

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa |

Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Forense



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**PORNOGRAFIA DE MENORES: UMA OPÇÃO NEOCRIMINALIZADORA
DO ESTADO PORTUGUÊS?**

MARIANA SOFIA VENTURA SANTOS

Dissertação elaborada sob a orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, março de 2023

Ao meu sobrinho, recém-chegado a este mundo

Agradecimentos iniciais

Seria imprescindível finalizar esta tese de mestrado sem agradecer a todos aqueles que me apoiaram ao longo desta jornada, ajudando-me a superar algumas angústias que marcaram este meu percurso e a dar força constante para terminar mais uma etapa da minha vida, acima de tudo, com um sentimento de profunda realização, que sempre ambicionei.

A todos os amigos e familiares, que com a sua sapiência me foram transmitindo, das mais variadas formas, o conhecimento e sabedoria que me inspiraram à realização desta tese.

À minha tia, por nunca me deixar desanimar com a sua alegria contagiante e modo de viver tão peculiar, que me transmite tanta tranquilidade quanto energia.

À minha avó, que apesar de ter partido antes de me ver concluir este ciclo, sei que certamente estaria muito orgulhosa, que sempre cuidou de mim com um amor desmedido e com quem aprendi o valor da vida, das pequenas conquistas e da luta desenfreada perante as adversidades, fazendo de mim a pessoa que sou hoje.

Aos meus pais, por todos os princípios que me transmitiram, todo o apoio incondicional, inteira liberdade que sempre me foram dando e, bem assim como, na confiança total que depositaram em todas as opções que fui tomando, tanto a nível pessoal como a nível académico.

À minha irmã, o meu porto seguro e reconfortante, exemplo máximo de persistência e sucesso, mal sabe ela que me transmite tanta inspiração e que me dá um ânimo constante para lidar com as minhas inseguranças, apesar de me colocar num pedestal. Talvez, a nossa admiração seja recíproca.

Ao meu sobrinho, a quem dedico esta dissertação, para que seja sempre preservado dos perigos avassaladores e assustadores, infelizmente muito presentes em “sociedades civilizadas” como a nossa e para que possa viver, crescer e aprender livremente na ingenuidade de ser criança.

A todos, a minha maior gratidão!

Resumo

O presente estudo objeto desta dissertação procurará, de uma perspectiva crítica, averiguar os limites à incriminação da pornografia de menores. Iniciaremos por um breve excursão pela evolução histórica da criminalidade sexual em geral, para depois enquadrarmos o tipo em específico e compreendermos as suas sucessivas modificações legislativas, à luz de um espírito benévolo e protetor, convocado inevitavelmente pela sensibilidade do fenómeno que nos ocupa. Em seguida, desvendamos alguns desafios que a interpretação do segmento “representação realista de menores” coloca ao intérprete, o que exige a montante, uma reflexão ponderada em torno do bem jurídico protegido, para que no final deste trabalho, estejamos em posição de propor soluções compatíveis com os princípios fundamentais de um Estado de Direito, como resposta a esses mesmos desafios.

Palavras-chave: pornografia de menores, Direito Penal Sexual, bem jurídico, pseudopornografia, representação realista de menores.

Abstract

The present study, object of this dissertation, will seek, from a critical perspective, to investigate the limits to the incrimination of child pornography. We will begin with a brief excursion into the historical evolution of sexual criminality in general, to then frame the specific type and understand its successive legislative modifications, in the light of a benevolent and protective spirit, inevitably summoned by the sensibility of the phenomenon that we are dealing with. Consequently, we will unveil some challenges that the interpretation of the segment “realistic depiction of minors” poses to the interpreter, which requires a thoughtful reflection around the juridical asset, so that at the end of this work, we are in a position to propose solutions compatible with the fundamental principles of a State of Law, as a response to these same challenges.

Keywords: child pornography, sexual criminal law, juridical asset, pseudopedopornography, realistic depiction of minors.

Lista de siglas e abreviaturas

al./als. – alínea(s)

art. °/ arts. ° – artigo (s)

cfr. – conferir

CP – Código Penal

CPP – Código do Processo Penal

CPPA – Child Pornography Prevention Act

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DQ – Decisão-Quadro

e.g – por exemplo

EUA – Estados Unidos da América

n.º/ n.ºs – número (s)

p./pp. – página (s)

proc.- processo

ss- seguintes

Trad.- tradução

UE- União Europeia

v. – versus

vide- veja-se

Índice

Introdução	7
Capítulo I- O paradigma dinâmico do Direito Penal Sexual	9
i) Breve excursão pela evolução histórico-legislativa dos crimes sexuais	9
Capítulo II- Análise do crime de pornografia de menores.....	12
i) O papel dos instrumentos internacionais e europeus na definição legal e no combate à pornografia infantil	12
ii) Modalidades do tipo	15
iii) Da “detenção pura” de pornografia infantil à incriminação do autoconsumo.....	17
iv) Bem jurídico	20
Capítulo III- A problemática da “representação realista de menores”: legitimidade e limites da incriminação.....	29
i) As dificuldades suscitadas pela interpretação do conceito.....	29
ii) A querela existente em torno da admissibilidade do tipo.....	31
iii) Reflexão crítica.....	34
Considerações finais	41
Bibliografia.....	44

Introdução

A luta no combate à pornografia de menores é crucial e urgente, uma vez que na maioria das vezes, surge associada a contextos de exploração, abusos e tráfico de crianças para fins de turismo sexual. Embora não seja recente, é fruto do aparecimento e desenvolvimento cada vez mais aperfeiçoado das novas tecnologias de informação e comunicação que não apenas têm facilitado, como também, possibilitado novos meios de concretização daquelas atrocidades para sempre disponíveis e acessíveis a um clique, que temos vindo a observar uma crescente amplificação ou intensificação da tutela, no combate a uma indústria multimilionária sustentada na produção, distribuição, difusão e consumo de materiais pornográficos. E, como à lei é confiado o papel de acompanhamento das evoluções e novas construções sociais, também nela se começaram, progressivamente, a refletir gigantescas alterações, em certos casos, traduzidas em novas criminalizações construídas sempre no sentido de proteger as crianças, centro das preocupações do legislador, entendidas por referência a um espírito de solidariedade que a dignidade da pessoa humana convoca.

Ora, se de um ponto de vista tais alterações sensatas e compreensivelmente generosas, serão justificáveis à luz daquele valor em que se baseia o nosso Estado de Direito Democrático, por outro, elas devem ser objeto de cuidada e atenta reflexão, pois que o exacerbar de novas criminalizações pode ser tão pernicioso quanto o seu polo oposto, de ausência de tutela penal, caindo-se no risco de comprometer, fortemente, a função fiel do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos.

É este o ponto de equilíbrio que o Direito Penal deve alcançar e não evitar, mesmo que seja para cumprir aquele ensejo, no reforço da tutela de pessoas particularmente indefesas. Assim, se apresenta especialmente desafiante a tarefa desempenhada pelo legislador penal que só se encontra devidamente cumprida quando se legitime a incriminação, de tal modo que permita ao indivíduo mais a fruição de um livre espaço inalienável de expressão da sua sexualidade, do que o seu sacrifício.

Navegamos por estas questões no presente estudo objeto da nossa dissertação, partindo, no primeiro e segundo capítulos, da evolução do paradigma dos crimes sexuais em geral impulsionada, em grande medida, pela emergência de uma nova consciência social e pelo papel vanguardista assumido pelos instrumentos europeus e internacionais,

para depois analisarmos o crime da pornografia de menores em toda a sua extensão, procurando dissecar qual o bem jurídico por este protegido e refletido nas várias modalidades que compõe o tipo no global.

A nossa tomada de posição quanto ao mesmo, permitirá as considerações posteriores que serão feitas no terceiro e último capítulo, em torno da legitimidade da incriminação que se refere à utilização de material pornográfico com recurso a representação realista de menores, encerrando as respostas às questões por nós colocadas ao longo deste trabalho e esperando que, no final, possamos ter contribuído, efetivamente, para a discussão do problema e progressão crítica do estado de arte nesta matéria.

Capítulo I- O paradigma dinâmico do Direito Penal Sexual

i) Breve excursão pela evolução histórico-legislativa dos crimes sexuais

A singularidade do tipo em análise no universo dos crimes sexuais, impõe que se faça, primeiramente, numa breve abordagem retrospectiva, um enquadramento generalista de um dos domínios que mais alterações legislativas sofreu nas últimas décadas e que caracteriza o paradigma evolutivo do Direito Penal Sexual.

Inspirada em novas concepções e valorações sentidas pela sociedade, observou-se uma inédita mudança quanto aos fundamentos das diversas incriminações existentes em matéria sexual que evoluíram, progressivamente, da reprovabilidade moral das condutas relacionadas com a vida sexual, para a tutela individual da liberdade e autodeterminação sexual da pessoa contra comportamentos que, ou a colocassem em perigo, ou a agredissem fortemente. Referimo-nos em particular, à revisão do Código Penal de 1982, introduzida pelo DL n.º 48/95, de 15 de março de 1995 que, elegendo como referência jurídico-penal a proteção da liberdade e autodeterminação sexual, bens, desde então, munidos de autonomia e força própria, simbolizou uma total e extraordinária metamorfose na política criminal, tendo correspondido ao desígnio do legislador em modernizar o paradigma na criminalidade sexual.

Remontando ao Código Penal de 1982, o catálogo de crimes de natureza sexual estava sistematicamente inserido no “Capítulo I- Dos Crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”, do Título III “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”, traduzindo a ideia de que estas incriminações tinham na base a repulsa de condutas que atentassem contra a moral e os bons costumes. Tal desvalor jurídico-penal atribuído a estas condutas, não era diferente se atentarmos mais longinquamente ao Código Penal de 1852 e 1886, nos quais estes crimes integravam o “Capítulo IV- Dos crimes contra a honestidade”. No fundo, estava em causa a proteção da sexualidade pura, do pudor sexual, da honestidade e virgindade, valores da moral social, indiscutivelmente, relacionados com uma forte e enraizada tradição ancestral judaico-cristã.

Estas opções, alheias na tutela de um bem jurídico eminentemente pessoal e mantidas pelo legislador durante séculos, não surpreendem se lembrarmos o passado de

uma sociedade patriarcal e hierarquizada, fortemente caracterizada por relações de poder e domínio do homem sobre a mulher, do ponto de vista do seu estatuto e condição submissa ao poder marital masculino. Como exemplos desta matriz conservadora, podemos enunciar a criminalização do adultério (art.º 401), do ultraje público ao pudor (art.º 390) ou da violação (art.º 393), crime condicionado legalmente à inexistência de casamento, com o Código Penal de 1886 ou ainda da homossexualidade com menores (art.º 207) e do atentado ao pudor contra menores de 14 anos no Código Penal de 1982 (art.º 205/3), considerando-o como “o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um ato que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”.

No entanto, apesar do Código Penal de 1982 ter mantido este paradigma, já aí se adivinhava que novos tempos estavam para vir, ao tomar-se consciência da existência de diferentes níveis de gravidade e tolerabilidade de certas condutas que, apenas, deveriam “cair nas malhas da lei quando as suas manifestações adquirissem uma significativa relevância social”¹. Deste modo, indo ao encontro da evolução do paradigma sexual, o legislador procurou libertar-se de uma visão excessivamente negativa e repressiva da sexualidade em geral e ultrapassar o dogmatismo moral existente, ao acentuar os fundamentos legitimadores da intervenção penal (parcimoniosa e seletiva) e os limites do Direito Penal de última *ratio* empenhado na proteção exclusiva de bens jurídicos fundamentais (art.º18 n.º 2 e 40 CP) e na manutenção e garantia da dignidade da pessoa humana (art.º 1 da CRP).

Com a revisão de 1995, estes crimes passaram a integrar o Capítulo V, sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, do Título I “Dos Crimes contra as Pessoas”, refletindo a opção do legislador em proteger bens jurídicos pessoais perfeitamente definidos, já não de condutas meramente contranatura que não refletissem os valores ético-sociais dominantes ou um “padrão rígido de comportamentos a nível sexual”², mas sim e apenas, dos ataques mais intoleráveis e ofensivos da liberdade e autodeterminação sexual da vítima (menor), a partir de então, encarada como sujeito autónomo de direitos e não objeto de direitos. Fazendo nossas as palavras de Teresa Beleza, “os conceitos mudaram, os interesses a proteger são declaradamente outros (...)

