. É certo que, quando o agente mantém este tipo de conversas com um menor faz *algo mais* do que escrever no seu diário que deseja fazê-lo, porém o mero estabelecimento comunicacional no qual propõe ao menor que se encontrem visando a prática de atos sexuais ou de pornografia não é mais do que uma *exteriorização de uma vontade*, vontade essa que pode inclusivamente não corresponder a uma *vontade real* do agente<sup>68</sup>.

A segunda razão radica na circunstância de estas conversas não serem muitas das vezes acompanhadas por um encontro efetivo, nem tão-pouco de uma tentativa para que esse encontro se chegue a efetivar<sup>69</sup>. Não raras as vezes os agentes mantêm conversas com menores apenas por entretenimento e, mesmo tendo intenção de se encontrarem com eles, acabam por não levar avante essa ideia<sup>70</sup>. Conforme assinalámos

---

que ora importa) – que, note-se, exige que a conduta seja acompanhada de atos materiais – é, para além de simbólico e contraditório, “*obsessivamente centrado em intenções*”, cf. JOSÉ ANTÓNIO RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, *DLL*, N.º 7746 (2011), p. 16.

<sup>67</sup> Cumpre esclarecer que consideramos que as conversações mantidas entre o agente e o menor através de meios de informação e comunicação, na qual o primeiro propõe ao segundo que se encontrem para a prática dos atos previstos no preceito, não lesam, em si mesmas, o direito à autodeterminação sexual do menor. O que está na base da incriminação é permitir que o agente seja intercetado a tempo de prevenir que os atos previstos no preceito cheguem sequer a ser praticados e não que o menor não seja sujeito às referidas conversações. Nessa medida, é nosso entendimento que as conversações não são suscetíveis de lesar a autodeterminação sexual do menor ou, mesmo que o sejam, será a um nível tão residual que não justificariam a intervenção penal para esse efeito.

<sup>68</sup> A este respeito, há autores que consideram que, punindo esta conduta, estar-se-ia a punir eventuais propostas *pouco sérias*, cf. MARIA MARTÍN LORENZO, “Delito de ciberacoso sexual”, in *Memento experto: reforma penal 2010*, Madrid: Francis Lefebvre, 2010, p. 104. Em sentido próximo, cf. MARÍA CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ, “Capítulo VIII – Los menores y la legislación penal: el menor víctima y el menor infractor”, in *Tratado del Menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, C. Martínez García (coord.), Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 490, que entende que o legislador não esteve bem na consagração deste crime, uma vez que “*adelantan las barreras de protección del bien jurídico hasta tal extremo que es difícil de reconocerlo*”, mais identificando que “*la inclusión de los elementos subjetivos del injusto va a hacer complicada la prueba del delito*”.

<sup>69</sup> Abordando também esta questão, manifestando as suas dúvidas quanto ao *substrato empírico e real* do *online child grooming*, cf. JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, “El Nuevo Delito de online child grooming...”, cit., p. 429.

<sup>70</sup> De acordo com alguns estudos, foi identificado que, quando está em causa a criação de um espaço virtual para o encontro entre o agente e o menor, o sujeito apenas vai ao encontro

acima, uma vez que estamos perante um crime de perigo abstrato, é necessário justificar a punição por referência a dados concretos que demonstrem que a conduta incriminada é efetivamente perigosa para o bem jurídico protegido, atendendo aos dados estatísticos existentes e à experiência comum<sup>71</sup>. Por essa razão, depondo os dados apurados empíricos em sentido contrário, cremos que este argumento deverá concorrer para a conclusão tomada quanto à necessidade de punição. No fundo, socorrendo-nos das palavras de MARIA FERNANDA PALMA, consideramos que estamos perante uma “*estrutura de ação sem direção lesiva suficientemente delineada*”, onde se poderão integrar “*comportamentos irrelevantes*” (Palma, 2014: 21).

Por fim, é nosso entendimento que deve ser dada ao agente a oportunidade de *desistir* dos seus intentos iniciais. Regressando a um ponto anteriormente convocado, os tais *minority reports* podem existir e, existindo, o agente não deverá ser penalizado. E a verdade é que a possibilidade de desistência nesta fase tem de ser tomada em consideração como um sinal de que o agente é capaz de se motivar pela norma, não merecendo, por isso, censura penal.

Em suma, no momento em que o agente apenas conversa com o menor com as finalidades já identificadas e o alicia para um encontro, entendemos que não existe ainda um nível de perigosidade suficientemente relevante que justifique que a sua liberdade seja coartada.

O mesmo já não acontecerá quando são realizados atos materiais tendentes ao encontro, conforme previsto no artigo 176.º-A, n.º 2, do CP. Também nessa situação o agente pode vir a desistir de comparecer, como acima se referiu, mas a verdade é que, nesse caso, a ponderação poderá (legitimamente) pender para o sentido oposto, isto é, pela opção de criminalização, uma vez que nessa circunstância a *proximidade da lesão do bem jurídico* está muito mais presente. Neste segundo caso, o agente já demonstrou mais do que uma *mera intenção*, desenvolvendo atos que tornam credível que o encontro se irá realizar e que a proposta por si formulada é *séria*<sup>72</sup>.

---

deste em apenas 9% dos casos, o que, por si só, leva a questionar a bondade da criação deste novo tipo de crime, cf. FERNANDO MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen...*, cit., pp. 275-276. Depois de uma análise comparada dos dados de vários países e concluindo que desde 2000 estas práticas têm vindo a decair acentuadamente, cf. JOSÉ ANTONIO RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, in *Comentario a la reforma penal del 2015*, Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 436-437.

<sup>71</sup> Cf. *supra* 2.1. Também referindo a necessidade de justificação “*no plano empírico*”, cf. MARIA FERNANDA PALMA, “Conceito material...”, cit., p. 20.

<sup>72</sup> Neste sentido, cf. ELENA GÓRRIZ ROYO, ““*On-line child grooming*” en Derecho penal español”, cit., p. 29 que refere que “*Pero sobre todo, lo que se pretende con este requisito es circunscribir el ámbito del precepto a aquellos casos en que haya un*

Se na primeira hipótese o agente pode comunicar com o menor unicamente para sua recriação, seja porque se sente valorizado colhendo a atenção daquele, seja porque busca a reciprocidade num relacionamento (pretensamente) amoroso, seja por qualquer outro motivo que lhe cause bem-estar, não tendo verdadeira intenção de se encontrar com o menor – pelo menos não na “hora H” – e, por conseguinte, nunca desenvolvendo atos materiais para que o encontro ocorra, no segundo cenário a exteriorização de vontade é acompanhada de um ato material que leva a crer que o agente pretende de facto encontrar-se com o menor<sup>73</sup>. Existe, nesta segunda etapa, uma *materialização* das suas intenções – que no início não passavam disso –, colocando a autodeterminação sexual do menor efetivamente em perigo, perigo esse que, até então, não era verdadeiramente *palpável* ou *real*<sup>74</sup>.

No fundo, a pedra de toque reside na já referida probabilidade relevante de o dano vir a ocorrer. Enquanto no cenário previsto no artigo 176.º-A, n.º 1, do CP essa probabilidade é ainda bastante remota, na situação tipificada no n.º 2 do mesmo preceito podemos identificar o referido *elevado potencial lesivo*, que é requisito da tipificação de uma conduta como um crime de perigo abstrato.

---

**propósito serio de encuentro, bien por parte del menor, bien – como será más usual – por parte del autor. Y a pesar de que, en efecto, la fórmula empleada es vaga e imprecisa, por la alusión a “actos materiales”, el hecho de que éstos tengan que ir “encaminados al acercamiento” daría entrada a la exigencia de prueba de acciones que muestren la alta probabilidad de que se produzca uno de los momentos claves en el delito de on-line child grooming: el encuentro (meeting) presencial y real, entre el autor y el menor de 16 años”** (destaques nossos).

<sup>73</sup> Contra esta criminalização, ainda que valore positivamente a inserção de atos materiais tendentes ao encontro enquanto elemento típico do crime em causa, mas considerando-a em qualquer caso insuficiente para legitimar a intervenção penal, cf. JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, “El Nuevo Delito de online child grooming...”, cit., p. 433. O autor refere que, mesmo que o encontro se concretize não significa que ocorra qualquer ato que coloque em causa a autodeterminação sexual do menor. Conclui dizendo que “*Lisa y llanamente, se trata de un injustificable adelantamiento de las barreras de protección de un bien jurídico individual*”.

<sup>74</sup> Autores há que propõem, inclusivamente, que a proposta tenha de ser aceite pelo menor para que o agente possa ser punido, cf. ANA M.ª PEREZ VALLEJO, FÁTIMA PÉREZ FERRER, *Bullying, cyberbullying...*, cit., p. 134.

Contra, referindo que não é necessária a existência de um acordo, nem que se chegue a um local e a uma hora concreta, cf. MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso...”, cit., p. 246; JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado...”, cit., p. 193; MANUEL GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII: Delitos contra la libertad...”, cit., p. 731.

Cumpre não esquecer que, com a presente incriminação, o legislador nacional, acompanhando o movimento europeu e internacional, pretendeu impedir, logo numa fase muito inicial, que atos subsequentes pudessem – numa hipótese ainda bastante remota e longínqua – ir avante<sup>75</sup>. É isso que, de resto, justifica que estejam previstas penas tão leves para estes comportamentos: porque eles se situam numa fase embrionária em que os riscos de efetiva lesão são ainda diminutos.

Estando conscientes dessa elevada dilação temporal, somos levados a concluir que não é ainda o momento correto para que o Direito Penal intervenha. A prevenção de que o abuso venha a ocorrer passará por um conjunto de outras medidas que não incluem a responsabilização criminal dos indivíduos<sup>76</sup>. Na realidade, o *foco da objetiva* deveria ser transmutado e colocado sobre as crianças, no seu acompanhamento e educação, o que produziria reflexo nos adultos que se virão a formar, por um lado, e na maior impermeabilização a potenciais contactos de que pudessem ser alvo, por outro.

Para concluir este ponto é importante voltar a realçar que o crime de aliciamento de menores para fins sexuais é um crime que antecipa largamente a tutela penal, uma vez que é possível que o encontro chegue a ocorrer e que o agente, confrontado com o menor, não pratique sequer qualquer ato ilícito (Hortal Ibarra, 2012: 433). A interpretação da incriminação em causa tem, por isso, de ser cautelosa, sob pena de se punir aquele que conversa com o menor através de meios de comunicação à distância mas nunca se encontra com aquele e de não merecer punição o agente que se encontra com o menor para a prática dos referidos atos sem nunca ter utilizado os meios de comunicação à distância e de, no decurso do encontro, desistir dos seus intentos iniciais, não praticando qualquer ato que pudesse sequer atingir o estágio de tentativa, não sendo possível incriminar a sua conduta. Por essa razão, mesmo a possibilidade de punir a conduta prevista no n.º 2 do artigo 176.º-A do

---

<sup>75</sup> Escrutinando este “adiantamento da barreira de proteção do menor” e conjugando-o com outros tipos de crime, cf. FRANCISCO DE ASIS SILLA SANCHIS, “Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidade sexual en España”, *Julgar*, N.º 28, jan./abr. (2016), p. 254.

