

Erica Alexandra Tomás Gomes

**RELATÓRIO DE ESTÁGIO
CURRICULAR NO JUÍZO
CENTRAL CRIMINAL DE
LISBOA**

**Pornografia de Menores – Análise do artigo 176.º do CP e Questões
Controversas**

**Relatório de Estágio com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito Forense e
Arbitragem**

Orientação: Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Professor na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Março de 2020

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA

**Pornografia de Menores – Análise do artigo 176.º do CP e questões
controversas**

Relatório de Estágio Curricular apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Nova de Lisboa com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Erica Alexandra Tomás Gomes
Orientador FDUNL: Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Supervisor do Estágio: Juiz de Direito José Paulo Registo

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Março de 2020

A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado.

– Theodore Roosevelt

Agradecimentos

Aproveito este momento para dar um agradecimento simbólico a todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento académico e pessoal.

Aos meus pais, por todo o apoio, amor e compreensão incondicionais, e por todos os sacrifícios que fizeram para que eu conseguisse chegar onde cheguei ao longo do meu percurso académico. À minha irmã Irina, pela paciência infinita e motivação constante. Às minhas irmãs mais novas, Salomé e Constança, por nunca deixarem que a minha vida perdesse o brilho que só uma criança encontra a todo o momento. Aos meus avós por ininterruptamente acreditarem em mim. À Carolina Martins, a minha primeira irmã mais nova, pelo apoio e amizade incondicionais e incessantes.

À Cláudia Duarte, ao Duarte Alves e à Rita Branco, que iluminaram este relatório nos seus dias mais escuros com a sua sabedoria e ajuda incansável. Sem eles, nada disto seria possível.

À Andreia Marinho, à Carina Ferreira e à Eugénia Sebastião, que me acompanharam ao longo deste estágio, pelo apoio mútuo e contínuo, e pelos momentos de partilha nas nossas céleres horas de almoço.

Ao Nuno Salpico que, mesmo com os seus múltiplos projetos, não deixou de arranjar tempo para me ouvir e aconselhar.

Ao Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto, pela sua orientação, pelos sábios conselhos e pela disponibilidade com que atendeu às minhas dúvidas.

Ao Dr. José Paulo Registo, pela paciência infindável, pela amizade e ajuda constante que me prestou.

À Dr.^a Ana Paula Conceição, à Dr.^a Helena Leitão e ao Dr. Rui Coelho, pela disponibilidade em fornecer materiais e pela amabilidade com que sempre me presentearam.

Aos demais magistrados e funcionários do Juízo Central Criminal de Lisboa, por toda a simpatia e cordialidade.

Declaração de compromisso anti-plágio

De acordo com o artigo 20.º-A do Regulamento do 2º Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Mestre em Direito declaro, por minha honra que o trabalho que apresento é da minha autoria. Declaro, também, que todas as citações e referências utilizadas estão devidamente identificadas e reconheço que a indevida utilização de elementos alheios constitui uma falta ética e disciplinar¹.

¹ Art.20º-A do Despacho nº 6738/2010, de 7 de Abril, publicado no Diário da República, 73, de 15 de Abril de 2010, Regulamento do 2º Ciclo de Estudos Conducente ao Grau de Mestre em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

MODO DE CITAR E NÚMERO DE CARACTERES

— O presente trabalho foi escrito ao abrigo do novo acordo ortográfico, aprovado nos termos da Resolução da Assembleia da República no 35/2008, publicada na 1ª Série do Diário da República, de 29 de julho de 2008. Excecionam-se as citações dos autores e da jurisprudência.

— Número de Caracteres: O corpo da dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 177.270 caracteres.

— Modo de citar: Sigo o disposto nas Normas Portuguesas nº 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade, excetuando a alteração que será explicada de seguida.

— A bibliografia referenciada e citada em nota de rodapé aquando da primeira referência estará conforme a bibliografia final. Nas referências seguintes será organizada da seguinte forma: APELIDO, nome do autor, ano (cit.nota X: em que X será o número da nota de rodapé onde a obra está referenciada de forma completa), página(s).

— Salvo indicação em contrário, todos os artigos citados pertencem ao Código Penal.