¹ ARAÚJO (2005), p. 317.

² LAMAS LEITE (2016), p. 62.

o pecado- como sombra da censura social suportando padrões morais de comportamento- cedeu o passo à preservação da liberdade individual (...) já não é o pudor da criança ou do jovem que está em causa- ele pode, até, ser inexistente e nem por isso o crime deixa de existir ou o Direito ficciona um pudor inexistente (...)”³.

Contudo, a subdivisão feita neste capítulo entre, por um lado, crimes contra a liberdade sexual, e por outro, crimes contra a autodeterminação sexual, não deve sugerir que os crimes previstos na primeira secção tutelem, em exclusivo, a liberdade e que os crimes previstos na segunda secção protejam, apenas, a autodeterminação sexual. Simplesmente, como explica Figueiredo Dias, tal distinção resulta do facto da protecção aos menores ser relativamente mais ampla “(...) porque importa aí acolher essa liberdade na sua vertente de livre desenvolvimento da vida sexual. Por isso se incriminam na Secção II condutas que, quando praticadas entre adultos, não constituem crime, ou são tipificados de forma mais restrita”⁴.

No que concerne à descrição típica que hoje caracteriza o crime de pornografia de menores, refira-se que parte desta, em particular, a utilização do menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos passou a ser criminalizada, pela primeira vez, com a referida revisão ao Código Penal, a somar às conversas obscenas e os escritos, objetos ou espetáculos pornográficos sobre os menores de 14 anos, nos arts.º 172 n.º 3 al. b) e 173 n.º 2, sob a epígrafe, respetivamente, de “ Abuso sexual de crianças” e “ Abuso sexual de adolescentes e dependentes”, agravando-se as penas se tais atos fossem praticados com intenção lucrativa.

Após a revisão de 1995, muitas outras se seguiram, revelando o paradigma dinâmico do Direito Penal Sexual, de tendência marcadamente liberal, mas, simultaneamente, exigente e criterioso, sob o ponto de vista da eleição à tutela penal de determinados comportamentos, procurando-se sempre sustentar estas incriminações dentro dos limites da necessidade de protecção e promoção da liberdade e autodeterminação sexual que conformam uma política criminal racional. Este mote é tanto mais importante que foi um dos pilares de que o Estado partiu, para estabelecer os limites do poder punitivo ao tipo legal da pornografia de menores nas revisões que se seguiram.

³ BELEZA (1996), p. 159-169.

⁴ CAEIRO e DIAS (1997), p. 1398.

Capítulo II– Análise do crime de pornografia de menores

i) O papel dos instrumentos internacionais e europeus na definição legal e no combate à pornografia infantil

Delineado o panorama geral dos crimes sexuais brutalmente modificado a partir da *revolutio* de 1995, centremos agora a nossa atenção nas modificações verificadas ao nível do tipo, impulsionadas fortemente pelo papel poderosíssimo que os instrumentos comunitários e internacionais assumem na ordem interna, mercê da vinculação jurídico-constitucional do Estado Português (art.º 8 da CRP), na definição de um conjunto de regras mínimas de prevenção, punição efetiva e dissuasora do abusador e proteção das próprias vítimas.

Começando pela importância dos mesmos no reforço da cooperação entre os Estados e no combate às redes de tráfico sexual e de pornografia dos menores- que cada vez mais lucram e crescem à custa das novas redes tecnológicas facilitadoras não apenas de um anonimato sem precedentes dos possíveis predadores, mas também, da propagação e transação de novas formas, particularmente graves, de abuso e exploração sexual de crianças- alargou-se a tutela penal, com a revisão de 1998, à conduta daquele que exhibisse ou cedesse, a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores de 14 anos e, com a revisão de 2001, a quem detivesse o material pornográfico com a intenção de o exhibir ou ceder.

Finalmente, com a aprovação da lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, o crime da pornografia de menores- que daí em diante passou a proteger todos os menores de 18 anos, ao invés do que se sucedia no anterior art.º 172, cujo âmbito subjetivo se destinava à tutela de menores até aos 14 anos- foi autonomizado, estando previsto no atual art.º 176 do Código Penal. Essa nova autonomia traduziu-se não apenas na previsão, ao abrigo deste novo tipo, de condutas já tipificadas no crime de abuso sexual de crianças (art.º 172 n.º 3 als. c a e), como na equiparação do aliciamento do menor à sua efetiva utilização (als. a e b) e, bem assim, na extensão da criminalização a outras condutas, tais como a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação dos materiais pornográficos (al. c), aquisição ou detenção, somente com os referidos propósitos (al. d), utilização dos materiais pornográficos com “representação realista de menor” (no n.º 3, quanto às

condutas descritas nas als. a e b) e mera aquisição ou detenção dos referidos materiais no n.º 4. Desta maneira, foram cumpridos, cabalmente, os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português, designadamente, junto da União Europeia, nomeadamente, no que toca à ratificação, transposição e execução das exigências assumidas nas várias decisões que foram sendo emanadas pelo Conselho, com especial destaque, para a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, mais tarde substituída pela Diretiva n.º 2011/92/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 e para o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os direitos da criança, relativo à venda de crianças e prostituição infantil e pornografia infantil, aprovado por Portugal em 2003.

Mais recentemente, o tipo legal em causa tem vindo a registar alterações legislativas significativas, introduzidas pelas Leis n.º 83/2015, de 5 de agosto e n.º 40/2020, de 18 de agosto, fruto da necessidade de transpor para a ordem interna, a Diretiva n.º 2011/92/UE e de atender às disposições presentes na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a exploração sexual e os abusos sexuais que, Portugal com a sua assinatura em Lanzarote a 25 de outubro de 2007 se obrigou a cumprir.

De entre as principais alterações ocorridas em 2015, cabe destacar: o alargamento da tutela penal através da introdução de uma circunstância agravante, no n.º 3 do art.º 176, às condutas referidas nas als. a) e b) do n.º 1, quando praticadas sob violência ou ameaça grave- convertendo em crime de execução vinculada, um crime cuja natureza seria de execução livre⁵; a reconfiguração dos termos em que a tão polémica detenção ou aquisição do material pornográfico era punida, ao abrigo do anterior n.º 4, acrescentando-se um novo elemento subjetivo (“ com intenção”) e alargando-se a tutela penal a novas modalidades de ação, como o acesso, obtenção e facilitação de acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio, aos materiais pornográficos no novo n.º 5; uma nova penalização no n.º 6, fruto da transposição, em particular, da al. c) do art.º 21 da

⁵ Em linha de conta com as exigências europeias em matéria de sancionamento qualificado e proporcionado à gravidade da exploração sexual de crianças e da pornografia infantil, em especial, com o art.º 5 da DQ de 2004 e com o art.º 21/2 da Convenção de Lanzarote, o legislador sentiu a necessidade de punir, de forma mais severa, quem se socorra de meios revestidos de particular intensidade ou use a força para coagir a vítima a participar em atividades para fins predominantemente sexuais, pondo-a na impossibilidade de resistir.

Convenção de Lanzarote, com pena de prisão até 3 anos do agente que sendo maior de idade assista ou facilite o acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio e ainda a introdução no n.º 7 de uma nova circunstância qualificativa a quem praticasse algum dos atos referidos nos n.ºs 5 e 6 com um *animus lucrandi*.

A última alteração ao tipo que teve lugar em 2020, deu uma certa coerência lógica ao mesmo, na medida em que uniformizou em definitivo a sua incidência subjetiva, tendo para o efeito, eliminado a referência presente no n.º 6 aos menores de 16 anos, introduzida pela revisão anterior, para além de ter estendido a tutela penal à disponibilização do material pornográfico (art.º 176/1 al. c) e ao alojamento (art.º 176/1 al. d) e de ter avançado com uma definição daquilo que se deve entender por material pornográfico, pondo termo às divergências que pudessem existir quanto à sua densificação na ordem jurídica. Assim, dispõe o novo n.º 8 do art.º 176 que “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.” Parece-nos deste modo claro, que tal definição se aproxima, de perto, do disposto no art.º 2 al. c) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os direitos da criança e ainda do n.º 2 do art.º 20 da Convenção de Lanzarote de 2010.

É notório o peso que a influência externa tem não apenas na definição, mas também, na dimensão do alcance e expansão do próprio tipo incriminador, atualmente, muito mais abrangente devido à inclusão de novas modalidades de ação no âmbito penal, tendo em vista a salvaguarda do bem jurídico, o que não invalida que o legislador deva obedecer a um certo rigor na tipificação e subsunção de determinados comportamentos à intervenção penal, consoante a evidência, por certo, da dignidade e necessidades dessa aplicação, manifestações do carácter fragmentário do Direito Penal.

Feita a resenha histórica sobre as alterações legislativas verificadas ao nível do tipo, vejamos, mais a fundo, cada uma das diversas modalidades típicas descritas no atual art.º 176.

ii) Modalidades do tipo

Em sentido semelhante à categorização feita por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, também nós tendemos a agrupar o n.º 1 em duas modalidades distintas de utilização de menores: a utilização direta (als. a e b) e indireta (als. c e d). De facto, ainda que as situações descritas nas als. a) e b) impliquem uma intervenção direta do agente (e da vítima⁶) nos factos ou no seu aliciamento- o que supõe uma relação, tendencialmente, mais próxima entre esta e aquele que não se verifica, por princípio, nas restantes als.⁷- não se deixa de reconhecer um desvalor objetivo a estas condutas, razão pela qual o legislador não diferenciou, em termos de moldura legal (que pode ir até 5 anos), a censurabilidade de tais condutas, impondo diferentes níveis de proteção penal.

Em todo o caso, o legislador admitiu uma atenuação da pena⁸ quando o agente praticar os atos descritos nas als. c) ou d), utilizando material pornográfico com “representação realista de menores” (n.º 4). Sem prejuízo de adiante expormos a problemática que este segmento coloca, cumpre deixar já aqui a nota da ligação indissociável do n.º 4 às als. c) e d) do n.º 1 do mesmo preceito, não podendo, por exemplo, ser punido o agente que detenha material pornográfico com representação realista de menor sem que tenha o propósito de o distribuir. Da mesma maneira, atente-se nestes casos a que se reporta a al. d), na particularidade do agente ter de reunir um determinado propósito, com isso, demonstrando que a norma pressupõe um elemento subjetivo adicional (dolo específico, por se situar a par do dolo do tipo, dirigido à realização de um resultado que se tem por certo em termos da sua ocorrência) de

⁶ Na utilização direta do menor significa que, também ele, deve participar diretamente, no caso da al. a), no espetáculo e, no caso da al. b), como interveniente, praticando atos exibicionistas ou outros de teor sexual, seja como ator, modelo ou participante no registo de tais imagens, filmes ou gravações pornográficas e não apenas, como espectador, como se de público tratasse.

⁷ Nestas condutas, existindo algum tipo de intervenção direta esta residirá, tão somente, no impulso por este dado à divulgação, tráfico ou circulação destes materiais, por qualquer forma ou independentemente do título que o faça, mas não diretamente nos factos já nesses registados. Quanto ao *modus operandi*, se a produção e a distribuição incluem toda a cadeia que perpassa, desde a conceção e fabricação de tais conteúdos até à transmissão a terceiros e a importação e exportação respeitam às específicas transações comerciais desses materiais que implicam a deslocação para dentro ou fora de Portugal, já a divulgação, a exibição, cedência e disponibilização implicam todo o tipo de disseminação, sem contrapartidas, dos conteúdos de cariz pornográfico, apenas se distinguindo, porque enquanto o primeiro termo pressupõe alguma maneira de publicidade e o segundo já a dispensa (correspondendo, apenas, à exposição desse material a outros), o terceiro é mais abrangente por forma a incluir todos os modos conhecidos de transmissão desses materiais, incluindo os meios digitais ou de comunicação rápida.

⁸ Considerando tratar-se de um crime privilegiado, *vide* ANTUNES e SOUSA (2019), p. 244.

verificação de produção de determinado resultado que não faz parte do tipo (“cortado”), não estando, por isso, a consumação do crime dependente da verificação desse resultado adicional, mas tão somente, da atuação do agente (aquisição, detenção ou alojamento de tais materiais) motivado pela referida intenção⁹.

