

**Atentado ao pudor (menor de 14 anos de idade). Respostas
do Colectivo: Alteração pela Relação**

Acórdão do S. T. J. de 16-1-1963

1. No crime de atentado ao pudor, a qualidade de patrão da ofendida envolve ter ele sobre ela autoridade de facto e legal, não sendo necessário que ele haja usado dessa autoridade para praticar o crime.

2. O disposto no art. 665 C. P. Pen. visa apenas os factos que não são elementos de qualificação legal e sobre o Colectivo tem de se pronunciar.

Mediante acusação do magistrado do Ministério Público, assistido por F., foi julgado no 2.º juízo criminal da comarca de Lisboa, J. A. F., casado, de 57 anos de idade, cabeleireiro, como autor do crime de estupro previsto no art. 392 do C. Pen., sendo absolvido em relação a este crime, mas, em convolção, condenado como autor do crime de atentado ao pudor previsto no art. 391 e seu § único do mesmo Código, por, no seu próprio salão de cabeleireiro, ter e manter relações sexuais de cópula com Rosa, então de 14 anos de idade e sua empregada, sendo condenado na pena de 6 meses de prisão, 1.500\$ de imposto de justiça e 10.000\$ de indemnização à ofendida Rosa.

Com esta decisão não se conformou o réu que da mesma interpôs recurso, mas sem melhor êxito, pois que a Relação de Lisboa, dando como verificada a circunstância qualificativa prevista no n. 2.º do art. 398 do C. Pen., agravou aquela pena

de prisão, substituindo-a por 2 anos e 2 meses de prisão maior, negando consequentemente provimento ao recurso.

O réu, mantendo aquele inconformismo perante esta decisão, reagiu interpondo o presente recurso, concluindo a sua alegação nos termos seguintes:

O acórdão recorrido violou o disposto no art. 665 do C. P. Pen., bem como o decidido no assento de 29-6-1934, ao dar como existente a circunstância qualificativa de patrão referida no n. 2.º do art. 398 do C. Pen., quando o Colectivo se pronunciou pela ausência de qualquer circunstância qualificativa;

O mesmo tribunal, ao dar como provada tal circunstância, interpretou erradamente o mencionado preceito de lei;

De resto o Colectivo deu como provado que a ofendida se entregou ao ora recorrente, por amor, independentemente de qualquer sedução, atitude esta que é de enquadrar no n. 23.º do art. 39 do mencionado Código, para o efeito do benefício constante do art. 94.

O réu termina salientando que as circunstâncias atenuantes dadas como provadas, aliadas à própria natureza do crime, justificam a suspensão da pena nos termos do art. 88 do referido Código.

O Ex.^{mo} procurador da República junto do tribunal recorrido, acompanhando o recurso interposto, salienta a perfeição do decidido pela Relação quanto à incriminação pelo § único do art. 391 com referência ao art. 398, pronunciando-se assim pelo não provimento do recurso.

O Ex.^{mo} ajudante do procurador-geral da República junto desta secção criminal, emite o seu parecer no sentido de ser mantida a decisão recorrida.

Tudo visto e conhecendo:

O recorrente, na sua aliás douda minuta, aceita como existentes os elementos constitutivos do crime de atentado ao pudor previsto no § único do art. 391 do C. Pen., tendo em consideração o dec.-lei 36.387 de 1-7-1947, que fixou a idade máxima da ofendida em 16 anos.

Mas reage quanto à existência da circunstância agravante qualificativa de ele réu, ora recorrente, ser patrão da ofen-

dida, salientando não ser esta qualidade, por si só, definidora de autoridade sobre a mesma ofendida, como parece ter compreendido o acórdão da 1.^a instância ao referir a ausência de circunstâncias agravantes.

Que assim, continua o recorrente, o acórdão recorrido decidindo como decidiu, violou o disposto no art. 665 do C. P. Pen., bem como deixou de observar o estabelecido no assento de 29-6-1934 e interpretou à margem da lei o disposto no n. 2.^o do art. 398 do C. Pen.

Mas teria, na verdade, o acórdão recorrido ofendido o disposto no art. 665 do C. Pen., ao verificar como existente a circunstância modificativa prevista no n. 2.^o do art. 398 do C. Pen.?

Aquele primeiro preceito de lei manda que a Relação conheça de facto e de direito nos recursos interpostos das decisões finais dos tribunais colectivos, mas sòmente com base nos documentos, respostas aos quesitos e em quaisquer outros elementos constantes dos autos.

Por sua vez o assento já referido, fazendo a interpretação do mesmo preceito de lei, fixou doutrina de que as Relações só podem alterar as respostas do Colectivo quando na audiência de julgamento se não tenha produzido prova testemunhal.

