

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

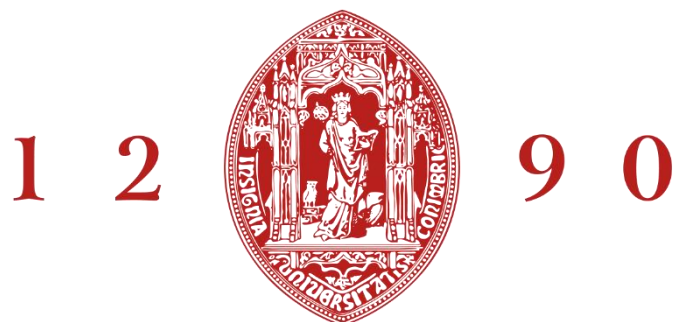
Bárbara Garraio Rodrigues

O OBJETO DE TUTELA DA CONDUCTA
TÍPICA DE REPRESENTAÇÃO
REALISTA DE MENORES

CONSEQUÊNCIAS PARA O REGIME DA TENTATIVA
IMPOSSÍVEL

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
orientada pela Professora Doutora Susana Aires de Sousa e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

maio de 2023



**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA**

**O objeto de tutela da conduta típica de representação realista de
menores: consequências para o regime da tentativa impossível**

*The object of protection of the conduct of realistic representation of minors:
consequences for the regime of the impossible attempt*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre), sob a orientação do Senhora Professora Doutora Susana Aires de Sousa

Bárbara Garraio Rodrigues

Coimbra, 2023

“Resumidamente, as dificuldades começam logo a avultar quando se pergunta pelo bem jurídico protegido.” (Costa Andrade, 2004, p.486)

AGRADECIMENTOS:

A todas as pessoas que estiveram comigo no caminho até aqui chegarmos.

À minha família, em especial os meus pais, cujo apoio não vacilou nesta fase.

À Andreia por ser o meu maior apoio sempre e por me puxar para continuar em qualquer situação e por me ouvir cada vez que estava perdida, apesar de não saber do que estava a falar.

Às minhas amigas de Coimbra, a Ana, a Bia e a Telma, por serem pessoas que vão mais longe. Que vivamos ainda mais do que vivemos nesta cidade.

Às minhas amigas de Tomar, a Sara, a Catarina e a Bárbara, pelo apoio e por me ouvirem a queixar de tudo e de nada.

À Dra. Ânia Pardelhas por me ter dado o empurrão necessário para chegar ao fim.

À Senhora Professora Doutora Susana Aires de Sousa pela paciência, conselhos e pela disponibilidade e atenção dedicada à orientação do presente trabalho.

A todos os que, nomeados ou não, de alguma forma me permitiram chegar aqui,

Obrigada.

ABREVIATURAS:

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Art. – Artigo

Nº - Número

AL(S) – Alínea(s)

EUA – Estados Unidos da América

UE – União Europeia

RG – *Reichgericht*

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

RESUMO:

O presente estudo pretende proceder a uma interligação da conduta típica do crime de pornografia de menores com representação realista de menor (presente no artigo 176º nº 4 do Código Penal Português) com o regime da tentativa impossível.

A própria expressão “representação realista de menor” já causou várias discussões e debate na doutrina, especificamente quanto ao bem jurídico presente nesta incriminação. A análise do bem jurídico tem relevância, nomeadamente, para saber sobre a legitimidade da punição das condutas em causa, especificamente quando nenhum menor está presente e para podermos chegar a uma conclusão sobre a aplicação do regime da tentativa impossível.

A questão fulcral, neste âmbito, será saber se está em causa o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, como parece apontado pelo próprio texto da lei, ou outro bem jurídico, quer individual, quer supra-individual, ou mesmo uma intenção de proteção da moralidade coletiva.

Apesar do vasto debate sobre o bem jurídico em causa na incriminação, a doutrina, verdadeiramente, não se debruça sobre a interligação deste problema com o regime da tentativa impossível, deixando em aberto a questão de saber o que acontece quando o agente tenta produzir ou proliferar material com representação realista de menores, sem nenhum menor real estar presente, ou seja, quando estamos perante uma tentativa impossível por inexistência do objeto.

A partir desta interligação importa saber se se justifica a punição da tentativa, se tal punição é de acordo com o princípio da intervenção mínima do direito penal (o princípio da *ultima ratio* do direito penal) e se a resposta a tal questão for negativa, a melhor forma de oferecer uma solução satisfatória a tal problema.

Palavras-chave: Direito penal especial; Tentativa; Tentativa impossível; Crime de pornografia de menores; Bem jurídico;

ABSTRACT:

This study's objective is to interconnect the conduct of the crime of child pornography with a realistic representation of a minor (present in n° 4 of the article 176° of the Portuguese Penal Code) with the regime of the "impossible attempt".

The expression "realistic representation of a minor" has brought about various doctrinal discussion, specifically in regard to what legal asset is present in this crime. The analysis of the legal asset matters, namely, to know about the legitimacy of the penalization of these conducts, specifically when no minor is present and so that we can reach a conclusion about the application of the regime of the impossible attempt.

The fulcral question, in this scope, is to know if we're dealing with the legal asset of sexual liberty and self-determination, as it seems to be appointed by the law's own text, or another legal asset, either individual or supra-individual, or even an intention of protecting the collective morality.

Despite the vast doctrinal debate around the legal asset in this crime, the doctrine truly does not deal with the interconnection of this problem with the regime of the impossible attempt, leaving open the question of knowing what happens when the agent attempts to produce or share material with a realistic representation of a minor, without any real minor being present, when we have in front of us an impossible attempt due to the inexistence of the object.

From this interconnection we must know if it's justifiable the criminalization of the attempt, if that criminalization is according to the principle of the minimal intervention of penal law (the principle of ultima ratio of penal law) and if the answer to that question is negative, the best way to offer a satisfactory solution to this problem.

Keywords: *Criminal Law Special Issues; Attempt; Impossible attempt; Child pornography crime; Legal asset;*

INDÍCE

AGRADECIMENTOS:	2
ABREVIATURAS:	3
RESUMO:.....	4
ABSTRACT:	5
1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A EVOLUÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES	10
2.1 Dos crimes contra a honestidade aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	10
2.2 O bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual.....	14
3. O(S) OBJETO(S) DE TUTELA DO CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES (ART. 176º DO CÓDIGO PENAL)	20
3.1 Evolução histórica do crime de pornografia de menores.....	20
3.2 O tipo objetivo	23
3.3 O tipo subjetivo.....	27
3.4 O bem jurídico	28
3.4.1 As condutas das alíneas a) e b) do nº 1	28
3.4.2 As condutas das alíneas c) e d) do nº 1 e nºs 3, 4, 5 e 6.....	28
3.4.3 O bem jurídico na representação realista de menor em específico (nº 4).....	31
3.4.3.1 O que se entende por “representação realista de menor”.....	31
3.4.3.2 A falta de consensualidade quanto à incriminação.....	32
a) Estados Unidos da América.....	33
b) Itália.....	33
c) Espanha.....	34
d) Portugal.....	35
3.4.3.3 Conclusões	40
4. A TENTATIVA IMPOSSÍVEL	44

4.1 O fundamento de punição	45
4.1.1 As teorias objetivas	45
4.1.2 As teorias subjetivas	46
4.1.3 O fundamento de punição com base na perigosidade do autor.....	49
4.1.4 A teoria da impressão	51
4.2 O art. 23º nº 3 do Código Penal	54
5. CONSEQUÊNCIAS DO OBJETO DE TUTELA PARA O REGIME DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL	57
6. CONCLUSÃO	62
BIBLIOGRAFIA	64
JURISPRUDÊNCIA	67

1. INTRODUÇÃO

Ao direito penal é atribuída a função de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Apesar de não haver uma definição generalizada de “bem jurídico”, FIGUEIREDO DIAS vem defini-lo como a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹.

Em cada tipo legal encontramos uma forma de proteção de um ou mais bens jurídicos. Em certos casos, será perceptível o bem jurídico a proteger, mas tal não é regra, havendo casos em que será necessária uma análise mais profunda. Um desses casos é o objeto deste trabalho, o crime de pornografia de menores presente no art. 176º, inserido na Secção II (“Crimes contra a autodeterminação sexual”) do Capítulo V da Parte Especial do Código Penal, por sua vez intitulado “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Questão controvertida na doutrina é saber se neste tipo legal apenas se protege a liberdade e autodeterminação sexual ou se estarão em causa outros bens jurídicos ou outros interesses a proteger. Para uma resposta a esta questão importa, primeiramente, compreender o que está em causa quando falamos de bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual.

O nosso estudo incidirá, em especial, no nº 4 deste artigo, onde se utiliza a expressão “representação realista de menor”, pondo-se a questão de saber o que exatamente se pune neste tipo legal, já que podemos estar perante um caso em que não está presente no material pornográfico qualquer menor real, e somente um “menor” criado através de tecnologia digital. Tais casos são exemplo chave da questão de saber que bem jurídico está presente neste artigo, questão que terá repercussões a nível da punibilidade da conduta e, em especial, quanto à punibilidade da tentativa impossível.

Esta última questão será a questão final a que nos propomos dar uma resposta. Temos de saber como podemos justificar a punição da tentativa de quem produz ou distribui pornografia de menores virtual ou se tal punição não se justifica de todo.

Como sabemos, a tentativa da realização de um tipo de ilícito é punível, sendo definida pelo art. 22º do CP como a prática de atos de execução de um crime que o agente

¹ Figueiredo Dias, J. d. (2019). *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (3ª edição). Coimbra: GESTLEGAL pp. 129 e 130

decidiu cometer, sem que ele se chegue a consumir. Estão, aqui, presentes os requisitos cumulativos para a verificação de uma tentativa – a prática de atos de execução, a decisão de cometer um crime, a não consumação do mesmo.

Segundo o nº 9 do art. 176º, a tentativa de todas as modalidades do crime de pornografia de menores é punível, e, como tal, quem praticar atos de execução de forma a consumir qualquer crime aqui previsto será punido com a pena aplicável especialmente atenuada. No entanto, mesmo estando todos os requisitos preenchidos, surgem situações em que é manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente para consumir o crime ou em que é manifesta a inexistência do objeto essencial à consumação do crime (nº 3 do art. 23º do CP). Ora, se no crime de pornografia de menores, o suposto objeto essencial é o menor, o que acontece quando não está nenhum menor presente no material pornográfico em causa?

2. A EVOLUÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

2.1 Dos crimes contra a honestidade aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual encontram-se, hoje, no Capítulo V da Parte Especial do Código Penal “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, tornando-se claro quais os bens jurídicos a proteger pelas incriminações nele presentes.

O caminho para chegarmos à punição dos chamados crimes sexuais por via da proteção de um bem jurídico pessoal como é o caso da liberdade e autodeterminação sexual foi longo, tendo o seu início, entre nós, numa verdadeira proteção da moralidade, dos costumes e do pudor.

No Código Penal de 1852, no Capítulo IV “Dos crimes contra a honestidade” tínhamos, na Secção 1ª o chamado “Ultraje público ao pudor” no art. 390º, onde se lê “O ultraje público ao pudor, commettido por acção, ou a publicidade resulte do logar, ou de outras circunstancias de que o crime fôr acompanhado; e posto que não haja offensa individual da honestidade de alguma pessoa, será punido com a prisão de três dias a um anno, e multa correspondente.”². Aqui temos uma referência a uma conduta que não ofende em concreto a honestidade de uma pessoa, havendo antes uma punição de uma ofensa ao pudor público através de ação que se considere contrária à moralidade coletiva. No mesmo capítulo, na Secção 2ª, tínhamos também o “Attentado ao pudor, estupro voluntario e violação” no art. 391º, no qual se punia “Todo o atentado contra o pudor de alguma pessoa de um ou outro sexo, que fôr commettido como violencia, quer seja para satisfazer paixões lascivas, quer seja por outro qualquer motivo, será punido com o degredo temporario.” No único parágrafo deste mesmo artigo punia-se da mesma forma o autor deste crime que o praticasse contra menor de 12 anos, mesmo sem prova de qualquer violência. Também aqui há uma proteção do pudor, ainda que, neste caso, esteja ligado a uma pessoa em concreto, não se baseando somente no ultraje público, mas sim na proteção da honestidade em referência àquela pessoa.

² <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>, último acesso a 5 de maio de 2023.

Com a alteração de 1886 tivemos alterações na punição do crime de ultraje público ao pudor, passando este a ser punido com “prisão até seis meses e multa até um mês”³ e o crime de atentado ao pudor passou a ser punido com prisão correccional.

Na versão primitiva do Código Penal de 1982 tínhamos a designação de “Crimes sexuais”, presentes na Secção II, com o mesmo nome do Capítulo I “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” do Título III “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”. Claramente conseguimos ver que não está em causa a proteção de um bem jurídico pessoal, mas ainda uma proteção assente na moralidade sexual. Ainda nesta versão do Código tínhamos o crime de “atentado ao pudor com violência” no qual o agente pratica contra outra pessoa um atentado ao pudor, sendo o meio irrelevante no caso de a vítima ser menor de 14 anos (nº 2 do art. 205º do CP de 1982). A lei oferece uma definição legal e ataque ao pudor no nº 3 deste mesmo artigo, sendo “(...) o comportamento pelo qual outrem é levado a sofrer, presenciar ou praticar um acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual.”.

Posteriormente, com o Decreto-Lei nº 48/95, realizou-se a reforma dos crimes sexuais, nomeadamente no que toca aos crimes em que a vítima é menor de idade. Os até então chamados “crimes sexuais” passaram a fazer parte do título “Dos crimes contra as pessoas” e do capítulo dos “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Finalmente assume-se a liberdade e autodeterminação sexual como bem jurídico a proteger, de forma até explícita, deixando-se para trás conceitos de pudor e moral sexual - neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, enquanto membro da Comissão de Revisão, afirmou “Agora estamos perante a proteção da liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade. Daí a importante e significativa alteração sistemática: inserido nos crimes contra a sociedade vê-se agora colocado nos crimes contra as pessoas. Uma regra essencial da tipificação legal: não é crime qualquer actividade sexual (qualquer que seja a espécie) praticada por adultos, em privado, e com consentimento.”⁴. Tinha começado a ganhar maior relevância o princípio da *ultima ratio* do direito penal, limitando-se a intervenção deste aos

³ <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf> , último acesso a 5 de maio de 2023

⁴ Santos, M. S., & Freitas, P. (2018). *CÓDIGO PENAL - Actas e Projecto da Comissão de Revisão*. Sintra: Rei dos Livros. p. 267 Costa Andrade, na mesma Acta, salienta o bem jurídico agora em causa: “O Senhor Dr. Costa Andrade elogiou a intervenção do Senhor Dr. Ferreira Ramos e salientou a elevação da liberdade sexual como o bem protegido (afastamento da moralidade sexual nesta matéria).” p. 268.

bens jurídicos com dignidade penal, não havendo uma referência à moral ou ao pudor⁵. Em referência ao Projeto de Revisão do Código Penal, TERESA BELEZA considera que houve uma mudança no paradigma dos crimes sexuais, passando a estar em causa “(...) atentados à liberdade e não já face a actos comprometedores dos ‘fundamentos ético-sociais da vida em sociedade’”⁶.

Esta revisão introduziu o conceito de “ato sexual de relevo”, considerando FIGUEIREDO DIAS que este consiste em “(...) todo aquele que, de um ponto de vista predominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou pratica”⁷. ANA RITA ALFAIATE considera que temos uma função negativa de exclusão da tipicidade de condutas bagatelas e uma função positiva de exigência de averiguação do relevo face ao bem jurídico da liberdade sexual⁸.

Com a revisão de 1998, operada pela Lei nº 65/98 de 2 de setembro, começa a compreender-se no artigo 172º “Abuso sexual de crianças” o ato de quem exhiba ou ceda a qualquer título ou por qualquer meio fotografia, filme ou gravação pornográfica em que se utilize menor de 14 anos (al. d) do nº 3). A Lei nº 99/2001 de 25 de agosto adicionou a al. e) ao nº 3, segundo a qual quem detém fotografia, filme ou gravação pornográfica com menor de 14 anos com o propósito de os exhibir ou ceder é punido com pena de prisão até 3 anos.

A revisão de 2007 (Lei nº 59/2007 de 31 de outubro) introduziu alterações significativas em matéria de crimes sexuais. A idade para prestar validamente o consentimento passou a ser os 16 anos, desde que a pessoa possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance e foi efetuado um alargamento do âmbito de protecção do crime de lenocínio e do crime de pornografia de menores, sendo abrangidos, agora, todos os menores. O “exibicionismo” foi substituído pela “importunação sexual” (atual art. 170º) e o crime de lenocínio passa a consistir numa incriminação da conduta de quem profissionalmente ou com intenção lucrativa fomenta, favoreça ou facilite o exercício da prostituição por outra pessoa de prostituição (art. 169º). Foram, ainda, operadas

⁵ Neste sentido, Alfaiate, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 37.

⁶ Beleza, T. (Jul.-Set. de 1994). "O Conceito Legal de Violação". *Revista do Ministério Público*, 15(59) p. 51

⁷ Figueiredo Dias, J. d. (1999). Art. 163º. Em *Comentário Conimbricense ao Código Penal - Parte Especial* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora. p. 447.

