



João Miguel Almeida da Silva

Cibercrime: O Crime de Pornografia Infantil na Internet

Dissertação em Ciências Jurídico-Forenses

Janeiro de 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Cibercrime: O Crime de Pornografia Infantil na Internet

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: Dra. Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate

João Miguel Almeida da Silva

Coimbra

2016

A presente dissertação não está redigida segundo as regras do novo Acordo Ortográfico.

Agradecimentos

À Dra. Ana Rita Alfaiate, pela disponibilidade para me aconselhar e rever todos os textos que compõem esta dissertação.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e por me concederem esta oportunidade.

A todos os meus amigos, por estarem sempre ao meu lado.

Abreviaturas

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPPA – Child Pornography Prevention Act

CRP – Constituição da República portuguesa

MP – Ministério Público

TIC – Tecnologias da Informação e da Comunicação

UE – União Europeia

Índice

Agradecimentos	2
Abreviaturas	4
Índice	5
Introdução	6
1. A Internet como palco de crimes sexuais.....	7
2. O bem jurídico em causa.....	10
3. O crime de pornografia de menores	13
3.1. A pornografia infantil virtual.....	22
3.2. A mera detenção de pornografia infantil	29
3.3. O novo crime de acesso a pornografia de menores	34
3.4. A consagração legal do fenómeno <i>Child Grooming</i>	36
4. Registo de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual: os problemas	37
5. Breve referência a outros diplomas legais	42
5.1. Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Criança, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil	42
5.2. Convenção Sobre o Cibercrime	43
5.3. Child Pornography Prevention Act	45
6. Breve análise de alguma jurisprudência nacional	46
6.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 372/12.4TACL D. C1 de 11/11/2015	46
6.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 4190/11.9TAGD M.P1 de 03/12/2014.....	48
Conclusão.....	51
Bibliografia	53
Jurisprudência	57

Introdução

É nosso intuito, com a presente dissertação, analisar o tratamento conferido ao crime de pornografia de menores na lei portuguesa, no sentido de desenvolver um espírito crítico relativamente ao alargamento da punibilidade das condutas tipificadas na norma penal (art. 176.º do Código Penal, doravante CP). Tendo especialmente em conta a influência das novas tecnologias da informação e da comunicação (nomeadamente da Internet), começaremos por realizar uma breve contextualização dos problemas que a Internet coloca à investigação do mencionado tipo legal, atendendo ao anonimato que permite aos seus agentes, assim como o acesso facilitado às vítimas.

Analisaremos o bem jurídico que se pretende proteger com esta criminalização, incluído na secção do CP destinada aos crimes contra a autodeterminação sexual.

Dedicaremos a nossa atenção ao crime de pornografia de menores, considerando as novidades introduzidas pela reforma de 2007, assim como as mais recentes alterações decorrentes da Lei n.º 103/2015.

Conscientes da problemática que nos ocupa, atenderemos às questões suscitadas pela pedopornografia¹ virtual e aos problemas decorrentes da criminalização da sua produção e distribuição, assim como às interrogações que levanta a criminalização da mera posse de pornografia infantil e do mero acesso à mesma.

Consideramos igualmente relevante, para o presente estudo, realização de uma análise ao novo artigo 176º-A do CP, dedicado especificamente ao aliciamento de menores, assim como analisaremos a recente criação do registo nacional de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual.

A despeito das críticas dirigidas às novas criminalizações, julgamos pertinente assinalar os motivos que conduziram à consagração na nossa lei das condutas referidas, através da referência a diplomas internacionais, e de jurisprudência nacional, que revela alguns dos desafios colocados pela Internet no que diz respeito à apreciação de casos relacionados com o crime de pornografia infantil.

¹ Não obstante o conceito de *pedofilia* não ser abordado no nosso CP, esta palavra faz parte da etimologia da palavra *pedopornografia*; assim, cumpre-nos especificar que o termo será utilizado ao longo do presente estudo para nos referirmos a pornografia de menores de 18 anos.

1. A Internet como palco de crimes sexuais

É hoje inequívoco que a Internet, enquanto meio de comunicação e partilha de informação, ocupa nas nossas vidas um papel cada vez mais central e de maior destaque, tendo actualmente uma posição de tal forma preponderante no nosso quotidiano que é praticamente impossível desligá-la do nosso conceito de sociedade moderna. Com efeito, é nela que podemos encontrar os mais variados serviços, tais como a partilha de ficheiros, *e-mail*, pesquisa de conteúdos, divulgação de marcas e produtos, vendas *online*, armazenamento de ficheiros (*cloud services*) e, mais recentemente, o fenómeno das redes sociais.

Esta popularidade do uso da Internet tem tido uma tendência crescente, sendo que, de acordo com dados do *Eurostat*, a percentagem de europeus que nunca a utilizaram caiu para metade, entre 2006 e 2013, de 42% para 21%², respectivamente, mantendo-se esta tendência decrescente em 2014, com 18%. Nesse mesmo ano, cerca de 78% dos cidadãos europeus com idades compreendidas entre os 16 e os 74 anos, eram utilizadores regulares da mesma e 65% admitiram ser utilizadores diários³. No nosso país, a percentagem da população que nunca utilizou a Internet acompanha a tendência decrescente que se verifica no contexto europeu, mas é ainda superior à média europeia, rondando os 33% em 2013⁴.

No respeitante às camadas etárias mais jovens, estas procuram a Internet para aceder a variados serviços, mormente as redes sociais, tais como o *Facebook*, *Twitter* ou *MySpace*, que constituem uma forma cómoda e rápida de partilhar conteúdos, que passam por fotografias, interesses, informação pessoal e até a localização actual, ao mesmo tempo que disponibilizam aos seus utilizadores serviços de mensagens instantâneas (*instant messaging*) que permitem o contacto em tempo real através de mensagens escritas ou mesmo através de videochamada. Outro serviço comumente utilizado pelos jovens é o fornecido pelas salas de *chat* (*chatrooms*), nas quais é possível entrar em contacto com várias pessoas, podendo a discussão ser subordinada a um tema específico ou não. Nestas *chatrooms*, as conversas estão por vezes sujeitas a controlo, exercido por um moderador,

² Dados disponíveis em http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Internet_use_statistics_-_individuals.

³ Dados disponíveis em http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Information_society_statistics_-_households_and_individuals.

⁴ Dados disponíveis em http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Internet_use_and_frequency_of_use_by_individuals,_2013_%28%25_of_individuals%29.png.

embora também possam existir *chatrooms*, onde se prescindir do mesmo. É por vezes possível a criação de salas privadas, em que os intervenientes podem contactar sem que a conversa esteja visível para outros utilizadores.

São igualmente populares os jogos *online* (*online gaming*) que, recorrendo à ligação à Internet, permitem jogar contra pessoas do mundo inteiro, em tempo real, e simultaneamente fornecem formas de contacto entre os jogadores, através de *chat* (mensagens instantâneas), fóruns de discussão ou através de voz, como se de uma chamada telefónica se tratasse, durante o jogo.

Deste modo, a Internet apresenta-se como um meio de comunicação privilegiado, onde é fácil estabelecer contacto, tendo ainda o benefício de ser possível fazê-lo de forma totalmente anónima, uma vez que um utilizador de uma *chatroom*, rede social ou *e-mail* pode facilmente recorrer a estes serviços utilizando dados pessoais que não correspondam à verdade ou ocultando a sua identidade verdadeira através do recurso a um *nickname*.

Mais ainda, a investigação de crimes praticados no seio da Internet encontra variadas dificuldades, decorrentes da natureza da prova digital, caracterizada pela sua volatilidade e instabilidade⁵.

Mesmo a localização geográfica do utilizador, possível de determinar através do ponto de origem físico da comunicação, pode ser ocultada através do recurso a uma ligação “indirecta”, através de uma linha privada adquirida noutro país⁶.

Com efeito, pelas razões enunciadas, a Internet constitui terreno fértil para indivíduos que, escondendo-se atrás de uma identidade de utilizador falsa, pretendam contactar com menores de idade com o objectivo de praticar actos de cariz sexual. As vítimas, dada a inocência típica da idade, o seu desconhecimento relativamente aos riscos⁷ inerentes à utilização da Internet, ou mesmo motivadas por simples curiosidade, podem ser levadas a adoptar comportamentos que lhes são lesivos, nomeadamente no que diz respeito à sua exploração sexual. Os riscos da utilização da Internet podem consistir na divulgação de imagens de menores com conteúdo sexual (pornografia infantil), oferta de serviços de

⁵ MAGRIÇO, Manuel Eduardo Aires – *A Exploração Sexual de Crianças no Ciberespaço – Aquisição e Valoração de Prova Forense de Natureza Digital*, Sinapsis Editores, 2013, pág. 11.

⁶ *Ibidem*, pág. 18.

⁷ Aqui cabe-nos realizar uma pequena distinção: estaremos perante um risco se o dano derivar de uma decisão humana; *a contrario*, se o dano decorre de uma causa externa, estaremos perante um perigo - SOUSA, Susana Aires de - *A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topus causal em Direito Penal: Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra Editora, 1ª edição, 2014, pág. 54 e ss.

prostituição, conversas de carácter sexual, exposição do menor a conteúdos pornográficos, devassa da vida privada, aliciamento/sedução do menor à participação em situações de carácter erótico ou sexual (*child grooming*), intimidação, *cyberbullying* e *cyberstalking*.

Relativamente aos abusadores, quem são estes? Qual é o perfil do indivíduo que procura abusar de uma criança ou desumanizá-la como um puro objecto sexual? Apesar de sermos constantemente levados a pensar, em grande parte por força da imagem que os *media* constroem de um abusador sexual, que este é um indivíduo problemático, com dificuldades em inserir-se na sociedade e, por isso, facilmente identificável, tal não podia estar mais longe da verdade: na realidade, os abusadores sexuais são usualmente indivíduos dotados da capacidade para mentir, ludibriar e enganar aqueles que os rodeiam, transmitindo uma imagem tipicamente insuspeita e inspiradora de segurança. Deste modo, estes indivíduos conseguem manter verdadeiras vidas “em duplicado ou em triplicado”⁸, conseguindo assim esconder a sua perversão até mesmo da própria família e amigos. São indivíduos que apresentam à sociedade uma boa imagem, sendo geralmente considerados pessoas responsáveis e dotadas “de bom carácter e de bons princípios”⁹, imagem que os favorece, facilitando a manutenção de boas relações com pessoas por si conhecidas, muitas vezes com o objectivo de se aproximarem dos seus filhos, tendo em vista a prática de crimes sexuais.

Na Internet, grande parte dos abusadores recorrem às salas de *chat* para entrar em contacto com as suas potenciais vítimas, preferindo as salas em que é obrigatória a identificação *online*. Desta forma, torna-se mais fácil saber o nome, idade, morada e aspecto físico da vítima, quando esta disponibilize fotografias suas. O abusador faz então uso da sua capacidade de ludibriar, entrando em contacto com a vítima ao fazer-se passar por outro menor, ou por alguém que só quer ser seu “amigo”, tudo com o objectivo de criar laços com a potencial vítima, abrindo caminho para a prática de crimes.

⁸ CAETANO, Ana – *Abusadores Sexuais: Que, Como e Porque o São?* Lisboa: SeteCaminhos, 2008, pág. 37.

⁹ *Ibidem*.

2. O bem jurídico em causa

A lei penal portuguesa dedica uma secção do CP a vários comportamentos que são tipificados como crimes contra a autodeterminação sexual. Estes abrangem os artigos 171.º (abuso sexual de crianças), 172.º (abuso sexual de menores dependentes), 173.º (actos sexuais com adolescentes), 174.º (recurso à prostituição de menores), 175.º (lenocínio de menores), 176.º (pornografia de menores) e 176.º-A (aliciamento de menores para fins sexuais). Nesta nossa análise, concentrar-nos-emos na busca da identificação do bem jurídico que o legislador pretendeu proteger, ao consagrar o tipo legal de crime de pornografia de menores.

Na nossa lei, a existência de um crime está dependente do facto de uma determinada conduta ofender um bem jurídico. No entanto, revela-se tarefa árdua a delimitação de forma nítida e rigorosa do conceito de bem jurídico uma vez que este não reúne, de todo, unanimidade, não sendo portanto possível dar uma noção firme e concisa do mesmo. No entanto, podemos adiantar que, de um modo geral, um bem jurídico se refere a valores fundamentais de uma sociedade, que decorrem dos seus costumes, crenças e tradições. Estes valores são, posteriormente, transformados pelo legislador em bens jurídicos penalmente tutelados, correspondendo a sua violação a uma resposta por parte do Direito Penal que culmina na punição do agente. O bem jurídico é assim, para FIGUEIREDO DIAS, “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹⁰.

Fica desde já afastada qualquer noção de bem jurídico baseada numa perspectiva moral ético-social, uma vez que o Direito Penal não está legitimado a tutelar a virtude ou os bons costumes, uma vez que está vinculado a respeitar a liberdade de consciência dos cidadãos. Também o carácter mutável e de difícil aferição do conceito de bons costumes leva a que estes não possam ser a base para a criminalização de uma conduta, que deve ser nítida e bem definida. Deste modo, a violação de normas morais não implica lesão de bens jurídicos, pelo que não se pode aceitar que estas integrem o conceito material de crime¹¹. Nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, é ilegítimo o “recurso ao Direito

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2007, pág. 114.

¹¹ *Ibidem*, pág. 124.

Penal como meio de estabilização contrafáctica das normas de uma qualquer moralidade”¹², devendo este ser, portanto, um meio para alcançar tão-só a protecção de bens jurídicos. Bens jurídicos esses que, no caso dos crimes sexuais, têm na sua base uma ideia de liberdade, neste caso, a liberdade de autodeterminação sexual. Liberdade esta que, ainda segundo o mesmo Autor, tem como corolários a igualdade entre sexos e a neutralidade em relação às diferentes orientações sexuais, não lhes devendo ser concedidos tratamentos diferenciados¹³.