Esta restrição tem de ser conjugada com o que preceituam os arts. 468 e 468 do C. P. Pen., ou seja, em relação às respostas dadas pelo Colectivo sobre os factos e as suas circunstâncias alegadas pela acusação e defesa ou que resultarem da discussão da causa e que o presidente do tribunal quesitará.

Mais claramente, o preceito de lei contido no art. 665 citado, visa sòmente os factos que são elementos da qualificação legal e sobre os quais se tem de pronunciar o Colectivo.

Com base nestas respostas o tribunal da 1.^a instância decidirá da sua criminalidade relativa e legal, como expressamente determina o art. 472 do citado Código.

Salienta o recorrente na sua alegação de recurso, que do acórdão do Colectivo consta:

«Que não concorre com o crime qualquer agravante».

Que assim, refere o recorrente, procedeu o tribunal de 1.^a instância certamente por não considerar aquela situação de patrão como agravante.

Mas este pensamento donde o recorrente extrai aquela afirmação do Colectivo, não é de enquadrar nas respostas dadas pelo mesmo tribunal e a que faz referência o art. 439 do C. P. Pen., nem se trata da apreciação dum facto em si mesmo, mas sim das suas relações com a lei.

E sendo assim, não é à consciência que pertence decidir, mas à ciência do Direito com base no raciocínio, na indução lógica, senão na interpretação jurídica.

É oportuno precisar a decisão da matéria de facto, apurada definitivamente pela primeira instância, para melhor precisar se merece censura o tribunal recorrido em relação ao que preceitua o art. 665 do C. P. Pen.

O Colectivo, em relação aos factos quesitados deu como provado:

Em 30-9-1960, a ofendida entrou, como empregada, para o salão de cabeleireiro que o réu explora na qualidade de proprietário; passados poucos dias depois da ofendida para ali entrar o réu começou a dizer a esta que gostava muito dela;

E tomou esta atitude só para conseguir, como conseguiu, ter e manter com a mesma ofendida relações sexuais de cópula;

Estas tiveram lugar, pela primeira vez, nos meados de Outubro de 1960, no salão de cabeleireiro do réu, sendo a ofendida empregada deste e trabalhando no mesmo estabelecimento;

A ofendida prestou-se voluntariamente à prática do acto da cópula;

O réu executou o mesmo acto da cópula com a ofendida por gostar fortemente desta, sentimento que ainda mantém, assim como a mesma ofendida gostava muito dele;

O réu confessou espontaneamente as relações sexuais de cópula com a ofendida;

Quanto à condição social e situação económica do réu e da ofendida o Colectivo deu como provado: em relação ao réu, que era industrial e regular; quanto à ofendida, humilde e pobre.

O mesmo tribunal afastou a virgindade da ofendida, o bom comportamento do réu, bem como a circunstância atenuante do imperfeito conhecimento do mal do crime.

O documento de fls. 27 mostra que a ofendida nasceu no dia 25 de Outubro de 1945.

Em presença destes factos o tribunal recorrido não ofendeu o disposto no art. 665 do C. P. Pen., nem contrariou o **assento** de 29-7-1934, ao dar como existente a circunstância qualificativa referida no n. 2.º do art. 398 do C. P. Pen., uma vez que o Colectivo deu como provado que a ofendida era empregada do réu, trabalhava no salão de cabeleireiro quando este lhe dirigia galanteios para conseguir, como conseguiu, ter relações sexuais de cópula com a mesma ofendida.

O tribunal da primeira instância não obstante este conjunto de elementos, pronunciou-se no sentido de que os mesmos não eram suficientes para a qualificação legal da circunstância agravante prevista no n. 2.º do art. 398 do C. Pen.

Estamos em presença dum conjunto de factos do qual resultou uma questão de direito que o tribunal recorrido decidiu por forma diferente do tribunal da primeira instância.

De resto, é de salientar a contradição existente na decisão da primeira instância que, ao referir a ausência de circunstâncias agravantes, pondera no entanto que o réu se serviu, para fins ilícitos, de uma sua empregada, aproveitando a circunstância de esta trabalhar no estabelecimento dele réu.

Destes factos resulta, sem dúvida, não se aceitando a circunstância qualificativa prevista no n. 2.º do art. 398 do C. Pen., a circunstância de ter sido cometido o crime tendo o réu a obrigação especial de o não cometer — n. 25.º do art. 34 — senão a circunstância agravante do n. 27.º do mesmo artigo.

Fugiu o Colectivo da especificação das agravantes para focar a intensidade do dolo, senão a culpabilidade do réu, seguindo assim a orientação firmada no art. 84 do C. Pen., que manda fazer a graduação da pena não em função da gravidade objectiva do crime ou da sua gravidade subjectiva, mas em função da culpabilidade do delinquente.