<sup>76</sup> Como seja a implementação de programas escolares que incluam a abordagem destas temáticas dirigidos tanto aos pais e educadores quanto aos menores, a sensibilização dos pais e educadores para os riscos propiciados pela internet e necessidade de controlo dos menores (através, por exemplo, do uso de palavras-passe para acesso ao equipamento tecnológico, de bloqueio de certas páginas na internet, impedindo o acesso do menor, a supervisão efetiva quando o menor utiliza a internet, etc.). Propondo estas e outras medidas, cf. de JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, “El Nuevo Delito de online child grooming...”, cit., pp. 445-448.

CP não deverá ser entendida como totalmente pacífica, mas sim tolerável por não ser manifestamente inconstitucional e se encontrar na margem de liberdade e de conformação do legislador<sup>77</sup>.

#### 2.4. *Uma legítima interpretação do tipo legal – nótulas esparsas*

Quando começámos a analisar este tipo legal, deparámo-nos com algumas dúvidas quanto aos comportamentos que poderão (ou não) integrar a sua previsão que cremos que merecem resposta.

Concluiu-se nos capítulos precedentes que o tipo penal não pode comportar a incriminação de *meras intenções* e que casos haverá em que o estabelecimento de comunicações através de meios tecnológicos para encontro poderão não consubstanciar a prática de qualquer crime.

Estes pontos de partida não resolvem, contudo, todas as questões inerentes aos comportamentos que deverão ser criminalizados à luz do preceito. Em concreto, outras dificuldades interpretativas se colocam atendendo à excessiva abrangência do tipo legal, que parece abarcar comportamentos que, no nosso entender, devem ser subtraídos da sua previsão<sup>78</sup>.

A primeira questão que se coloca é a de saber se merece punição o maior que alicia um menor para encontro sem qualquer intenção de efetivamente se encontrar com ele. O mesmo é dizer que o agente *quer* aliciar o menor para um encontro no qual se vise a prática dos atos previstos nos artigos 171.º e 176.º do CP, mas não pretende realizar o encontro em si mesmo. Ora, a este respeito, entendemos que o dolo do tipo do artigo 176.º-A do CP não exige apenas que o agente queira convidar o menor para encontro para a prática dos referidos atos, sendo exigido também dolo quanto ao cometimento da agressão sexual prevista no preceito (Hortal Ibarra, 2012: 433).

Note-se que esta questão é distinta daquela que acima mencionámos. Defendemos que o artigo 176.º-A, n.º 1, do CP é inconstitucional porque não existe uma perigosidade suficientemente relevante, ainda que o agente tenha dolo de praticar os atos previstos

---

<sup>77</sup> Cf. *supra* 2.3.

<sup>78</sup> Identificando também problemas de precisão do tipo de ilícito espanhol, cf. JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Delitos contra libertad e indemnidad sexual (I) Agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años”, in *Sistema de Derecho Penal Parte especial*, Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 3.ª ed., Madrid: Dykinson, 2020, pp. 259 e ss..

nos artigos 171.º e 176.º do CP. Sustentámos por isso que, nesse caso, a punição não devia ter lugar, não porque o menor nunca tenha estado em perigo, mas porque não haveria um potencial lesivo suficientemente relevante.

A questão que aqui se coloca é outra: é a circunstância de o agente nunca ter querido, em momento algum, encontrar-se efetivamente com o menor, querendo apenas conversar com ele e convidá-lo para um encontro no qual se visasse a prática de atos sexuais ou de pornografia infantil, não tendo, em qualquer caso, a intenção de o realizar. Neste caso, inexistindo dolo da prática de atos sexuais, não cremos que possa sequer estar em causa a aplicação do artigo 176.º-A, n.º 1, do CP<sup>79</sup>, independentemente da apontada inconstitucionalidade<sup>80</sup>.

Na realidade, estamos perante um delito que tem uma estrutura na qual a intenção do agente deve transcender a sua conduta objetiva: a vertente da tipicidade subjetiva do ilícito extravasa a tipicidade objetiva do mesmo na medida em que é necessário que o agente queira algo mais – a prática de atos previstos nos artigos 171.º e 176.º do CP – do que aquilo que se compreende na conduta inicialmente adotada – o *mero* aliciamento para esses atos – para que se dê a consumação do crime (Núñez Fernández, 2012: 195; Tamarit Sumalla, 2010: 171).

É ainda de ressaltar que esta questão que avançámos coloca, naturalmente, difíceis problemáticas quanto à prova desta intencionalidade, que dificilmente será obtida, senão por referência à prova indiciária, caso o agente não confesse os seus intentos (Pérez Vallejo, Pérez Ferrer, 2016: 129; Górriz Royo, 2016: 27). Em qualquer caso, através da prova indiciária e de todo o circunstancialismo atinente às conversações que são mantidas, será possível concluir pela existência, ou não, de dolo do agente quanto aos atos subsequentes<sup>81</sup>. Certo é que não se poderá presumir

---

<sup>79</sup> Mencionando também a necessidade de dolo quanto às condutas subsequentes, cf. MARÍA MARTA GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso...”, cit., pp. 248-249.

<sup>80</sup> Sendo certo que, é (também) em razão de dificuldades como esta, que poderão levar a verdadeiras *presunções de intenção* despidas de fundamento que cremos que a melhor solução seria a de punir apenas o agente no caso de este ter encetado atos materiais tendentes ao encontro, uma vez que, nessa circunstância, a sua real intenção de se encontrar com o menor era suscetível de ser corroborada pela sua atitude proativa.

<sup>81</sup> A este respeito, cf. Ac. do TRC, de 11.12.2019, processo n.º 797/17.9JACBR.C1 (Isabel Valongo), onde foi decidida a concreta existência de tipicidade subjetiva da conduta. No caso, o agente, com 45 anos de idade, enviou diversas mensagens a uma menor de 15 anos de idade com conteúdo muito gráfico e obsceno, dizendo de forma explícita o que pretendia fazer com ela quando se encontrassem, pedindo-lhe inúmeras vezes o envio de fotos “*das mamas e do sexo*” e sugerindo que a menor o encontrasse em casa dele ou que saísse de casa à noite, caso em que ele a iria buscar. O Tribunal entendeu

que esta intencionalidade estará patente sempre que um maior alicia um menor para encontro no qual vise a prática dos atos previstos no artigo 171.º e 176.º do CP, sendo necessário convocar outros elementos corroborativos dessa (real) intencionalidade quanto à prática dos referidos atos, como seja o modo de abordagem do menor, a maior ou menor insistência para que o encontro se realize, o envio de fotografias de conteúdo sexual, entre outros elementos que poderão concorrer para conferir credibilidade àqueles que eram os reais intentos do agente, no caso, à sua efetiva intenção de praticar os atos previstos no artigos 171.º ou 176.º do CP.

Assim, é nosso entendimento que mesmo que nos socorramos de uma conceção extrovertida da vontade na figura do dolo<sup>82</sup> e, por conseguinte, que o mesmo seja compreendido através do sentido possível da linguagem conceptual, cremos que não basta a existência (objetiva) do mero aliciamento para que se conclua, sem outros elementos, que existe dolo do agente quanto aos atos subsequentes. Sem que caiamos em repetições, é perfeitamente plausível que o agente não pretenda realmente encontrar-se com o menor e que todas as conversações estabelecidas sejam apenas e só para sua recriação. Socorrendo-nos das palavras de MARIA FERNANDA PALMA, “*esta redução do elemento volitivo à interpretação do sentido possível da linguagem conceptual de que dispomos não pode conduzir, como se disse, à kafkiana desconsideração das representações do agente e do jogo das suas motivações*” (Palma, 2015: 120).

---

que “[r]esulta à saciedade e por demais evidente que o arguido tentou de todas as formas possíveis que a ofendida fosse ter consigo, visando o que é obvio e que já se pisou e repisou na transcrição efetuada, manter com a menor relação de cariz sexual. Dispõe-se a pagar a viagem, sugere a boleia, alude ao facto de ver jovens provenientes da mesma área geográfica da ofendida em (...), sugere o sítio onde se poderiam encontrar; rejeita a hipótese de se encontrar com a menor em casa dela, mostra-se relutante em relação aos riscos que está disposto a assumir visando o encontro, mas de forma incontornável deseja esse encontro. Será preciso maior descrição? Cremos que não, por espúria e desnecessária. Conhecia o arguido a idade/menoridade da ofendida. Sabia que a aliciava tentando convencê-la a ir ao seu encontro para com ela manter trato sexual, do qual as inúmeras mensagens/fotos trocadas seriam preliminares. Sabia e não o podia sequer ignorar que a sua conduta não lhe era permitida porque proibida por lei.”.

Lamentavelmente, apesar de ter sido condenado pelo crime de aliciamento de menores para fins sexuais, o agente foi absolvido dos crimes de pornografia infantil por que vinha acusado, ainda que tenha ficado provado que a menor chegou a enviar fotografias desnudas ao agente.

<sup>82</sup> Para mais desenvolvimentos, cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal – Parte Geral...*, cit., pp. 115 e ss. e pp. 183 e ss.

A segunda questão que cremos merecer resposta é a de saber se o aliciamento em causa carece, ou não, de recetividade pelo menor para que se possa considerar consumado o crime previsto no artigo 176.º-A do CP. Entendemos que a resposta a esta questão deve ser positiva<sup>83</sup>. Se o propósito da incriminação é o de prevenir que os atos referidos nos artigos 171.º e 176.º do CP possam vir realmente a ocorrer, não deverá ser punido o agente que tenta comunicar com o menor, mas que é ignorado, ainda que os demais requisitos se encontrem cumpridos<sup>84</sup>.

Entendemos, por isso, que o contacto estabelecido entre o agente e a vítima – o *real* aliciamento – apenas poderá ocorrer quando existir recetividade do menor e se verifique que existe envolvimento da sua parte, pois caso contrário não existe sequer perigo abstrato da lesão do bem jurídico protegido.

Nesta conformidade, caso o agente tente comunicar com o menor e este simplesmente não responda ou, apesar de responder, mostre sinais claros de desinteresse e até repulsa em relação a si, entendemos que não se tem por verificado o crime em causa.