Abreviaturas

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Cit.nota x– Citado na nota de rodapé x (onde o x representa a indicação do n.º da nota de rodapé onde foi feita a referência completa)

Consult. – Consultado em

Cfr. – Conforme

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPPA – Child Pornography Prevention Act

CRP – Constituição da República Portuguesa

IP – *Internet Protocol*

LOJS – Lei da Organização do Sistema Judiciário

MP – Ministério Público

n.º – Número

n.os – Números

p. – Página

p. e p. – Previsto e Punido

pp. – Páginas

ss – Seguintes

TIC – Tecnologias da Informação e da Comunicação UE – União Europeia

Índice

INTRODUÇÃO.....	11
PARTE I – O ESTÁGIO	15
CAPÍTULO 1 – O TRIBUNAL	15
CAPÍTULO 2 – O ESTÁGIO.....	17
2.1. Atividade desenvolvida	17
2.2. Assistência a julgamentos e consulta de processos	18
PARTE II – A PORNOGRAFIA DE MENORES: ANÁLISE DO ART. 176.º DO CP E QUESTÕES CONTROVERSAS	26
CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DO CP EM MATÉRIA DE CRIMES DE NATUREZA SEXUAL CONTRA MENORES E O SURGIMENTO DO CRIME DA PORNOGRAFIA DE MENORES	32
CAPÍTULO 2 – O CONCEITO DE PORNOGRAFIA DE MENORES	35
CAPÍTULO 3 – TIPO OBJETIVO DO ILÍCITO	38
3.1. O autor e a vítima	38
3.2. O bem-jurídico do crime e das suas modalidades	39
3.3. Classificação do tipo legal de crime	59
CAPÍTULO 4 – TIPO SUBJETIVO DO ILÍCITO E FORMAS DE CRIME	62
4.1. Classificação do tipo subjetivo	62
4.2. Formas do Crime	63
CAPÍTULO 5 – O(S) CONCURSO(S) NO CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES .	65
5.1. Enquadramento do concurso	65
5.2. A unidade de normas	66
5.3. O concurso de crimes	69
5.4. Aplicação desta figura ao artigo da pornografia de menores	74
CONCLUSÃO	91
BIBLIOGRAFIA	95

RESUMO

O tema deste relatório, “Pornografia de Menores – Análise do artigo 176.º do CP e Questões Controversas”, surgiu durante um estágio curricular realizado no Juízo Central Criminal de Lisboa.

Este relatório visa a análise das questões dúbias que circundam a pornografia de menores no atual regime jurídico português, tendo por base uma investigação, uma análise jurisprudencial e um estudo doutrinário. Desta forma, serão discutidas questões como a classificação do bem-jurídico em causa, a definição do tipo objetivo e subjetivo e, ainda, a concretização da matéria do concurso no crime em análise.

O objetivo será adotar uma linha de raciocínio lógico, que permita uma discussão coerente sobre o tema no sentido de atingir uma posição final fundamentada relativamente a cada uma das problemáticas inerentes à pornografia de menores.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Central Criminal de Lisboa, Pornografia de Menores, Bem Jurídico, Concurso de Crimes.

ABSTRACT

The subject of this report, “Child Pornography - Analysis of Article 176 of the Penal Code and Controversial Issues”, arose during a curricular traineeship held at the Central Criminal Court of the District of Lisbon.

This report aims to analyze the dubious issues surrounding the child pornography in the current Portuguese legal regime, based on an investigation, a case law analysis and a doctrinal study. Thus, issues such as the classification of the legal asset in question, the definition of the objective and subjective type and the materialization of the concurrence of infractions under analysis will be discussed.

This thesis aims to adopt a logical line of reasoning, which allows a coherent discussion about the topic in order to reach a reasoned final position concerning each of the problems inherent in the child pornography.

KEY-WORDS: Central Criminal Court of the District of Lisbon, Child Pornography, Supra-Individual Legal Asset, Concourse of Infractions.

Introdução

O presente relatório é fruto de um estágio curricular realizado no Juízo Central Criminal de Lisboa. Este foi antecedido de um percurso académico direccionado para a área da magistratura e do direito penal e processual penal. Por esse motivo, no início do segundo semestre do Mestrado que frequento na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa optei pela vertente “magistratura”, por ser aí que encontrava presentes os meus interesses académicos e, eventual e futuramente, profissionais. Findada a parte curricular foi-nos dada a possibilidade de optar entre elaborar uma Tese, um Relatório de estágio ou Trabalho de Projeto. De imediato, direcionei-me para a opção do relatório, tendo considerado que não poderia deixar passar a oportunidade de contactar diretamente com o quotidiano de um tribunal, no sentido de adquirir experiência e competências práticas e, ao mesmo tempo, interagir com os vários intervenientes processuais que fazem parte de todo este processo: os Juízes, os Procuradores do Ministério Público, os Oficiais de Justiça, os Advogados e demais funcionários.