⁸ Alfaiate, A. R. (2009) op. cit p. 38.

significantes modificações ao artigo 171º, alargando o seu âmbito de incriminação ao mesmo tempo que autonomizava condutas em si compreendidas como é o caso do novo artigo 176º com a epígrafe de “Pornografia de menores”.

Esta revisão é também responsável tornar os crimes sexuais em crimes públicos, contrariando a tradição de estes consistirem em crimes semipúblicos.

Em 2008, com a Lei nº 05/2008 de 12 de fevereiro é criada a base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e investigação criminal. É ainda criado, com a Lei nº 37/2015 de 5 de maio, o regime de identificação criminal.

Com a Lei nº 83/2015 de 5 de agosto, tivemos uma nova reforma nos crimes sexuais, nomeadamente nos crimes de violação, coação sexual e importunação sexual. Com a Lei nº 103/2015 de 24 de agosto houve uma alteração no âmbito dos crimes contra a autodeterminação sexual e ainda a criação do sistema de registo de identificação criminal, que consiste numa base de recolha de elementos de identificação de pessoas condenadas por crimes contra a liberdade e autodeterminação dos menores. Esta última lei é também responsável pela introdução do crime de aliciamento de menores para fins sexuais (art. 176º-A).

A Lei nº 101/2019 de 6 de setembro modificou os crimes de coação sexual, violação e abuso sexual de pessoa internada, e ainda adicionou circunstâncias agravantes.

Com a Lei nº 40/2020 de 18 de agosto houve uma alteração do crime de abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável (art. 172º) com o intuito de alargar a tutela da vítima. Foi ainda alterado o crime de pornografia de menores (art. 176º) acrescentando uma definição legal de material pornográfico para efeitos deste artigo no nº 8, uma nova modalidade de ação à alínea c) do nº 1, punindo-se quem disponibiliza, à alínea d) do nº 1, punindo-se quem aloja, e ao nº 6, punindo-se quem disponibiliza o acesso. No contexto deste mesmo artigo houve um alargamento da proteção para todos os menores de 18 anos, incluindo, portanto, vítimas entre os 16 anos e os 18. Foi ainda alterado o art. 177º, sendo retirado o art. 174º do catálogo de crimes e é ainda eliminado do nº 7 a prática do crime na presença de menor de 14 anos. Com esta alteração foi ainda adicionado o crime de organização de viagens para fins de turismo sexual com menores (art. 176º-B).

2.2 O bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual

Atualmente os crimes sexuais tutelam o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. Segundo FIGUEIREDO DIAS o capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” (Capítulo V da Parte Especial do Código Penal) “(...) é dominado pela **proposição político-criminal** segundo a qual em caso algum constitui crime a actividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem.”⁹. Este progresso foi fruto, segundo JOSÉ MOURAZ LOPES e TIAGO CAIADO MILHEIRO, de um “(...) percurso da compreensibilidade da importância da sexualidade na vida social.”¹⁰, alterando-se com o decurso do tempo, não os comportamentos sexuais em si, mas sim a forma como a sociedade os vê.

Estamos perante uma face da liberdade individual de cada pessoa, o que não significa, no entanto, que só se protege uma ou outra, de forma completamente separada nas respetivas secções, mas sim que está presente “a proteção da liberdade sexual de todas as pessoas, independentemente da idade” na secção I, enquanto que na secção II temos um alargamento da proteção a casos que “ou não seriam crime se praticados entre adultos ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiram em todo o caso uma menor gravidade”.¹¹

Segundo o STJ, “A competência considerada relevante para a tomada de decisão na atividade sexual é multidimensional, sendo concebida como uma combinação entre competência intelectual (habilidade para processar informação relevante), competência moral (capacidade para avaliar o valor social do gesto) e competência emocional (entendida como habilidade para expressar e manejar emoções).”¹². Será fácil perceber, então a divisão dos crimes sexuais em duas secções, de forma a prever situações em que a decisão da pessoa

⁹ Figueiredo Dias, J. d. (1999). “Nótula antes do art. 163º”. Em *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora. p. 442, estando esta ideia também presente em Santos, M. S., & Freitas, P. (2018). *CÓDIGO PENAL - Actas e Projecto da Comissão de Revisão*. Sintra: Rei dos Livros. p. 267 – “Uma regra essencial da tipificação legal: não é crime qualquer actividade sexual (qualquer que seja a espécie) praticada por adultos, em privado, e com consentimento.”

¹⁰ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021). *Crimes Sexuais* (3ª ed.). Coimbra: Almedina. p. 25.

¹¹ Antunes, M. J. (2005). “Crimes Contra Menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXI, p. 58 e no mesmo sentido Figueiredo Dias, J. d. (2012). “Artigo 171º”. Em *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (2ª ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora. p. 832.

¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2014 (Nº de processo: 1287/08.6JDLSB.L1.S1).

sobre a atividade sexual não foi respeitada e situações em que a pessoa não terá sequer essa capacidade.

Identificamos na liberdade sexual uma vertente positiva, que consiste na liberdade que cada um tem para fazer escolhas no domínio da sexualidade, e uma vertente negativa, que consiste no direito de cada um a não suportar de outrem atos sexuais contra a sua vontade¹³. Quando estamos perante menores de idade, a abrangência da sua liberdade sexual é reduzida de forma a garantir uma proteção efetiva daqueles que se consideram mais vulneráveis a abusos. Em geral, considera-se que os 14 anos de idade são a barreira entre a infância e a adolescência¹⁴, sendo que atos sexuais de relevo com menores abaixo deste limite etário são proibidos (art. 171º do Código Penal). Põe-se a questão de saber se o menor de 14 anos será, então, titular de uma efetiva liberdade sexual, já que uma proibição total da prática de atos sexuais de relevo significará que o menor não vê protegida a sua liberdade na vertente positiva, mas somente na vertente negativa.

FIGUEIREDO DIAS falou de uma “obrigação de castidade e virgindade quando estejam em causa menores, seja de que sexo forem.”¹⁵. Por outro lado, MOURAZ LOPES e CAIADO MILHEIRO, consideram que se trata de uma proibição da “prática de atos que condicionem a liberdade de escolha e exercício da sexualidade do menor num futuro próximo.”¹⁶, já que um precoce despertar sexual, quer violento ou consentido, pode provocar perturbações fisiológicas e psicológicas, devendo haver um “(...) desenvolvimento adequado da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade do menor no futuro, para que decida, em liberdade, o seu comportamento sexual.”¹⁷. Consideramos que não estamos perante uma intenção de proteger o pudor do menor de 14 anos, mas sim de proteger o menor de condutas para as quais não estará preparado, já que “(...) até atingir um certo grau de desenvolvimento, indiciado por determinados limiares etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o envolvimento prematuro em actividades sexuais.”¹⁸. O próprio STJ considera que “O princípio que fundamenta a menoridade sexual não é qualquer

¹³ Neste sentido Ferreira Leite, I. (2004). *Pedofilia - Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*. Coimbra: Almedina. pp. 26 e 27 e Alfaiate, A. R. (2009) op. cit pp. 86 e 88.

¹⁴ Neste sentido, Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 180; Alfaiate, A. R. (2009) op. cit p. 90 e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de outubro de 2016 (Nº de processo: 562/11.7TASSBE1).

¹⁵ Santos, M. S., & Freitas, P. (2018). *CÓDIGO PENAL - Actas e Projecto da Comissão de Revisão* Sintra: Rei dos Livros. p. 283.

¹⁶ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 181.

¹⁷ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 180.

¹⁸ Costa Andrade, M. d. (2004). *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 396.

suposição de que o jovem abaixo da idade definida legalmente não tenha desejo ou prazer sexual, mas, sim, que ele não desenvolveu ainda as competências consideradas relevantes para consentir em uma relação sexual.”¹⁹

Quanto à faixa etária entre os 14 e os 16 anos, sendo este máximo a idade a partir da qual qualquer pessoa com o necessário discernimento pode consentir em atos sexuais, temos o artigo 173º “Atos sexuais com adolescentes” que exige cumulativamente o abuso da inexperiência da vítima, ou seja, a inexperiência de quem “(...) não possui o conhecimento prático das atividades sexuais, que não se mostra capaz de formular um juízo ético sobre essa atividade e as suas consequências (...)”, e não somente quem tenha desconhecimento sobre a matéria ou seja inocente ou ingênuo²⁰. Neste crime temos um agente maior de idade, não havendo uma restrição total da liberdade sexual dos menores cuja idade se insere nestes limites etários, que não estão proibidos de praticar atos sexuais com outros adolescentes ou mesmo com maiores de idade quando não se verifica um abuso da inexperiência do adolescente em causa.

A partir dos 16 anos de idade, se possuir o necessário discernimento, o menor pode consentir validamente em atos sexuais (artigo 38º do CP). Há, no entanto, situações em que tal consentimento não será válido. É o caso de estar presente uma relação de dependência com o agente ou quando o menor se encontra em situação particularmente vulnerável (art. 172º do CP), que compreende situações de relações de autoridade, de parentesco e situações de abuso da vulnerabilidade em razão de saúde ou deficiência. Também não será válido o consentimento do menor para a prostituição, sendo punido o agente maior pela prática de atos sexuais com menores entre 14 e 18 anos mediante pagamento ou contrapartida (art. 174º do CP), e também o agente que fomenta, favorece ou facilita o exercício de prostituição do menor ou o alicia a esse fim (art. 175º do CP). O menor de 18 anos também não é livre para consentir na sua participação em pornografia (art. 176º do CP).

Quanto às condutas que consistem em atos de prostituição e de participação em pornografia, é questionável a restrição da liberdade do menor com idade entre os 16 e os 18

¹⁹Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2014 (Nº. de processo: 1287/08.6JDLSB.L1.S1).

²⁰ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 231.

anos, já que nestas situações, mesmo que possua o necessário discernimento, o seu consentimento não será válido.

Feitas estas considerações, podemos verificar que o legislador concretizou a liberdade sexual de diferentes formas de acordo com a idade da potencial vítima, havendo um levantamento de várias restrições no que toca ao envolvimento de menores em atividades sexuais de faixa etária a faixa etária (apesar de ainda subsistirem algumas restrições no que toca aos menores entre os 16 e 18 anos de idade). Esta graduação da liberdade sexual entre as faixas etárias é compatível com a ideia de que uma restrição total da liberdade sexual a todos os menores não é compatível com uma relação saudável entre estes e atividades sexuais, podendo tal proibição trazer efeitos nefastos nas suas vidas adultas. O ideal será, por um lado, uma garantia de que o menor não tem de suportar de outrem atos sexuais contra a sua vontade, mas sem deixar de tutelar, por outro lado, a sua liberdade de escolha na própria esfera sexual, ou seja, deve ser assegurada a proteção tanto da vertente negativa como da vertente positiva da liberdade sexual.

O bem jurídico autodeterminação sexual está relacionado com uma face do livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa, o livre desenvolvimento do menor na esfera sexual²¹, compreendendo condutas que não revestiriam a mesma gravidade ou não seriam ilícitas se praticadas entre adultos. Devido à idade das potenciais vítimas, estas condutas são vistas como prejudiciais mesmo quando a própria vítima expresse acordo com as mesmas. Este acordo nunca será válido e não irá de encontro com os parâmetros do art. 38º para a prestação de um consentimento válido e eficaz, considerando, não só a idade de quem o pretende prestar, mas também uma presunção da lei de que os menores não terão o discernimento necessário para tal. Podemos não estar perante atos forçados, mas a própria natureza do ato pode representar um prejuízo para o livre desenvolvimento da personalidade do menor tanto na esfera sexual, como nas esferas físicas e psicológicas²². Isto porque a exposição precoce dos menores a atividades sexuais poderá influenciar a sua visão futura destes mesmos, o que, por sua vez, pode pôr em perigo o seu desenvolvimento sexual saudável.

²¹ Antunes, M. J. (2005) op. cit p. 58.

²² No mesmo sentido Figueiredo Dias, J. d. (2012). Artigo 171º. op. cit. 834.

Assim sendo, está em causa um direito dos menores a ter um desenvolvimento sem constrangimentos da sua sexualidade, sendo-lhe, no entanto, concedida uma margem de exploração da mesma. Assim, “A criança não é só destinatário mas também sujeito de direitos. De direitos fundamentais próprios entre os quais sobressai o direito ao desenvolvimento integral em todos os aspetos da sua identidade pessoal e o direito ao respeito pela sua dignidade humana e o direito à proteção contra todas as formas de violência exploração ou exposição sexual.”²³

Já afirmamos que será saudável permitir uma certa margem de liberdade aos menores para explorarem a sua sexualidade, devendo haver uma graduação dessa margem de acordo com a faixa etária. Esta ideia está ligada com a autodeterminação sexual, já que é através da liberdade para fazer algo de certo cariz que os jovens desenvolvem a sua personalidade nessa esfera, neste caso, sexual. Assim, este bem jurídico protege, também, “(...) o direito de cada um e todos os menores a um desenvolvimento físico natural e a gozar de uma infância e adolescência harmoniosas e sem traumas.”²⁴. Esta ideia é congruente com vários estudos que demonstram ser saudável aos jovens praticar certos atos sexuais, numa natural expressão e exploração da sua sexualidade, fruto de uma livre autodeterminação da sua sexualidade - é o caso do estudo desenvolvido por SABINE K. WITTING²⁵ à volta do fenómeno do *sexting*, ou seja, o envio de mensagens de cariz sexual sugestivo ou explícito, que pode incluir imagens de uma pessoa em poses ou atividades sexuais, havendo dificuldades em distinguir este fenómeno da pornografia infantil, já que, em ambos os casos, podemos ter menores envolvidos em atividades sexuais. A autora debruça-se sobre a sexualidade dos adolescentes na era digital, considerando que a sua exploração não é, em si prejudicial, sendo antes uma parte normal do desenvolvimento das crianças e jovens, apesar de trazer consigo vários riscos. Considerando que se deve seguir uma perspetiva de direitos das crianças, por estar em causa a esfera de privacidade do menor, a autora afirma que se deve reconhecer uma necessidade de proteger o titular destes direitos, devendo ser impostas limitações.

Feitas estas considerações, conseguimos verificar as diferenças entre os dois bens jurídicos. A liberdade sexual consiste na faculdade que cada um tem de fazer escolhas sobre

²³ Acórdão STJ de 19 de fevereiro de 2020 (Nº de processo: 4883/15.1TDLSB.L1.S1).

²⁴ Acórdão STJ de 19 de fevereiro de 2020 (Nº de processo: 4883/15.1TDLSB.L1.S1).

²⁵ Witting, S. K. (2019). “Regulating bodies: the moral panic of child sexuality in the digital era”. *Critical Quarterly for Legislation and Law*, 1.

a sua sexualidade, quer consista na decisão de participar em atividades sexuais com certas pessoas, quer consista na decisão de não participar em qualquer atividade sexual ou em atividades sexuais com outras pessoas. Já a autodeterminação sexual consiste no direito que cada um tem a um desenvolvimento saudável na esfera sexual, ou seja, todos têm direito a desenvolver a sua personalidade sexual sem intervenções indesejadas ou inapropriadas de outras pessoas. Falamos, aqui, não só de atos de cariz sexual não desejados pela vítima, quer provenientes de adultos ou menores, mas também de atos que consistam numa introdução precoce a atividades sexuais – por exemplo, o menor que assiste a pornografia de menores; o menor que é vítima de atos de cariz exibicionista. Uma exposição “prematura” a conteúdos ou atos de cariz sexual pode influenciar o menor na sua própria descoberta da sexualidade de forma negativa, podendo criar ideias prejudiciais sobre os mesmos que os levem a não quererem envolver-se, de todo, em atividades sexuais no futuro, ou, no outro extremo, levar ao que se chama hiper-sexualidade (*hypersexuality*)²⁶.

²⁶ Neste sentido, David Goldenberg et. al. “*Toward a Definition of “Hypersexuality” in Children and Adolescents*”, *Psychodynamic Psychiatry*, setembro, 2012, consideram que a hipersexualidade tem como características-chave: 1. um aumento marcante de comportamento, sentimentos ou pensamentos sexuais em comparação com outras pessoas da mesma idade, sexo, grupo sociocultural, orientação sexual, identidade de gênero e papel de gênero; 2.o comportamento sexual ser suficiente para causar angústia ou disfunção que não seja resultado de estigma social ou devido a separação e individualização apropriada de acordo com o desenvolvimento; 3. O comportamento sexual ser caracterizado pela presença de um nível significativo de um ou mais fatores em comparação com a norma de desenvolvimento: precocidade, impulsividade, agressividade, compulsividade, impropriedade marcada do contexto social e/ou tempo marcadamente excessivo passado em comportamentos sexuais. Os autores falam de vários estudos que consideram que comparam os níveis de comportamento sexual em crianças que passaram por agressões sexuais a crianças que não passaram por essas agressões.

3. O(S) OBJETO(S) DE TUTELA DO CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES (ART. 176º DO CÓDIGO PENAL)

3.1 Evolução histórica do crime de pornografia de menores

Como visto *supra*, o crime de pornografia de menores foi introduzido com a revisão de 2007, através da Lei nº 59/2007 de 4 de setembro, estando algumas destas condutas já compreendidas nos arts. 172º e 173º, “o que a doutrina sempre criticou, tendo em conta que a inserção sistemática daqueles artigos no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, não se compadecia com condutas típicas que nada tinham a ver com o bem jurídico aí protegido.”²⁷.