A par da já mencionada circunstância agravante no n.º 3, também no n.º 2 são qualificadas as condutas referidas no n.º 1 quando praticadas “profissionalmente ou com intenção lucrativa”, podendo o agente ser punido com uma pena de prisão de 1 a 8 anos. Resquício do antigo n.º 4 do art.º 172 referente ao abuso sexual de crianças, a presente norma, se bem que alterada na sua redação, continua a reforçar a mensagem de que quem age profissionalmente ou pratica atos pontuais não propriamente relacionados com o exercício da atividade profissional, mas ainda assim, frutíferos e lucrativos à custa desta indústria deve ser mais severamente punido. Também idêntica qualificação é feita, se bem que a punibilidade do agente seja distinta (podendo ir até aos 5 anos de prisão), se os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 forem praticados com intenção lucrativa.

Complementando a al. a) do n.º 1, surge o n.º 6, o qual pressupõe que o agente faça parte da “plateia de espectadores”, facilite ou disponibilize o acesso a espetáculo pornográfico (ao vivo ou em direto, sob pena de não se distinguir este número do seu anterior¹⁰). Destacamos a importância desta norma que, ao não se reportar à materialidade física ou ao suporte de registo de espetáculo pornográfico, tais como fotografias, filmes ou gravações (ao qual se associa sempre uma dimensão de corporeidade), estende o âmbito da incriminação ao consumidor, não possuidor ou adquirente de tais materiais, visando erradicar todas as manifestações pornográficas existentes que, em si mesmas, comprometem gravemente o futuro e o desenvolvimento psicossocial dos menores.

Resta-nos, por último, abordar o problema da articulação entre a punibilidade da tentativa (que passa a estar prevista no n.º 9 do art.º 176, não estando sujeita à limitação prevista no art.º 23 do CP) e entre esta e o aliciamento, uma vez que esta é “materialmente uma tentativa de tentativa, cuja punição seria desproporcional e excessiva. Impõe-se, pois, uma interpretação restritiva conforme a Constituição”¹¹.

⁹ DIAS (2007), p. 380-381.

¹⁰ Conforme o ponto 147.º do Relatório explicativo da Convenção de Lanzarote.

¹¹ ALBUQUERQUE (2021), p. 765.

iii) Da “detenção pura” de pornografia infantil à incriminação do autoconsumo

Procurando honrar os compromissos internacionais e, simultaneamente, superar as dificuldades que, desde 2007, a interpretação do tipo levantava ao prever, apenas, a punibilidade das situações da mera posse, o legislador português veio, já desde 2015, a perseguir penalmente, nos termos do n.º 5, a conduta daquele que aceda, obtenha ou facilite o acesso, por qualquer meio, aos materiais a que se refere a al. b) do n.º 1. A substituição da antiga referência que impunha ao agente a intenção específica de difusão posterior desses materiais pela introdução do vocábulo “intencionalmente”¹², junto das novas modalidades típicas revela, a nosso ver, a vontade do legislador em reprimir mais amplamente o autoconsumo e a visualização de pornografia de menores¹³.

Contudo, salientam-se as dificuldades na justificação da incriminação, por apelo a um qualquer bem jurídico¹⁴ e à produção de um perigo concreto, tendo em conta ainda a violação do âmbito de atuação do Direito Penal (calculado em função da ofensividade que determinadas condutas assumem e da necessidade de restrição proporcional e justificada de direitos e liberdades¹⁵), tornando a referida incriminação, sem surpresa e, invariavelmente, envolta de uma enorme controvérsia. Questiona-se “a 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”¹⁶.

De uma perspetiva contrária, acentua-se a possibilidade desse consumo fortalecer os instintos de tendência pedófila, incitando e motivando o agente à adoção de práticas sexuais abusivas com os menores e de conduzir ao *grooming*, concebido como todo o processo de aliciamento empreendido pelo agente e, através da qual, se pretende passar a

¹² Esta expressão traduz a exigência de um dolo específico, dirigido à aquisição ou detenção desses materiais “conscientemente” e com “conhecimento de causa”, tal como dispõem, respetivamente, a al. f) do art.º 20 da Convenção de Lanzarote e o n.º 2 do art.º 5 da Diretiva de 2011/92/UE. É esta voluntariedade mínima de possuir que permite, em grande medida, o domínio da coisa, ultrapassando as incompatibilidades que, genericamente, os delitos de posse enfrentam com as exigências dos princípios da legalidade e da culpa.

¹³ O que nem sempre pressupõe que o agente tenha a posse dos referidos materiais se, por exemplo, acede com o seu computador a uma janela do browser sem que tenha descarregado esse material para o disco rígido ou armazenamento do mesmo. Considerando que nesta última situação de acesso offline, o agente tomou posse sobre os referidos conteúdos, cfr. SILVA DIAS (2013), p. 94.

¹⁴ ALBERGARIA e LIMA (2010), p. 201; ANTUNES (2010), p. 157.

¹⁵ Assumindo que esta incriminação restringe a liberdade de qualquer pessoa poder viver a sua sexualidade da maneira que bem entender, vide LEIXELARD (2005), p. 150.

¹⁶ ALBERGARIA e LIMA (2010), p. 198.

mensagem ao menor, com recurso a mecanismos de manipulação e ilusão, de que a prática de atos de índole sexual entre ambos é perfeitamente aceitável e inofensiva. Nesta visão, a âncora da legitimidade penal reside no perigo que a posse desses materiais representa, em termos idênticos ao que se coloca a propósito da problemática da pornografia virtual infantil que adiante será abordada, pelo que, por este motivo, deixemos por ora de parte a resposta a estas críticas e foquemo-nos no que realmente importa e justifica, na nossa opinião, a censura penal a este tipo de condutas.

É que, ainda que o detentor não possua qualquer ligação ou tenha interagido sequer com a criança explorada sexualmente- sendo este, porventura, um dos argumentos mais erguidos para sustentar a inexistência de um nexo de causalidade entre a conduta do consumidor e a lesão da autodeterminação sexual do menor¹⁷ - e, muito menos, com o produtor de tais conteúdos, uma vez que inúmeros intermediários existem na cadeia de distribuição, a verdade é que não deixa de se aproveitar da prévia produção de materiais proibidos e ilícitos, só acessíveis no dito “mercado negro” e, que por si só, constituem a prática de crimes sexuais, perpetuando e agudizando conscientemente lesões no processo formativo da vontade do menor que se pretende, desejavelmente, harmonioso, autêntico e livre de vícios.

O crime primário, traduzido na própria produção pornográfica com crianças, despoleta um benefício - em termos análogos ao que o recetor retira da prática do crime patrimonial- que não tem, necessariamente, uma natureza económica, mas que genericamente, podemos reconduzir a uma certa ideia de gratificação sexual e é esse benefício que explica a determinação e o empenho empreendido pelo agente na procura incessante desses materiais. Consequentemente, temos de admitir que o agente que retira, constantemente em benefício próprio, o proveito do produto de um crime acaba por engrandecer e promover um mercado baseado no cometimento de crimes sexuais, atacando ou colocando em perigo o mesmo exato bem jurídico alheio¹⁸. Sublinhando-se a conexão com o crime de recetação, se quem adquire um objeto furtado, conhece a origem ilegal do mesmo e beneficia com essa aquisição, promovendo onerações a um baixo custo e criando um mercado paralelo ao mesmo é ostensivo assumirmos a dignidade e necessidade penal do consumo de pornografia, à luz dos fins de prevenção geral, face

¹⁷ ANDRADE (2009), p.34.

¹⁸ LEITE (2004), pg. 60.

ao impulso económico inegável em que este se traduz para a produção e crescimento da indústria pornográfica de menores¹⁹. Para além de não deixar de ser revelante o facto dessa posse constituir um perigo de difusão (embora o tipo não esteja, à partida, vocacionado para estas situações, na medida em que ela já está tipificada ao abrigo da alínea d) do n.º 1, não podemos deixar de considerar essa hipótese), o agente consumidor é um financiador²⁰, na verdadeira aceção do termo, pois na maioria das situações, paga para obter um favorecimento, compactuando com a violação dos direitos fundamentais da criança.

“Sabe-se dos termos gerais da lei da oferta e da procura que, inexistindo clientes, menos o sistema económico ou de outro tipo produzirá aquilo que o ordenamento jurídico proíbe”²¹, pelo que a criminalização da posse²² assumiria o significado de dificultar, consideravelmente, o processo de aquisição e procura desses materiais, preferencialmente, eliminando o mercado de exploração de menores²³. Em bom rigor, estamos diante de uma incriminação contra a “pornografia de exploração infantil”²⁴.

Deste modo, não é tanto a consideração dos argumentos acima esgrimidos que conduzem à legitimidade da incriminação, porque neste conspecto, acreditamos que não cabe ao Direito Penal reprimir os instintos pedófilos ou as fantasias sexuais obscenas que não se traduzam na materialidade e na antijuridicidade dos factos, mas sim, a indissociabilidade desses materiais com a exploração abusiva, indigna e desumana dos menores neles retratados e a natureza de perigo abstrato que assume este normativo, a qual autorizam uma tutela intensa antecipada espelhada na criminalização da conduta subsequente.

¹⁹ ROXIN (2016), p. 91.

²⁰ Esta é aliás uma opção autonomizada pelo próprio CP espanhol, no seu art.º 189, se bem que se situe junto às condutas que consistem na “utilização direta dos menores” e seja punida nos mesmos termos, com uma pena de prisão até 5 anos.

²¹ LAMAS LEITE (2016), pg. 70.

²² Tomando como partida as semelhanças assinaladas pela doutrina entre este tipo e o crime de posse de drogas (justificada pelo perigo de tráfico), sempre se dirá que existe uma diferença significativa entre ambas que justifica a criminalização daquela, mesmo diante a inexistência de uma intencionalidade própria a que alude a al. d) do n.º 1 do art.º 176 e que reside no facto do consumo deste tipo de material pedopornográfico pressupor um aproveitamento de um abuso sexual de uma pessoa indefesa e vulnerável e um sofrimento atroz, concorrendo para a lesão de bens jurídicos alheios, o que, evidentemente, não se coloca perante a aquisição e detenção de drogas para consumo pessoal.

²³ COCCO (2006), pp. 875-876.

²⁴ FINKELOHR e ORMROD (2005), p. 128.

iv) Bem jurídico

Inserido na Secção II referente aos crimes contra a autodeterminação sexual e, mais latamente, no Capítulo V denominado de “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, o crime de pornografia de menores continua a levantar dúvidas no que respeita ao bem jurídico protegido com a incriminação. Adiantando, pensar que o bem jurídico protegido pelo tipo estaria enunciado no próprio Código Penal, atenta a sua sistematização, seria uma conclusão tão falaciosa quanto precipitada ou, pelo menos, assumidamente insuficiente quando seja sustentada nesse palpite.

Alheio a quaisquer intuições que possam advir da interpretação sugestiva de determinados elementos de interpretação- em particular, do elemento sistemático e histórico da interpretação que, quanto muito, servirão de auxílio ao intérprete, não tendo a pretensão de assumir um verdadeiro significado jurídico ou de traduzir os valores e interesses protegidos com a incriminação- julgamos que o bem jurídico afeirar-se-á, não tanto com base em critérios puramente formais, intrinsecamente, ligados à sistemática legal em que o mesmo se insere, mas sim, com base nos peculiares traços que caracterizam o círculo de vítimas, especialmente, frágeis e vulneráveis e que justificam uma proteção acrescida, face à idoneidade de lesão ou perigo de lesão dos diversos modos de atuação típicos. Concretizemos.

Quando pensamos nas ofensas praticadas sobre o menor, materializadas nas condutas descritas no tipo, tendemos a alicerçar um primeiro juízo atinente à gravidade e censurabilidade das mesmas, com um segundo juízo que olha para as consequências destas a longo prazo, isto é, nas repercussões que estas assumem no desenvolvimento psíquico e físico do menor. E é a fusão indissociável destas duas premissas, que fundamenta o sentido inequívoco de antinormatividade criminal destes comportamentos e que tem vindo a reclamar o endurecimento das penas.

Alertada para o problema e para a dimensão do rasto que este crime deixa nas suas vítimas, Conceição Ferreira da Cunha explica que “a gravidade destas condutas para o desenvolvimento dos menores, na esfera sexual, aliada à sua frequência, muitas vezes com finalidades lucrativas (de exploração económica), assim como a sua ligação a outros

crimes (como o tráfico de menores), de carácter transfronteiriço, fundamentam esta preocupação e as imposições de criminalização neste domínio”²⁵.