A liberdade de autodeterminação na esfera sexual pode ser entendida em duas vertentes distintas: uma vertente negativa, que implica que cada cidadão tenha o direito de não suportar intromissões não desejadas, por parte de outrem, na realização da sua sexualidade, através de actos com os quais não tenha concordado¹⁴; uma vertente positiva, que se traduz “na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”¹⁵. O Direito Penal deve intervir apenas na vertente negativa, ao criminalizar actos que constituam uma intervenção nitidamente abusiva e não autorizada no domínio sexual de um sujeito. Por outro lado, não deverá esta intervenção ser limite à livre fruição da vertente positiva por parte do seu titular, visto que esta constitui um espaço de liberdade inalienável, onde cada cidadão explora e frui livremente da sua sexualidade. Esta limitação à intervenção do Direito Penal na vertente positiva da liberdade de autodeterminação sexual evita que se caia no paradoxo de, ao buscar proteger o bem jurídico na sua vertente negativa, acabar por se criar limitações à sua dimensão positiva. Assim se entende que a protecção conferida pelo Direito Penal, ao extravasar a tutela da liberdade de autodeterminação no seu sentido negativo, irá necessariamente colidir com o sentido positivo dessa mesma liberdade, acabando por atentar contra a mesma, ao invés de a proteger¹⁶.

A protecção da liberdade sexual dependerá, portanto, da norma incriminadora conseguir harmonizar estas duas vertentes, encontrando um ponto óptimo de equilíbrio, em

¹² ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Coimbra Editora, 2004, pág. 387.

¹³ *Ibidem*, pág. 388.

¹⁴ ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009, pág. 86.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Assim, TORRÃO, Fernando – *A Propósito do Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais. Mudança de Paradigma no Novo Código Penal in Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI (separata), pág. 563.

que a liberdade sexual (na sua vertente positiva) não seja afectada, mantendo-se a protecção da mesma contra ingerências não queridas. É neste ponto que se torna efectiva a protecção do bem jurídico supramencionado.

Com o crime de pornografia de menores¹⁷ pune-se “a conduta daquele que utiliza (ou alicia para esse fim) menor em espectáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte, a daquele que produzir, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, material pornográfico em que utilize menor, e ainda a daquele que adquira esse material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder”¹⁸.

Pretende-se com este tipo legal de crime proteger o bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual, apesar de se colocarem algumas dúvidas relativamente a saber se é este o bem jurídico que motivou a tipificação de todas as condutas constantes do artigo 176º do CP. MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS referem que, estando em causa menores entre os 14 e os 18 anos de idade, é duvidoso que se esteja ainda a proteger a liberdade de autodeterminação sexual¹⁹, uma vez que há que atender aos diferentes graus de desenvolvimento da personalidade do menor, colocando-se a questão de saber se não se estará já aqui a salvaguardar um outro bem jurídico, que vai mais além da liberdade de autodeterminação sexual. ANA RITA ALFAIATE subscreve esta ideia, referindo que estes serão, necessariamente, bens jurídicos supra-individuais, uma vez que só assim é possível justificar que se criminalize uma conduta independentemente da vontade manifestada pelo menor. Entende esta Autora que o bem jurídico que aqui se protege é a infância e a juventude, bem jurídico que o Estado assumiu proteger nos artigos 69º e 70º da CRP²⁰. É por esta razão, refere a mesma, que é de rejeitar qualquer ideia de que o bem jurídico protecção da infância e juventude surja de um alargamento do âmbito de protecção do bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual, assumindo-se antes como um bem jurídico autónomo²¹, uma vez que o que existe é a criminalização de uma conduta

¹⁷ Partindo da análise do artigo 9º/2 da Convenção sobre o cibercrime de 23 de Novembro de 2001, pornografia de menores será todo o material pornográfico que visualmente represente um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos, uma pessoa que aparente ser menor envolvida em conduta explicitamente sexual e imagens realistas de menor em comportamentos sexualmente explícitos.

¹⁸ ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância (...)*, *Ob. Cit.*, pág. 111.

¹⁹ ANTUNES, Maria João e SANTOS, Cláudia *in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 880.

²⁰ ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância (...)*, *Ob. Cit.*, pág. 97.

²¹ *Ibidem*.

independentemente da valoração que o menor faça dela. Ou seja, o legislador sacrifica aqui a vertente positiva do bem jurídico a que anteriormente aludimos, o que só se pode justificar se a incriminação for baseada num bem jurídico supra-individual²².

3. O crime de pornografia de menores

Exemplo paradigmático de crime cibernético e que assume extrema relevância, em grande parte, devido à frequência com que ocorre, e também fruto das dificuldades na identificação dos seus agentes, é o crime de pornografia de menores. Pelas mencionadas razões, importa realizar um exame detalhado deste tipo legal de crime, à luz do direito vigente. Este encontra-se inserido na secção do CP relativo aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e, pelo facto de ter como vítimas os menores de idade, este está revestido, no nosso contexto sócio-cultural, de um grande sentimento de reprovação.

Este crime encontra-se tipificado no artigo 176º do nosso CP, tendo sido autonomizado em relação ao crime de abuso sexual de crianças (artigo 172º do CP de 2001) através da Lei n.º 59/2007. Esta revisão do CP veio não só autonomizar o crime de pornografia de menores num artigo dedicado, mas também implicou um alargamento substancial do seu âmbito, passando a ser “constituído por representação, real ou figurada, por qualquer meio, de comportamentos sexuais de qualquer espécie de uma criança no desempenho de actividades sexuais reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”²³. As vítimas passaram a ser todos os menores de 18 anos (ao invés de apenas menores de 14 anos), o que dá seguimento à noção de que os actos sexuais com menor são um factor que desfavorece o seu livre desenvolvimento na esfera sexual. O legislador veio ainda alargar o leque de condutas criminalizadas. Na versão anterior do código, puniam-se apenas três comportamentos relacionados com a pornografia de menores: a utilização de menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos (artigo 172º/3/c)), a exibição ou

²² *Ibidem*, pág. 98.

²³ RODRIGUES, Ana Paula – *Pornografia de Menores: Novos Desafios na Investigação e Recolha de Prova Digital* in Revista do CEJ nº15, 2011, pág. 267.

cedência, a qualquer título ou por qualquer meio de materiais pornográficos²⁴ envolvendo menor de 14 anos (artigo 172/3/d)) e a detenção de tais materiais, tendo de haver o propósito de os exhibir ou ceder (artigo 172º/3/e)). Todas estas condutas partilhavam a mesma moldura penal (prisão até 3 anos). Previa-se ainda a agravação da pena aplicada às condutas descritas nas alíneas c) e d) quando o agente actuasse com intenção lucrativa.

Na versão de 2007 do código, a utilização de menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, encontra-se prevista no artigo 176º/1/b), sendo a conduta do agente jurídico-penalmente relevante se o menor for usado numa fotografia nitidamente pornográfica ou se este for utilizado, a título principal ou secundário, num filme ou gravação de teor pornográfico²⁵. A expressão “utilizar menor” significa dele fazer uso como participante em vídeo, fotografia, filme ou gravação. Ainda relativamente a esta alínea, introduziu-se a referência ao aliciamento do menor assim atribuindo relevância penal (e equiparação à utilização efectiva de menor) ao fenómeno do *child grooming*, ou seja, ao aliciamento de menores no sentido de “atrair a criança a comportamentos de cariz sexual, por meio de conversas e outras condutas (ex. prometer presentes, dinheiro, fama)”²⁶ utilizando para o efeito meios de comunicação à distância, tais como a Internet ou serviços de telecomunicações.

As condutas de exibição e cedência, a qualquer título e por qualquer meio de materiais pornográficos em que figurem menores continuaram a ser previstas, tendo-lhes sido dedicado o artigo 176º/1/c), que veio também atribuir relevância jurídico-penal a um leque de outras condutas: a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição e cedência de material pornográfico onde figure menor. A lei emprega a expressão “a qualquer título ou por qualquer meio”, pelo que não se distingue que o agente aja a título oneroso ou gratuito, assim como se demonstra o claro objectivo de abranger “todo o tipo de disseminação”²⁷ destes materiais, independentemente dos meios utilizados. Também são de considerar abrangidos pelo tipo “a venda, o empréstimo, o aluguer ou

²⁴ Uma noção de material pornográfico é-nos dada pelo artigo 2º do Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança de 25 de Maio de 2000, segundo o qual será pornográfica “a representação de desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou a representação dos órgãos sexuais”.

²⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva – *Direito Penal, Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-Digital*, Coimbra, 2009, pág. 414.

²⁶ RODRIGUES, Ana Paula – *Ob. Cit.*, pág. 268.

²⁷ LOPES, José Mouraz – *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, pág. 154.

qualquer outra forma de transmissão dos mesmos”²⁸. O que se pretendeu foi, efectivamente, criminalizar toda e qualquer transmissão de material pornográfico através de todos os meios de comunicação disponíveis, quer seja através de publicações escritas ou de meios audiovisuais, nos quais se incluem computadores, telemóveis ou outros meios que permitam a visualização de conteúdos de teor pornográfico. Ana Paula Rodrigues sublinha, no entanto, que estas condutas não violam directamente nenhum bem jurídico do menor, razão pela qual a única justificação para esta incriminação parece ser, com efeito, o controle do “problema do tráfico, exploração e comércio dos fluxos de conteúdos pornográficos envolvendo crianças”²⁹, assim se evitando que continuem a ser levadas a cabo condutas verdadeiramente violadoras da liberdade de autodeterminação sexual das crianças.

Também a conduta de quem detém material pornográfico com o propósito de o distribuir ou ceder foi acolhido pelo artigo 176º, na alínea d) do número 1. O âmbito de punibilidade desta conduta passou a abranger a intenção de distribuir, divulgar, importar³⁰ e exportar esses materiais, abarcando-se assim situações em que o agente age como veículo difusor de pornografia. Consagrou-se, portanto, a punibilidade de uma conduta que constitui um crime de perigo abstracto, assim como um crime intencional³¹, uma vez que, para a acção ser típica, exige-se a verificação dos elementos subjectivos supramencionados. O que há aqui é, verdadeiramente, um “dolo específico, uma intenção de produção de resultado”³², cuja verificação não é necessária ao preenchimento do tipo.

A reforma de 2007 trouxe consigo a criminalização de uma outra conduta, a utilização ou aliciamento de menor para a participação em espectáculo pornográfico³³ (artigo 176º/1/a).

O número 2 do artigo 176º passou a consagrar uma agravação da moldura penal para quem praticar os actos descritos no número 1, de forma profissional ou com intenção

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ RODRIGUES, Ana Paula – *Ob. Cit.*, pág. 270.

³⁰ A propósito da previsão da importação de material pedopornográfico, é de referir a ressalva feita por Benjamim Silva Rodrigues, quando refere que esta referência não se compreende, interrogando-se como é que se pode importar o que já se tem na sua posse – RODRIGUES, Benjamim Silva - *Ob. Cit.*, pág. 420.

³¹ LOPES, José Mouraz – *Ob. Cit.*, pág. 155.

³² RODRIGUES, Ana Paula – *Ob. Cit.*, pág. 271.

³³ A Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho define espectáculo pornográfico como sendo uma “exibição ao vivo destinada a um público com recurso às tecnologias da informação e comunicação de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou de órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais” - artigo 2º/e).

lucrativa, o que também representa um alargamento relativamente ao que dispunha o anterior artigo 172º/4 do CP de 2001. Podemos considerar que este artigo consagra um tipo de pornografia de menores qualificada³⁴. O elemento fundamental aqui é, precisamente, a intenção de o agente obter lucro ou benefício económico (*animus lucrandi*) através da conduta criminosa por ele levada a cabo a título profissional³⁵.

Foi também em 2007 que o legislador consagrou no nº 3 do artigo 176º do CP a criminalização da conduta do agente que produz ou distribui material pornográfico com representação realista de menor (pornografia virtual). Esta caracteriza-se por não serem efectivamente utilizadas crianças na sua produção, mas sim representações figuradas das mesmas. Cabem no conceito de pornografia virtual os materiais pornográficos, com comportamento sexualmente explícito, que utilizem na sua produção uma pessoa maior de idade mas que aparenta ser menor, assim como aqueles em cuja produção não se recorre a pessoas reais, pelo que a realização depende inteiramente de outros meios (animações geradas por computador, banda desenhada, etc.). Esta criminalização, que decorre do artigo 3º/1 da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho é ainda muito discutida, sendo alvo de críticas que a denunciam como tuteladora da moral, assim como atentadora contra a liberdade de expressão e de expressão artística³⁶.

A punição da mera posse ou aquisição (sem o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder) de fotografia, filme ou gravação pornográficos passou também a ser criminalizada no número 4 do artigo 176º. Ao contrário do crime de detenção de pedopornografia previsto na alínea d) do nº1, subordinado à intenção de distribuir, o número 4 vem aqui antecipar a tutela do bem jurídico, consagrando um “tipo de detenção pura”³⁷ em que se prescinde da intenção do agente de actuar como veículo distribuidor de material pornográfico.

Por imposição do artigo 4º/2 da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho passou também a ser punida a tentativa (artigo 176º/5 da anterior redacção do CP, actual artigo 176º/8), o que constitui uma excepção ao regime geral do artigo 23º do CP, que prevê a punição da tentativa só nos casos em que ao crime consumado seja aplicável uma pena superior a três anos de prisão. No caso do crime de pornografia de menores e de outros

³⁴ ANTUNES, Maria João e SANTOS, Cláudia, *Ob. Cit.*, pág. 883.

³⁵ RODRIGUES, Ana Paula – *Ob. Cit.*, pág. 271.

³⁶ Assim, LOPES, José Mouraz - *Ob. Cit.*, pág. 157

³⁷ RODRIGUES, Ana Paula - *Ob. Cit.*, pág. 273.

crimes contra a autodeterminação sexual, a tentativa é sempre punível, não estando sujeita à limitação prevista pelo regime geral do artigo 23º³⁸.