A terceira questão que coloca dúvidas é a de saber se as meras conversas que poderão ter teor sexual entre um adulto e um menor poderão ser reconduzidas ao artigo 176.º-A do CP. Por outras palavras, será de questionar se podemos considerar que já se tem por verificado o *aliciamento para encontro* num momento ainda inicial da troca de comunicações e de conhecimento recíproco. Sendo certo que o preceito deixa em aberto esta possibilidade, cremos que será uma opção de rejeitar.

Numa fase muito inicial de conversações entre o agente e o menor, durante as quais o agente procurará estabelecer laços relacionais com aquele, estamos num momento muito anterior à hipotética concretização do encontro. Ainda que se fale em termos gerais da possibilidade de ambos se virem a encontrar (sem que nada em concreto seja avançado), entendemos que não deverá a conduta ser punida.

Já nos pronunciámos pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 176.º-A, n.º 1, do CP por ainda não estarmos perante o referido *elevado potencial lesivo* que cremos ser necessário para a tipificação de um crime de perigo abstrato.

---

<sup>83</sup> Concordando com a necessidade de haver resposta do menor, cf. JOSEP MARIA TAMARIT SUMALLA, “Acoso sexual cibernético...”, cit., p. 172; CARMEN LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, in *Delitos y faltas, la Parte especial del Derecho penal*, Carmen Lamarca Pérez (coord.), 2.ª ed., Madrid: Colex, 2013, pp. 193-194; JOSÉ ANTONIO RAMOS VÁSQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso...”, cit., p. 10; JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado...”, cit., p. 193; ELENA GÓRRIZ ROYO, ““On-line child grooming” en Derecho penal español”, cit., p. 23.

<sup>84</sup> Assim será, essencialmente, porque nesse caso o bem jurídico não é sequer colocado em perigo. Assim também, ELENA GÓRRIZ ROYO, ““On-line child grooming” en Derecho penal español”, cit., p. 23.

Ora, se assim é, no caso que agora apresentamos, adensa-se e reforça-se ainda mais essa impossibilidade de punição, quando ainda não é sequer trazida à colação a possibilidade de o agente se encontrar com a vítima.

Por essa razão, entendemos que o preceito deverá ser interpretado de forma restritiva, excluindo do seu âmbito de aplicação todas as situações em que o agente ainda está a criar laços com o menor, conversando sobre variadas situações – que podem ser mais ou menos íntimas – precisamente porque, nesse momento, a eventual situação de abuso sexual ou de pornografia infantil ainda se situa num futuro demasiado longínquo que pode mesmo nunca ser sequer suscetível de vir a ocorrer. Aliás, nesse momento, muito dificilmente se poderá extrair a vontade do agente de vir efetivamente a encontrar-se com o menor visando a prática dos atos constantes do artigo 171.º e 176.º do CP, a menos que este resolva confessar que era essa a sua intenção, abrindo portas à sua punição<sup>85</sup>. Assim será porque os sinais exteriores emanados pelo agente – *rectius*, as conversações mantidas com o menor – não deverão ser suficientes, do ponto de vista do processo social de comunicação, para que chegue a uma conclusão, sem mais, sobre o seu estado mental quanto à prática dos atos referidos nos artigos 171.º e 176.º do CP

Conforme já referimos, para além de ser de difícil prova a real intenção do agente e de não poder ser simplesmente presumido que provavelmente uma situação de abuso iria ocorrer, casos haverá em que o agente não tem de facto qualquer intuito de molestar o menor (Ramos Vásquez, 2011: 7).

Nesta conformidade, apenas serão subsumíveis ao artigo 176.º-A, n.º 1, do CP as situações em que o agente não só manifeste a sua vontade de se encontrar com o menor em termos abstratos (v.g. “*gostava de te ver*”, “*era bom se pudéssemos estar juntos*”, etc.), mas sugira, em concreto – ainda que sem encetar atos materiais –, locais para o encontro, horas mais propícias para que o mesmo possa ocorrer, que procure compreender as rotinas do menor por forma a acomodar a sua ocorrência, entre outros.

Por fim, de certo modo conexas com a questão que acabámos de colocar, surge uma outra que se relaciona com a (des)necessidade de o menor conhecer a intenção do agente. Por outras palavras: terá o agente de tornar ostensivas as suas intenções ou poderá, ou invés, nunca revelar os seus verdadeiros desígnios ao menor?

O preceito não impõe esse conhecimento e também não nos parece que o agente que torna ostensivas as suas intenções deva ser punido, enquanto aquele

---

<sup>85</sup> Abordando esta questão e referindo que as conversas de conteúdo mais íntimo “*difícilmente podrán considerarse indicios inequívocos que revelan la intención de cometer los delitos sexuales a los que se refiere el artículo 183 bis CP.*”, cf. JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado...”, cit., p. 197.

que escolhe não o fazer mereça a impunidade. Porém, a verdade é que será muito difícil punir o agente que nunca revela os seus intentos a menos que, novamente, este o venha a confessar. Se são interceptadas comunicações estabelecidas entre o agente e o menor nas quais não é possível extrair que o agente está a aliciar o menor para a prática dos atos previstos nos artigos 171.º e 176.º do CP, muito dificilmente a sua conduta poderá ter cabimento neste preceito, sobretudo por inexistir prova quanto aos seus elementos típicos. Ainda que sejam mantidas conversações e que o agente diga explicitamente ao menor que quer encontrar-se com ele, caso não existam outros elementos que indiquem que nesse encontro seriam visados os referidos atos, o agente não deverá ser punido com justificação apenas na existência de comunicações com o menor<sup>86</sup>.

No fundo, a abrangência do tipo legal de aliciamento de menores para fins sexuais coloca inúmeras dúvidas sobre as condutas que serão (ou deverão ser) efetivamente punidas.

Considerando as nossas dúvidas quanto à própria conformidade constitucional do artigo 176.º-A do CP – pelo menos quanto ao seu n.º 1 –, entendemos que o julgador terá de ser especialmente cuidadoso na aplicação da norma, sob pena de abrir portas a presunções inadmissíveis, de punir meros diálogos destituído de real perigosidade e de, no fundo, antecipar a tutela penal para um momento em que ainda não deveria ser chamado a atuar.

### III. A conjugação do artigo 176.º-A do Código Penal com outros tipos legais

Chegados a este ponto, e devidamente concretizados os comportamentos que devem – ou podem – constituir crime no âmbito da presente incriminação, é importante analisar a forma como a mesma se deverá conciliar com as demais já previamente existentes.

O legislador português, ao transpor a Diretiva 2011/93/EU, parece ter-se alheado das disposições previamente existentes no nosso ordenamento jurídico, provocando uma sobreposição de preceitos e gerando incongruências na concatenação de várias normas. Sendo certo que os desígnios da Diretiva 2011/93/EU foram cumpridos e

---

<sup>86</sup> Esses meios de prova podem, todavia, existir. Basta pensar nas organizações e redes criminosas que têm como fim o aliciamento de menores para a prática dos referidos atos. Sendo conhecida uma comunicação e estando já esse agente sinalizado, poderá ser montado um *puzzle* no qual se conclua que aquela comunicação apesar de aparentemente inocente seria dirigida à integração do menor nessa mesma rede.

que foi especificamente punido o aliciamento de menores através das tecnologias da informação e da comunicação, não podemos deixar de questionar a forma como a transposição foi efetuada. Em concreto, a consagração do crime de aliciamento de menores para fins sexuais acabou por originar entorpecimentos na aplicação dos preceitos que versam sobre a mesma matéria, como veremos seguidamente.

### **3.1. A conjugação do artigo 176.º-A do Código Penal com o artigo 176.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), do Código Penal**

Esta é talvez a conjugação de preceitos mais difícil de efetuar pela simples razão de o aliciamento agora previsto no artigo 176.º-A do CP já se encontrar previamente previsto no artigo 176.º do CP, senão vejamos.

O artigo 176.º do CP já previa a incriminação não só da utilização do menor em espetáculo pornográfico, a sua utilização em fotografia, filme ou gravação pornográficos, como também o *aliciamento* para esse fim. É certo que não se fazia – e não se faz – concreta menção ao aliciamento por meio das tecnologias da informação e da comunicação no artigo 176.º do CP, porém, sendo esse um dos meios viáveis para o efeito, estaria naturalmente incluído, porquanto o preceito não diferencia a forma como o mesmo poderá ocorrer.

Também parece ser irrelevante para o preceito se o aliciamento é para um encontro que vise aquelas práticas (como se postula no artigo 176.º-A do CP) ou se o menor está a ser aliciado para disponibilizar o referido material por qualquer meio.

A este respeito, e considerando o nosso posicionamento a respeito da inconstitucionalidade do artigo 176.º, n.º 1, do CP, importa distinguir duas situações diversas: uma primeira que se reconduz às situações nas quais o agente alicia o menor para que envie fotografias ou vídeos seus com conteúdo pornográfico<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> É possível verificar na jurisprudência alguma divergência quanto ao que deve ser entendido por “conteúdo pornográfico”, havendo vários acórdãos que consideram que as fotografias desnudas enviadas pelo menor poderão ainda não integrar esse conceito. Veja-se, a este respeito, o Ac. do TRP, de 07.06.2017, processo n.º 481/14.5JABRG.P1 (Cravo Roxo) no qual se entendeu que as fotografias do menor sem roupa deveriam ser consideradas material pornográfico, contrariamente ao que tinha decidido o Tribunal de 1.ª instância que considerou que essas mesmas fotografias consubstanciavam de meras “brincadeiras perigosas”. Talvez em razão da dificuldade de delimitação do conceito, o legislador tenha decidido inserir uma definição de conteúdo pornográfico para efeitos do artigo 176.º do CP, através da Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, inserindo o n.º 8 no qual se refere “[p]ara efeitos do presente artigo, considera-se pornográfico todo o material que, com fins sexuais, represente menores

através das redes sociais, de mensagens, via e-mail ou outras vias de comunicação à distância, sendo que, nesse caso, a lesão está à *distância de um clique*; e uma segunda na qual o agente alicia o menor a que se encontre com ele para o utilizar num espetáculo pornográfico ou em fotografia, filme ou gravação pornográficos. Nesta segunda situação, a eventual lesão do bem jurídico é, conforme referimos *supra*<sup>88</sup>, mais remota, não assumindo o assinalado *elevado potencial lesivo*.

