



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

PORNOGRAFIA DE MENORES

O CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO REALISTA DE MENOR E A (I)LEGITIMIDADE DA INCRIMINAÇÃO

Cristiano Filipe Silva Rodrigues

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

PORNOGRAFIA DE MENORES

O CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO REALISTA DE MENOR E A (I)LEGITIMIDADE DA INCRIMINAÇÃO

Cristiano Filipe Silva Rodrigues

Orientador: Professor Doutor Pedro Miguel Fernandes Freitas

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

À minha irmã!

Agradecimentos

Aos meus pais, pela educação, apoio, incentivo e investimento na minha formação pessoal e acadêmica. A eles devo tudo e sem eles não seria o que sou hoje.

À minha irmã, a quem dedico esta dissertação, o meu profundo agradecimento por ouvir as minhas lamúrias e, ainda assim, acreditar em mim e no meu trabalho.

À minha afilhada, para que possa brincar, crescer e aprender ao sabor do vento.

Ao Jorge, por ser o exemplo de que tudo é possível quando se tem ânimo e força de vontade. Acima de tudo, por me ensinar o verdadeiro significado de entrega e amizade.

Por fim, ao meu orientador, agradeço toda a disponibilidade manifestada, os sábios conselhos, as conversas e a irrefutável compreensão.

A todos,
Obrigado!

Resumo

A presente dissertação pretende promover a reflexão crítica sobre um dos temas mais complexos do Direito Penal: os limites à incriminação da pornografia de menores. Primeiro, relembremos todos os conceitos inerentes às finalidades da intervenção penal, desde a noção de bem jurídico à relação entre política-criminal e Constituição. Depois, procedemos a uma evolução histórica da legislação em matéria de criminalidade sexual, uma vez que aqui se deram as mais importantes transformações a respeito do bem jurídico objeto de tutela. Uma vez compreendido o enquadramento atual, analisamos o crime de pornografia de menores. Trataremos o conceito de pornografia infantil e as controvérsias geradas por algumas das condutas típicas. Por fim, dedicamos uma especial atenção à pseudopedopornografia, onde se questiona um possível retorno à moral sexual e os eventuais conflitos com outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: pornografia de menores; bem jurídico; criminalidade sexual; pseudopedopornografia; moral sexual; direitos fundamentais

Abstract

The following thesis aims to promote the critical reflection on one of the most intricate subjects of Criminal Law: child pornography and the limits of its incrimination. First, we recollect all the concepts inherent to the ends of criminal intervention, such as juridical asset and the connection between criminal politics and Constitution. Then, we proceed to the historical evolution of sex crimes legislation, since important transformations occurred concerning the juridical asset. Once the current framework is understood, we move on to the analysis of child pornography. We shall see the definition of child pornography and the controversies regarding some of the conducts. Finally, we pay a special attention to pseudopedopornography, where we question the eventual return to the sexual moral and potential conflicts with other fundamental rights.

Keywords: child pornography; juridical asset; sex crimes; pseudopedopornography; sexual moral; fundamental rights

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	10
Introdução	11
Capítulo I – Os fundamentos da intervenção penal	12
1. A noção de bem jurídico	12
2. Constituição e Lei Penal	13
3. As bandeiras de um Direito Penal do bem jurídico	17
Capítulo II – Enquadramento histórico do Direito Penal sexual	20
1. Evolução legislativa	20
2. Os crimes sexuais contra menores: o caso da pedopornografia	23
Capítulo III – O crime de Pornografia de Menores	26
1. O conceito de pornografia infantil	26
2. Considerações gerais sobre o bem jurídico	28
Capítulo IV – Análise da pseudopedopornografia	33
1. A “representação realista de menor”. Caracterização e modalidades	33
2. Pseudopedopornografia, a semente da discórdia	35
3. A nossa posição	39
Conclusão	42
Bibliografia / Webgrafia	43
Legislação	47
Jurisprudência	48

Lista de siglas e abreviaturas

- Ac. – Acórdão
- al./als. – alínea(s)
- art.º – artigo
- arts.º – artigos
- cfr. – conferir
- CL – Convenção de Lanzarote
- CP – Código Penal
- CPP – Código do Processo Penal
- CPPA – *Child Pornography Prevention Act* (1996)
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DL – Decreto-Lei
- DQ – Decisão-Quadro
- EUA – Estados Unidos da América
- i.e. – isto é
- LC – Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime)
- MP – Ministério Público
- n.º – número
- ONU – Organização das Nações Unidas
- p. – página
- pp. – páginas
- RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira
- RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
- séc. – século
- s.l.* – *sine loco*
- ss. – seguintes
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- TC – Tribunal Constitucional
- TIC – Tecnologias de Informação e Comunicação
- trad. – tradução
- v.* – *versus*
- Vol. – Volume

Introdução

O crime de pornografia de menores converteu-se num dos tipos legais que mais alterações sofreu nas últimas décadas. Com efeito, passou de um crime integrado no abuso sexual de crianças para um ilícito autónomo e muito mais abrangente.

Apesar de terem sido dados passos de gigante na proteção das nossas crianças, o nosso nível de preocupação quanto à bondade de algumas das alterações introduzidas no art.º 176.º, do CP, não deixa de colocar algumas questões: serão as alterações fieis à função crítica do bem jurídico no Direito Penal? Será o bem jurídico, ainda, a liberdade e autodeterminação sexual do menor? Não se terá o legislador deixado influenciar por uma opinião pública que – compreensivelmente – repulsa qualquer prática, desejo ou fantasia sexual envolvendo menores? Será a pornografia com representação realista de menor um desses casos? Estas são questões que nos comprometemos desenvolver e, no final, desejamos ter auxiliado para a sua resposta.

É importante ter em consideração, também, que na altura as TIC não tinham alcançado o nível de funcionalidades que hoje abarcam. Agora, tudo é exequível quando estamos na rede, o que não é necessariamente mau. Mas a pornografia infantil, sendo um cibercrime em sentido amplo, é largamente facilitada pelo uso das novas tecnologias, colocando à disposição de todos material que é, na verdade, um registo permanente de abusos sexuais de menores. Toda a cadeia desde a produção, distribuição e consumo apresenta, hodiernamente, proporções impensáveis e lucros incomensuráveis.

Dito isto, faremos um breve excuroso aos fundamentos legitimadores do Direito Penal e à evolução da criminalidade sexual no nosso ordenamento jurídico, com especial foco no crime de pornografia de menores, acabando com uma conceptualização e tomada de posição sobre o bem jurídico tutelado por algumas das normas previstas, em especial, a que proíbe o material pornográfico com recurso a representação realista de menor.

Capítulo I – Os fundamentos da intervenção penal

1. A noção de bem jurídico

A preocupação constante no pensamento penal em identificar o objeto das infrações criminais, enquanto critério de legitimação material do Direito Penal, reveste suma importância na definição do conceito material de crime, constituindo um elemento-chave na consideração deste como a lesão ou colocação em perigo de bens jurídico-penais.

Primeiramente, cabe-nos acautelar que o termo “bem jurídico” dificilmente será descodificado de tal forma que se possa afirmar tratar-se de um conceito fechado “capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”¹. Contudo, após várias tentativas², sedimentou-se no nosso panorama nacional uma construção teleológico-funcional e racional de bem jurídico, que vê no Direito Penal a missão de tutela subsidiária de bens jurídico-penais³.

Pese embora a tarefa praticamente impossível de subsumir o termo “bem jurídico” a um conceito fechado, este parece ter o seu conteúdo essencial já relativamente determinado. Para FIGUEIREDO DIAS, poderá definir-se bem jurídico como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁴. Para TAIPA DE CARVALHO, só deverão ser qualificados como bens jurídico-penais os “valores considerados, pelo *ethos* social comunitário, como essenciais ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade”⁵, ao passo que JESCHECK define-os como “interesses vitales de la comunidad a los que el Derecho penal otorga su protección”⁶. Por seu turno, FARIA COSTA entende bem jurídico-penal como um “pedaço da realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”⁷. Apesar da visível abundância de enunciações, comum a todas está a

¹ FIGUEIREDO DIAS, 2019, p. 130.

² Para um estudo mais aprofundado da evolução histórica do conceito de bem jurídico, cfr. *ibidem*, pp. 121 e ss.; TAIPA DE CARVALHO, 2016, pp. 57-66, e COSTA ANDRADE, 2004, pp. 42-133.

³ Assim o adscrive, desde 1995, o art.º 40.º, n.º 1, do CP: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de **bens jurídicos** e a reintegração do agente na sociedade” (negrito nosso).

⁴ FIGUEIREDO DIAS, 2019, p. 130.

⁵ TAIPA DE CARVALHO, 2016, p. 60.

⁶ JESCHECK, 2002, p. 231.

⁷ FARIA COSTA, 2015, p. 258.

identificação tendencial de um bem jurídico-penal com a proteção de direitos intrinsecamente individuais e, ainda, com a garantia das condições sociais imprescindíveis para uma sã e pacífica convivência entre os seres humanos.

Uma vez descortinado o conceito indicador de bem jurídico-penal, critério que o nosso legislador ordinário deve observar ao longo de todo o processo de (des)criminalização, percebemos as razões que infirmam a crença segundo a qual puras violações morais, de mera ordenação social ou simplesmente razões ideológicas constituem fundamento de legitimidade material do Direito Penal⁸.

2. Constituição e Lei Penal

A assunção de que cabe ao Direito Penal a função precípua de tutela de bens jurídico-penais, enquanto “condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade”⁹, padece de uma certa materialização substantiva de tal conceito. Só assim podemos afirmar que o bem jurídico é, por um lado, critério indicador pelo qual o legislador penal se deve orientar e, por outro lado, uma realidade preexistente que supera o arbítrio do mesmo¹⁰. Daí que, num Estado de Direito Democrático, pluralista e secularizado, só os bens do sistema social que se encontrem refletidos no corpo de normas da CRP adquirem a força jurídica necessária à legitimação do Direito Penal. A CRP constitui, assim, o quadro de referência dos valores passíveis de proteção penal.

Daqui retirámos a conexão necessária e implícita de que “entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força

⁸ Invoca-se aqui a celeuma em torno da incriminação do lenocínio simples, art.º 169.º, n.º 1, do CP, após a revisão de 1998 ter eliminado a referência ao aproveitamento de situação de abandono ou necessidade económica da vítima. Contra esta nova formulação, FIGUEIREDO DIAS, 2019, p. 142; VERA RAPOSO, 2003, pp. 949 e ss.; MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, p. 134. A doutrina vinha discordando da posição adotada pelo TC, nos seus sucessivos acórdãos nesta matéria, designadamente o Ac. TC n.º 144/2004, Processo n.º 566/2003, relatora: Maria Fernanda Palma, para quem a *ratio* da incriminação assentava na impossibilidade de a ordem jurídica aceitar que uma pessoa pudesse “ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem”. Subitamente, o mais recente Ac. TC n.º 134/2020, Processo n.º 1458/17, relator: Lino Rodrigues Ribeiro, em sede de fiscalização concreta, afastou-se daquela interpretação, pugnando pela inconstitucionalidade do art.º 169.º, n.º 1, do CP.

⁹ FIGUEIREDO DIAS, 2019, p. 140.

¹⁰ Será, talvez, importante introduzir aqui uma pequena nota. É certo que será no momento da introdução de um crime no catálogo das incriminações que formalmente ocorre o momento de transformação de um bem jurídico em bem jurídico-penal; porém, não deixa de merecer concordância que previamente a tal decisão já será identificável a natureza “penalmente tutelável” daquele.

de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência”¹¹. Note-se, não estamos a afirmar que o facto de um determinado bem jurídico estar sob a alçada da Constituição cria no legislador a obrigatoriedade de criminalizar qualquer conduta atentatória daquele, mas antes que o legislador fica delimitado quanto ao que não deve constituir objeto de intervenção penal¹².

Podemos, no fundo, concluir pela elegibilidade de um bem como jurídico-penal quando este diz respeito a uma condição necessária à livre realização humana e comunitária, espelhada no quadro de valores constitucionais. Estes serão, por maioria de razão, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais de natureza análoga. Mas, perante o paradoxo do Direito Penal, onde para proteção de um direito se restringem outros – *maxime*, a liberdade –, é essencial que a sua intervenção obedeça a um conjunto de requisitos (*rectius*: um regime), previstos nos arts.º 17.º e 18.º, da CRP. São estes os dois preceitos que permitem a classificação de um bem jurídico como bem jurídico-penal e, por conseguinte, que validam a decisão legislativa criminalizadora.