Para preencher o tipo legal de pornografia de menores, é necessário que o agente aja com dolo. Segundo FIGUEIREDO DIAS, “à afirmação do dolo não se torna indispensável uma consciência (intelectual) clara do elemento em representação, mas basta uma co-consciência imanente á acção”³⁹. Não será exigível apenas o dolo directo, aceitando-se que o agente actue apenas com dolo eventual. Especialmente no caso do crime que aqui analisamos, em que a idade da vítima é um factor relevante, existirá dolo eventual logo que o agente tome como possível o facto de, com a sua conduta, poder estar a cometer um crime⁴⁰.

Recentemente, o legislador transportou para a ordem jurídica portuguesa algumas exigências decorrentes tanto da Directiva nº 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho como da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote de 25 de Outubro de 2007), ratificada por Portugal. Estas culminaram na realização de alterações ao CP, especialmente destinadas a tornar mais eficaz o combate aos crimes sexuais contra menores. Para o efeito, procedeu-se à adição de três novos números ao artigo 176º do CP, especialmente dedicados a alargar o alcance e eficiência do combate a este tipo de criminalidade.

A nova redacção do número 3 do artigo 176º consagra agora a punição do agente que se serve da violência ou de ameaça grave para aliciar ou utilizar menor em espectáculo pornográfico, fotografia, filme ou em gravação pornográficos, independentemente do seu suporte. A esta conduta cabe uma pena de um a oito anos, o que na nossa opinião se adequa às necessidades de prevenção e à importância do bem jurídico que estamos a proteger.

O novo número 4 do artigo 176º (correspondente ao antigo número 3, na versão de 2007) mantém-se inalterado, continuando a prever a criminalização da produção e distribuição de pornografia infantil virtual.

³⁸ *Ibidem*, pág. 274.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo (Direcção) - *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 841.

⁴⁰ *Ibidem*.

No número 5 continua a punir-se, à semelhança do que acontecia anteriormente no número 4, a mera aquisição e detenção, sem o propósito de distribuir, de material pornográfico. Porém, o âmbito desta norma foi também alargado, passado expressamente e prever-se também a punição do mero acesso, obtenção ou facilitação do acesso a material pornográfico onde figurem menores. O legislador foi ainda sensível ao facto de que os meios electrónicos e a Internet desempenham a este propósito um papel de extrema relevância, pelo que consagrou expressamente o acesso a estes conteúdos “através de sistema informático”, a par de quaisquer outros meios. Comparativamente com a pena que foi prevista para esta conduta pela reforma de 2007, verificou-se aqui uma agravação, sendo actualmente prevista pena de prisão até dois anos para o agente do crime, o que está em linha com as exigências da Directiva 2011/93/UE e da Convenção de Lanzarote, que “graduam o nível das penas, ampliando-o para que sejam proporcionais, eficazes e dissuasivas”⁴¹.

No número 6, surge uma nova criminalização: a punição do agente que, sendo maior, assista a espectáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade ou a ele facilite acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio. Mais uma vez, o legislador ajusta a lei à realidade contemporânea, tendo em conta a existência de espectáculos pornográficos, em tempo real, acedíveis através da Internet. Note-se, no entanto, que o legislador criminaliza esta conduta apenas quando estão em causa menores de 16 anos, o que revela a relevância dada ao consentimento do menor que, a partir daquela idade, pode decidir livre e esclarecidamente participar em espectáculo pornográfico. Esta conduta é punível com pena de prisão até 3 anos.

No número 7, vem ainda prever-se que o agente que pratique os crimes previstos nos números 5 e 6 com intenção lucrativa seja punido com uma pena mais grave (até 5 anos) do que aquela que cabe a cada um daqueles tipos isoladamente, tendo por base, mais uma vez, a maior culpa do agente que pratica tais actos com o objectivo de obter para si uma vantagem patrimonial.

Continua ainda a punir-se a tentativa, estando agora prevista no número 8.

Como é possível verificar, o legislador procedeu a um alargamento do âmbito de condutas punidas sob o tipo legal de pornografia de menores, tendo ainda procedido a um

⁴¹ Exposição de motivos da Proposta de Lei nº 305/XII (disponível em [https://www. Parlamento. pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39169](https://www.Parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=39169)), pág. 2.

agravamento das penas que cabem a algumas condutas. Com efeito, deixaram de estar previstas penas de multa, sendo que agora, em maior ou menor medida, todas as condutas previstas são punidas com pena de prisão. Tal encontra-se em linha com as exigências da Directiva 2011/93/UE e da Convenção de Lanzarote, tendo em conta a gravidade e dos crimes cometidos e à frequência com que estes ocorrem.

Uma das grandes novidades desta alteração ao Código Penal é a criação do artigo 176º-A, que vem prever de forma autónoma o fenómeno do aliciamento de menores para fins sexuais (*child grooming*). Afigura-se pertinente referir que o aliciamento pode ser utilizado não só para a prática de actos sexuais, mas também com vista à concretização do crime de pornografia de menores, pelo que se pune, neste artigo, a conduta de quem, sendo maior, se servir das tecnologias da informação e de comunicação, como forma de praticar tais actos. A lei distingue duas possibilidades: o mero aliciamento, sem encontro com o menor, punido com pena de prisão até um ano; o aliciamento e a posterior prática de actos materiais conducentes ao encontro, punido com pena até dois anos.

Importa ainda que, nesta nossa análise, nos detenhamos sobre questão de saber que natureza reveste o crime de pornografia de menores.

O grande motor da revisão de 2007, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho de 22 de Dezembro e 2003, estipula no seu artigo 9º/1 que “cada Estado-Membro deve determinar que as investigações ou a instauração de procedimento penal por infracções abrangidas pela presente decisão-quadro não dependem de denúncia ou queixa por uma pessoa que tenha sido vítima da infracção...”. Assim, em 2007, o legislador veio consagrar a natureza pública dos crimes contra a autodeterminação sexual, tendo apenas sido mantida a natureza semi-pública do crime de actos sexuais com adolescentes. Esta alteração da natureza dos crimes em questão surge da necessidade de perseguir os seus agentes e de dar às vítimas uma maior protecção, assim como das dificuldades que surgem derivadas do facto de que, no caso de menores de 16 anos, o titular do direito de queixa será o representante legal, que muitas vezes é o próprio agente do crime, o que invalida, em muitos casos, a apresentação de queixa. Apesar das suas aparentes vantagens, esta alteração de natureza não é, no entanto, livre de ser criticável sob os mais diversos pontos de vista. Se, por um lado, se visa aqui proteger a liberdade e o livre desenvolvimento do menor na esfera sexual, a verdade é que, por outro lado, esta alteração (que apesar das críticas que lhe são dirigidas, se mantém na versão actual do Código Penal) corre o risco de

ver frustrado este objectivo, uma vez que despreza de forma total a vontade da vítima, entendendo-se antes que a existência do processo penal é a melhor forma de zelar pelos seus interesses, até nos casos em que o menor esteja a actuar de dentro daquele círculo que constitui a vertente positiva da sua liberdade de autodeterminação sexual. Mesmo quando haja verdadeiramente uma ofensa a esta liberdade, a vítima poderá não desejar a existência de um processo penal (repita-se, não são raras as vezes em que o agente é alguém próximo da vítima ou mesmo um familiar).

Não podemos deixar de concordar com MANUEL DA COSTA ANDRADE quando refere que, ao tornar os crimes sexuais contra menores em crimes públicos, assim os sujeitando a um imperativo de legalidade, por força de uma “impostação moralista que tomou conta do consciente colectivo no auge das emoções”⁴² do processo Casa Pia, o legislador esqueceu a vítima, especialmente observando que o contacto com as instâncias formais de controlo e com a reacção social ao crime (a vítima pode ser censurada e apontada como responsável pela ocorrência do crime) pode levar a uma verdadeira vitimização secundária, susceptível de produzir efeitos adversos, tais como a delinquência, “induzida, por exemplo, por sentimentos de *“frustração-agressão”* e potenciada pelo *“sentimento de injustiça sofrida”*”⁴³.

Previendo o potencial danoso desta alteração, o legislador previu a possibilidade de o MP suspender provisoriamente o processo quando tal for favorável ao interesse do menor⁴⁴. No entanto, esta “válvula de segurança” do artigo 178º/3 parece-nos insuficiente, visto estar dependente do facto de não ter havido condenação anterior do agente por crime de natureza semelhante. Ou seja, caso o agente já tenha sido anteriormente condenado por um crime contra a autodeterminação sexual, deixa de se atender ao interesse da vítima⁴⁵ e a resposta que o Direito Penal oferece perpassa pela existência de um processo-crime, mesmo que este constitua uma intromissão na esfera de intimidade do menor que porventura poderá ser ainda mais danosa do que o crime em si mesmo. O que se faz aqui é, na verdade, atender ao interesse da primeira vítima, sendo que, para as eventuais vítimas

⁴² ANDRADE, Manuel da Costa – *“Bruscamente no Verão Passado”, a Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2009, pág. 34.

⁴³ *Ibidem*, pág. 35.

⁴⁴ Artigo 178º/3 do Código Penal.

⁴⁵ ALFAIATE, Ana Rita – *Crimes Sexuais Contra Menores: Questões de Promoção Processual in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra Editora, 2009, pág. 731.

seguintes não pode haver suspensão provisória. Parece-nos que esta é uma solução que nenhuma vantagem traz para a vítima concreta, que despreza a sua vontade e que, de certa forma, a reduz a um mero instrumento do processo, fazendo dela um meio para atingir o fim que é a condenação do agente. Não podemos deixar de considerar que, face ao disposto, a manutenção da natureza semi-pública dos crimes em questão seria uma solução mais razoável⁴⁶.

O crime de pornografia infantil é muitas vezes levado a cabo em concurso com outros crimes, tais como maus-tratos, tráfico de pessoas, lenocínio, escravatura ou abuso sexual de criança. O concurso pode efectivar-se com a prática de actos que se multiplicam no tempo, no decurso de uma produção pornográfica e no contexto desta (por exemplo, o crime de pornografia de menores supõe muitas vezes a prática de um crime de abuso sexual de menor) ou podem, após um crime de abuso sexual, ser praticadas acções previstas no artigo 176^o⁴⁷.

As condutas de abuso sexual de menores e de pornografia de menores assumem um desvalor autónomo face a condutas anteriores ou posteriores praticadas pelo agente, havendo sempre concurso efectivo de crimes relativamente a estas⁴⁸. No entanto, não se pode afirmar que o número de vítimas seja a medida para o número de crimes imputados ao agente. Uma vez que com a autonomização do ilícito de pornografia infantil o que o legislador pretendeu foi tutelar interesses da comunidade ao proibir a distribuição destes materiais, assim como resolver o problema do tráfico de material pornográfico baseado num bem jurídico supra-individual diferente da liberdade de autodeterminação sexual, não se pode afirmar que a cada vítima corresponda um ilícito, nos termos do artigo 30^o do CP⁴⁹. É de afirmar, assim, que quem detém, exhibe ou cede pornografia infantil comete apenas um crime, independentemente do número de vítimas que figurem nesses materiais.

Concluimos que as aludidas reformas trouxeram novidades que não são aceites de forma pacífica, encontrando muitas delas críticas que partem de vários Autores. De seguida, deter-nos-emos nos problemas levantados por algumas das principais alterações a que aludimos: a produção e distribuição de pedopornografia virtual, a mera aquisição e detenção de pornografia infantil e o mero acesso a material pedopornográfico.

⁴⁶ No mesmo sentido, *ibidem*, pág. 736.

⁴⁷ RODRIGUES, Ana Paula - *Ob. Cit.*, pág. 274.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 275.

⁴⁹ *Ibidem*.

3.1. A pornografia infantil virtual

Tal como já foi referido anteriormente, o tipo legal de pornografia de menores passou a englobar a conduta daquele que produzir, distribuir, importar, exportar, exhibir, ceder, adquirir ou detiver material pornográfico com representação realista de menor. Esta é mais uma das alterações introduzidas pela reforma de 2007, surgindo por força da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, e que se manteve na actual redacção do Código Penal.

Mas o que é a pornografia infantil virtual? Ao contrário pornografia real, em cuja produção são utilizados menores, na pornografia virtual não existe uma verdadeira utilização de crianças. O que pode ocorrer é uma de duas situações: “pornografia infantil que visualmente represente uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, tratando-se, contudo, de uma pessoa maior que aparenta ser uma criança”⁵⁰ (pedopornografia aparente); “pornografia infantil que visualmente represente uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, tratando-se de representações geradas, simuladas, criadas e manipuladas, por exemplo, por computador”⁵¹ (pedopornografia virtual). Tanto a pedopornografia aparente como a virtual estão previstas no artigo 1º da referida Decisão-Quadro.

Esta criminalização não é pacífica, gerando várias dificuldades no que respeita ao fundamento para a sua consagração, assim como coloca o problema de identificar onde se situam os limites do Direito Penal. Por um lado, existe o problema relativo à identificação do bem jurídico que se pretende proteger. Será difícil sustentar que o que se pretende aqui salvaguardar é a liberdade de autodeterminação sexual, uma vez que tanto no caso da pedopornografia aparente como no da pedopornografia virtual não existe uma qualquer ofensa concreta a um menor. Há também Autores que consideram que o que está na base desta norma é a tutela da moral e dos bons costumes⁵², o que não está em linha com os objectivos de um Direito Penal orientado para a protecção de bens jurídicos. A criminalização da conduta referida entra ainda em claro conflito com a liberdade de criação artística, nomeadamente quando tais criações utilizem imagens representativas de crianças,

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 272.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Assim, ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância (...)*, *Ob. Cit.*, pág. 121 e também ANTUNES, Maria João - *Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual de Menores in* Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 1º Semestre de 2008, nº8 (especial), pág. 209.

como acontece em alguns exemplos de banda desenhada. Mesmo nos casos em que tais manifestações de liberdade artística possam ser consideradas inapropriadas, não poderão de forma alguma constituir crime, uma vez que, para tal, terão de ser susceptíveis de pôr em causa o livre desenvolvimento dos menores⁵³.