Durante o estágio tive acesso a processos de naturezas muito diferentes, desde crimes económicos a crimes relacionados com o tráfico de estupefacientes, até aos crimes contra as pessoas, como o crime de lenocínio, de homicídio ou de violação. Todavia, os processos que se destacaram foram os referentes ao crime de pornografia de menores, o que resultou na eleição deste tema como foco de investigação deste relatório, por levantarem questões particularmente interessantes sobre as divergências que circundam quer este crime, quer a sua punição.

De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança², ao longo das últimas décadas a criança passou a ser considerada um ser de plena dignidade e com necessidade de tutela reforçada, devido à falta de maturidade física e intelectual³. Por essa razão, estes crimes comportam sempre uma rotura na personalidade da vítima⁴, uma vez que as suas consequências, ainda que diversas,

² Disponível em <https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf> [Consult. 22/12/2019].

³ *Idem*.p.6

⁴ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes sexuais: análise substantiva e processual*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p.36

provocam um conjunto de efeitos físicos, psicológicos e sociais absolutamente desgastantes que se prolongam no tempos. Neste sentido, têm sido vastos os esforços para lutar contra esta realidade, que assola a vida de milhões de crianças em todo o mundo. A proteção dos menores tem sido uma das prioridades das grandes entidades nacionais e internacionais, uma vez que, e seguindo de perto o que foi exposto na suprarreferida Convenção, a enunciação da necessidade de especial proteção da criança remonta à Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e à Declaração dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959, tendo, ainda, sido reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos (particularmente nos artigos 23.º e 24.º), pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente no art.10.º) e pelos diversos instrumentos provenientes de agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar na criança.

A prática destes crimes foi facilitada com o surgimento e evolução da internet. O seu carácter global facilitou a disponibilização de meios e materiais⁶, através da *darkweb*⁷, e, também, dificultou a sua deteção e investigações⁸. No que

⁵ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.36.

⁶ RODRIGUES, Ana Paula, “Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, *Revista do CEJ* nº15 (2011), [261-291], p. 265.

⁷ PEREIRA, Eliana, “Crime De Abuso Sexual De Menores Com Recurso à Internet: *Darknet* – Os Desafios da Investigação”, in *Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal*, Vol.I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, [157-177] Disponível em:

<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Trabalhos_Tematicos_Direito_Processo_Penal_Vol_I.pdf> [Consult. 20/12/2019], pp. 164 e 165, de onde podemos retirar que a internet está, essencialmente, dividida em duas partes *Surface Web*, e a *Deep Web*. Esta segunda está dividida por camadas e abrange grande parte da internet existente. Se nas primeiras três camadas da *Deep Web* encontramos plataformas como o *Citius*, sites de acesso restrito com vista à troca de informações confidenciais e sites com acesso sujeito a registo prévio como sites das faculdades, por exemplo, já no seu segmento mais profundo, encontramos a chamada *Darknet*, que é definida pela autora como a “(...) uma área não regulamentada que escapa até hoje todo e qualquer controlo das autoridades judiciárias, garantindo a todos os utilizadores total anonimato, permitindo a prática da criminalidade mais variada, violenta, bizarra e doentia que constitui a quinta “camada” da *DeepWeb* e que é publicitada em sites, blogs, chats, fóruns para o efeito.”, p.165

⁸ *Idem*, p. 167 e 168, segundo Eliana Pereira por razões relacionadas com “(...) o prazo de conservação dos dados, variável de país para país (...) o acesso ao local do crime, interdito por circunstâncias inerentes à origem da comunicação, caso seja empresa, domicílio, rua, cibercafé, ou pelas delongas inerentes ao circuito burocrático na obtenção dos dados; a utilização de endereços que correspondem a servidores *PROXY*; a utilização de pré-pagos que permitem a comunicação a coberto do anonimato, atento o sigilo das telecomunicações; a localização e identificação dos delinquentes, pelo acesso aos “dados relativos ao tráfego”, sendo que o acesso a tais dados deve ser conciliado com o direito ao respeito pela vida privada

reporta ao crime de pornografia de menores, este viu o seu espectro de distribuição e partilha substancialmente aumentado, isto uma vez que antes da existência da internet e da tecnologia que tem sido desenvolvida nas últimas décadas, o acesso a materiais pornográficos envolvendo menores era bem mais restrito. Por exemplo, a revelação de negativos fotográficos de pornografia de menores consistia numa conduta que implicava não só custos, como riscos, para a pessoa que as entregava na loja, e, também, a aquisição de revistas desta natureza que requeria um esforço bem mais árduo, na medida em que além dos agentes estarem subordinados à utilização dos serviços postais, o material adquirido era substancialmente mais difícil de ocultar⁹.

