

ANÁLISE DA PROPOSTA DE INTRODUÇÃO DE DOIS NOVOS CRIMES SEXUAIS: PROSTITUIÇÃO DE MENOR E PORNOGRAFIA DE MENOR*

Miguel Lemos

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Este artigo analisa a proposta de introdução de dois novos crimes no Código Penal de Macau: o crime de recurso à prostituição de menor e o crime de pornografia de menor. As soluções propostas – as quais já são hoje, no seu essencial, lei – têm problemas técnicos graves e são constitucionalmente problemáticas à luz do princípio constitucional da utilização da pena privativa da liberdade, e da intervenção do direito penal mais em geral, como a *ultima ratio* da política criminal.

Palavras-chave: Prostituição de menor; pornografia de menor; princípio da proporcionalidade.

Introdução

Em resultado de mudanças mais gerais resultantes do desenvolvimento social e conseqüente desajustamento das disposições do Código Penal sobre

* Texto elaborado com base na comunicação apresentada no Seminário sobre a Revisão do Código Penal - Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária, em 3 de Junho de 2016, sob o título “Crimes sexuais com crianças”.

crimes sexuais a novas realidades, de uma linha de orientação mais específica no sentido do reforço da protecção dos menores e ainda de obrigações internacionais vindas do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis¹, manifesta-se a intenção legislativa da introdução de dois novos crimes no Código Penal: o crime de *recurso à prostituição de menor* e o crime de *pornografia de menor*. Se na primeira parte desta intervenção a preocupação é a de dar um adequado enquadramento teórico-constitucional à problemática gerada pela intenção manifestada, já o objetivo da segunda parte é o de desenhar a caricatura da coisa fazendo sobressair os seus traços mais desconcertantes.

1. O quadro constitucional da RAEM e, em jeito de introdução, alguns comentários sobre a ‘perturbante inconsciência constitucional-penal macaense’

Apesar da ausência de regime jurídico *específico* na Lei Básica relativo à criança² não ser não importante, deve-se acentuar que – tendo em conta o ‘anteriormente existente’ direito constitucional da criança à protecção da sociedade e do Estado, nomeadamente com vista ao seu desenvolvimento integral³, e a ‘actualmente existente’ multiplicidade de instrumentos internacionais com incidência sobre a criança – surge, à partida, como natural a consideração do valor ‘protecção da criança’ aqui em causa como portador de uma dignidade constitucional bastante a exigir uma intervenção de um legislador atento às mudanças sociais que a afectem. E, com específica atenção à realidade de Macau, facilmente se percebe que se possa distraidamente lançar um primeiro ‘olhar constitucionalmente simpático e tolerante’ para as novas incriminações aqui em causa. Começa-se pela perspectiva constitucional, não só porque esse é o início natural, mas também porque a falta de ‘consciência constitucional’ resultante do documento de consulta é confrangedora. Esta falha não é mais do que a continuação da inacreditável inércia política, judicial, administrativa e legislativa em levar a sério o riquíssimo quadro-jurídico constitucional penal e processual penal da RAEM. Já há muito que se diz que o direito processual

1 Documento de Consulta, pp. 2, 3, 22 e 25. Protocolo em vigor na RAEM, nos termos do Aviso do Chefe do Executivo n.º 12/2003 e Aviso do Chefe do Executivo n.º 15/2008.

2 Mas cf. artigo 38 da LB. De referir ainda a Lei n.º 6/94/M de 1 de Agosto (Lei de bases da política familiar).

3 Artigo 69.º da CRP em 1987 (Infância) 1. As *crianças* têm direito à *protecção da sociedade e do Estado*, com vista ao seu *desenvolvimento integral*. 2. As crianças, particularmente os órfãos e os abandonados, têm direito a especial protecção da sociedade e do Estado, contra todas as formas de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo de autoridade na família e nas demais instituições.