Desde logo, o art.º 17.º, da CRP, subordina os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais de natureza análoga ao mesmo regime, mormente o art.º 18.º, da CRP. O artigo constitui, portanto, a “*norma-chave* para a compreensão do regime constitucional dos direitos fundamentais”¹³. Uma importante lição a retirar da leitura do art.º 17.º, da CRP, é a de que “a separação dos direitos fundamentais em dois títulos não se apresenta radical”¹⁴. De uma forma geral, a hierarquização formal presente na Constituição entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais não se reflete, imperativamente, na força jurídica desses direitos.

Problema mais complexo é o da delimitação do âmbito de aplicação deste mesmo regime. Sem alongarmos muito a problemática, dir-se-á que tal regime se aplica a “todos os direitos [fundamentais] enunciados no título II, sem exceção ou distinção, sejam eles liberdades negativas, direitos ativos ou positivos, ou garantias processuais ou institucionais”¹⁵. Simultaneamente, aplica-se a certos direitos fundamentais cuja natureza

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, 2019, pp. 136-137. O autor reforça que esta relação de “analogia material” ou “mútua referência” não significa “identidade” ou “recíproca cobertura”, mas sim uma “essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins”.

¹² Nas palavras de FERREIRA DA CUNHA, 2020, p. 80, “não pode o legislador penal definir como crime condutas conformes aos princípios e normas da Constituição”.

¹³ CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 371.

¹⁴ MIRANDA & MEDEIROS, 2010, p. 303.

¹⁵ CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 373.

seja análoga à de um direito, liberdade e garantia, entendendo-se que essa natureza está presente quando um hipotético direito tem “o seu conteúdo essencialmente determinado ao nível das opções constitucionais, não dependendo da lei ordinária para se tornar líquido e certo, bem como se a sua efetivação (...) depende apenas da vontade política do Estado e não de fatores que o Estado em grande medida não domina”¹⁶. Ora, se a estes direitos com natureza análoga se aplica, necessariamente, o regime material específico dos direitos, liberdades e garantias do art.º 18.º, da CRP, suscita dúvidas a aplicabilidade do regime orgânico destes, disposto no art.º 165.º, n.º 1, da CRP. Ficaremos pela asserção de que a letra do art.º 17.º, da CRP, é mais dúbia do que parece. Note-se, uma interpretação exclusivamente literal do artigo supramencionado levaria a concluir pela aplicação do art.º 165.º, n.º 1, al. b), da CRP, também aos direitos fundamentais de natureza análoga, conquanto a leitura deste último preceito notoriamente força a uma conclusão oposta.

A própria jurisprudência constitucional, nesta matéria, foi tomando posições contraditórias, quer manifestando-se apologista de uma aplicação *ipsis verbis* do art.º 165.º, n.º 1, al. b), da CRP, aos direitos de natureza análoga, quer reservando a aplicação do regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias “à dimensão [do direito] que tiver essa natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”¹⁷. Duvidando que a intenção do legislador constituinte seja atribuir um poder excessivamente amplo à Assembleia da República¹⁸ - até porque, assim sendo, várias outras alíneas do art.º 165.º, n.º 1, da CRP, seriam redundantes face à sua al. b) – entendemos que o art.º 17.º, da CRP, apenas remete para o regime material dos direitos, liberdades e garantias, pois tal seria um desvirtuamento do espírito ínsito na respetiva norma, assim como do seu posicionamento sistemático.

Ora, determinado o âmbito de aplicação do regime específico de direitos, liberdades e garantias, importa analisar aquele que se considera ser a trave mestra de tal regime: o art.º 18.º, da CRP.

¹⁶ Cfr. MIRANDA & MEDEIROS, 2010, p. 304, exemplificando, como direitos de natureza análoga, os previstos nos arts.º 20.º, n.º 1, 21.º, 62.º, n.º 1, 206.º, entre outros, da CRP.

¹⁷ Assim, o Ac. TC n.º 329/99, Processo n.º 492/98, relator: Messias Bento, relativo ao direito de propriedade. Em sentido oposto, cfr. o Ac. TC n.º 373/91, Processo n.º 405/91, relator: Tavares da Costa, para quem “razões de ordem material” justificam a reserva de competência legislativa parlamentar no que concerne ao núcleo essencial dos direitos análogos.

¹⁸ Como observa CORREIA BAPTISTA, 2006, pp. 224-225, “a maioria dos direitos sociais tem um núcleo essencial que partilha da natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias”, pelo que tal “iria acabar por exigir lei formal para todos estes direitos”. Posição contrária parece ser a de CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 375.

A atual redação deste artigo é originária da Constituição, excetuando o aditamento feito ao n.º 3 na revisão constitucional de 1982, que consagrou a proibição do efeito retroativo das leis restritivas. Naturalmente, uma Constituição que se encontra ao serviço do Estado de Direito Democrático (comprovado pela epígrafe do art.º 2.º, da CRP) não poderia deixar de estipular uma norma como o art.º 18.º, importante ferramenta no controlo de eventuais abusos ou excessos por parte do Estado no exercício das suas competências. Para efeitos do presente estudo, interessa-nos fundamentalmente o art.º 18.º, n.º 2, da CRP¹⁹. Podemos, então, delimitar o regime constitucional específico das restrições dos direitos, liberdades e garantias, e por consequência, com grande impacto no direito de punir estatal, nos seguintes requisitos cumulativos²⁰: (a) autorização constitucional expressa da restrição²¹; (b) finalidade de salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; (c) limitação da restrição ao estritamente necessário para essa salvaguarda, não podendo aquela, em caso algum, atingir ou aniquilar o núcleo essencial do direito sacrificado; (d) obediência ao requisito da reserva de lei restritiva.

Uma leitura conjunta destes pressupostos permite deduzir que o Direito Penal, enquanto lei restritiva da liberdade e/ou do património²², só pode cominar uma sanção criminal a determinada conduta quando aquela se encontre autorizada pelo Texto Fundamental, se destine a proteger um bem jurídico refletido num “valor jurídico-constitucionalmente reconhecido”²³, seja apta a proteger esse bem jurídico, necessária à sua salvaguarda e não se revele manifestamente excessiva quando comparada com a dimensão do bem jurídico salvaguardado. No plano formal e orgânico, a intervenção penal só se encontrará justificada quando a criminalização surgir por iniciativa legislativa parlamentar, ou por decreto-lei autorizado do Governo, para efeitos do art.º 165.º, n.º 1, al. b), da CRP.

¹⁹ Para uma leitura mais exaustiva de todos os pressupostos do regime do art.º 18.º, da CRP, cfr. MIRANDA & MEDEIROS, 2010, pp. 315 e ss.

²⁰ Inspirando-nos nas condições de legitimidade constitucional das restrições descritas em CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 388.

²¹ Sobre a admissibilidade das restrições implicitamente autorizadas pelo articulado constitucional, ver MIRANDA & MEDEIROS, 2010, pp. 366-372.

²² Contrariamente ao direito à liberdade (art.º 27.º, da CRP), o direito de propriedade (art.º 62.º, da CRP) não é uma das modalidades de direitos, liberdades e garantias, em virtude da sua natureza enquanto direito económico. Ainda assim, como vimos *supra* (nota 16), por se tratar de um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, é-lhe aplicável o regime correspondente (art.º 18.º, da CRP, *ex vi* art.º 17.º, da CRP).

²³ FIGUEIREDO DIAS, 2019, p. 136.

3. As bandeiras de um Direito Penal do bem jurídico

A conceção racional e teleológico-funcional do conceito material de crime, aliada à necessidade de uma relação entre os bens jurídicos penalmente tutelados e o quadro axiológico constitucional, postula do Direito Penal um conjunto de princípios basilares que o tornam fiel à ideia de Estado de Direito.

O primeiro é, desde logo, o princípio da dignidade penal. Estamos, portanto, no âmbito da “dimensão axiológica”²⁴ do bem jurídico-penal, segundo a qual este só existe na medida em que seja a concretização de um valor – noutras palavras, “direito ou interesse”, conforme indicado no art.º 18.º, n.º 2, da CRP – constitucionalmente consagrado, referente às condições fundamentais da vida em comunidade²⁵.

Todavia, para que a intervenção punitiva se encontre justificada não bastará o intento de proteção de um bem jurídico-penal, exigindo-se, adicionalmente, que esse bem jurídico se revele carente da respetiva proteção. O apelo a esta “dimensão pragmática”²⁶, complemento inseparável da dignidade penal, traduz-se no adimplemento do princípio da necessidade (carência) de tutela penal, plasmado no aludido art.º 18.º, n.º 2, da CRP. Tal preceito, ao limitar qualquer lei restritiva de direitos fundamentais ao “necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, concretiza o princípio da proporcionalidade em sentido amplo²⁷, o que implica não só a adequação e necessidade (indispensabilidade) das sanções criminais para a salvaguarda de bens jurídicos elementares, mas também um certo equilíbrio, uma justa medida entre a sanção aplicável/aplicada e a dimensão do bem jurídico tutelado pela norma, visando assim a observância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Posto isto, o Direito Penal só deve exercer a sua função nos casos em que outros meios “se revelem insuficientes ou inadequados”²⁸ para uma tutela eficaz de bens jurídico-penais. Inversamente, quer, também, dizer que mesmo comprovada a inexistência ou ineficácia de outros meios menos onerosos para a proteção de um bem

²⁴ TAIPA DE CARVALHO, 2016, p. 65.

²⁵ De acordo com FIGUEIREDO DIAS, 2019, p. 137, “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica”.

²⁶ TAIPA DE CARVALHO, 2016, p. 65.

²⁷ Uma breve reflexão sobre este princípio e suas subdivisões encontra-se em CONCEIÇÃO CUNHA, 1995, pp. 211-212 e 230 e ss., e CANOTILHO & MOREIRA, 2007, pp. 392-393.

²⁸ FIGUEIREDO DIAS, 2019, p. 147. Esta terá sido a razão que levou o legislador, através da Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro, a descriminalizar o consumo de estupefacientes, por considerar que existiam meios mais eficazes para a proteção dos bens necessários à preservação da sociedade, colocados em perigo em virtude desse consumo. Nestes casos, seria mais importante tratar do que punir.

jurídico-penal, o recurso às sanções penais será ilegítimo se a sua convocação se revelar manifestamente excessiva face ao fim visado.

In fine, o princípio da necessidade penal inviabiliza qualquer tentativa de erigir no legislador um dever de criminalizar certa conduta, apenas e tão só por se destinar à proteção de um bem jurídico dotado de dignidade constitucional e penal, pelo que somos forçados a rejeitar a natureza absolutamente imperativa das denominadas “imposições constitucionais implícitas de criminalização”²⁹.

Esta ligação entre ambas as dimensões dos bens jurídico-penais atribui à correspondente intervenção tanto uma natureza subsidiária, i.e., de *ultima ratio*, como fragmentária³⁰, pois não almeja o Direito Penal tutelar todos os aspetos da vida social, mas somente os que apresentem uma relevância determinante para a vida em comunidade e não possam ser suficientemente tutelados por meios não penais, como sucede com os meios civis ou contraordenacionais³¹. Simultaneamente, outorgam à Constituição um papel enquanto fundamento e limite do Direito Penal.

Na jurisprudência nacional, mormente do TC, é possível encontrar um número variado de decisões que versam precisamente sobre a essencialidade dos princípios da dignidade e da necessidade penais, traços particularmente característicos de um Direito Penal do bem jurídico. Veja-se, a título de exemplo, o Ac. TC n.º 377/2015, onde se entende o art.º 18.º, da CRP, como critério prático da conformidade constitucional das incriminações. De acordo com o mesmo, é possível extrair do art.º 18.º, da CRP, duas vertentes fundamentais, onde “de acordo com a primeira, a decisão de política legislativa que se traduz na previsão de um novo tipo criminal só será conforme ao previsto no n.º 2 do artigo 18.º da CRP se o *bem jurídico* por esse novo tipo protegido se mostrar digno de tutela penal; de acordo com a segunda, a mesma decisão de política legislativa só passará pelo crivo da legitimação constitucional se o *bem jurídico* protegido pelo novo tipo incriminador se revelar *carente* de tutela penal”³².