No âmbito desta temática é de destacar o caso *Aschcroft v. Free Speech Coalition*⁵⁴, decidido a 16 de Abril de 2002 pelo Supremo Tribunal norte-americano, onde se esgrimiram argumentos de ampla relevância no que respeita à punição da pornografia infantil virtual e aos direitos conflituantes que esta põe em causa. Neste caso, o Governo norte-americano argumentou que a visualização de imagens de pornografia virtual pode ser um factor que incita à prática de crimes sexuais contra menores. Outro argumento apresentado foi o de que a evolução tecnológica poderá levar a que, um dia, a pornografia infantil virtual se torne indistinguível da pornografia real, assim permitindo que um arguido acusado de crimes contra a autodeterminação sexual se possa sempre defender de quaisquer acusações relacionadas com pornografia infantil simplesmente referindo que as imagens não são de crianças reais, mas sim virtuais. A estes argumentos respondeu o tribunal alegando que a ligação entre a visualização de pornografia e a prática de crimes sexuais é indirecta, não decorrendo o crime da visualização propriamente dita, mas sim de uma predisposição do agente nesse sentido⁵⁵.

Relativamente ao argumento de que a pornografia virtual se tornará um dia indistinguível da pornografia real, eventualmente vindo a facilitar a defesa dos arguidos, o tribunal invocou que não pode haver supressão de uma forma de expressão lícita (“*protected speech*”) como meio para suprimir uma forma de expressão ilícita (“*unprotected speech*”). Ou seja, não havendo relação entre o consumo de pornografia infantil virtual e a prática de crimes contra a autodeterminação sexual, não existe motivação para que se puna a conduta de quem produz e distribui pornografia virtual⁵⁶.

⁵³ Assim, LOPES, José Mouraz – *Ob Cit*, pág. 158.

⁵⁴ Acórdão disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>.

⁵⁵ “*While the Government asserts that the images can lead to actual instances of child abuse, the causal link is contingent and indirect. The harm does not necessarily follow from the speech, but depends upon some unquantified potential for subsequent criminal acts.*” – Acórdão *Aschcroft v. Free Speech Coalition* (disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>).

⁵⁶ “*...the First Amendment is turned upside down by the argument that, because it is difficult to distinguish between images made using real children and those produced by computer imaging, both kinds of images must be prohibited. The overbreadth doctrine prohibits the Government from banning unprotected speech if a substantial amount of protected speech is prohibited or chilled in the process.*” – Acórdão *Aschcroft v. Free Speech Coalition* (disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>).

Segundo este acórdão, será inconstitucional a criminalização da pornografia infantil virtual, pelas razões apontadas. Há que ressaltar, no entanto, a declaração de voto do juiz Clarence Thomas que, referindo-se ao argumento segundo o qual um dia a pedopornografia real e virtual se poderão tornar indistinguíveis, deixa em aberto a possibilidade de, um dia, crimes relacionados com a pornografia infantil virtual virem a ser punidos, se os avanços tecnológicos vierem a tornar impossível distinguir a pedopornografia virtual da real, conseqüentemente tornando vãs as tentativas de condenação por crimes sexuais por não ser possível provar que as crianças envolvidas existem na realidade. Nesse caso, refere o juiz que deixarão de existir limitações à criação de normas destinadas a restringir o acesso à pedopornografia virtual.

Argumentação diferente é a apresentada pelo Supremo Tribunal do Canadá no acórdão de 26 de Abril de 2001 referente ao caso *R. v. Sharpe*⁵⁷. Aqui, o tribunal manifesta-se favorável à tese de que a distribuição de pedopornografia, quer ela seja real ou virtual, é um factor que contribui para reforçar tendências pedófilas pré-existentes, ao deixar passar uma imagem de que as relações sexuais entre adultos e crianças são algo de normal e aceitável. Argumenta-se ainda no sentido de que as imagens pornográficas podem também ser utilizadas como instrumento a que o agente pode recorrer, expondo a criança aos conteúdos como forma de criar nela a ilusão de que não há nada de errado ao ter uma relação sexual com um adulto. A pedopornografia virtual pode, assim, ser também utilizada como meio para levar a cabo a produção de pedopornografia real e, conseqüentemente, a abusos sexuais. A pornografia infantil virtual contribui ainda para que a criança passe a ser vista despida da sua dignidade humana, passando a aparecer como um objecto que pode ser utilizado com vista à obtenção de gratificação sexual⁵⁸.

Na decisão em apreço, o tribunal argumentou sustentando a constitucionalidade das condutas relacionadas com a utilização deste tipo de pornografia, afastando o argumento de que a preservação da liberdade de expressão deve prevalecer. Entendeu-se que devem aqui prevalecer os direitos das crianças potencialmente afectadas. A liberdade de expressão é um direito que não é absoluto, pelo que se entendeu que a sua protecção não

⁵⁷ Acórdão disponível em <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>.

⁵⁸ *"The possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles, reinforcing their erroneous belief that sexual activity with children is acceptable. Child pornography fuels paedophiles' fantasies, which constitute the motivating force behind their sexually deviant behaviour."*; *"Paedophiles use child pornography for seducing children and for grooming them to commit sexual acts"* – Acórdão *R. v. Sharpe*, (disponível em <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>).

abrange estas condutas, apesar da sua estreita ligação ao desenvolvimento pessoal dos produtores e consumidores deste material. O tribunal subscreve a ideia já anteriormente referida de que a pornografia infantil estimula os impulsos pedófilos dos agentes, referindo a existência de uma clara ligação entre o seu consumo e a prática de crimes sexuais. Ao mesmo tempo, é meio idóneo para reduzir a natural resistência das crianças a avanços de carácter sexual, sendo utilizada como instrumento para dar uma aparência de naturalidade ao crime.

Para o tribunal, no entanto, não é necessária uma confirmação científica da relação existente entre o consumo de pornografia infantil e a prática de crimes sexuais contra menores para que se justifique a já referida limitação à liberdade de expressão dos consumidores e produtores. Com efeito, basta que exista uma "apreensão racional"⁵⁹ do dano causado e, havendo razões claras e objectivas que justifiquem a criminalização, dela se retiram benefícios que suplantam a ofensa à liberdade em causa⁶⁰.

Uma crítica feita à criminalização da utilização de pornografia infantil virtual é a de que esta assenta numa mera censura moral. Esta é uma crítica compreensível, tendo em conta que não são utilizadas na sua produção quaisquer crianças. Haverá uma verdadeira danosidade social inerente à produção e distribuição de pornografia infantil virtual, que assim legitime a sua inclusão no nº4 do artigo 176º do CP? Ou será que esta norma não encontra no seu substracto um verdadeiro bem jurídico que a legitime?

O problema da pornografia infantil virtual não está no dano que esta causa mas, mais concretamente, no "perigo de a divulgação e consumo desse material servir para estimular e facilitar a prática de crimes sexuais contra crianças"⁶¹. Este perigo implica um nexo de causalidade entre o consumo e produção de pornografia infantil e a efectiva prática de crimes sexuais, nexo que aqui nunca poderá ser directo. Tal nexo indirecto é característico dos crimes de perigo, especialmente dos crimes de perigo abstracto. A criminalização será aqui defensável por referência ao bem jurídico em causa que, dada a

⁵⁹ "Parliament is not required to adduce scientific proof based on concrete evidence that the possession of child pornography causes harm to children. Rather, a reasoned apprehension of harm will suffice." - Acórdão R. v. Sharpe, disponível em <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>.

⁶⁰ "...when the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any deleterious effects on the right to freedom of expression and the interests of privacy." - Acórdão R. v. Sharpe, disponível em <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>.

⁶¹ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz – *Pornografia Infantil Virtual* in Julgar nº12, 2010, pág. 191.

sua importância, justifica que lhe seja dada uma tutela antecipada? PEDRO VAZ PATTO refere a este propósito que vale aqui o *princípio da precaução*⁶², devendo prevenir-se a ocorrência de danos, dada a probabilidade de os mesmos acontecerem e a gravidade por que são caracterizados. Há, para o autor, um fundamento lógico para que se estabeleça uma associação entre o consumo de pornografia infantil e a prática de crimes sexuais contra menores. Visto que a pornografia estimula instintos sexuais, é de esperar que o consumo de pornografia infantil possa despertar ou agudizar tendências de natureza pedófila e, conseqüentemente, levar à prática de crimes⁶³.

Contra a criminalização da produção e distribuição de pornografia infantil virtual levanta-se o argumento de que esta pode ter um efeito catártico, ou seja, um efeito de satisfação temporária dos impulsos sexuais do consumidor, suficiente para que este não ingresse em comportamentos criminosos. No entanto, podendo isto ser verdade em alguns casos, a verdade é que noutros poderá ter um efeito contrário, de estímulo a que o agente actue fisicamente sobre menor pelo que, de acordo com PEDRO VAZ PATTO, não é possível fornecer uma resposta definitiva a esta questão, afigurando-se como inegável o perigo inerente a estas condutas⁶⁴.

MARIA JOÃO ANTUNES manifesta uma opinião desfavorável à criminalização, referindo que ao confrontar esta conduta com o bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual ou com os critérios que legitimam a intervenção penal, seria mais adequada a criação de um tipo legal próprio, não inserido na secção destinada aos crimes contra a autodeterminação sexual ou “até a adopção de medidas concertadas de natureza não penal”⁶⁵. Esta criminalização é, para a Autora, uma manifestação de “censura moral”⁶⁶, sintomática “de uma política criminal não liberal e populista”⁶⁷. Aponta ainda argumentos já utilizados contra a incriminação em questão, tais como: a inexistência de um qualquer valor comunitário que seja ofendido pela pedopornografia virtual; o facto de o tipo de crime em causa em nada contribuir para a tutela da liberdade de autodeterminação sexual; a limitação que se faz à liberdade de expressão, infundada face ao fundamento de, em algum momento, poder haver a prática de crimes sexuais motivados pelo consumo de

⁶² *Ibidem*, pág. 192.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 193.

⁶⁵ ANTUNES, Maria João – *Ob. Cit.*, pág. 209.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*, pág. 210.

pedopornografia virtual; a existência de estudos que demonstram que o consumo de pedopornografia virtual pode mesmo vir a ter um efeito catártico, evitando o cometimento de crimes desta natureza⁶⁸.

Segundo a Autora, o princípio da legalidade na aplicação da lei penal exclui que sejam abrangidos pela criminalização os casos de pedopornografia aparente. Aludindo à distinção entre pedopornografia virtual total (onde figuram crianças não existentes) e pedopornografia virtual parcial (imagens realistas de menor que, apesar de produzidas com recurso à tecnologia gráfica, resultam em parte de imagens de menores), sustenta a autora que só a segunda “se harmoniza com o bem jurídico digno de tutela penal – o bem jurídico individual da liberdade e da autodeterminação sexual de menores”⁶⁹.

Também MOURAZ LOPES argumenta em sentido semelhante, considerando que a norma não protege a liberdade de autodeterminação sexual, visto não serem directamente afectadas quaisquer crianças⁷⁰. Para o autor, está em causa uma forma de censura moral, que não oferece qualquer tutela concreta a um qualquer bem jurídico, podendo ainda colidir com o direito à liberdade de criação artística, ao abranger “representações pictóricas que apenas representam uma forma de expressão”⁷¹, apesar de estas poderem, por vezes, assumir um carácter chocante.

No mesmo sentido argumenta ANA RITA ALFAIATE, sustentando que a conduta deve ser descriminalizada, uma vez que o que se tutela é a moral e não se afigura aqui um qualquer bem jurídico digno de protecção. Para a autora, o nexo de causalidade entre a distribuição de pornografia e a prática de crimes sexuais é de tal forma remoto e indirecto que seria impossível de provar, tendo o legislador caído num excesso que acaba por ser pernicioso, ao ponto em que o objectivo de prevenção do crime foi levado a cabo de forma tão rigorosa que se tornou impeditivo da liberdade⁷².

Ponderando os argumentos apresentados tanto em sentido favorável à criminalização como contra, a verdade é que esta é uma questão susceptível de suscitar sérias dúvidas. O principal argumento apresentado por aqueles Autores que se opõem à disposição do número 4 do artigo 176º do CP, é o de que a norma em causa não protege

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ ANTUNES, Maria João e SANTOS, Cláudia, *Ob. Cit.*, pág. 884.

⁷⁰ LOPES, José Mouraz – *Ob. Cit.*, pág. 157.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância (...)*, *Ob. Cit.*, pág. 123.

um verdadeiro bem jurídico, visto que existe uma relação de causalidade forte o suficiente entre a produção e distribuição de pornografia infantil virtual e a prática de crimes de natureza sexual contra menores que justifique que se criminalize a conduta. A norma só pode ser, deste modo, uma disposição que contraria o objectivo do Direito Penal de ser um instrumento destinado à protecção de bens jurídicos, visto que o que parece estar aqui é uma manifestação da vontade do legislador de impor um código de moral, uma verdadeira tutela dos bons costumes, incompatível com os princípios basilares de um Estado de Direito democrático e baseada num perigo ou, nas palavras de FARIA COSTA, num “cuidado-de-perigo”⁷³ que não é sequer objectivamente comprovável.

Não posso deixar de concordar. A linha de argumentação utilizada por aqueles que defendem a criminalização da conduta de produção e distribuição de pornografia infantil virtual baseia-se fortemente numa mera possibilidade, no perigo de que a distribuição de pornografia infantil virtual possa ter um efeito de agravamento de tendências pedófilas pré-existentes no indivíduo, que assim pode encontrar os estímulos necessários para passar a cometer crimes sexuais contra menores. Aceitar a criminalização da conduta referida com base neste argumento é colocar a mera possibilidade de um evento se vir a concretizar acima da liberdade de expressão do indivíduo que produz e distribui estes materiais, podendo este fazê-lo como simples forma de expressão artística e criativa. Esta limitação seria de aceitar apenas e tão-só no caso de existir uma comprovada ligação, um nexo de causalidade inegável e que ligue, sem qualquer espaço para dúvidas, a conduta prevista no nº 4 do artigo 176º à prática de actos ofensivos da liberdade de autodeterminação sexual. Falhando tal ligação, concluo que se foi demasiado longe neste ponto e que aceitar a criminalização da conduta em análise é não só uma afronta aos princípios por que se rege um Direito Penal destinado a proteger não a moral e os bons costumes mas bens jurídicos concretamente determinados, assim como demonstra a permeabilidade da lei a uma certa histeria que se tem progressivamente vindo a verificar no que respeita aos crimes contra a autodeterminação sexual. Em nome de uma protecção antecipada, coloca-se em causa uma liberdade fundamental, de uma forma irresponsável, com base, na nossa opinião, em argumentos que carecem de uma base sólida.