Em linha com o que já tivemos oportunidade de avançar, entendemos que apenas o primeiro cenário deverá estar coberto pelo artigo 176.º do CP, pelos motivos que acima densificámos, sob pena de inconstitucionalidade. Em qualquer caso, a verdade é que o artigo 176.º-A do CP nada veio acrescentar em face dos comportamentos que já estariam cobertos pelo artigo 176.º do CP: o aliciamento para encontro já seria punível através do artigo 176.º do CP<sup>89</sup>.

De outro passo, o artigo 176.º-A do CP parece abranger certos comportamentos que ainda não podem ser considerados atos de execução<sup>90</sup> e, por isso mesmo, ainda não seriam puníveis por via da tentativa, a qual se encontra atualmente consagrada no n.º 9 do artigo 176.º do CP<sup>91</sup>. Contudo, prevendo o preceito especificamente o *mero aliciamento* enquanto elemento típico do crime – independentemente do meio utilizado pelo agente – não seria necessário recorrer ao conceito de tentativa por forma a punir o agente que alicia o menor para as referidas práticas pornográficas.

Em conclusão: o artigo 176.º-A do CP não acrescenta qualquer campo de punibilidade em face do que existia previamente à sua consagração no que ao artigo 176.º do CP diz respeito. Ora, vigorando na ordem jurídica duas disposições com um campo de aplicação semelhante, é inevitável o surgimento de problemas interpretativos.

O primeiro problema reside precisamente no concurso aparente que as duas incriminações vêm propiciar (Cunha, 2017: 413). Se o agente aliciar um menor através de meios tecnológicos para encontro no qual se visa a prática de qualquer dos atos previstos nas alíneas *a)* e *b)*, do artigo 176.º, do CP aplicar-se-á a parte final desse

---

*envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.”.*

<sup>88</sup> Cf. § 2.3 *supra*.

<sup>89</sup> Como parece ser também o entendimento de MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, “Da Criminalização do “Grooming”...”, cit., p. 414.

<sup>90</sup> Cf. *infra* 3.4.

<sup>91</sup> A tentativa já é punível desde 2007, sendo que se encontrava inicialmente prevista no n.º 5 do preceito, passando depois a estar consagrada no seu n.º 8, precisamente quando foi positivado o crime de aliciamento de menores para fins sexuais, no artigo 176.º-A, sendo que agora se encontra positivada no seu n.º 9.

preceito no qual se prevê especificamente o aliciamento, ou será de aplicar o artigo 176.º-A do CP que prevê também esse aliciamento, mas por uma via específica?

Em princípio, a aplicação do artigo 176.º-A do CP será sempre subsidiária relativamente ao estipulado nos preceitos nele referidos<sup>92</sup>. Para mais, e ainda que não seja absolutamente clarividente, parece-nos que o crime constante do artigo 176.º do CP deverá ser considerado *dominante* relativo ao crime que consta do artigo 176.º-A do CP, atenta a global instrumentalidade deste último<sup>93</sup>. Em todo o caso, e ainda que assim não se entendesse, sempre se deveria concluir pela aplicação do crime cuja pena é mais grave<sup>94</sup>, no caso o crime de pornografia de menores. Nessa medida, no cenário acima descrito, deverá merecer aplicação o artigo 176.º do CP<sup>95</sup>.

Uma outra questão que pode surgir da conjugação de ambos os preceitos reside no agente do crime. Enquanto o crime que vem previsto no artigo 176.º-A do CP tem como destinatário o maior de idade, o agente do crime previsto no artigo 176.º do CP poderá ser qualquer indivíduo, maior ou menor. Neste sentido, poderíamos, em tese, pelo mesmo exato comportamento ver um menor de idade ser mais severamente punido do que um maior, porquanto a disposição que prevê uma pena mais leve não poderia àquele ser à partida aplicada.

Cremos que este é mais um argumento que concorre para a conclusão segundo a qual a única solução aceitável do ponto de vista sistemático será a de que a norma aplicável nestes casos é a que consta do artigo 176.º do CP, sob pena de se criar uma perversidade tal no sistema em que se pune mais severamente um agente em função da sua idade, quando, no limite, e se alguma distinção houvesse a fazer, seria a de punir mais severamente o maior de idade, pelo facto de ter já atingido um grau de maturidade superior ao do agente menor de idade, e nunca o contrário. Novamente, e também por essa razão, o artigo 176.º-A do CP apenas merecerá aplicação nos casos em que o 176.º do CP não possa ser aplicado.

---

<sup>92</sup> Salientando essa subsidiariedade, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, p. 705.

<sup>93</sup> Sobre o conceito de crimes dominantes e dominados em sede de concurso de crimes, cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 1015-1016.

<sup>94</sup> Acerca da distonia das molduras legais, e pronunciando-se pela escolha da pena mais grave, *Ibidem*, pp. 1023 e ss., em especial pp. 1026-1027.

<sup>95</sup> No mesmo sentido, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, “Da Criminalização do “Grooming” ...”, cit., p. 414. Em sentido análogo, por referência ao sistema penal espanhol, cf. ANA M.ª PEREZ VALLEJO, FÁTIMA PÉREZ FERRER, *Bullying, cyberbullying...*, cit., p. 143.

A remissão para o artigo 176.º do CP tem ainda algum sentido útil quanto à alínea c) do seu n.º 1. Nos termos do artigo 176.º, n.º 1, alínea c), do CP, é punido aquele que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior – i.e. material pornográfico –, não se prevendo, porém, o aliciamento para qualquer destes atos, contrariamente ao que acontece nas alíneas precedentes. Assim, o aliciamento do menor a praticar qualquer um dos referidos atos é agora criminalizado. Novamente, esta disposição apenas deverá operar caso não seja possível subsumir o comportamento a um ato de execução, pois caso assim seja, estaremos perante uma tentativa punível (Cunha, 2017: 414).

### **3.2. *A conjugação do artigo 176.º-A do Código Penal com o artigo 171.º, n.º 3, alínea a), do Código Penal***

Centremos agora as nossas atenções na conjugação entre o artigo 176.º-A e o artigo 171.º, n.º 3, alínea a), do CP.

O artigo 171.º, n.º 3, alínea a), do CP prevê que será punido com pena de prisão até 3 anos quem importunar menor de 14 anos, praticando ato previsto no artigo 170.º do CP. O artigo 170.º do CP, por sua vez, estabelece que “[q]uem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”.

Considerando que na expressão ampla de “*formulando propostas de teor sexual*” se pode incluir, em nosso entender, as propostas para encontro visando a prática de atos sexuais ou de pornografia, a qual, apesar de mais restritiva, é inequivocamente uma proposta de teor sexual<sup>96</sup>, poderão existir dificuldades na conciliação o artigo 171.º, n.º 3, alínea a), do CP com o artigo 176.º-A do CP.

A diferenciação entre ambos os preceitos residirá, parece-nos, na criminalização da *importunação*, nos termos do artigo 171.º e do *aliciamento*, nos termos do artigo 176.º-A do CP. Sendo certo que importunar não é sinónimo de aliciar, casos haverá em que o agente tentará aliciar o menor através de meios

---

<sup>96</sup> Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, cit., p. 642 que entende que nestas propostas se incluem tanto palavras como sons comunicados pelo agente, as quais poderão incluir piadas, questões ou considerações e que estas podem ser exprimidas tanto oralmente quanto por escrito.

de informação e comunicação, não encontrando neste a reciprocidade desejada, mas antes resistência, pelo que o inicial aliciamento pode causar desconforto e incómodo no menor, transformando-se em importunação<sup>97</sup>. Esta hipótese acontecerá sobretudo, segundo cremos, nos menores que poderão mostrar alguma recetividade ao início, podendo depois querer afastar-se, continuando o agente a insistir nas comunicações.

Não raras as vezes, o propósito do agente que pratica as condutas previstas no artigo 170.º do CP não é o de importunar, mas sim o de aliciar a vítima. A importunação é reflexo da falta de recetividade por aquela demonstrada, que se sente verdadeiramente incomodada com a atuação do agente. Nessa medida, parece-nos que a incriminação prevista no artigo 171.º, n.º 3, alínea *a*), do CP apenas poderá operar a partir do momento em que o agente, perante a falta de recetividade do menor, se conforma com a possibilidade de estar a importuná-lo.

Neste sentido, num contacto com um menor no ciberespaço, no qual o agente formula propostas para encontro visando a prática de atos do artigo 171.º e do artigo 176.º do CP, com o intuito de aliciar o menor mas antes o importuna, e se conforma com a possibilidade de o estar a importunar, pelo menos a título de dolo eventual, cumpre questionar por que norma deve operar a sua punição.

Em linha com o que sustentámos quanto à conjugação entre os artigos 176.º-A e 176.º do CP, pensamos que também aqui o artigo 176.º-A deverá ter carácter subsidiário em face do artigo 171.º do CP<sup>98</sup>.

Os argumentos para o efeito são, em larga medida, congruentes com o que atrás sustentámos.

Começamos por dizer que aceitar a posição inversa seria admitir que as importunações – e não aliciamentos, porque o menor não se sente seduzido, mas sim incomodado com o pretense aliciamento que o agente queria conseguir – que ocorressem através da internet para os efeitos previstos no artigo 176.º-A do CP seriam *menos severamente punidos* do que aqueles que acontecessem presencialmente, o que não nos parece correto, por inexistirem razões materiais que o justifiquem.

---

<sup>97</sup> Note-se que este caso não se confunde com as situações em que o menor pura e simplesmente não responde ao agente e este não insiste nos contactos, caso em que, conforme referido acima (cf. § 2.4. *supra*), o agente não deverá ser punido. Caso o agente depois de um contacto inicial, insista em importunar o menor com propostas de teor sexual, ou outros comportamentos previstos no artigo 170.º do CP, a sua conduta será naturalmente punível nos termos do artigo 171.º, n.º 3, alínea *a*), do CP.

<sup>98</sup> No mesmo sentido, embora sem densificar a sua posição, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, “Da Criminalização...”, cit., p. 414.

Por outro lado, voltamos à mesma questão anteriormente apontada quanto à idade do agente: o crime positivado no artigo 176.º-A do CP tem como destinatário único o maior de idade, ao passo que o crime previsto no artigo 171.º do CP poderá ser aplicado também a menores de idade. Novamente, seria possível, em tese, punir mais severamente o menor do que o maior pelo mesmo exato comportamento, considerando que a aplicação do artigo 176.º-A do CP ao menor estaria imediatamente vedada, porém a sua atuação seria subsumível ao artigo 171.º, n.º 3, alínea *a*), do CP.