penal é “direito constitucional aplicado”⁴. De forma similar, poder-se-ia dizer que o direito penal é ‘direito constitucionalmente condicionado’, no sentido de que qualquer intervenção criminalizadora com previsão de penas que podem contender com a liberdade das pessoas está limitada pela constituição. E, por isso, a despreocupação constitucional do ‘legislador’ é desconcertante. Por outro lado, esta circunstância não é compensada do lado do poder judicial pois, infelizmente, é difícil de imaginar um juiz local a ter a ‘audácia’ – se confrontado com a alegação de inconstitucionalidade material de alguma destas novas incriminações – de levar a cabo o escrutínio devido. Não é difícil de adivinhar o que um tribunal de Macau diria. E passo a citar, com adaptações, o Tribunal de Segunda Instância (TSI): “[p]ode-se – é certo – discordar [da] opção legislativa [da consagração destes dois crimes], o que se compreende e respeita. Porém, ao Tribunal cabe apenas aplicar o direito”⁵.

Há uma semana atrás dava uma conferência em Portugal por ocasião dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa e, porque não dizê-lo, dos *40 anos de um novo quadro constitucional de direito fundamentais em Portugal e em Macau*, e – a propósito da forma como os tribunais da RAEM têm tratado a existência de prisão preventiva automática para certos crimes⁶ – quase que qualificava a jurisprudência local de direito constitucional processual penal com adjetivos pouco agradáveis. Não a qualifiquei porque logo pensei que ia estar aqui hoje. E que seria aqui, nesta escola de juizes, o lugar mais indicado para o fazer. A ‘afrota’ é a seguinte: o juiz de Macau é mesmo só a boca do legislador. Mas só é a boca do legislador ordinário, pois que não liga nada ao que o ‘legislador constitucional’ prescreveu⁷. No que diz respeito ao direito penal constitucional e ao direito processual penal constitucional é exato, no mínimo, dizer que o *status*

4 Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra Editora, 1974, p. 74.

5 Processo n.º 208/2004 Data: 05.08.2004, a propósito da consagração dos delitos incaucionáveis. Cf., também, Processo n.º 166/2004 Data: 29.07.2004.

6 Aquando da aplicação da prisão preventiva nos termos previstos no artigo 193.º do CPP, onde pelo menos aparentemente se prescinde dos requisitos gerais contidos no artigo 188.º do CPP, bem como do princípio da adequação e da proporcionalidade. Sobre isto, Miguel Ângelo Lemos, *Direito à liberdade, prisão preventiva e proporcionalidade, Da inconstitucionalidade quarentenária dos ‘crimes incaucionáveis’ e da privação da liberdade para proteger a investigação nos ordenamentos jurídico-constitucionais da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China e da República de Portugal*, a publicar no Vol II das Actas do 3º Congresso de Direito na Lusofonia.

7 Sobre a necessidade – sublinhada pela Lei Básica no seu artigo 83 – dos tribunais respeitarem a lei, na qual se inclui, em primeiro e destacado lugar, a Lei Básica, cf. Paulo Cardinal, *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, in *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau’s Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Jorge Costa Oliveira/Paulo Cardinal (eds), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009, p. 261.

quo jurisprudencial macaense é pobre e exasperante.

É verdade, como diz o TSI, que o tribunal só deve aplicar direito. Mas o *Direito* inclui não só as normas de legislação ordinária mas também as normas constitucionais: as mais novas (na Lei Básica) e as mais antigas (as anteriormente vigentes que por serem essenciais continuam vigentes). Convém salientar que, enquanto do ponto 1.4 da versão portuguesa da Declaração Conjunta Luso-Chinesa de 13 de Abril de 1987 resulta que “as leis vigentes manter-se-ão *basicamente inalteradas*”, decorre, mais corretamente, da versão chinesa que o que se mantém inalterado é o *direito fundamental* anteriormente vigente (“*法律基本不變*”)⁸. Ou seja, como não podia deixar de ser pois só assim há sentido para este tratado internacional, as *normas e princípios fundamentais do direito que existia continuam a existir*.

Passando com a transição o problema a ser o de “um país dois sistemas duas constituições”⁹, é fácil afirmar que a obrigação estrita do juiz de Macau é a de, “com uma cabeça de Jano aos ombros”¹⁰, *cumprir a constituição da RAEM e não aplicar normas legislativas que a violem*. Que se tenha notícia nem normas penais, nem normas processuais penais foram desaplicadas por contrárias a normas constitucionais vigentes na RAEM. Desconfia-se que o que explica esta situação é menos o facto do legislador de Macau ser perfeito e mais a circunstância de que os juízes não estão a interpretar correctamente o *como* desempenhar o seu papel.