Desta forma, é intenção deste relatório analisar a problemática da pornografia de menores, atentando nos diferentes acórdãos dedicados a crimes desta natureza. Esta análise permitiu compreender que a condutas em tudo similares foram imputadas diferentes condenações. Depois de uma pesquisa inicial sobre esta temática, foi possível concluir pela existência de divergências, tanto doutrinárias como jurisprudenciais, relativamente a várias questões envolventes a este crime.

O relatório estará, assim, dividido em duas partes. A parte 1, referente ao tribunal e ao estágio, está dividida em dois capítulos, e a parte 2, referente ao crime de Pornografia de menores, está dividida em seis capítulos. Começaremos com um enquadramento relativo à estrutura do Juízo Central Criminal de Lisboa, analisando de seguida a atividade desenvolvida em sede de estágio, fazendo

dos particulares; a utilização de redes wireless; o acesso à internet livre ou vendido nos cibercafés, sem que utilizador forneça qualquer tipo de identificação e sem que haja um registo exaustivo e rigoroso da utilização dos terminais de computadores; o armazenamento e exame da prova; o alojamento das páginas de internet com conteúdos ilícitos em servidores distantes que mudam constantemente; a transnacionalidade, considerando que todo o ilícito cometido através da internet envolve normalmente servidores estrangeiros; o armazenamento dos dados, posto que a natureza internacional das novas redes informáticas pode conduzir aquando de uma busca, a dados armazenados no estrangeiro; a oferta de serviços de alojamento online com possibilidade de encriptação, que leva a que os IPs sejam repositórios de todo o tipo de conteúdos ilegais, etc”

⁹ FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, *Da Pornografia De Menores Em Portugal: Direito, Políticas Públicas E Segurança*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Tese com vista à obtenção do grau de Doutora em Direito e Segurança, maio de 2018 Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10362/65277>> [Consult. 10/12/2019], p.29.

referência a três processos que considerámos que levantavam questões especialmente relevantes.

Posteriormente, serão explicados quais os processos que levaram à tomada de decisão quanto ao tema sobre o qual penderia o presente relatório, por neles terem sido discutidas controvérsias, tanto jurisprudenciais como doutrinárias, relacionadas com a punição de agentes que incorreram no crime de pornografia de menores. Para contextualizar o tema, será elaborada uma análise histórica que procurará delimitar as bases do crime, nos termos em que ele é aplicável atualmente. No sentido de reforçar os contornos do crime realizaremos, ainda, uma discussão sobre o conceito de pornografias de menores, os seus limites e o seu alcance.

Os capítulos seguintes terão como objeto a concretização do tipo objetivo do ilícito, com ênfase na discussão doutrinária e jurisprudencial envolvente à classificação do bem-jurídico no crime de pornografia de menores, uma vez que é levantada por diversos autores e relatores a admissibilidade da inclusão deste crime ou, pelo menos, de algumas das suas modalidades, na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, onde se encontra. Será ainda sopesada a questão de o bem jurídico referente ao crime de pornografia de menores ser supra-individual e não pessoal, uma vez que as modalidades deste crime podem não se encontrar totalmente espelhadas nos demais crimes previstos na referida secção. Por último, faremos referência à natureza da figura do autor e da vítima e à classificação do tipo legal de crime, passando depois pela análise do tipo subjetivo e das formas de crime, discutindo, por fim, outra questão igualmente controversa em matéria da pornografia de menores: a matéria do concurso de crimes.

Assim, este tema foi selecionado por considerarmos que o esclarecimento das questões dúbias que sobre ele pendem, têm uma elevada relevância social, doutrinal e jurisprudencial.

Parte I – O Estágio

Capítulo 1 – O Tribunal

Os tribunais de comarca dividem-se em juízos centrais, com juízos locais e juízos de competência especializada, de acordo com o art. 81.º, n.º1 da LOSJ. Nos termos do art. 81.º, n.º2, podem ser criados os seguintes juízos de competência especializada: central cível, local cível, central criminal, local criminal, local de pequena criminalidade, instrução criminal, família e menores, trabalho, comércio e execução. Na Comarca de Lisboa estão presentes todas estas secções especializadas, sendo que, a competência do Tribunal em matéria criminal é dividida consoante o valor da causa, entre juízos Centrais Criminais e Juízos Locais Criminais.