Com a revisão de 1995 (Decreto-Lei nº 48/95 de 15 de março) no nº 3 do art. 172º podia-se ler “Quem: Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográficos, ou o utilizar em fotografia, filme ou gravação pornográficos; é punido com pena de prisão até 3 anos.”. No nº 2 do artigo lia-se “Quem praticar acto descrito nas alíneas do nº 3 do artigo 172º, relativamente a menor compreendido nas alíneas do número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano.”.

Com a Lei nº 65/1998 de 2 de setembro, foi eliminada da al. b) do nº 3 do art. 172º a utilização em fotografia, filme ou gravação pornográfica, passando essa conduta a estar compreendida numa alínea própria, a al. c). Foi ainda acrescentada a al. d), segundo a qual “Quem: Exibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio os materiais previstos na alínea anterior; é punido com pena de prisão até 3 anos.”. A al. e) foi acrescentada posteriormente pela Lei 99/2001 de 25 de agosto, estando, assim, compreendida nas modalidades de conduta típica a de quem “detiver materiais previstos na al. c), com o propósito de os exhibir ou ceder.”.

Em 2007, como já referido, houve uma autonomização formal destas condutas num artigo próprio, o art. 176º com a epígrafe “Crime de pornografia de menores”. havendo um sucessivo alargamento de condutas típicas que integram este tipo legal. Este novo preceito abrange agora menores de 18 anos, enquanto o antigo art. 172º apenas abrangia menores de

²⁷ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 250.

14 anos e expande em muito as modalidades de ação típica. Houve ainda uma alteração da medida da pena, passando de prisão até 3 anos a prisão de 1 a 5 anos.

MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA²⁸ consideram que num primeiro momento, este alargamento dever-se-á a uma transposição de instrumentos de direito europeu e internacional, nomeadamente o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25 de maio de 2000; a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho da Europa, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; a Convenção do Conselho da Europa sobre o Cibercrime de 23 de novembro de 2003; a Convenção do Conselho da Europa contra a exploração sexual e o abuso sexual de crianças (Convenção de Lanzarote); a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 3 de fevereiro de 2009, referente à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI.

A primeira alteração ocorreu através da Lei nº 103/2015 de 24 de agosto, com o objetivo de transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011. O nº 3 passou para o nº 4, consistindo agora numa nova circunstância agravante – o recurso a violência ou ameaça grave. Foram ainda acrescentados vários números, punindo-se a conduta de quem intencionalmente adquire, detiver, aceder, obtiver ou facilitar acesso através de sistema informático ou qualquer outro meio a fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte (nº 5) – aqui temos uma restrição, já que, na versão anterior, não havia referência a uma qualquer intenção - e ainda a conduta de quem, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menor de 16 anos (nº 6). Quanto a estes dois números há ainda uma circunstância qualificativa – a existência de intenção lucrativa por parte do agente (nº 7). O antigo nº 5 passou para o nº 8.

²⁸ Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (maio de 2019). “Da relevância da identificação do bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29(2), p. 239.

Este preceito volta a sofrer uma nova alteração com a Lei nº 40/2020 de 18 de agosto que oferece uma definição legal, para efeitos deste artigo, de material pornográfico – “todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.”. Anteriormente a esta alteração, já tinha havido uma proposta de definição legal através do projeto de lei nº 772/XII/4^a, que considerava pornografia de menores “todo o material que represente visualmente menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de menor, com fins sexuais.”. Já a jurisprudência afirmava que “A mera representação do corpo humano, ainda que fotográfica, só por si, pode ser erótica ou estética; só será pornográfica se acompanhada da prática de ato sexual, de um qualquer enredo dessa natureza ou se se traduzir numa exposição lasciva dos órgãos sexuais.”²⁹.

A definição presente na nossa lei atual é semelhante à constante da Diretiva 2011/93/UE (art. 2º, al. c))³⁰, segundo a qual se entende por pornografia infantil “i. materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais;” e ainda à definição que consta da Convenção de Lanzarote, segundo a qual, para os fins do art. 20º, se designa como “pornografia de menores” “todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamento sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais.” (nº 2 do referido art. 20º).

Segundo MOURAZ LOPES e CAIADO, na atual definição prevista no nº 8 está presente um conceito amplo de material pornográfico, estando em causa o “suporte, físico,

²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24 de abril de 2018 (Nº de processo: 364/12.3JALRA.C2).

³⁰ Seguindo o raciocínio de Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 253.

ou digital, onde conste a representação (real ou realista) de cariz sexual de menores, em atividades sexuais efetivas, e concretizadas, ou, em que se simula as mesmas, em que apareçam órgãos sexuais, ou representação realista dos mesmos, ou outras partes dos corpos dos menores (que não os órgãos sexuais, mas que possam ser associados a comportamentos sexuais ou a satisfação de desejos sexuais dos consumidores de pornografia infantil), finalisticamente orientados para o prazer sexual ou prossecução de instintos sexuais, excluindo-se do conceito outros fins, como seja de cariz médico, científico, artístico ou de investigação criminal, por exemplo.”³¹.

Também foi eliminada do nº6 a menção de uma idade específica do menor, alargando-se, portanto, a proteção a todos os menores de 18 anos, e não só aos menores de 16 anos, como anteriormente. Por fim, houve um acréscimo ao elenco de modalidades de ação adicionando-se “disponibilizar” à al. c) do nº 1, a de “alojar” à al. d) do mesmo número e a de “disponibilizar” ao nº 6.

3.2 O tipo objetivo

Não se exige que o agente seja maior de idade, ou seja, pode ser agente do crime de pornografia de menores qualquer pessoa desde que tenha mais de 16 anos de idade (art. 19º do CP). Por outro lado, a vítima terá de ser menor de 18 anos de idade, já que a lei apenas faz referência à palavra “menor”, sem fazer qualquer referência a quaisquer outros limites etários. Em alguns ordenamentos jurídicos europeus, nomeadamente no alemão, há uma autonomização das incriminações com base na idade da vítima – há um crime de pornografia infantil e um crime de pornografia juvenil, sendo este último punido com uma pena menos grave³². Já entre nós apenas há uma distinção para efeitos de agravação – quanto ao nº 1 do art. 176º, as penas são agravadas em 1/3 ou em metade nos seus limites mínimos e máximos quando forem praticados na presença ou contra vítima menor de 16 ou 14 anos respetivamente.

No art. 176º podemos falar de dois tipos de relação entre o agente e o menor: uma relação direta e uma relação indireta³³. Na relação direta há uma interação entre o agente e

³¹ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 254.

³² Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (2019) op. cit. p. 242.

³³ Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (2019) op. cit. p. 243 e ainda Antunes, M. J., & Santos, C. (2012). “Art. 176º”. Em *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial* (2º ed., pp. 878-886). Coimbra: Coimbra Editora. p. 881 e Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 253-255 operam uma distinção semelhante, distinguindo entre utilização direta e utilização indireta do menor.

a vítima, como é o caso das als. a) e b) do nº 1 – a utilização de menor em espetáculo pornográfico ou o seu aliciamento para esse fim ou a utilização de menor em fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do suporte ou o aliciamento do mesmo para esse fim, respetivamente - é o próprio agente quem utiliza a vítima menor para a produção deste tipo de materiais. Já nos casos de relação indireta, o agente não interage de forma imediata com o menor – são os casos das als. c) e d) do nº1, e ainda os casos dos nºs 4, 5 e 6, onde estão presentes os casos de produção e distribuição do material pornográfico, parecendo estar presente uma intenção de evitar ao máximo a disseminação deste material de forma a não causar mais danos ao menor nele representado.

Tendo estes tipos de relações ou formas de utilização em conta, importa olhar para as várias modalidades típicas presentes neste preceito.

No que toca às alíneas a) e b) temos a chamada “utilização direta”. Aqui o menor tem uma interação sem intermédios com o agente, sendo utilizado ou aliciado por ele para participar em espetáculo ou material pornográfico. O agente estará a aliciar o menor quando fizer esforços para convencer o menor a participar em material pornográfico, podendo estar em causa, por exemplo, promessas de bens ou dinheiro, mas também táticas de sedução³⁴.

Já nos casos das als. c) e d) do nº 1, mas ainda os casos dos nºs 4, 5 e 6, não há relação direta entre o agente e o menor.

Na al. c) está em causa a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência ou disponibilização a qualquer título ou por qualquer meio de fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte. Aqui há uma intenção da punição da difusão do material, englobando, ainda, a punição de quem o produz, “abarcando quaisquer meios pelo qual o material pornográfico fica disponível para ser usado”³⁵. A ação é punida independentemente do suporte efetivo do material em causa, podendo, portanto, estar em causa meios audiovisuais, fotografias físicas ou virtuais, publicações escritas, vídeos ou fotografias encontradas na internet, etc, abrangendo o já referido *sexting*³⁶.

³⁴ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 254.

³⁵ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 255.

³⁶ Neste sentido, Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 256.

Quanto à al. d), é punida a aquisição, detenção ou alojamento destes materiais com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder. Neste caso, o legislador vai mais longe, punindo a conduta de quem detém estes materiais com a especial intenção de os distribuir – estará em causa uma tática antecipatória, que pune o agente através da al. d) antes de ele sequer preencher a conduta descrita na al. c). Estamos, portanto, perante um delito de intenção, sem a qual o agente não será punido a este título – a este propósito, MOURAZ LOPES e CAIADO MILHEIRO falam de programas de partilhas de ficheiros como o P2P que torna possível a partilha de ficheiros entre vários utilizadores do servidor³⁷, tal como é o caso da *Dropbox*. Poderemos, ainda, apontar as situações cada vez mais ocorrentes de casos em que um grupo de pessoas forma uma conversa de grupo nas redes sociais com a intenção de partilhar fotografias ou vídeos de cariz sexual de parceiros que podem ou não ter conhecimento do ocorrido.

Quanto ao nº 4, estamos perante uma forma privilegiada do crime de pornografia de menores, indo a pena de prisão até dois anos. Aqui há uma punição da produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência ou disponibilização a qualquer título ou por qualquer meio, bem como a aquisição, detenção ou alojamento com o propósito de distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência de fotografia, filme ou gravação pornográfica independentemente do seu suporte que contenha “representação realista de menor”. Este conceito já gerou variada discussão, tanto entre nós como noutros ordenamentos jurídicos, e será um tópico a abordar posteriormente.

No nº 5, temos novamente uma forma privilegiada deste tipo de crime, sendo o agente punido com pena de prisão até 2 anos. Estamos perante um crime de detenção, perante a punição da mera posse de fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte. Segundo MOURAZ LOPES e CAIADO MILHEIRO, haveria uma dificuldade quanto à investigação do crime de pornografia de menores anteriormente à reforma de 2007, já que era difícil provar que o agente detinha os materiais com a intenção específica requerida pela lei³⁸. Apesar de esta incriminação resultar de compromissos internacionais assumidos por Portugal decorrentes do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia

³⁷ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 257.

³⁸ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 261.

e ainda da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, a criminalização da mera detenção foi, também, origem de discussão doutrinal entre nós, questionando-se se seria legítimo punir quem simplesmente está em situação de posse do material em causa.

O nº 6 foi adicionado pela Lei nº 103/2015 de 24 de agosto e posteriormente alterado pela Lei 40/2020, passando a punir-se o agente que, presencialmente ou através de sistema informático ou por qualquer outro meio, sendo maior, assistir, facilitar ou disponibilizar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores. Para efeitos deste artigo, devemos atender à definição de “espetáculo pornográfico” presente na Diretiva 2011/93/UE na al. e) do art. 2º, sendo, a exibição ao vivo, destinada a um público, inclusive com recurso às tecnologias da informação e da comunicação de: i) crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais;”. Neste caso, ao contrário de o que acontece nas outras modalidades de ação deste tipo legal, o agente será maior de idade. Já a vítima será sempre menor de idade, apesar de não ter de estar representados somente menores no espetáculo pornográfico. Aqui estão em causa situações de visionamento presencial ou através de sistema informático³⁹, abrangendo gravações disponíveis online, mas também *streams*, em que o acontecimento é “em direto”, e ainda situações em que os espetáculo é “ao vivo”.

Neste artigo também estão presentes formas agravadas do crime, nomeadamente, a conduta de quem pratica os atos das várias alíneas do nº 1 com intenção lucrativa ou profissionalmente (nº 2), e a conduta de quem utiliza menor em espetáculo pornográfico ou em fotografia, filme ou gravação pornográfica recorrendo a violência ou ameaça grave (nº 3), constituindo a medida da pena abstrata em pena de prisão de 1 a 8 anos. A mera detenção e o visionamento ou facilitação ou disponibilização de acesso a espetáculo pornográfico que envolva a participação de menores é também agravada quando o agente pratica estes atos com intenção lucrativa (nº 7).

Por fim, no art. 177º temos mais circunstâncias agravantes. O nº 1 agrava a pena de todas as condutas do art. 176º em um terço nos limites mínimo e máximo quando a vítima é ascendente, descendente, adotante, adotado, parente ou afim até ao segundo grau do agente, ou se encontrar numa relação familiar, de coabitação, de tutela ou curatela ou de dependência

³⁹ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 264.

hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação, e ainda quando a vítima é uma pessoa particularmente vulnerável em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez (als. a), b) e c) do nº 1). A pena relativa às condutas tipificadas nos nºs 1 e 2 é, também, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo quando o crime é cometido conjuntamente por duas ou mais pessoas (nº 4). Quando o menor utilizado em espetáculo pornográfico ou aliciado a tal é menor de 16 anos ou menor de 14 anos, a pena é agravada de um terço ou em metade, respetivamente, nos seus limites mínimo e máximo (nºs 6 e 7).

3.3 O tipo subjetivo

Estamos perante um crime doloso, sendo o dolo exigido relativamente à totalidade dos elementos do tipo objetivo de ilícito e podendo surgir como dolo direto, dolo indireto ou dolo eventual.

Quanto à al. d) do nº 1 temos um crime que exige, para além do dolo, um outro elemento subjetivo. É um crime de resultado cortado⁴⁰, já que estamos perante um delito de intenção, onde é necessária uma intenção específica do agente, neste caso a de “distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder” os materiais pornográficos adquiridos, detidos ou alojados, sem ser exigida a efetiva produção do resultado⁴¹.

Antes de 2015 havia uma distinção clara entre esta alínea e a punição da mera detenção deste tipo de materiais, já que na al. d) está presente uma intenção específica de partilha. A partir de 2015 foi acrescentada à mera detenção um novo elemento subjetivo, a intenção de adquirir, deter, aceder, obter ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio – há aqui um novo delito de intenção. Consideramos que a diferença residirá no facto de o que se pune efetivamente na al. d) ser uma intenção de divulgação, enquanto no atual nº 5 haverá uma intenção de clarificação e afastamento da punição por uma detenção accidental deste material. Assim, por exemplo, não será punida uma pessoa que acidentalmente adquire este material através de um *download* automático quando acede a uma página na internet, ou quem acede a um *stream* sem saber que tal material está a ser reproduzido⁴².

⁴⁰ Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (2019) op. cit. p. 245.

⁴¹ No mesmo sentido, Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 200.

⁴² Neste sentido, Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 264.

3.4 O bem jurídico

O bem jurídico presente neste tipo legal será, em princípio, a liberdade e autodeterminação sexual dos menores. No entanto, é controversa a questão de saber se é efetivamente este o bem jurídico presente em todas as modalidades de ação nos vários números deste artigo. Apenas é possível oferecer uma resposta a esta questão se procedermos a uma análise destas várias condutas.

3.4.1 As condutas das alíneas a) e b) do nº 1

Como visto *supra*, nas condutas tipificadas nestas alíneas está presente uma relação direta entre o agente e a vítima, estando, portanto, em causa, efetivamente, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual dos menores utilizados ou aliciados. Efetivamente, aqui o menor é utilizado no espetáculo ou material pornográfico, estando em causa uma conduta que caberia nas modalidades de ação dos arts. 171º e 173º se não estivesse em causa a componente pornográfica, ou seja, se não houvesse um intuito de produzir ou disponibilizar conteúdo para satisfazer instintos sexuais alheios. Estes materiais prejudicam “(...) a formação e o desenvolvimento da personalidade integral, incluindo a sexualidade do próprio menor – componente essencial da personalidade da pessoa humana -, mas também coloca em perigo, ainda que abstrato, o bem-estar e o desenvolvimento harmonioso das crianças em geral, do coletivo que está na idade da infância e da juventude, e que a sociedade entende ser igualmente importante e do interesse geral proteger.”⁴³.

A vítima, nestes casos, é qualquer menor, incluindo menores com mais de 16 anos. Esta extensão é de questionar, já que, tendo o menor adquirido, já, autonomia sexual e capacidade para consentir (nos termos do art. 38º), porque não poderá ele mesmo decidir participar em conteúdo pornográfico? Esta extensão será, portanto, excessiva, apesar da já mencionada agravação quando o menor em causa tem menos de 16 ou 14 anos de idade (nºs 6 e 7 do art. 177º).

3.4.2 As condutas das alíneas c) e d) do nº 1 e nºs 3, 5 e 6

A questão do bem jurídico no que toca às condutas em que não há relação direta entre o agente e o menor é mais complexa. Efetivamente, aqui, a violação do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de menores ocorre através da conduta de terceiro, sendo

⁴³ Acórdão STJ de 19 de fevereiro de 2020 (Nº de processo: 4883/15.1TDLSB.L1.S1).

o agente punido pela propagação e difusão de material pornográfico onde estão presentes menores. Por isso, põe-se a questão de saber se, nestes vários números e alíneas do art. 176º, o bem jurídico em causa é efetivamente a liberdade e autodeterminação sexual ou não.