Dito isto, a primeira tarefa só pode ser a da análise da legitimidade destas duas novas incriminações à luz do princípio constitucional da utilização da pena privativa da liberdade, e da intervenção do direito penal mais em geral, como a *ultima ratio* da política criminal, princípios estes extirpados do mais amplo princípio constitucional da proporcionalidade. Cabe sublinhar que, apesar de não ser ele expressamente mencionado na Lei Básica¹¹, o princípio da proporcionalidade existe “no mundo de valores e de direitos [essenciais] do ‘povo plural’, ou seja, dos residentes de Macau”¹² (isto é, na constituição destes) pois,

8 Declaração Conjunta do Governo da República Popular da China e do Governo da República Portuguesa sobre a Questão de Macau, assinada em Beijing, a 13 de Abril de 1987 (itálicos e sublinhado nas expressões entre aspas acrescentados).

9 Assim, José Gomes Canotilho, “As Palavras e os Homens”, Macau, O Direito, 1994, p. 38

10 Paulo Cardinal, “Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias/Organ. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, vol. 3, p. 759.

11 Mas cf. Manuel Costa Andrade, “Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)”, Boletim da Faculdade de Direito, Ano VI, n.º 13, 2002, pp. 210 e 211, sustentando que ele encontra guarida clara no artigo 40 da Lei Básica.

12 Assim, José Gomes Canotilho, “As Palavras e os Homens”, pp. 40 e 41, a propósito da DC, a qual

para além de ser princípio constitucional inerente a qualquer verdadeiro Estado ou Região de direito, é princípio que, enquanto princípio fundamental anteriormente vigente em matéria de restrição de direitos fundamentais, transitou/continuou do ‘antes constitucional’ para o ‘agora constitucional’¹³ e que como tal tem que ser estritamente aplicado por toda a autoridade pública¹⁴.

Em matéria de restrições de direitos fundamentais resultava então do quadro constitucional de 13 de Abril de 1987, que a lei só pode restringir estes nos casos previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹⁵. Daqui derivavam-se já consequências a nível de dignidade penal e carência de tutela penal: só lesões de bem jurídicos superiores que sejam especialmente graves é que legitimam a intervenção penal e esta só é legítima, qual princípio da subsidiariedade, quando os outros meios de reação mais benignos se revelem insuficientes e inadequados¹⁶.

2. As concretas incriminações à luz da dignidade penal e carência de tutela penal

2.1. Os menores que são jovens-quase-adultos são crianças?

Se é verdade que o quadro constitucional em 1987 não oferecia qualquer apoio normativo para precisar o sentido do conceito de ‘criança’¹⁷, certamente que *aquela proteção* é dada às *crianças* e estas não se confundem com os *jovens*, não sendo de, de forma cega, tratar de forma igual a prossecução de políticas

“não ‘declara’ apenas direitos pré-existentes: constitui obrigações para os órgãos do poder político dos Estados subscritores podendo mesmo dizer-se que o caderno de encargos nela inserido transporta mais vinculações para a parte chinesa do que para a parte portuguesa”.

13 Em sentido fundamentalmente idêntico, Paulo Cardinal, *Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region*, Estudos em Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, pp. 218 e 219. Ideias de estabilidade patentes na Declaração Conjunta e no Esclarecimento do Governo da República Popular da China sobre as Políticas Fundamentais respeitantes a Macau. Assim, José Gomes Canotilho, *As Palavras e os Homens*, p. 38. Cf., também, Paulo Cardinal, “Fragmentos”, pp. 753 e 754.

14 Nuno Brandão *Medidas de Coacção: o Procedimento de Aplicação na Revisão do Código de Processo Penal*, p. 4 (disponível em <https://coimbra.academia.edu/NunoBrand%C3%A3o>).