Por fim, diga-se apenas que a partir do momento em que o agente importuna o menor – e, por conseguinte, não o alicia para encontro – o próprio foco da necessidade de proteção muda: o fundamento da punição deixa de ser a necessidade de intercetar as comunicações em momento prévio ao encontro (com a finalidade de impedir que este sequer se realize), para passar a garantir que o menor não tem de suportar condutas que agridam ou constroem a sua esfera sexual. Nesta linha, também o sentido de ilicitude vai ao encontro do postulado no artigo 171.º, n.º 3, alínea *a*), do CP e não no artigo 176.º-A do CP.

Por estas razões, caso exista importunação de menor de 14 anos com as características descritas no artigo 170.º do CP, designadamente formulando propostas de teor sexual, é nosso entendimento que deverá ser aplicada a norma constante do artigo 171.º, n.º 3, alínea *a*), do CP, independentemente de o contacto entre o agente e a vítima ocorrer através de meios de informação e comunicação, presencialmente ou por qualquer outro meio.

### **3.3. A conjugação do artigo 176.º-A do Código Penal com o artigo 173.º Código Penal: lacuna de punibilidade ou incongruência normativa?**

Por fim, a conjugação do artigo 176.º-A com o artigo 173.º do CP também suscita algumas questões.

Como é consabido, o artigo 173.º do CP pune a prática de atos sexuais de relevo com menores entre os 14 e os 16 anos, desde que tenha havido *abuso da sua inexperiência*. Neste sentido, e *a contrario*, não será punida a prática de atos sexuais de relevo com um adolescente que já tenha atingido a idade de 16 ou de 17 anos<sup>99</sup>, sendo este tratado, neste âmbito, como se de um adulto se tratasse<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Na jurisprudência, já foi questionado se esta punição não abrangeria também os menores que ainda não tivessem completado os 17 anos tendo, à data da prática dos factos, idade de 16 anos, cf. Ac. do TRP, de 04.06.2014, processo n.º 1298/09.4JAPRT.P1 (Maria Deolinda Dionísio) que julgou procedente o recurso do arguido que recorria da sentença

A conciliação das normas constantes dos artigos 173.º e 176.º-A do CP parece trazer um problema de congruência sistemática: parece poder criminalizar-se alguém que alicie, através de meios tecnológicos, um menor com 16 ou 17 anos para encontro visando a prática de um ato sexual de relevo, mas parece estar concomitantemente vedada a possibilidade de punir a prática do ato em si mesmo.

Esta solução origina uma quebra sistemática no modo de articulação dos preceitos penais, uma vez que origina a punição da conduta *menos gravosa*, deixando livre de qualquer censura penal a conduta *mais gravosa*.

É, por isso, necessário encontrar um ponto de equilíbrio no sistema.

#### ***a) Os menores com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos***

Dando um passo atrás para que depois possamos responder sustentadamente ao problema colocado, cremos ser imprescindível perceber como deverá esta norma operar quanto aos menores com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos.

Em primeiro lugar, o artigo 176.º-A do CP não poderá, no nosso entender, ser analisado com alheio quanto às demais normas que disciplinam a criminalização de contactos sexuais com menores, como aliás sustentámos acima<sup>101</sup>. Assim, se para menores com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos a prática de atos sexuais de relevo apenas poderá ser criminalizada quando haja abuso da sua inexperiência, cremos que o mesmo terá de ser exigido para a criminalização do aliciamento nestas idades, sob pena de, num total contrassenso, punirmos alguém pelo aliciamento para a prática de um ato sexual que não tem relevância penal.

Sem que pretendamos ser exaurientes quanto à densificação do conceito de abuso da inexperiência, cremos que algumas considerações deverão ser efetuadas,

---

de tribunal inferior que dizia que “*O menor só deixa de ter 16 anos quando completa 17 anos*”. Parece-nos que há aqui um problema de interpretação por parte do tribunal inferior e que o TRP decidiu corretamente: o menor que tem 16 anos e um dia é maior de 16 anos, ainda que não tenha completado os 17 anos. Assim, consideramos que a norma apenas criminaliza as condutas praticadas com vítima que tenha entre 14 anos e 15 anos (até completar os 16 anos).

<sup>100</sup> O que significa que o agente apenas será punido se tiver sido praticado um crime previsto nos artigos 163.º e ss. do CP contra um menor com idade entre 16 e 18 anos, assim como aconteceria se praticasse o mesmo crime contra um maior de idade.

<sup>101</sup> Cf. § 2.2 *supra*.

considerando que a sua verificação é, em nosso entender, condição necessária para a aplicação do artigo 176.º-A do CP a menores com idades compreendidas entre os 14 e os 16 anos.

Entendemos que será de repudiar uma orientação segundo a qual não há abuso da inexperiência do menor sempre que este já tenha iniciado a sua vida sexual<sup>102</sup>. O facto de o menor já ter tido outrora contacto sexual não pode justificar que não tenha havido abuso da sua inexperiência, visto que o facto de ter experienciado uma relação sexual não lhe retira uma maior suscetibilidade para estar à mercê de abusos. Também não deve ser crucial o facto de existir, ou não, uma relação de namoro entre o agente e a alegada vítima. Poderão existir relações de namoro manifestamente abusivas e outras relações sem uma nomenclatura concretamente dada pelos intervenientes que seja saudável e livre de quaisquer pressões na formação da vontade do menor.

Tendo delimitado pela negativa o que entendemos não poder ser determinante para aferição do conceito, vejamos pela positiva o que deve ser tido em conta. Em nosso entender, o ponto de partida tem sempre de embocar na maturidade do menor e na sua compreensão sobre a significância da relação sexual, devendo haver proporcionalidade entre o ato sexual em causa e a capacidade do menor<sup>103</sup>. Caso o agente verifique que o menor não tem capacidade para compreender as vicissitudes atinentes ao ato sexual e se serve da sua ingenuidade para a prática do mesmo, então teremos uma situação de abuso da sua inexperiência.

A este respeito, JOSÉ MANUEL VILALONGA fala de uma vertente interna e externa da vontade do menor. *Internamente*, há que aferir se o menor possui um grau de

---

<sup>102</sup> No mesmo sentido, cf. JOSÉ MOURAZ LOPES, *Os Crimes Contra a Liberdade...*, cit., p. 64; JOSÉ MANUEL VILALONGA, “Breves reflexões sobre os artigos 174.º e 175.º do Código Penal...”, cit., p. 540. Na jurisprudência, cf. Ac. do TRE, de 29.03.2005, processo n.º 2856/04-1 (António Pires Henriques da Graça), “[n]o caso sub judice não se logrou provar, desde logo, a inexperiência da adolescente ou a sua imaturidade, nem mesmo que tenha sido o arguido a desflorar a adolescente (**sendo certo que ainda que se provasse que a mesma já não era virgem, tal não implicava necessariamente que a mesma não fosse inexperiente**)” (destaque nosso).

Contra, identificando a inexperiência com a virgindade e considerando que esta incriminação tem como escopo a dissuasão do início da vida sexual antes dos 16 anos, cf. MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *Crimes Sexuais com Adolescentes...*, cit., p. 247, nota 454.

<sup>103</sup> Não podemos, todavia, ser demasiado exigentes quanto ao nível de compreensão exigida. A propósito do antigo artigo 172.º do CP, hoje 171.º do CP, mas mantendo aplicação também para este caso, cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Pedofilia...*, cit., p. 93, nota 224.

maturidade em função da idade e do tipo de ato para o qual existe consentimento. *Externamente*, é de atender à opção de escolha do menor, ou seja, à existência de liberdade (efetiva) para aquele ato sexual (Vilalonga, 2005: 544). O autor sustenta ainda que a “lei deveria ser alterada no sentido de incriminar a prática de atos sexuais com adolescentes [...] quando tivesse lugar abuso de situação de necessidade, vulnerabilidade, dependência ou inexperiência da vítima” (Vilalonga, 2005: 544). Não cremos, todavia, que essa alteração seja elementar: se não considerarmos – que não consideramos –, que o abuso da inexperiência se prende com a prática anterior de atos sexuais, então é defensável uma interpretação teleológica, atendendo à *ratio* do preceito, que permite conferir à cláusula de “abuso da inexperiência” uma significância mais alargada. A incriminação não visa punir os agentes que desfloram um adolescente puro e inocente, mas sim as condutas que atentam contra a autodeterminação do menor na medida em que a formação da sua vontade não é feita de forma livre e espontânea, mas necessariamente influenciada por fatores externos. Nesta linha de pensamento, julgamos que será de considerar como fatores que viciam a vontade do menor – *rectius*, que abusam da sua inexperiência – qualquer tipo de circunstância social ou económica que obvie a que o menor possa escolher desinteressadamente praticar dado ato sexual<sup>104</sup>.

Acresce que, um elemento que deverá assumir especial preponderância será sempre a diferença de idades (Sottomayor, 2003: 32), visto que este é um fator gerador de desigualdade entre os indivíduos, o que pode levar a que o menor obedeça ao adulto. Para além deste, outro dado que cremos ser relevante será a forma como a vítima percebe a situação: se se vê a ela mesma como uma vítima, ou antes se tem consciência de que aquela é a sua real vontade e que não está viciada por quaisquer fatores externos.

Em conclusão quanto a este ponto, defendemos uma avaliação casuística, em que se tome em consideração todos os fatores a que é possível ter acesso e, mediante o circunstancialismo concreto, se chegue a uma conclusão quanto à real vontade do menor e sua maturidade na formação dessa vontade, não perdendo de vista que o que se pretende ver protegida é a autodeterminação sexual do menor e não a sua castidade ou inocência. O que está, no fundo, aqui patente é o aproveitamento da vulnerabilidade da vítima, seja em que sentido for – sexual, psicológico, afetivo, social, educativo – e é essa maior vulnerabilidade que merece tutela penal.

---

<sup>104</sup> Para que a conduta seja incriminada o que tem de acontecer é que o menor “*seja incapaz de formular um juízo ético sobre o seu comportamento e respetivas consequências*”, cf. VERA LÚCIA RAPOSO, “Da Moralidade à Liberdade...”, cit., p. 954.

Regressando ao nosso ponto, o artigo 176.º-A do CP, no que aos menores com idades entre os 14 e os 16 anos diz respeito, apenas deverá ser aplicado aos agentes que abusem da sua inexperiência, pois caso contrário, teríamos uma quebra da congruência sistemática do ordenamento jurídico, punindo o aliciamento e já não o ato sexual que viesse a ocorrer.