Ora, cremos que este prévio esclarecimento traz consigo uma série de considerações sobre o bem jurídico implicado pelo tipo. Radicando o sentido incriminatório num conjunto alargado de valorações e interesses, cuja legitimação material é garantida pela Constituição da República Portuguesa, compreende-se que o rigor e a densificação dos contornos do bem jurídico só se possa encontrar por referência às várias modalidades de ação abrangidos pelo tipo, algumas das quais, cuja previsão se demonstra duvidosa, à luz dos crivos constitucionais já consabidos. Por outras palavras, se é a partir do cerne unificador da panóplia de modalidades de conduta previstas no tipo, que se começa a construir a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade (...) bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”²⁶ é, no entanto, imprescindível discernir a escala de valoração em que transparece quaisquer das condutas caracterizadoras do tipo. Nestes termos, assim se antevê a dificuldade na individualização de um concreto bem jurídico comum às várias modalidades.

Começando por nos debruçar sobre as condutas que pressupõem uma relação direta com o menor (als. a e b do n.º 1), diremos que é a intervenção direta do agente sobre o mesmo que obstaculiza a criação e desenvolvimento das condições básicas para que, no futuro, aquele possa viver a sua sexualidade de forma livre, sem traumas ou fortes perturbações. E aliás, não só é perfeitamente natural que tais condutas periguem com a liberdade e autodeterminação sexual dos menores, como é, aliás, altamente improvável (arriscamos nesta adjetivação) que a intervenção direta do agente nos factos ou no aliciamento para os factos não produza fortes distúrbios em futuros processos de socialização, relacionais ou de afetividade, enfim, no desenvolvimento da personalidade do menor.

Já nas situações contempladas pelas als. c) e d) do n.º 1, estende-se a punibilidade a comportamentos que procurem alargar e potenciar o mercado de tráfico de materiais pornográficos. Pune-se a conduta daquele que contribui, na sua atuação, para alimentar o mercado pornográfico, quer seja produzindo, distribuindo, importando, divulgando,

²⁵ CUNHA (2017), p. 362.

²⁶ DIAS (2007), p. 114.

exibindo ou cedendo material pornográfico, bem como a do agente que adquira ou detenha esses materiais com os referidos propósitos.

Por isso, é a partir destas duas últimas als. do n.º 1, seguindo caminho pelos n.ºs 4, 5 e 6 que se coloca, com acuidade e evidência, o problema que nos ocupa e que se prende com a articulação daquelas condutas com a lesão da autodeterminação sexual dos menores. A doutrina penal, em geral, sustenta a relação longínqua entre as mesmas, acentuando a tónica no argumento decisivo de que a liberdade e autodeterminação sexual dos menores não é beliscada com a colocação e circulação dos referidos materiais no mercado pornográfico e, muito menos, com a posse ou consumo dos mesmos (titulado pelos n.ºs 5 e 6 do art.º 176), dado que todas estas pressupõem a sua lesão em momento anterior: no momento em que se utiliza ou se alicia, diretamente, o menor para fotografia, filme ou gravação, de cariz pornográfico.

Reportando-se às als. c e d), Mouraz Lopes e Caiado Milheiro explicam que tais normas traduzem “(...) condutas que, se bem que suscetíveis de sancionamento criminal, não comportam uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual do menor. Trata-se de travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual de crianças, elas sim violadoras de bens jurídicos pessoais”²⁷. Em sintonia com esta posição, Maria João Antunes e Cláudia Santos consideram estar em causa “a criminalização do comércio material pornográfico, entendido este numa aceção ampla, havendo uma tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor de carne e osso para se poder afirmar que é este o bem jurídico individual protegido na incriminação”²⁸.

Apoiando-se na insuficiência do valor da autodeterminação sexual dos menores enquanto bem jurídico individual convergente a todas as condutas tipificadas na letra da lei, a doutrina começou a construir novos caminhos e tentativas de ensaio sobre o bem jurídico refletido nesta incriminação²⁹.

²⁷ LOPES e MILHEIRO (2019), p. 220.

²⁸ ANTUNES e SANTOS (2012), p. 880. Se bem que as autoras coloquem idêntica questão, ao abrigo das als. a) e b) do n.º 1, quando em causa estejam menores entre os 14 e 18 anos, face à extensão do âmbito subjetivo preconizada com a reforma de 2007. Para mais desenvolvimentos sobre os problemas que esta extensão fez surgir, no que respeita ao bem jurídico e ao consentimento, *vide* ALFAITE (2009), pp. 96 e ss.

²⁹ Este trilha doutrinário assumiu o seu expoente máximo com a Proposta de lei n.º 149/IX, de 28 de outubro de 2004, que acabou, não obstante, por não vingar. Nesta, as condutas de exibição ou cedência dos materiais pornográficos ou da detenção com os referidos propósitos passariam a integrar o novo art.º 250-A, sistematicamente, inserido no Capítulo I “ Dos crimes contra a família, a proteção devida aos menores, os

Recorde-se a posição já defendida por Figueiredo Dias, a propósito da então al. d) do n.º 3 art.º 172, com a redação em vigor a partir de 1998 até 2001, que punia a exibição ou cedência de materiais pornográficos envolvendo menores de 14 anos. Seguro da ausência de um fundamento legitimador da incriminação recorrendo, diretamente, a um bem jurídico individual, este autor reconhece que esta criminalização “(...) não pode deixar de ser iluminada por um bem jurídico (supraindividual) diverso do da liberdade e autodeterminação sexual de uma pessoa (de uma criança) (...) interesse demasiado longínquo e indeterminado para que ele possa constituir verdadeiramente um bem jurídico penal”³⁰. Comungando a ideia de que o tipo aponta mais diretamente para um valor distinto do da autodeterminação sexual dos menores, destacamos Ana Paula Rodrigues, para quem o crime de pornografia de menores “tutela bens jurídicos traduzidos no interesse da comunidade, não se configurando uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor (...)”³¹.

Também, Ana Rita Alfaiate reserva ao art.º 176 a tutela de um valor de natureza supraindividual, jurídico-constitucionalmente consagrado nos termos da lei portuguesa (arts. º 69 e 70 da CRP): a infância e juventude. Considerando a importância do reconhecimento e da salvaguarda da integridade dos menores na formação da sua capacidade individual de expressão, em domínios relacionados com a sua sexualidade, a autora entende ser esta a única via apta a dignificar o menor, enquanto sujeito de direitos, evitando-se, desta maneira, a objetificação sexual do mesmo, cuja utilização é condicionada à satisfação dos prazeres e instintos sexuais dos predadores. Todavia, a autora admite que, em determinadas condições e mediante a verificação de determinadas circunstâncias³², principalmente, quando exigências preventivas reforçarem esse entendimento, pode ser bastante o sancionamento de tais condutas pela via contraordenacional, uma vez que estas “(...) surgem numa relação de ofensividade subordinada relativamente ao comportamento do que utilizou ou aliciou o menor (...) o

sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos”, do Título I “Dos Crimes contra a vida em sociedade”, tendo “por referência um bem jurídico supraindividual, com a consequência de a exploração sexual de crianças ter passado a ser enquadrada jurídico-penalmente, de forma assumida, para além da tutela do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual”, cfr. ANTUNES (2005), p. 61.

³⁰ DIAS (1999), p. 548.

³¹ RODRIGUES (2011), pp. 271-274.

³² Nomeadamente, quando em causa estiver a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência e detenção de material pornográfico para um desses fins, envolvendo maiores de catorze anos, refletindo tal opção um escalonamento valorativo, traçado a partir da menor gravidade destas condutas quando se atinja aquele limiar etário.

espaço de realização do bem jurídico foi intercetado pela conduta do que utilizou ou aliciou o menor para a produção do material”³³. Desta maneira, a referida autora rejeita que o cerne de proteção da incriminação possa residir no livre desenvolvimento da personalidade dos menores na esfera sexual, uma vez que da autonomização do tipo em causa em 2007, resultou uma substancial desconsideração dos interesses, vontade e juízos que o menor possa formular a propósito do grau de ofensividade que determinada conduta possa representar, tanto mais evidente quanto mais vasta (ao uniformizar a proteção a todos os menores de 18 anos de idade) e publicizada a tutela conferida.

No que diz respeito a este último aspeto, a autora alerta para o facto da reforma de 2007 ter permitido ultrapassar a vontade do menor para o início do procedimento criminal, deslocando esse impulso, que outrora estava a cargo do próprio ou de outras pessoas que legalmente o pudessem representar, para a iniciativa do Ministério Público, no respeito pelos princípios da oficialidade e legalidade, previstos nos arts.º 262 n.º 2 e 48 do Código do Processo Penal, opção que não pode deixar de ser reveladora de que a desconsideração do bem jurídico individual foi intento do legislador, ao situar o desvalor de todas as condutas potencialmente ofensivas sobre o menor num patamar, diremos nós, quase que metafísico, transcendente e difuso, dado que a este foi totalmente arredada a possibilidade de disposição sobre o bem jurídico.

Dito de outro modo, no entendimento desta autora, a legitimidade incriminatória da diversidade de ações em que o tipo se decompõe, só pode ser explicada com base no facto do legislador ter ignorado a capacidade dos menores de gradual aquisição de maturidade emocional e sexual e ter partido em busca da defesa de um bem jurídico supraindividual que conferisse uma proteção tendencialmente absoluta, uma vez que de contrário, o tipo teria uma outra configuração e muitas condutas não seriam punidas, tais como a detenção ou produção dos materiais pornográficos com “representação realista de menores”. Conclui a autora que “(...) neste específico sentido podemos afirmar que a proteção da infância e da juventude surge como meio através do qual é protegido o espaço de realização da proteção da liberdade sexual dos menores”³⁴.

Do tudo quanto se expôs resulta que, reacendendo-se o debate e a discussão, a doutrina tem vindo a reagir negativamente a este progressivo alargamento da

³³ ALFAIATE (2009), p. 113.

³⁴ Idem., p.99.

criminalização, considerando que muitas das condutas incriminadas pelo tipo se demonstram despropositadas e despidas da dignidade e da carência de tutela necessárias à legitimação da intervenção do legislador penal. Maria João Antunes demonstra a rejeição a este tipo de soluções, ao afirmar que o atual tipo é exemplificativo da “tendência atual de um direito penal do bem jurídico que é, afinal, permeável a criminalizações alheias ao critério da dignidade jurídico-penal e da carência (necessidade) de tutela do bem jurídico, servindo mesmo opções não propriamente político-criminais, mas antes político-criminalmente corretas ³⁵”.

De facto, a coerência lógica do sistema impõe que se defina com precisão o bem jurídico tutelado não apenas como meio para evitar a discricionariedade legislativa, mas também, porque ele próprio reflete a importância que determinadas condições objetivamente indispensáveis à realização humana e comunitária assumem no escopo penal. É esta a tarefa que ao Estado cumpre zelar perante quem se apresente como potencial perturbador da tranquilidade do bem jurídico de que outro é titular, nomeadamente, através do seu poder punitivo que, apenas deve assumir expressão penal, quanto a bens jurídicos carentes de tutela e essenciais não apenas à realização e desenvolvimento do indivíduo, mas também, à livre e pacífica convivência entre a sociedade, quando não haja outros meios alternativos e menos lesivos, aptos a tutelar de forma adequada e eficaz esses mesmos bens jus-fundamentais. Porém, julgamos que este tipo de discurso só se adequa à realidade em apreciação, quando se toma à partida, por certo, que o padrão comum às várias modalidades se desvia do bem jurídico da autodeterminação sexual dos menores. Não somos dessa opinião, dado que as mesmas continuam, em nosso entender, a ser iluminadas e, por isso, legitimadas à luz desse bem jurídico.

O que se constata em toda a extensão do art.º 176 é que o legislador partiu do pressuposto, inferindo de acordo com as regras da experiência comum, que todos os comportamentos típicos eram aptos a perigar a formação e desenvolvimento são da personalidade dos menores, tendo optado, nessa medida, por elevar diversos níveis de proteção, em função da amplitude das ações descritas. Ora, esta configuração do tipo acaba por conduzir a uma antecipação da tutela penal, própria dos crimes de perigo abstrato.

³⁵ ANTUNES (2010), p. 157.

