

A Protecção dos Direitos da Criança no Código Penal,
Código de Processo Penal e Código de Execução de Penas:
Contributo para o seu Aprimoramento

Abreviaturas

CRM – Constituição da República de Moçambique

MP – Ministério Público

CP₂₀₁₉ – Código Penal, aprovado pela Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro de 2019

CPP₂₀₁₉ – Código de Processo Penal, aprovado pela Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro de 2019

CP₂₀₁₄ – Código Penal, aprovado pela Lei n.º 35/2014 de 31 de Dezembro

CPP₁₉₂₉ - Decreto n.º 16489 de 15 de Fevereiro de 1929 e mandado vigorar na então colónia de Moçambique pela Portaria n.º 19271, de 24 de Janeiro de 1931

LPPC – Lei de Promoção e Protecção dos Direitos da Criança, aprovada pela Lei n.º 7/2008, de 9 de Julho.

CEP – Código de Execução de Penas, aprovada pela Lei n.º 26/2019, de 27 de Dezembro.

LOJM – Lei da Organização Jurisdicional de Menores, aprovada pela Lei n.º 8/2008, de 15 de Julho.

I. Notas introdutórias e contextualização

O presente texto apresenta as principais constatações suscitadas pelas várias organizações da sociedade civil que actuam na promoção e protecção dos direitos da criança (em particular da rapariga) e da mulher¹.

As observações e comentários aqui reunidos constituem dados práticos que, na óptica da sociedade civil, representam graves lacunas no sistema protectivo dispensado à criança e à mulher no domínio penal.

Na sequência do agendamento para apreciação na II Sessão Ordinária da Assembleia da República de matérias relativas aos Código Penal², Código de Processo Penal³ e Código de Execução de Penas⁴, a sociedade civil foi convidado a contribuir com propostas com vista a aperfeiçoar estes importantes instrumentos de regulação social.

A abordagem avalia em que medida os preceitos normativos dos diplomas acima indicados garantem efectivamente os direitos fundamentais e humanos das crianças e das mulheres.

Com efeito, adopta-se como parâmetro da avaliação os padrões internacionais relativos à protecção jurídica da criança e da mulher, os princípios constitucionais e a legislação ordinária pertinente aos direitos da criança.

Não se deixa, em todo caso, de enaltecer a abertura da 1.ª Comissão da Assembleia da República para recolher a perspectiva das organizações da sociedade civil sobre um tema que constitui ainda enorme desafio na tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

¹ ROSC, FDC, WLSA, RECAC, ASCHA, Rede CAME, Rede da Criança, REFORMAR, CESC, Aliadas e Mulheres ComVida

² Aprovado pela Lei n.º 24/2019, de 24 de Dezembro de 2019, adiante designado CP₂₀₁₉.

³ Aprovado pela Lei n.º 25/2019, de 26 de Dezembro de 2019, dorovante designado CPP₂₀₁₉.

⁴ Aprovada pela Lei n.º 26/2019, de 27 de Dezembro, adiante designado CEP.

1. A questão do uso dos termos "Homem" e "menor"

Uma questão de índole formal, mas importante de destacar prende-se com o uso de expressões que, no fundo, são reveladores do sistema de patriarcado impregnado no quotidiano social e que contribuem para perpetuação de domínio hegemónico baseado no género.

No preâmbulo do CP₂₀₁₉ o legislador faz uso da expressão "Homem" com a letra inicial em maiúsculo com intuito de denominar genericamente o indivíduo da espécie humana independentemente de sexo. Todavia, não deixa de reflectir ainda uma ideia de superioridade masculina. Por isso, em homenagem ao princípio da igualdade e a necessidade de cada vez mais expurgar práticas e manifestações que reforçam esta ideia de superioridade do homem sobre a mulher, é de propor a substituição da palavra "Homem" por "ser humano", sendo que esta afigura-se menos lacónica e contribui para o tratamento igualitário do homem e da mulher.

Com mesma base preconceituosa é o uso com certa prodigalidade no texto legal da palavra "menor"⁵. A ideia de "maioridade", em contraposição a "menoridade", inculca a ideia de há uma certa idade em que a pessoa passa a ser considerada capaz de usufruir seus direitos, exercer obrigações e ser responsabilizada civil e criminalmente por seus atos. Esta concepção corresponde a *doutrina da situação irregular* que o "menor" apenas considera sujeitos de direito ou merecem a consideração judicial quando se encontrarem em uma determinada situação, caracterizada como "irregular", e assim definida em lei. Ora, esta é uma perspectiva discriminatória com respaldo legal, e que no CP₂₀₁₉ está a ser materializada.

A mesma visão está em clara oposição com a *doutrina da protecção integral*, que foi calcado nos instrumentos de direitos humanos de protecção dos direitos fundamentais das crianças e que foi expressamente sufragada pelo nosso legislador constitucional⁶. De acordo com este princípio da protecção integral da criança, esta é vista como sujeito autónomo e titular de direitos, já não como mero objecto passivo.

Desse modo, o termo "menor" não deve ser utilizado para designar ou caracterizar uma criança ou um adolescente ou jovem, pois este indivíduo já é considerado sujeitos de direitos pela legislação moçambicana⁷.

É, nesta óptica, um termo que possui uma carga pejorativa na medida em que se contrapõe ao paradigma dos direitos, ao identificar as crianças e adolescentes como indivíduos sob a

⁵ Pelo menos nos seguintes dispositivos, nomeadamente nos arts. 69, n. 1 al. c) e h), 262, 190, 164, 169, 182, 202, 203, 204, 210, 211, 212, 215, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 369, 40, n. 6, 84, todos do CP₂₀₁₉.

⁶ Vide artigo 121 da CRM.