15 Cf. Artigo 18.º da CRP em 1987.

16 Manuel Costa Andrade, “Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)”, p. 210. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª ed., pp. 123 a 129.

17 Cf., também, José Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Artigos 1º a 107º, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 69.

criminais que contribuam para o desenvolvimento da personalidade dos jovens¹⁸ com *aquele desenvolvimento integral* das crianças, não sendo, a não ser por causa desta distinção, que o próprio Código Penal distingue o ‘abuso sexual de crianças’ do ‘acto sexual com menores’¹⁹. Mas a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989²⁰ (CDC) considera criança indistintamente todo o ser humano menor de 18 anos²¹ e esta circunstância, fruto das novas modas e das opções “politicamente corretas”²², representa uma primeira tentativa de colagem daquela separação entre jovens e crianças, o que pode ajudar a compreender muita da pulsão hodierna para proteger criminalmente as ‘crianças-que-são-jovens-quase-adultas’. E aí está o ponto mais saliente das novas propostas de incriminações de pornografia de menores e de recurso à prostituição de menores, pois que a ‘vítima’ da primeira é *menor de 18 anos* e a da segunda é *menor entre 14 e 18 anos*. No primeiro, a nova incriminação, que na verdade é uma “autonomização”²³, comporta: o alargamento de proteção já existente relativamente à ‘utilização’ pornográfica de menores *a todos os menores entre 14 e 18 anos*; a criminalização de condutas ‘comerciais’ relacionadas com material pornográfico que envolva *menor de 18 anos*, independentemente da existência de intenção lucrativa por parte do agente; a criminalização da mera aquisição ou detenção de material pornográfico que envolva *menor de 18 anos*. No segundo, do que se trata, mais singelamente, é de criminalizar a prática, a troco de pagamento ou outra contrapartida, de sexo ou ato sexual de relevo com *menor entre 14 e 18 anos*.

E é exatamente o âmbito lato das possíveis vítimas destes crimes que suscita muitas perplexidades e dúvidas sobre a legitimidade constitucional de muitos aspetos desta novas incriminações. Visto que é de um documento de consulta que se trata, deixar-se-ão, à procura de explicações, interrogações.

2.2. De facto, há aqui qualquer coisa estranha nas idades

Os agentes do crime não têm que ser maiores? Sendo que a imputabilidade

18 Cf. artigo 70 da CRP em 1987.

19 Artigo 169. Apelidado de ‘estupro’ em caso de cópula (168).

20 Cf. Aviso n.º 85/99, Decreto do Presidente da República n.º 24/98 e Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2001.

21 Salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioria mais cedo (Artigo 1).

22 Maria João Antunes, Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores, Julgar, n.º 12 (especial), 2010.

23 Pois alguns comportamentos por ele abrangidos já eram tipificados enquanto abuso sexual de crianças. Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, 2012, p. 878.

penal é em Macau aos 16 anos²⁴, o que parece resultar das propostas é que um menor que tenha 16 anos pode cometer um crime de pornografia de menores ou um crime de recurso à prostituição de menores relativamente a um menor que tenha 17 anos. Portanto, o reforço da proteção a menores é *tão intenso* que até se criminalizam comportamentos levados a cabo por agentes-menores contra vítimas-menores que são mais velhas!? Não acha o ‘legislador’ que só maiores é que devem poder ser agentes destes crimes²⁵? E pensou o ‘legislador’ sobre se esta sua opção, conjugada com a ‘universalidade’²⁶ proposta, não poderá suscitar alguns embaraços, pela lógica, dificilmente sustentáveis? É que existirão países em que estes crimes serão específicos, só podendo ser praticado por maiores.