Quanto às als. c) e d), há que reconhecer a intenção do legislador, atento os perigos e os reflexos destes na saúde e bem-estar do menor, em reprimir a disseminação de conteúdos pornográficos de toda a espécie, pondo termo à indústria pornográfica milionária, mas sobretudo e, principalmente, em proteger os menores de condutas que resultem na expansão do conhecimento, por terceiros, de manifestações pornográficas, a fim de se evitar danos contínuos do foro psicofísico ocasionados pela lesão da “honorabilidade sexual”³⁶ na esfera do menor. O “agente-traficante” subscreve a exploração sexual documentada em tais materiais, agravando, substancialmente, a danosidade que essa conduta, originariamente, assumiu no desenvolvimento sexual do menor, o que não deixa de simbolizar a “continuação da lesão do bem da liberdade ou autodeterminação sexual que teve início na produção do material”³⁷.

Relembramos que a circulação desses materiais no espaço físico e digital, no qual surge captado um contexto de abuso sexual, deixará marcas efémeras na criança, decorrentes da constante (re)vivência do menor de tais acontecimentos (originando o fenómeno de vitimização secundária), eternizados pela durabilidade desses suportes pornográficos, prejudicando, de forma nefasta, o seu crescimento saudável e equilibrado, para além de tender a vulgarizar o dano sexual infantil, coisificando-o à luz dessa imagem pejorativa com que o menor é visado³⁸. Não é despiciendo, pois, considerar a importância do direito à imagem e reserva da vida privada, elementos congregadores e integrantes da dignidade da pessoa humana entre as necessidades de tutela visíveis na presente incriminação³⁹.

Nos restantes casos, a antecipação da tutela penal, tendo como ponto de referência os danos originariamente causados, situa-se na própria descrição das condutas proibidas,

³⁶ Termo avançado, genericamente pela doutrina, para traduzir as consequências degradantes e humilhantes que a difusão dos materiais pornográficos implica no plano reputacional do menor, influenciando diretamente no normal desenvolvimento das suas relações sociais.

³⁷ ALBERGARIA e LIMA (2010), p. 208.

³⁸ Chamando a atenção para as consequências da redução a instrumento da própria imaturidade e personalidade sexual, em formação, dos menores para a satisfação de instintos e tendências pedófilas, cfr. PATTO (2001), pp. 137: “(...) é a iniciação precoce da atividade sexual de forma perversa, com a instrumentalização do menor como objeto de prazer, desligado de componentes afetivas e de doação pessoal, que, sobretudo pode perturbar o desenvolvimento equilibrado do menor e privá-lo de uma visão saudável e positiva da sexualidade”

³⁹ Sobre a tutela de direitos como a reserva da vida privada do menor e a imagem da criança na incriminação da pornografia de menores, *vide*, e.g. TOMILLO (2015), p. 588. Embora do nosso prisma não revele que o tipo se funda, em exclusivo, na preservação destes dois direitos de personalidade, mas antes nas consequências que a violação destes direitos, entre outros, acarreta e assume no processo de formação e desenvolvimento global da personalidade da criança.

as quais são em si mesmas, demonstrativas de uma perigosidade real e comprovada e não meramente presumida na lesão do mesmo bem jurídico, pelo que o alvo da proteção reside em evitar a propagação desses danos, secundariamente, causados pela partilha, posse e acesso a conteúdos que expõem a sexualidade e a privacidade dos menores. Mantemos por isso a nossa posição que, mesmo nestes casos, se atinge em patamares diferentes a integridade e espontaneidade da capacidade gradual de formação da vontade e, reflexa e consequentemente, a personalidade do menor no domínio da sexualidade. É erróneo pensar que a tutela da autodeterminação sexual dos menores se esgota na utilização direta ou aliciamento dos menores, uma vez que esta ainda persiste com a partilha e difusão, posse e consumo posterior dos materiais pornográficos envolvendo menores.

Colocar os alicerces da tutela penal na prossecução de interesses supraindividuais da comunidade ou do Estado⁴⁰, relacionados com a infância e/ ou juventude é aflorar uma questão que não carece sequer de discussão; é colocar o acento em aspetos meramente incidentais; e de forma mais preocupante, é esquecer, contrariar e reverter o legado extraordinário e disruptivo proporcionado pela reforma de 1995 na consideração da liberdade e autodeterminação sexuais enquanto essência dogmática dos crimes sexuais, perdendo-se o foco na tutela das condições necessárias à aquisição e consolidação da capacidade pessoal e individual do menor de compreender e entender o significado e alcance do ato sexual que é, assim, mascarada e instrumentalizada, em prol de um bem jurídico relacionado com a moral sexual coletiva.

Daqui resulta que é a aquisição e consolidação destas ferramentas que permitem ao menor exercer a sua liberdade sexual, ora na vertente positiva⁴¹, ora na vertente negativa⁴², sem constrangimentos capazes de influir em futuros processos de exercício daquela liberdade.

A descoberta da sexualidade dos menores é todo um processo realizado de forma espontânea, gradual, evolutiva e que deve ocorrer sem sobressaltos ou experiências sexuais abusivas, traduzidas em quaisquer atos de exploração ou aproveitamento dessa

⁴⁰ Como, de resto, tem sido feito pela jurisprudência mais recente, a que podemos referir, a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.05.2017, proc. n.º194/14.8TEL.SB. S1, Relator: Pires da Graça e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17.11.2010, proc. n.º5/04.2AILSB.P1, Relator: José Manuel Araújo Barros.

⁴¹ Correspondendo à possibilidade de cada um dispor, livremente, do seu corpo.

⁴² Que se expressa no direito de cada um poder realizar livremente a sua sexualidade, sem ter que suportar quaisquer ingerências não desejadas ou com as quais não tenha consentido, na sua sexualidade.

sexualidade, dos quais resulte a total exposição e devassa da imagem do menor em circuitos pedófilos. Quando existentes, tais atos, para além de obstaculizarem o livre desenvolvimento da personalidade do menor, causando-lhe sérios e graves transtornos ao nível comportamental, condicionam a plenitude da livre expressão da sexualidade do indivíduo⁴³, degradando a imagem e valor reputacional, amplamente reconduzido à dignidade com que o menor se apresenta. Assim, se entende a dimensão indissociável entre a liberdade e autodeterminação sexual⁴⁴, que andam sempre de mãos dadas, razão pela qual nos parece ser esta uma das sementes de discórdia para com aqueles que negam o valor da liberdade sexual do menor no seio da proteção conferida pelo legislador⁴⁵.

Por tudo o exposto, reiteramos o entendimento de que em todas estas condutas trata-se, ainda, de fundamentalmente proteger a liberdade (de expressão) sexual, em sentido amplo, a qual pressupõe numa das suas manifestações que estejam reunidas todas as condições que permitam a formação e exteriorização de uma vontade livre e esclarecida⁴⁶.

⁴³ Parafrazeando GUERRA (2006), p. 42, «o menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projetada ou construída. A história que lhe vão impor ultrapassa-o em velocidade e substância, deixa de ser sua para passar a ser aquela que não lhe ensinaram, para a qual não pediram sequer um assentimento seu que fosse. De si, apenas um murmúrio surdo, um grito abafado na calada do quarto dos fundos, no canto recôndito da garagem mal iluminada, um “não” ouvido nas paredes da sua alma que não tinha voz suficiente para soar. De si, apenas uma imagem de um corpo usado como vazadouro de néctares infelizes, numa toada de lamento e dor, tantas vezes silenciada em nome de um amor maior (...)»

⁴⁴ No entendimento de LEITE (2011), p.41: “A liberdade será um estado, mas a autodeterminação é um caminho ao qual estão subjacentes, não só a inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade.”

⁴⁵ Pensamento, de certa forma implícito quando COSTA ANDRADE (2004), p. 396 afirma que “até atingir certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limites etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o desenvolvimento prematuro em atividades sexuais” e de forma mais evidente, no discurso de BELEZA (1996), pg. 165, quando afirma que “a ideia que está aqui presente é a de que os menores de certa idade (14 anos), não têm efetiva liberdade sexual, a liberdade destes como que está suspensa, até que estes adquiram, na perspetiva dos adultos, capacidade para a exercerem”.

⁴⁶ O que implica que haja uma perceção formada pelo menor sobre a sexualidade em geral, mas já não sobre a sua identidade sexual, uma vez que a capacidade do menor de se autodeterminar sexualmente não depende sequer de já ter iniciado qualquer relação sexual ou de ter, por qualquer forma, experienciado a sexualidade.

Capítulo III- A problemática da “representação realista de menores”: legitimidade e limites da incriminação

i) As dificuldades suscitadas pela interpretação do conceito

Tal como fizemos notar anteriormente, o tipo legal da pornografia de menores passou a criminalizar, desde 2007, a conduta daquele que produzisse, distribuísse, importasse, exportasse, divulgasse, exhibisse, cedesse, adquirisse ou detivesse com esses propósitos materiais pornográficos de menores, privilegiando-a com uma pena até dois anos (no n.º 3 do art.º 176) quando tenha sido utilizado material pornográfico com “representação realista de menores”, isto é, da que não se socorre, efetivamente, de crianças reais ou, pelo menos em parte, servindo-se de uma representação tão fidedigna quanto realista das mesmas. E desde cedo, não tardaram uma chuva de críticas, apontando a obscuridade e falta de clareza da norma que, assim, não deixava sanada a dúvida no intérprete sobre o que realmente pretendia significar o uso de tal expressão.

Confrontando o uso de tal expressão na lei portuguesa com todo o contexto normativo internacional que lhe serviu de base, em especial, a Convenção do Cibercrime de 2001, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os direitos da criança relativo à venda de crianças e prostituição infantil e pornografia infantil e a DQ 2004/68/JAI, encontramos as respostas às tão inquietantes dúvidas que pairavam no ar, tendo o legislador europeu adotado aquela terminologia para nela fazer incluir o recurso a materiais que envolvessem, quer “ pessoas reais com aspeto de criança”, quer “imagens realistas de crianças não existentes”⁴⁷.

Neste contexto, a questão que em definitivo se coloca- agudizada pela nova previsão do n.º 8, introduzida pela Lei n.º 40/2020, que recorre a determinados conceitos para definir o que se entende por pornográfico, os quais tão subtilmente parecem

⁴⁷ De acordo com a definição presente na al. b) do art.º 1 da referida diretiva, praticamente inalterada pela nova redação do art.º 2 al. c) da Diretiva n.º 2011/92/UE de 2011, considera-se “por pornografia infantil 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 crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos”. Também, o art.º 9 n.º 2 da Convenção sobre o cibercrime reproduz idêntica definição.

sugestionar a admissibilidade político-criminal da pornografia infantil virtual e aparente (também denominada de pseudopornografia), tais como “represente” e “simulados”- é a de saber se a incriminação prevista no n.º 4 do art.º 176 pretende abarcar exclusivamente a pedopornografia virtual⁴⁸ ou se compreende, também, a pedopornografia aparente⁴⁹. A primeira envolve a produção pornográfica realista de menores não existentes no mundo real, podendo ser total, quando a imagem desses falsos menores for totalmente fruto de criações gráficas que fazem assemelhar, pela delicadeza e perfeccionismo da inovação tecnológica, um menor inexistente com uma criança real ou parcial, quando essa semelhança só se verifica em parte, através de montagens que juntam imagens de menores reais com partes de imagens ficcionadas ou manipuladas de menores. A segunda modalidade consiste na produção pornográfica com participação de uma pessoa adulta que, pelos seus traços físicos de jovialidade ou pela sua caracterização, aparenta tratar-se de um menor.

Parece-nos, no entanto, que esta distinção acolhida pela referida DQ 2004/68/JAI foi totalmente e propositadamente ignorada pelo legislador português que, bem sabendo da possibilidade de se reservar à não punição destes comportamentos⁵⁰, optou por não fazê-lo ao inclui-los sob a alçada do termo “representação realista de menores”, inculcando a ideia de que o mesmo terá pretendido abranger um tão vasto número de materiais pornográficos que se apresentem, do ponto de visto funcional, idóneos a criar no consumidor a expectativa de que os participantes neles retratados aparentam ser menores, quer porque o sejam na realidade dos factos (pornografia real), quer porque tenham sido criados para o efeito (pedopornografia virtual) ou quer porque a sua fisionomia ou aparência consiga ludibriar nesse sentido, levando-o a acreditar de que se trata de um menor quando, na verdade, se trata de uma pessoa com idade igual ou superior a 18 anos (pedopornografia aparente).