O JCCL, pertencente ao TJCL, está sito no Campus da Justiça, no edifício A. A sua competência advém dos arts. 81.º, n.º 3, al.c), 118º e 130.º, n.º 1 da LOSJ.

De acordo com o art.º 118.º, n.º1 da LOSJ, compete aos juízos centrais criminais, proferir o despacho de saneamento do processo e de designação de data para julgamento, nos termos dos arts.º 311.º a 313.º do CPP, assim como a realização dos julgamentos e demais termos subsequentes dos processos criminais que sejam da competência de tribunal coletivo ou tribunal de júri.

Neste Tribunal são julgadas questões cuja competência se encontra manifestada nos arts. 133.º a 135º da LOSJ, e, ainda, no art. 14º do Código de CPP. Segundo o art.133.º, n.º1 da LOSJ o tribunal coletivo é, por regra, composto por três juízes. É de realçar ainda, agora em referência ao n.º3, que nos juízos centrais criminais de Lisboa e do Porto existe um juiz militar, por cada ramo das forças armadas e um pela Guarda Nacional Republicana, que tem a sua intervenção pautada pelo Código de Justiça Militar.

Nos termos do art. 134.º da LOSJ, é da competência do tribunal coletivo julgar, sempre que para isso seja determinado pela lei do processo, as questões de matéria de facto e de direito no que reporta às ações, incidentes e execuções que sigam os termos do processo declarativo e, ainda, em matéria penal, os processos

referidos no art. 14.º do CPP. Este último artigo discerne a competência do tribunal coletivo com base em dois critérios, em primeiro lugar, no que concerne ao tipo de crime, – no n.º1 – serão da competência do tribunal coletivo todos os processos em que, não devendo ser julgados em sede de tribunal de júri, esteja em causa a prática de crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal – título iii do livro ii do CP –, contra a segurança do Estado – capítulo I do título v do livro ii do CP –, dos crimes previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário – n.º 2, al. a) – os crimes que, não devendo ser julgados pelo tribunal singular, reportem a crimes dolosos ou que sejam agravados pelo resultado, em que seja elemento do tipo a morte de uma pessoa. Em segundo lugar, e já no âmbito de um critério quantitativo – n.º 2, al. b) – , os crimes cuja pena máxima, abstratamente aplicável, seja superior a cinco anos de prisão, ainda que, no caso de concurso de infrações, o limite máximo correspondente a cada crime seja inferior.

Assim, o tribunal coletivo será, nos termos do art. 135.º, n.º 1, presidido pelo juiz do processo, e é da sua competência – n.º 2 – dirigir as audiências de discussão e julgamento, elaborar os acórdãos nos julgamentos penais, proferir a sentença final nas ações cíveis, suprir as deficiências das sentenças e dos acórdãos referidos nas alíneas anteriores, esclarecê-los, reformá-los e sustentá-los nos termos das leis de processo, organizar o programa das sessões do tribunal coletivo e exercer as demais funções atribuídas por lei.

Capítulo 2 – O Estágio

2.1. Atividade desenvolvida

O estágio teve a duração de quatro meses, começando no dia 01 de outubro de 2019 e terminando no dia 13 de março de 2020.

Durante este período tive a oportunidade de acompanhar de perto o trabalho exercido pelo coletivo onde está inserido o meu supervisor de estágio, o Dr. Juiz José Paulo Registo e as duas colegas, a Dra. Juíza Helena Leitão e a Dra. Juíza Paula Conceição. Este coletivo distribuía a função de “Juiz Presidente” entre terça e quinta-feira, sendo que cada um tinha o seu dia a presidir a audiência de julgamento, cuja competência já foi suprarreferida no capítulo precedente.

Entre audiências de julgamento de processos cujo início já datava de altura anterior ao meu estágio e processos que começaram a ser julgados no decorrer do mesmo, assisti a vários momentos processuais diferentes, desde inquirição de testemunhas e arguidos em sede de audiência, passando pela reprodução de um primeiro interrogatório judicial considerado importante para aquele caso em particular, à reprodução de declarações para memória futura. A possibilidade de observar de um prisma privilegiado o trabalho conduzido pelos Juízes, pelos Procuradores do Ministério Público que trabalham com este coletivo e pelos Advogados, permitiu-me absorver técnicas de inquirição próprias das pessoas com quem interagi, contribuindo para o desenvolvimento do meu raciocínio jurídico-factual.