⁷ Vide art. 47 da CRM e art. 4 da LPPC.

tutela da família ou outros responsáveis e que, por isso, não gozam de seus direitos como cidadãos.

Assim, atento a concepção de protecção integral prescrita na Constituição e na legislação ordinária de promoção e protecção da criança, somos de propor a substituição do “conceito de criança” em vez de “menor”.

2. A maioridade penal

O legislador fixou 16 anos como a idade da maioridade penal, não lhe sendo aplicável penas superiores a 12 e 8 anos em função de ser maior ou menor de 18 anos de idade, respectivamente⁸.

Ainda a maioridade penal fixada se ajuste a maior parte dos sistemas jurídico-penais, o facto é que nas actuais circunstâncias torna-se possível a imposição de medidas de privação da liberdade a crianças.

O que se propõem é que o legislador impusesse que nos casos de prática de actos de natureza delitiva, a criança apenas devesse ser sujeita a medidas sócio-educativas⁹ ou de prevenção criminal¹⁰.

Isto permitiria atenuar a situação de existir um número significativo de crianças no sistema carcerário¹¹.

3. Dos aspectos relacionados com direitos sexuais e reprodutivos

3.1. A necessidade de extensão das agravantes específicas

Atento ao modo de cometimento dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual algumas circunstâncias de carácter geral que deveriam revestir carácter de agravantes específicas, na medida em que tornam mais grave o facto criminoso e diminuem as possibilidades de defesa da vítima.

⁸ Vide arts. 48, 49 e 131, ambos do CPP₂₀₁₉.

⁹ Vide art. 92 da Lei de Promoção e de Protecção dos Direitos da Crianças e art. 9 da LEP.

¹⁰ Vide arts. 27 e seguintes da LOJM.

¹¹ Um estudo levado à cabo pela REDE DA CRIANÇA, “CRIANÇAS EM CONFLITO COM A LEI ACESSO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA E PROGRAMAS DE REABILITAÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL”, 2019, baseado nas Estatísticas do Serviço Nacional Penitenciário (SERNAP) referentes ao ano de 2018, indicava que da população penitenciária de 17.908 reclusos a nível nacional, 2.934 eram crianças e com idades entre os 16 e os 21 anos de idade, ou seja 16%, contra 13% em 2017 (2.358 de 18.185).

É comum que crimes de abuso sexual e violação sejam praticados por mais de uma pessoa, por isso se sugere a inclusão no rol das agravantes do art. 208 do CP₂₀₁₉ a inclusão deste elemento como facto de agravamento da pena.

Na mesma linha, abusos sexuais perpetrados por agente recorrendo a armas, deveriam merecer a mesma dignidade de agravante especial.

Pensamos que, igualmente, nos casos em que a vítima esteja grávida ou seja deficiente física deve merecer mais desvalor o comportamento do agente.

3.2. O problema da legitimidade para proceder a denúncias

É da matriz constitucional¹² que o exercício da acção penal dentro da organização do Estado moçambicano compete a uma entidade oficial e pública, o Ministério Público (MP). É a esta entidade que o Estado confia a função de perseguir os infratores da lei, exercendo a acção penal.

Se o pecúlio de exercer a acção penal, é em regra atribuído ao MP, também é digno de nota que o exercício dessa atribuição sofre algumas limitações em alguns tipos legais de crime dada a sua natureza. Tratam-se de limitações do exercício da acção penal pelo MP nos crimes particulares e semipúblicos nos quais o exercício da acção penal encontra-se limitado a verificação de uma condição de procedibilidade, denúncia ou queixa e acusação particular. Nos crimes referidos acima, mesmo que tome conhecimento da existência de um ilícito penal o MP não pode despoletar o competente procedimento criminal, pelo que deve aguardar pela denúncia ou queixa.

Nos crimes desta natureza, competirá em regra ao ofendido dar impulso ao competente procedimento criminal¹³. Desta sorte, existindo uma situação de incapacidade (menoridade) este poder passa ao seu representante legal¹⁴.

Tratando-se especialmente da situação das crianças, o procedimento criminal só será despoletado se houver queixa ou denúncia dos representantes legais das mesmas.

Esta questão reveste de particular importância quando relacionado com a necessidade de protecção dos direitos da criança, mormente a questão da legitimidade nos crimes sexuais.

Os crimes de natureza sexual, ou aqueles em que estão em causa a violação da liberdade e autodeterminação sexual, entre os quais se destacam os crimes de violação, trato sexual

¹² Vide artigo 234 da CRM.

¹³ Vide artigo 55 do CPP₂₀₁₉.

¹⁴ Vide alínea d) do artigo 76 do CPP₂₀₁₉

com menor de 12 anos, outros actos sexuais e outros, são profundamente ofensivos a dignidade humana da criança e com graves repercussões no desenvolvimento da criança, por isso justifica-se buscar viabilizar acções conducentes a investigação e punição dos agentes que colocam em crise o bem jurídico que se almeja proteja com a incriminação destas condutas.

A legitimidade para dar início ao competente procedimento criminal apesar do legislador (aparentemente) ter definido como regra geral que os crimes que colocam em causa a liberdade sexual revestem natureza pública, estabeleceu a algumas excepções, no que respeita aos crimes de violação, atentado ao pudor de criança com 16 anos, assédio sexual, fraude sexual, procriação artificial não consentida¹⁵.

Isto significa que boa parte dos crimes relacionados com crianças, parte significativa dos crimes são de natureza semipública, ou seja, é necessária a verificação de uma condição de procedibilidade, no caso queixa ou denúncia. Em termos práticos observa-se que, em caso de violação de uma criança de 13 anos, o procedimento criminal só será despoletado se os legítimos representantes desta prestarem a competente denúncia as entidades estatais.