Cumpramos recordar que a própria criminalização dos atos sexuais com adolescentes prevista no artigo 173.º do CP já foi criticada porquanto se entende que, estando em causa atos voluntários de indivíduos que já atingiram um grau de maturidade relevante, o agente que com aqueles pratica esses atos não deveria ser punido<sup>105</sup>. Não é essa a nossa opinião, sobretudo porque o baixo nível de maturidade de adolescentes entre os 14 e os 16 anos – em particular quando estão em idades próximas do limite mínimo – pode propiciar um envolvimento sexual que não é verdadeiramente desejado. Nessa medida, não aceitamos que este tipo de condutas não tem dignidade penal porque são consensuais: se forem plenamente consensuais não há crime e a questão não se coloca. A questão central é que o acordo do menor é, muitas vezes, *temperado* com fatores externos que não lhe permitem tecer um juízo ético e moral da sua própria conduta porque não tem maturidade para tal, sendo embrenhado num ardid arquitetado por um adulto mais experiente<sup>106</sup>.

O escopo do artigo 173.º do CP não é coartar a autodeterminação sexual dos menores na sua vertente positiva, mas antes acautelar que as escolhas que os mesmos fazem não colidem com o seu livre desenvolvimento. Reiteramos que, mediante um acordo livre e espontâneo, não há qualquer crime. E, se assim é, também não poderá existir crime nos termos do artigo 176.º-A do CP se um maior de 18 anos estabelece uma comunicação com um menor de 15 anos nos termos

---

<sup>105</sup> A este respeito, cf. TERESA BELEZA, “A revisão da parte especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, «individualismo», in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 92; VERA LÚCIA RAPOSO, “Da Moralidade à Liberdade...”, p. 955, referindo que “*uma vez que estamos perante atos voluntários [...] tudo aconselha a retirar-lhes a tutela penal*”.

<sup>106</sup> Também em sentido próximo, cf. CARMONA DA MOTA, “Crimes contra a liberdade sexual, crimes contra a autodeterminação sexual”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Vol. II, 1998, p. 209 que refere que o artigo 173.º do CP permite que tenhamos uma “válvula de escape” para os comportamentos abusivos em maiores de 14 anos que já não estão abrangidos pelo artigo 171.º do CP, mas que continuam a precisar de proteção; ANTÓNIO DE ARAÚJO, *Crimes Sexuais contra menores...*, cit., p. 198, por sua vez, refere que estamos perante um claro retrocesso se optarmos pela descriminalização, visto que o risco de exploração de menores aumentaria exponencialmente.

descritos no preceito. No fundo, o tipo não se realiza se existir um *acordo válido* entre a alegada vítima e o alegado agente.

Conforme já foi explicitado em sede própria<sup>107</sup>, é nosso entendimento que o aliciamento pressupõe a existência de uma posição de superioridade, na qual o agente estabelece uma relação de confiança com o menor por forma a criar um ascendente sobre si, numa relação perfeitamente desigualitária entre ambos. Quando isso não acontece – o mesmo é dizer: quando *não há abuso da sua inexperiência* – o crime não poderá ser cometido.

Com a apontada conclusão, cremos que é mantida a congruência normativa entre preceitos. Mais consideramos que esta interpretação é sistemática e teleologicamente admissível – e recomendável. Mas mais importante: deste modo, não serão cegamente punidos agentes maiores que mantêm uma conversação *normal* e *natural* – pelo menos do ponto de vista do Direito Penal, ainda que censura possa merecer no campo da moral – com um menor.

#### ***b) Os menores com idade de 16 anos até perfazerem os 18 anos***

Tratado este primeiro problema, resolvido com recurso a comandos interpretativos, mais difícil é encontrar uma forma de justificar a incongruência resultante da incriminação do aliciamento por via da tecnologia de menores com mais de 16 anos.

Esta especial dificuldade advém do facto de os menores com mais de 16 anos serem tratados como adultos no que aos restantes crimes sexuais diz respeito. A norma constante do artigo 176.º-A do CP vem inserir uma disrupção no sistema ao punir o mero aliciamento, deixando livre de punição o ato sexual de relevo em si.

Quando o legislador escolheu deliberadamente excluir os menores de 16 e 17 anos da incriminação vertida no 173.º do CP foi porque terá concluído que, contra aqueles, apenas seria possível praticar os crimes previstos nos artigos 163.º e ss. do CP. Terá entendido o legislador que um menor da referida idade ou *queria* a prática do ato sexual – e não existiria qualquer crime – ou *não queria* a prática do ato sexual e, conforme a natureza do ato, estaríamos perante um crime de coação sexual (artigo 163.º do CP) ou de violação (artigo 164.º do CP). O que fazer, então, se é mantida uma conversa de teor sexual através de meios da tecnologia da informação e da comunicação, na qual um adulto alicia um menor com mais de 16 anos para um encontro, visando a prática de atos sexuais?

---

<sup>107</sup> Cf. § 2.2 *supra*.

Importa começar por esclarecer que, em conformidade com o que temos vindo a defender, não existirá qualquer crime se houver acordo da pretensa vítima, isto é, do menor. Caso um maior de 18 anos mantenha uma conversa com um menor de 16 anos, pelo meio e com o teor acima assinalado, cremos que a sua conduta não poderá, em princípio, ser merecedora de censura penal<sup>108</sup>.

Admitir a criminalização destas condutas seria amputar a liberdade tanto do maior quanto do menor, o que redundaria numa frontal violação da Lei Fundamental. As conversas de teor sexual entre jovens – uns já maiores de idade, outros ainda menores – é uma realidade constante na sociedade, sem que lhe subjaza qualquer perigo de lesão de bens jurídicos, não podendo o Direito Penal ser alheio a essa realidade (Núñez Fernández, 2012: 206). Se é legítimo que tenha de intervir quanto a bens jurídicos emergentes e necessitados de tutela penal, não pode fazê-lo sem consideração pelas práticas que são, nos dias de hoje, perfeitamente naturais entre jovens.

Mais dúvidas colocam os casos em que a diferença de idades entre o maior e o menor é relevante. Casos em que, inclusivamente, o maior pode estar a enganar o menor, designadamente mentindo quanto à sua idade e à sua fisionomia.

Adiantamos desde já que, a nosso ver, não existe uma solução ótima que permita escapar à incongruência normativa suscitada pela distonia de idades previstas nas diversas incriminações. O que pretendemos é tão-só, no panorama existente, encontrar uma solução aceitável do ponto de vista sistemático e teleológico.

Suponhamos que um maior de 60 anos contacta com um menor de 16 anos através de tecnologias da informação e da comunicação, aliciando-o para encontro no qual vise a prática de atos sexuais. De facto, este aliciamento, fugindo ao padrão dito *normal*, poderá sugerir a prática do crime previsto no artigo 176.º-A do CP.

Qual é, nessa situação, o *perigo real* que corre o menor de 17 anos que é contactado por um adulto através da internet para encontro visando a prática de atos sexuais? O perigo reside na possibilidade de o menor vir a ser vítima de um crime de violação ou de coação sexual se o encontro se concretizar e o menor recusar as práticas inicialmente (e alegadamente) queridas, sendo certo que, realizando-se o encontro e negando o menor a prática de atos sexuais com o sujeito maior de idade, caso este respeite a vontade do menor, também não se verifica a prática

---

<sup>108</sup> Este entendimento parece ser contrariado por MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA, “Da Criminalização...”, cit., p. 415, uma vez que a autora refere que um jovem de 18 anos seria responsabilizado pela sua conduta. Ainda assim, não é claro se se trata da opinião pessoal da autora ou se é o que resulta, no seu entendimento, do teor literal da norma constante do artigo 176.º-A do CP.

de qualquer crime. Por outro lado, caso o encontro venha de facto a ocorrer e sejam praticados atos sexuais com o acordo do menor, não podemos dizer que existiu qualquer crime, nem a montante (quando ocorreu o suposto aliciamento) nem a jusante (quando se concretizaram os atos sexuais).

Parece difícil que a previsão do artigo 176.º-A do CP esteja preenchida nestes casos, uma vez que somente no momento do encontro se compreenderá se a prática é realmente desejada pelo menor, o que acaba por ser contraditório com o propósito inicial da incriminação que é precisamente o de evitar que o encontro chegue a ocorrer. Colocámos propositadamente a ênfase na vontade do menor porque foi isso que o legislador fez quanto aos demais crimes sexuais: não está em causa o abuso da sua inexperiência, está em causa, única e exclusivamente, a sua vontade, como acontece com qualquer outro adulto. E se assim é, então também na análise do artigo 176.º-A do CP tem de ser esse o enfoque a ter.

A única possibilidade de aplicação que vemos para esta disposição quando está em causa um menor com mais de 16 anos reside nos casos em que o agente tem já um reconhecido histórico de abuso sexual de crianças ou de atos sexuais com adolescentes – ou até de casos mais graves como coação sexual ou violação –, e em que este eventualmente terá mentido ao menor quanto à sua idade e aparência. Pelo contrário, se inexistirem estes dados, inexistente também aquilo que cremos ser essencial para a punição: a existência de um *perigo real* para a vítima. A sua aplicação será, por isso, segundo cremos, muito residual e apenas em circunstâncias análogas às descritas.

Mesmo nas situações em que o agente engana o menor quanto às características acima referidas – sendo certo que o engano não é elemento do tipo – aceitamos com relutância que a sua conduta mereça censura penal, caso não haja histórico de episódios sexuais abusivos ou violentos. Isto porque, acontecendo o encontro, o agente poderia sempre respeitar a vontade do menor em não querer manter qualquer contacto sexual; ou, por outra, poderia o menor, independentemente da idade e da aparência física do adulto, desejar envolver-se sexualmente consigo.

Em qualquer caso, de *iure condendo*, cremos que a melhor solução legal seria uma de duas: ou prever a incriminação de prática de atos sexuais com adolescentes, sujeita à cláusula do “abuso da inexperiência”, para menores até aos 18 anos de idade; ou limitar o aliciamento de menores para fins sexuais para menores até aos 16 anos de idade, deixando de incluir no seu âmbito os menores com mais de 16 anos de idade, solução que preferimos atendendo a que concordamos com a delimitação da faixa etária que foi efetuada pelo legislador ao positivar o artigo 173.º do CP.

### 3.4. O aliciamento fora das tecnologias da informação e da comunicação – vazio legal ou norma incriminadora?

Depois da incursão até aqui efetuada pelas várias normas que referimos, cremos pairar ainda uma pergunta: e se o mesmo exato aliciamento que é referenciado no artigo 176.º-A do CP não ocorrer por via das tecnologias da informação e da comunicação (mas sim presencialmente) teremos alguma norma incriminadora ou antes um vazio legal?

Já acima deixamos subliminar que os atos previstos no artigo 176.º-A do CP não poderiam, em princípio, ser considerados atos de execução, mas sim meros atos preparatórios dos crimes previstos no artigo 176.º<sup>109</sup> e 171.º do CP<sup>110</sup>.