Devido à abertura com que fui recebida por este coletivo, além das sessões de julgamento, presenciei deliberações para tomada de decisão e realização de acórdão, quanto às questões levantadas em cada processo, o que incluía o debate sobre a credibilidade de testemunhas, constatação de factos e a medida da pena. Esta discussão era normalmente harmoniosa e a tomada de decisões desenrolava-se de forma amigável, executada com base em argumentos jurídicos fortes e precisos, que revelavam o profundo conhecimento que o coletivo de Juízes detinha

sobre as diversas áreas do direito penal e processual penal em análise. Era, inclusive, evidente, que os magistrados se interessavam pela opinião que eu e as minhas colegas estagiárias tínhamos sobre os diversos assuntos em análise.

O catálogo de crimes sobre os quais versaram os processos foram bastante variados, registando-se uma clara dominância dos crimes relacionados com o tráfico de estupefacientes, desde o tráfico de rua, passando por os chamados “correios de droga”, até a fornecedores de média-grande dimensão. Também muito recorrentes foram os crimes de burla, fraude e, de forma menos recorrente, de auxílio à imigração ilegal, de atentado à integridade física e de homicídio. De forma esporádica, surgiam casos relacionados com o tema que mais tarde elegi para desenvolver neste trabalho, como os de violação e os de abuso sexual de menores.

2.2. Assistência a julgamentos e consulta de processos

Além das diligências que presenciei, foram-me cedidos, pelo meu supervisor, diversos processos que ele considerou que seriam relevantes e interessantes para o meu estudo. No início do estágio, quando o tema deste relatório ainda estava por definir, foram analisados processos de crimes como o lenocínio, auxílio à imigração ilegal, violação, abuso sexual de crianças, burla, branqueamento de capitais e pornografia de menores.

De seguida resumem-se alguns processos, assistidos em sede de julgamento ou consultados durante o estágio, que levantaram questões que considerámos interessantes e relevantes:

1) Caso Sexualidade no seio familiar

Este foi um caso que acompanhei desde o primeiro julgamento, e, embora a decisão ainda não tenha sido proferida, o seu interesse advém das questões dúbias que nele figuram. Sucintamente, veio o arguido acusado de um crime de violação, p. e p. pelo art.168., n.º1, por alegadamente ter violado a sua prima em 1º grau,

numa noite em que a ofendida dormiu na casa do arguido por estar demasiado embriagada para ir para casa dos pais. Sendo assim, diz-nos ainda a acusação que a vítima estaria incapaz de resistir por não se conseguir mover, tendo ao longo do julgamento sido levantadas dúvidas quanto à origem desta incapacidade de resistência da ofendida.

Neste caso foi proferida acusação pelo Ministério Público, seguida de requerimento de abertura de instrução por parte do arguido, o que resultou num despacho de não pronúncia do Juiz de Instrução. Posteriormente foi colocado recurso desta decisão pela assistente, tendo o Tribunal da Relação decidido que o tribunal de 1ª instância se deveria pronunciar pela prática do crime.

As dificuldades de prova nos casos de violação já são uma realidade habitual, na medida em que, normalmente, as testemunhas que se encontravam no local dos factos eram a vítima e o/a arguido/a. Estas dificuldades podem ser colmatadas com a recolha de ADN, todavia, esta perícia não foi feita no caso em apreço, porque a ofendida só apresentou queixa quase seis meses após os factos.

A acrescentar à falta do exame suprarreferido, outra questão que propiciou a incerteza foi o facto do hímen da ofendida se encontrar intacto, resultado obtido após perícia médica. Contudo, esta perícia mostrou-se dúbia, uma vez que não esclareceu se o hímen da vítima poderia ou não ser considerado complacente, tendo sido classificado simplesmente como “elástico”. Este esclarecimento é relevante para saber se existe a possibilidade de o hímen se ter mantido intacto após ter ocorrido penetração. A este exame sucedeu um outro, desta vez por iniciativa da defesa do arguido, sendo este último interessante pela sua atipicidade. Sinteticamente, neste exame físico genital (no contexto de exame de natureza sexual) o perito deu o seu parecer quanto à probabilidade de, tendo em conta o tamanho do pénis do arguido e as características do hímen (sendo ou não complacente, uma vez que foi explicado que hímen é classificado como complacente quando a sua elasticidade permita a cópula sem que haja o seu rompimento) da vítima, este ter-se mantido intacto. Tendo sido o exame feito por parte da defesa do arguido, a sua viabilidade será diminuta, quando comparado

com um parecer de um perito, dito, “imparcial”, por não ser remunerado unilateralmente por nenhuma das partes.