E as vítimas podem ter entre 14, 15, ou mesmo 16 ou 17 anos? No quadro legal actualmente existente a ‘maioridade sexual’ parece atingir-se aos 14 anos²⁷. É verdade que existem crimes em que se punem actos praticados com uma parte daqueles jovens, os menores entre 14 e 16 anos²⁸, também crismados de adolescentes²⁹. Mas tão-só se se *abusar da inexperiência destes*, a qual não é presumida. Pelo contrário, a lei assume a liberdade e autodeterminação sexual de um maior de 14 anos, ou, que o ele ou ela ter sexo, ou praticar actos de natureza sexual, já não prejudica o seu “livre desenvolvimento global”. Mas não acabam estes novos crimes por reflexamente limitar essa presunção? Um menor entre 14 e 18 anos continua a ter liberdade para ter sexo, querendo, a troco de pagamento? Parece que não. E então qual é a *autodeterminação*, ou “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”, ou “desenvolvimento sem entraves da identidade sexual do menor” que está aqui em causa? ³⁰ Ou melhor, não há é uma

24 Também de referir é que o menor é emancipado pelo casamento pode ter lugar aos 16 anos. Cf. artigos 120, 121 1479 e 1817 do Código Civil.

25 E porventura também os crimes de acto sexual com menores e estupro.

26 Documento de Consulta, pp. 24 e 29.

27 Segundo Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, Análise Substantiva e Processual, Coimbra Editora, 2015, p. 140, os 14 anos são normalmente entendidos como a fronteira entre a infância e a adolescência, acrescentando que os crimes previstos na secção relativa à autodeterminação sexual no CPP-P “pretendem preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e os jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade”.

28 Artigos 168 e 169. Problemas específicos colocam o artigo 167 no que diz respeito a educandos e dependentes (sobre os adolescentes enquanto sujeitos passivos do crime de abuso sexual de menores dependentes, cf. Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, p. 165) e o artigo 170 relativo ao lenocínio de menores.

29 Cf., por exemplo, artigo 173 do Código de Processo Penal Português (CPP-P).

30 Cf. as expressões e texto de Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, pp. 711 a 713. Com certeza que a natureza pública dos crimes também terá pouco a ver com a autodeterminação de um qualquer menor. Original parece a opção por manutenção da natureza

hétero-determinação pelo legislador, qual “modelo correcto da sexualidade”³¹ ou “paternalismo penal”³², de quais as boas razões para o menor entre 14 e 18 anos ter sexo ou praticar actos de natureza sexual? Ter sexo já não prejudica o “livre desenvolvimento global” do menor a partir dos 14 anos, mas se for a ‘troco de contrapartida’ já o prejudica? Com o que que se perguntaria qual é então, a existir, o bem jurídico aqui em causa?³³ Então talvez a sugestão deva ser feita de que se acrescente a expressão “abusando da sua inexperiência” ao tipo legal em causa.

E a diferença de idades não deve ter ressonância logo ao nível da previsão legislativa, que não tão só ao nível de determinação da medida da pena por um determinado crime? É que é difícil de aceitar a existência de dignidade penal e carência de tutela penal no cometimento dos actos descritos como pornografia de menores ou prostituição de menores quando eles são praticados por um agente não muito mais velho do que a vítima. Consideração que porventura vale também para os ‘actos sexuais com menores’ quando, por exemplo, o agente tem 16 anos e a vítima 15.

E o consentimento do menor de 16 ou 17 anos vale? Têm-se bem presentes os alertas de que não se deve tentar “meter muita coisa” na lei e que se deve deixar o direito para o juiz decidir³⁴, mas também se deixa aqui o outro alerta de que se o legislador sabe de um problema e não toma posição sobre ele então com toda a certeza que a ideia de que a relutância em invadir a “província do poder legislativo” é uma manifestação adequada de cautela judicial³⁵, não terá aplicação pois que o legislador demitiu-se do seu papel e transferiu-o para o julgador. E aqui essa demissão só poderá ser interpretada como exclusão da relevância do consentimento. Ou não?³⁶

semi-pública dos outros crimes sexuais contra menores. Como se explica esta opção?

- 31 Trondle/Fischer *apud* Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, p. 712.
- 32 Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal, pp. 866 e 867.
- 33 Questionar-se-ia então “se, tudo ponderado, há ou não o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (dos bons costumes)”. Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal, pp. 866 e 867. Aparentemente menos críticos, Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, pp. 180 a 182.
- 34 Comentários do representante francês para a elaboração da Carta do Tribunal Militar Internacional, citado em Hunt, David, “The International Criminal Court High Hopes, ‘Creative Ambiguity’ and an Unfortunate Mistrust in International judges”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, p. 59.
- 35 ICJ, Advisory Opinion, Separate Opinion Of Sir Hersch Lauterpacht, *Admissibility of Hearings by the Committee on South West Africa*, 1 de Junho 1956, Parte VI.
- 36 Cf., a propósito do consentimento no crime de pornografia de menores no CPP-P, Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, pp. 201 e 202.