COSTA ANDRADE considera que, no capítulo dos crimes sexuais, estamos perante “impulsos de paternalismo e fundamentalismo moralista”, verificando-se “soluções extremadas de criminalização de comportamentos que, só de longínqua e desproporcionada – e, como tais desprovidos de dignidade penal – se podem ainda associar à proteção da liberdade e da autodeterminação sexual de menores” – como exemplo desta última afirmação, o autor aponta a mera detenção de materiais de pornografia de menores.⁴⁴

Parte da doutrina considera que o que está em causa, na verdade, é, não uma violação direta do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de menores, mas antes, a criminalização do comércio de material pornográfico⁴⁵, estando em causa uma intenção de “travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual de crianças, elas sim violadoras de bens jurídicos pessoais.”⁴⁶, consistindo tal criminalização na “(...) tutela de um interesse demasiado longínquo e indeterminado para que ele possa constituir verdadeiramente um bem jurídico penal.”⁴⁷.

Já ANA RITA ALFAIATE⁴⁸ considera que está em causa o bem jurídico da infância e juventude, havendo uma preocupação por parte do legislador de evitar a proliferação de materiais que “coisificam o menor e o reduzem a objecto sexual”, que não será motivo suficiente para sacrificar a liberdade sexual do menor na sua vertente positiva, devendo haver uma graduação da proteção dessa bem jurídico supra-individual de acordo com a conduta efetivamente praticada e em função da idade. A autora considera que a via mais adequada para a proteção deste bem jurídico seria a proibição contraordenacional quando o menor

⁴⁴ Costa Andrade, M. d. (2009). *Bruscamente no Verão passado*, a reforma do Código de Processo Penal - observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora. p. 34

⁴⁵ Neste sentido, Figueiredo Dias, J. d. (1999). “Art. 172º”. Em *Comentário Conimbricense ao Código Penal - Parte Especial* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora. p. 542, sendo esta ideia ecoada posteriormente nas pp. 547-548.; Antunes, M. J., & Santos, C. (2012) op. cit. p. 880, Rodrigues, A. P. (2011). “Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital”. *Revista do CEJ* (15), p. 271; Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (2019) op. cit. p. 253 e 254.

⁴⁶ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 255.

⁴⁷ Figueiredo Dias, J. d. (1999). Art. 172º op. cit. p. 542.

⁴⁸ Alfaiate, A. R. (2009) op. cit p. 112-115.

tiver idade igual ou superior a 14 anos (art. 172º do CP), já que, abaixo deste limite, requer-se uma proteção absoluta.

Apesar destas considerações, há vários argumentos a favor da incriminação destas condutas, nomeadamente, a favor da mera detenção (nº5), que veremos posteriormente quanto à incriminação das várias condutas relacionadas com a representação realista de menores (nº 4). PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA consideram que a mera detenção surge como uma forma de atingir repressivamente o detentor sem necessidade de demonstrar que ele é o efetivo agente da lesão, considerando que não pode haver um apelo a um bem jurídico individual, como o é a liberdade e autodeterminação sexual, e sendo, antes, adequado, recorrer à dignidade humana, referida a um conjunto de pessoas, neste caso os menores, e não a uma pessoa em concreto⁴⁹. Já MARIA JOÃO ANTUNES e SUSANA AIRES DE SOUSA, consideram que os crimes de detenção são um fruto da tendência de expansão do direito penal, estando em causa uma forma de tutela antecipada, ou seja, antecipam estados de lesão ou colocação em perigo iminente de bens jurídicos, podendo estar em causa uma “ficção de perigo, expandindo excessivamente a intervenção penal.”⁵⁰.

Verdadeiramente, as modalidades de ação presentes nos vários números e alíneas enunciados não constituem violações diretas do bem jurídico que se pretende tutelar por este artigo. Apesar de a conduta do agente ser algo com a qual a generalidade das pessoas não compactuaria, tal sentimento não justifica a criminalização. Como sabemos, o bem jurídico é um “padrão crítico da legislação”, correspondendo às condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade⁵¹. Assim, só a proteção de um certo bem jurídico poderá justificar a criminalização de uma certa conduta que o viole, e não um qualquer conceito moral ou de aceitação pela generalidade das pessoas.

Estas considerações não significam, no entanto, que nada se protege através da criminalização destas condutas. Verdadeiramente parece estar em causa uma intenção de travar a proliferação e oferta destes materiais, travando, ainda, a sua produção – esta ideia

⁴⁹ Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 210.

⁵⁰ Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (2019) op. cit. p. 246 e 247.

⁵¹ Roxin, C. (janeiro-março de 2013). “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 23(1), pp. 7-43.

está, aliás, presente tanto na Decisão-Quadro 2004/68/JAI como na Diretiva 2011/92/UE, que a veio a substituir. Não podemos, no entanto, ficar por aqui. O que está verdadeiramente em causa é a tutela dos menores vítimas destes crimes, que serão gravemente prejudicados, quer socialmente, quer psicologicamente, pela propagação dos materiais resultados da violação da sua liberdade e autodeterminação sexual. Assim, estamos perante uma intenção de proteger a dignidade do menor na esfera sexual, de evitar as repercussões que o menor pode ter sofrido por ter participado, voluntariamente ou não, na produção do material pornográfico⁵².

3.4.3 O bem jurídico na representação realista de menor (nº 4)

3.4.3.1 O que se entende por “representação realista de menor”

Este tipo de crime foi introduzido, entre nós, através da revisão de 2007, pela Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, sendo fruto da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de dezembro de 2003 relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Segundo a alínea b) do art. 1º da Decisão-Quadro, entende-se por pornografia infantil “qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas, ou ii) pessoas reais com aspecto de crianças envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos, ou iii) imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos,”. Já a Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que veio substituir a referida Decisão-Quadro, entende por “pornografia infantil” “imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais;” (subalínea iv) da alínea c) do art. 1º).

Quando falamos em “representação realista de menor” está presente a ideia de que não está envolvido um menor “real”, ou seja, não é efetivamente uma pessoa menor de 18 anos quem aparece no material pornográfico. Em geral, entende-se que estão aqui abrangidas as instâncias de “pseudopornografia aparente”, onde estão em causa adultos que aparentam

⁵² Neste sentido, Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 255.

ser menores, e “pseudopornografia virtual”, onde os menores em causa são uma pura criação tecnológica, quer parcial (pornografia virtual parcial), quer totalmente (pornografia virtual total)⁵³. Nos casos de pornografia virtual parcial, estarão em causa menores reais, já que serão os casos em que se juntam imagens geradas virtualmente e imagens de menores reais – são os casos de *morphing*.

Podemos também apontar os casos de *deep fake*, ou seja, um vídeo de uma pessoa em que a sua cara ou corpo foi digitalmente alterada de forma a fazê-los passar por outra pessoa, tipicamente utilizado de forma maliciosa ou de forma a propagar informações falsas⁵⁴. Nestes casos, é utilizado um *software* de inteligência artificial que aprende a executar uma certa tarefa, neste caso, a manipulação de um vídeo de forma a alinhar a cara da vítima com o vídeo original onde esta não está presente. A utilização deste tipo de inteligência artificial, denominado “*deep learning*”, para fins pornográficos começou numa comunidade da rede social *Reddit*, onde esta tecnologia era utilizada para criar pornografia falsa de figuras públicas, mas acabou por evoluir para imagens de amigos ou colegas de quem produzia este conteúdo, surgindo, até aplicações e tutoriais *online* que tornam esta tecnologia acessível a quase qualquer pessoa⁵⁵. Apesar de, em geral, as preocupações à volta desta tecnologia, no que diz respeito à pornografia, se centrarem na objectificação de mulheres ou em *revenge porn*, não é difícil perceber como ela se torna um problema no que toca à pornografia de menores, especialmente quando há cada vez mais informação e imagens das pessoas disponível nas redes sociais⁵⁶.

3.4.3.2 A controvérsia quanto à incriminação

A introdução desta modalidade típica não é consensual, tanto em Portugal, como em outros ordenamentos jurídicos, como são os exemplos dos Estados Unidos da América, Itália e Espanha. Prosseguiremos a uma breve análise destes ordenamentos, antes de passar a uma exposição das várias posições presentes entre nós.

⁵³ Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 214.

⁵⁴ Tradução de *Oxford English Dictionary*: “A video of a person in which their face or body has been digitally altered so that they appear to be someone else, typically used maliciously or to spread false information.”

⁵⁵ Para mais sobre *deep fakes*, em geral, Harris, D. (2019). “Deepfakes: false pornography is here and the law cannot protect you”. *Duke Law & Technology Review*, 17, pp. 99-127.

⁵⁶ Para mais sobre a tecnologia dos *deep fakes* quanto à pornografia infantil, Ratner, C. (abril de 2021). “When “Sweetie” is not so Sweet: Artificial Intelligence and its Implications for Child Pornography”. *Family Court Review: an interdisciplinary journal*, pp. 386-401.

a) Estados Unidos da América

A decisão *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (2002) declarou inconstitucional uma norma do *Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA)*. Consideramos esta decisão pioneira no tópico em mãos, sendo, portanto, de interesse expô-la, ainda que de forma breve.

Este diploma expandiu a proibição federal da pornografia infantil que não inclui somente imagens pornográficas com crianças “reais”, mas também qualquer representação visual, incluindo fotografias, filmes, vídeos, computador ou imagens geradas por computadores, de menores ou de algo ou alguém que aparente ser menor a participar em conteúdo sexualmente explícito, e ainda qualquer imagem sexualmente explícita que seja publicitada, promovida, apresentada, descrita ou distribuída de forma a comunicar tal impressão e retrate um menor a participar em conteúdo sexualmente explícito – a “*virtual child pornography*”, em que estão presentes menores produzidos sem a utilização de crianças reais, como é o caso de adultos que pareçam crianças e imagens geradas por computadores⁵⁷. A norma em causa proibia a reprodução, distribuição, venda, recebimento ou posse consciente de imagens que se enquadrem na definição legislativa de pornografia de menores, por estar em causa uma redução substancial da liberdade de expressão legítima, considerando, quanto ao argumento do Governo norte-americano de que tais imagens com menores virtuais podem levar a instâncias de real abuso de menores, que onexo causal seria contingente e indireto, já que o “mal” dependerá de um potencial não quantificado para atos de natureza criminal subsequentes, não sendo essa mera tendência razão suficiente para haver uma proibição. A *Supreme Court* descartou, ainda, o argumento segundo o qual a pornografia virtual incentiva pessoas com pedofilia a participar em condutas contrárias à lei, já que a mera tendência de o *speech* encorajar atos ilegais não é uma razão suficiente para o banir.

b) Itália

GIOVANNI COCCO⁵⁸ foi um dos autores que participou na controvérsia que se instalou em Itália à volta desta incriminação. Este autor considera que há uma preocupante extensão da incriminação da pornografia de menores a hipóteses em que se retrata ou

⁵⁷ Caso disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/case.pdf>, último acesso a 5 de maio de 2023.

⁵⁸ Cocco, G. (julho-setembro de 2006). “Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?” *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*(3), pp. 867-890.

representa uma pessoa real que aparente ser uma criança ou imagens realistas de uma criança inexistente. Enquanto o projeto de lei do governo italiano justifica a incriminação como sendo uma forma de prevenção e repressão da pornografia infantil, considerando que mesmo as imagens virtuais de menores parecem contribuir para tal fenómeno, induzindo efeitos criminógenos em quem consome tal material, este autor considera que a pornografia infantil virtual e aparente deverá ser excluída de qualquer sanção por não se perigoso para o que se está a proteger, e também por que poderá haver um efeito positivo para as vítimas “de carne e osso”, descartando o argumento de quem considera que a pornografia infantil poderá ter o efeito inverso, ou seja, servir de incentivo a pessoas com impulsos pedófilos a agir sobre eles.

Quanto à pornografia de menores aparente COCCO considera que, em última análise, estará em causa uma mera censura moral, que não toma em consideração o que realmente se está a proteger, ou seja, os menores reais, de carne e osso, que, para o autor, serão o único bem que justificará uma proteção criminal tão ampla, e não um qualquer princípio moral. Estes materiais constituem liberdade de pensamento, ainda que vicioso, e, como tal, não podem ser sancionados criminalmente se não na medida necessária para a proteção dos menores, e de acordo com os direitos invioláveis do cidadão.

c) Espanha

No ordenamento jurídico espanhol, tínhamos uma solução legal diferente da adotada entre nós, sendo somente punido quem produz, vende, distribuí, exhibe ou facilita, por qualquer meio, material pornográfico em que, não tendo sido utilizado diretamente menores ou incapazes, se empregue a sua voz ou imagem alterada ou modificada (nº 7 do art. 189º do Código Penal Espanhol, na versão da Lei nº 15/2003 de 25 de novembro).

No entanto, a reforma de 2015, através da Lei nº 1/2015, no que toca aos crimes sexuais, surge de uma necessidade de transpor a Diretiva 2011/93/UE, sendo introduzida uma definição legal de pornografia infantil, onde é incluída a pornografia de menores virtual (nº 1 do art. 189º do Código Penal Espanhol⁵⁹, onde se inclui, agora, a imagens realistas de menor a participar em condutas sexualmente explícitas ou imagens realistas de órgãos sexuais de um menor com fins predominantemente sexuais (al. d)), e ainda, a representação

⁵⁹ Sanchis, F. d. (2016). “Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España.” *JULGAR* (28), p. 260.

de forma visual de pessoa que pareça ser menor a participar numa conduta sexualmente explícita, real ou simulada, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de pessoa que pareça ser menor com fins predominantemente sexuais, salvo o caso em que essa pessoa tenha efetivamente 18 ou mais anos de idade no momento da captação das imagens (al. c)).

d) Portugal

Entre nós é posta a questão de saber qual é o bem jurídico presente não só na incriminação da “representação realista de menores”, como também em várias outras condutas do art. 176º.

MOURAZ LOPES e CAIADO MILHEIRO⁶⁰ consideram que há uma “dificuldade em perceber o que está na origem dessa imposição de criminalização”, no que diz respeito às obrigações de criminalização decorrentes da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, não sendo identificável “(...) qual o bem jurídico que se quer tutelar, sendo claro que não é, de todo, a liberdade ou autodeterminação sexual que está em causa porquanto, no caso nem sequer menores ou outras pessoas aparentando ser menores existem.”. Assim, os autores consideram que está em causa uma censura moral, que acaba por impor restrições à liberdade de criação artística, já que não será porque uma forma artística possa ser considerada chocante que tal poderá consubstanciar ilicitude.

PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA consideram que se há uma intenção de destruir o mercado de proliferação de imagens pornográficas onde estão presentes menores, a possibilidade de criação de imagens de tal forma realistas que se confundam com a realidade deveria ser um aspeto positivo, já que “(...) poucos arriscariam lesar verdadeiros menores e sujeitar-se às correspondentes penas quando por meios não puníveis (e não danosos) alcançariam os mesmos fins lucrativos”⁶¹. É, também, apontada uma utilização errónea dos meios judiciais para a perseguição de uma pornografia que não constituem, verdadeiramente, um abuso a menores. Já sobre a pornografia virtual total e aparente, estes autores consideram que o aparente apelo à dignidade dos menores será somente uma forma de “mascarar” uma intenção moralizante do legislador, acabando por proteger valores em si mesmos em vez da lesão de uma pessoa⁶². Já quanto à pornografia

⁶⁰ Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021) op. cit p. 258-261.

⁶¹ Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 216.

⁶² Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 217.

virtual parcial, estarão em causa verdadeiros menores, havendo um “(...) potencial lesante das condições de desenvolvimento do menor reconhecido/reconhecível, nos planos psicológico e relacional.”, justificando-se, por isso, esta incriminação⁶³.

ANA RITA ALFAIATE considera que aqui há uma intenção de proteger a moral, o que aponta para uma descriminalização da conduta, já que não haverá “(...) qualquer possibilidade de recondução de ofensa a um bem jurídico pessoal, muito menos a liberdade sexual.”⁶⁴.

Antes da entrada em vigor da Decisão-Quadro, VERA RAPOSO criticava as versões mais primitivas deste tipo legal, considerando que implicaria “(...) um retrocesso para o ordenamento jurídico-penal português. Pois se o Código Penal for alterado em conformidade com a decisão-quadro serão incluídas proibições que dificilmente encontram assento no bem jurídico ‘liberdade sexual’”⁶⁵.

Desde cedo, MARIA JOÃO ANTUNES⁶⁶ criticou o alargamento da idade da vítima de crimes sexuais para os 18 anos, considerando que estando as incriminações que abrangem menores de 14 a 18 anos de idade não estão entendidas na presunção da qual partiu o legislador de 1995, ou seja, a presunção de que até aos 14 anos de idade, a prática de atos sexuais com menor, em menor ou por menor prejudica o desenvolvimento global deste, de forma a justificar uma proteção jurídico-penal absoluta. Estando de fora desta presunção, estas incriminações estariam para além da liberdade e da autodeterminação sexual das crianças, com a consequência de não deverem estar compreendidas na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual do CP. Neste sentido, houve propostas de alteração do código penal, a Proposta do Governo de 24 de junho de 2004 (36/Prop/2004), aprovada em Conselho de Ministros, e a Proposta de lei nº 149/IX, onde está presente a proposta da autonomização do crime de pornografia de menores, inserido, no entanto, numa nova secção intitulada “Crimes contra a proteção devida aos menores”, do Capítulo I, denominado, por sua vez, “Dos crimes contra a família, a protecção devida aos menores, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos.”.