É verdade que as razões que justificam a adopção de tal opção do legislador prendem-se com a necessidade de evitar a revitimização da vítima ante as consequências para o processo e para quem nele é vítima ou agente de tal exercício da acção penal. Deixa-se a cargo da vítima a soberania de decidir sobre a vontade de despoletar o competente procedimento criminal.

O facto é que não se pode escamotear a realidade social envolta em boa parte destes casos que subjazem sobre um manto de relações preconceituosas de dominação do homem sobre a mulher. O facto é que a vontade e interesse da rapariga vítima muitas vezes não é considerada e ponderada para decidir sobre a prossecução criminal ou não.

Este cenário é problemático, porquanto, o índice de pobreza disparou no país¹⁶, mais ainda, a pobreza constitui fundamento para a proliferação de uniões prematuras e abusos sexuais. A norma em exame propicia que sejam cerceados direitos da criança, mormente direito a autodeterminação sexual, isto porque, dados os índices de pobreza os seus representantes legais podem ser atraídos a firmar pactos que teoricamente aliviem a sua situação de pobreza e, nessa medida, concorrer para a impunidade de abusadores.

¹⁵ Lê-se no artigo 209 do CP₂₀₁₉ que *“nos crimes previstos na presente secção, a acção penal é pública, salvo o disposto nos artigos 201, 204, numero 1, 205, 206 e 207, em que não há lugar a procedimento criminal sem prévia denúncia do ofendido, ou dos seus pais ou adoptantes, avós, cônjuge ou pessoa com quem viva como tal, irmãos, tutores ou curadores”*. A norma acima referida, embora de redacção ligeiramente diferente é de todo coincidente com o que dispõe o artigo 223 do actual CP, termos em que, parece-nos que o legislador transplantou o actual regime para o novo código

¹⁶ Notícia disponível em <https://opais.sapo.mz/indice-de-pobreza-disparou-em-mocambique>

Sem dúvida, que abre-se campo para que sejam vilipendiados os direitos da criança, na medida em que, é retirada a “voz” a ela, e mais grave ainda, cerceia-se da sociedade o dever constitucional de reagir a situações que coloquem em causa os direitos da criança.

É preciso ter bem presente que a semelhanças de outras entidades, à luz dos compromissos internacionais assumidos¹⁷, o Estado, mormente o poder legislativo deverá em todas medidas que tomar em relação a criança deverá atender primordialmente o superior interesse da criança.

Por força das disposições acima referidas, deverá o legislador criar e aprovar leis que efectivamente protejam os direitos da criança.

Somos de opinião que, em sentido consentâneo com os compromissos internacionais e ditames constitucionais, os crimes sexuais quando praticados contra criança deveriam ter a natureza pública, podendo nesta esteira a sociedade e o Estado¹⁸ cumprir um dever de foro constitucional que é de proteger a criança.

3.3. O problema da protecção da vida intra-uterina

Com o estabelecimento da protecção da “vida intra-uterina”, tal como qualifica o legislador¹⁹, pretende-se no fundo conferir protecção jurídico-penal ao embrião ao mesmo nível da criança ou pessoa nascida e viva, o que no domínio do sistema jurídico penal é profundamente discutível²⁰.

Na verdade, pretende-se impor uma perspectiva criminalizante sobre a prática do aborto e visa impor uma visão religiosa sobre um tema de saúde pública, desconsiderando que o aborto inseguro é uma das principais causas de mortalidade materna no país, e viola diretamente os direitos constitucionais e direitos reprodutivos das mulheres protegidos no nosso ordenamento jurídico, e ainda interferir negativamente no desenvolvimento científico e tecnológico no campo da reprodução assistida.

¹⁷ Vide artigo 3 da Convenção dos Direitos da Criança, bem como do disposto a nível da CRM (nº 3 do artigo 47.

¹⁸ Vide nº 1 do artigo 121 da CRM.

¹⁹ Vide artigo 166 do CPP₂₀₁₉.

²⁰ Até porque o CC no seu artigo 166, prescreve que a personalidade jurídica só se adquire com o nascimento completo e com vida.

Há que ter bem presente que a par da necessidade do legislador de proteger a vida intra-uterina, necessário se torna noutro prisma, proteger os direitos sexuais e reprodutivos da mulher que se encontram consignados na CRM e demais legislação²¹.

Nesta esteira, havendo uma situação de aparente colisão de direitos (protecção da vida intra-uterina e os direitos sexuais reprodutivos da mulher) é necessário que a luz do princípio da proporcionalidade, se possam delimitar limites jurídicos penais de criminalização da interrupção da vida intra-uterina, evitando que sejam sacrificados em demasia os direitos da mulher.

De facto, a tipificação penal do aborto pode produzir um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma protecção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, a autonomia a integridade psíquica e física, e a saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de género. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da mortalidade. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de protecção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos”.

Foi nesta esteira que, o legislador trouxe na alínea e) do artigo 168 do CP, a possibilidade da mulher nas primeiras doze semanas de gravidez poder interromper a gestação sem que haja lugar a punição.

Pese embora, constitua a disposição acima referida um avanço, somos de opinião de que, atendendo que a formação efectiva do feto ocorre depois do quarto mês, numa perspectiva de protecção dos direitos reprodutivos da mulher, poderia ser estendido o período de interrupção até este período.

Assim, permitir-se-ia que fosse dado o fundo maior de tempo a mulher para que pudesse decidir sobre o prosseguimento da gestação ou não, sem necessariamente onerar a vida intra-uterina a que o legislador pretende acautelar.

3.4. A questão da noção do crime de trato sexual

O legislador no art. 202 do CP₂₀₁₉ estabelece como crime actos de “trato sexual com menor de doze anos”.