É verdade que no nosso ordenamento jurídico encontramos outros crimes baseados numa protecção antecipada. É o caso do crime de condução de veículos sem

⁷³ COSTA, José Francisco de Faria – *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2000, pág. 622.

habilitação legal ou de algumas condutas que configuram crimes contra o ambiente. No entanto, a verdade é que estes assentam num nexo de causalidade que, em todo o caso, se pode considerar mais directo e susceptível de colocar bens jurídicos em causa de forma imediata. No caso da produção e distribuição de pornografia infantil virtual, só posso concluir que o nexo de causalidade que legitima a criminalização é demasiado remoto ou mesmo inexistente, pelo que não vislumbramos motivos para que a conduta em causa continue a ser criminalizada.

3.2. A mera detenção de pornografia infantil

Outra alteração operada pela reforma de 2007 é a consagração do crime de mera detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte. Actualmente previsto no número 5 do artigo 176º, este constitui um tipo de detenção puro, em que não é exigida uma qualquer intenção do agente de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder os materiais pedopornográficos, bastando a sua mera detenção para que o tipo de ilícito esteja preenchido⁷⁴.

Neste tipo legal de crime, pretende-se punir o agente que apenas detém o material pedopornográfico ou o adquire, sem que necessariamente tenha sido este a produzi-lo. O que se pretende é “sancionar potenciais ou efectivos abusadores de crianças ou distribuidores de material daquela natureza sem que o tenham realmente sido”⁷⁵. A incriminação da mera detenção também traz vantagens em sede de prescrição, uma vez que a natureza permanente do crime (que existe enquanto há efectiva detenção dos materiais) impede que este prescreva, facilitando-se assim a punição de agentes que possam ter efectuado abusos contra menores. No entanto, tal como referem PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA, estas vantagens não são fundamento suficiente para justificar a criminalização, dado que assim se levaria demasiado longe a necessidade de perseguir os agentes destes crimes, em detrimento dos princípios basilares

⁷⁴ ALBERGARIA, Pedro Soares de e LIMA, Pedro Mendes – *O Crime de Detenção de Pedopornografia Infantil – Evolução ou Involução?* in *Julgar*, 2010, número 12 (Especial), pág. 200.

⁷⁵ *Ibidem*.

do nosso Direito Penal e do estado de direito democrático. Seria aceitar uma intolerável violação do princípio da culpa, o que se traduziria num Direito Penal da suspeita⁷⁶.

Outros fundamentos para a punição da mera detenção de pornografia infantil são aqueles a que já aludimos *supra*: por um lado, a posse (e conseqüente visionamento) de material pedopornográfico pode constituir um estímulo para que o agente cometa crimes contra a autodeterminação sexual de menores e, por outro lado, os materiais que estão na posse do agente são susceptíveis de ser usados como um instrumento de aliciamento de menores, com o objectivo de os persuadir à participação voluntária em actos de cariz sexual. Aqui se poderá sustentar que o que efectivamente legitima a criminalização é, mais uma vez, o perigo que decorre da mera posse destes materiais, nos mesmos termos já aludidos no que respeita à produção e distribuição de pedopornografia virtual⁷⁷.

Relativamente ao primeiro argumento, poderá dizer-se que o nexo de causalidade entre a posse dos materiais pedopornográficos e a concreta prática de crimes sexuais contra menores é demasiado remoto para justificar a criminalização, podendo, aliás, a visualização de material pedopornográfico ter um efeito de dissuasão da prática destes crimes⁷⁸.

O segundo argumento encontra uma fundamentação semelhante. Apesar de o material pedopornográfico poder ser utilizado como meio para seduzir e excitar sexualmente a criança, havendo uma vitimização primária das crianças utilizadas na produção do material pedopornográfico e, posteriormente, uma vitimização secundária das crianças seduzidas, aceitar que é o perigo que a detenção representa que legitima a incriminação, é admitir a criminalização com base num nexo que é, no máximo, eventual. A motivação do agente que detém os materiais pode ser apenas a mera fruição dos mesmos em privado. Estes argumentos não encontram, no entanto, grande sentido no que respeita apenas à punição da mera posse de pedopornografia infantil. O acto de deter os materiais em causa é conduta suficiente para preencher o tipo de ilícito previsto pelo número 5 do artigo 176º, não se exigindo que, para além de os deter, o agente verdadeiramente visualize os materiais em causa. Ou seja, não faz sentido criminalizar apenas a detenção de material

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 201.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ A este propósito, veja-se o estudo ordenado em 1970 pelo governo dos EUA à *United States Commission on Obscenity and Pornography*, que concluiu não existir um nexo de causalidade entre o consumo de pornografia e a prática de crimes sexuais (estudo disponível em <http://catalog.hathitrust.org/Record/009911547>).

pedopornográfico, de forma autónoma relativamente à conduta de o visualizar, uma vez que o acto de deter, por exemplo, uma fotografia de um menor não é susceptível de ofender nenhum bem jurídico e ainda menos de o colocar em perigo⁷⁹.

A punição da posse de material pedopornográfico é ainda sustentada pelo argumento de que existe o risco de difusão dos materiais, podendo os mesmos ser utilizados por terceiros para a prática de crimes. Este argumento relaciona-se fortemente com um outro argumento, segundo o qual a criminalização da mera posse contribuiria para diminuir ou fazer cessar a procura de materiais onde figurem representações de abusos de menores. Simplificando, a queda da procura teria um efeito na oferta. Há aqui uma lógica de responsabilização mediata do detentor pelos abusos cometidos pelos produtores de pornografia. Contra esta tese arguem-se os argumentos de que há um significativo afastamento entre a detenção e o bem jurídico protegido, assim como a inexistência de um “nexo de imputação justo”⁸⁰, uma vez que se pune o possuidor por eventuais condutas lesivas de terceiros (os produtores).

Existe ainda a linha de argumentação que compara e destaca as semelhanças entre o crime de detenção de pornografia infantil e o crime de receptação, cujo tipo pode ser preenchido, por exemplo, pelo agente que compra um objecto roubado tendo conhecimento da sua origem. Tal como refere CARLOS GARCÍA VALDÉS, a conduta considera-se punível porque o receptor ataca o mesmo bem jurídico (a propriedade) que o delincente originário, uma vez que ao adquirir a coisa subtraída perpetua e agudiza a situação patrimonial antijurídica criada pelo ladrão⁸¹. Razões de prevenção geral justificariam assim a criminalização, uma vez que a existência de um mercado para os objectos roubados constitui um estímulo para que continuem a ser cometidos crimes contra a propriedade, do mesmo modo que a procura de material pedopornográfico constitui estímulo à sua produção e conseqüente perpetuação do cometimento de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. Assim se sustenta uma indústria baseada no cometimento de crimes sexuais, baseada no facto de que estes materiais encontram um mercado onde são distribuídos, mercado esse mantido graças à existência de uma rede de consumidores. Aceitar esta lógica seria, no entanto, “prevenir a comissão de crimes futuros mediante a

⁷⁹ Assim, ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância (...)*, *Ob Cit.*, pág. 120.

⁸⁰ ALBERGARIA, Pedro Soares de e LIMA, Pedro Mendes – *Ob. Cit.*, pág. 205.

⁸¹ VALDÉS, Carlos García – *Acerca del Delito de Pornografía Infantil in Estudios en Recuerdo del Professor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004*, pág. 420.

incriminação das condutas que constituem tão só premissa idónea deles”⁸², ou seja, tratar-se-ia, aqui, de um crime de perigo de perigo⁸³.

A lógica por detrás desta criminalização parece ser a de que “a multiplicação de condutas individuais (neste caso, a detenção) com pouca ou nula lesividade de um bem jurídico cria, pela acumulação, as condições de florescimento de efectivos danos”⁸⁴. O consumo seria estímulo à produção, assim se lesando verdadeiramente bens jurídicos. Não se pode fundamentar a criminalização da posse numa intenção de destruição do mercado sendo esta, no máximo, uma vantagem obtida com a criminalização.

No entanto, há que ter em conta que fundamentar a punição da mera posse de pornografia infantil num bem jurídico individual coloca problemas, uma vez que, tratando-se de menores com mais de 16 anos, a criminalização viria traduzir-se, paradoxalmente, numa limitação à liberdade de autodeterminação sexual, dado o caso de menores virem a produzir e a deter material pedopornográfico em que tivessem participado livremente. Haveria verdadeiramente uma intromissão na esfera da dimensão positiva do bem jurídico, ou seja, uma limitação à liberdade que se pretende proteger. Tendo em conta este problema, alguma doutrina vem considerar que o que se pretende salvaguardar com estas incriminações é um novo bem jurídico, distinto da liberdade de autodeterminação sexual. Este bem jurídico é, como já anteriormente aludimos, a protecção da infância e da juventude, constitucionalmente protegido nos artigos 69º e 70º da CRP.

Que dizer agora da simples detenção de material pedopornográfico virtual? É verdade que, neste tipo de pedopornografia, por não depender de crianças reais para a sua produção, não é colocado directamente em risco um bem jurídico, como se pode argumentar no que concerne à mera posse de pedopornografia real. Tal como já vimos, dois argumentos utilizados em favor da punição da produção e distribuição de pornografia infantil virtual referem que a mesma pode activar nos consumidores um desejo de cometer crimes sexuais, ao mesmo tempo que estes materiais podem ser utilizados como forma de seduzir crianças e levá-las à prática de actos que atentem contra a sua liberdade sexual.

Não defendemos, no entanto, a punição da detenção de pornografia infantil virtual. Com base nestes dois argumentos, é ainda o perigo que esta pode representar para o bem jurídico que justifica a criminalização. Há ainda a possibilidade de a

⁸² ALBERGARIA, Pedro Soares de e LIMA, Pedro Mendes – *Ob. Cit.*, pág. 205.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 206.

pedopornografia virtual deixar de ser distinguível da pedopornografia real, dificultando a perseguição dos agentes que praticam este tipo de crimes e alimentando um mercado criminoso. No entanto, a verdade é que o que acima se disse também vale aqui. Não se pode afirmar sem qualquer dúvida a existência de um nexo causal cientificamente demonstrado entre o crime de detenção de pedopornografia infantil virtual e a prática de crimes sexuais contra menores e esse nexo é ainda mais remoto quando a lei não subordina a punição da posse ao efectivo consumo de pornografia infantil.

Há que também ter em conta as dificuldades inerentes à definição do limite entre a expressão artística e a pornografia infantil virtual. Como é que podemos aferir onde começa uma e acaba a outra? Definir este limite poderá muitas vezes entrar em conflito com a liberdade de expressão dos cidadãos, de uma forma que consideramos arbitrária e irresponsável.

Tendo em conta estes problemas, só podemos partilhar da opinião de Maria João Antunes quando refere que não se tutela aqui nenhum bem jurídico, mas sim a moral, ao pretender-se verdadeiramente “eliminar ideias, ainda que repugnantes, à custa da liberdade de sujeitos de carne e osso”⁸⁵.

Para finalizar esta breve análise do crime de detenção de pornografia infantil, há que ressaltar uma hipótese que, dada a evolução das tecnologias da informação e da comunicação, é necessário prever: o caso em que, estando alguém a simplesmente utilizar a Internet, possa inadvertidamente aceder a um site que, de maneira automática, realize o *download* de material pedopornográfico para o computador, aí ficando armazenados. Aqui, só poderia haver lugar à punição do agente se este agisse com dolo, por exemplo, tendo conhecimento do *download* e, no entanto, não agindo por forma a eliminar os conteúdos do disco rígido do computador. Não existindo por parte do agente uma intenção de guardar para si os materiais, não se pode sustentar que haja dolo, pelo que o agente não deve ser punido⁸⁶.

⁸⁵ ANTUNES, Maria João – *Ob. Cit.*, pág. 209.

⁸⁶ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – *Notas Substantivas Sobre Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual* in Revista do Ministério Público nº 136, 2013, pág. 95.

3.3. O novo crime de acesso a pornografia de menores

Uma novidade introduzida no código penal pela Lei nº 103/2015 foi, como já foi referido, a punição do mero acesso através de sistema informático ou por qualquer outro meio a pornografia de menores. Esta é uma alteração que encontra a sua génese na exigência plasmada no artigo 5º/2 da Directiva 2011/92/UE, segundo a qual os Estados-membros devem tomar medidas no sentido de punir o acesso a materiais pedopornográficos.

O que se pretende evitar aqui é, segundo o texto do Projecto de Lei nº 305/XII, “o acesso, com conhecimento de causa e intencionalidade, à pornografia infantil alojada em determinados sítios da Internet”. Analisando a letra da lei, concluo que o que se pretende aqui criminalizar, através do uso da expressão “acesso” é, verdadeiramente, a mera visualização de pornografia infantil e já não apenas a sua mera posse. Será de admitir, à luz dos princípios do nosso direito vigente, esta criminalização?

Para responder a esta questão, há que ter em conta os argumentos de que já lançámos mão aquando da análise dos problemas levantados pela mera posse de materiais de pornografia infantil. No que toca ao mero acesso, a verdade é que também o argumento do perigo pode encontrar razão de ser. Afinal, a Internet oferece aos consumidores deste género de materiais toda a facilidade em aceder aos mesmos. Na verdade, não é sequer necessário que o utilizador/consumidor tome posse dos materiais para que os consiga visualizar, uma vez que estes podem ser acedidos directamente através do *web browser*, consistam estes em fotografias, gravações ou vídeos. Por isso, também aqui se pode argumentar que poderá haver um estímulo à prática de crimes sexuais contra menores decorrente do consumo destes materiais, assim como, com toda a facilidade, os mesmos podem ser utilizados como instrumento para incitar um menor a consentir em actos de natureza sexual. O que não se pode aceitar é, no entanto, que exista um nexo de causalidade suficientemente forte e concreto que justifique a criminalização da conduta.