2.3. Punir estas condutas quando praticadas com dolo eventual?

Não se faz qualquer distinção entre comportamentos que são levados a cabo com dolo directo, necessário ou eventual e, assim, propõe-se a criminalização não só do comportamento daquele que tem a intenção mais estrita de ver material pornográfico de menor ou de pagar sexo com menor e assim age de forma ostensivamente contrária aos valores em causa, mas também o daquele que representa a menoridade e/ou carácter pornográfico ou menoridade e/ou carácter ‘comercial-carnal’ como possível e apesar disso, indiferente aos valores tutelados, actua conformando-se com a realização em causa. Não acha o legislador que só comportamentos intencionais é que devem ser punidos?

Então talvez a sugestão deva ser feita de que se acrescente a palavra “intencionalmente”. E que se ela não for seguida, então poderá ser sinal seguro de que o legislador conscientemente tomou a opção pela criminalização também do dolo eventual e que então o que resta para a ‘província do judicial’ é só o de avaliar da constitucionalidade de tal opção pois que o “perigo de legislar” surge não apenas onde o tribunal ensaia legislar mas também onde “falha em aplicar o [D]ireito existente”³⁷.

2.4. Tentativas e necessidade de harmonização de molduras penais

Por outro lado, a tentativa do novo crime de pornografia de menor é sempre punível, e a do crime de recurso à prostituição de menor é punível sempre que estiverem em causa penetrações³⁸. Só para ter a certeza: um miúdo de 18 anos (ou 16 ou 17³⁹) propõe a uma miúda de 17 anos que não arranjou lugar para passar a noite no hotel que ela pode passar a noite lá em casa mas que tem que haver penetração. Ela diz que não. Ou seja, além na nega, coitado do rapaz, ele ainda ‘leva em cima’ com tentativa de crime de prostituição de menores, certo?⁴⁰ Esta punição da tentativa decorre da moldura em caso de penetrações ir até aos 4 anos. E perguntar-se-ia o que leva o ‘legislador’ a querer prever para estes casos um limite máximo de pena acima do limiar material e processualmente importantíssimo dos 3 anos⁴¹? A justificativa quanto a esta elevação até aos 4 anos relaciona-se com a necessidade de harmonização com molduras penais de outros crimes⁴². Justificar

37 ICJ, Advisory Opinion, Separate Opinion Of Sir Hersch Lauterpacht, *Admissibility of Hearings by the Committee on South West Africa*, 1 de Junho 1956, Parte VI.

38 Mas já não outros actos sexuais de relevo.

39 *Supra* 2.2.1.

40 Mas cf. *infra* 2.6.

41 Pense-se, por exemplo, na (im)possibilidade de aplicação do instituto da suspensão provisória do processo.

42 Neste caso os crimes de acto sexual com menores e estupro.

com a harmonização chega⁴³?

E passa-se assim à implícita desnecessidade de harmonização, no âmbito da pornografia de menor, consoante ela diga respeito a menor de 14 anos, menor entre 14 e 16 e menor entre 16 e 18. E, no âmbito da prostituição de menores, consoante ela diga respeito a menor entre 14 e 16 e menor entre 16 e 18.

Não se desvaloriza a desconfiança que se tem relativa à construção de infinitas molduras penais diferenciadas para tudo e mais alguma coisa (o autor desta intervenção vem de uma área de especialização, o direito penal internacional onde molduras destas não existem, vale tudo até à pena morte), mas a verdade é que é este, o das molduras, o sistema instituído e que se pode justificar também com direta derivação constitucional. Pois que o que está em causa não é só a dignidade penal e a carência de tutela penal mas também o grau de dignidade penal e o grau de carência penal cujo respeito pode ser aferido pela análise das molduras penais escolhidas pelo legislador e sua confrontação com o grau de permissão constitucional. Para tornar a ideia mais transparente: apesar de se poder possivelmente defender a compatibilidade constitucional de alguns dos aspectos do crime de pornografia de menores com uma moldura até 5 anos já essa permissão seria violada se a moldura se estendesse aos 30 anos. Em suma: não deverá o legislador distinguir já ao nível da moldura abstrata consoante o acto em causa for relativo a menor de 14 anos, menor entre 14 e 16 e menor entre 16 e 18⁴⁴?