Outra questão que também levantou dúvidas ao Tribunal foi qual o estado de embriaguez necessário para considerar a vítima como totalmente incapaz de oferecer resistência. E, no seguimento disto, se podemos considerar, ou não, congruente, a versão da vítima que se diz totalmente incapaz de se mover devido ao seu estado, mas que, por outro lado, logo a seguir afirma estar plenamente consciente e com uma memória vívida do que estava a acontecer no momento da violação.

2) Caso Iate sem droga

Foram ao arguido imputados, em autoria material e em concurso real, um crime de um crime de tráfico de estupefacientes, p. e p. pelo art. 21.º, n.º 1, do D.L. n.º 15/93, de 22.01, com referência à tabela I-B anexa ao mesmo diploma, um crime de sequestro, p. e p. pelo art. 158.º, n.º 1, um crime de coação agravada, p. e p. pelo art.154.º, n.º 1, por referência aos arts.155.º, n.º 1, al. a) e 131.º, na forma consumada. Em relação aos factos deste caso, o arguido (*A*) encontrou-se com o ofendido (*O*), que já conhecia há cerca de um ano, com o objetivo de lhe propor um negócio. O *A* entregou ao *O* um saco com a quantia de 380'000€, um telemóvel (que serviria, em exclusivo, para os contactos entre estes dois intervenientes) e 7000€ para cobrir as despesas da viagem. O *O* escondeu o referido saco dentro do veleiro e esteve desaparecido, com o dinheiro na sua posse, durante cerca de um mês. Foram dadas como provadas várias tentativas, por parte de *O*, de dizer ao *A*, via telemóvel, que, por diferentes razões, se encontrava impedido de prosseguir com a viagem, o que culminou no *A* a ir ao encontro do *O* ao Porto, onde o informou que a viagem seria de retomar. No seguimento disto, *O* ligou a um amigo a dizer que uns estrangeiros em Espanha, com o uso de armas, o obrigaram a fazer um transporte de droga. Depois disto, *A* e *O* zarparam, tendo, passado dois dias, sido a embarcação abordada por um navio da Marinha Portuguesa, onde se encontravam também elementos da PJ, uma vez que foi o amigo que *O* havia

contactado que suscitou a intervenção policial. Na embarcação foram encontrados a quantia de €380.000,00, uma bolsa, com o passaporte e a carta de condução do A, as quantias de 10 mil pesos colombianos, 20 mil pesos colombianos e €5000, um computador portátil da marca *Apple* e seis telemóveis de diversas marcas.

Não foi dado como provado que o sujeito A tivesse arquitetado um plano que se traduzia em carregar o aludido veleiro com produtos estupefacientes em Martinica e transportá-los para a Córsega, sem o conhecimento do O, nem que o referido computador e telemóveis fossem destinados aos contactos entre o arguido e as pessoas que iriam fornecer-lhe produtos estupefacientes, ou que o A agiu, também, com o desígnio conseguido de fazer O zarpar com a embarcação e de a navegar em direção à Madeira, através da promessa da morte de pessoas, sabendo que agia contra a sua vontade e que a referida promessa tornava a sua conduta particularmente séria.

Neste sentido, a questão que dividiu o coletivo, e que levou ao voto de vencido de um dos juízes, foi a ponderação sobre a possibilidade de haver condenação por tráfico de droga, sem haver droga apreendida.

Dois dos membros do coletivo julgaram a acusação improcedente por não provada, e, em consequência, decidiram pela absolvição do arguido dos crimes que vinha acusado, decisão que acabou, mais tarde, por ser confirmada pelo Tribunal da Relação. Ao longo do acórdão, procurou saber-se se seria admissível a tentativa no crime de tráfico de estupefacientes, e concluíram que, mesmo provando-se os factos da acusação e admitindo a punibilidade da tentativa defendida pela jurisprudência do STJ, ter-se-ia que concluir que o A tentou transportar/importar ou fazer transitar produto estupefaciente, mas sem esquecer que não resultou provado que o A detivesse qualquer poder fático sobre a droga, nem foi obtido qualquer dado sobre a qualidade e quantidade da mesma, o que também não resultou provado, apenas tendo por critério possível de qualificação e quantificação por um lado a origem – Colômbia – e o valor do dinheiro transportado - aproximadamente 390.000,00€.