A propósito desta matéria referem RUUD BULLENS e JULES MULDER que, num grupo de consumidores de pornografia infantil e suspeitos de investigação policial, muitos não consideram que o consumo de pornografia infantil crie neles qualquer sentimento ou pensamento sexual com uma criança. De facto, o consumo de pornografia infantil não era visto como algo de errado, visto não considerarem que estavam de facto a

lesar directamente crianças. Este impulso para o consumo era tido como algo temporário e motivado apenas por curiosidade pela sexualidade infantil⁸⁷. Os Autores referem ainda que, no que respeita à possibilidade de a visualização de pornografia infantil estimular fantasias sexuais desviantes, “não existe evidência irrefutável a favor de que “olhar para” pode levar ao “fazer””⁸⁸.

É verdade, no entanto, que produção de pedopornografia real lesa direitos dos menores envolvidos, mas não é o consumidor dos conteúdos que leva a cabo essa conduta lesiva. Mais uma vez, há um afastamento demasiado grande entre a conduta prevista e o bem jurídico que se visa proteger. A criminalização pode ainda ser explicada por uma lógica de controlo do mercado da pornografia infantil, argumento que, como já tratámos anteriormente, não parece procedente, uma vez que não pode ser aceitável à luz do nosso Direito Penal que a incriminação seja baseada nesse objectivo. O Direito Penal serve tão-só o propósito de protecção de bens jurídicos, sendo que aqui se pretende proteger a liberdade de autodeterminação sexual dos menores envolvidos, não podendo o objectivo de controlar o “mercado” de conteúdos pedopornográficos constituir base para a incriminação do acto de ver pornografia infantil.

Há ainda que ter em conta que criminalizar esta conduta entra em conflito com a própria liberdade que se quer proteger: afinal, sendo que grande parte dos menores utilizam as TIC como forma de manter contacto com diferentes pessoas, seria de aceitar que, por exemplo, cometa um crime o menor com 16 anos que vê no seu computador uma fotografia de teor pornográfico que lhe foi enviada por um outro menor onde este figure de forma plenamente consentida?

Criminalizar o acesso a material pedopornográfico em nada contribui, pelo menos de forma directa, para proteger o bem jurídico liberdade de autodeterminação sexual, uma vez que a lesão é efectuada não pelo consumidor, que apenas acede aos conteúdos, mas verdadeiramente por aquele que os produz.

Apesar de a conduta de quem consome pornografia infantil poder ser considerada como moralmente reprovável, penso que a sua consagração como crime representa uma expansão desproporcionada do Direito Penal, revertendo em certa medida o objectivo deste de se afastar da tutela da moral e dos bons costumes.

⁸⁷ BULLENS, Ruud e MULDER, Jules – *Ver Pornografia Infantil na Internet: Impulso Inconsequente?* in *Psychologica* n° 43, 2006, pág. 71.

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 72.

Não podemos aceitar, deste modo, que a conduta seja punida nos termos previstos pela nossa lei pelo que, na nossa perspectiva, esta conduta deveria ser descriminalizada, sendo que os objectivos que se pretendem atingir com a criminalização seriam mais eficazmente atingidos através da aplicação de sanções de natureza contra-ordenacional.

3.4. A consagração legal do fenómeno *Child Grooming*

Foi com a reforma de 2007 do CP que o legislador consagrou nas alíneas a) e b) do artigo 176º a punição do agente que alicie menor com vista à sua utilização em espectáculo, fotografia, filme ou gravação pornográficos. Esta figura do aliciamento é mais comumente designada de *child grooming*. A importância deste fenómeno tem vindo a crescer, sendo este previsto no artigo 23º da Convenção de Lanzarote, tendo este sido “um dos primeiros documentos internacionais que contextualizam o fenómeno da conduta do *online-grooming*”⁸⁹. Através deste instrumento, os Estados-Membros signatários comprometeram-se a tomar medidas no sentido de criminalizar a conduta do adulto que, dolosamente e através das TIC, proponha a um menor um encontro com a finalidade de cometer actos de natureza sexual.

Importa que se esclareça, antes de mais, uma definição de *grooming*. Trata-se, basicamente, do acto de deliberadamente estabelecer uma ligação emocional com uma criança de forma a prepará-la para o abuso, sendo normalmente empregue como forma de praticar abusos sexuais ou outras formas de exploração, tais como tráfico de crianças, prostituição infantil e produção de pornografia. Hoje, ocorre principalmente através do uso da Internet⁹⁰. O que existe, verdadeiramente, é uma forma de aproximação à criança por parte de um adulto através da utilização das TIC. Trata-se de “um método de persuasão o qual se vale de técnicas de manipulação psicológica com o fito de reduzir a ténue expressão da vontade infantil, uma vez que a criança é induzida gradualmente a vencer as resistências, até admitir como normais relações sexuais entre adultos e menores”⁹¹.

⁸⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez e LINHARES, Sólon Cícero – *A Dimensão Transnacional do Fenômeno Child Grooming e sua Receptividade no Ordenamento Jurídico-Penal Pátrio* in Revista Brasileira de Ciências Criminais nº107, 2014, pág. 242.

⁹⁰ Definição baseada na que é disponibilizada em <http://definitions.uslegal.com/c/child-grooming/>.

⁹¹ RIOS, Rodrigo Sánchez e LINHARES, Sólon Cícero – *Ob. Cit.*, pág. 245.

Com as alterações operadas pela Lei nº 103/2015, o CP português deixou de prever apenas o aliciamento de menores nas alíneas a) e b) do número 1 do artigo 176º, passando esta conduta a ser prevista e punida, de forma autónoma, no novo artigo 176º-A. Este novo artigo veio prever a utilização do *grooming* não só para chegar à prática das condutas previstas nas alíneas acima referidas, prevendo-se agora que o mesmo possa também ser um meio para levar um menor a praticar acto sexual de relevo⁹² (números 1 e 2 do artigo 171º). Passa também a prever-se o aliciamento para a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência, a qualquer título ou por qualquer meio de material pedopornográfico (alínea c) do artigo 176º). Estas condutas são punidas com pena de prisão até um ano.

No número 2 do artigo 176º-A encontramos a punição dos actos materiais que, após o aliciamento, sejam conducentes ao encontro. O que está previsto neste número é, verdadeiramente, uma excepção ao artigo 21º do CP, prevendo-se a punição dos actos preparatórios destinados a culminar no encontro com o menor, sendo estes punidos com pena de prisão até dois anos.

O tratamento mais gravoso dado a condutas que constituem aliciamento de menores para a prática de actos de cariz sexual, decorrente das alterações mais recentes ao código penal vai de encontro à exigência plasmada no artigo 6º da Directiva 2011/92/UE, que determina que os estados-membros devem tomar medidas com vista ao combate do fenómeno do *child grooming*.

4. Registo de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual: os problemas

Prevista no artigo 37º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Convenção de Lanzarote de 25 de Outubro de 2007), ratificada por Portugal e no ponto 43 da Directiva 2011/92/UE do

⁹² Segundo FIGUEIREDO DIAS, constitui acto sexual de relevo aquele que constitua um entrave à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, sendo portanto o grau de perigosidade da acção para o bem jurídico o critério que permite aferir a relevância da conduta em análise. Este grau de perigosidade é analisado em função da perigosidade e duração da acção, o que permite que seja afastada a tipicidade dos actos “insignificantes” e “bagatelares”. – DIAS, José Figueiredo (Direcção) - *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2012, pág. 720.

Parlamento Europeu e do Conselho está a criação de uma base de dados nacional de pessoas condenadas por crimes sexuais da qual constem os seus dados de identificação pessoal.

Tendo em conta as previsões destes diplomas, foi recentemente criado, através da Lei nº 103/2015, uma base de dados da qual constam informações de carácter pessoal relativas a agentes condenados por crimes contra a autodeterminação sexual. Um registo com este carácter não é inédito, uma vez que já há algum tempo vigoram medidas semelhantes em Inglaterra e nos Estados Unidos da América com a *Megan's Law*⁹³.

Segundo a exposição de motivos da proposta de Lei nº 305/XII esta medida surge da necessidade de reforçar a prevenção criminal e a prevenção da reincidência no que a estes crimes diz respeito, tendo em conta as consequências negativas ao nível emocional e cognitivo sofridas pelas suas vítimas. Consequências estas que não se circunscrevem ao momento do crime, manifestando-se em momentos mais tardios do desenvolvimento individual. Estas consistem, a título de exemplo, em “taxas de suicídio e de ideação suicida mais elevadas (...), elevada probabilidade de voltarem a ser vítimas, maiores taxas de abandono e divórcio, alta incidência de sentimentos de vergonha e culpa associados a conflitos interpessoais, familiares e conjugais, maior tendência ao castigo nas relações familiares, índices mais altos de consumo excessivo de álcool e de consumo de produtos estupefacientes, maior risco de contrair diabetes tipo 2, maior probabilidade de desenvolvimento de condutas sexuais inapropriadas”⁹⁴, assim como em “maiores dificuldades em matéria de tenção distribuída, abstracção, raciocínio, planificação, inibição, memória de trabalho, e (...) em matéria de juízo crítico e flexibilidade cognitiva”⁹⁵.

A proposta de lei referia ainda que se justifica o acesso a este registo, por parte dos pais das crianças residentes num determinado concelho, tendo em conta que existem “estudos no sentido de que os abusadores sexuais de menores cometem os seus crimes

⁹³ A Lei de Megan foi motivada pelo caso em que uma criança de sete anos foi violada e morta por um agressor sexual que, sem o conhecimento da família da criança, se tinha mudado para a rua onde moravam. Após o incidente, o estado do Kansas tomou medidas no sentido de alertar as comunidades locais para a presença de agressores sexuais, sendo esta prática, actualmente, comum em todos os estados americanos - <http://www.meganslaw.ca.gov/homepage.aspx?lang=ENGLISH>.

⁹⁴ Exposição de motivos da proposta de lei nº 305/XII, (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39169>), pág. 4.

⁹⁵ *Ibidem*.

perto da sua residência e sobretudo em locais privados”⁹⁶ pelo que as crianças que morem perto das áreas onde estes indivíduos residem e com quem estes tenham contacto diário são as que correm um risco maior. Pretendia-se, deste modo, evitar a reincidência na prática de crimes sexuais contra menores, assumindo-se a criação deste registo como uma medida de carácter sobretudo preventivo.

A proposta de lei a que aludimos previa na sua versão originária que qualquer cidadão que exercesse responsabilidades parentais sobre menor de 16 anos acesse ao registo e às informações dele constantes, bastando para tal que alegasse a existência de uma situação que lhe suscitasse fundado receio de que uma pessoa concreta nele figurasse. Formulada nestes termos, a proposta foi alvo de duras críticas que a acusavam de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade e pela grave limitação que esta constituiria ao direito à reserva da vida privada⁹⁷. A previsão que constava na proposta era, deste modo, claramente desajustada face aos princípios constitucionais vigentes na nossa ordem jurídica constituindo, a meu ver, uma verdadeira “porta aberta” para a ocorrência de situações de justiça privada.

De forma a evitar que as informações eventualmente fornecidas aos cidadãos fossem partilhadas, pondo ainda mais em causa os direitos dos indivíduos que constassem da lista, previa-se que aqueles a quem fossem prestadas quaisquer informações ficassem sujeitos a uma obrigação de silêncio. Esta obrigação era claramente redundante, especialmente considerando que estas informações acabariam por ser partilhadas com todos aqueles a quem a guarda da criança fosse entregue no dia-a-dia⁹⁸ o que levaria facilmente à dispersão da informação, e conseqüente estigmatização do indivíduo, tornando nula qualquer hipótese de ressocialização do mesmo. Corria-se ainda o risco de serem levadas a cabo retaliações e violência física contra aqueles que constassem da lista.

Uma outra crítica prende-se com o facto de que o artigo 16º não terá qualquer valor prático de prevenção em relação a grande parte dos crimes contra a autodeterminação sexual de menores, uma vez que ignora o facto de que uma grande parte destes ilícitos é

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Neste sentido vai o parecer da Ordem dos Advogados (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39169>), pág. 11.

⁹⁸ Assim se argumenta no parecer emitido pelo Conselho Superior do Ministério Público (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39169>), pág. 8.

cometida por familiares ou mesmo pelos pais do menor⁹⁹, ou seja, pessoas que vivem e com ele contactam diariamente. Tal facto retira qualquer utilidade ao artigo, uma vez que o titular do direito de acesso à informação será, não raros os casos, o próprio agente do crime ou alguém que tem contacto próximo com a vítima. Por estas razões, a proposta em causa levantava sérias dúvidas relativamente à sua constitucionalidade e, conseqüentemente, desrespeitava o disposto na Convenção de Lanzarote, que prevê que o registo seja efectuado “em conformidade com as disposições legais relevantes sobre protecção de dados de carácter pessoal e com as regras e garantias apropriadas previstas no direito interno”¹⁰⁰.

É de referir também que a directiva 2011/92/UE não cria a obrigatoriedade de criar esta base de dados (artigo 10º/3).

Sensível a estas críticas, o legislador procedeu a alterações ao diploma, prevendo-se expressamente na versão actual, aprovada pela referida Lei nº 103/2015 e constante do anexo à mesma, a impossibilidade de um particular confirmar a presença de um indivíduo concreto no registo. O que se prevê agora no artigo 16º/2 é que um indivíduo peça a uma autoridade policial que confirme a existência de factos que justifiquem o “fundado receio que na área de residência ou na área em que o menor frequenta atividades paraescolares ou nas imediações do estabelecimento de ensino frequentado pelo menor, resida, trabalhe ou circule habitualmente pessoa que conste do registo”, sem que no entanto lhe sejam fornecidas quaisquer informações respeitantes à identidade ou local de residência dos indivíduos inscritos na base de dados.