Analisando o artigo 22.º do CP, o hipotético enquadramento em alguma das suas alíneas passaria pela recondução à alínea c): “[o]s [atos] que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.”. Ora, como tivemos oportunidade de referir nos capítulos precedentes, a experiência demonstra que muitas das conversas mantidas entre um adulto e um menor com teor sexual não são depois acompanhadas de qualquer encontro, o que levou inclusivamente alguns autores a considerar que o crime em causa não seria necessário. Aliás, foi por essa razão que considerámos que o artigo 176.º-A, n.º 1, do CP seria inconstitucional por ainda não assumir perigosidade suficientemente relevante que pudesse justificar a punição daquela conduta, devendo ser apenas punido o agente que cometa o crime previsto no n.º 2 do mesmo preceito.

Por essa razão, cremos que caso o artigo 176.º-A do CP não existisse, as condutas nele previstas que remetem para os artigos 171.º e 176.º, n.º 1, alínea c), do CP não poderiam ser objeto de punição por via da tentativa porque não estamos diante de verdadeiros atos de execução, mas sim de eventuais atos preparatórios<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> No caso deste preceito com a assinalada ressalva de que o aliciamento já se encontrava previsto no próprio artigo e que, por conseguinte, o artigo 176.º-A do CP não vem acrescentar um campo punitivo que não existisse anteriormente, com exclusão da alínea c) do n.º 1 artigo 176.º do CP.

<sup>110</sup> Contra, cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, cit. p. 705, que refere que o legislador procedeu à tipificação de atos de execução.

<sup>111</sup> No mesmo sentido, por referência ao ordenamento jurídico do Reino Unido, cf. SUZANNE OST, *Child Pornography...*, cit., pp. 70-71. Já no ordenamento jurídico espanhol, cf. ANA M. RODRÍGUEZ TIRADO, “Las víctimas menores de delitos de pornografía infantil y de delitos de *child grooming* y su protección en el proceso penal. Las TICs y las diligencias de investigación tecnológica”, *Justicia – Revista de Derecho Procesal*, N.º 1, Bosch

Esta conclusão não prejudica, porém, o entendimento segundo o qual as mesmas exatas conversações mantidas presencialmente possam assumir uma dignidade penal que aquelas que são mantidas à distância não têm.

Suponhamos que um adulto desconhecido aborda um menor que se encontra num jardim ou em qualquer outro espaço ao ar livre e que, iniciando uma conversação, o alicia a que o acompanhe para um sítio mais resguardado para a prática dos atos previstos no artigo 171.º e 176.º do CP. Nesse caso, a proximidade da lesão do bem jurídico está à distância de um mero assentimento da criança. Por essa razão, tendo o maior de idade aliciado o menor presencialmente, esse ato deverá ser reconduzido ao conceito de tentativa, por via do artigo 22.º, alínea c), do CP, uma vez que, segundo a experiência comum, se seguirão os atos para os quais o menor foi aliciado, sendo essa tentativa punível por via do artigo 171.º, n.º 5, 173.º, n.º 3 e 176.º, n.º 9, todos do CP<sup>112</sup>. Não haverá, portanto, um vazio legal quanto a esta situação que reveste uma maior perigosidade.

Haverá, porventura, um vazio legal quanto à punição de outras formas de comunicação que não sejam efetuadas nem por via das tecnologias da informação e da comunicação nem presencialmente, como seria, por exemplo, a comunicação por via postal. No apontado exemplo parece-nos, contudo, que a situação apenas não foi acautelada porque não existem quaisquer dados empíricos de que as comunicações sejam estabelecidas por este meio, seja porque este modo de contacto caiu em desuso, seja porque os menores tendencialmente não terão sequer predisposição ou conhecimento para enviar cartas por correio. No fundo, crê-se que esta vazio legal é meramente aparente, considerando que inexistem situações fácticas que reclamem regulação.

---

Editor (2018), p. 157; MARÍA CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ, “Capítulo VIII – Los menores y la legislación penal...”, cit., p. 490; LIDIA DOMÍNGUEZ RUIZ, “Diligencias de investigación del ciberacoso a menores o «child grooming»”, in *Justicia Penal y Nuevas Formas de Delincuencia*, Mercedes Fernández López (coord.), Valência: Tirant lo Blanch Ed., 2017, p. 75; JOSÉ ANTÓNIO RAMOS VÁSQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso...”, cit., p. 13.

<sup>112</sup> É de atentar que a punição da tentativa dos todos atos previstos nos artigos 171.º e 173.º do CP foi concomitante com a inserção do artigo 176.º-A do CP, através da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto. Antes de esta lei ter sido aprovada, não se previa a punibilidade da tentativa para todos os atos referidos naqueles preceitos, o que, aí sim, geraria uma incongruência normativa nas situações que não estivessem abrangidas pela punição da tentativa nos termos gerais (crimes puníveis com pena superior a 3 anos, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, do CP, como aconteceria, por exemplo, no caso dos atos sexuais com adolescentes previsto no artigo 173.º do CP que era (e é) punido com pena de prisão até 2 anos).

## Conclusão

O caminho trilhado até aqui permitiu deslindar algumas das questões mais controversas que orbitam em torno deste tipo legal.

Começando por salientar que a transposição da Diretiva 2011/93/EU ocorreu de forma díspar nos vários Estados-membros, a verdade é que os seus desígnios foram cumpridos e que se denota especial preocupação com a forma como as novas tecnologias podem impactar no cometimento dos *velhos* crimes sexuais.

Não obstante, as neocriminalizações acabam por colocar desafios aos cânones tradicionais do Direito Penal, designadamente ao conceito material de crime. Nesse sentido, não podemos deixar de questionar até onde poderá ir o legislador para proteger os bens jurídicos potencialmente em perigo, no caso, a autodeterminação sexual do menor. Por entendermos que a antecipação da tutela penal não poderá recuar até um momento em que não há mais do que uma mera intenção, não podemos deixar de considerar que a norma constante do artigo 176.º-A, n.º 1, do CP é inconstitucional e que apenas o seu n.º 2 não viola a Constituição, por con-substanciar uma limitação ainda admissível à liberdade do indivíduo.

Para além da apontada inconstitucionalidade, a inserção deste tipo de crime foi feita de forma a provocar uma potencial inconsistência com outros preceitos previamente existentes. Desde logo, porque o artigo 176.º do CP – para o qual remete o artigo 176.º-A do CP – já previa a incriminação do aliciamento nas suas alíneas *a)* e *b)*, pelo que o verdadeiro sentido útil desta remissão poderá ser encontrado apenas na alínea *c)*. Assim, cremos que a aplicação do artigo 176.º do CP deverá preferir à aplicação do artigo 176.º-A do CP, que deverá ser apenas residualmente aplicado. Por outro lado, também a conciliação do artigo 176.º-A do CP com o artigo 171.º, n.º 3, alínea *a)*, do CP poderá suscitar algumas interrogações, em particular quando o aliciamento do menor através dos meios de comunicação – por via da formulação de propostas de teor sexual – começa a tornar-se numa verdadeira importunação. Nesse momento, entendemos que deverá prevalecer o artigo 171.º, n.º 3, alínea *a)*, do CP. Por fim, o facto de o artigo 176.º-A do CP prever a punição dos atos praticados contra qualquer menor – logo menor de 18 anos – gera alguma incongruência na aplicação das normas subsequentes quando o menor tem entre 16 e 18 anos, uma vez que o agente que praticar atos sexuais com menores com essas idades apenas poderá ser punido por via da coação sexual ou da violação e já não pelos crimes de abuso sexual de crianças ou de atos sexuais com adolescentes. Assim, é nosso entendimento que de *iure condendo*, deveria o preceito ser alterado no sentido de punir o agente que alicie menor de 16 anos, sob pena de chegarmos à incongruente situação de

punir o aliciamento e já não o ato sexual em si. Neste âmbito, cremos que o mais importante na aplicação do artigo 176.º-A do CP será cingi-la aos casos em que é possível punir o ato sexual em si mesmo. O mesmo é dizer que, caso o agente não pratique qualquer crime se se encontrar com o menor e praticar atos sexuais – seja porque não há abuso da inexperiência, seja porque o menor de 16 anos pode consentir validamente na prática de atos sexuais – então não poderá ser punido pelo aliciamento para esse fim, sob pena de a lógica do Direito Penal ser totalmente subvertida.

## **Bibliografia**

- AAVV.,  
(2012) *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de,  
(2015) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora;
- ALFAIATE, Ana Rita,  
(2009) *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra: Coimbra Editora;
- ANDRADE, Manuel da Costa,  
(1983) “O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, in *O Novo Código Penal e Legislação Complementar: Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp.185-234;
- ANTUNES, Maria João,  
(2004) in AA.VV. *Desaparecimento e Exploração Sexual de Crianças*, Lisboa: Centro de Estudos e Documentação para a Infância;
- (2005) “Oposição do maior de 16 anos à continuação de processo promovido nos termos do artigo 178.º, n.º 4, do Código Penal”, *RMP*, N.º 103, pp. 21-37;
- (2007) “Crimes Contra Menores: Incriminações para além da liberdade e da auto-determinação sexual”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 57-71;
- (2014) “Dos atos homossexuais com adolescentes aos atos sexuais com adolescentes (Dos casos à norma do artigo 173.º do Código Penal)”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1009-1024;
- (2019) *Constituição, Lei Penal e Controlo de Constitucionalidade*, Coimbra: Almedina;
- ARAÚJO, António de,

- (2005) *Crimes Sexuais contra menores – entre o direito penal e a Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora;
- BELEZA, Teresa,
- (1995) “A Regulação Jurídica da Sexualidade no Código Penal: da laicização dos “bons costumes à ortodoxia da liberdade”, in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Luis M. Vaz das Neves, António Oliveira Simões, Dina Monteiro (coord.), Lisboa: Ministério Público, pp. 169-174;
- (1998) “A revisão da parte especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, «individualismo», in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, Lisboa: AAFDL, pp. 89-118;
- CAPARRÓS, José Eduardo Sainz-Cantero,
- (2020) “Delitos contra libertad e indemnidad sexual (I) Agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años”, in *Sistema de Derecho Penal Parte especial*, Lorenzo Morillas Cueva (dir.), 3.ª ed., Madrid: Dykinson, pp. 259-298;
- CARMO, Rui do, ALBERTO, Isabel, GUERRA, Paulo,
- (2006) *O Abuso Sexual de Menores – Uma Conversa sobre Justiça entre o Direito e a Psicologia*, 2.ª ed., Lisboa: Almedina;
- CARVALHO, Américo Taipa de,
- (1995) *A Legítima Defesa*, Coimbra: Coimbra Editora;
- COLLINS, Jennifer M.,
- (2007) “Lady Madonna, Children at Your Feet: The Criminal Justice System’s Romanticization of the Parent–Child Relationship”, *Iowa Law Review*, N.º 93, pp. 131-184;
- COSTA, José de Faria,
- (1992) *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora;
- (2015) *Beccaria e o Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora;
- CRAVEN, Samantha, BROWN, Sarah, GILCHRIST, Elizabeth,
- (2006) “Sexual grooming of children: Review of literature and theoretical considerations”, *Journal of Sexual Aggression*, Vol. 12, N.º 3, pp. 287-299;
- CUNHA, Maria da Conceição,
- (2003) “Crimes Sexuais contra Crianças e Jovens”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, pp. 189-227;
- (2017) “Da Criminalização do “Grooming”: Reflexões à luz do “Livre Desenvolvimento da Personalidade do Menor na Esfera Sexual”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, José de Faria Costa et al. (org.), Vol. I, 1.ª ed., Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 399-418;