É assumindo este sentido que o elemento teológico da interpretação contribui para que, com a atual redação do n.º 8 do art.º 176 conjugado com o n.º 4, sejamos levados a defender esta posição, o que não impede, contudo, de formularmos um juízo atinente à

⁴⁸ Neste sentido, embora restringindo à pedopornografia virtual parcial, ALFAIATE (2009), pp. 120 a 121 e ANTUNES e SANTOS (2012), p. 884.

⁴⁹ Assim, para RODRIGUES (2011), p. 272; RAPOSO (2003), p. 953; ALBUQUERQUE (2021), pg. 763; LOPES e MILHEIRO (2019), p. 225.

⁵⁰ Cfr., nomeadamente, art.º 9 n.º 4 da Convenção do Cibercrime e 20 n.º 3 da Convenção de Lanzarote.

(i) legitimidade que cada uma destas categorias de pseudopornografia assume em face do bem jurídico presente no tipo.

ii) A querela existente em torno da admissibilidade do tipo

Indiscutida a natureza controversa da referida incriminação por, desde logo, prever a punibilidade de condutas que não envolvam menores reais, não é difícil adivinhar quais as questões que, de imediato, são apontadas por aqueles que se posicionam contra a referida tipificação, sob o prisma da legitimidade da referida incriminação e dos limites que devem nortear a ação do Direito Penal.

A mais óbvia, talvez, relacionada com a ausência de um qualquer bem jurídico protegido através do referido preceito e, menos ainda, com a liberdade e autodeterminação sexual dos menores “(...) porquanto no caso nem menor ou outras pessoas aparentando ser menores existem”⁵¹. A dificuldade em assacar um qualquer bem jurídico à referida incriminação é posta à prova quando se perde o referencial individual e subjetivo, próprio dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, dado que não estão em causa, no todo ou em parte e diretamente, crianças reais. Segundo a argumentação explanada pelos fervorosos críticos de tal solução legal, a afirmação de que a liberdade e autodeterminação sexual dos menores encontra ainda aqui a sua tutela, só pode ser reconhecida quando se desliga ou se abstrai da pessoa a quem a norma pretende dirigir a sua proteção e se coloca os holofotes na proteção dos valores em si mesmos e nas modalidades típicas de ação que se têm por lesivas a uma categoria de sujeitos (os menores, abstratamente considerados), *in casu*, não diretamente intervenientes ou identificáveis, porque inexistentes nesses materiais pornográficos.

É certo que o Direito Penal almeja a proteção de bens jurídicos, entendidos estes como os valores e interesses cristalizados na ordem axiológico-constitucional, que sejam indispensáveis ao desenvolvimento de uma comunidade. No entanto, essa proteção não implica elevar determinadas bandeiras a todo e qualquer custo, tornando desequilibrada a balança que, ao maximizar a plenitude e preservação de determinados valores, resvala o seu peso na compressão e restrição perigosa de modos de atuação (e de expressão) que, em concreto, não assumem a virtualidade de lesão de um qualquer bem jurídico. De outro

⁵¹ LOPES e MILHEIRO (2019), p. 225.

modo, o bem jurídico “vida”, por exemplo, seria em qualquer altura e, independentemente das circunstâncias, sempre alvo de tutela pelo Direito Penal, perdendo-se a referência ao sujeito que a encarna, em função do qual se mede a necessidade de intervenção penal.

Este argumento entrecruza-se com um outro e que se prende com a capacidade do referido preceito colidir, de modo insustentável e inoportável, com o catálogo de outros direitos, liberdades e garantias, tais como a liberdade de expressão e criação artística⁵², ambos com consagração constitucional, respetivamente, nos arts.º 37 e 42, nomeadamente, quando essas criações resultem, na totalidade, da utilização de imagens ilustrativas de crianças ficticiamente desenhadas ou concebidas, através dos denominados *animes* ou *cartoons* animados.

Remontando a sua origem ao caso *Aschroft V. Free Speech Coalition*⁵³ colocado para decisão do Supremo Tribunal dos EUA, a 16 de abril de 2002, este argumento foi ancorado na máxima que “O governo não pode suprimir uma forma de expressão lícita como meio de suprimir uma forma de expressão ilícita” (trad.), para simbolizar a ideia de que estes direitos devem ser, ao máximo, salvaguardados e resguardados de pretensões de pendor punitivo e moralista que, a pretexto e em nome da garantia da liberdade e autodeterminação sexual das crianças, se instrumentalizam ao serviço da contenção de pré-tendências ou instintos pedófilos que possam ser encorajados por estas formas de expressão. Conforme destaca o Governo nesse caso, mesmo com a visualização de imagens tecnologicamente modificadas em que não sejam representados menores “de carne e osso”, a força atrativa e indiscutível desses conteúdos sempre conduziria à sua reprodução pelo agente, no seio do seu lar ou com terceiros, pelo que só proibindo a liberdade de expressão subjacente à pedopornografia virtual se desinibe, tendencialmente, os futuros agressores ou, pelos menos, se limita substancialmente, as probabilidades de tais conteúdos incitarem ou atraírem os agressores para a prática de abusos sexuais com crianças, pondo fim à pedopornografia real.

⁵² Também, LOPES e MILHEIRO (2019), p. 225 entendem que “na aplicação da norma, deverá sempre levar-se em consideração que não será admissível na representação realista de menor estender a interpretação a áreas tidas como expressão artística ou que, na dúvida, se possam vir a considerar como tal.”

⁵³ Acórdão do 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>. Este argumento de enorme peso para o veredicto final, acabou por conduzir à inconstitucionalidade do CPPA dos EUA de 1996, um diploma que proibia a produção, distribuição e posse de pseudopornografia (termo usado para abarcar, segundo a definição de pornografia de menores nele avançada, qualquer representação visual que transpareça, aparente ou transmita a impressão de envolver um menor em condutas sexualmente explícitas).

Não obstante, em resposta a esta argumentação, defende o tribunal norte-americano que os danos causados na esfera do menor pela prática desses crimes não podem ser imputados de modo direto a esta forma de expressão e que a ligação entre ambas se desvanece pela conduta abusiva do agente sobre o menor que a interessa, mas já não pelo material utilizado e produzido, ao abrigo dessa liberdade artística, com recurso a representação realista de menores⁵⁴.

Em sentido diametralmente oposto, avançando considerações de peso acerca da utilidade e justiça da incriminação prevista no atual n.º 4 do art.º 176, há quem defenda a manutenção da incriminação nos seus termos. Em síntese, diríamos ser possível agrupar esta argumentação em três grupos de críticas.

O primeiro sustenta esta incriminação com um argumento, convenhamos, processual, baseado na dificuldade arrebatadora em perceber se as imagens utilizadas são ou não reais, graças aos inegáveis progressos e avanços tecnológicos que, ao tornarem tais retratos dos menores tão perfeitos quanto fidedignos à realidade, não permitirão num futuro próximo ao comum dos mortais a sua destrição, assim, se obviando à condenação dos agentes infratores pela produção e lançamento de tais materiais no mercado e fomentando a impunidade de tais comportamentos, paradoxalmente reforçada pelo axioma penal incontornável *in dubio pro reu*.

Em conexão com o argumento suprarreferido, por partir da premissa segundo a qual tais imagens seriam julgadas verdadeiras pelo observador (refletindo crianças reais), aduz-se, em termos a que já anteriormente expusemos que, também, a pseudopornografia, provoca em quem consome um estímulo à prática de atividades sexuais com crianças⁵⁵ e, quando em causa sejam crianças (convencidas pelo poder persuasivo do adulto, fortemente encorajador dessa visualização) uma normalização dessas condutas, levando a que o menor não repulse ou se oponha ao seu envolvimento nessas práticas.

Por último, salienta-se em resposta àqueles que entendem que a utilização de representações sugestivas da menoridade das pessoas nela retratadas fere a liberdade de

⁵⁴ RAPOSO (2003) p. 953, defende que “por muito imorais que possam ser, não poderão ser criminalizadas, uma vez que o mero pensamento não lesa efetivamente ninguém”.

⁵⁵ Esta argumentação foi expandida, em grande medida, no caso *R. V. Scharpe (2001)*, disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>, tendo o Supremo Tribunal Canadano trazido para o debate um raciocínio muito próprio e demasiadamente amplo, que em analogia, podemos dar por verificado com o efeito que as imagens publicitárias provocam na criação de tendências de modas ou de modos de vivência nos consumidores, pronunciando-se, no final, a favor da criminalização da pornografia infantil virtual.

criação artística, comprimindo-a desrazoavelmente, que a tutela constitucional que se impõe às diversas forma de expressão que “decorrem da busca filosófica da verdade, que se traduzem nalguma forma de participação no processo de decisão política, ou que representam expressões de desenvolvimento pessoal ou realização humana”⁵⁶, não se coloca sequer em face de produções infantis pornográficas, não reconduzidas a “simples manifestações de uma opinião favorável ao relacionamento sexual entre crianças e adultos que se situe no plano do debate abstrato e teórico de ideias. Tal como não releva do puro debate de ideias, a pornografia também não releva da criação e expressão artística”⁵⁷.

Tudo visto, resta-nos tecer algumas considerações numa pequena abordagem crítica quanto à temática, o que julgamos que já estamos em posição de o fazer, atento o desenvolvimento do discurso e a posição que anteriormente manifestámos quanto ao bem jurídico protegido pelo tipo.

iii) Reflexão crítica

De facto, não vislumbramos qualquer possibilidade de ceder à argumentação desenvolvida por aqueles que advogam a manutenção da criminalização, a menos quanto a um único aspeto e pelos motivos que *infra* melhor descreveremos.

Não negamos os danos incalculáveis que poderão advir para o desenvolvimento e formação da personalidade sexual do menor, resultantes da criação e expansão de materiais desta natureza no mercado pornográfico. No entanto, associar os mesmos efeitos e a mesma quota de responsabilidade à pornografia totalmente virtual de menores, como se de pornografia real de menores se tratasse⁵⁸, traz consigo o perigo de cairmos no excesso, encerrando uma visão exageradamente paternalista e securitária e desviando a atenção do cerne de proteção, visado pela pornografia de menores e outros crimes a ela

⁵⁶ PATTO (2010), pp. 187.

⁵⁷ *Idem.*, p.193.

⁵⁸ CADOPPI (2006), p. 71 e ss. Também o legislador comunitário assumiu, senão de forma expressa, ao menos, compreensivelmente de forma justa, uma diferenciação substancial no desvalor daquelas condutas ao permitir que cada Estado-membro possa isentar de responsabilidade o agente que produza e possua material pornográfico, exclusivamente com imagens realistas de crianças inexistentes, estritamente para uso pessoal e desde que não haja perigo de divulgação, de acordo com o art.º 3 n.º 2 al. c) da DQ 2004/68/JAI, substituído pelo n.º 8 do art.º 5 da Diretiva n.º 2011/92/UE.

subjacentes ou conexos. Mais grave, traz o reconhecimento implícito de que este n.º 4 continua a defender a tese que elege como bem jurídico a autodeterminação e liberdade sexual, na medida em que denota a origem do problema não no dano, mas na perigosidade própria suposta pelo facto destes materiais transmitirem ao consumidor um impulso sexual que apenas pode ser satisfeito com recurso a práticas de índole sexual com os menores, partindo do pressuposto que o combate à produção e divulgação de pornografia real passa pela incriminação da pornografia virtual, igualmente lesiva e ostentando a mesma danosidade social que aquela⁵⁹. Não é assim.

Primeiro, porque não é certo que o consumo deste conteúdo conduza à prática destes crimes, já que muitos estudos demonstram o inverso, realçando o potencial fenómeno catártico.

Segundo, ainda que se aceite a possibilidade de tais conteúdos impulsionarem a lesão da liberdade sexual do menor, ao aguçarem o apetite sexual melindroso dos futuros abusadores, sempre se dirá que onexo causal entre ambas é extremamente indeterminado, remoto ou até mesmo inexistente, pelo que não cremos ser legítimo a invocação do princípio jurídico da precaução, apenas porque a probabilidade de ocorrência de danos, de gravidade incontestável, é bastante verosímil, não “(...) pelo menos quando queiramos afastar de um Direito Penal da suspeita, face a sujeitos eventualmente perigosos”⁶⁰. Arriscar nessa relação direta, que rejeitamos, significaria abrir um gigantesco precedente penal, legitimando tantas outras incriminações despojadas da referência de um qualquer bem jurídico e ficcionando autênticas lesões, uma vez que a existirem sempre seriam fruto da interposição com a conduta de terceiros⁶¹.