Apesar de esta alteração dar resposta às críticas feitas ao texto original da proposta, moderando o seu carácter potencialmente danoso e desproporcional, não podemos deixar de formular algumas reservas. É verdade que já não existe um ataque flagrante e indiscriminado à reserva da vida privada, mas há que considerar que uma qualquer prestação de informações de natureza tão sensível aos cidadãos é susceptível de causar um certo grau de alarme social, pelo que o fornecimento de qualquer informação deve ser efectuado com a devida cautela, face à natureza dos dados em causa.

⁹⁹ No parecer da Associação de Apoio à Vítima (disponível em http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/parecer_APAV_prop_lei_305_XII_vs_crianças.pdf) relativo à proposta de lei nº 305/XII, refere-se a este propósito um estudo realizado por Cristina Soeiro e publicado em *Ousar integrar - Revista de Reinserção Social e Prova*, n.º 4, 2009, pág. 8, o qual concluiu que 51% dos agressores sexuais tinham uma relação familiar com a vítima e 42% eram conhecidos da mesma.

¹⁰⁰ Artigo 37º/1 da Convenção de Lanzarote.

Concordamos com as reservas formuladas no parecer elaborado pelo Conselho Superior da Magistratura ao referir que, apesar das vantagens do registo de condenados no que respeita à prevenção da reincidência, o acesso público deve ser autorizado apenas quando se revele imprescindível, em casos concretos, para a protecção de uma ou várias crianças¹⁰¹.

Prevê-se ainda a obrigação de segredo para qualquer cidadão que solicite informações com base no disposto número 8 do artigo 16. Esta obrigação não é, a nosso ver, garantia efectiva de que não sejam divulgadas informações susceptíveis de comprometer direitos fundamentais daqueles que constam do registo, pelas razões já acima explicitadas.

Não nos parece, no entanto, que a criação do registo de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual, com a referida possibilidade de que sejam prestadas informações aos cidadãos que as requeiram seja um passo na direcção certa. Com efeito, a criação de uma base de dados com este carácter parece-nos ser benéfico de duas formas: primeiro, o registo constituiu um forte desincentivo à prática de crimes sexuais contra menores, uma vez que a duração da inscrição no mesmo e conseqüente dever de comunicação de local de residência, domicílio profissional e alterações aos mesmos¹⁰² pode ir até aos vinte anos (artigo 13º do anexo à lei 103/2015), o que permite o acompanhamento do ex-condenado por um período de tempo muito longo, havendo ainda, em caso de incumprimento deste dever, sanções de natureza penal (artigo 14º); segundo, há aqui um incentivo ao cuidado, através da possibilidade de várias entidades, enumeradas no artigo 16º/1, acederem ao registo e mais facilmente obterem informações relativamente a indivíduos que já tenham sido condenados por crimes contra a autodeterminação sexual.

Havendo esta possibilidade de acompanhamento do ex-condenado pelas entidades referidas no artigo 16º/1, quais as vantagens de fornecer estas informações aos cidadãos? Sendo os indivíduos inscritos no registo devidamente acompanhados, não vejo razões para que se preveja a possibilidade de serem prestadas informações aos cidadãos que tenham à sua guarda menores com menos de 16 anos, uma vez que não é a estes que deve caber o

¹⁰¹ Parecer do Conselho Superior da Magistratura (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39169>), pág. 22

¹⁰² Relativamente a este ponto, o parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39169>) refere os casos *Gardel v. França* e *Adamson v. Reino Unido*, ambos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e no âmbito dos quais se decidiu que a obrigação de o condenado comunicar às autoridades a sua residência e alterações à mesma não constitui uma intromissão despropositada no direito à privacidade.

exercício das actividades de prevenção, mas sim aos órgãos, forças e serviços de segurança, em conformidade com os artigos 25º da Lei de Segurança Interna¹⁰³ e 272º da CRP¹⁰⁴.

A nosso ver, a criação desta base de dados é, verdadeiramente, a consagração de um instrumento que tem em vista o efectivo acompanhamento destes indivíduos no seu rumo à ressocialização, através de um meio dissuasor e preventivo da reincidência. Dados os perigos que estes crimes representam e as consequências que deles advêm para as vítimas, cremos ser de aplaudir a tomada de uma medida que vem complementar a pena de prisão, permitindo-se assim um maior controle destes indivíduos. Não podemos, no entanto, concordar com a consagração da possibilidade proposta no artigo 16º/1, que me parece desnecessária e exagerada, pelo que consideramos que, nesse ponto, foi dado um passo demasiado largo.

5. Breve referência a outros diplomas legais

5.1. Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil

Este protocolo foi adoptado em Nova Iorque a 25 de Maio de 2000, tendo sido aprovado para ratificação, em Portugal, pela Resolução da Assembleia da República nº 16/2003. Este serve o objectivo de complementar e melhor realizar os objectivos da Convenção Sobre os Direitos da Criança, tendo em conta o crescente tráfico internacional de crianças para venda, prostituição e pornografia infantil, a realidade do turismo sexual e a crescente disponibilização de pornografia infantil na Internet e noutros suportes tecnológicos. Este protocolo veio assim dar resposta à necessidade de criação de “medidas de sensibilização pública para reduzir a procura que está na origem da venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil”¹⁰⁵.

¹⁰³ Lei nº 53/2008 de 29 de Agosto.

¹⁰⁴ Parecer do Conselho Superior do Ministério Público, (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39169>), pág. 7.

¹⁰⁵ Resolução da Assembleia da República nº 16/2003, (disponível em http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1002&m=PDF), pág. 6

Relativamente à pornografia infantil, o protocolo começa por dar, no artigo 2º, uma noção da mesma, referindo que esta “designa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”. No artigo 3º, o protocolo refere que actos devem ser criminalizados pelos Estados signatários. No que respeita à pedopornografia, prevê-se que seja punida a sua produção, distribuição, difusão, importação, exportação, oferta, venda ou posse (artigo 3º/1/c). É ainda prevista a punibilidade da tentativa e da cumplicidade (nº2), deixando-se aos Estados a liberdade de aplicação de “penas adequadas” à gravidade das condutas enunciadas (nº3).

5.2. Convenção Sobre o Cibercrime

A Convenção sobre o Cibercrime, também conhecida como convenção de Budapeste, por ter sido assinada nesta cidade, em 23 de Novembro de 2001, e também ratificada por Portugal (tendo sido aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009), pretende atingir variados objectivos em matéria de combate ao cibercrime, tais como a criação de uma política criminal comum relativamente ao cibercrime, com vista à criação de normas penais e de cooperação internacional “de modo a tornar mais eficazes as investigações e acções penais relativas a infracções relacionadas com sistemas e dados informáticos, bem como permitir a recolha de provas electrónicas de uma infracção penal”¹⁰⁶.

A criação desta convenção foi motivada pelas mudanças provocadas pela informatização e globalização, que apelam à cooperação internacional como meio para um combate mais eficaz a actos contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade dos dados, assim como contra a sua utilização fraudulenta.

Relativamente à temática da pornografia infantil, a Convenção sobre o Cibercrime refere as infracções a ela relativas como sendo infracções relacionadas com o conteúdo, sendo estas tratadas no artigo 9º do diploma. Prevê-se assim que sejam adoptadas medidas com o objectivo de criminalizar, através de um sistema informático, as condutas de quem

¹⁰⁶ Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009 (disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf>), pág. 14.

produz pornografia infantil com o propósito de a divulgar (nº 1/a), de quem ofereça ou disponibilize pornografia infantil (nº 1/b), de quem a difunda ou transmita (nº 1/c), de quem a obtenha para si (nº 1/d) e de quem dela tenha posse (nº 1/e).

No número 2 do artigo 9º prevê-se que a pornografia infantil abranja materiais em que é utilizado menor envolvido em comportamentos sexuais, o que corresponde à pedopornografia real (nº 2/a), assim como materiais em que há recurso a pessoas que aparentam ser menores, ou seja, pedopornografia aparente (nº 2/b) e materiais em que apenas são utilizadas imagens realistas de um menor, o que corresponde à pedopornografia virtual (nº 2/c).

No número 3 do artigo 9º refere-se que a convenção considera como menor um indivíduo com menos de 18 anos de idade, ressalvando-se no entanto a possibilidade de os Estados signatários imporem um limite de idade inferior, se bem que nunca fixado abaixo dos 16 anos.

No número 4 dá-se aos Estados a possibilidade de não aplicarem as disposições que criminalizam as condutas de obtenção e mera posse de pornografia infantil, assim como não se exige a criminalização de condutas relativas à utilização, produção e distribuição de pedopornografia virtual. Neste número, é possível verificar que a convenção foi sensível a algumas das dificuldades que, tal como já foi referido, estas criminalizações levantam, pelo que foi dada aos Estados signatários a possibilidade de não as aplicarem.

No artigo 11º, a Convenção prevê ainda a criminalização da tentativa da prática de várias infracções, entre as quais aquelas que se referem à pornografia infantil.

Posto isto, é possível verificar, através desta breve análise, que esta convenção teve um claro efeito no nosso CP, sendo já aqui previstas algumas condutas que foram sendo criminalizadas pelo nosso legislador, tal como é o caso da criminalização da produção e distribuição de pornografia infantil virtual, da posse, da produção e da distribuição de pornografia infantil.

5.3. Child Pornography Prevention Act

Tendo entrado em vigor em 1996, o Child Pornography Prevention Act¹⁰⁷ (doravante, CPPA) foi aprovado pelo Congresso norte-americano como forma de proteger os menores contra a pornografia infantil, prevendo condutas que preenchem este tipo legal.

O diploma dá uma definição de pornografia infantil, referindo que esta consiste numa qualquer representação visual de uma pessoa que é ou que aparenta ser menor de idade a participar em actividade sexual (distinguindo-se assim a pornografia real da meramente aparente), na representação, para fins sexuais, dos genitais, peito, zona púbica ou região anal de uma criança ou na representação de uma criança a ser sujeita a tortura, crueldade ou abuso físico em contexto sexual. Considera-se como material de pornografia infantil qualquer gravação de áudio ou material escrito cuja característica dominante seja a descrição, apresentação ou representação, para fim sexual, de actividade sexual com uma criança ou ainda qualquer representação visual ou áudio a estimular à actividade sexual com crianças.

Comete um crime aquele que produz pornografia de menores (punível com pena de multa, prisão até 20 anos ou ambos), a distribui, importa ou exporta, assim como aquele que distribui publicidade indicando que o próprio ou outra pessoa produz, distribui, importa ou exporta pedopornografia ou ainda quem a tem na sua posse com a intenção de a distribuir, importar ou exportar (todas estas condutas são punidas com multa, pena de prisão até 15 anos ou ambas). Pune-se ainda o agente que tem a posse de material pedopornográfico sem a intenção de o distribuir, assim como o mero acesso a estes materiais, sendo ambas as condutas puníveis com multa, pena de prisão até 8 anos ou ambas. Para serem punidas, as condutas têm de ser praticadas com dolo.

Assim se pode concluir que o CPPA previa e punia já muitas das condutas que só mais tarde vieram a ser transpostas para os ordenamentos jurídicos europeus por força de directivas comunitárias e, conseqüentemente, para a ordem jurídica nacional. Nota-se, no entanto, uma maior gravidade das penas aplicáveis, assim como a aplicabilidade de penas de multa, que deixaram de ser aplicadas, entre nós, com as alterações mais recentes ao Código Penal.

¹⁰⁷ Disponível em <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104s1237rs/pdf/BILLS-104s1237rs.pdf>

6. Breve análise de alguma jurisprudência nacional

Aplicado à realidade da Internet, o tipo legal de pornografia de menores é, por vezes, susceptível de criar dúvidas relativamente à sua concreta interpretação e aplicação. Segue-se um breve resumo de dois acórdãos, um do Tribunal da Relação de Coimbra e outro do Tribunal da Relação do Porto, que ilustram este facto.

6.1. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 372/12.4TACLD. C1 de 11/11/2015¹⁰⁸

Neste acórdão, discute-se se deve ser dado provimento ao recuso, por parte do MP, de uma decisão proferida pela Secção Criminal da Instância Local de Caldas da Rainha, Comarca de Leiria, que considerou o arguido inocente da prática de dois crimes de pornografia de menores com base no artigo 176º/4 da redacção do código penal anterior à lei 103/2015, por se considerar que a sua conduta não configura detenção de pornografia de menores.

O MP deduziu acusação contra o arguido pela prática de dois crimes de pornografia de menores em concurso efectivo, tendo o caso sido decidido, em primeiro lugar, e em processo comum, pela Secção Criminal da Instância Local de Caldas da Rainha, Comarca de Leiria. Aí se referiu que, para preencher a conduta prevista pelo artigo 176º/4, o agente tem de adquirir ou deter fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte. De acordo com a acusação, o agente acedeu, em duas ocasiões distintas, uma através de um computador que tinha em casa e outra a partir das instalações de uma empresa, a imagens de pornografia infantil, tendo nelas “clicado” e procedido à sua ampliação. A acusação não refere o propósito do agente de deter ou adquirir os citados materiais. O tribunal decidiu assim rejeitar a acusação deduzida pelo MP com base no disposto no artigo 311º do CPP, número 2 alínea b) e número 3 alínea d), por considerar que a mesma é infundada, uma vez que a mera visualização não se pode confundir com a detenção ou aquisição. A acusação não demonstra também o propósito de

¹⁰⁸ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/528c3d28aeebcf2080257f01003bbab1?OpenDocument&Highlight=0,pornografia,menores>.

o agente adquirir para si os materiais, faltando assim o elemento subjectivo necessário para preencher o tipo legal de crime.