²¹ Vide artigo 12, 16, n. 1, al. e), ambos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e art. 14, n. 2, al. c) do Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, relativos aos Direitos da Mulher em África.

Não se percebe ao certo qual foi a intenção do legislador com a alteração do epígrafe da norma e do conteúdo da mesma, isto porque, o termo “trato sexual” adoptado pelo legislador é susceptível de se prestar a muitas confusões dada a polissemia do termo, aliado ao facto do legislador não materializar em termos concretos quais condutas estavam previstas na norma.

É preciso ter presente que as normas jurídicas, mormente as normas jurídico-penais dirigem-se a pessoas, muitas das quais leigas, termos em que a linguagem a ser adoptada nelas deve ser a mais clara possível, possibilitando desta forma que os destinatários da mesma conheça a conduta proibida pelo tipo legal de crime em questão.

Poder-se-ia pensar que a intenção do legislador ao adoptar essa expressão permitiria abarcar as inúmeras condutas susceptíveis de violar a autodeterminação sexual da criança e, nessa medida, garantir a devida censura jurídica, entretanto, analisado de forma sistemática o CP₂₀₁₉ parece-nos não fazer muito sentido esta tese, porquanto, existe de antemão o art. 203 que parece cumprir este papel.

Analisado conceptualmente o tipo em análise, parece que estamos diante daquelas situações de existência de relação sexual não consentida que seja prática contra menores de 12 anos.

Pelas razões acima descritas, pensamos que seria mais feliz o legislador se recua-se e buscase no “nomem iuris” e a previsão do crime de violação de menor de 12 anos que constava do artigo 219 do CP₂₀₁₄.

Em todo caso atento as exigências de rigor na incriminação penal, seria, em alternativa, de pensar na necessidade de exemplificar algumas condutas integradoras do conceito genérico de “trato sexual”, mencionado, entre outras, contactos e interações, que visam a estimulação e satisfação sexual do agente, mesmo se for praticado sem violência, coação ou impossibilidade de resistir.

Fica, todavia, assente que o que se pretende é que fique bem evidenciada que o tipo incriminador visa censurar o aproveitamento da inexperiência da criança, e que, tendo em conta a sua tenra idade, coloca a vítima numa posição de fragilidade, de forma a alcançar um objetivo, nomeadamente, a satisfação dos impulsos libidinosos do agente.

3.5. O tratamento da criança vítima como adulto

Ante ao disposto no art. 203 do CP₂₀₁₉, e conjugando com o disposto no art. 202, observa-se que o legislador fixou como idade para o consentimento sexual 16 anos, o que configura uma idade baixa, propiciando espaço para abusos sexuais. Nesta medida, seria curial, no

minímo, que o legislador qualifica-se de abuso os actos sexuais praticados entre criança e um adulto (pessoa com mais de 21 anos), de modo a prevenir situações de aproveitamento da inexperiência das crianças.

Por outro lado, ao fixar que actos sexuais com criança entre 14 a 16 anos, desde que não se prove a violência são puníveis com pena de 2 a 8 anos de prisão, está a dar-se o mesmo tratamento que se daria a uma vítima adulta, conforme se pode alcançar do estabelecido no art. 201.

É inconcebível que não se dispense protecção especial e distinta nestes casos, particularmente considerando os efeitos mais graves na personalidade e desenvolvimento para criança por conta desta sua condição.

Nesta medida, sugere-se que, no mínimo, a pena a aplicar nestes casos, enquadra-se na moldura penal de 8 a 12 anos, sendo que o limite de duração máxima é diminuída em dois anos (na prática o agente seria punível com uma pena de 8 a 10 anos).

3.6. Assédio sexual contra crianças

Constitui um avanço a criminalização do assédio sexual, contudo entende-se que há necessidade de estabelecer uma circunstância especial que, obviamente, deve determinar a agravação da pena prescrita no art. 205 do CP₂₀₁₉.

De facto, o fenómeno do assédio no contexto escolar, que é praticado por professores, funcionários e pelos colegas da criança, é grave e preocupante, pelo que haveria que consideração esta situação especial e definir uma incriminação específica, com agravação da pena, para alcance de medidas dissuasoras dos predadores sexuais.

3.7. A pena da prostituição de menores

Veio o legislador muito assertivamente no artigo 215 do CP₂₀₁₉ trazer a previsão do crime de prostituição de menores, constituindo além da alteração da epígrafe, inovação a agravação da moldura penal abstracta do tipo.

Se por um lado, o legislador tenha sido progressista na alteração da epígrafe e no agravamento da moldura penal abstracta, atendendo a situação de vulnerabilidade da criança pode ser agudizada em certos contextos, parece constituir um vazio, a inexistência de normas específicas que prevejam a prostituição de menores acompanhadas de outras circunstâncias que enfraquecem ainda mais a situação de vulnerabilidade da criança.

Referimo-nos a título de exemplo, as situações previstas no n.º 2 do artigo 214 do CP₂₀₁₉ que uma vez ocorrendo em situações em que seja uma criança sujeita a prostituição, defendíamos que a moldura penal abstracta deveria ser mais grave.

Há necessidade de acompanhar o agudizar da vulnerabilidade da situação da criança com medidas ou penas adequadas, mesmo para desencorajar os violadores dos direitos das crianças.

3.8. Da necessidade da agravação pelo resultado

Vem o legislador no artigo 208 do CP₂₀₁₉ trazer um pequeno número de situações no âmbito das quais os crimes constantes da secção pode ser especialmente agravados.

Da análise que se faz do tipo, denota-se que, o legislador focou a sua atenção em algumas circunstâncias ignorando situações que verdadeiramente seriam merecedoras de especial tutela, referimo-nos as situações em que estes crimes sejam praticados contra grupos vulneráveis.