Depois, alerta-se para o “papel da pedopornografia nos processos causais de diminuição das resistências do menor para a prática abusiva de atos sexuais (*grooming*) (...) pela aptidão que tal material tem de convencer outros menores a aceitar ou não

⁵⁹ Assumindo esta posição, de que discordamos e sustentando a sua visão, baseando-se numa série de dados científicos, que permitem concluir pela existência,” não de um dano necessariamente verificável, mas de um perigo de verificação desse dano”, porquanto “(...) a política criminal nem sempre poderá basear-se em pressupostos científicos quantificáveis, basta que se baseie no raciocínio lógico.”, *vide* PATTO (2010) pp. 191 e 192.

⁶⁰ ALBERGARIA e LIMA (2010), p. 204.

⁶¹ Na origem desta multiplicação desmesurada de criminalizações, teríamos que reconhecer inúmeras proposições ideológicas que, em analogia, explicariam este fenómeno, tais como considerar que Romeu e Julieta é um filme violento por fomentar o suicídio dos jovens, devendo, por este motivo, ser banido e, também, censurado em termos jurídicos.

oporem resistência à prática abusiva de atos sexuais”⁶². Mas também, não podemos concordar com este argumento. Se fosse esta uma das razões para criminalizar a pseudopornografia, porque é que o legislador em 2020, insistiu na manutenção do tipo, mesmo sabendo que poderia inclui-lo sob a alçada da proteção conferida pelo art.º 176-A que, desde 2015, autonomiza como crime o aliciamento de menores para fins sexuais? Especulando, se a razão para o legislador ter ignorado tal opção reside no facto deste crime apresentar a natureza de perigo abstrato, então também teremos de concluir que, ostentando o crime de pornografia de menores idêntica qualificação, o legislador não deverá querer, certamente, extravasar as exigências postas à intervenção do Direito Penal, nos termos do art.º 18/2 da Constituição da República Portuguesa, ao pretender tornar a incriminação da representação realista de menores um perigo de um perigo abstrato. Logo, só podemos admitir que a manutenção da referida incriminação convoca um imbróglio inultrapassável e uma colisão insustentável entre normas, prejudicando a coerência lógica e harmoniosa do sistema penal e a interpretação que dele possa ser feita.

Adicionalmente, ainda que se admita a possibilidade destes materiais constituírem instrumentos de aliciamento do menor pela sua visualização⁶³, julgamos que esta preocupação já se encontra suficientemente acautelada nos termos do n.º 1 do art.º 176, sob a referência do termo “aliciar”.

Resta escrutinar a legitimidade do tipo em face do último argumento, segundo a qual a pornografia virtual muito dificilmente se distinguirá da real, com o desenvolvimento vertiginoso das novas tecnologias. Quanto a este, não cremos razoável instrumentalizar a lei como pretexto para se punir aquilo que não se consegue provar, no intuito de erradicar toda a indústria que possa sobreviver à custa de representações pictóricas pornográficas que objetifiquem os menores, uma vez que seria a própria garantia processual fundamental *in dubio pro reu* que ditaria uma solução contrária, impedindo este tipo de mecanismos alternativos ardilosos.

No final de contas, tal argumento não é suficiente nem pode valer enquanto fundamento material do ilícito, onde nem sequer estão envolvidos, de todo, menores “por

⁶² LEITE (2011), p. 58.

⁶³ Não se podendo excluir esta hipótese da equação, convém, no entanto, sublinhar que esta não será a única forma de persuasão, sem a qual uma criança escaparia ileso a qualquer tipo de abuso sexual, dado que o pedófilo terá sempre à sua disposição inúmeros outros meios para aliciamento do menor, tais como brinquedos, drogas ou dinheiro. O que torna evidente a relação meramente causal, não necessária, entre aquele ato e esse efeito.

mais repugnante que se mostre à luz das representações sociais amplamente dominantes”⁶⁴, ultrapassando em larga escala, os requisitos da proporcionalidade, adequação e necessidade, enquanto manifestações do princípio da intervenção mínima a que o Direito Penal deve obedecer. Considerando a conjugação destes princípios com o art.º 18 n.º 2 da Constituição da República, da qual deriva a natureza de último *ratio* que assume a intervenção do poder punitivo do Estado, reputamos mais acertado a descriminalização destas condutas⁶⁵ e a sua subordinação ao campo contraordenacional.

No entanto, o que se disse não obsta a que concordemos, em certa medida, com o diferente e cuidadoso tratamento que deve ser dado às diversas formas de expressão de ideias ou de liberdade intelectual de criação artística, situadas em diferentes patamares valorativos de tutela. Se a pornografia entre adultos pode convocar uma dimensão de arte que, para muitos, impele à formulação de juízos sobre beleza, sensualidade e erotismo, quando falamos em pornografia de menores retratada em desenhos animados, não podemos deixar de considerar tais representações aberrantes, chocantes e perversas. Nestes termos, será sensato questionar se estas poderão ainda ser consideradas arte e sob que critérios.

Não sendo alheios à dificuldade em traçar uma fronteira entre ambas, não deixa de ser duvidoso de que a ilegitimidade da incriminação com representação realista de menor possa ser sustentada à luz da colisão com a liberdade de expressão e criação cultural, uma vez que “ nestas, será muito menor o peso e importância da liberdade de uma atividade comercial, como é, normalmente, a pornografia (...) se estivesse em causa uma simples expressão de ideias (por muito criticáveis ou repugnantes que estas fossem), ou algum propósito de ordem estética, não estaríamos diante de pornografia”⁶⁶. Não cremos que essa argumentação se possa impor, indistintamente, para qualquer uma das vertentes, não certamente quando esteja em causa a pedopornografia parcialmente virtual e daí a razão do nosso tratamento distinto, em função da natureza, também ela distinta, das realidades que nos prendem nesta análise. No entanto, o carácter frágil e precário, nos termos *supra* expostos, da restante argumentação não permite a nossa adesão a essa posição.

⁶⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/557>.

⁶⁵ Solução que está, além do mais, de acordo com a discricionariedade que foi permitida pelo legislador comunitário a cada Estado-membro, nos termos do n.º 4 do art.º 5 da DQ 2004/68/JAI.

⁶⁶ PATTO (2010), pp 193-194.

Chegados aos casos de pedopornografia parcialmente virtual, admitimos, porém, que o raciocínio que temos vindo a desenvolver terá de ser infletido, na medida em que estando em causa uma adulteração ou desfiguração de partes de imagens de menores reais é a própria autodeterminação sexual dos menores que reivindica a sua tipificação como crime. Concretizando, quando pensamos neste tipo de pornografia, temos de ganhar consciência da dimensão dos danos que são criados na esfera do menor, em paralelo àqueles que resultam da utilização de menores reais. Isto porque, a descontextualização que é feita do menor- resultante da associação de parcelas de imagens inócuas onde surgem crianças reais a um contexto pornográfico ou da combinação de imagens verídicas destas com partes de imagens criadas graficamente, onde são retratadas, de forma lasciva ou exibicionista, partes genitais do menor - não deixa de influir negativamente na sua integridade física, psíquica e relacional, afetando as suas condições de desenvolvimento no campo sexual, dimensões essenciais integradas no complexo e multifacetado valor da autodeterminação sexual. Apesar de distorcida, a imagem continua a refletir a presença de uma criança real, bem percecionada e individualizada pelo homem médio no conjunto das restantes imagens criadas artificialmente, o que é suscetível de conduzir à lesão de múltiplos bens, tais como a imagem ou reputação, intrínsecos à personalidade do menor.

Por último, resta-nos apurar a legitimidade da intervenção penal no caso da produção pornográfica em que participem adultos aparentando ser menores. É com alguma incredulidade que percecionamos este normativo, uma vez que, se por um lado, vale a pena apontar de novo a insusceptibilidade da referida conduta lesar a autodeterminação sexual dos menores, por outro, é consentâneo admitir que tendo os adultos que nele participam aderido voluntariamente a tais atos pornográficos, estes ainda se situam dentro do exercício da sua liberdade sexual, não sendo e bem, reprimidos por uma qualquer criminalização em torno da pornografia entre adultos.

E se assim é, será transponível para este caso, todas as considerações que acima foram tecidas a propósito da pedopornografia totalmente virtual, sendo legítimo afirmar que, uma vez mais, o legislador português⁶⁷ sentiu a necessidade de reprimir

⁶⁷ Repare-se que o legislador europeu deu, também, total liberdade aos Estados-Membros, nos termos da al. a) do n.º 2 do art.º 3 da DQ de 2004 e do n.º 7 do art.º 5 da Diretiva n.º 2011/92/UE para isentarem de responsabilidade criminal os comportamentos associados à pornografia infantil que envolvam pessoas reais, com 18 anos ou mais no momento da representação, com aspeto de criança. Algo que, ao que nos parece, foi definitivamente afastado, pela introdução do novo n.º 8, se dúvidas pudessem existir quanto à interpretação a ser feita, exclusivamente, a partir do n.º 4.

determinados comportamentos por se desviarem de um código deontológico, de um padrão moral interiorizado pela sociedade e por neles vislumbrar o perigo contingente, que nem sequer é empiricamente demonstrável, de desinibição do menor para a prática de atos sexuais. Não deixa de ser preocupante a criação de subterfúgios artificiais de perseguição penal do agente com um perfil tendencialmente pedófilo, punindo-se “aquilo que parece ser”.

Fazendo jus às palavras de Karl Natscheradetz “(...) não é legítimo que ele [direito penal] se pronuncie sobre as diversas opções e os diversos sentidos que os cidadãos conferem à vida sexual, impondo-lhes uma determinada conduta e uma determinada valoração em detrimento das outras existentes”⁶⁸.

Julgamos que admitir que o tipo descrito nesses termos possa perdurar, implica reativar o ideário da moral sexual e dos bons costumes, conduzindo o Direito Penal a “um direito penal do autor, com declaração de guerra ao inimigo pedófilo”⁶⁹, totalmente conflituante com os princípios basilares de um Estado de Direito Democrático. Ora, sustentar esta visão em argumentos que carecem de uma base sólida, em nosso entender, vai para além daquela conceção que anteriormente fizemos referência e que elege como bem jurídico a infância e a juventude, já que mesmo esta tende a rejeitar quaisquer tendências criminalizadoras de que resultem a criação de crimes sem vítima ou a repressão dos responsáveis por intervir no processo de fabricação de materiais pornográficos, por neste não se vislumbrar uma verdadeira coisificação ou exploração do menor⁷⁰. Ou seja, estamos em crer que, nem mesmo para aqueles que defendem estar em causa no tipo legal da pornografia de menores a proteção da infância e juventude, se reconhece uma amplitude e alcance tais que justifiquem a presente incriminação.

Em suma, entendemos que a delicadeza e sensibilidade do assunto possam reclamar uma intervenção robusta no combate à pedofilia e à pornografia infantil, face à fragilidade e vulnerabilidade que ao menor é reconhecido diante os perigos de uma sociedade cada vez mais digital e que perpasse, atenta à relevância e à valiosidade dos bens em presença, pela antecipação e intensificação da tutela, atendendo aos perigos que determinados comportamentos possam representar para os menores. No entanto julgamos que o legislador foi longe de mais, tendo sido permeável e influenciado pela histeria que

⁶⁸ NATSCHERADETZ (1985), p. 140.

⁶⁹ DIAS (2012) p. 884.

⁷⁰ ALFAIATE (2009), p.123.

vigorosamente ecoa, apregoando a necessidade de uma intervenção penal exímia e insaciável para a proteção dos direitos das crianças, face a comportamentos socialmente desadequados ou bastante reprováveis, exacerbada pelos voluptuosos e assustadores números de casos de pedofilia ocorridos nas últimas décadas.

Repare-se no quão grave é punirmos comportamentos por despertarem motivações *contra legem* ou, simplesmente, por aquilo em que estas se poderão refletir. Não por encerrarem uma desvaliosidade jurídica em si mesma considerada, mas por poderem conduzir a outros, estes sim dotados de uma antijuridicidade inadmissível, puníveis pelo “Direito Penal do bem jurídico e do facto”.

Centremo-nos no que realmente importa, no combate e na criação de mecanismos de resposta multidisciplinar e de prevenção à pornografia de menores e não cedamos à tentação populista, preconizadora de uma musculação avassaladora do Direito Penal num sentido mais securitário e gravoso, que legitima meios penais mais radicais presumidos como mais protetores, totalmente avessa aos princípios baluartes do Estado de Direito Democrático e à função preventiva que ao Direito Penal cabe salvaguardar.