Mas não é de esquecer que é em razão da posição do réu perante o crime que há-de graduar-se a pena.

E o critério desta graduação da pena coincide essencialmente com o critério da agravação ou atenuação, quando haja circunstâncias agravantes ou atenuantes, pois que também então a atenuação ou agravação depende da maior ou menor influência das circunstâncias sobre a culpabilidade do criminoso, como salienta o Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA: *Direito penal*, II, p. 281.

Mas será na verdade de afastar a circunstância qualificativa prevista no n. 2.º do art. 398 do C. Pen.?

Salienta o recorrente que o simples facto de o réu ser patrão da ofendida não significa que tivesse autoridade de facto ou legal sobre a mesma que permitisse o enquadramento daquela circunstância qualificativa.

Não tem, porém, o recorrente a nossa concordância.

O art. 391 e seu § único do C. P. Pen. visam uma defesa não só de todo o atentado ao pudor de uma pessoa de um ou outro sexo, cometido com violência, mas também sobre pessoas que devam ser absolutamente protegidas contra actos impúdicos que as possam desmoralizar, perveter ou agravar a sua desmoralização já existente.

Os primeiros são caracterizados pela violência, enquanto os segundos são caracterizados pela idade, carecendo duma protecção mais larga, que defenda a sua inocência, falta de discernimento e perigo de desmoralização contra todos os actos dessa natureza, independentemente da violência ou do consentimento.

O legislador do Código Penal, ao precisar este crime, bem como aqueles outros que têm de comum a ofensa ao pudor, precisou também a situação do autor do crime frente ao ofendido, considerando circunstância qualificativa sempre que aquele exerça poder de facto sobre este devido à situação em que o mesmo ofendido se encontra — n. 2.º do cit. art. 398.

E assim procedeu o legislador em consequência da própria natureza da profissão do ofendido e os deveres especiais que

ela lhe impõe, que tornam o crime mais odioso, revelando no agente ausência de moralidade.

É de precisar ainda a diferença entre este preceito de lei — n. 2.º e o identificado sob o n. 3.º, ambos daquele artigo — pois que, enquanto o legislador exigiu para as profissões tituladas sob o n. 3.º que o criminoso exercesse influência sobre a vítima, outro tanto não sucede no n. 2.º, que se contenta somente que o autor do crime exerça poder de facto ou de direito.

E assim caracteriza a agravação prevista no n. 2.º do art. 398 do C. Pen., de existência de autoridade legal ou de facto do criminoso sobre a ofendida, sem necessidade de demonstrar que ele usou dessa autoridade para praticar o crime, como já decidiu este Supremo Tribunal no acórdão de 14-12-1955, publicado no *Boletim*, 52, p. 479.

Os factos dados como provados mostram:

Que o réu, ora recorrente era, quando da infracção, proprietário dum estabelecimento de cabeleireiro, tendo ao seu serviço a ofendida.

Era consequentemente o réu o chefe do mesmo estabelecimento em relação à ofendida sua empregada que o servia, quer dirigindo o estabelecimento em relação ao serviço, quer distribuindo à sua empregada as respectivas tarefas.

Esta sua acção era exercida mediante a autoridade que impunha o maior dever do réu em não praticar o crime e, por outro, a maior facilidade em o executar.

Ora não há qualquer dúvida de que as especiais relações entre o réu e a ofendida tornavam mais fácil a prática do crime.

Salienta, porém, o réu que se trata da execução dum acto dominado pelo amor e com consentimento da ofendida. Esqueceu, porém, o réu o seu estado de casado, a idade da ofendida — 14 anos — assim como esqueceu que não interessa o móbil que tenha determinado o agente.

Expressamente refere o corpo do art. 391: «...o atentado

ao pudor será punido quer seja para satisfazer paixões lascivas, quer por qualquer outro motivo».

E não é demais repetir que o § único deste preceito de lei visa o atentado ao pudor caracterizado pela idade da vítima, carecendo duma protecção mais larga que defenda a sua inocência, fraqueza e perigo de desmoralização contra todos os actos dessa natureza, quer sejam violentos, quer sejam consentidos —, como vem sendo decidido por este Supremo Tribunal.

É ainda oportuno transcrever, mais uma vez, o acórdão proferido na primeira instância, na parte que refere: «...o réu serviu-se, para fins ilícitos, de uma sua empregada, aproveitando a circunstância de esta trabalhar no estabelecimento dele, réu».

Esta atitude do réu torna o crime mais odioso, revelando no agente ou melhor, no próprio réu, uma grave falta de moralidade.

Verifica-se assim a existência da circunstância qualificativa prevista no n. 2.º do art. 398 do C. Pen.