Parece-nos que o legislador ignora por completo a existência destes grupos que clamam por uma especial protecção dos seus direitos.

Dada a situação de vulnerabilidade destes grupos (idosos, crianças, deficientes) haveria necessidade de se punir de forma mais agravada os crimes constantes desta secção, quando os mesmos sejam cometidos contra este grupo.

Nesta ordem de ideias, é de propor a extensão da agravação dos crimes quando sejam praticados contra idosos, deficientes, mulheres grávidas, crianças.

Por outro lado, é comum que crimes de abuso sexual e violação sejam praticados por mais de uma pessoa, por isso se sugere a inclusão no rol das agravantes do art. 208 do CP₂₀₁₉ a inclusão deste elemento como facto de agravamento da pena.

Na mesma linha, abusos sexuais perpetrados por agente recorrendo a armas, deveriam merecer a mesma dignidade de agravante especial.

4. Crimes cometidos em ambiente digital

As plataformas digitais constituem uma das maiores conquistas da humanidade, na medida em que, permitem que de forma escorreita seja partilhada informação pertinente e outros dados em tempo real permitindo desta forma que haja maior fluidez nas relações entre as pessoas.

Se por um lado as plataformas digitais constituem um ganho, num outro prisma não se pode dizer o mesmo, porquanto, as organizações criminosas tem usado destes mesmos mecanismos para cometer delitos, particularmente contra pessoas indefesas como as crianças²².

Na esteira do que dissemos supra, tem notado a doutrina mais avisada que “os abusos mais comuns contra a população infanto-juvenil perpetrados no ambiente virtual são: sedução (*grooming*), que é realizada quando se convence a criança ou adolescente a participar de situação traumática ou criminosa; mostrar cenas ou fotos pornográficas ou vídeos obscenos; produzir, distribuir ou usar materiais com cena de abuso sexual; realizar *cyberbullying*, ou seja, intimidar ou ameaçar menores de idade pela internet; estímulo ao turismo sexual; exploração comercial sexual e tráfico humano ou sexual e pedofilia”²³.

Pelo que dissemos, retira-se que, nos tempos em que vivemos a internet constitui um espaço fecundo para a prática de crimes, mormente crimes praticados contra a criança, sendo que, a preferência por este grupo vulnerável é ditada maioritariamente pela ingenuidade destas.

É de constatar que não existe um capítulo ou secção específica na qual estão previstos crimes cometidos em ambiente digital no CP.

O que temos no novo CP é uma multiplicidade de tipos legais de crimes dispersos nos quais o uso de plataformas digitais aparece como mais um meio para o cometimento, e não como crimes específicos ou autónomos.

Ainda na esteira do que dissemos, temos a anotar que, embora se reconheça que as crianças são o maior alvo das redes criminosas que actual a nível das plataformas digitais, não encontramos a nível do novo CP qualquer ilícito criminal específico destinados a tutelar os direitos das crianças em ambiente digital.

A propósito do referido supra, vale gizar que, a excepção dos tipos legais de crimes de utilização de menores em pornografia (artigo 212) e o crime de distribuição ou posse de pornografia de menores (art. 213) que dispõe ainda que de forma pálida sobre o uso de qualquer plataforma para a difusão de vídeos pornográficos, não encontramos a nível do CP₂₀₁₉ qualquer norma que tutele de forma específica os direitos da criança em ambiente digital.

²² A escolha (...) como vítimas se dá em razão de vários fatores, dentre eles: apesar de aparentar esperteza, na realidade são ingênuos, o que os leva a ser facilmente influenciados por adultos e desconhecidos; tem necessidade de atenção e afecto (...).

²³ “Os crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente virtual” artigo disponível em <https://www.google.com/amp/s/ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-69/os-crimes-sexuais-contra-criancas-e-adolescentes-no-ambiente-virtual/amp/> consultado no dia 16.10.2020 pelas 20:00 horas.

Em pleno século XXI no qual as plataformas digitais revelam-se como sendo verdadeiros campos interação humana, onde são cometidos crimes até por organizações criminosas, parece-nos que o legislador está a andar a margem desta realidade, não dando a mesma a atenção e cuidado devido.

Mais grave ainda, é a não inclusão de normas específicas tendentes a proteger os direitos da criança em ambiente digital, isto porque, a inexistência destas normas agudizam a vulnerabilidade das crianças e dão espaço e encorajam as organizações criminosas que actuam através dos meios virtuais.

Por tudo quanto dissemos, defendemos a necessidade da inclusão de delitos específicos sobre os crimes cometidos em ambiente digital, como pornografia infantil pela internet, "cyberbullying" e outras realidades criminosas que ocorrem em ambiente digital.

5. Aspectos processuais relativos ao tratamento dispensado a criança.

5.1. A inexistência de mecanismos específicos de investigação de crimes relacionados com a violação dos direitos fundamentais das crianças

É inegável que por causa do advento das plataformas digitais, o mundo ficou mais moderno. A par da modernidade trazida por estas plataformas, evoluíram também as organizações criminosas que sabem dominar as novas tecnologias e sabem que se movimentar e posicionar dentro da dinâmica da nova sociedade.

Com a evolução das organizações criminosas cresce a vulnerabilidade das crianças e de outros grupos, que se vem na mira dessas organizações.

Diante desta realidade e do risco cada vez crescente de violação dos direitos das crianças por estas organizações criminosas, levanta-se em todos os cantos do mundo, mormente em Moçambique a necessidade de se instituir mecanismos de investigação que possam proteger efectivamente os direitos da criança, interceptando potenciais situações de violação dos direitos das criança ou esclarecendo aquelas que tiverem ocorrido.