2.5. A propósito em especial da pornografia de menor: o acesso a páginas eletrónicas é/deve ser punido?

O documento de consulta propõe a criminalização da aquisição ou detenção de material pornográfico⁴⁵. À primeira vista isto excluiria a punição do mero acesso. Mas logo a seguir diz que só se incluem condutas dolosas e não se incluem os comportamentos que tenham lugar inadvertidamente, como o “visionamento de figuras automaticamente exibidas quando se acede a uma determinada página

43 É que são comportamentos diferentes que estão em causa, com dignidade e carência de tutela penal diferentes, que pode não ser igual ao crime com o qual se *optou* por proceder a harmonização. É que uma coisa é *abusar da inexperiência* outra coisa é o ‘pagar ou outra contrapartida’. Se o legislador previsse para o novo crime uma pena até 3 anos para penetrações e até 2 anos para outros actos também haveria harmonização. Não haveria é penas iguais, e porque é que havia de haver, para os dois crimes.

44 Em sentido possivelmente negativo, mas num contexto em que o que discute não é propriamente a harmonização mas um “alargamento da agravação”, Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, 2012, pp. 892 e 893. Cf., também, a diferente relevância dada à idade do menor nos artigos 166 a 172. De interesse é também a análise cuidada da relevância dada às diferentes idades do menor nos artigos 171 a 178 do CPP-P.

45 Documento de Consulta, pp. 26 e 27.

electrónica”⁴⁶, o que já faz supor que o visionamento doloso é punível. Mas como é que este visionamento através do mero acesso pode ser classificado como detenção? O que é isto de deter material pornográfico? A demissão legislativa aqui só poderá ser interpretada como exclusão da punição do acesso. E depois perguntar-se-á se tem algum sentido a punição da detenção e não do acesso. Qual é a diferença em termos de dignidade penal das duas condutas? Se é que alguma delas tem dignidade penal pois que não se está convencido disso, principalmente se esse material for respeitante a ‘jovem’ e não a ‘criança’.

2.6. E, já agora, outras perguntas para o ‘legislador’ a propósito da prostituição de menores

Existe prostituição de menores quando um maior com idade de 18 anos oferecer uns copos por esses Karaoke-bares de Macau com o objetivo de ter sexo com uma menor de 17 anos? Qualquer contrapartida, certo? E oferecer-lhe um anel ou uns sapatos com tal desiderato? E a promessa séria ou não séria de casamento?⁴⁷ E amor? Está o legislador a pensar que a “adequação social” ou a “punibilidade”⁴⁸ ‘salva’ a indeterminação insuportável do conceito de ‘contrapartida’? E basta só uma vez, certo? Portanto, mesmo que seja só uma vez ele é um cliente, certo? E ela é uma prostituta, certo? Talvez se possa tratá-la como ‘a-prostituta-menormas-quase-maior-de(uma)-ocasião’? E que dizer da ‘publicidade’⁴⁹ deste crime? E da sua ‘universalidade’? E de uma associada à outra? Há que fechar então ou não esses antros de prostituição de menores que vão passar a ser os bares/karaokes de Macau frequentados por ‘menores-*quasi*-maiores’? Há que prestar ou não atenção àqueles que voltam de Zhuhai depois de terem oferecido contrapartidas às ‘crianças de Zhuhai de 16 e 17 anos’ e que são encontrados no dia seguinte já do lado de cá depois de terem cometido crimes do lado de lá? É só impressão do autor desta intervenção ou quer-se criar crimes para depois a polícia ter que “fechar os olhos” ao seu cometimento?