Quanto ao doseamento da pena:

É de considerar anuência da ofendida, a sua não virgindade, bem como a confissão espontânea por parte do réu, circunstâncias estas que embora não autorizem o benefício concedido pelo art. 94 do C. Pen., nem a substituição da prisão por multa, consentem contudo a redução da pena prevista no art. 398 do C. Pen. para dois anos de prisão maior.

Nestas condições negam provimento ao recurso, alterando contudo a pena em que vem condenado o réu, para 2 anos de prisão maior e confirmam, no mais, o acórdão recorrido.

Mais condenam o réu no menor imposto de justiça.

Lisboa, 16 de Janeiro de 1963. — *Cura Mariano; Eduardo Coimbra; F. Toscano Pessoa.* .

ANOTAÇÃO (*)

A) Os factos

1. O ora recorrente vinha arguido do crime de estupro (art. 392 C. Pen.) com base nos seguintes factos:

- Em 30-9-1960 admitiu como empregada no seu salão de cabeleireiro a ofendida Rosa;
- Em meados de Outubro de 1960, depois de lhe haver prometido pelo menos vida em comum, teve relações com a ofendida;
- A Rosa, que nasceu em 25 de Outubro de 1945, completava 15 anos em 25 de Outubro de 1960.

2. Das respostas do Colectivo resulta:

- Que o recorrente teve relações sexuais com a ofendida mas não que a tivesse desflorado e que esta fosse virgem;
- Que o recorrente disse à ofendida que gostava muito dela mas não que tencionava pô-la por sua conta e que estava na disposição de se divorciar para casar com ela;
- Que o recorrente e a recorrida gostavam muito um do outro;
- Que a ofendida se entregou voluntariamente ao recorrente;
- Que o recorrente não usou,

para conseguir a cópula com a ofendida, de qualquer processo que possa qualificar-se como de sedução.

B) A sentença. O acórdão da Relação

3. A sentença, absolvendo o réu do crime do art. 392, considerou-o incurso no do art. 391, § ún., pelo que o condenou na pena de 6 meses de prisão correcional.

4. O venerando Tribunal da Relação, ao abrigo do assento de 4-5-1950 que admite a «reformatio in pejus», agravou a pena para 2 anos e 2 meses de prisão maior.

A agravação da pena fundou-a o acórdão nos seguintes elementos:

- «a facilidade concedida pela ofendida à prática das relações sexuais é quase irrelevante nos crimes desta natureza, em que a moral social se sobrepõe à da mulher»;
- o recorrente, pelo facto de ser patrão, «tinha evidentemente autoridade sobre a ofendida»;
- não é necessário provar que qualquer das pessoas designadas nos ns. 2.º, 1.º e 3.º do art. 398 C. Pen. «usou da sua autoridade para cometer o crime»;
- a expressão «por qualquer título» do art. 398 C. Pen. re-

(*) Publica-se, servindo de comentário ao acórdão, a alegação do recorrente para o S. T. J.

fere-se à autoridade de facto e à autoridade legal, e o recorrente tinha autoridade de facto sobre a ofendida.

Ao mesmo tempo o acórdão assenta em que:

- a ofendida teve relações sexuais com o recorrente por gostar muito dele;
- o recorrente gostava muito da ofendida;
- a ofendida prestou-se voluntariamente à cópula com o recorrente;
- o recorrente confessou espontaneamente as relações sexuais com a ofendida;
- o recorrente não prometeu à ofendida «pô-la por conta» nem divorciar-se para casar com ela;
- a recorrente já não era virgem.

O critério usado pelo acórdão para apreciação legal da hipótese «sub judice» é revelado nos seguintes passos:

- neste tipo de crime a moral social sobrepõe-se à da mulher;
- a circunstância da flutuação dos limites legais da idade da ofendida (menor de 12 anos ou menor de 16 anos) não tem que ser tomada em consideração;

Por último, o acórdão recorrido,

- embora declare que «a Relação está obrigada a atender formalmente às respostas do tribunal colectivo sobre matéria de facto»,

— e «não obstante do acórdão do tribunal colectivo constar que não concorre com o crime qualquer agravante»,

- considerou «provada a agravação especial mencionada no n. 2.º do art. 398 C. Pen.».

5. Na alegação para a Relação alinhou o recorrente alguns argumentos a favor da redução da pena imposta pela 1.ª instância. Tristemente verificou que esses argumentos, intelectualmente sérios e juridicamente válidos, não foram sequer considerados pelo acórdão em recurso. Na esperança de que o venerando Supremo Tribunal de Justiça lhes dê a atenção que merecem, vão em grande parte reproduzidos nesta alegação.

C) *A elasticidade do art. 391 C. Pen.*

6. O art. 391, § ún., C. Pen. sofreu vicissitudes várias na sua redacção, que dão bem a medida das hesitações do legislador.