Não há dúvidas que há actualmente uma grande sofisticação das organizações criminosas que tem as crianças como alvo, entretanto por outro lado, embora não seja menos verdade que o CPP₂₀₁₉ traga no que aos mecanismos de investigação diz respeito algumas novidades, se perquirimos o CPP₂₀₁₉ num cômputo geral, denotaremos que o mesmo poderia ter aprofundando os mecanismos de persecução criminal.

Notadamente, o CPP no que aos mecanismos de investigação diz respeito ainda assenta nos métodos clássicos de investigação, que não atendem a dinâmica do crime organizado transnacional.

A título de exemplo, vivemos actualmente num mundo cada vez mais globalizado em que os criminosos já não usam do contacto interpessoal para identificarem e aliciarem as suas vitimas, os criminosos actualmente usam as plataformas digitais, que funcionam como se fossem um território sem lei, dada a deficiência de controle.

Além disso, existe a questão da Deep web, cujo conteúdo não está disponível ou indexado nos mecanismos de pesquisa comumente utilizados, como por exemplo, Google, Yahoo e Bing. Dentro da Deep Weeb, existe a Dark Web, rede mais privativa e anónima, normalmente utilizada para fins ilícitos como a exploração de pornografia infantojuvenil²⁴.

Ignorando esta realidade, o legislador não trouxe no novo CPP mecanismos investigativos que possam permitir uma cabal vigilância das plataformas virtuais por forma a que possa identificar acções de actividades criminosas que possam usando destas plataformas recrutar e aliciar crianças a ilícitos criminais de diversa natureza.

Nota-se que o legislador preferiu uma postura reactiva e não proactiva e preventiva, dado que, não previu no novo CPP a instituição de mecanismos de investigação de ilícitos criminais que possam ser praticados através da internet.

Outra questão que se levanta no que tange aos mecanismos de investigação que tem a ver com a violação dos direitos da criança, pensamos que o legislador poderia definir mecanismos efectivos de investigação de situações de violação dos direitos da criança na internet.

Ainda sobre os mecanismos de investigação de situações de violação dos direitos da criança, devemos anotar aqui que, no novo CPP no que consiste aos meios de investigação o legislador descurou totalmente da situação sensível que os crimes cometidos contra a criança trazem.

Na investigação de crimes contra criança usa-se o método tradicional que os crimes normais, sendo a título de exemplo ouvidas essas crianças por agentes ou pelo MP durante a instrução.

A semelhança do que sucedeu noutros quadrantes, pensamos que na investigação de situações de violação de direitos da criança, por forma a extrair o máximo da criança sem criar danos a mesmas, deveriam ser instituídas escutas especializadas que seriam realizadas por equipas multidisciplinares (psicólogos, assistentes sociais).

Aliado ao ponto acima referido, pensamos que, é de alterar o cenário em que a audição da criança ocorre no ambiente hostil em que decorrem as audições doutros crimes. Visando

²⁴ Domingos, Fernanda Teixeira de Souza, A obtenção das provas na investigação dos delitos de violência e exploração sexual infantil online (coord.), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2017, pág. 239.

salvaguardar a integridade psíquica da criança, seria de instituir a audição destas crianças em ambientes apropriados para sua idade.

Outrossim, interligado a questão da investigação, coloca-se a necessidade de existir audição única em situações de violação dos direitos da criança, evitando desta forma que haja revitimização constante ao longo do processo, evitando também que seja causado dano maior a integridade moral e psíquica desta criança.

5.2. Condições de reclusão de crianças

O artigo 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança, parte do quadro legal moçambicano desde o ano de 1990, ano da sua ratificação pelo Moçambique, exorta que *"nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária."* Ainda mais afirma que *"A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança devem ser efetuadas em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e pelo período de tempo mais breve possível."*

Entretanto, o art. 131 CP₂₀₁₉, realça quanto é já previsto pelo artigo 46 do CP₂₀₁₄. O artigo afirma que *"1. Se o agente não tiver completado 21 anos de idade ao tempo da perpetração do crime, não será aplicada pena superior a 12 anos de prisão. 2. Se o agente não tiver completado 18 anos ao tempo da perpetração do crime, nunca lhe será aplicada pena mais grave do que a de 8 anos de prisão."*

Sugerimos que seja inserido uma norma adicional com o seguinte conteúdo: *Sempre que se trate de criança e jovem²⁵, e em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a detenção, a reclusão ou a prisão serão efectuadas apenas como último recurso, e pelo período de tempo mais breve possível.*

Por outro lado, é preocupante a duração máxima de pena de prisão prevista para as faixas etárias 16-21 anos de idade, continuando ela elevada especialmente para as crianças²⁶.

Entre os requisitos de aplicação das alternativas a prisão, o legislador não prestou atenção à faixa etária, algo que ia conformar se aos standards internacionais de direitos humanos como as Regras de Tóquio, regras Mínimas Padrão para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade.

²⁵ Na perspectiva de influenciar a mudança de paradigma em relação a concepção em torno da criança, sugerimos que o termo "menor de 18 a 21", calcado a ideia de situação irregular do menor, seja substituído pelo termo "jovem" que se aproxima a concepção constitucional de proteção integral de menores.

²⁶ Vide Ponto 2 sobre a matéria penal.

O artigo 68 do novo Código Penal elenca, de facto, entre os requisitos de aplicação das alternativas apenas *“a) ser réu primário; b) proceder à restituição dos bens de que se tenha apropriado, se for o caso; ou tiver reparado totalmente os danos e prejuízos causados à vítima ou à comunidade com a prática do crime ou; no caso de reparação parcial, assumir a continuação da reparação ainda em falta no prazo e condições judicialmente fixados; [...]”*.