²⁹ *Ibidem*, p. 148. Não aprofundando muito este debate, somos da opinião de TAIPA DE CARVALHO, 2016, p. 66, aceitando que a dimensão axiológico-constitucional de determinados valores talvez possa, em teoria, criar um dever de criminalização, sob pena de uma eventual inconstitucionalidade por omissão. São exemplos a vida, a integridade física e a liberdade.

³⁰ MARQUES DA SILVA, 2020, p. 75, onde se pode ler que a fragmentariedade do Direito Penal implica que “nem todos os bens jurídicos sejam por ele tutelados, nem o sejam contra todas as formas de agressão”.

³¹ Saliente-se, contudo, que não só outros ramos jurídicos constituirão verdadeiras alternativas ao Direito Penal. Neste sentido, também o serão meios e técnicas preventivas, pedagógicas ou terapêuticas, desde que assegurada a sua eficácia protetora de bens jurídicos.

³² Ac. TC n.º 377/2015, Processo n.º 658/2015, relatora: Maria Lúcia Amaral. Já o Ac. TC n.º 24/84, Processo n.º 84-0038, relator: Joaquim Costa Aroso, reconheceu uma margem de liberdade decisória ao

Uma outra idiossincrasia do Direito Penal traduz-se no respeito pelo princípio da legalidade, sediado, textualmente, no art.º 29.º, da CRP, e no art.º 1.º, do CP. O princípio da legalidade obriga, desde logo, a que qualquer facto qualificado pela lei como crime, assim como qualquer sanção que lhe esteja associada, se achem tipificados em lei anterior ao momento da sua prática³³. Trata-se da garantia concretizada pela máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, brocardo que devemos a Feuerbach, quando no séc. XIX associou esta expressão a um dos fins das penas no Direito Penal: a prevenção geral de intimidação. Não menosprezando a potencialidade dissuasora que a ameaça de pena em lei prévia deveria constituir para a prática de crimes, parece-nos, hoje, que na sociedade atual o princípio da legalidade assume uma relevância que supera o intuito da prevenção da prática de futuros crimes. É, acima de tudo, uma exigência intrínseca à ideia de Estado de Direito. Aliás, como bem explica JORGE MIRANDA, “só existe Estado de Direito quando se dá limitação material e não apenas formal do poder político, o que significa que inere à ideia de Estado de Direito a subordinação do Estado a critérios materiais que o transcendem”³⁴.

Estes são os traços fundamentais de um Direito Penal destinado a “assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica”³⁵, mediante a proteção de bens jurídicos ofendidos pela prática de um facto típico, ilícito, culposo e declarado punível em lei anterior. Indubitavelmente, a criminalidade sexual persiste no núcleo dos intensos debates que se têm suscitado em torno dos limites ao poder punitivo do Estado³⁶, influenciando de modo decisivo as alterações ao bem jurídico tutelado por tais crimes.

legislador na submissão de certos comportamentos ao escrutínio do Direito Penal, reservando o juízo de censura para os casos em que tal uso “contraria manifestamente a ordem constitucional de valores”.

³³ MARQUES DA SILVA, 2020, pp. 197 e ss.

³⁴ JORGE MIRANDA, 1978, p. 476.

³⁵ ROXIN, 2013, p. 12.

³⁶ Uma discussão que conheceu, na Alemanha, um forte impulso nas últimas décadas e esteve na base da decisão polémica do TC alemão, em 2008, na qual se afirmou não ter o princípio do bem jurídico qualquer função que obstasse à criminalização do incesto entre irmãos. Curiosamente, em alguns ordenamentos jurídicos, como os EUA, o bem jurídico não possui qualquer força limitadora das condutas sujeitas ou a sujeitar à intervenção penal. Uma visão crítica sobre as alternativas que abandonam o “dogma do bem jurídico” pode ser encontrada em *ibidem*, pp. 10-12 e 26-33.

Capítulo II – Enquadramento histórico do Direito Penal sexual

1. Evolução legislativa

Sem prejuízo daqueles que defendem a ampliação ou aplaudem o afunilamento da intervenção penal no âmbito dos crimes sexuais, perfilhamos as palavras indesmentíveis de CONCEIÇÃO CUNHA, quando refere que “o desenho típico e a inserção sistemática dos crimes sexuais espelham de modo muito impressionante o tipo de sociedade, as suas valorações e o seu estágio evolutivo”³⁷.

No CP de 1886, substituto do seu antecessor, o CP de 1852, as ofensas sexuais estavam inseridas no “Capítulo IV – Dos crimes contra a honestidade”³⁸. Notavelmente, o legislador não equacionou a possibilidade de considerar a pessoa como centro autónomo de proteção, porquanto objeto das normas incriminadoras era a imoralidade inerente a condutas como o “adultério” (art.º 401.º) ou o “ultraje público ao pudor” (art.º 390.º). A própria punição do crime de violação (art.º 393.º) poderia ser completamente aplacada pelo simples facto do ofensor casar com a vítima que, em todo o caso, seria sempre do sexo feminino³⁹. Tal não suscita, porém, grande perplexidade se considerarmos o papel da mulher numa sociedade maioritariamente pautada por critérios patriarcais que a encaravam como um “ter” e não um “ser”, um objeto cuja pureza – medida pela condição da sua virgindade, que aliás era *conditio sine qua non* do crime de estupro – determinava a sua capacidade para assegurar a descendência e o estatuto social do chefe de família.

Entretanto, em 1982, entra em vigor um novo CP. Desta vez, os crimes de natureza sexual estavam sistematicamente incorporados no “Capítulo I – Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”⁴⁰, associados, portanto, aos sentimentos de uma moral sexual coletiva. Dito isto, não parece ter havido qualquer alteração substancial deste regime comparativamente ao anterior. Fora alterações formais e uma certa política

³⁷ CONCEIÇÃO CUNHA, 2017, p. 347. Podemos, porventura, ir mais longe e atestar que o Direito Penal é o verdadeiro reflexo dos padrões culturais vigentes num determinado momento histórico, podendo seguir uma lógica mais protecionista ou, inversamente, mais liberal.

³⁸ CP de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> (consultado a 24 de novembro de 2020). Também o CP espanhol adotou esta designação, antes da Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, integrar os crimes sexuais nos “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

³⁹ O raciocínio inverso também pode aplicar-se. Se a vítima pertencia exclusivamente ao sexo feminino e o elemento “cópula” era parte integrante do tipo objetivo, então podemos seguramente afirmar a tendencial convicção de que o agente seria do sexo masculino.

⁴⁰ CP de 1982, versão original, disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/319744> (consultado a 24 de novembro de 2020).

de descriminalização e despenalização de alguns factos típicos, o fundamento dos crimes sexuais continuava a assentar num ideal semelhante à “honestidade” do CP de 1886, ou seja, num bem supraindividual ou metafísico, sem acolher realmente um bem jurídico eminentemente pessoal. Como exemplos, atente-se o art.º 205.º, n.º 3, do CP de 1982, que definia o atentado ao pudor contra menor de 14 anos com expressa menção aos “sentimentos gerais da moralidade sexual”, e o art.º 201.º, n.º 3, do mesmo diploma, que continha uma disposição completamente irrisória, certamente fruto de algumas teorias da vitimologia cujo contributo apenas serviu para a sedimentação da cultura pró-violação⁴¹, em que se previa a atenuação especial da pena do crime de violação quando se viesse a provar um qualquer contributo sensível da vítima para o facto⁴².

Não obstante, o desígnio do legislador em modernizar e liberalizar o direito penal sexual viria a tornar-se uma realidade com a primeira reforma ao CP de 1982. Operada em 1995, esta revisão consubstanciou uma total e completa mudança de paradigma da criminalidade sexual. À tutela da honestidade e bons costumes sucedeu um novo bem jurídico protegido pelas incriminações: a liberdade e a autodeterminação sexual⁴³.

Enquanto expressão de uma visão personalista, imposta por um Estado de Direito baseado na igual dignidade da pessoa humana (art.º 1.º, da CRP) e na proteção de bens jurídicos (art.º 40.º, n.º 1, do CP), a liberdade sexual surge como o único fundamento capaz de legitimar a intervenção de um Direito Penal de *ultima ratio* assente na autorrealização pessoal. Dito de outro modo, podemos afirmar que todo o pensamento-chave implícito na reforma de 1995 foi a intenção de eliminar qualquer pretensão moralizante dos crimes sexuais e, por conseguinte, interferir somente nos casos em que a liberdade de terceiros em dispor do próprio corpo e de recusarem a participação em atos sexuais indesejados fosse coartada⁴⁴.

⁴¹ VENTURA, 2015, p. 84, fala a este respeito da desculpabilização do agressor através da comparticipação da vítima no ato, associada à máxima de Ovídio – *vis grata puella* (violência que agrada a mulher).

⁴² Veja-se, a este respeito, o caso paradigmático do Ac. STJ, de 18/10/1989, Processo n.º 040268, relator: Vasco Tinoco, vulgarmente conhecido como o acórdão da “coutada do macho ibérico”.

⁴³ Entendemos, não obstante a criação de duas secções, que o bem jurídico é apenas um – a liberdade e a autodeterminação sexual. Simplesmente, enquanto que a primeira secção, destinada à tutela da liberdade sexual, protege qualquer pessoa (adulto ou menor) contra práticas sexuais realizadas sem o seu consentimento, a autodeterminação sexual está reservada para a tutela dos menores, punindo condutas que entre adultos não seriam crime – ou seriam menos graves –, de forma a assegurar o livre desenvolvimento da sua personalidade, na esfera sexual. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 711, e PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 639. Sobre estes conceitos, remetemos para o Capítulo III, secção 2, da presente dissertação.

⁴⁴ Concretizando a “proposição político-criminal segundo a qual não deve constituir crime a atividade sexual levada a cabo, em privado, por adultos que nela consentem”. Leia-se FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 708.

Este pendor liberal da reforma de 1995 levou à consideração das ofensas sexuais como verdadeiros crimes contra as pessoas⁴⁵ e, bem assim, à previsão expressa de comportamentos aptos a legitimar a intervenção penal, desde logo pela equiparação do coito anal à cópula, alargando o entendimento do conceito legal de violação. Após a revisão de 1995 ao CP, seguiram-se outras, com especial ênfase para a revisão de 1998⁴⁶ e para a de 2007⁴⁷, a quem podemos imputar a autonomização do crime que analisaremos de seguida, o crime de pornografia de menores, art.º 176.º, do CP.

Mais recentemente, o CP tem vindo a sofrer alterações legislativas importantes no domínio da criminalidade sexual, introduzidas pelas Leis n.º 83/2015, de 5 de agosto, n.º 103/2015, de 24 de agosto, n.º 101/2019, de 6 de setembro, e, também, pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, esta última incidindo sobre a incriminação da pornografia de menores, pretendendo transpor para a ordem interna imposições de cariz europeu e internacional⁴⁸.

⁴⁵ No preâmbulo do DL n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/details/normal?l=1> (consultado a 24 de novembro de 2020), sublinha-se “a deslocação dos crimes sexuais (...) para o título dos crimes contra as pessoas, (...) abandonando-se a concepção moralista (...), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais”. Ora, não sendo a moral um bem jurídico *per se*, também não podemos deduzir, sem mais, que se situa num plano completamente externo ao Direito Penal. Sobre a relação entre Direito e Moral, cfr. NATSCHERADETZ, 1985, pp. 64 e ss.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 709, assinala este período como o início da inversão da evolução trazida pela reforma de 1995 ao CP, talvez pela eliminação, naquela altura, da referência ao aproveitamento, pelo agente, de situação de abandono ou necessidade da vítima no crime de lenocínio. Ainda assim, as alterações introduzidas pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, foram importantes para a desmistificação de uma construção sexista segundo a qual era impossível, legalmente, um homem ser violado, eliminando-se a referência ao sexo feminino da vítima. A mesma revisão adjudicou, ainda, o coito oral às condutas subsumíveis ao crime de violação, prática que até então seria reconduzida ao conceito de “ato sexual de relevo”, para efeitos de preenchimento do crime de coação sexual. Já no domínio da criminalidade sexual contra menores, a revisão de 1998 acrescentou, no crime de “abuso sexual de crianças”, a punibilidade da conduta daquele que exibisse ou cedesse fotografia, filme ou gravação pornográficos envolvendo menores de 14 anos, por qualquer título ou meio, e suprimiu do crime de “abuso sexual de menores dependentes” a exigência do abuso de funções por parte do agente, bastando que o menor lhe tivesse sido confiado “para educação ou assistência”.