DIAS, Augusto Silva,

(1998) “Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 1996)”, *RPCC*, Ano 8, N.º 4, out./dez., pp. 45-84;

(2003) “«What if everybody did it?»: Sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação”, *RPCC*, Ano 13, N.º 3, jul./set., pp. 303-345;

(2008) «*Delicta in Se*» e «*Delicta Mere Prohibita*»: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica, Coimbra: Coimbra Editora;

DIAS, Jorge Figueiredo,

(1976) “Lei criminal e controlo da criminalidade”, *ROA*, Ano 36, pp. 69-98;

(1983) “Os novos rumos da política criminal”, *ROA*, N.º 43, pp. 5-40;

(1993) *Código Penal, Atas e Projeto da Comissão Revisora*, Edição do Ministério da Justiça;

(2004) “Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 2.ª ed., Lisboa: Verbo, pp. 1394-1403;

(2007) *Direito Penal Português – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora;

DIAS, Maria do Carmo Silva,

(2006) *Crimes Sexuais com Adolescentes, Particularidades dos Artigos 174.º e 175.º do Código Penal Português*, Coimbra: Almedina;

DOLZ LAGO, Manuel Jesús,

(2016) “Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015”, *DLL*, N.º 8758, pp. 1-27;

DOMÍNGUEZ RUIZ, Lidia,

(2017) “Diligencias de investigación del ciberacoso a menores o «child grooming»”, in *Justicia Penal y Nuevas Formas de Delincuencia*, Mercedes Fernández López (coord.), Valência: Tirant lo Blanch Ed., pp. 69-96, disponível em <https://www.researchgate.net/publication/330729536>, consultado em 23.02.2021;

GÓMEZ TOMILLO, Manuel,

(2011) “Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, in *Comentarios al Código penal*, Manuel Gómez Tomillo (dir.), 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, pp. 707-737;

GONÇALVES, Manuel Maia,

(2005) *Código Penal Português – Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 17.ª ed., Coimbra: Almedina;

- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta,  
 (2011) “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, pp. 207-258;
- GÓRRIZ ROYO, Elena,  
 (2016) “”On-line child grooming” en Derecho penal español”, *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, pp. 1-47, disponível em <https://indret.com/on-line-child-grooming-en-derecho-penal-espanol/?edicion=3.16> (consultado em 25.02.2021);
- HASSEMER, Winfried,  
 (2014) “The Harm Principle and the Protection of “legal-goods” (Rechtsgüterschutz): a German Perspective”, in *Liberal Criminal Theory – Essays for Andreas von Hirsch*, A.d. Bois-Pedain (trad.), Londres: Hart Publishing, pp. 187-204;
- HOWITT, Dennis,  
 (1995) *Paedophiles and Sexual Offences Against Children*, Nova Iorque: J. Wiley;
- IBARRA, Juan Carlos Hortal,  
 (2012) “El Nuevo Delito de online child grooming (art. 183 Bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, in *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Víctor Gómez Martín, Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo (coord.), Madrid: Marcial Pons, pp. 425-448;
- LAMARCA PÉREZ, Carmen,  
 (2013) “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, in *Delitos y faltas, la Parte especial del Derecho penal*, Carmen Lamarca Pérez (coord.), 2.ª ed., Madrid: Colex, pp. 165-198;
- LEITE, André Lamas,  
 (2016) “As Alterações de 2015 ao Código Penal em Matéria de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais – Nótulas Esparsas”, *Julgar*, N.º 28, jan./abr., pp. 61-74;
- LEITE, Inês Ferreira,  
 (2004) *Pedofilia – Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração*, Coimbra: Almedina;
- (2011) “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, *RPCC*, Ano 21, N.º 1, Coimbra Editora, jan.-mar., pp. 29-94;
- LLINARES, Fernando Miró,  
 (2012) *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid: Marcial Pons;
- LOPES, José Mouraz, MALHEIRO, Tiago Caiado,  
 (2020) *Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual*, Coimbra: Almedina;

- LOPES, JOSÉ MOURAZ,  
(2008) *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora;
- MALABAT, Valérie,  
(2020) *Droit Pénal Spécial*, 9.<sup>a</sup> ed., Paris: Dalloz;
- MARTÍN Lorenzo, Maria,  
(2010) “Delito de ciberacoso sexual”, in *Memento experto: reforma penal 2010*, Madrid: Francis Lefebvre, pp. 89-109;
- MIRANDA, Anabela,  
(2008) *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora;
- MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción,  
(2016) “Capítulo VIII – Los menores y la legislación penal: el menor víctima y el menor infractor”, in *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, C. Martínez García (coord.), Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 463-568;
- MOTA, Carmona da,  
(1998) “Crimes contra a liberdade sexual, crimes contra a autodeterminação sexual”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, Vol. II, pp. 199-226;
- NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz,  
(1985) *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra: Almedina;
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José,  
(2012) “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, in *ADPCP*, LXV, Fascículo 1, BOE, pp. 179-224;
- OST, Suzanne,  
(2009) *Child Pornography and Sexual Grooming: legal and societal responses*, Cambridge: Cambridge University Press;
- PADOVANI, Tullio,  
(1984) “L’intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l’irrilevanza dell’errore sull’età: una presunzione ragionevole ed una fictio assurda”, *RIDPP*, Ano 27, pp. 429-443;
- PALMA, Maria Fernanda,  
(1995) “Novas formas de criminalidade: O problema do direito penal do ambiente”, in *Estudos Comemorativos do 150º aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Luís Vaz das Neves, et al. (coord.), Lisboa: Ministério da Justiça, pp. 199-211;
- (2006a) *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*, Coimbra: Almedina;
- (2006b) *Direito Constitucional Penal*, Coimbra: Almedina;

- (2014) “Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal”, *Anatomia do Crime*, N.º 0, jul./dez., pp. 11-23;
- (2015) *Direito Penal – Parte Geral: A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, Lisboa: AAFDL Editora;
- (2016) “O argumento criminológico e o princípio da necessidade da penal no juízo de constitucionalidade”, *Julgar*, N.º 29, mai./ago., pp. 105-118;
- PEREIRA, Rui,
- (1995) *O Dolo de Perigo: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*, Lisboa: Lex;
- (1996) “Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal”, *Sub iudice, Justiça e sociedade*, N.º 11, pp. 41-48;
- PRAIA, João de Matos-Cruz,
- (2020) *O Crime de Abuso Sexual de Crianças – Bem jurídico, Necessidade de Tutela Penal, Perigo Abstrato*, Coimbra: Almedina;
- RAMOS VÁZQUEZ, José António,
- (2011) “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, *DLL*, N.º 7746, pp. 7-21;
- (2015) “Ciberacoso”, in *Comentario a la reforma penal del 2015*, Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 435-446;
- RAPOSO, Vera Lúcia,
- (2003) “Da Moralidade à Liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 931-962;
- RODRÍGUEZ TIRADO, Ana M.,
- (2018) “Las víctimas menores de delitos de pornografía infantil y de delitos de *child grooming* y su protección en el proceso penal. Las TICs y las diligencias de investigación tecnológica”, *Justicia – Revista de Derecho Procesal*, N.º 1, Bosch Editor, pp. 137-199;
- SILLA SANCHIS, Francisco de Asis,
- (2016) “Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España”, *Julgar*, N.º 28, jan./abr., pp. 239-279;
- SOTTOMAYOR, Clara,
- (2003) “O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança”, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juizes sociais, Atas do Encontro*, Coimbra: Almedina, pp. 9-63;
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria,
- (2010) “Acoso sexual cibernético a menores de trece años”, in *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Navarra: Aranzadi-Thomsom Reuters, pp. 165-182;

TORÍO LÓPEZ, Ángel,

(1981) “Los delitos del peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *ADPCP*, vol. XXXIV, BOE, pp. 825-847, disponível em [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1981-20082500848](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1981-20082500848) (consultado em 25.02.2021);

VALLEJO, Ana M.ª Pérez, FERRER, Fátima Pérez,

(2016) *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: Desde la prevención a la reparación del daño*, 1.ª ed., Madrid: Dykinson;

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina,

(2014) “Propuesta sexual telemática a menores u ‘online child grooming’: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, in *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 34, pp. 639-712;

VILALONGA, José Manuel,

(2005) “Breves reflexões sobre os artigos 174.º e 175.º do Código Penal, A cláusula do abuso da inexperiência”, *O Direito*, Ano 137.º, III, Lisboa: Almedina, pp. 527-546;

WITTING, Sabine K.,

(2019) “Regulating bodies: the moral panic of child sexuality in the digital era”, *Critical Quarterly for Legislation and Law*, Vol. I, Nomos, pp. 5-38, disponível em <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-7869-2019-1-5/regulating-bodies-the-moral-panic-of-child-sexuality-in-the-digital-era-volume-102-2019-issue-1?page=1> (consultado em 13.01.2021).

## **Jurisprudência citada**

### **Acórdãos do Tribunal Constitucional**

Acórdão do TC n.º 25/84 (Cons. Joaquim Costa Aroso).

### **Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça e das Relações**

Ac. do STJ, de 22.10.2003, processo n.º 03P2852 (Armindo Monteiro);

Ac. do TRE, de 29.03.2005, processo n.º 2856/04-1 (António Pires Henriques da Graça);

Ac. do STJ, de 25.06.2009, processo n.º 274/07.6TAACB.C1.S1 (Santos Cabral);

Ac. do TRP, de 04.06.2014, processo n.º 1298/09.4JAPRT.P1 (Maria Deolinda Dionísio);

Ac. do TRP, de 07.06.2017, processo n.º 481/14.5JABRG.P1 (Cravo Roxo);

Ac. do TRC, de 11.12.2019, processo n.º 797/17.9JACBR.C1 (Isabel Valongo).