Neste sentido, sugerimos que seja inserido um preceito normativo com a seguinte redacção: *Sempre que se trate de criança e jovem, e em conformidade com as Regras de Tóquio, a aplicação das alternativas a prisão será sempre privilegiada.*

Um aspecto relaciona-se com a necessidade de reforço da Justiça infantil e Juvenil. Sugerimos que seja inserido um artigo sobre Justiça infantil e Juvenil com o seguinte conteúdo:

1. Sempre que se trate de criança e jovem, o sistema de Justiça enfatizará o bem-estar da criança e jovem, e garantirá que qualquer decisão em relação a criança e jovem infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração.

2. Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais de crianças e jovens, o sistema de Justiça usará uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça incluídos os de investigação, acusação, julgamento, sentença e das medidas complementares das decisões. 3. Os diferentes actores de justiça devem estar especialmente preparados para atender casos de crianças e jovens.

5.3. Questões relacionados com o Código de Execução de Penas

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude, melhor conhecidas como Regras de Pequim, afirmam no específico que, *“Os jovens que se encontrem em prisão preventiva estarão separados dos adultos e recolhidos a estabelecimentos distintos ou em recintos separados nos estabelecimentos onde haja detentos adultos”*.

Estranhamente, o CEP não faz nenhuma referência à separação de crianças de adultos nos estabelecimentos penitenciários.

Assim, sugerimos que sejam inseridos dois artigos:

(Separação de crianças de adultos)

As crianças encarceradas estarão separadas dos adultos e recolhidas a estabelecimentos distintos ou em recintos separados nos estabelecimentos onde haja reclusos adultos.

(Separação de crianças em prisão preventiva das crianças condenadas):

As crianças que se encontrem em prisão preventiva estarão separados das crianças condenadas e recolhidas a estabelecimentos distintos ou em recintos separados nos estabelecimentos onde haja crianças em prisão preventiva.

Por outro lado, e considerando a Regra 28 das Regras de Mandela, sugerimos que seja inserido o artigo com o seguinte teor:

Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal facto não deve constar do respetivo registo de nascimento.

Também atendendo a Regra 29 das Regras de Mandela, sugerimos que seja inserido o artigo com o seguinte teor:

1. A decisão que permite à criança ficar com o seu pai ou com a sua mãe no estabelecimento prisional deve ser baseada no melhor interesse da criança. Nos estabelecimentos penitenciários que acolhem os filhos de reclusos, devem ser tomadas providências para garantir: (a) Um infantário interno ou externo, dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado dos pais; (b) Serviços de saúde pediátricos, incluindo triagem médica no ingresso e monitoração constante de seu desenvolvimento por especialistas.

2. As crianças que se encontrem nos estabelecimentos penitenciários com os pais nunca devem ser tratadas como prisioneiras.

Ainda, tendo por base a Regra 45 das Regras de Mandela, sugerimos que seja inserido o artigo com o seguinte conteúdo normativo:

1. O confinamento solitário deve ser somente utilizado em casos excepcionais, como último recurso e durante o menor tempo possível, e deve ser sujeito a uma revisão independente, sendo aplicado unicamente de acordo com a autorização da autoridade competente. Não deve ser imposto em consequência da sentença do recluso.

2. A imposição do confinamento solitário deve ser proibida no caso de o recluso ser portador de uma deficiência mental ou física e sempre que essas condições possam ser agravadas por esta medida. A proibição do uso do confinamento solitário e de medidas similares nos casos que envolvem mulheres e crianças, como referido nos padrões e normas da Organização das Nações Unidas sobre prevenção do crime e justiça penal, continuam a ser aplicáveis.

Em atenção a Regra 26. Das Regras de Pequim. sugerimos que seja inserido o seguinte artigo:

- 1. A capacitação e o tratamento das crianças e jovens encarcerados têm por objetivo assegurar seu cuidado, proteção, educação e formação profissional para permitir-lhes que desempenhem um papel construtivo e produtivo na sociedade.*
- 2. As crianças ou jovens encarceradas receberão os cuidados, a proteção e toda a assistência necessária social, educacional, profissional, psicológica, médica e física que requeiram devido à sua idade, sexo e personalidade e no interesse do seu desenvolvimento.*

II. Síntese das recomendações

O quadro abaixo sintetiza as principais contribuições que merecerão a devida ponderação do legislador e que julga-se serem necessárias para cumprir com o desiderato constitucional de garantir uma protecção absoluta e integral a criança e as mulheres.

Constatação	Recomendação/Proposta
Uso da expressão “Homem” no Preâmbulo	➤ Substituição pelo termo “ser humano”
Uso do termo “Menor” em várias disposições, nomeadamente nos arts. 40, 84, 69, n. 1 al. c) e h), 262, 190, 164, 169, 182, 202, 203, 204, 210, 211, 212, 215, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 369,	➤ Substituição pelo termo “criança”
Maioridade Penal - arts. 48, 49, 68 e 131, ambos do CPP ₂₀₁₉ .	<ul style="list-style-type: none"> ➤ A manter-se os 16 anos, determinar que até aos 18 anos apenas se apliquem medidas sócio-educativas ou de prevenção criminal; ➤ Adopção do princípio de aplicação precípua das penas alternativas à prisão; ➤ Inserção no art. 68 de um preceito normativo com a seguinte redacção: <i>Sempre que se trate de criança e jovem, e em conformidade com as Regras de Tóquio, a aplicação das alternativas a prisão será sempre privilegiada.</i>
Legitimidade – art. 209 do CPP ₂₀₁₉	➤ Qualificação da natureza pública aos crimes cometidos contra criança
Protecção da vida intra-uterina – art. 166 do CPP ₂₀₁₉	➤ Revogação da disposição, ou reformulação para não abarcar a criminalização da interrupção voluntária da gravidez
Crime de trato sexual com menores de doze anos – art. 202 do CPP ₂₀₁₉	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Qualificação como crime de “abuso sexual de criança de doze anos”; ➤ Previsão, ainda que exemplificativa, de condutas integrantes do conceito de “abuso” (ou de “trato”) sexual, como “contactos e interações, que visam a estimulação e satisfação sexual do agente, mesmo se for praticado sem violência, coação ou impossibilidade de resistir”.