Assim:

- O Código de 1852 estabelecia os 12 anos de idade máxima da ofendida e punia o crime com degredo temporário;
- O Código de 1886 manteve os 12 anos como idade máxima mas reduziu a pena para prisão correcional;
- O dec. de 20-7-1912 alargou para 16 anos o máximo da idade;
- O dec.-lei 35.042, de 20-10-1945, voltou a reduzir para

12 anos o máximo da idade da ofendida;

— O dec.-lei 36.387, de 1-1-1947, de novo fixou a idade máxima de ofendida em 16 anos.

Na apreciação do crime do art. 391 o julgador não pode deixar de ter em conta a incerteza e fluidez da disposição legal, que tem oscilado entre limites tão distantes como os 12 e os 16 anos. E no caso dos autos, não pode esquecer-se de que a ofendida tinha 15 anos menos uns dias, o que libertaria o recorrente da pena se o caso se tivesse passado em 1945 ou 1946 e não em 1960.

D) O crime

7. A ofendida Rosa foi trabalhar para o salão de cabeleireiro do recorrente no dia 30 de Setembro de 1960. Cerca de 15 dias depois tinha com ele relações sexuais.

Este facto (o pequeníssimo lapso de tempo decorrido entre a entrada de Rosa para o salão de cabeleireiro e a sua entrega ao recorrente), sabido que o recorrente não usou de processos que possam qualificar-se como de sedução e afastada a hipótese de a Rosa ser uma devassa, tem uma só explicação: a Rosa e o recorrente gostaram intensa e imediatamente um do outro.

Assim foi, realmente. E não se estranhe que este amor repentino e violento se tenha desencadeado entre uma rapariga de 15 anos e um homem de 56.

O que aconteceu a este homem

mediano, intelectualmente pouco desenvolvido e decerto com fracas leituras, acontece por altura dos 50 anos a muitos outros intelectualmente mais apetrechados e mais experientes. É o fenómeno conhecido como «démon de midi», que Nabukov magistralmente descreve no seu romance *Lolita* e de que Robert Houssein é a mais recente vítima conhecida. (Robert Houssein, realizador de um filme sobre *Lolita*, em que é protagonista uma jovem de 14 anos filha da jornalista Françoise Giroud, colaboradora de *L'Express*, apaixonou-se pela jovem e esta por ele com tamanha violência que nada pôde detê-los. Só agora, quando ela atingiu a idade legal, regularizaram, pelo casamento, a situação em que se encontravam).

O recorrente, que ultrapassou os 50 anos, apaixonou-se pela Rosa. Esta, na corrente «nova vaga» que Françoise Sagan tem descrito nos seus romances, apaixonou-se pelo recorrente. (A grande diferença de idade é hoje, para as raparigas, um atractivo como o foi, para as raparigas do tempo das nossas avós, a tísica, as olheiras e os versos soturnos do defunto Soares de Passos).

A história do que se passou, é, pois, bem simples, à margem dos códigos e das leis, natural e humana: a rapariga jovem e o homem maduro, em contacto, apaixonaram-se um pelo outro. E tudo. Resta demonstrar que a lei consente que um fenómeno assim natural aconteça, sem que o homem maduro tenha de ir para a cadeia

e a rapariga para um convento de freiras.

Nas cartas da Rosa ao recorrente juntas ao processo do Tribunal de Execução das Penas (processo a que o acórdão recorrido faz referência), diz ela:

«Nunca duvidel de si nem nunca duvidarei. Prefiro dar cabo de mim do que ter de ir parar às mãos de outro homem. Você foi e será o único homem que amarei.

[...] nunca na minha vida pensei em amar tanto um homem que é mais velho do que eu 42 anos, sem interesse algum, simplesmente quero o seu amor para toda a minha vida. Se por acaso você me deixasse, em si só via ódio, e se não quer que eu tenha, sacrifique-se como eu. Eu quero sofrer o que você sofre, sermos dois seres num só».

«José, sabe quanto tenho sofrido por si. Juro-lhe pela luz dos meus olhos que nunca ameí ninguém como a si. Apesar de ser mais velho do que eu, amo-o com todas as forças da minha alma, apesar de ser bastante nova, mas costuma-se dizer que o amor não escolhe idades.

[...] se soubesse quantos e quantos ciúmes tenho de si, levo a noite e o dia só a pensar em si pelo o que você me faz feliz, apesar que a felicidade minha era que você visse só para mim e eu para si, e um dia realizar o meu

grande desejo, ter um, ou mais, filhos seus e vivermos felizes.

[...] bendita a hora em que entrei nesta casa, e se gosta de mim como o diz, apesar de que nunca duvidel do seu amor por mim, e se assim é guarde esta carta como recordação se não quiser fazer as pazes.