Considerações finais

Feita esta exposição, cumpre reunir algumas ponderações finais pertinentes que julgamos extraírem-se do desenvolvimento das considerações acima efetuadas.

Retomando a premissa base de que partimos para qualquer tomada de posição, concluímos que foi a reforma de 1995 que, verdadeiramente, rompeu o padrão axiológico tradicional em vigor, tendo impulsionado uma alteração do sentido jurídico-social da punição, centrada na salvaguarda das condições para a livre realização da individualidade e na construção da própria personalidade dos menores, ao conceber os crimes sexuais como verdadeiros crimes contra as pessoas. A esta alteração estruturante, sucederam inúmeras outras, com repercussões relevantes no que toca ora à amplitude e lastro da presente incriminação, ora ao bem jurídico protegido pela autónoma incriminação, já desde 2007.

Considerando essas repercussões e procedendo a uma análise rigorosa do leque de modalidades típicas, consideramos que o legislador tomou consciência das implicações assombradoras e devastadoras que todos esses atos assumem na esfera sexual do menor e, mais, nesse exercício reconheceu, independentemente, da ligação mais ou menos direta entre o agente e a vítima, a necessidade indispensável de persecução penal dos agentes do crime sempre que haja o perigo dessa lesão. Embora a graduação possa diferenciar, expondo os diferentes níveis de censurabilidade dirigidos a cada modo de atuação, nem por isso, se perde o potencial lesivo e nefasto que os mesmos assumem no crescimento equilibrado e íntegro de cada criança, na oportunidade de decisão e na liberdade de ação, desmesuradamente afetada com a exposição pública da imagem do menor em comportamentos de cariz sexual lançada em circuitos de pedofilia, com propósitos de estimulação sexual dos futuros predadores.

O que se disse deve valer, por inteiro, não apenas para os casos em que o menor é diretamente aliciado ou usado para qualquer tipo de registo pornográfico, mas também, para aqueles em que o agente promove ou dinamiza um mercado à custa de abusos sexuais, influenciando diretamente nas forças motoras económicas essenciais e, em última instância, obviando à sua estagnação ou decaimento naturais, quer porque contribui para a sua mercantilização constante, através de operações específicas de distribuição, quer

porque abre caminho ou é ele próprio consumidor deste tipo de “produto” em espetáculos pornográficos ou outros de natureza diversa.

Nestas duas últimas situações, o legislador não pode ignorar que existe a possibilidade universal e permanente de visualização das lesões cometidas (permitida pela durabilidade e instantaneidade das redes digitais), o que é suscetível de originar, por si só e frequentemente, sintomas patológicos de natureza duradoura no plano psiquiátrico e relacional do menor, devendo o legislador, por esse mesmo motivo, considerar a legitimidade normativa por via de uma lógica criminalizadora da conduta subsequente ou de tutela antecipada na proteção da liberdade e autodeterminação sexual dos menores. Neste prisma, consideramos que em todas estas condutas, o bem jurídico de natureza complexa e congregadora de inúmeros vetores fundamentais se situa no plano térreo, umbilicalmente, ligado ao sujeito que a representa (por isso, de natureza individual) e, não cremos, em ficções artificialmente criadas, sustentadas num bem jurídico coletivo de natureza supraindividual.

Mas espanta-nos que o mesmo legislador que reconheceu de forma exemplar o papel que a sexualidade assume no desenvolvimento da personalidade dos menores, não tenha conseguido moderar e conter as suas ambições, tendo admitido em termos penais um fôlego de considerações que, só de um ponto de vista leigo e puramente especulativo, podem ter sustentação. E não se oponha, em jeito justificativo, o argumento de que assim o é ou assim se tem que inevitavelmente por concluir segundo a construção por nós traçada, porque se admite um bem jurídico em termos demasiado amplos, face a condutas que só forçadamente se podem associar a essa lesão. Embora a posição por nós adotada, permita reconhecer que não pode a liberdade e autodeterminação sexual dos menores ser violada quando estejamos diante criações totalmente gráficas de crianças e, muito menos, quando estejam em causa adultos aparentando ser crianças (e, precisamente por via disso, admitimos que quando estejam em causa manipulações de imagens de crianças reais possa existir a lesão desse valor), não é correto admitir que a posição contrária-porventura, que vislumbre na presente incriminação a defesa da infância e juventude-conduz a um resultado diverso, atribuindo legitimidade à presente norma. Posição, repetimos, com a qual se discorda, mas que nem por isso, pode assumir tamanho alcance.

Não podemos deixar de acreditar que o legislador foi absorvido por um espírito neocriminalizador e de contaminação da incriminação com um rasto claramente moral,

tendo admitido, ainda que sem base científica, a possibilidade da posse e distribuição de material pseudopornográfico influir diretamente no abusador, ao interiorizar e replicar aquilo que percebe para satisfazer os impulsos sexuais adormecidos ou despertados, a partir desse consumo. Isto mesmo, apesar de reconhecermos o carácter abominável, hediondo e pavoroso dessas figurações imaginárias envolvidas em abordagens realísticas.

Contudo, há que conter as tendências massificadoras de criminalizações sustentadas em falsos moralismos, responsáveis por destronar as grandes conquistas civilizacionais e enviesar a visão liberal e garantística do Direito Penal. Esta não é uma tarefa fácil, mas constitui o esforço mais nobre do trabalho de um jurista, atento ao seu papel de fiel respeitador das exigências democráticas em matéria penal e à sua responsabilidade na transmissão dos valores da ordem jurídica. Assim, acreditamos.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares e 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, 2021, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa.

ALFAIATE, Ana Rita, 2009, *A relevância penal da sexualidade de menores*, Coimbra Editora, Coimbra.

ALFAIATE, Ana Rita, 2010, “Crimes sexuais contra menores: Questões de promoção Processual”, in *Estudos em Homenagem o Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (coord. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 715-739.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis, 1995, *Crimes Sexuais: notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Edições Almedina, Coimbra.

AMBOS, Kai, 2014, “Posse como delito e a função do elemento subjetivo: reflexões a partir de uma perspetiva comparada”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, pp. 7-28.

ANDRADE, Manuel da Costa, 2004, *Consentimento e acordo em Direito Penal: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, 2ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra.

ANDRADE, Manuel da Costa, 2009, *Bruscamente no verão passado: A reforma do Código do Processo Penal*, Edições Almedina, Coimbra.

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

ANTUNES, Maria João, 2005, “Crimes contra menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, pp. 57-71.

ANTUNES, Maria João e SANTOS, Cláudia, 2012, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra.

ANTUNES, Maria João e SOUSA, Susana Aires de, 2019, “Da relevância da identificação do bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, pp. 239-264.

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

BELEZA, Teresa Pizarro, 1996, “Sem sombra do pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal”, in *Separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Vol. I, pp. 159-183.

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

CAEIRO, Pedro e DIAS, Jorge de Figueiredo, 1997, “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in *Polis- Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 2º edição atualizada, Verbo, Lisboa, pp. 1394-1403.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, 2014, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra.

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

COSTA, José de Faria, 2000, *O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*, Coimbra Editora, Coimbra.

COX, Juan Pablo Leixelard, 2005, “Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal”,

in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXVI, pp. 145-154.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 2017, “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, in *RJLB*, n.º 23, ano 3, pp. 345-376.

DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, *Comentário Conimbricense do Código Penal- Parte Especial*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra.

DIAS, Jorge Figueiredo, 2012, *Comentário Conimbricense do Código Penal- Parte Especial*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra.

DIAS, Jorge Figueiredo, 2007, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I- Questões fundamentais- A doutrina geral do crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra.

DIAS, Jorge Figueiredo, 2016, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3998, ano 145, pp. 250-266.

DIAS, Maria do Carmo 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. 213-279.

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

FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, 2014, “A pornografia de menores: conceitos e terminologia”, in *Revista de Direito e Segurança*, n.º 4, ano 2, pp. 55-87.

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

GÓMEZ, Manuel Tomillo, 2015, *Comentários práticos al Código Penal, Tomo II- Los delitos contra las personas*, art 138-233, 1º edición, Editorial Aranzadi, Madrid.

GUERRA, Paulo, CARMO, Rui do e ALBERTO, Isabel, 2006, *Abuso sexual de menores -uma conversa sobre Justiça e o Direito e a Psicologia*, 2ª edição, Edições Almedina, Coimbra.

HESSICK, Carissa Byrne, 2011, “Disentangling child pornography from child sex abuse”, in *Washington University Law Review*, vol. 88, issue 4, pp. 853-902.

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, 2011, “A Tutela penal da liberdade sexual”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, ano 21, pp.29-94.

LEITE, Inês Ferreira, 2004, *Pedofilia- Repercussões nas novas formas de criminalidade na Teoria Geral da Infração*, Edições Almedina, Coimbra.

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

MUÑOZ, Nuria Pastor, 2016, “A abordagem dos delitos de posse e dos delitos de pertencimento”, in *Delitos de Posse: drogas, porte de armas e pornografia*, (org. José Danilo Tavares Lobato, Eduardo Saad- Diniz, Andrés Falcone), editora LiberArs, São Paulo, pp. 57-68.

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

GOENAGA, Reys Olizola, 1997, “Delitos contra la Libertad Sexual”, in *Eguzkilore (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia)*, n.º 10, pp. 95-120.

ORMROD, Richard e FINKELOHR, David, 2005, “Pornografia infantil: padrões do NIBRS”, in *Infância e Juventude- Revista do Instituto de Reinserção social*, n.º 4, p. 123-143.

ORTS, Enrique Berenguer, 2001, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 1ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid.

PATTO, Pedro Vaz, 2001, “Direito Penal e ética sexual”, in *Revista Direito e Justiça*, vol. XV, Tomo II, pp. 123-145.

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

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

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 *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, ano 23, pp. 7-43.

ROXIN, Claus, 2016, “Crimes de Posse”, in *Delitos de Posse: drogas, porte de armas e pornografia* (org. José Danilo Tavares Lobato, Eduardo Saad- Diniz, Andrés Falcone), editora Liberars, São Paulo, pp. 81-96.

SCHRÖEDER, Friederich-Christian, 2004, “La posesión como hecho punible”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, pp. 165-168.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, 2012, “Neocriminalização e direitos das crianças vítimas de crimes sexuais”, in *Boletim do IAC*, n.º 104, pp.1-2.

WITTING, Sabine K., 2019, “Regulation bodies- the moral panic of child sexuality in the digital era”, in *Critical Quarterly for Legislation and Law*, vol.1, ano 102, pp. 5-38.

Legislação

Código Penal de 1852, disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf> (consultado a 25 de dezembro de 2022)

Código Penal de 1886, disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> (consultado a 25 de novembro de 2022).

Código Penal de 1982, disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/319744> (consultado a 25 de novembro de 2022).

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 28 de dezembro de 2022).

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 7 de janeiro de 2023).

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 25 de novembro de 2022).

Decisão-Quadro 2004/68 JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32004F0068> (consultado a 28 de dezembro de 2022).

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/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093 (consultado a 28 de dezembro de 2022).

Lei n.º 65/98, de 02 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=112&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= (consultado a 25 de novembro de 2022).

Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=116&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= (consultado a 25 de novembro de 2022).

Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= (consultado a 25 de novembro de 2022).

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 7 de janeiro de 2023).

Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2382&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= (consultado a 25 de novembro de 2022).

Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3327&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo= (consultado a 25 de novembro de 2022).

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança 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 28 de dezembro de 2022).

Relatório explicativo da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de novembro de 2020, disponível em:

https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/REL_EXP.pdf, pp. 1-60 (consultado a 05 de janeiro de 2023).

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.05.2017, proc. n.º 194/14.8TEL.SB. S1, Relator: Pires da Graça.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19.02.2020, proc. n.º 4883/15.1TDLSB.L1. S1, Relator: Nuno Gonçalves.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17.03.2021, proc. n.º 644/19.7JGLSB-A. L1-3, Relator: Florbela Sebastião e Silva.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17.11.2010, proc. n.º5/04.2AILS.B.P1, Relator: José Manuel Araújo Barros.

Acórdão do 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 15 de fevereiro de 2023).

Acórdão do 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 15 de fevereiro de 2023).

Acórdão do 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 15 de fevereiro de 2023).

Acórdão do Supremo Tribunal Federal dos EUA, *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/495/103> (consultado a 20 de fevereiro de 2023).