⁶³ Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 218-219.

⁶⁴ Alfaiate, A. R. (2009) op. cit p. 120-123.

⁶⁵ Raposo, V. L. (2003). “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”. Em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 953.

⁶⁶ Antunes, M. J. (2005) op. cit p. 57-71.

Já em comentário ao art. 176º, MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS consideram que no então nº 3 havia uma “tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor “de carne e osso” para se poder afirmar que é este o bem jurídico individual protegido pela incriminação”⁶⁷.

Já, do outro lado da discussão, PEDRO VAZ PATTO⁶⁸ considera que podemos falar de danosidade social quanto à pornografia de menores virtual por não ser, aí, utilizado qualquer menor, sustentando tal tese em vários argumentos, nomeadamente a dificuldade que poderá surgir em distinguir representações realistas de crianças reais devido ao aperfeiçoamento tecnológico; o suposto perigo de tal material acabar por estimular e facilitar a prática de crimes sexuais contra menores; e o princípio da precaução.

A favor desta incriminação há, ainda, vários argumentos, sendo estes também utilizados para fundamentar a criminalização da mera detenção de pornografia de menores (atual nº 5 do art. 176º)⁶⁹:

O primeiro destes argumentos é a resolução de problemas processuais substantivos, já que seria difícil fazer prova do elemento subjetivo adicional presente na al. d) do nº 1 do art. 176º, ou seja, a intenção de divulgação do material pornográfico, ou, ainda, ultrapassar as dificuldades em provar que o material pornográfico em apreço tem ou não imagens reais de menores reais ou a idade das pessoas nele envolvidas⁷⁰. Este argumento não será aceitável, já que o legislador não tem legitimidade para criar tipos de crime com base numa mera ultrapassagem de dificuldades do campo probatório, numa conveniência que tal incriminação trataria para a investigação. Com base neste argumento, o legislador estaria, inclusive, a ignorar princípios estruturantes de um Estado de Direito Democrático, como o princípio da culpa, já que o agente seria punido por uma possibilidade de estarem envolvidos

⁶⁷ Antunes, M. J., & Santos, C. (2012) op. cit. p. 880.

⁶⁸ Patto, P. V. (2010). “Pornografia infantil virtual”. *JULGAR*(12), pp. 183-194.

⁶⁹ Seguiremos, adiante, o raciocínio de Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). pp. 199-214.

⁷⁰ Leite, I. F. (2012). A tutela penal da liberdade sexual. Obtido de: https://www.academia.edu/40857540/A_TUTELA_PENAL_DA_LIBERDADE_SEXUAL p. 18 utiliza precisamente este argumento como uma razão para manter a criminalização da representação realista de menores, apontando a dificuldade de prova da idade dos intervenientes no material pornográfico e a possibilidade de invocação do princípio *in dubio pro reo* quando não se prove a idade dos visados, admitindo, no entanto, que tal razão não é suficiente para justificar uma restrição à liberdade de criação artística e à liberdade de expressão sexual no plano jurídico-constitucional.

menores no material, ainda que não estejam efetivamente, entrando no chamado “direito penal da suspeita”⁷¹.

Um segundo argumento será o perigo de os materiais constituírem estímulo para passar à execução de atos lesivos da liberdade e autodeterminação sexual de menores em concreto. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO MENDES LIMA recusam este argumento com base na sua falta de fundamento empírico-científico válido, não havendo estudos de natureza científica que demonstrem uma ligação entre a exposição a pornografia de menores e a violência sexual⁷². Apontamos, nomeadamente, o estudo ordenado pelo governo dos EUA à *United States Commission on Obscenity and Pornography* em 1970, no seguimento da decisão da *Supreme Court* no caso *Stanley v. Georgia*, que teve como objeto a relação entre a pornografia e a sexualidade em geral, em particular, a ligação causal entre a exposição a material pornográfico e a violência sexual. Neste estudo é feita uma comparação entre as percentagens de ofensas sexuais em certas áreas do país com a quantidade de revistas pornográficas em distribuição nessas mesmas áreas, não se concluindo por qualquer resultado que prove uma ligação entre a violência sexual e o consumo de pornográfica, sendo a diferença entre os níveis de exposição a pornografia de quem foi condenado por crimes de cariz sexual e a população geral insignificativa⁷³.

Há quem aponte como contra-argumento o efeito catártico que pode provir da mera posse e consumo de material pornográfico, sendo possível uma descarga de tensões reprimidas por uma pessoa com impulsos de natureza pedófila, havendo um sentimento de alívio. Apesar de considerarmos que este argumento será questionável quando está em causa material proveniente de verdadeiras lesões contra verdadeiros menores, tal hesitação não se aplicará quanto ao efeito catártico que poderá surgir para um agente com estas características que consome material pornográfico de menores virtual total ou material pornográfico de menores aparente. Nestes casos, será preferível permitir ao agente a tal descarga de tensões

⁷¹ Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 201.

⁷² Neste sentido, Valverde, P. E. (2006). “El tipo de mera posesión de pornografia infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*(18), pp. 181 que aponta na maioria dos casos o normal em pessoas com a condição pedófila é não ir para além da fantasia

⁷³ Forza, A. (2007). “La pedopornografía: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza”. *Rivista Penale* (5), 481 e ss.

já que não estão em causa lesões contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores reais⁷⁴.

Um terceiro argumento é que o possuidor de material pornográfico de menores (quer real, quer virtual ou aparente), pode utilizá-lo como instrumento direto de aliciamento para os atos lesivos contra a liberdade e autodeterminação de menores em concreto. Quanto ao nº 4 em especial, INÊS FERREIRA LEITE⁷⁵, aponta precisamente este argumento como a razão decisiva para a manutenção desta incriminação, considerando, que a pornografia pratica um importante papel nos processos causais de diminuição das resistências do menor para a prática abusiva de atos sexuais (*grooming*). Apesar de, efetivamente, o possuidor poder utilizar este material como meio de sedução e facilitação da ultrapassagem de naturais inibições das vítimas, estamos perante uma mera possibilidade subjetiva de perigo, não sendo adequado recorrer ao princípio da precaução (como o faz, PEDRO VAZ PATTO⁷⁶). O agente que produza ou distribuía ou possua com intenção de distribuir estes tipos de materiais não poderá ser responsabilizado criminalmente por uma possibilidade de vir a praticar um ato lesivo ou pelo ato lesivo efetivamente praticado por outra pessoa que adquira o material e o utilize para este aliciamento. O agente aliciador deverá ser punido pelo próprio ato, de acordo com a al. b) do nº 1 do art. 176º do CP.

Um último argumento será o risco de difusão do material e subsequente utilização por terceiros para a comissão de delitos, estando presente a chamada *market deterrence theory*, ou seja, a ideia de que punir a detenção do material pornográfico de menores contribuirá para fazer cessar a procura deste tipo de conteúdo e, em última instância, a oferta, havendo uma supressão do abuso de menores. Apesar de a destruição deste mercado ser um benefício colateral, tal não poderá ser um fundamento material do ilícito, havendo uma presunção abusiva de que os terceiros serão potenciais agressores. Seguimos a posição de PEDRO SOARES DE ALBERGARIA e PEDRO LIMA⁷⁷, que consideram que a proibição da pornografia de menores será contraproducente ao objetivo último de eliminação do mercado de pornografia de menores, já que, sendo esse o objetivo, fará mais sentido tolerar

⁷⁴ No mesmo sentido, Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. p. 216 indicam a ideia de que o consumo de pornografia poderia funcionar como um “(...) mecanismo de contenção da violência sexual, mais cabendo “tolerá-lo” do que penalizá-lo.”, excluindo-a, no entanto, quanto à pornografia de menores real.

⁷⁵ Leite, I. F. (2012). op. cit. pp. 18 e 19.

⁷⁶ Patto, P. V. (2010). op. cit. pp. 192 e 194.

⁷⁷ Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). op. cit. pp. 215-216.

a existência de pornografia de menores que verdadeiramente não existem do que criminaliza-la com uma pena mais leve ao abrigo de um bem jurídico que só remotamente é efetivamente protegido pela incriminação.

3.4.3.3 Conclusão intermédia

Tudo visto, qual será o bem jurídico a proteger neste nº 4 do art. 176º?

Tanto na pornografia de menores virtual total como na pornografia de menores aparente não estão envolvidos quaisquer menores ou imagens de menores reais, não podendo, portanto, estar em causa a liberdade, quer na sua vertente positiva ou negativa, ou a autodeterminação sexual. Assim sendo, estará aqui em causa um outro bem jurídico ou um condenável retorno à tutela da moralidade geral?

A evolução legislativa já exposta no início deste trabalho demonstrou que um tal retorno será impensável. Todo o direito penal é direito penal do bem jurídico – este é um dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico (presente no art. 40º do CP e implícito, segundo FIGUEIREDO DIAS, no nº 2 do art. 18º da CRP), sendo a função do direito penal, num estado democrático pluralista e laico, a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, e já não a tutela de qualquer moral⁷⁸. Na mesma linha, ROXIN considera que a função do direito penal é “assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica, garantido todos os direitos jurídico-constitucionalmente estabelecidos, correspondendo o bem jurídico às condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, à realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”⁷⁹, e VERA RAPOSO vem a afirmar que “Os meros atentados à ordem moral não assumem por si só relevância jurídica e, por conseguinte, são impotentes para delinear o conceito material de crime.”⁸⁰. Assim, um crime baseado na tutela de concepções moralistas não terá um real fundamento e deverá ser alvo de alteração no sentido da descriminalização.

⁷⁸ Figueiredo Dias, J. d. (2009). “O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional: da doutrina penal da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”. Em *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa - Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora. pp. 31-46.

⁷⁹ Roxin, C. (janeiro-março de 2013). “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 23(1), p. 12.

⁸⁰ Raposo, V. L. (2003). pp. 932-933.

Devemos analisar as três formas de “representação realista de menores” para chegar a uma conclusão sobre se estará em causa um crime com base moral ou um outro bem jurídico.

Vejamos, primeiramente, a pornografia de menores virtual parcial, onde estão presentes imagens de menores reais editadas com imagens digitais. Podemos afirmar que está em causa a liberdade e autodeterminação sexual já que a produção e proliferação destas imagens porá em causa a liberdade de o menor retratado nas imagens consentir ou não na proliferação ou produção dessas imagens, bem como porá em causa o seu desenvolvimento sexual.

Já quanto à pornografia virtual total, não compreendemos como pode estar presente a tutela do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual ou um outro bem jurídico individual já que, também neste caso, não está presente qualquer menor ou sequer qualquer pessoa, mas antes uma imagem gerada de forma computacional ou digital que aparenta ser uma pessoa real. Já VERA RAPOSO antes da entrada em vigor da Decisão-Quadro 2004/68/JAI afirmava a incoerência em punir a “criminalização de expressões pornográficas que retratem figuras de crianças (banda desenhada, animação por computador)”⁸¹. Apesar de sabermos que não é qualquer representação de menores a visada pela lei, mas somente material que seja apto “(...) a convencer um observador médio (...) que pode tratar-se de um verdadeiro menor (...)”⁸², caso contrário, estando em causa qualquer representação de menor envolvido em atos sexuais, a incriminação estaria em conflito com a liberdade de criação artística (art. 42º CRP), abrangendo representações gráficas (banda desenhada, novelas gráficas, ilustrações, entre outros) e representações por atores (em filmes, em vídeos fictícios, séries televisivas, teatro, entre outros) (art. 42º da CRP), tal não impede a nossa concordância. A compatibilidade com a liberdade de expressão não será suficiente para justificar a incriminação de uma conduta que, verdadeiramente, não está diretamente a pôr em risco qualquer pessoa. Mesmo o já referido argumento segundo o qual este tipo de materiais pode ser utilizado para constranger ou aliciar efetivos menores a participar em pornografia de menores real, já visto *supra*, incorreriam num direito penal do autor ou na responsabilização de alguém pelas meramente possíveis ações futuras de outra pessoa,

⁸¹ Raposo, V. L. (2003). pp. 953.

⁸² Leite, I. F. (2012). op. cit. p. 19.

apesar de a sua conduta não ter qualquer conexão causal à conduta desta segunda pessoa, que seria verdadeiramente autora de um crime e punida à luz do nº 1 do art. 176º do CP. Acrescentamos, ainda, que apesar de ser verdade que um menor pode ser aliciado através de pornografia virtual total, tal não será o único meio para tal fim, não se compreendendo porque é que o legislador se limita a punir um único meio em especial se a sua intenção é evitar o aliciamento de menores. Aliás, não se compreende porque o legislador há-de punir a produção e distribuição de um dos objetos utilizado para aliciar e não se limita a punir o ato de aliciamento em si, como faz na al. b) do nº1 do art. 176º. Sabemos que não é somente a pornografia virtual total a utilizada para o aliciamento que se pretende evitar, como também, por exemplo, a pornografia onde apenas são retratados maiores de 18 anos. Estamos, assim, perante uma intenção de proteção da imagem de “criança” em geral, a ideia de que menores não podem estar envolvidos em atos de cariz sexual, mas sem proteger os menores em concreto, enquanto indivíduos e grupo de pessoas.

Já no caso da pornografia de menores aparente, estamos perante um material que retrata uma relação sexual entre adultos em que um ou mais consegue passar por uma pessoa menor de 18 anos. Partindo do princípio de os atos retratados forem validamente consentidos por todos os envolvidos, não se percebe como estará em causa a liberdade e autodeterminação sexual, não devendo haver qualquer intervenção a nível jurídico ou jurídico-criminal⁸³. A possibilidade de o conteúdo retratado ser chocante para a coletividade, que pode não conseguir distinguir um adulto com aparência jovem de uma pessoa verdadeiramente menor, não é fundamento suficiente para a criminalização de uma conduta, estando, aqui, verdadeiramente, em causa uma tutela de interesses de índole moral. O argumento de utilização para *grooming* não será válido pelas mesmas razões explicitadas *supra* para a pornografia virtual total, já que uma tal possibilidade de utilização não é suficiente para restringir a liberdade e autodeterminação sexual de maiores de 18 anos no que toca à sua participação consentida e informada em pornografia, quer aparentem ser menores de idade ou não.

⁸³ Citamos, novamente, Figueiredo Dias, J. d. (1999). “Nótula antes do art. 163º”. Em *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora. p. 442 que afirma que o Capítulo V da Parte Especial do Código Penal “(...) é dominado pela **proposição político-criminal** segundo a qual em caso algum constitui crime a actividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem.”.

Consideramos que, tanto no caso da pornografia virtual total, como no caso de pornografia de menores aparente, para além de ideias moralistas, estará em causa o já referido combate ao comércio de material pornográfico que envolva menores⁸⁴, parecendo, aliás, ter sido exatamente essa a lógica do legislador comunitário na Decisão-Quadro 2004/68/JAI e na Diretiva 2011/92/EU. Tal combate não é um bem jurídico em si, mas reconduzir-se-á ao bem jurídico da infância e juventude (arts. 69º e 70º CRP), havendo uma proibição constitucional de formas de abandono, discriminação e opressão que se refere a formas de violência psíquica e corporal e também à exploração económica e social dos menores⁸⁵.

O bem jurídico infância e juventude é um bem jurídico supra-individual, que decorre da aceção do bem jurídico enquanto meio, distinto da de bem jurídico enquanto fim. Neste último caso, o bem jurídico surge associado à tutela de interesses sociais e como forma de os proteger ou potenciar, enquanto no primeiro caso o bem jurídico acolhe interesses supra-individuais e surge vocacionado para a proteção instrumental dos interesses pessoais⁸⁶. Assim, o bem jurídico infância e juventude será um bem jurídico meio para o bem jurídico fim da liberdade e autodeterminação sexual, sendo o objetivo do Estado “(...) expurgar a sociedade de comportamentos que coisificam o menor (em geral) e o reduzem a objecto sexual (...)”⁸⁷.

Verdadeiramente, o que atrai as pessoas à procura destes materiais, quer virtuais, quer aparentes é o fator de um menor estar “presente”. Apesar de a produção e proliferação de pornografia virtual total e de pornografia de menores aparente não se poder confundir com a exploração económica e social de um menor, poderemos considerar que coincide efetivamente com a exploração da ideia de menores, ou seja, a exploração da infância e juventude em geral, sendo esse o bem jurídico que está presente nestes dois casos.

⁸⁴ Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (2019) op. cit. p. 253 e 254 e Figueiredo Dias, J. d. (1999). Art. 172º. op. cit. p. 542.

⁸⁵ Canotilho, J. G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I* (4ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora. p. 870.

⁸⁶ Alfaiate, A. R. (2009) op. cit pp. 98 e 99.

⁸⁷ Alfaiate, A. R. (2009) op. cit pp. 102.