[...] lembre-se que não posso viver sem os seus carinhos, as suas frases meigas, sem o seu amor, a minha felicidade está em si.

[...] o que eu não quero é perdê-lo.»

8. Qual foi, então, o crime do recorrente? Ter-se apaixonado, ele com 56 anos maduros, por uma rapariguinha de 15 anos que se lhe dedicou romanticamente, e não ter tido a força de resistir a essa paixão. Nada mais: nem a seduziu, nem lhe fez promessas que a deslumbrassem (como podia fazer-lhas, ele que vive mais do que modestamente dum pobre salário de cabeleireiro sem categoria?). Tudo se passou rapidíssima-mente no breve espaço de 15 dias: para ele, o desvanecimento de um amor que se lhe oferecia quando já às portas da velhice; para ela, a ideia romântica de um amor proibido com um homem muito mais idoso, como o cinema e a literatura têm posto em voga nos últimos anos.

Em certa medida foi ele o seduzido — o seduzido pela ideia de possuir uma jovem que se lhe ofe-

recia, talvez a última que pudesse esperar...

Se tudo tivesse acontecido há alguns anos, quando o Código es-tabelecia para a ofendida o limite dos 12 anos de idade, este amor ficaria para ambos como uma recordação sem consequências. Porém, o Código mudou. E o que em 1945 ou 1946 (como talvez de novo em 1963 ou 1964) seria apenas um acto de amor à margem da lei — transformou-se, pela varinha mágica de um legislador porventura seco e frio, num crime de atentado ao pudor.

Atentado ao pudor — de quem? Da ofendida? Mas esta, já desflo-rada, entregou-se voluntariamente por amor, que não por vício. Em que é que esta entrega sincera, romântica de certo mas feita em pureza, moralmente a denegriu? E onde está a «paixão lasciva» de que fala o art. 391 C. Pen. para tornar justa a pena aplicada ao ofensor?

9. Não, Senhores Conselheiros! Que o recorrente seja condenado porque o seu acto de amor vem descrito num artigo do Código Penal (hoje, porque houve tempo em que não vinha) — admite-se. Mas, então, que se tenham em consideração as circunstâncias que rodearam o acto e a personalidade do seu autor. E puna-se, sim, mas não de olhos vendados como se o Código fosse apenas uma lista de preços para a mercadoria-crime que se apresenta perante o tribunal.

E) *A decisão da Relação é injusta e ilegal*

10. O grande EDUARDO COUTURE, no discurso que proferiu na cerimónia da inauguração da VIII Conferência Internacional de Advogados, S. Paulo, 1954 (no *Jornal do Fôro*, ano 26, 1962, n. 138-139), disse:

«[...] o direito é um fenómeno muito importante na vida humana — mas não é nada mais do que o direito. Devemos exercitar a nossa consciência neste pensamento, todos os dias.

Em última análise, o direito é sómente um instrumento. Sem a justiça que o ilumina, sem a ordem que o consolida, sem a educação que lhe dá vida, sem a paz que o impulsiona, sem a equidade que o tempera, sem a misericórdia que o supre, sem o amor que o excede, sem o heroísmo que o glorifica, que é o direito?

O 'homo juridicus', diz o filósofo, aquele que ajusta todos os actos da sua vida à rigorosa norma jurídica, é um prodígio de lógica e uma caricatura de homem».

11. O acórdão recorrido é, talvez, um prodígio de lógica — mas não é um acto de justiça. Os julgadores, isolados como em farol no meio de um mar de conceitos legais, surdos aos ruídos da Vida, cegos à luz do Amor e da Miseri-

córdia, fizeram do homem que iam julgar uma figura geométrica e riscaram-no com o tira-linhas e a tinta negra dos artigos dum código.

«Julgar» é «compreender». E «compreender» é desde logo em grande parte «justificar». O julgamento que não vá buscar as raízes da decisão ao homem — *àquele homem* — que cometeu o crime; que o olhe sem amor e sem solidariedade; que o desligue da vida e o considere não mais do que matéria a enquadrar em conceitos — esse julgamento é uma caricatura de julgamento. Será uma nítida perfeita, exemplar aplicação do quadriculado legal — mas não será nunca um acto de humana justiça.

12. Além de injusto o acórdão recorrido é ilegal porquanto:

(a) alterou uma resposta do Collectivo sobre matéria de facto;

(b) fez ilegal aplicação do art. 398 C. Pen.

13. (a) Na verdade, o Tribunal Collectivo *não deu como provada qualquer agravante*, e a Relação, como o próprio acórdão recorrido reconhece ao citar o art. 665 C. P. Pen. e o assento de 29-6-1934, *só pode alterar as decisões dos colectivos em face de elementos do processo que não pudessem ter sido contrariados pela prova apreciada no julgamento e que haja determinado as respostas aos quesitos* (sic, assento de 29-6-1934).