⁴⁷ A reforma de 2007 ao CP, a par da consagração da natureza maioritariamente pública dos crimes sexuais contra menores, viria a eliminar o tratamento diferenciado que a lei anterior fazia relativamente a atos homossexuais e heterossexuais (anteriores arts.º 174.º e 175.º, do CP). A decisão de reverter a clara discriminação em relação aos atos sexuais de tipo homossexual, onde o preenchimento do facto típico era menos exigente comparativamente aos de tipo heterossexual, veio na sequência do Ac. TC n.º 247/2005, Processo n.º 891/03, relatora: Maria João Antunes, cuja decisão culminou na inconstitucionalidade do art.º 175.º, do CP, por violação do disposto nos arts.º 13.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da CRP. Fruto da revisão de 2007 foi, também, a criação de um novo tipo legal de crime, sob a epígrafe “Recurso à prostituição de menores”, e a convalidação do crime de “Atos exibicionistas” para o crime de “Importunação sexual”, alargando o âmbito da punibilidade aos “contactos de natureza sexual”. Destarte, após a revisão de 2007 o CP possuía uma classificação tripartida de atos sexuais: (a) atos sexuais de relevo; (b) atos sexuais de especial relevo; (c) atos de natureza sexual ou exibicionista.

⁴⁸ Para uma visão holística de todos os antecedentes e evolução dos crimes sexuais, recomenda-se a obra MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, pp. 47 e ss. Para os crimes sexuais contra menores em específico, veja-se ALFAIATE, 2009, pp. 26 e ss.

2. Os crimes sexuais contra menores: o caso da pedopornografia

O tipo incriminador da pornografia de menores, introduzido pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, não configurou uma solução propriamente inédita da revisão de 2007 ao CP. Pelo menos, não em parte. Antes de 2007, alguns dos comportamentos abrangidos pelo atual art.º 176.º, do CP, já se encontravam tipificados no crime de abuso sexual de crianças, art.º 172.º, n.º 3, als. c) a e), do CP, pelo que, em bom rigor, não se tratou tanto de uma nova incriminação quanto de uma autonomização deste tipo legal.

A decisão do legislador em autonomizar este crime foi o reflexo de políticas de neocriminalização visando o combate das redes pedófilas dedicadas à exploração sexual de crianças, bem com a facilidade de acesso a este conteúdo através das TIC. Assim, para além das práticas que consistiam na verdadeira utilização de menores em espetáculos pornográficos, lesando a livre formação e desenvolvimento da sua personalidade, na esfera sexual, criminalizaram-se também condutas de forma a atacar e travar as redes de pedofilia que captam, mercantilizam e consomem esses mesmos espetáculos, lucrando mediante um aproveitamento de abusos sexuais de menores⁴⁹.

O art.º 176.º, do CP, passou ainda a considerar que vítima do crime poderá ser qualquer menor de 18 anos, diferentemente do anterior art.º 172.º, do CP, em relação ao qual o âmbito subjetivo se destinava à tutela exclusiva de menores de 14 anos. Novas modalidades típicas foram também acrescentadas, ainda que, para alguns, excedendo os limites impostos pelos crivos constitucionais de legitimidade das incriminações. Falamos, resumidamente, da mera aquisição e detenção de pedopornografia, da utilização de material pornográfico envolvendo a representação realista de um menor⁵⁰ e, ainda, da equiparação do aliciamento à efetiva utilização de menores de 18 anos, para efeitos de consumação e pena aplicável ao crime. Relativamente à simples posse de pornografia infantil, convém recordar que, até à sua consagração típica, só constituiria ilícito criminal a conduta do agente que, detendo material pornográfico de menor de 14 anos, tivesse a intenção de, posteriormente, o exibir ou ceder⁵¹.

⁴⁹ FERREIRA LEITE, 2004, p. 13, admite que “face à proliferação das redes pedófilas e dos negócios que lhe estão associados, não podemos limitar a punição aos agentes que actuem motivados pelo desejo sexual por menores”.

⁵⁰ Ver *infra*, no nosso Capítulo IV.

⁵¹ Profetizando, na altura, a possível punição do autoconsumo de pornografia de crianças, cfr. FERREIRA LEITE, 2004, p. 60. Criticando esta opção de política criminal, dada a ligação longínqua ao bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual, COSTA ANDRADE, 2009, pp. 34 e ss.

No entanto, a configuração do crime de pornografia de menores não se manteve imune às sucessivas alterações do CP em matéria de criminalidade sexual. Ulteriormente à revisão de 2007, a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto⁵², introduziu novas modificações à incriminação. Assim, a punição do agente que recorra a material pornográfico com representação realista de menor está prevista no n.º 4 do art.º 176.º, do CP, uma vez que o n.º 3 é agora reservado à circunstância agravante do uso de violência ou ameaça grave, como meio para a prática dos atos descritos no n.º 1, als. a) e b) – convertendo um crime de execução livre num crime de execução vinculada. Já o antigo n.º 4, responsável pela tão discutida incriminação da mera posse de material pedopornográfico, passou a integrar o n.º 5, com o simultâneo alargamento das modalidades de ação (prevendo também o acesso, obtenção e facilitação do acesso). A mesma lei autonomizou, ainda, no n.º 6, a punição do agente, maior de idade, que, através de sistema informático ou qualquer outro meio, assista ou facilite o acesso a espetáculo pornográfico envolvendo menores de 16 anos. Na origem de todas estas inovações presidiu a necessidade de transpor para a ordem interna as obrigações comunitárias e internacionais a que Portugal se comprometeu, tais como a CL, de 25 de outubro de 2007⁵³, aprovada e ratificada por Portugal em 2012, e a Diretiva 2011/93/UE, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil⁵⁴.

Em 2019, a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, incidiu sobre o art.º 177.º, do CP, relativo às disposições gerais de agravação da pena nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, com repercussões no crime de pedopornografia, estatuidando que a moldura penal do art.º 176.º, n.º 1, do CP, sofre um agravamento de um terço ou metade, nos seus limites mínimo e máximo, quando os factos forem praticados na presença de menor entre os 14 e os 16 anos ou na presença de menor de 14 anos, respetivamente.

A última alteração significativa ao CP em matéria de pornografia infantil ocorre por via da Lei n.º 40/2020, de 8 de agosto. Consequentemente, não só foi suprimido do art.º 176.º, n.º 6, do CP, a referência a “menores de 16 anos”, uniformizando-se toda a

⁵² Para uma melhor descrição das alterações fruto desta lei, recomendamos a consulta de MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, pp. 217-219.

⁵³ Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007, disponível em <https://rm.coe.int/168046e1d8> (consultado a 25 de novembro de 2020).

⁵⁴ Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093> (consultado a 25 de novembro de 2020). O diploma veio substituir a DQ 2004/68/JAI do Conselho, que nos termos do seu art.º 3.º, n.º 1, al. d), impunha aos Estados-Membros a criminalização da aquisição ou detenção de pornografia infantil.

incidência subjetiva deste crime, como se procedeu, no n.º 8 do art.º 176.º, a uma densificação daquilo que deve ser considerado material pedopornográfico: “considera-se pornográfico todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo”⁵⁵.

Concluindo, a amálgama de situações previstas no atual art.º 176.º, do CP, redundará nas seguintes práticas: o n.º 1, als. a) e b), pune a utilização direta de menor em espetáculo pornográfico, ocorrendo uma qualificação do crime nas situações em que o agente recorra aos modos de execução previstos no n.º 3 (violência ou ameaça grave). Em contrapartida, as als. c) e d) preveem condutas que envolvem a utilização indireta dos menores, tais como a produção, a distribuição, importação, exibição ou cedência de materiais pornográficos, e a sua aquisição ou detenção com aqueles propósitos⁵⁶. Nestas duas alíneas, a pena será atenuada quando o agente praticar os atos nelas descritos com recurso a “representação realista de menor” (n.º 4)⁵⁷. Quando o agente atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa a pena será entre 1 a 8 anos (n.º 2). Do ponto de vista do consumidor, a simples posse, sem qualquer intenção de partilha ou cedência, está prevista no n.º 5, estando o n.º 6 incumbido de punir o acesso ou facilitação do acesso, através de sistema informático⁵⁸ ou presencialmente, a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores. A moldura destes dois últimos preceitos pode, contudo, sofrer uma agravação em virtude da intenção lucrativa do agente (n.º 7). O n.º 8 carrega em si a materialização, na lei interna, do conceito de pornografia infantil.

⁵⁵ O Partido Socialista, no Projeto de Lei n.º 772/XII/4.^a (2015), já previa a introdução de um tal conceito, idêntico ao art.º 20.º, n.º 2, da CL. Esta definição não foi, no entanto, acolhida pela lei penal.

⁵⁶ Neste último caso, estamos na presença de um crime de intenção (de ato cortado) ou de “tendência interna transcendente”, por oposição aos crimes de dolo específico. O crime de aquisição ou detenção de pedopornografia, com intenção de partilha ou cedência, pressupõe um elemento subjetivo adicional de intenção de verificação de um resultado cuja concretização depende de uma ação ulterior, mas que não tem de se realizar efetivamente. Assim, PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 702.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 883, fala, por isso, numa forma de “pedopornografia privilegiada”.

⁵⁸ Sobre o que deva entender-se por “sistema informático”, atente-se o art.º 2.º, al. a), da LC, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis (consultado a 29 de dezembro de 2020).

Capítulo III – O crime de Pornografia de Menores

1. O conceito de pornografia infantil

O crime de pornografia de menores, tipificado no art.º 176.º, do CP, alude a todo um conjunto de vocábulos, desde espetáculos, fotografias, filmes ou gravações. Assim, a questão central é determinar quando é que todos estes elementos devem ser considerados pornográficos.

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil⁵⁹, define no art.º 2.º, al. c), pornografia infantil como “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”.

A Recomendação Rec (2001) 16 do Conselho da Europa, relativa à proteção das crianças contra a exploração sexual, entende-a como “todo o material que represente de forma visual uma criança envolvida num comportamento sexual explícito, uma pessoa que se aparente com uma criança envolvida num comportamento sexual explícito ou imagens realistas representando uma criança envolvida em comportamento sexual explícito”. Este novo instrumento constituiu, assim, uma novidade face ao anterior, na medida em que acrescentou a pornografia aparente e virtual ao leque de elementos considerados pedopornográficos, em paralelo com a pornografia que envolvesse a utilização real e efetiva de crianças.

Por sua vez, a DQ 2004/68/JAI do Conselho, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, no art.º 1.º, al. b), define pornografia infantil como “qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas, ou ii) pessoas reais com aspeto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos, ou iii) imagens realistas de

⁵⁹ Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, de 25 de maio de 2000, disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf, pp. 43-54 (consultado a 30 de dezembro de 2020).

crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos”.

Entretanto, esta DQ viria a ser substituída pela Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual de crianças e a pornografia infantil, que no seu art.º 2.º, al. c), entende pornografia infantil como “i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexuais explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, ou iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais”.

Já a Convenção de Budapeste do Conselho da Europa sobre o cibercrime, de 23 de novembro de 2001⁶⁰, segue um entendimento bastante semelhante, no seu art.º 9.º, n.º 2, considerando pornografia infantil “todo o material que represente visualmente: a) um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos; b) uma pessoa com aspeto de menor envolvida em comportamentos sexualmente explícitos; c) imagens realistas de um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos”.

Com a entrada do novo art.º 176º, n.º 8, do CP, a lei interna passou a considerar pornografia infantil como “todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo”. Apesar de não ser a importação literal dos variados instrumentos internacionais⁶¹, o conceito deve ainda abranger os três tipos de pedopornografia: real, aparente e virtual. Caso assim não fosse, a previsão do art.º 176.º, n.º 4, do CP, tornar-se-ia supérflua e desnecessária.

O importante, na busca por um conceito de pornografia infantil, é que “este se afigurasse satisfatório à luz dos objetivos de política criminal, mas que não excedesse a medida do necessário à tutela da liberdade sexual do menor”⁶². Logo, qualquer tentativa

⁶⁰ Convenção do Conselho da Europa sobre o cibercrime, de 23 de novembro de 2001, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf> (consultado a 18 de março de 2021).

⁶¹ Como sucede em Espanha, onde o art.º 189, n.º 1, do CP, define pornografia de menores seguindo uma cópia quase exata da Diretiva 2011/93/UE, excetuando a referência que faz à “pessoa com incapacidade necessitada de especial proteção”.