4. A TENTATIVA IMPOSSÍVEL

“Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.” (nº 1 do art. 22º do CP). O Direito Penal pune a tentativa quando ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão (nº 1 do art. 23º do CP), salvo disposição em contrário, ou seja, o legislador pode decidir punir a tentativa de um crime cujo limite máximo da moldura penal não chega a 3 anos de prisão (é o caso do nº 4 do art. 176º (nº 9 do mesmo artigo)). O que legitima o Direito Penal a punir a conduta de quem, apesar de ter decidido cometer um crime, tal crime não se consumou? Há várias teorias que veem tentar dar uma resposta a esta questão⁸⁸.

Segundo as teorias objetivas, a tentativa é uma ação externa dirigida intencionalmente à realização do crime, já objetivamente perigosa. O fundamento da punição da tentativa será, neste caso, o perigo de consumação da realização típica, não sendo tida como relevante a decisão do agente de cometer o crime.

As teorias subjetivas fundamentam a punição da tentativa na vontade delituosa do agente, que viola uma norma proibitiva ou impositiva. Neste caso temos o oposto da primeira teoria, já que, aqui, não releva o perigo para o bem jurídico.

Estas duas teorias trazem vários problemas, quer por não irem de acordo com o elemento gramatical, já que é a própria lei quem exige a presença cumulativa de elementos objetivos e elementos subjetivos, quer por não oferecerem soluções satisfatórias a todas as problemáticas da figura da tentativa.

As teorias da impressão tentam fazer uma aproximação das duas teorias, introduzindo a ideia da dignidade penal do facto tentado, passando o fundamento a ser a vontade exteriormente manifestada em contrário da norma de comportamento. Segundo esta teoria, a tentativa será punível quando, segundo um juízo *ex ante*, seja adequada a pôr em causa a confiança da comunidade na vigência do ordenamento jurídico e frustrar as suas expectativas de segurança e paz jurídica.

⁸⁸Seguiremos a exposição de Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit pp. 807-812.

4.1 O fundamento de punição da tentativa impossível

A tentativa impossível (ou inidónea), como o nome o indica, não se irá, em qualquer caso, consumir, podendo, no entanto, argumentar-se que esse será o caso de todas as tentativas. Para as teorias objetivas, a diferença entre a tentativa e a tentativa impossível será de relevância, considerando que estas teorias baseiam a punição da tentativa no perigo da conduta. Já no caso das teorias subjetivas, que baseiam a punição da tentativa na vontade contrária ao direito do autor, esta distinção é irrelevante.

O que justifica, então, a punição de um ato que nunca se poderá consumir? Teremos de olhar para as teorias já mencionadas para encontrar uma resposta a esta questão.

4.1.1 As teorias objetivas

Como já vimos *supra*, as teorias objetivas dão protagonismo ao perigo de a conduta do agente vir a consumir o crime, descartando a vontade delituosa do mesmo. Estamos perante a doutrina tradicional, correspondente ao direito positivo⁸⁹, que terá as suas origens na dogmática jurídico-penal alemã com FEUERBACH que, motivado por convicções liberais dirigidas à estrita separação entre o direito e a moral, considera que o direito apenas está legitimado para atuar quando estejamos perante uma ação que externamente lhe seja contrária⁹⁰. Este autor definiu a tentativa como uma ação externa dirigida intencionalmente à realização do crime, que deve ser objetivamente perigosa, considerando que a intenção ilícita por si mesma não oferece à ação o elemento da ilicitude, atravessando todo o *iter criminis* até à consumação e, portanto, não podendo distinguir a tentativa da preparação⁹¹.

As teorias objetivas foram responsáveis pela distinção entre inidoneidade absoluta e inidoneidade relativa^{92 93}. MITTERMAIER considera que os casos de inidoneidade absoluta, ou seja, casos de ações em que o meio escolhido pelo autor, por ser em si inidóneo, nunca,

⁸⁹ Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). *Lições de Direito Penal: Parte Geral I-II*. Coimbra: Edições Almedina. p. 397.

⁹⁰ Guirao, R. A. (2013). *La tentativa inidónea: Fundamento de punición y configuración del injusto*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina. pp. 107 e 108.

⁹¹ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 808.

⁹² Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 109 e 110.

⁹³ Entre nós, Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). p. 436 também faz esta distinção com base no texto do art. 23º, considerando que há uma inidoneidade absoluta do meio “(...) quando este é por sua natureza inapto para produzir o resultado;” e inidoneidade relativa “(...) se o meio em si mesmo idóneo ou apto se torna inapto nas circunstâncias em que foi empregado.”, considerando que se houver inexistência do objeto, tal exclui tanto a tentativa como o crime consumado e, portanto, mais que uma tentativa impossível, falamos num crime impossível.

em qualquer circunstância poderia consumir o crime, serão impunes – é, por exemplo, uma tentativa de homicídio através de envenenamento, mas confunde o frasco de veneno com um frasco de açúcar. Por outro lado, os casos de inidoneidade relativa, ou seja, em que os meios, apesar de em si idóneos para produzir o resultado, não o são no caso concreto por insuficiência ou mal emprego deste, já serão merecedores de pena – por exemplo, o autor utiliza quantidades de veneno insuficientes para consumir o crime⁹⁴. Esta distinção é criticada por RAFAEL GUIRAO, que considera que há uma flexibilidade de conversão de ações absolutamente inidóneas em relativamente inidóneas e vice-versa⁹⁵ – por exemplo, o açúcar não será um meio inidóneo se o que se pretende é matar uma pessoa diabética; um meio idóneo pode ser utilizado de tal forma inepta que jamais poderia produzir o resultado no caso concreto e um meio teoricamente inidóneo pode ser apto para matar se for utilizado com habilidade⁹⁶.

A teoria objetiva tradicional foi posta em causa por VON BURI, “(...) em razão do princípio científico da causalidade universal, que dominaria tanto a natureza física como a animal, incluindo o próprio homem.”⁹⁷, sendo que se todos os fenómenos ou factos fossem efeito necessário das condições que os determinam, seria impossível atribuir a causa do facto criminoso ao seu agente sem atender à sua vontade⁹⁸.

Podemos concluir que as teorias objetivas, desconsiderando a vontade do agente, acabavam por levar ao resultado de nenhuma tentativa impossível ser punível, o que não será uma resposta adequada ao problema.

4.1.2 As teorias subjetivas

A sentença do *Reichgericht* alemão de 24 de maio de 1880 marcou o fim da hegemonia das teorias objetivas – estávamos perante uma condenação por tentativa de aborto realizada com um líquido de cor escura, absolutamente inócuo para a saúde do feto e da mãe e, portanto, absolutamente inidóneo para produzir o resultado, onde o tribunal assumiu

⁹⁴ Mittermaier, C. J. A. “Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen”, *NACR*, 1 (1816) pp. 194 e 195 citado por Guirao, R. A. (2013). op.cit. p. 111.

⁹⁵ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 117.

⁹⁶ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 113 – no original “El azúcar, por ejemplo, no tiene por qué ser un medio inidóneo, si lo que se pretende es matar a una persona diabética (...) un medio idóneo puede ser utilizado tan ineptamente que jamás podría producir en el caso concreto el resultado pretendido; y viceversa, un medio teoricamente inidóneo puede ser apto para matar si es utilizado con habilidad.”.

⁹⁷ Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). op. cit. p. 398.

⁹⁸ Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). op. cit. p. 399.

argumentos dogmáticos contrários às teorias objetivas de forma a fundamentar a sua decisão⁹⁹. Para as teorias subjetivas, o ponto de partida é a ideia de que todas as tentativas são impossíveis já que o resultado não se produziu, retirando, assim, relevância ao tipo objetivo. O fundamento da punição seria, portanto, a vontade delituosa, bastando que o autor acredite que com a sua conduta conseguirá consumir o crime, sendo irrelevante a realidade exterior em que se desenvolve a ação¹⁰⁰. Aqui temos reflexos do direito penal da vontade, por oposição ao direito penal do facto, “(...) acentuando a malícia da vontade como essência do próprio crime e subalternizando-lhe o aspecto da ilicitude objectiva.”¹⁰¹.

Aqui releva a já referida teoria causal da equivalência de condições de VON BURI, que negava o perigo como algo existente na realidade, onde caberiam somente juízos de necessidade; assim, o que já aconteceu não podia ter acontecido de outra forma e o que não aconteceu nunca poderia ter acontecido¹⁰². Esta negação da existência do perigo será incompatível com os ordenamentos jurídicos vigentes, onde existem crimes de perigo concreto e abstrato, e onde o perigo atual é um critério nomeadamente no que toca a causas de justificação¹⁰³.

RAFAEL ALCACER GUIRAO considera que o auge das tentativas subjetivas se deve à incapacidade das teorias objetivas de adotar um critério uniforme com aplicabilidade prática, bem como para se adaptar a necessidades político-criminais¹⁰⁴. Seguiremos, adiante, as razões específicas apresentadas por este autor para este auge¹⁰⁵:

Em primeiro lugar, as teorias subjetivas apresentavam uma maior segurança jurídica devido à sua simplicidade, face às abstrações e generalizações presentes no método próprio das teorias objetivas, que levavam a inseguranças e arbitrariedades na sua aplicação.

Também está aqui inerente a vantagem de, em muitas ocasiões, ser o elemento subjetivo, ou seja, a vontade, o que determina a direção e possibilidade de subsunção da ação ao tipo legal respetivo. A doutrina subjetivista considerou, também, que as normas não

⁹⁹ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 23 e 24.

¹⁰⁰ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 24.

¹⁰¹ Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). op. citp. 403.

¹⁰² Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 25.

¹⁰³ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 29.

¹⁰⁴ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 32.

¹⁰⁵ Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 32-36.

podiam proibir a ocorrência de resultados, mas somente ações que apareciam como idóneas para quem as leva a cabo.

Uma parte da doutrina alemã da altura considerava que a tentativa impossível tinha um carácter indubitavelmente merecedor de pena, argumentando que era o próprio sentimento jurídico e sentimento moral do povo quem exigia tal punição de quem manifestava uma vontade desobediente ao direito.

Explicadas as várias faces desta doutrina, somos postos perante o facto de uma punição da tentativa impossível nestes termos levar, não só à punição de atos preparatórios, como à punição da tentativa irreal ou supersticiosa. Vários autores tentaram oferecer limitações às teorias subjetivas de forma a evitar a punição desta figura, tendo o próprio RG, num caso em que a arguida estava acusada de tentativa de homicídio por via de invocações ao diabo através dos sete livros de Moisés, declarado inocente alegando que a vontade “maligna” contida dentro de uma pessoa não é objeto do direito penal, não podendo estas condutas ser consideradas exteriorizações puníveis, caindo completamente fora do círculo de atos causais e apenas tendo significado para a esfera do ético e da moral. Esta sentença foi alvo de críticas por ambas as doutrinas, que consideravam haver uma perda de coerência e coesão dogmática¹⁰⁶. Houve quem chegasse a argumentar que a tentativa de homicídio através de reza não podia conter uma vontade “má”, já que Deus nunca acederia a conceder tal homicídio e se o fizesse a vontade não seria, então, “má”. O próprio VON BURI veio dizer que só pode querer um resultado quem tenha representado um curso causal existente na natureza.¹⁰⁷

Estas tentativas de excluir do âmbito do punível a tentativa irreal mostram que esta doutrina, deixada sem qualquer elemento objetivo, levaria à obrigatoriedade de aceitar a punição de quem tenta matar outra pessoa com rezas ao diabo, quem tenta abortar com um torrão de açúcar por achar-se grávida com um beijo ou quem quer caçar um unicórnio fora do tempo autorizado de caça¹⁰⁸.

WELZEL veio apresentar uma conceção de ação baseada no subjetivo, em oposição à conceção de antijuridicidade objetiva vigente neste contexto onde a teoria subjetiva se

¹⁰⁶ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 38.

¹⁰⁷ Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 39 e 40.

¹⁰⁸ Exemplos de Struensee, E., “Dolo de causar y causalidad putativa”, *ADPCP* (1990), pp. 933 e ss. citado por Guirao, R. A. (2013). op. cit.p. 40.

tentava afirmar. Este autor considerava que a ação não é um processo cego de causação, mas sim uma atividade finalmente dirigida. O Homem, sobre a base do seu conhecimento causal, é capaz de prever as consequências da sua atividade, já que dispõe de fins e atua em direção aos mesmos: a ação é uma intencionalidade e só a raiz desta adquire sentido, sendo a vontade, portanto, elemento essencial à ação¹⁰⁹.

Como fundamentava WELZEL a punição da tentativa inidónea? Este autor define a tentativa como um caso em que só concorre o desvalor subjetivo da ação, considerando que o ordenamento jurídico é já lesado por meio de uma vontade de quem se propõe a começar a execução de um delito, apesar de parecer admitir uma certa graduação do desvalor de ação através da ideia de perigo da conduta, concebido simbolicamente, em relação ao ordenamento jurídico como um todo¹¹⁰. Quanto à tentativa irreal, WELZEL veio exigir uma certa qualidade de conduta, um desvalor de resultado, consistente na lesão da realidade do direito como poder espiritual, sendo que só as ações que podiam quebrar a vigência do valor ético-social contido nas normas alcançariam grau suficiente de desvalor para ser merecedoras de pena, parecendo, neste aspeto, aproximar-se da *infra* explicada teoria da impressão¹¹¹.

FIGUEIREDO DIAS considera que as teorias subjetivas, prescindindo de quaisquer elementos objetivos, não se adequam à legislação vigente, que exige a prática de atos de execução, nem a uma “(...) correta conceção do ilícito vinculada à proteção de bens jurídicos.”¹¹².

4.1.3 O fundamento de punição com base na perigosidade do autor

Estas teorias acolheram apoiantes na doutrina alemã e na doutrina espanhola¹¹³. Aqui está presente uma ideia de que não punir a tentativa impossível de um autor considerado perigoso, habilita-o a voltar a tentar lesar bens jurídicos, lesão da qual a sociedade precisa de ser protegida. Aqui, a manifestação da vontade será um sintoma a partir do qual se realiza um juízo prognóstico relativo à perigosidade futura do autor para o que o rodeia¹¹⁴.

¹⁰⁹ Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 48 e 49.

¹¹⁰ Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 51 e 54.

¹¹¹ Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 57 e 58.

¹¹² Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 809.

¹¹³ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 93.

¹¹⁴ Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 91 e 92.

STÖGER considerava que a perigosidade do autor é definida como a finalidade objetiva, a tendência mental associativa do autor entendida como estado de personalidade perigoso, o qual deixa temer uma repetição de atos contrários à lei. Este autor considera que o portador da perigosidade não é o dolo, mas sim a personalidade do autor, cuja tendência objetiva perigosa existe antes do começo da execução, mas só adquire caráter de ilícito quando se exterioriza no âmbito social¹¹⁵. Estamos perante um juízo prognóstico sobre a perigosidade futura do sujeito, pondo-se a questão de saber como se realiza este juízo. STÖGER propõe prescindir de um prognóstico concreto, bastando para considerar demonstrada a perigosidade futura do autor um juízo de perigosidade abstrata. Assim, é abstratamente perigoso o autor sobre quem física e juridicamente se possa afirmar a possibilidade de repetição no futuro de um delito com melhores resultados¹¹⁶.

Já ROXIN veio a criar a chamada teoria da união, em que se estabelece que o fundamento de punição da tentativa “(...) reside na exigência geral ou especial-preventiva da pena, que em regra deriva do perigo doloso chegado ao tipo, mas excepcionalmente também de uma violação juridicamente perturbadora da norma, manifestada numa ação chegada ao tipo”¹¹⁷. O autor parte de dois critérios distintos: a tentativa idónea tem fundamento de punição no perigo *ex ante* para o bem jurídico; a punição da tentativa inidónea baseia-se na quebra da norma de conduta e na perigosidade do autor, ligando, assim, a teoria da impressão à perigosidade do autor¹¹⁸.

Há, por fim, partidários desta teoria que consideram que a perigosidade do autor tem de estar dirigida ao concreto bem jurídico atacado, apenas sendo punido o autor cuja personalidade leve a concluir que o mesmo repetiria no futuro uma agressão contra o mesmo bem jurídico.

¹¹⁵ Stöger, F. *Versuch des untauglichen Täters* (1961) p. 93 citado por Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 109

¹¹⁶ Stöger, F. *Versuch des untauglichen Täters* (1961) p. 66 citado por Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 109 pp. 98 e 99.

¹¹⁷ Roxin, C. (2003) *Stratfrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat.* § 29 n° 10 traduzido por Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit. p. 811.

¹¹⁸ Roxin, C. “Über den Strafgrund des Versuchs”, *Nishihara-FS* (1998) pp. 160-161 e 167 citado por Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 100.

Nestas teorias há uma incompatibilidade com o direito penal do facto, estando em causa um verdadeiro direito penal do autor, que pune modos de vida com base num juízo de prognose abstrato sobre a forma de ser do autor da tentativa impossível¹¹⁹.

4.1.4 A teoria da impressão

A teoria da impressão insere-se em concepções que partem de uma contemplação do Direito cuja função primária de proteção de bens jurídicos adquire um carácter organizatório e supra-individual, surgindo o *ius puniendi* como poder conformador da ordem social, cujo fim é restabelecer a ordem quando esta tenha sido perturbada. A sua origem remota a HORN e VON BAR, que partiram de um critério de impressão de perigo para determinar a punibilidade da tentativa, que consiste na alteração do sentimento de segurança da sociedade quando se toma em consideração que o ato poderia ter levado, em outras circunstâncias, ao resultado típico querido pelo autor da tentativa, perturbando, portanto, a paz jurídica e a confiança geral no Direito¹²⁰.