Ora, como dizemos e o próprio acórdão recorrido reconhece — do

acórdão do Collectivo consta *«que não concorre com o crime qualquer agravante»*.

No entanto,

— do acórdão do Collectivo consta que o recorrente era *patrão* da ofendida.

Assim, pois, o facto de o acórdão do Collectivo declarar que o recorrente era *patrão* da ofendida e apesar disso considerar que *não se verifica qualquer agravante*

— significa que a *prova apreciada em julgamento* convenceu o Tribunal de que a *qualidade de patrão*, no caso concreto, não significava que o recorrente tivesse *autoridade*, de facto ou legal, sobre a ofendida, que permitisse o enquadramento no preceito do n. 2.º do art. 398 do C. Pen.

E que o facto de ser *patrão* ou *amo* não é, *por si só*, definidor de *autoridade sobre a ofendida*, como julgou a Relação de Lisboa em acórdão de 7-5-1954, assinado pelos ilustres magistrados ALVES MONTEIRO, EDUARDO COIMBRA e AMARAL CABRAL:

«Na decisão em recurso [...] julgou-se aplicável a sanção do art. 398 n. 2.º [...] porque tendo anuido a vítima em ter relações sexuais com o arguido durante a sua menoridade de 16 anos [...] certamente se considerou verificada quanto a este [arguido] a situação de pessoa com autoridade com a ofendida, tal

como a possuem os amos sobre os criados.

«Não concedem, porém, os autos qualquer *elemento comprovativo* de semelhante poder ou influência, nem, portanto, do seu eventual exercício — e *só em face destas* seria legítima afirmar a existência de *uma autoridade de facto* [...] (ALBANO CUNHA: *Acórdãos R. Lisboa*, 4, p. 360).

No caso dos autos a Relação, porque *não dispunha de elementos que não pudessem ter sido contrariados pela prova produzida em julgamento*, não podia alterar a *decisão de facto* do colectivo. Fazendo-o

— *decidiu contra lei expressa.*

14. (b) É muito diverso o tratamento penal a dar àquele que desmoraliza ou atenta contra o pudor de uma jovem inexperiente e virgem, e aquele que tem relações sexuais com quem já possui a experiência de uma virgindade perdida.

No caso dos autos a ofendida não era inexperiente nem virgem, e só assim se explica a sua entrega tão rápida. Por seu lado o recorrente não pretendeu satisfazer com ela uma «paixão lasciva» mas tão só levar às suas consequências normais um amor que a idade tornava mais intenso, e que era correspondido.

Não estamos, pois, em presença de um corruptor de menores, mas de um homem a quem, na curva

da velhice, sucedeu apaixonar-se por uma rapariga jovem.

De resto, o passado do recorrente não o cataloga entre os homens perigosos: conheceu uma rapariga de 17 anos com quem viveu durante 13 anos; casou, e durante muito tempo não se lhe conheceram histórias; e agora, aos 56 anos, encontrou a Rosa e não lhe soube resistir. É tudo.

15. A sentença de 1.^a instância condenou o recorrente na pena de prisão por 6 meses. Mas o acórdão recorrido elevou a pena para 2 anos e 2 meses, ou seja

— fez aplicação do art. 398

C. Pen. («pena imediatamente superior»).

Ora, o comando do art. 398 só tem aplicação quando se verificar, entre outras, a hipótese prevista no seu n. 2.^o, ou seja

— ter o autor do crime *autoridade* sobre a ofendida.

Como vimos, das *respostas do Colectivo* resulta que o recorrente

— *apesar de patrão,*

— *não tinha autoridade* sobre a ofendida.

Consequentemente

— *é ilegal* a aplicação do disposto no art. 398 C. Pen. ao caso em análise.

16. O acórdão recorrido invocou, como adjuvante, o art. 84 C. Pen.. Mas demonstrado que a pena não podia ser elevada para o escalão superior, a discussão da respectiva graduação deixa de ter interesse.

F) *Um último reparo ao acórdão da Relação*

17. «A moral social sobreposição-se à da mulher», escreveu-se no acórdão da Relação.

O que quer isto dizer, Senhores Conselheiros, quando a prostituição é legalmente admitida, quando a mulher que um homem abandonou com um filho nos braços não é protegida contra a miséria?

O que quer isto dizer, Senhores Conselheiros, quando as classes economicamente débeis vivem como que à margem da sociedade «bem pensante», sem instrução que as defenda, sem bem estar que as dignifique?

Para o acórdão da Relação a «moral social» é uma expressão, um «tabu» que deve ser respeitado ainda quando não lhe corresponda qualquer conteúdo. E a esse «tabu» sacrificou um pobre homem primário, inculto e ingénuo.