Houve recurso da decisão por parte do MP, com base: no encerramento, em 2011 e no âmbito de uma operação policial do site acedido pelo agente, visto se dedicar exclusivamente à distribuição de pornografia de menores; no facto do agente ter, em dois dias seguidos, acedido a imagens de pedopornografia, visualizando e ampliando o seu conteúdo; na “detenção transitória” que o acto de visualizar conteúdo na Internet configura; nos objectivos da reforma penal de 2007, sendo que a decisão ignora as orientações do direito internacional que se pretenderam transpor, assim como há, na decisão da referida Secção Criminal, a aplicação de um conceito de detenção que é alheio às especificidades do mundo cibernético; no incentivo ao consumo de pornografia *online*, em consequência da sua não criminalização; nos avultados lucros auferidos quem controla os *sites* de pornografia de menores; na inexistência de fundamento para dar tratamento diferente a quem imprime uma fotografia de cariz pornográfico e a quem a visualiza com recurso à Internet, pelo que se deve punir o arguido com base no artigo 176º/4 do CP, uma vez que a conduta em análise se integra no conceito de detenção.

No acórdão em análise, o Tribunal da Relação de Coimbra vem esclarecer que a detenção implica a custódia, retenção, apreensão, conservação ou guarda de algo, ou seja, tem de haver posse efectiva para que haja detenção, tendo esta de se traduzir em actos materiais que demonstrem que há, verdadeiramente, um poder efectivo sobre uma coisa. Para o tribunal, o argumento apresentado pelo MP ao considerar que o gesto de visualizar e ampliar as imagens configura detenção não é procedente, visto que há aqui uma interpretação extensiva ou por analogia do conceito de detenção, o que não pode acontecer quando está em causa a aplicação de normas penais. Assim sendo, só poderão ser susceptíveis de reacção por parte do Direito Penal as condutas que se integrem na previsão de forma plena e insusceptível de gerar dúvidas.

Para o Tribunal, a conduta do agente não constitui detenção, mas apenas visualização, visto não ter havido qualquer transferência de materiais para o seu computador. Acrescenta-se ainda que a detenção que o agente teve dos materiais não foi maior do que aquela que tem um indivíduo que lhes aceda inadvertidamente. Não, há, portanto, uma qualquer base legal para o conceito de “detenção provisória” alegado pelo

MP, sendo tal argumentação de rejeitar com base no artigo 311º do CPP, nº 2/a) e nº 3/d), pelo que foi negado provimento ao recurso do MP.

6.2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 4190/11.9TAGDM.P1 de 03/12/2014¹⁰⁹

Neste acórdão, o Tribunal da Relação do Porto vem dar resposta ao recurso interposto pelo arguido, condenado como autor material de um crime de pornografia de menores agravado (previsto pelos artigos 176º/1/c) e 177º/6 do CP na versão anterior à lei 103/2015), na pena de 2 anos de prisão, suspensa por igual período de tempo, por decisão proferida pelo 1º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Gondomar.

Deu-se como provado que o arguido realizou o *download* de fotografias de teor pedopornográfico, facto de que se tomou conhecimento após o ter sido desmontada, pelas autoridades luxemburguesas, uma rede de pornografia infantil que disponibilizava estes conteúdos na Internet, o que motivou uma busca domiciliária à residência do arguido, durante a qual foram apreendidos, entre outros objectos, um disco rígido e dois computadores portáteis. Nestes, encontrava-se um elevado número de imagens de pornografia de menores onde figuravam crianças entre os 4 e os 12 anos, assim como adolescentes entre os 14 e os 18 anos de idade. Os referidos suportes continham ainda *software* de encriptação e limpeza de dados.

Em sede de recurso, o arguido alegou que a matéria de facto que ficou provada foi insuficiente para justificar a decisão, tendo havido desrespeito pelo princípio *in dubio pro reo*, justificando-se o recurso nos termos do artigo 410º/2, alíneas a) e c). Alega-se ainda que a norma em que a condenação se baseia foi mal aplicada, visto que não existe no Direito Penal um conceito de *download*, não se podendo deste modo considerar que o arguido tenha importado material pedopornográfico. Argumentou ainda ser consumidor regular de pornografia de adultos, que frequentemente descarrega e guarda, desconhecendo, no entanto, a existência dos ficheiros de pornografia infantil, cuja presença nos discos rígidos justifica alegando que os mesmos só podem ter vindo juntos com o

¹⁰⁹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7a34861811c35aad80257db0005000b5?OpenDocument&Highlight=0,pornografia,menores>.

download de pornografia de adultos. Esta afirmação é contrariada pelo depoimento prestado pelo inspector da Polícia Judiciária que analisou os ficheiros, que afirmou não ser possível que aquelas imagens tivessem sido descarregadas por acidente, apesar de se encontrarem no mesmo directório que outras imagens de pornografia de adultos. Mesmo que o *download* de pedopornografia tivesse ocorrido de forma não intencional, o tribunal refere que houve, da parte do arguido, uma aceitação desse facto, nada fazendo para o evitar. Também a presença de *software* de encriptação e limpeza de dados nos suportes apreendidos demonstra que o arguido tinha a preocupação de ocultar as suas actividades *online*, o que demonstra que o mesmo estava consciente da ilegalidade que a sua conduta configurava.

De acordo com o Tribunal da Relação do Porto, não tem razão de ser a alegação por parte do arguido de que a condenação se baseia em factos insuficientes e em erro na avaliação da prova, visto que o quadro factual dado como provado é mais que suficiente para a justificar, referindo o tribunal que o texto da decisão é lógico e coerente.

Também o argumento da violação do princípio *in dubio pro reo* não foi aceite, visto que a aplicação deste princípio só tem lugar quando, após a apreciação de todas as provas, exista uma dúvida razoável, que não pode ser abstracta ou consistir numa mera hipótese, mas sim uma dúvida assumida pelo julgador que, apesar da sua existência, decidiu contra o arguido. Na decisão em apreço não se verificou qualquer dúvida, tendo sido cumprido o princípio da livre apreciação de prova (artigo 127º do CPP).

O arguido invocou ainda não ter cometido um crime de pornografia de menores, visto que, a seu ver, a inexistência de um conceito de *download* no Direito Penal implica que a sua conduta não preenche a previsão do artigo 176º/1/b) do CP. Argumenta ainda no sentido de que, de acordo com a língua portuguesa, a palavra “importar” refere-se apenas à compra ou introdução de produtos estrangeiros, não podendo o *download* ser considerado como uma forma de importação. Na óptica do Tribunal da Relação do Porto, o *download* refere-se a uma transferência de ficheiros para um computador pessoal, o que pode ser visto como uma forma de importação, sendo ainda de destacar o facto de o arguido ter tomado o cuidado de encriptar e ocultar a sua actividade, tendo portanto consciência do carácter ilícito das suas acções.

Pelas razões apontadas, os argumentos apresentados pelo arguido em sede de recurso não procedem, pelo que o Tribunal da Relação do Porto vem confirmar a decisão

do 1º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Gondomar, condenando o arguido, pela prática do crime de pornografia de menores, numa pena de prisão pelo período de dois anos, com suspensão da sua execução pelo mesmo período.

Conclusão

Finda esta breve análise do crime de pornografia de menores, chega agora o momento de clarificar algumas conclusões que dela se podem retirar

Tal como foi analisado, vemos que este é um crime extremamente comum no contexto da Internet e das tecnologias da informação e da comunicação, pelas já referidas facilidades em praticá-lo de forma anónima e difícil de rastrear, sendo as suas vítimas de tenra idade e, portanto, facilmente levadas a tomar parte em actos que lhes são perniciosos.

Foi com atenção a este contexto que o legislador, influenciado por directivas de fonte comunitária, envergou pela via de um alargamento do âmbito do tipo legal de crime de pornografia de menores, através da já referida reforma de 2007 do código penal, assim como, mais recentemente, através das alterações realizadas em 2015.

O alargamento da punição às condutas de mera detenção e acesso a materiais pedopornográficos é, na nossa opinião, um passo que, apesar de claramente tomado com o intuito de proteger de forma mais completa e abrangente a liberdade de autodeterminação sexual dos menores, foi demasiado longe, tendo por base a ideia de um um perigo cuja existência não é, de forma definitiva e certa, comprovável, pelo que só posso partilhar das opiniões dos Autores que manifestam opiniões contrárias à criminalização das condutas apontadas, denunciando-as como tuteladoras de valores relacionados com a moral pública e não de verdadeiros bens jurídicos, pelo que temos de concluir que se põe em causa, de forma grave, a liberdade daqueles que cometem tais actos, agora qualificados como crimes.

Não nos manifestamos, porém, contra o alargamento feito à criminalização da conduta do aliciamento de menores e à sua consequente consagração num artigo autónomo, uma vez que, a nosso ver, passa assim a proteger-se os menores de um acto que tem como objectivo levar à prática de actos lesivos da liberdade de autodeterminação sexual. Considero que, neste ponto, a punição desta forma de acto preparatório é um passo na direcção certa, permitindo uma mais eficaz prevenção do cometimento de crimes desta natureza.

Aplaudimos ainda a criação do registo nacional de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual, por considerar que esta é uma norma que, no seu cerne, visa prevenir a reincidência, ao mesmo tempo que o maior acompanhamento do agente constitui uma forma de concretizar mais eficientemente o objectivo de o ressocializar. Não

podemos, porém, deixar de nos manifestar contra a previsão do fornecimento de informações a cidadãos que tenham à sua guarda menores de 16 anos de idade, por considerarmos que esta é uma possibilidade que nada traz em termos de prevenção, não devendo, na nossa opinião, ser os cidadãos a ter de zelar, da forma prevista pelo diploma, pela sua segurança.

Consideramos que muitas das condutas punidas sob este tipo legal de crime poderiam ser descriminalizadas, com vantagens no que respeita à proporcionalidade e à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. Os objectivos que se visam alcançar poderiam ser atingidos, de uma forma mais eficaz, através da aplicação de sanções de natureza contra-ordenacional, pelo que considero demasiado gravosa a aplicação de uma sanção penal a muitas das condutas referidas.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares de e LIMA, Pedro Mendes – *O Crime de Detenção de Pedopornografia Infantil – Evolução ou Involução?* in Julgar, 2010, número 12 (Especial)

ALFAIATE, Ana Rita – *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, 2009

ALFAIATE, Ana Rita – Crimes Sexuais Contra Menores: Questões de Promoção Processual in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, Coimbra Editora, 2009

ANDRADE, Manuel da Costa – “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2009

ANDRADE, Manuel da Costa – *Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Coimbra Editora, 2004

ANTUNES, Maria João – *Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual de Menores* in Revista do CEJ, Jornadas sobre a revisão do Código Penal, 1º Semestre de 2008, nº8 (especial)

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

BULLENS, Ruud e MULDER, Jules – *Ver Pornografia Infantil na Internet: Impulso Inconsequente?* In Psychologica nº 43, 2006

CAETANO, Ana – *Abusadores Sexuais: Que, Como e Porque o São?* Lisboa: SeteCaminhos, 2008

COSTA, José Francisco de Faria – *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2000

DIAS, Jorge de Figueiredo (Direcção) - *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2007

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva – *Notas Substantivas Sobre Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual in Revista do Ministério Público nº 136*, 2013

LOPES, José Mouraz – *Os Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008

MAGRIÇO, Manuel Eduardo Aires – *A Exploração Sexual de Crianças no Ciberespaço - Aquisição e Valoração de Prova Forense de Natureza Digital*, Sinapsis Editores, 2013

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz – *Pornografia Infantil Virtual in Julgar nº12*, 2010

RIOS, Rodrigo Sánchez e LINHARES, Sólón Cícero – *A Dimensão Transnacional do Fenômeno Child Grooming e sua Receptividade no Ordenamento Jurídico-Penal Pátrio in Revista Brasileira de Ciências Criminais nº107*, 2014

RODRIGUES, Ana Paula – *Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital in Revista do CEJ nº15*, 2011

RODRIGUES, Benjamim Silva – *Direito Penal, Parte Especial, Tomo I, Direito Penal Informático-digital*, Coimbra, 2009

SOUSA, Susana Aires de - *A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal: Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra Editora, 1ª edição, 2014

TORRÃO, Fernando – *A Propósito do Bem Jurídico Protegido nos Crimes Sexuais. Mudança de Paradigma no Novo Código Penal in* Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXI (separata)

VALDÉS, Carlos García – *Acerca del Delito de Pornografía Infantil in* Estudios en Recuerdo del Professor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

Documentos online:

Estudo elaborado pela *United States Commission on Obscenity and Pornography*:
<http://catalog.hathitrust.org/Record/009911547> (último acesso: 07/01/2016)

Definição de *Child Grooming*:

<http://definitions.uslegal.com/c/child-grooming/> (último acesso: 08/01/2016)

Estatísticas de uso da Internet:

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Internet_use_and_frequency_of_use_by_individuals_2013_%28%25_of_individuals%29.png (último acesso: 22/09/2015)

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Information_about_society_statistics_about_households_and_individuals (acesso: 22/09/2015)

http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Internet_use_statistics_about_individuals (acesso: 22/09/2015)

Child Pornography Prevention Act:

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104s1237rs/pdf/BILLS-104s1237rs.pdf> (último acesso: 15/01/2016)

Parecer da Associação de Apoio à Vítima relativo à proposta de lei nº 305/XII:

http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/parecer_APAV_prop_lei_305_XII_vs_crianças.pdf (último acesso: 07/01/2016)

Resolução da Assembleia da República nº 16/2003:

http://www.cnpcjr.pt/preview_documentos.asp?r=1002&m=PDF (último acesso: 15/01/2016)

Explicação referente à *Megan's Law*:

<http://www.meganslaw.ca.gov/homepage.aspx?lang=ENGLISH> (último acesso: 10/01/2016)

Resolução da Assembleia da República nº 88/2009:

<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf> (último acesso: 15/01/2016)

Proposta de lei nº 305/XII e pareceres relativos à mesma:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=39169> (último acesso: 05/01/2016)

Jurisprudência

Acórdão *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>). Último acesso: 20/12/2015

Acórdão *R. v. Sharpe* (disponível em <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1837/index.do>). Último acesso: 20/12/2015

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo 372/12.4TACLD.C1 de 11/11/2015 (disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7a34861811c35aad80257db0005000b5?OpenDocument&Highlight=0,pornografia,menores>). Último acesso: 15/01/2016

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 4190/11.9TAGDM.P1 de 03/12/2014 (Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/7a34861811c35aad80257db0005000b5?OpenDocument&Highlight=0,pornografia,menores>). Último acesso: 15/01/2016