⁶² FERREIRA LEITE, 2004, p. 51.

de a caracterizar deve encontrar-se despida de qualquer moralismo ou caráter demasiado subjetivo. Também não deverá ser confundida, pensamos, com o erotismo⁶³.

2. Considerações gerais sobre o bem jurídico

O crime de pornografia de menores foi criado com o intuito de proteger de forma mais adequada e intensa todas as crianças, para o efeito menores de 18 anos. Em virtude da natureza pública do crime, incumbe ao MP o impulso da iniciativa processual, no respeito pelos princípios da legalidade e oficialidade, nos termos dos arts.º 48.º e 262.º, n.º 2, do CPP, sendo que em nenhuma circunstância o procedimento criminal se extinguirá, por prescrição, antes do ofendido ter perfazido 23 anos (art.º 118.º, n.º 5, do CP)⁶⁴.

Como vimos, o capítulo dos crimes sexuais agrupa agora duas secções: os “crimes contra a liberdade sexual” e os “crimes contra a autodeterminação sexual”. Por esse motivo, ser-se-ia tentado a dizer que estamos perante não um, mas dois bens jurídicos distintos e autónomos. A leitura, na nossa opinião, não deve ser essa.

A liberdade sexual, enquanto concretização do direito fundamental à liberdade, “apresenta-se com uma natureza complexa”⁶⁵, sendo possível distinguir uma vertente negativa (ou estática) e uma vertente positiva (ou dinâmica). No primeiro sentido, corresponderá ao “direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam”⁶⁶; na aceção inversa, trata-se da “livre disposição do sexo e do corpo para fins sexuais, ou seja, consiste na possibilidade que cada um tem de fazer as suas opções no domínio da sexualidade”⁶⁷.

Já o conceito de autodeterminação sexual, porque intimamente ligado à tutela dos menores, “parece significar um pouco mais que o de liberdade”⁶⁸. Traduz-se na capacidade do titular do bem jurídico formar uma vontade livre e esclarecida, de poder optar pelos caminhos à sua disposição ou formar o seu próprio. Nestes casos, o que se

⁶³ Como se pode ler em MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, p. 834, “a pornografia constitui, talvez, a manifestação mais imediata da sexualidade, uma vez que, ao contrário do erotismo, não estabelece mediação entre o espectador e o objeto do seu desejo. Nada é sugerido, ou sequer revelado, tudo é exibido”.

⁶⁴ Sobre a evolução histórica do menor no processo penal português, *vide* ALFAIATE, 2009, pp. 42-67.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁶⁶ NATSCHERADETZ, 1985, pp. 141-142.

⁶⁷ FERREIRA LEITE, 2004, p. 26.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 28.

pretende assegurar é o livre processo de formação da vontade do menor e de descoberta da sua sexualidade, garantindo um harmonioso desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual⁶⁹. No entanto, este conceito não deve ser, por via de uma interpretação literal, dissociado da noção de liberdade sexual. A liberdade em consentir ou rejeitar a participação em atos sexuais pressupõe, inevitavelmente, a existência da aptidão e de condições para formar uma vontade séria, livre e informada sobre o alcance, significado e natureza de tais práticas, pelo que “autodeterminação sexual” é ainda uma concretização da liberdade, neste caso, sexual, do menor⁷⁰. Se assim não fosse, seria incoerente os menores, à semelhança dos adultos, poderem ser vítimas de coação sexual ou violação, não obstante estes delitos estarem integrados na secção I, dos “crimes contra a liberdade sexual”. O bem jurídico, nestes casos, aferir-se-á atendendo às particulares características da vítima e não à inserção sistemática dos crimes⁷¹.

Sendo assim, haverá no art.º 176.º, do CP, outro ou outros interesses em causa, para além da tutela da liberdade e autodeterminação sexual dos menores? Bem, depende.

A estrutura do crime de pornografia de menores, tal como os restantes que compõem a secção II do Capítulo V, do CP, está pensada como um crime de perigo abstrato⁷², baseando-se na ideia de que as factuais descritas são suscetíveis de lesar o bem jurídico “autodeterminação sexual”. Ou seja, a lei estabelece uma presunção quase *iuris et de iure* sobre a idoneidade, segundo as regras de experiência, dos comportamentos previstos para colocar em perigo aquele bem jurídico, dispensando a sua prova. De acordo com a técnica legislativa usada, é possível enumerar um conjunto de considerações.

Em primeiro lugar, quanto às condutas que pressupõem uma relação direta com o menor, como é o caso do art.º 176.º, n.º 1, als. a) e b), do CP, entendemos estar em causa, de modo evidente, a liberdade e autodeterminação sexual do menor de 18 anos. Com efeito, a atividade do agente, seja pela sua intervenção direta nos factos ou pelo aliciamento para a sua participação, é especialmente nefasta por consistir num abuso sexual dos menores envolvidos. Arriscamos, por isso, em dizer que não só estas práticas

⁶⁹ No mesmo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 639; FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 711, e VERA RAPOSO, 2003, p. 952.

⁷⁰ ALFAIATE, 2009, p. 89. Afirmações convergentes encontramos em FERREIRA LEITE, 2011, p. 41, na qual é possível ler-se: “sem autodeterminação não poderá falar-se em verdadeira liberdade: a liberdade, nestes casos, reduzir-se-á a uma mera aparência”. Sobre isto já nos pronunciamos, subtilmente, na nota 43.

⁷¹ Discordamos, assim, da posição de MARIA SILVA DIAS, 2008, p. 215, para quem seria mais correto a criação de uma nova secção, com a epígrafe “crimes contra menores”.

⁷² Pronunciando-se sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, cfr. o Ac. TC n.º 426/91, Processo n.º 183/90, relator: Sousa e Brito.

colocarão em perigo (vertente prospetiva) a liberdade e autodeterminação sexual do menor, como raramente não ocorrerá a sua lesão (vertente retrospectiva)⁷³.

Em segundo lugar, questiona-se qual o bem jurídico tutelado pelas incriminações previstas no art.º 176.º, n.º 1, als. c) e d), do CP. O que está em causa é a punição de comportamentos conexos com o tráfico de pornografia infantil. Pune-se a conduta daquele que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder material pornográfico (fotografias, filmes ou gravações), bem como a do agente que adquira ou detenha esses materiais com os propósitos ora descritos. Sustenta-se que tais ações “não comportam uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor”⁷⁴. Inclusive, alguns autores falam numa “criminalização (...) que não pode deixar de ser iluminada por um bem jurídico supra individual diverso do da liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa”⁷⁵. Por exemplo, ANA ALFAIATE outorga ao art.º 176.º, do CP, a função de tutela da infância e juventude⁷⁶. Para FIGUEIREDO DIAS, consiste na “criminalização do comércio de material pornográfico (...) havendo uma tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor”⁷⁷. Destarte, muitas têm sido as vozes que se insurgiram a favor da submissão de alguns destes comportamentos no quadro das proibições contraordenacionais⁷⁸.

De facto, não nos parece nada despropositada a intenção do legislador em travar o comércio de fluxos de conteúdos pedopornográficos, especialmente numa altura em que o acesso às TIC permite uma extensão transnacional das redes dedicadas a este negócio, amparadas pelo anonimato conferido pelo ciberespaço e conseqüente dificuldade de identificação e perseguição destes agentes. Contudo, tratando-se de práticas altamente lucrativas, tememos que o Direito de mera ordenação social não corresponda, na maioria

⁷³ De acordo com a nossa posição, FERREIRA LEITE, 2011, pp. 54-57. Contra, identificando o objeto de tutela como sendo a infância e a juventude, ALFAIATE, 2009, p. 113. As nossas dúvidas levantam-se relativamente a menores cuja maturidade sexual possa, em certa medida, ter atingido um nível onde a conduta consentida em registar práticas sexuais, nas quais participem, não configure uma colocação em perigo do seu livre desenvolvimento da personalidade, na esfera sexual. Questionando-se relativamente a menores entre os 14 e os 18 anos, FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 880. É de salientar que a Alemanha, no seu §184 C, 4 do CP, exclui de modo incisivo a punibilidade destes comportamentos, quando praticados por menor de 18 anos com o consentimento de menor entre os 14 e os 18 anos.

⁷⁴ MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, p. 220.

⁷⁵ FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 548, a propósito do então art.º 172.º, n.º 3, al. d), do CP, o qual punia a exibição ou cedência de materiais pornográficos de crianças com idades abaixo dos 14 anos.

⁷⁶ ALFAIATE, 2009, p. 112. Seguindo o mesmo pensamento, MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, p. 832. No plano jurisprudencial, o Ac. STJ, de 17/05/2017, Processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, relator: Pires da Graça, identificou esse bem supraindividual como sendo a “proteção e defesa da dignidade de menores”.

⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 880.

⁷⁸ A título de exemplo, estando em causa menores com idade superior a 14 anos, cfr. ALFAIATE, 2009, p. 115. Quanto à conduta de exibição de material pornográfico, encontramos RUI PEREIRA, 1996, p. 48.

dos casos, a uma tutela eficaz ou suficiente⁷⁹. Para nós, o que está em causa no art.º 176.º, n.º 1, als. c) e d), do CP, é ainda a “autodeterminação sexual do menor de 18 anos”⁸⁰. A autodeterminação sexual, concluímos, é a capacidade de o menor descobrir livremente a sua sexualidade, sem interferências ou ingerências. Mas essas intromissões não se esgotam na utilização ou no aliciamento. Pelo contrário, qualquer conduta que viabilize a circulação de materiais contendo abusos sexuais de menores é uma incessante corrente de violações à autodeterminação sexual dos mesmos, pelo que só garantindo uma proteção face a estes comportamentos se logrará mitigar os “danos na esfera pessoal do menor, que decorrem da sua associação ao mercado pornográfico”⁸¹. O bem jurídico é, por isso, complexo nestas duas alíneas, tendo ainda como referência o pleno e livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular, na esfera sexual.

Desde 2007, entre as modalidades de realização do tipo legal de pornografia de menores conta-se a sua mera aquisição e detenção. Simplificando, a ausência de intenção do agente em, posteriormente, difundir tais materiais⁸² configura a prática de um crime, previsto no art.º 176.º, n.º 5, do CP, ainda que a finalidade seja o autoconsumo. A perseguição penal de quem, intencionalmente, adquirir ou detiver material pornográfico de crianças é mais uma solução neo-criminalizadora condicionada pelos compromissos internacionais assumidos por Portugal, mas não se encontra isenta de críticas por parte da doutrina. Os crimes de detenção constituem, na realidade, uma antecipação da tutela de bens jurídicos, cujo fundamento se baseia na premissa de que a posse de determinados objetos cria um perigo de lesão daqueles⁸³. Não obstante, há quem recuse a existência desse perigo no caso da simples posse de pornografia infantil.

De acordo com COSTA ANDRADE, estamos na presença de comportamentos que “só de forma longínqua e desproporcionada – e, como tais, desprovidos de *dignidade*

⁷⁹ A ONU, em 2009, estimou que a produção/distribuição de pornografia infantil acendia a valores entre 3 e 20 biliões de dólares americanos. ONU (2009). *Report of the special rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*, disponível em <https://www.refworld.org/docid/4ab0d35a2.html> (consultado a 18 de março de 2021).

⁸⁰ PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 701.

⁸¹ MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, p. 221. Identificando, de modo direto, a liberdade e autodeterminação sexual do menor nestes casos, ou a liberdade de dispor da sua imagem sexual, FERREIRA LEITE, 2011, p. 54. Entendendo que “com estas incriminações, não se configura uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor, ainda que, indiretamente, este ainda se possa entender aqui abrangido”, cfr. ANA RODRIGUES, 2011, p. 271.

⁸² A intenção de divulgação e cedência resultará, entre outros, da instalação de programas de partilha de ficheiros como o *peer-to-peer* (P2P), bem como da frequência, pelo agente, de *chats* destinados à partilha de pedopornografia, nos quais já tenha divulgado algum material anteriormente.