2.7. Perguntas finais sobre carência de tutela penal

Para rematar, umas notas sobre a carência de tutela penal. Aqui o juízo é sempre mais difícil, impregnado de considerações sociológicas, estatísticas, etc., que não estão facilmente disponíveis e cujo grau de fiabilidade é sempre discutível. Mas sempre ficam mais perguntas: não existem meios mais eficazes de combater

46 Documento de Consulta, pp. 26 e 27.

47 Um maior de 18 anos promete a um menor de 17 anos casar-se se eles tiverem sexo. Prostituição de menores certo?

48 Cf., em geral, Figueiredo Dias, Direito Penal, pp. 291 a 295 e 668 a 680.

49 Documento de Consulta, pp. pp. 24 e 29.

os dois fenómenos em causa? É o arsenal penal mesmo o ramo do direito mais adequado a estar na linha da frente? Para alguns dos comportamentos em causa não será o arsenal administrativo punitivo mais adequado? Sim, não vale a pena indignação, multas, proibições de acesso a lugares físicos e virtuais, etc... não chegam? E no ramo penal, tem-se mesmo que insistentemente lançar mão das penas privativas de liberdade? Já está bem longe lá atrás o discurso em que se prezavam as virtualidades da multa como alternativa à prisão. Vê-se bem que para estes crimes o ‘pagar em dinheiro’ não é uma consequência jurídica adequada, não é? Haja moralidade, certo? Mas não existe o direito penal só para proteger bens jurídicos? E não é a pena de multa determinada em dias? E é a sua eficácia político-criminal posta em causa só por estarem em causa crimes cometidos contra menores e/ou sexuais? Não é o critério previsto no artigo 64 (“[s]e ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”) norte suficiente nesta matéria? Enfim, porque é que no documento de consulta não há penas de multa em alternativa para estes crimes?

3. Apreciação mais geral

Há quase uma década atrás, acabado de chegar a Macau, e a propósito de duas decisões de entrega de infractores em fuga ao Interior da China e da denegação de direito de recurso num caso a ser julgado em primeira instância pelo Tribunal de Última Instância, dizia, e passo a citar: “A RAEM é de criação recente e de natureza especial, o que faz surgir problemas também eles específicos e de elevada complexidade, para os quais, eventualmente, os atores judiciais ainda não dispõem de instrumentos para a sua adequada resolução. O que eventualmente atenua a severidade de um juízo mais crítico. De qualquer forma, do futuro espera-se diferente, para melhor”⁵⁰.

Ora, desafortunadamente, pouco ou mesmo nada de melhor em relação ao estado da aplicação de direito em termos de direito penal e processual penal. Talvez a RAEM ainda seja jovem, ou se seguir a CDC ainda é criança. Mas em 2018 deixa, definitivamente, de ser criança. E com os seus actuais 16 anos, já seria ‘criminalmente responsável’.

Por fim, e mais uma vez, dirijo-me ao ‘legislador’. Tendo bem presente

50 Miguel Lemos, “Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus, o Direito ao Recurso de Decisão Condenatória e as Funções de Tutela de Direitos Fundamentais do Tribunal de Instrução Criminal”, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Direitos Fundamentais – Consolidação e Perspectivas de Evolução, Coord. Leonel Alves e Paulo Cardinal, 2016, p. 286.

experiência própria enquanto ‘legislador jovem’ na comissão de reforma do código de processo penal, não me esqueço que um dia, mais tarde, numa aula ao ler a nova redação de um dos processos especiais do código de processo penal, pensei e disse-o alto: ora aqui está um bom exemplo de estupidez legislativa. Mais valia terem estado quietos. Mas aquilo não me soou bem. 5 segundos de pausa e aiai lembrou-se o autor desta intervenção que tinha sido ele a propor tal coisa. Os meus votos são para que este seminário aqui hoje possa ajudar a evitar perplexidades parecidas. E, no que diz respeito aos dois crimes aqui em causa, o desejo de que se continue a discutir sobre se eles são mesmo necessários e se, ao fim e ao cabo, se chegar à conclusão de que não o são, então, e com a certeza do *dever de discussão cumprido*, deixá-los, pura e simplesmente, cair.