Os autores recorrem ao juízo de prognose posterior de VON LISZT, que partiu do perigo da ação como fundamento da punição da tentativa, considerando que as condutas que carecem de aptidão para produzir o resultado, condutas não perigosas, não têm relevância penal. O juízo de prognose posterior deste autor é caracterizado por uma contemplação do ato a partir de uma perspectiva *ex ante*, considerando-se as circunstâncias que no momento de execução eram geralmente conhecidas ou somente conhecidas pelo autor, havendo um juízo *ex ante* sem se ter em conta as circunstâncias que só depois da atuação do agente se podiam ter conhecido (juízo *ex post*)¹²¹.

A teoria da impressão não parte somente do perigo da ação do agente nem somente da sua vontade contrária ao direito, mas sim do facto de a tentativa abalar a confiança comunitária na vigência e validade da norma de comportamento, sendo aqui introduzida a ideia da dignidade penal do facto tentado¹²². HORN e VON BAR chegaram a conclusões de “meio caminho” entre as duas doutrinas já estudadas, considerando que nos casos em que o autor queira utilizar um meio idóneo, mas o emprega de forma errada, tornando-o inidóneo,

¹¹⁹ No mesmo sentido, Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 101.

¹²⁰ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 197.

¹²¹ Von Liszt *StR* 24^a edição, p. 209 citado por Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 155.

¹²² Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 810.

haverá impressão de perigo, mas já nos casos de inexistência do objeto há uma renúncia à contemplação do plano do autor, afirmando-se a impunidade do ato¹²³.

Atualmente, considera-se que os casos de tentativa inidónea são, ainda, suscetíveis de abalar a confiança comunitária na vigência do Direito, considerando ROXIN que tal confiança no ordenamento jurídico, sendo um dos poderes que configura objetivamente a vida social, seria perdida se ficasse impune quem se propusesse seriamente a realizar um facto ilícito grave e dado início à execução de tal ilícito¹²⁴.

Assim, o fundamento de punição da tentativa impossível será a lesão da vigência do direito, pondo-se a questão de saber como se pode determinar em cada caso quando há uma perturbação da paz jurídica. É pacífico na doutrina que aqui não se trata de determinar se houve um efetivo efeito psicológico-social em um membro ou setor da coletividade, mas sim de fazer um juízo hipotético relativo a se a vontade manifestada pelo autor de cometer o crime seria adequada a produzir tal efeito, estando em causa um juízo puramente normativo¹²⁵.

Vários autores criticam a teoria da impressão por diversas razões. RAFAEL ALCÁCER GUIRAO enuncia várias destas críticas¹²⁶ começando pelas dúvidas postas a esta teoria perante o princípio da legalidade. Sendo que o legislador estabelece bens jurídicos considerados dignos de proteção penal nos tipos legais presentes na Parte Especial, não faria sentido estabelecer, sem base legal, uma proteção de um bem jurídico de sentimento de segurança jurídica ou paz jurídica na Parte Geral. Um contra-argumento será que esta teoria tem como requisito o início da execução de uma conduta subsumível a um tipo legal, o que significa que o autor terá de praticar uma ação dirigida subjetivamente à lesão de um bem jurídico estabelecido na Parte Especial – se tal requisito não estiver preenchido, a conduta não será punível, ainda que possa pôr em causa a confiança comunitária no ordenamento jurídico.

O autor considera ainda que há dúvidas em relação à exigência de um requisito mínimo de lesão para a punição de condutas num Direito penal de intervenção mínima, já

¹²³ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 198.

¹²⁴ Roxin, C. “Tatenschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch” *JuS*, (1979) pg. 1 citado por Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 201.

¹²⁵ Guirao, R. A. (2013). op. cit. p. 202.

¹²⁶ Guirao, R. A. (2013). op. cit. pp. 206-215.

que para a conduta entrar no *ius puniendi* deve ter relevância social e caráter merecedor de pena, implicando um ataque especialmente grave a um bem jurídico considerado merecedor de proteção penal. O autor considera, assim, que o caráter potencialmente lesante da paz jurídica é uma característica a exigir como requisito mínimo a todas as condutas suscetíveis de ser penalmente relevantes, mas tal não quer dizer que essa mesma característica seja suficiente para a submeter uma conduta a uma pena, já que tal conduta terá de ter um resultado lesivo para os interesses essenciais aos cidadãos e não simplesmente ser suscetível de causar alarme social.

Há quem defenda a teoria da impressão argumentando que ela coincide com a ótica do legislador, que terá tido em conta o efeito psicológico da comoção social quando procedeu à incriminação de condutas. RAFAEL ALCÁCER GUIRAO considera que este argumento não tem fundamento já que o legislador, para conformar bens jurídicos, deve ter em conta as condições essenciais para o livre desenvolvimento do indivíduo em sociedade que, quando atacadas causaram a produção de comoção social – tal será uma consequência do delito, ou seja, algo secundário no que toca ao trabalho do legislador. O autor considera ainda que estamos perante um elevado grau de arbitrariedade na decisão sobre se houve ou não um agitar da paz jurídica ou se se alterou o clima de segurança, já que esta não é determinada por bases fáticas, mas sim por uma contemplação emocional intuitiva, baseada num manipulável sentimento jurídico. Verdadeiramente, será difícil, na sociedade de hoje estabelecer o qual é a perspetiva de um observador médio nas sociedades pluriculturais atuais, criando-se, antes, um consenso ideológico que apenas será válido para certas partes da comunidade.

Uma crítica recorrente é, também, o retorno à teoria dos fins da pena, já que estamos perante uma argumentação com base na perspetiva da prevenção geral positiva ou de integração – neste sentido, STRATENWERTH que considera que a teoria da impressão é um “(...) regresso repentino à doutrina dos fins das penas e, na verdade, a pontos de vista de prevenção geral positiva.”¹²⁷, considerando, por isso, que a teoria da impressão levaria a conclusões circulares já que “(...) a tentativa abala a confiança na vigência do ordenamento jurídico quando surge como merecedora de pena, e inversamente.”¹²⁸. Já RAFAEL

¹²⁷ Stratenwerth, G., & Kuhlen, L. (2005) *Stratfrecht, Allge-meiner Teil I. Die Straftat*. 5º edição, § 11 nº 21 traduzido por Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit pp. 810-811.

¹²⁸ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 811.

ALCÁCER GUIRAO considera que estamos perante uma proteção do fim do direito penal o que faz com que a ação típica tenha outros contornos, não sendo uma lesão de bens jurídicos, mas sim uma lesão da norma, uma quebra da vigência dos valores ético-sociais, da vigência da norma ou da vigência do ordenamento jurídico. FIGUEIREDO DIAS considera que esta crítica não é procedente, considerando o regresso aos fins da pena indispensável já que estamos à procura de um fundamento que encontramos na linha da função do direito penal e das finalidades primárias da pena, e não de critérios interpretativos de normas positivas, válidos para a aplicação do direito, que devem, por sua vez, ser encontrados à luz do direito positivo e da sua regulamentação. Assim, segundo este autor, a teoria da impressão será a que melhor se compatibiliza com o regime dos atos de execução, com a obrigatória especial atenuação da pena da tentativa, e com a própria tentativa impossível¹²⁹.

4.2 O art. 23º nº 3 do Código Penal

Segundo o nº 3 do art. 23º do CP, a tentativa não é punível quando for manifesta inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objeto essencial à consumação do crime. Tal significará que a tentativa impossível não é punível apenas e unicamente nestas circunstâncias, apesar de a realização do facto “(...) estar irremediavelmente destinada a não se consumir (...)”¹³⁰.

Estamos perante a teoria da impressão na lei portuguesa^{131 132}, sendo a tentativa impossível punível quando suficiente para abalar a confiança comunitária na vigência e validade da norma de comportamento. A inaptidão do meio ou inexistência do objeto têm de ser revelar manifestas, não podendo deixar de se considerar a ideia da perigosidade da

¹²⁹ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 811.

¹³⁰ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 835.

¹³¹ Neste sentido, Pinto de Albuquerque, P. (2015). Comentário do Código Penal - à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (3º ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora. p. 198, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de janeiro de 2017 (Nº de processo: 214/146GAPMS.C1) “Com efeito, o n.º 3 do artigo 23.º do C. Penal condiciona a não punibilidade da tentativa impossível à manifesta inidoneidade do meio empregado ou à inexistência do objeto, significando, pois, que se, pelo menos, na aparência se verifica um perigo objetivo, pela intranquilidade que o ato cria, a tentativa é punível.” e Acórdão de 3/12/2009 (Nº de processo:07P1769) “Na denominada tentativa impossível, através dos actos de execução praticados o agente cria um perigo objectivo, embora aparente, que desencadeia ou pode desencadear alarme ou intranquilidade na comunidade, e é isso que lhe confere dignidade punitiva.”

¹³² Em sentido contrário, Palma, M. F. (2006). Da "tentativa possível" em direito penal. Coimbra: Almedina., p. 71 considera que a interpretação do nº 2 do art. 22º e do nº 3 do art. 23º de acordo com a teoria da impressão conduziria a um sentido inconstitucional das normas ao impor a punibilidade de determinadas situações de tentativa absolutamente impossível, em que já não seja manifesta a inexistência do objeto ou inaptidão do meio.

tentativa. A perigosidade, por sua vez, será decidida através de um juízo *ex ante*, levado a cabo por um observador médio posto no momento de execução e com todas as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis do agente¹³³. Assim, a tentativa impossível será punível se, segundo as circunstâncias do caso e de acordo com um juízo *ex ante*, ela era ainda aparentemente possível ou já não era manifestamente impossível¹³⁴.

A inidoneidade do meio ocorre quando “(...) seja claro, ostensivo, público ou evidente, não para o agente, mas para a generalidade das pessoas que não pode conduzir á consumação do crime.”¹³⁵. O meio inidóneo é incapaz de ofender o bem jurídico tutelado pelo crime consumado que o agente se propõe a realizar¹³⁶. Como vimos, há quem distinga entre inidoneidade absoluta e relativa¹³⁷, sendo o primeiro caso o meio que nunca, em qualquer caso seria capaz de consumir o resultado e o segundo caso o meio que normalmente é eficaz, mas nas circunstâncias em que foi empregue não é – quem segue esta distinção considera que apenas o meio absolutamente inidóneo exclui a tentativa¹³⁸.

O objeto ser inexistente leva alguns autores a falar de estarmos perante um crime impossível¹³⁹. Este caso ocorre quando o objeto não existe ou quando ele se encontra numa

¹³³ Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de abril de 1994 (Nº de processo: 46310/3.ª) – “A carência do objecto ou inidoneidade do meio devem ser apreciados objectivamente, através das regras da experiência comum ou da causalidade adequada, portanto, objectivamente, segundo o critério da generalidade das pessoas.” e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de junho de 2000 (Nº de processo: 126/2000-5.ª) “A palavra *manifesta*, que o legislador usou no n.º 3 do art. 23º do CP para dimensionar a inadaptação do meio empregado pelo agente ou para concretizar a inexistência do objecto essencial à consumação do crime, inculca, com nitidez inquestionável, que as faladas inidoneidade do meio ou carência do objecto não devem ser aferidas através do que o agente representa, mas sim através das regras da experiência comum ou da causalidade adequada objectivamente segundo o critério da generalidade das pessoas.”

¹³⁴ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 838.

¹³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de novembro de 2014 (Nº de processo: 1936/10.6JAPRT.P1) e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de setembro de 2021 (Nº de processo: 18/15.9JASTB.E1)

¹³⁶ Silva, G. M. (2015). *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora. pp. 328 e 329.

¹³⁷ Nomeadamente, Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). op. cit. p. 436 e Silva, G. M. (2015) op. cit. pp. 329 e 330; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de janeiro de 1998 (Nº de Processo: 1030/97 3ª secção) – “I- A inidoneidade do meio pode ser absoluta ou relativa. A primeira existe quando o meio for, por natureza, inapto para produzir o resultado. A segunda verifica-se quando, sendo o meio em si mesmo, idóneo ou apto, se torna inapto para produzir o resultado. II- Ao exigir-se, no n.º 3 do art. 23º do CP, que a inaptidão do meio seja manifesta, para que a tentativa não seja punível, tem-se em vista a inidoneidade absoluta.”; e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de janeiro de 2017 (Nº de processo: 214/146GAPMS.C1) “A *idoneidade do meio* é absoluta, quando, segundo as regras da experiência comum, a atividade do agente, no circunstancialismo concreto em que se desenvolveu, não é, com evidência, adequada a preencher o tipo legal de crime.”

¹³⁸ Silva, G. M. (2015) op. cit. pp. 329 e 330.

¹³⁹ Nomeadamente, Silva, G. M. (2015) op. cit. p. 329, Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). p. 436 e Maia Gonçalves, M. (2007). *Código Penal Português (18ª ed.)*. Coimbra: Edições Almedina. p. 135.

circunstância que torna impossível a consumação¹⁴⁰. Há quem distinga entre inexistência absoluta ou relativa, sendo o segundo caso o objeto não se encontrar onde poderia ser atacado ou quando um elemento accidental do objeto impedisse a lesão, considerando-se que só os casos de inexistência absoluta excluiriam a tentativa¹⁴¹.

Por outro lado, FERNANDA PALMA vem considerar que toda a tentativa corresponderá a uma inviabilidade da ação num mundo específico concreto, sendo a impossibilidade relativa e havendo mundos alternativos onde a ação seria viável. Assim, a autora que não há lugar para uma distinção absoluta entre tentativa possível e tentativa impossível, havendo apenas lugar para graus de possibilidade de todas as tentativas serem impossíveis.¹⁴² FIGUEIREDO DIAS considera que falta, aqui, um critério suscetível a determinar os casos em que o grau de possibilidade é uma perturbação do ambiente de segurança de bens jurídicos, onde se justificaria a punibilidade da tentativa impossível¹⁴³.

¹⁴⁰ Silva, G. M. (2015) op. cit. p. 329.

¹⁴¹ Silva, G. M. (2015) op. cit. pp. 329 e 330.

¹⁴² Palma, M. F. (2006). op. cit. pp. 60 e 61.

¹⁴³ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit pp. 838 e 839.

5. CONSEQUÊNCIAS DO OBJETO DE TUTELA PARA O REGIME DA TENTATIVA IMPOSSÍVEL

Importa agora interligar o que foi concluído sobre o objeto de tutela do n.º 4 do art. 176.º com o regime da tentativa impossível. Segundo o n.º 9 do art. 176.º do CP “A tentativa é punível.”, sendo necessário, agora, responder à questão de saber o que acontece quando o agente tenta praticar os atos descritos nas als. c) e d) do n.º 1 do art. 176.º, estando em causa uma representação realista de menor havendo uma inaptidão do meio escolhido para cometer o crime ou uma inexistência do objeto essencial à consumação do crime.

Estamos perante um crime doloso, ou seja, o agente tem de representar a totalidade dos elementos objetivos e subjetivos do tipo, sem que o crime se consume. Caso o agente pratique algum dos atos descritos no n.º 4 de forma acidental – por exemplo, A adquire de B material pornográfico de maiores de 18 anos com intenção de o exibir (al. d) do n.º 1 e n.º 4 do art. 176.º) sem saber que no meio dos ficheiros facultados por B há material com representação realista de menores – estamos perante um erro sobre a factualidade típica¹⁴⁴.

Em que tipo de situações temos uma inidoneidade do meio no âmbito do n.º 4 do art. 176.º? O agente terá de empregar um meio inadequado para produzir ou distribuir materiais de cariz pornográfico, seja, por exemplo, um *software* desatualizado, que não consegue produzir imagens realistas ou fazer montagens realistas, ou a tentativa de envio de material pornográfico através de um *link* que dá erro, ou de adquirir material de um fornecedor destes materiais que não os tem neste dia, para posterior divulgação. Nestes casos recorreremos a um juízo *ex ante*, de um observador médio posto no lugar do agente, nas circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo mesmo, de forma a saber se era previsível que o *software* não conseguiria produzir as imagens desejadas ou que o indivíduo não conseguiria fornecer os materiais naquele dia.

Questão outra serão os casos de inexistência do objeto devido à questão de saber qual é o objeto essencial à consumação do crime. Sendo este o portador do bem jurídico a proteger, teremos situações diferentes consoante o bem jurídico a tutelar pelo crime. Como vimos, só nos casos de pornografia virtual parcial está em causa o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, já que só aí estará efetivamente presente um menor, sendo ele o

¹⁴⁴ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 416.

objeto do crime. Se o menor não está presente neste caso, a tentativa é impossível, pondo-se a questão de saber se será punível ou não.

Se o menor manifestamente não estiver presente, for inexistente, tal requisito coincidirá com o próprio requisito de a representação do menor ser realista. O que significa isto? Se o menor não está presente na pornografia virtual parcial estaremos, antes, perante pornografia virtual total. Não seria, então preferível que esta última fosse apenas punível enquanto tentativa impossível de pornografia virtual parcial, já que neste último caso está verdadeiramente em causa o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual?

Nos casos de pornografia virtual total e pornografia de menores aparente está em causa um bem jurídico supra-individual, sendo o seu portador a coletividade. Assim a tentativa nunca será impossível por inexistência do objeto, já que o objeto estará sempre presente. Por esta razão, o próprio regime da tentativa impossível aponta para uma proteção, com esta incriminação, de algo mais do que o bem jurídico individual liberdade e autodeterminação sexual, especificamente, do bem jurídico supra-individual.