⁸³ A detenção de coisas enquanto ilícito criminal não é exclusivo da pedopornografia. Sucede também com a detenção de explosivos (art.º 275.º, do CP), instrumentos de escuta telefónica (art.º 276.º, do CP), armas (no âmbito dos arts.º 86.º a 89.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de fevereiro), etc.

penal – se podem ainda associar à proteção da liberdade e autodeterminação sexual de menores”⁸⁴. No mesmo sentido vai MARIA JOÃO ANTUNES, para quem a mera detenção é uma incriminação onde “se perde a referência ao bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual dos menores”⁸⁵. Já ANA ALFAIATE entende que a simples detenção não pode “justificar-se à luz, sequer, de um perigo de perigo para a infância e a juventude”⁸⁶. A montante destas opiniões reside a desconfiança de que a posse de pornografia infantil se insira num conjunto de tendências reconduzíveis à “expansão do direito penal, a absolutização da eficácia, o retorno à inocuidade, a resolução de problemas processuais através de novos tipos penais, a emergência de um direito penal do inimigo e a própria autoproteção do Estado”⁸⁷.

Existe, contudo, quem seja a favor da incriminação, embora constituindo doutrina minoritária. INÊS FERREIRA LEITE afirma que “quer os produtores não abusadores, quer os próprios consumidores, retiram para si benefícios, ainda que de natureza não económica, da prática dos crimes de abuso sexual de crianças”⁸⁸, enquanto ROXIN defende, ancorando-se num certo pragmatismo, que “a procura pela pornografia infantil pode ser diminuída caso a sua aquisição seja criminalizada”⁸⁹.

Quanto a nós, partilhamos as dificuldades em vislumbrar a proteção de um bem jurídico estritamente individual na previsão do art.º 176.º, n.º 5, do CP. É certo que, numa perspetiva meramente naturalista, os consumidores são os motores de toda a indústria pornográfica relativa a menores: “é porque existe quem esteja disposto a pagar para consumir material pornográfico (...) que surgem verdadeiras associações especializadas na produção e distribuição de tal material”⁹⁰. Contudo, a atuação individual do possuidor não é, por si só, perigosa para a autodeterminação sexual do menor, esta sim lesada no momento da produção e distribuição⁹¹. Um Direito Penal fundado no princípio da culpa

⁸⁴ COSTA ANDRADE, 2009, p. 34.

⁸⁵ ANTUNES, 2010, p. 157.

⁸⁶ ALFAIATE, 2009, p. 120.

⁸⁷ ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 198. Os autores, nas pp. 200-214, elaboram um excursão sobre todas as razões possíveis para a legitimação do crime de detenção de pornografia de menores, reconhecendo as dificuldades em legitimar o tipo legal de crime com exclusivo apelo a um bem jurídico individual.

⁸⁸ FERREIRA LEITE, 2004, p. 61. A autora afasta a presunção de que os consumidores de pedopornografia sejam sempre abusadores de menores, mas relata que “os possuidores de grandes quantidades deste material faziam parte de clubes ou associações secretas que promoviam o abuso sexual de menores”. Defendendo, também, que o bem jurídico aqui protegido é a autodeterminação sexual dos menores, “ainda que remotamente”, cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 701.

⁸⁹ ROXIN, 2013, p. 24.

⁹⁰ FERREIRA LEITE, 2004, p. 60.

⁹¹ ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 205. Sentir-se-ia tentado em esgrimir contra a nossa fundamentação o argumento da punição do consumo de estupefacientes. Porém, não só o consumo, em certas quantidades, já não é crime (constitui, hodiernamente, contraordenação – cfr. nota 28), como também há uma diferença

não pode ser conivente com a punição de condutas que só fomentarão a indústria pedopornográfica quando massificadas. Por outro lado, é desejável que a criminalização diminua a procura, mas esse decréscimo constituirá um “benefício colateral da incriminação, não se pode erigir em fundamento material do ilícito”⁹².

Por fim, que dizer da pornografia em que não sejam utilizados menores de “carne e osso”, mas antes simulações ou representações de crianças não existentes?

Capítulo IV – Análise da pseudopedopornografia

1. A “representação realista de menor”. Caracterização e modalidades

Diz-nos o art.º 176.º, n.º 4, do CP, que “ quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos”. Falamos de todo o material pornográfico no qual não tenha intervindo qualquer criança para a sua produção, mas tenha sido utilizada uma “representação realista de menor”.

O uso desta expressão é complicada, desde logo, por colocar o intérprete na incerteza sobre o âmbito do art.º 176.º, n.º 4, do CP. De facto, quando confrontamos a expressão utilizada na lei portuguesa com o instrumento internacional que lhe serviu de fonte, a DQ 2004/68/JAI do Conselho, percebemos que, para além da pornografia infantil real, integram ainda aquele conceito os materiais que representem visualmente “pessoas reais com aspeto de crianças” e as “imagens realistas de crianças não existentes”. No fundo, trata-se da pedopornografia aparente e virtual, respetivamente. A primeira consiste em qualquer material que represente uma pessoa adulta, cuja caracterização e aparência crie a impressão de se tratar de um menor. A segunda, podendo ser total ou parcial, será fruto da tecnologia gráfica e imaginação do autor, ou seja, é uma ficção/criação integral ou parcial da imagem de um menor⁹³.

significativa: a droga é um produto potencialmente danoso para terceiros, enquanto o material pornográfico de menores não é, evidentemente, uma substância perigosa.

⁹² *Ibidem*, p. 206. Em todo o caso, punir eventualmente com uma pena privativa de liberdade o consumidor de pedopornografia é, de acordo com a lógica inversa de mercado, cair no erro de responsabilizar alguém por potenciais atos de terceiros (neste caso, de quem alimenta a oferta).

⁹³ Lê-se em *ibidem*, p. 214: a pedopornografia aparente é a “produção pornográfica com participação de adultos que pelos seus traços físicos ou caracterização aparentem ser menores”, e a pedopornografia virtual são “produções pornográficas em que os supostos menores participantes ou são uma pura criação de tecnologia gráfica (designadamente informática – imagens de geração computacional) ou o são pelo menos

Questiona-se, assim, o entendimento a dar à expressão “representação realista de menor”, i.e., se a pornografia infantil virtual e aparente se encontram inseridas no atual texto do art.º 176.º, n.º 4, do CP, ou, pelo contrário, se abrange apenas a pedopornografia virtual. Na realidade, tanto a supramencionada DQ como a Convenção sobre o cibercrime reservam a expressão “realista” para a pedopornografia virtual, pelo que, em bom rigor, se diria ser essa a interpretação correta do tipo legal de crime⁹⁴. A nova estatuição do art.º 176.º, n.º 8, do CP⁹⁵, que prevê agora uma definição de pornografia infantil, veio acentuar ainda mais o problema, pairando a dúvida sobre o sentido que o legislador pretendeu atribuir às expressões “represente” e “simulados”.

Não obstante, parece-nos que a norma abarca, também, a pornografia infantil aparente⁹⁶. Repare-se, a aludida Convenção, no seu art.º 9.º, n.º 4, reservou aos Estados o direito de não punir a pseudopedopornografia, o que não sucedeu. Destarte, achamos que não se deverá distinguir aquilo que a lei não distingue⁹⁷. Adicionalmente, qualquer produção pornográfica na qual participem voluntariamente pessoas adultas (com mais de 18 anos), caracterizadas de forma a criar no consumidor a impressão de que se trata de um menor, é ainda uma “representação realista” de uma criança (menor de 18 anos). O vocábulo “realista” não deve ser, por isso, interpretado literalmente, sendo de efetuar uma interpretação teleológica de acordo com o fim da norma. O importante é a aptidão do material para iludir terceiros, levando-os a acreditar que se trata de um menor⁹⁸.

De forma a compaginar o art. 176.º, n.º 8, do CP, com o seu n.º 4, parece que quando o legislador define como pornográfico o material que “represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados”, quis referir-se ao material que utiliza, exhibe, ou pareça envolver a participação de crianças⁹⁹.

em parte (neste caso juntam imagens ou parte de imagens de menores – por exemplo colhidas de fotos de publicidade ou outros suportes – com criações de técnica gráfica: o chamado *morphing*)”.

⁹⁴ Assim, ALFAIATE, 2009, pp. 120-121, e FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 884, que defende que a representação realista inclui apenas a pedopornografia virtual parcial. Parece ser este também o entendimento de MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, pp. 835-836, ainda que surjam dúvidas sobre se não terão os autores um entendimento mais abrangente de pornografia infantil virtual.

⁹⁵ Ver o nosso Capítulo III, secção 1.

⁹⁶ Também assim, ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 215; PINTO DE ALBUQUERQUE, 2015, p. 702; ANA RODRIGUES, 2011, p. 272; VERA RAPOSO, 2003, p. 953, e MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, p. 225.

⁹⁷ Pensamos que o legislador ficou aquém de outros ordenamentos que seguiram uma terminologia mais clara e próxima dos instrumentos internacionais. Assim, o art.º 189, n.º 1, do CP espanhol, expressamente prevê, desde 2015, a criminalização da pedopornografia aparente e virtual. Também o art.º 227-23, do CP francês, incrimina o recurso à pornografia de pessoa com aspeto de criança.

⁹⁸ De acordo, MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, pp. 225-226, e ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 215.

⁹⁹ Com efeito, o vocábulo “representar”, in <https://dicionario.priberam.org/representar> (consultado a 1 de abril de 2021), assume significados como “revelar”, “mostrar”, “figurar”, “parecer ter”, entre outros.

Mas, determinar a extensão do art.º 176.º, n.º 4, do CP, não é o mesmo que formar um juízo sobre a sua (i)legitimidade.

2. Pseudopedopornografia, a semente da discórdia

Bem jurídico, dignidade penal e necessidade de pena. Estes três elementos são, como vimos no início do nosso estudo, indispensáveis à intervenção de *ultima ratio* do Direito Penal¹⁰⁰. Por conseguinte, a incriminação da pseudopedopornografia, tal e qual como está prevista no CP, só será válida quando se ateste a sua danosidade social, ou seja, quando viole bens jurídicos vitais à conservação e desenvolvimento da sociedade.

Trata-se de uma criminalização pouco consensual, mas bastante complexa, pois se é verdade que uma corrente maioritária da doutrina defende a descriminalização destas condutas, também se têm invocado argumentos de peso a favor da sua manutenção.

Desde logo, convém relembrar que a opção de criminalizar a produção e a distribuição de pseudopedopornografia não foi exclusiva do ordenamento jurídico português. Aliás, esta era uma proibição há muito prevista nos EUA, onde o CPPA de 1996, ciente do crescente e vertiginoso desenvolvimento tecnológico, estendia o conceito de pornografia infantil às representações visuais criadas ou alteradas virtualmente (*computer-generated* e *computer-enabled*) e, também, às representações visuais de pessoas que pareçam ser (*appear to be*) menores envolvidos em comportamentos sexuais explícitos. Uns anos mais tarde, o Supremo Tribunal dos EUA, em 2002, no caso *Aschroft v. Free Speech Coalition*¹⁰¹, declarou a inconstitucionalidade da previsão do diploma a respeito da pedopornografia virtual, por considerar que esta restringia a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda – o designado *protected speech*.

Apesar da grande discussão que o tema originou naquele país, nem por isso agitou a elaboração da DQ 2004/68/JAI do Conselho, pelo que na Europa se começou a verificar um abrir de portas da legislação penal às modalidades de pseudopedopornografia. Assim ocorreu em Portugal, na reforma de 2007 ao CP, como viria a ocorrer em França, onde o art.º 227-23, do CP, pune a pornografia em que participem pessoas reais com aspeto de menores, a menos que se prove a maioria dos participantes. Já Itália, antecipando-se

¹⁰⁰ Recorda-se, aqui, o nosso Capítulo I.

¹⁰¹ Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Aschroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html> (consultado a 30 de março de 2021).

a Portugal, prevê, desde 2006, no art.º 600-quarter.1, do CP, a proibição de imagens virtuais realizadas a partir de imagens ou partes de imagens de menores de 18 anos¹⁰².

Reafirma-se, assim, a transversalidade e a complexidade de abordar este tema. Por um lado, não pretendemos que o alargamento do conceito de pornografia infantil às produções que não envolvam a utilização de menores reais seja um retrocesso e, com isso, um retorno à moral e às crenças sociais do que é certo e errado. Por outro lado, não podemos ser demasiado categóricos na apologia da descriminalização, uma vez que com isso podemos estar a obnubilar o superior interesse da criança e a deixá-la indefesa perante os perigos de viver numa sociedade cada vez mais digital.