Porque a Rosa não era virgem, como vem provado. E se o não era, como exigir-se-lhe que ela cumpra os ditames de uma «moral social» cuja primeira regra é a de que a virgindade se deve manter até ao casamento?

G) *A pena*

18. Quer se entenda que a pena tem um fim exclusivo de *intimidação* ou de *retribuição* (como, numa tese abandonada há dois séculos, o acórdão recorrido parece entender), quer se entenda que tem um primacial fim de *regeneração*, sempre esse objectivo seria atin-

gido, no caso dos autos, pela *suspensão* por prazo mais ou menos longo.

A suspensão da pena «é um meio de repressão moral e de coacção psicológica, resultante da ameaça do cumprimento da pena e da sua acumulação com outra em que porventura incorra o supposto beneficiário da suspensão» (Circular do Ministério da Justiça de 22-7-1893), corresponde a «uma verdadeira sanção penal» (BELEZA DOS SANTOS: *Rev. Leg. Jur.*, 73, p. 147), pelo que «o fim preventivo da pena fica devidamente assegurado com a suspensão» (L. OSÓRIO: *Comentário C. P. Penal*, V, p. 228). (Citações do ac. R. Lisboa acima referido).

A suspensão da pena é *aplicável* aos crimes de *atentado ao pudor* e de estupro, *segundo a lei geral* e por motivo estranho ao casamento — decidiram, entre outros, o cit. ac. R. Lisboa de 7-5-1954, e o ac. S. T. J. de 7-1-1953, no *B. M. J.*, 35, p. 96.

De acordo com estes princípios, aquele acórdão *suspendeu a pena*, nos termos da lei de 6-7-1893, ao autor de um crime de atentado ao pudor. Verificavam-se as circunstâncias (que neste caso se verificam igualmente) de

- o autor do crime não ter sofrido condenação por qualquer crime, e
- ter a vítima menos de 16 anos e anuído a manter relações sexuais com o arguido.

19. O recorrente é casado, tem

filhos e é o amparo único da família. Vive modestamente dum modesto salão de cabeleireiro cuja instalação está ainda a pagar. Se tiver de cumprir pena de prisão — mesmo a de 6 meses aplicada em 1.ª instância — é toda a sua vida que se destrói porque ele não possui reservas que lhe permitam manter durante esse tempo o seu pobre salão de cabeleireiro, de que é o único esteio. Terá de recommençar a vida ao sair da cadeia. Mas ser-lhe-á possível recommençá-la perto dos 60 anos e com o escândalo da prisão a que a sua profissão é particularmente sensível?

E há utilidade social em fazer cumprir ao recorrente uma pena de prisão?

Quanto a ele, a instauração deste processo, o ter-se sentado (pela primeira vez na sua vida!) no banco dos réus, a incerteza acerca do destino que lhe está reservado — constituem elementos eficientes de intimidação.

Quanto à mulher, também idosa, a prisão do marido importará o descalabro do modesto salão que é toda a sua fortuna — e será a miséria.

H) *Em conclusão*

(1) O acórdão recorrido, dando como provada a agravante do art. 398, n. 2.º do C. Pen., quando o Collectivo, em face da prova produzida em julgamento, considerou que *não concorre com o crime qualquer agravante*, violou o art. 665 C. P. Pen. e o assento de 29-6-1934;

(2) O acórdão recorrido, servindo-se, para dar como provada a agravante do art. 398, n. 2.º, do C. P. Pen., da mera circunstância de o Collectivo ter declarado que o arguido era patrão da ofendida, interpretou erradamente o referido n. 2.º, porque o facto de ser patrão ou amo *não é, por si só*, definidor de *autoridade sobre a ofendida*, conforme julgou a Relação de Lisboa no citado acórdão de 7-5-1954;

(3) As circunstâncias, provadas, da entrega voluntária da ofendida, por amor, e do não-uso de sedução, são enquadráveis, como relevantes circunstâncias atenuantes, no n. 23.º do art. 29 do C. Pen.;

(4) A existência de tais atenuantes, acrescida à das que foram dadas como provadas em 1.ª instância, sem reparo do acórdão da Relação, justificam o uso da faculdade conferida no art. 94 do C. Pen.;

(5) Tais circunstâncias, alladas às especiais da infracção, para a qual a pena imposta se afigura, até, desumana, justificam mesmo a suspensão da pena, como o art. 88 do C. Pen. permite;

(6) Deve, por isso, ser revogado o acórdão recorrido,

— baixando-se a pena ao recorrente e suspendendo-se a mesma, ou quando assim se não entenda

— usar-se da faculdade extraordinária conferida pelo art. 94 do C. Pen.

E assim se fará Justiça!

F. DE ABRANCHES-FERRÃO

Vice-presidente do Conselho Geral