Sendo a tentativa possível e, portanto, punível (nº 9 do art. 176º), temos de saber se tal punição será adequada à luz do princípio da mínima intervenção do direito penal, segundo o qual, o direito penal deve intervir como *ultima ratio* da política social, ou seja, “(...) onde possam ser considerados suficientes meios não criminais de política social, a pena e a medida de segurança criminais não devem intervir.”¹⁴⁵.

A punição da tentativa de produção de pornografia de menores onde não está presente qualquer menor não será compatível com este princípio já que, apesar de estarmos perante uma tentativa de uma conduta que poderá não ser socialmente aceite, tal não será fundamento suficiente para justificar a sua punição. A tentativa, em geral, viola a norma de comportamento que está na base do tipo de ilícito consumado, representando “(...) uma violação do ordenamento social jurídico-penalmente relevante por meio da intranquilidade em que coloca bens jurídico-penais”¹⁴⁶. Ora, no caso, estamos perante um crime sem vítima, sendo que o próprio bem jurídico infância e juventude não parece ser suficiente para justificar uma restrição da liberdade, especialmente a título de privação da liberdade ou

¹⁴⁵ Figueiredo Dias, J. d. (1983). “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro”. *Revista da Ordem dos Advogados*, I, p. 17.

¹⁴⁶ Figueiredo Dias, J. d. (2019) op. cit p. 803.

justificar o merecimento de pena. Verdadeiramente seria suficiente uma punição através de outros meios, nomeadamente a título contraordenacional, sendo a tentativa de descriminalizar nestes casos.

Acrescentam-se, ainda, dificuldades no que toca à prova. Será possível fazer prova que uma pessoa tentou e falhou a produção de pornografia de menores? Tal produção não envolverá mais do que uma pessoa, como é o caso da pornografia de menores real, sendo somente necessária uma pessoa com conhecimentos suficientes para criar esse tipo de imagens, sendo difícil fazer prova da tentativa do agente. Tal dificuldade não será manifesta no caso de tentativa impossível de distribuição, havendo mais do que um interveniente.

Visto todos estes fatores, teremos agora de encontrar a solução mais adequada para os problemas postos.

Se através da pornografia virtual total ou da pornografia de menores aparente não está a ser diretamente posta em risco qualquer menor, será que podemos proceder a uma interpretação restritiva do nº 4 do art. 176º para somente incluir a pornografia virtual parcial, tal como fazem MARIA JOÃO ANTUNES e CLÁUDIA SANTOS¹⁴⁷? A resposta será negativa. Esta leitura seria semelhante à solução anteriormente consagrada no Código Penal Espanhol (nº 7 do art. 189º na versão da Lei 15/2003 de 25 de novembro) que, como vimos, foi posteriormente alterada devido à Diretiva 2011/92/EU, sendo precisamente este diploma o obstáculo à interpretação restritiva¹⁴⁸.

A Decisão-Quadro 2004/68/JAI possibilita que os Estados-Membros possam isentar de responsabilidade criminal o comportamento de quem produz material com pessoa que parecia uma criança mas tem, na verdade, 18 anos ou mais na altura em que a imagem foi fixada (al. a) do nº 2 do art. 3º), e material com imagens realistas de crianças não existentes se se provar que o produtor o produz e possui unicamente para o seu uso pessoal, na condição de não ter sido utilizado qualquer material pornográfico que envolva crianças reais (subalínea i) da al. b) do art. 1º) ou pessoas reais com aspeto de criança (subalínea ii) da al. b) do art. 1º) (al. c) do nº 2 do art. 3º). No mesmo sentido, a Diretiva 2011/93/UE deixa ao critério dos Estados-Membros decidir se o art. 5º, segundo o qual estes terão de tomar as

¹⁴⁷ Antunes, M. J., & Santos, C. (2012) op. cit. p. 884.

¹⁴⁸ Neste sentido, Pinto de Albuquerque, P. (2015). pp. 763 e 764 parece considerar que é precisamente por a Diretiva o indicar que a modalidade de pornografia de menores aparente está entre as modalidades precisamente por estar presente como tal na Decisão-Quadro de 2004.

medidas necessárias para assegurar que os comportamentos referidos à pornografia infantil sejam puníveis, se aplica aos casos em que é retratada uma pessoa que aparente ser uma criança (nº 7 do art. 5º e subalínea. iii) da al. c) do art. 2) e aos casos em que estão em causa imagens realistas de crianças (nº 8 do art. 5º e subalínea iv) da al. c) do art. 2º), com os mesmos requisitos presentes na Decisão-Quadro (al. c) do nº 2 do art. 3º da Decisão-Quadro).

A partir destas aberturas, consideramos que deverá ser efetuada uma alteração à lei, que passe pela diferenciação dos tipos de representações realistas, podendo ser autonomizado um crime com a epígrafe “Crime de pornografia virtual de menores”, onde se incluiria a criminalização da pornografia de menores virtual total e parcial, coerente com a abertura dada pela Diretiva 2011/92/EU, de forma a respeitar os compromissos assumidos pelo Estado Português.

Na pornografia de menores virtual parcial, onde são efetivamente utilizadas imagens de menores reais em montagens em que estes podem ser reconhecidos ou reconhecíveis, está em causa a liberdade e autodeterminação sexual dos menores retratados, já que o mesmo será reconhecido ou reconhecível podendo tal facto trazer consequências semelhantes às que provêm da pornografia de menores real – é o exemplo dos casos de *revenge porn*. A solução mais adequada será atribuir a esta conduta uma moldura penal superior à atribuída à conduta de produção e proliferação de pornografia de menores virtual total, sem desconsiderar, no entanto, a idade do menor retratado. Efetivamente, não poderá haver um tratamento indiscriminado de todos os menores de 18 anos, devendo haver uma qualificação com base na idade, como a atual presente no art. 177º do CP.

Quanto à pornografia de menores aparente deveremos enveredar no sentido da descriminalização, através de uma solução semelhante à presente no ordenamento jurídico francês (último parágrafo do art. 227-23 do Código Penal Francês¹⁴⁹), onde se lê que o crime de pornografia de menores se aplica a imagens de pessoa cuja aparência física a faça parecer menor de idade, salvo se estabeleça que a pessoa tinha 18 ou mais anos de idade no dia da produção da imagem. Aqui está presente uma natureza preventiva ao assumir que a pessoa com aparência de menor o efetivamente é, passando o ónus da prova em contrário ao agente, impondo uma certa presunção de culpa. Na nossa opinião a solução mais adequada será não

¹⁴⁹ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043409170 - último acesso 25 de novembro de 2022.

ter uma presunção deste tipo, apesar de tal poder trazer algumas dificuldades a título probatório. Assim, deverá haver uma não aplicação do n.º 4 aos casos em que a pessoa que aparente ser um menor tiver, de facto, 18 ou mais anos de idade no momento da representação, o que é compatível com a abertura do n.º 7 do art. 5.º da Diretiva 2011/92/UE. Caso contrário, a incriminação carecerá de fundamento já que, como reiterado, estamos perante atos praticados entre adultos, área onde não deverá intervir o direito penal, salvo em caso de tais atos não serem validamente consentidos por todos os envolvidos, já que, ainda que possa surgir como desconcertante a participação de uma pessoa que aparente ser menor em atividades de cariz sexual, o cómodo geral não é fundamento suficiente para a incriminação de uma conduta¹⁵⁰.

Quanto à tentativa, consideramos que não será adequado manter a aplicação excecional do seu regime a estes crimes já que o preenchimento parcial do tipo de ilícito não reclama a aplicação de instrumentos do direito penal, não pondo, sequer, em causa a confiança da comunidade na vigência da norma. Assim, será necessária uma descriminalização desta conduta, o que não significa que tal conduta seja a ser socialmente ou moralmente aprovada, mas somente que se considera “(...) inconveniente ou inútil continuar a ver aquele comportamento como passível de reacções criminais (...)”¹⁵¹, devendo antes intervir o direito contraordenacional, em respeito do princípio da *ultima ratio* do direito penal.

Assim, e tendo em consideração os compromissos assumidos por Portugal enquanto Estado-Membro da União Europeia, esta solução será uma via de compatibilidade com a obrigação de transposição da Diretiva 2011/92/EU.

¹⁵⁰ Raposo, V. L. (2003). op. cit. p. 962.

¹⁵¹ Figueiredo Dias, J. d. (1976). “Lei criminal e controlo da criminalidade”. *Revista da Ordem dos Advogados* (36).

6. CONCLUSÃO

Findo o trabalho a que nos propomos, torna-se claro que o regime da tentativa impossível não é aplicável da mesma forma a todas as condutas compreendidas no termo “representação realista de menores”, devido ao facto de haver objetos de tutela diferentes.

A tentativa impossível é punível a não ser que o meio seja manifestamente inadequado para consumir o crime ou o objeto essencial à sua consumação seja manifestamente inexistente. Seguimos a teoria da impressão, que está consagrada entre nós a este propósito e segundo a qual a tentativa impossível é punível porque ainda é suscetível de causar incerteza, prejudicando a confiança da coletividade na validade da norma de conduta.

Assim, quando o objeto de tutela do crime de pornografia de menores é um bem jurídico individual, o objeto essencial à consumação do crime é o próprio menor, enquanto portador do bem jurídico. Nestes casos, o menor terá de estar presente, caso contrário estaremos perante uma tentativa impossível, sem esquecer que a sua ausência terá de ser manifesta.

Nos casos em que o objeto de tutela é um bem jurídico supra-individual, o objeto essencial à consumação do crime é a própria sociedade, a coletividade, enquanto titular do bem jurídico. Nestes casos a tentativa nunca será impossível por inexistência do objeto já que este estará sempre presente.

Não poderemos esquecer, no entanto, que o que foi dito até agora não prejudica a possibilidade de tentativa impossível por inadequação do meio.

Assim, consideramos que a solução mais adequada aos vários problemas que foram expostos será uma alteração da lei, que compreenda uma distinção entre pornografia de menores virtual parcial e virtual total, compreendendo a primeira uma moldura penal mais elevada, por estarem presentes menores reais. Já quanto à pornografia de menores aparente consideramos que deve haver uma descriminalização.

Quanto à tentativa consideramos que será mais razoável a sua não punição já que consideramos que tal punição não será compatível com o princípio da *ultima ratio* do direito penal nem com o próprio fundamento da tentativa, enquanto instituto ainda capaz de pôr em

causa a tranquilidade dos bens jurídico-penais. Assim, no máximo, a tentativa seria assegurada pelo direito contraordenacional e já não o direito penal.

Consideramos que esta solução será a mais adequada, considerando as aberturas concedidas pela Diretiva 2011/92/UE, e voltando a um direito penal do bem jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- Albergaria, P. S., & Lima, P. M. (2010). "O crime de detenção de pseudopornografia infantil - evolução ou involução?" *Julgar*(12), 195-220.
- Alfaiate, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Antunes, M. J. (2005). "Crimes Contra Menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXXI*, pp. 57-71.
- Antunes, M. J., & Santos, C. (2012). Art. 176º. Em *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (2º ed., Vol. I, pp. 878-886). Coimbra: Coimbra Editora.
- Antunes, M. J., & Sousa, S. A. (maio de 2019). "Da relevância da identificação do bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 29(2), 239-264.
- Beleza, T. (Jul.-Set. de 1994). "O Conceito Legal de Violação". *Revista do Ministério Público*, 15(59), pp. 51-64.
- Canotilho, J. G., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I* (4ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- Cavaleiro de Ferreira, M. (2010). *Lições de Direito Penal: Parte Geral I-II*. Coimbra: Edições Almedina.
- Cocco, G. (julho-setembro de 2006). "Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?" *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*(3), 867-890.
- Costa Andrade, M. d. (2004). *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Costa Andrade, M. d. (2009). "*Bruscamente no Verão passado*", a reforma do Código de Processo Penal - observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora.
- Figueiredo Dias, J. d. (1976). "Lei criminal e controlo da criminalidade". *Revista da Ordem dos Advogados*(36).
- Figueiredo Dias, J. d. (1983). "Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro". *Revista da Ordem dos Advogados*, I.
- Figueiredo Dias, J. d. (1999). Art. 163º. Em *Comentário Conimbricense ao Código Penal - Parte Especial* (Vol. I, pp. 444-465). Coimbra: Coimbra Editora.
- Figueiredo Dias, J. d. (1999). Art. 172º. Em *Comentário Conimbricense ao Código Penal - Parte Especial* (Vol. I, pp. 541-553). Coimbra: Coimbra Editora.
- Figueiredo Dias, J. d. (1999). Nótula antes do art. 163º. Em *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (Vol. I, pp. 441-443). Coimbra: Coimbra Editora.

- Figueiredo Dias, J. d. (2009). O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional: da doutrina penal da jurisprudência constitucionl portuguesa e das suas relações. Em *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa - Colóquio comemorativo do XXV aniversário do Tribunal Constitucional* (pp. 31-46). Coimbra: Coimbra Editora.
- Figueiredo Dias, J. d. (2012). Artigo 171º. Em *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial* (2º ed., Vol. I, pp. 832-845). Coimbra: Coimbra Editora.
- Figueiredo Dias, J. d. (2019). *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (3º edição ed.). Coimbra: GESTLEGAL.
- Forza, A. (2007). "La pedopornografía: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza". *Rivista Penale*(5), 481 e ss.
- Guirao, R. A. (2013). *La tentativa inidónea: Fundamento de punición y configuración del injusto*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina.
- Leite, I. F. (2004). *Pedofilia - Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*. Coimbra: Almedina.
- Leite, I. F. (2012). "A tutela penal da liberdade sexual". Obtido de https://www.academia.edu/40857540/A_TUTELA_PENAL_DA_LIBERDADE_SEXUAL
- Lopes, J. M., & Milheiro, T. C. (2021). *Crimes Sexuais* (3ª ed.). Coimbra: Almedina.
- Maia Gonçalves, M. (2007). *Código Penal Português* (18ª ed.). Coimbra: Edições Almedina.
- Palma, M. F. (2006). *Da "tentativa possível" em direito penal*. Coimbra: Almedina.
- Patto, P. V. (2010). "Pornografia infantil virtual". *JULGAR*(12), 183-194.
- Pinto de Albuquerque, P. (2015). *Comentário do Código Penal - à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (3º ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Raposo, V. L. (2003). Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. Em *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 931-962). Coimbra: Coimbra Editora.
- Rodrigues, A. P. (2011). "Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital". *Revista do CEJ*(15), 261-291.
- Roxin, C. (janeiro-março de 2013). "O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 23(1), 7-43.
- Sanchis, F. d. (2016). "Las últimas reformas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España". *JULGAR*(28), 239-279.

- Santos, M. S., & Freitas, P. (2018). *CÓDIGO PENAL - Actas e Projecto da Comissão de Revisão*. Sintra: Rei dos Livros.
- Silva, G. M. (2015). *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Silva, G. M. (2020). *Direito Penal Português. Introdução e Teoria da Lei Penal*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Valverde, P. E. (2006). "El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación". *Revista de Derecho Penal y Criminología*(18), pp. 171-228.
- Witting, S. K. (2019). "Regulating bodies: the moral panic of child sexuality in the digital era". *Critical Quarterly for Legislation and Law*, 1. Obtido em 02 de março de 2022, de <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-7869-2019-1-5/regulating-bodies-the-moral-panic-of-child-sexuality-in-the-digital-era-volume-102-2019-issue-1>

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de abril de 1994 - Nº de processo: 46310/3.^a – consultado em: Maia Gonçalves, M. (2007). Código Penal Português (18^a ed.). Coimbra: Edições Almedina.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de janeiro de 1998 – Nº de processo: 1030/97 3.^a; Relator: Mariano Pereira; - consultado em Maia Gonçalves, M. (2007). Código Penal Português (18^a ed.). Coimbra: Edições Almedina.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de junho de 2000 – Nº de processo: 126/2000-5.^a; - consultado em Maia Gonçalves, M. (2007). Código Penal Português (18^a ed.). Coimbra: Edições Almedina.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2008 – Nº de processo: 08P2501; Relator: Arménio Sottomayor – Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/601d2485edec202802575010056e7ab?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de março de 2009 - Nº de processo: 07P1769; Relator: Soreto de Barros - Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/886ad227bc3cd9238025759900482d5d?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 6 de novembro de 2014 – Nº de processo: 1936/10.6JAPRT.P1; Relator: Élia São Pedro – Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/361d90f535f659ec80257d0800387353?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de novembro de 2014 – Nº de processo: 1287/08.6JDLSB.L1.S1; Relator: Santos Cabral – Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bcfa2956ccab316880257da500537dd0?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25 de outubro de 2016 – Nº de processo: 562/11.7TASSB.E1; Relator: José Martins Simão – Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/33c8b21cdcd8094a8025806c0039554a?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de janeiro de 2017 - Nº de processo: 214/146GAPMS.C1; Relator: Maria José Nogueira – Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/df7fdadf2323a639802580b100535744?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24 de abril de 2018 - Nº de processo: 364/12.3JALRA.C2; Relator: Jorge França – Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/186227/>

Acórdão STJ de 19 de fevereiro de 2020 - Nº de processo: 4883/15.1TDLSB.L1.S1; Relator: Nuno Gonçalves – Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bea6c22fdfb00a76802586880057a2a7?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 21 de setembro de 2021 – Nº de processo: 18/15.9JASTB.E1; Relator: Renato Barroso – Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/d387667c55e4c19c8025876c003577b4?OpenDocument>