A tese que mais tem sido invocada contra a tipificação do art.º 176.º, n.º 4, do CP, é a de que “não é identificável (...) o bem jurídico que se quer tutelar, sendo claro que não é, de todo, a liberdade ou autodeterminação sexual que está em causa porquanto no caso nem menores ou outras pessoas aparentando ser menores existem”¹⁰³. Se o crime de pornografia de menores se encontra, sistematicamente, no capítulo dos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, é de esperar que os delitos aí inseridos tenham uma ligação, uma qualquer ligação, com a tutela de concretos menores. Talvez por isso alguns autores defendam que o legislador apenas quis “mascarar uma intenção moralizante”¹⁰⁴, dada a dificuldade em justificar a proibição com apelo à autodeterminação sexual, quando nem crianças reais estão envolvidas na criação do material pornográfico, ou pelo menos não o estão em parte. Fazendo nossas as palavras de VERA RAPOSO, “por muito imorais que possam ser [as fantasias sexuais com crianças], não poderão ser criminalizadas, uma vez que o mero pensamento não lesa efetivamente ninguém”¹⁰⁵.

É também com o intuito de proteger o pensamento que alguns autores se insurgem contra a incriminação da pseudopornografia relativa a crianças. Na esteira do decidido pelo Supremo Tribunal dos EUA, no caso *Aschroft v. Free Speech Coalition*, existe o receio que a norma do art.º 176.º, n.º 4, do CP, conflitue e limite, de modo intolerável, a liberdade de expressão (art.º 37.º, da CRP) e criação artística (art.º 42.º, da CRP) por causa

¹⁰² Sobre a imprecisão da definição de “imagens virtuais” prevista no art.º 600-quarter.1, do CP italiano, leia-se a sentença proferida pelo Tribunal de Milão, de 11/11/2010, disponível em <https://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=933> (consultado a 30 de março de 2021).

¹⁰³ MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, pp. 224-225. Bastante crítica é também ANTUNES, 2010, pp. 157 e ss. Utilizando esta incriminação como meio de justificar a emergência do bem jurídico supraindividual da infância e juventude nos crimes sexuais contra menores, vide ALFAIATE, 2009, p. 123.

¹⁰⁴ ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 217. Este pendor moralista está também presente nas críticas feitas por MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, p. 836, e COCCO, 2006, pp. 871 e ss., para quem só será admissível a tutela de menores de “carne e osso”.

¹⁰⁵ VERA RAPOSO, 2003, p. 953.

da inexistência de vítimas diretas deste tipo de pornografia. Assim, estaríamos perante uma intromissão ilegítima do Direito Penal em decisões do foro íntimo e pessoal de cada indivíduo, “por mais repugnante que se mostre à luz das representações sociais amplamente dominantes”¹⁰⁶.

Um outro argumento favorável à descriminalização é, também, o que encontra na representação realista de menor a consolidação de um “Direito Penal contra o vício e promotor da virtude”¹⁰⁷. Os autores veem nestas situações um excesso de securitarismo e paternalismo estatal, pernicioso por conduzir a “um direito penal de autor, com declaração de guerra ao inimigo pedófilo”¹⁰⁸.

Resumindo, a “duvidosa legitimação material”¹⁰⁹ do art.º 176.º, n.º 4, do CP, nasce da dificuldade em assacar um bem jurídico digno de tutela penal, do regresso à moral sexual e conseqüente criação de crimes sem vítima, da restrição de formas de expressão lícitas apenas por contrariarem os padrões comportamentais interiorizados pela sociedade e, ainda, da subordinação do Estado ao clima de pânico moral fabricado e exacerbado pelos casos mediáticos envolvendo práticas abusivas em contexto de pedofilia¹¹⁰.

Esta é a opinião que, na sua maioria, entoa no nosso ordenamento jurídico. Porém, como já se disse, argumentos de peso levam a questionar se não fará sentido manter a incriminação prevista no art.º 176.º, n.º 4, do CP.

O primeiro está na diferente natureza dos interesses que a pseudopornografia quis tutelar, comparativamente com o bem jurídico protegido nas representações reais de abuso sexual de menores. Com efeito, sustenta o relatório explicativo da Convenção sobre o cibercrime, parágrafo 102, que os casos de pedopornografia real “focalizam-se mais diretamente na proteção das crianças relativamente a abusos sexuais”, ao passo que a pseudopedopornografia destina-se a “proporcionar uma proteção contra um comportamento que (...) seja suscetível de incentivar ou seduzir as crianças a participarem

¹⁰⁶ ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 218. Entendimento que ficou visível também na decisão do Supremo Tribunal Federal dos EUA, no caso *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/557> (consultado a 30 de março de 2021), no qual ficou estabelecido que “um Estado não tem que dizer a um homem, sentado só na sua própria casa, que livros pode ler ou que filmes pode ver”.

¹⁰⁷ ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 217.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 884. Visão também ela preconizada por CADOPPI, 2006, pp. 71 e ss.

¹⁰⁹ LAMAS LEITE, 2016, p. 69.

¹¹⁰ Não é novidade que o tratamento sensacionalista e emotivo levado a cabo pelos meios de comunicação social, aliado à hipersexualização dos discursos, propicia sensações de hostilidade e reprovação por parte da sociedade quanto aos crimes sexuais contra crianças. Criam-se assim tendências e políticas de tolerância zero no combate à pedofilia, que podem influenciar o poder legislativo na criação de crimes que se afastam da tendência liberal e moderna que se espera de um Estado de Direito democrático. Ilustrando a pseudopedopornografia como um destes exemplos, cfr. ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 219.

de tais atos”¹¹¹. A legitimação da incriminação das representações realistas de menores assentaria, portanto, no perigo da utilização destas em processos de *grooming* (aliciamento de menores, por meios digitais, para a prática de atos de índole sexual) e no incentivo à prática de crimes sexuais contra crianças, coisificando o menor¹¹². Tudo isto conduziu, inclusive, o Supremo Tribunal do Canadá, no caso *R. v. Sharpe*, a pronunciar-se a favor da punição de qualquer tipo de pornografia infantil, independentemente da utilização efetiva de crianças¹¹³.

Em estreita conexão com o argumento que ora mencionamos, contesta-se que os avanços trazidos pelas TIC possibilitam, ou irão possibilitar num futuro próximo, a criação de imagens virtuais tão realistas que o homem médio seria incapaz de as diferenciar de imagens reais. De acordo com VAZ PATTO, a impunidade deste tipo de material levaria a que a “falsa alegação de que estejam em causa imagens virtuais possa transformar-se em fácil estratégia para evitar quaisquer condenações”¹¹⁴.

Será talvez a questão da limitação das formas de expressão e criação artística que mais tenha causado furor. Para os defensores da previsão do art.º 176.º, n.º 4, do CP, esta apresenta-se como uma “não-questão”, uma vez que “se estivesse em causa uma simples expressão de ideias (...) ou algum propósito de ordem estética, não estaríamos perante pornografia”¹¹⁵. Se a pornografia visa, exclusivamente, a excitação sexual dos seus consumidores, é impossível afirmar que se trata “da simples manifestação de uma opinião favorável ao relacionamento sexual entre crianças e adultos, que se situe no plano do debate abstrato e teórico de ideias”¹¹⁶.

¹¹¹ Relatório explicativo da Convenção sobre o cibercrime, pp. 20-22, disponível em https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portugese-ExpRep.pdf (consultado a 1 de abril de 2021).

¹¹² Afirmando que a criminalização só será legítima “na medida em que se considere que a visualização de pornografia com representação realista de criança potencia a criminalidade sexual”, cfr. CONCEIÇÃO CUNHA, 2017, p. 366.

¹¹³ Supremo Tribunal do Canadá, *R. v. Sharpe* (2001), disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do> (consultado a 1 de abril de 2021).

¹¹⁴ VAZ PATTO, 2010, p. 191.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 193. O autor estabelece aqui um paralelismo com os crimes de incitamento à guerra (art.º 236.º, do CP), de incitamento à discriminação, ódio ou à violência racial e religiosa (art.º 240.º, do CP), entre outros, isentos de qualquer contestação “na nossa como noutras ordens jurídicas da nossa área cultural”. Veja-se, neste aspeto, o art.º 197.º, n.º 5, do CP suíço, que não considera pornográficos os objetos e imagens previstos no artigo sempre que lhes for atribuído um valor cultural ou científico digno de proteção. O nosso CP não incluiu expressamente esta exceção, mas, ainda assim, há doutrina que a estende à nossa lei, como é o caso de MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, p. 225, e MIGUEZ GARCIA & CASTELA RIO, 2018, p. 834.

¹¹⁶ VAZ PATTO, 2010, p. 193.

São estas as razões que abonam a favor e contra a proibição da pornografia com representação realista de menor. Estamos, então, em condições de tecer algumas considerações a este respeito.

3. A nossa posição

De tudo o que já foi dito, o certo é que a norma constante do art.º 176.º, n.º 4, do CP, pune o agente que produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder ou adquirir ou detiver com esses propósitos, material pornográfico com representação realista de menor, e que por esta se entende qualquer produção pornográfica que envolva a participação de pessoas reais com aspeto de menor ou, ainda, imagens virtuais representando, no todo ou em parte, crianças em comportamentos explícitos para fins predominantemente sexuais.

Quanto à pedopornografia aparente, temos para nós que só podemos ser favoráveis à sua descriminalização. Note-se que o relatório explicativo da Convenção sobre o cibercrime, parágrafo 103, expressamente permitia “uma Parte a exonerar uma pessoa de responsabilidade criminal, no caso de a pessoa representada não ser um menor”. Só que isentar alguém de responsabilidade penal mediante a prova da maioridade seria tornar a incriminação redundante pois, por um lado, se a pessoa for um menor estaremos perante um caso de pedopornografia real, já punida entre nós, e, por outro lado, tratando-se de uma pessoa de idade superior a 18 anos, que livremente consentiu na produção do material, não estaremos na presença de qualquer crime, pois a pornografia constituída exclusivamente por pessoas adultas não é, e bem, uma ofensa a bens jurídicos. Por esse motivo, é-nos difícil desligar a pornografia infantil aparente da defesa “de um conceito de pureza que no imaginário social se associa à infância”¹¹⁷, o que viola claramente os cânones constitucionais da restrição legítima de direitos, *in casu*, o princípio da proporcionalidade do art.º 18, n.º 2, da CRP¹¹⁸. Da mesma forma, para quem acha que a falta de responsabilização deste tipo de pornografia é uma forma de obstar à condenação, a verdade é que o princípio *in dubio pro reo* implicará, forçosamente, a absolvição do arguido caso se demonstre impossível provar a menoridade da vítima¹¹⁹.

¹¹⁷ ARAÚJO, 2005, p. 370. ALFAIATE, 2009, pp. 122-123, aludindo a esta mesma situação, fala que a punição resulta da “exigência de ponderação de cuidado de perigo relativamente à infância e juventude”.

¹¹⁸ Assim, ALBERGARIA & LIMA, 2010, pp. 216 e ss.

¹¹⁹ MARIA SILVA DIAS, 2013, p. 95, menciona como meios de prova do elemento etário a junção da certidão de nascimento e o método da Escala de *Tanner*.

Resta-nos, assim, apurar a legitimidade da intervenção penal nos casos das imagens virtualmente geradas ou manipuladas, que representem de modo realista menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos.

Vamos orientar-nos pelos argumentos que mais predominantemente têm sido erigidos a favor da incriminação da pornografia infantil virtual, total ou parcial. Vimos que certos autores procuram ver na pseudopedopornografia a sua perigosidade para a “reputação sexual”¹²⁰ dos menores. Alertam, ainda, para a utilização deste tipo de pornografia nos processos de diminuição das resistências do menor para a prática abusiva de atos sexuais (*grooming*), convencendo-o da aparente normalidade de tais práticas¹²¹.

Quanto à presunção do perigo que a pseudopedopornografia representa para processos de *grooming*, cabe dizer que este já é, desde 2015, um crime autónomo, previsto no art.º 176.º-A, do CP. Se fosse esta a razão para punir a pornografia infantil virtual, por que razão não eliminou o legislador a norma do art.º 176.º, n.º 4, do CP? Adicionalmente, o crime de aliciamento de menores para fins sexuais apresenta já a natureza de crime de perigo abstrato, pelo que, nesse caso, a representação realista de menor significaria um crime de perigo de perigo abstrato, o que é evidentemente uma antecipação desmedida da tutela penal relativamente às exigências do art.º 18.º, n.º 2, da CRP.