Crime de abuso sexual com menores – art. 203 do CPP ₂₀₁₉	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Previsão como conduta delitiva a prática de actos sexuais entre adulto e criança; ➤ Estabelecimento de que os abusos; sexuais perpetrados contra criança de 14 aos 16 anos, a duração máxima será até 10 anos.
Assédio sexual contra crianças – art. 205 do CP ₂₀₁₉	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Previsão especial da responsabilização do assédio em ambiente escolar, com agravação especial
Prostituição de menores – art. 215 do CP ₂₀₁₉	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agravação da pena atento a especial condição de vulnerabilidade
Agravação pelo resultado – art. 208 do CP ₂₀₁₉	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Inclusão como circunstâncias especiais, “crimes praticados por mais de uma pessoa”, “crime cometidos contra vítima vulnerável, designadamente mulher grávida ou pessoa com deficiência”
Crimes em ambiente digital	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Previsão de condutas específicas que protejam a criança de crimes cometidos em ambiente digital
Procedimentos específicos de investigação de crimes relacionados com criança	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Instituição de mecanismos de investigação de ilícitos criminais que possam ser praticados através da internet; ➤ Instituição de escutas especializadas que seriam realizadas por equipas multidisciplinares (psicólogos, assistentes sociais); ➤ Previsão do regime de audição de crianças em ambientes apropriados para sua idade e atento a natureza do crime; ➤
Condições de reclusão de crianças	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Inserção de uma norma adicional no art. 131 com o seguinte conteúdo: <i>Sempre que se trate de criança e jovem, e em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a detenção, a reclusão ou a prisão serão efectuadas apenas como último recurso, e pelo período de tempo mais breve possível;</i>

	<p>➤ Inserção de um artigo sobre Justiça infantil e Juvenil com o seguinte conteúdo:</p> <p><i>1. Sempre que se trate de criança e menor, o sistema de Justiça enfatizará o bem-estar da criança e menor, e garantirá que qualquer decisão em relação a criança e jovem infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração.</i></p> <p><i>2. Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais de crianças e jovens, o sistema de Justiça usará uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça incluídos os de investigação, acusação, julgamento, sentença e das medidas complementares das decisões.</i></p> <p><i>3. Os diferentes actores de justiça devem estar especialmente preparados para atender casos de crianças e menores.</i></p>
<p>Questões relacionados com o Código de Execução de Penas</p>	<p>➤ Inserção de dois artigos:</p> <p><i>(Separação de crianças de adultos)</i></p> <p><i>As crianças encarceradas estarão separadas dos adultos e recolhidos a estabelecimentos distintos ou em recintos separados nos estabelecimentos onde haja reclusos adultos.</i></p> <p><i>(Separação de crianças em prisão preventiva das crianças condenadas):</i></p> <p><i>As crianças que se encontrem em prisão preventiva estarão separados das crianças condenadas e recolhidas a estabelecimentos distintos ou em recintos separados nos estabelecimentos onde haja crianças em prisão preventiva.</i></p> <p>➤ Inclusão de um o artigo com o seguinte teor:</p> <p><i>Nos estabelecimentos prisionais para mulheres devem existir instalações especiais para o tratamento das reclusas grávidas, das que tenham</i></p>

acabado de dar à luz e das convalescentes. Desde que seja possível, devem ser tomadas medidas para que o parto tenha lugar num hospital civil. Se a criança nascer num estabelecimento prisional, tal facto não deve constar do respetivo registo de nascimento.

➤ *Adopção de um artigo como o seguinte teor:*

1. A decisão que permite à criança ficar com o seu pai ou com a sua mãe no estabelecimento prisional deve ser baseada no melhor interesse da criança. Nos estabelecimentos penitenciários que acolhem os filhos de reclusos, devem ser tomadas providências para garantir: (a) Um infantário interno ou externo, dotado de pessoal qualificado, onde as crianças possam permanecer quando não estejam ao cuidado dos pais; (b) Serviços de saúde pediátricos, incluindo triagem médica no ingresso e monitoração constante de seu desenvolvimento por especialistas.

2. As crianças que se encontrem nos estabelecimentos penitenciários com os pais nunca devem ser tratadas como prisioneiras.

➤ *Adopção da seguinte disposição:*

1. O confinamento solitário deve ser somente utilizado em casos excepcionais, como último recurso e durante o menor tempo possível, e deve ser sujeito a uma revisão independente, sendo aplicado unicamente de acordo com a autorização da autoridade competente. Não deve ser imposto em consequência da sentença do recluso.

2. A imposição do confinamento solitário deve ser proibida no caso de o recluso ser portador de uma deficiência mental ou física e sempre que essas condições possam ser agravadas por esta medida. A proibição do uso do confinamento solitário e de medidas similares nos casos que envolvem mulheres e crianças, como referido nos padrões e normas da Organização das Nações Unidas sobre prevenção do crime e justiça penal, continuam a ser aplicáveis.

➤ Adopção do seguinte preceito:

3. *A capacitação e o tratamento das crianças e jovens encarcerados têm por objetivo assegurar seu cuidado, proteção, educação e formação profissional para permitir-lhes que desempenhem um papel construtivo e produtivo na sociedade.*
4. *As crianças e jovens encarceradas receberão os cuidados, a proteção e toda a assistência necessária social, educacional, profissional, psicológica, médica e física que requeiram devido à sua idade, sexo e personalidade e no interesse do seu desenvolvimento.*