Por sua vez, o argumento da perniciosidade da pornografia relativa a crianças para a dignidade das mesmas só seria válido se houvesse uma qualquer ligação com a tutela de menores “de carne e osso”, o que não é o caso na pornografia totalmente virtual. Fora os riscos de converter a dignidade humana em um bem jurídico¹²², estaríamos sempre fora do âmbito da liberdade e autodeterminação sexual dos menores¹²³.

Consequimos, até certa medida, concordar com a ideia de que o desenvolvimento das TIC permite o fabrico de imagens tão realistas que o homem médio não será capaz de distinguir a ficção da realidade. Resta, contudo, saber se será isso fundamento bastante para incriminar a pedopornografia totalmente virtual. Julgamos que não será. Ainda que se reconheça que possa desempenhar um forte fator de incentivo às tendências pedófilas, achamos que quando confrontada com a possível restrição da liberdade de expressão e criação artística¹²⁴, a conduta não reúne os requisitos de necessidade, adequação e

¹²⁰ ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 207.

¹²¹ FERREIRA LEITE, 2004, pp. 61-63.

¹²² ALBERGARIA & LIMA, 2010, pp. 210 e ss.

¹²³ No mesmo sentido, FERREIRA LEITE, 2004, pp. 63 e ss.

¹²⁴ Considerando que não será admissível estender a representação realista de menor às “áreas tidas como expressão artística, como é o caso, por exemplo, de vários tipos de banda desenhada”, MOURAZ LOPES & CAIADO MILHEIRO, 2019, p. 225.

proporcionalidade que a nossa Constituição demanda do Direito Penal¹²⁵. De facto, falamos de imagens que retratam menores envolvidos em práticas sexuais, mas cuja elaboração a ninguém lesou¹²⁶. Dizer que a distribuição de pornografia infantil totalmente virtual incentiva a prática de abusos sexuais é uma ligação tão arriscada como afirmar que a venda de brinquedos como as “pistolas de água” aumentam a procura por armas ou que “os filmes violentos contribuem para o aumento da violência”¹²⁷. Nestes casos, estaríamos a punir indivíduos e comportamentos que sabíamos nunca violarem bens jurídicos, pois essas ofensas seriam sempre mediadas por condutas de terceiros.

Por conseguinte, de todas as modalidades já vistas, aquela a que se reconhece uma certa danosidade social é a pornografia resultante da adulteração de imagens ou partes de imagens de menores reais: a pedopornografia virtual parcial. Este é o único entendimento que se mostra conciliável com o bem jurídico que se pretende proteger, ou seja, a autodeterminação sexual do menor. Com isto, não queremos dizer que o crime de pornografia de menores, por via da sua inserção sistemática, protege apenas esse bem jurídico. Mas tem de estar, de alguma forma, envolvido na formulação desta categoria de crime. Caso contrário, não haverá forma de delinear a fronteira entre uma lei protetora das crianças e uma lei paternalista que pune as pessoas por aquilo que são, ou pior, por aquilo que podem eventualmente vir a ser.

Por tudo isto, mostramo-nos favoráveis à descriminalização da pedopornografia virtual total e aparente. O nexos causal entre o consumo desta pornografia e os abusos sexuais efetivamente cometidos é demasiado indeterminado, e socorrer-se do princípio jurídico da precaução, por ser mais fácil acreditar que o nexos existe, será “porventura justificável face a *atividades* perigosas, mas não, pelo menos quando nos queiramos afastar de um direito penal da suspeita, face a *sujeitos* eventualmente perigosos”¹²⁸.

¹²⁵ Sobre a influência destes conceitos na regulação da intervenção penal, cfr. o nosso Capítulo I, secção 3.

¹²⁶ Nesse caso, a lei estaria a punir a produção das imagens com base no seu conteúdo e não com o horizonte de proteção das crianças. Seria apenas mais um instrumento de perseguição e inibição das fantasias sexuais dos indivíduos que não colocam, de forma imediata e clara, ninguém em perigo. Também assim, HESSICK, 2016, p. 182.

¹²⁷ FERREIRA LEITE, 2004, p. 65.

¹²⁸ ALBERGARIA & LIMA, 2010, p. 204. Em sentido oposto, VAZ PATTO, 2010, pp. 192 e ss.

Conclusão

Findo o presente estudo, acreditamos estar em condições de responder às questões por nós colocadas inicialmente.

1) *Serão as alterações fieis à função crítica do bem jurídico no Direito Penal?*

Julgamos que a decisão em autonomizar o crime de pornografia de menores, alargando o seu espectro de proteção até aos menores de 18 anos, é de aplaudir e merece a nossa concordância. A liberdade e autodeterminação sexual é um bem jurídico-penal, cuja tutela apenas pode ser assegurada por via da incriminação das condutas que a lesem ou coloquem em perigo.

2) *Será o bem jurídico, ainda, a liberdade e autodeterminação sexual do menor?*

A verdade é que a evolução do tempo e da tecnologia tornou a comissão deste crime mais fácil e, por inerência, a sua perseguição mais difícil. Manifestamos, porém, as nossas reservas em identificar um exclusivo bem jurídico individual na simples detenção de pedopornografia e nos casos onde esta envolva a representação realista de menor.

3) *Não se terá o legislador deixado influenciar por uma opinião pública que repulsa qualquer prática, desejo ou fantasia sexual envolvendo menores?* O legislador não é uma entidade metafísica e perfeita. São pessoas, eleitas democraticamente, que não estão imunes às suas próprias crenças, ainda que se espere que não as coloquem na base das suas decisões. Não cremos que o legislador se tenha deixado influenciar. Se é verdade que a opinião pública é cada vez mais chamada a legislar, a sua influência não terá sido maior do que a dos instrumentos europeus e internacionais nesta matéria.

4) *Será a pornografia com representação realista de menor um desses casos?* A resposta a este problema é, como vimos, complexa. A representação realista de menor engloba dois tipos diferentes de pornografia, uma delas suscetível de subdivisões. Como tal, a solução dependerá de uma avaliação casuística e, porventura, mais profunda do que a que aqui fizemos. Não obstante, achamos que a pedopornografia aparente não tutela, direta ou indiretamente, a autodeterminação sexual dos menores. O mesmo se passa nas criações totalmente virtuais. De um ponto de vista retrospectivo, não ocorreu qualquer lesão a um bem jurídico; de um ponto de vista prospetivo, é forçado presumir que os consumidores desta pornografia irão, com elevado grau de certeza, abusar sexualmente de menores.

Bibliografia / Webgrafia

ALBERGARIA, Pedro Soares de & LIMA, Pedro Mendes (2010). “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?”, *in Revista Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 195-220.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª edição (atualizada), Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALFAIATE, Ana Rita (2009). *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa (2009). *Bruscamente no Verão Passado: A Reforma do Código do Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa (2004). *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*. 2.ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, Maria João (2010). “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, *in Revista Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 153-161.

ARAÚJO, António de (2005). *Crimes sexuais contra menores: entre o Direito Penal e a Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

BAPTISTA, Eduardo Correia (2006). *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito Português*. s.l.: Edições Almedina.

CADOPPI, Alberto (2006). *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*. 4.ª edição, Milano: CEDAM.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4.ª edição (revista), Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, Américo Taipa de (2016). *Direito Penal, Parte Geral: Questões Fundamentais/Teoria Geral do Crime*. 3.^a edição, Porto: Universidade Católica Editora.

COCCO, Giovanni (2006). “Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno XLIX, n.º 3, pp. 863-890.

COSTA, José de Faria (2015). *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*. 4.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (1995). *Constituição e Crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Editora.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da (2017). “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, in *RJLB*, Ano 3, n.º 23.

CUNHA, Paulo Ferreira da (2020). *Crimes & Penas: Filosofia Penal. s.l.:* Edições Almedina.

DIAS, Jorge de Figueiredo (1999). *Comentário Conimbricense ao Código Penal*. Tomo I, 1.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo (2019). *Direito Penal, Parte Geral: Questões Fundamentais/A Doutrina Geral do Crime*. Tomo I, 3.^o edição, Coimbra: Gestlegal Editora.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva (2008). “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos crimes contra a liberdade sexual”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 8 (especial), pp. 213 a 279.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva (2013). “Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in *Revista do MP*, ano 34, n.º 136, pp. 59-97.

GARCIA, Miguez & RIO, J.M. Castela (2018). *Código Penal: Parte geral e especial*. 3.ª edição (atualizada), Coimbra: Edições Almedina.

HESSICK, Carissa Byrne (2016). *Refining Child Pornography Law: Crime, Language, and Social Consequences*. s.l.: University of Michigan Press.

JESCHECK, Hans Heinrich (2002). *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (trad. Miguel Olmedo Cardenete). 5.ª edição, Granada: Edições Comares.

LEITE, André Lamas (2016). “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, in *Revista Julgar*, n.º 26, pp. 61-74.

LEITE, Inês Ferreira (2004). *Pedofilia: Repercussões das novas formas de criminalidade na Teoria Geral da Infracção*. Coimbra: Edições Almedina.

LEITE, Inês Ferreira (2011). “A tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Julgar*, ano 21, n.º 1, pp. 29-94.

LOPES, José Mouraz & MILHEIRO, Tiago Caiado (2019). *Crimes Sexuais: Análise Substantiva e Processual*. 2.ª edição, Coimbra: Edições Almedina.

MIRANDA, Jorge (1978). *A Constituição de 1976: Formação, Estrutura e Princípios Fundamentais*. Lisboa: Edições Petrony.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui (2010). *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo I, 2.ª edição (revista), Coimbra: Wolters Kluwer Portugal.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz (1985). *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Edições Almedina.

ONU (2009). *Report of the Special Rapporteur on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, disponível em <https://www.refworld.org/docid/4ab0d35a2.html> (consultado a 18 de março de 2021).

PATTO, Pedro Vaz (2010). “Pornografia infantil virtual”, in *Revista Julgar*, n.º 12 (especial), pp. 183-194.

PEREIRA, Rui Carlos (1996). “Liberdade Sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal”, in *Sub Iudice*, n.º 11, pp. 41-48.

RAPOSO, Vera Lúcia (2003). “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 931-962.

Relatório explicativo da Convenção sobre o cibercrime, disponível em https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portugese-ExpRep.pdf (consultado a 1 de abril de 2021).

RODRIGUES, Ana Paula (2011). “Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 15, pp. 261-291.

ROXIN, Claus (2013). “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova” (trad. Susana Aires de Sousa), in *RPCC*, ano 23, n.º 1, pp. 7-43.

SILVA, Germano Marques da (2020). *Direito Penal Português: Introdução e Teoria da Lei Penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

VENTURA, Isabel (2015). “Um corpo que seja seu: podem as mulheres (não) consentir?”, in *Revista Ex Aequo*, n.º 31, pp. 75-89.

Legislação

Código Penal de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> (consultado em 24 de novembro de 2020).

Código Penal de 1982, versão original, disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/319744> (consultado a 24 de novembro de 2020).

Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de outubro de 2007, disponível em <https://rm.coe.int/168046e1d8> (consultado a 25 de novembro de 2020).

Convenção do Conselho da Europa sobre o cibercrime, de 23 de novembro de 2001, disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf> (consultado a 18 de março de 2021).

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/185720/details/normal?l=1> (consultado a 24 de novembro de 2020).

Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093> (consultado a 25 de novembro de 2020).

Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime), disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis (consultado a 29 de dezembro de 2020).

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, de 25 de maio de 2000, disponível em https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf, pp. 43-54 (consultado a 30 de dezembro de 2020).

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/10/1989, Processo n.º 040268, relator: Vasco Tinoco.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/05/2017, Processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1, relator: Pires da Graça.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 24/84, Processo n.º 84-0038, relator: Joaquim Costa Aroso.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 373/91, Processo n.º 405/91, relator: Tavares da Costa.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, Processo n.º 183/90, relator: Sousa e Brito.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 329/99, Processo n.º 492/98, relator: Messias Bento.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/2004, Processo n.º 566/2003, relatora: Maria Fernanda Palma.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 247/2005, Processo n.º 891/03, relatora: Maria João Antunes.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015, Processo n.º 658/2015, relatora: Maria Lúcia Amaral.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 134/2020, Processo n.º 1458/17, relator: Lino Rodrigues Ribeiro.

Supremo Tribunal do Canadá, *R. v. Sharpe* (2001), disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do> (consultado a 1 de abril de 2021).

Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Aschroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html> (consultado a 30 de março de 2021).

Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/557> (consultado a 30 de março de 2021).

Tribunal de Milão, de 11/11/2010, disponível em <https://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=933> (consultado a 30 de março de 2021).