Relativamente ao membro do coletivo que votou vencido, este considerou que a prova produzida em sede de audiência de julgamento aponta para a prática

pelo A de um crime de tráfico de estupefacientes na forma tentada e de um crime de coação na forma agravada, de que foi vítima O. Esta decisão foi justificada pela falta de consistência e credibilidade das declarações prestadas pelo A, e pela prova da operação destinada ao transporte de produtos estupefacientes, por via marítima, da América do Sul para a Europa (França) baseada nos depoimentos prestados pelo ofendido, O, e pelo amigo deste, testemunha oficiosamente inquirida e na elevada quantidade de dinheiro apreendida. Considerando ainda que a prática de “(...) actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se (...)”, nos termos do disposto no art. 22.º, n.º1, na opinião do Juiz, deveria implicar a imputação ao arguido de um crime de tráfico de estupefacientes na forma tentada. Outra situação que foi apontada foi o facto de, segundo o testemunho do amigo de O, a família de O não saber do seu paradeiro há meses, tendo feito uma queixa na polícia, uma vez que este, depois de ter prestado declarações para memória futura, e até à data do julgamento, se encontrava desaparecido. Também foi referido que o crime de coação, na forma agravada, deveria ser considerado, uma vez que a Interpol assumiu essa “*ameaça com mal importante*” como autêntica, sendo que foram realizadas diversas diligências que levaram à intercepção do veleiro, e tendo o O, segundo o depoimento do inspetor da PJ, demonstrado alívio por estar a ser resgatado.

3) Caso As impressões digitais têm “prazo de validade”?

Este caso levantou duas questões que se mostraram particularmente interessantes, pelo que mereceram a nossa atenção. Por um lado, a questão de saber se é possível atribuir uma “prazo de validade”¹⁰ às impressões digitais colhidas por

¹⁰ Ac.TRE, de 02/02/2016, Processo n.º 51/10.7GBTVR.E1 [Relator: António João Latas], disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/33c998680be3009080257f5b0052e80a?OpenDocument>>: “A inspeção lofoscópica é a designação que assume, para aquele tipo de vestígios, a Inspeção ao local do crime levada a cabo pelos OPC (designada correntemente na investigação criminal por Inspeção judiciária), que se traduz na observação, marcação e registo fotográfico do local, bem como dos vestígios e objetos passíveis de ter interesse para a investigação do crime e determinação dos seus autores.”.

meio de inspeção lofoscópica¹¹, e, por outro, a questão da valoração das declarações prestadas pelos arguidos em sede de inquérito relativamente aos co-arguidos.

Sumariamente foram acusados seis arguidos em co-autoria material e na forma consumada de um crime de roubo agravado pelo resultado morte, p. e p. pelo art.210.º, n.os 1 e 3. Depois de feita toda a prova, foi dado como provado que três dos arguidos, através do uso de força física, embateram contra a porta da residência do ofendido e, com um pontapé, lograram rebentar a sua fechadura e abri-la. Posteriormente entraram no interior da residência e, encontrando-se ali o ofendido, desferiram-lhe socos e pontapés pelo corpo e cabeça, deixando-o prostrado e incapaz de reagir, assim conseguindo neutralizar qualquer oposição do mesmo aos seus intentos. Da casa do ofendido retiraram o seu telemóvel e a carteira, que continha o seu cartão de eleitor e o seu cartão de débito e, na posse de tais objetos, abandonaram o local e dirigiram-se a um terminal multibanco, onde, por três vezes, introduziram o cartão multibanco do ofendido com o intuito de proceder ao levantamento das quantias de € 20,00, € 100,00 e € 20,00 em numerário. Tal não foi conseguido uma vez que não foi digitado o PIN correto do referido cartão, que acabou por ser retido naquele terminal.

Como consequência direta e necessária do comportamento dos referidos arguidos e dos indivíduos não identificados que os acompanhavam, o ofendido sofreu lesões traumáticas ao nível da cabeça, tórax e abdómen, sendo que tais lesões foram causa direta e necessária da sua morte.

O crime de roubo trata-se de um crime complexo no qual se ofendem quer bens jurídicos patrimoniais – o direito de propriedade e de detenção de coisas móveis – quer bens jurídicos pessoais – a liberdade individual de decisão e ação e a integridade física. O n.º 3 do art. 210.º é um crime agravado pelo resultado – crime de roubo agravado pelo resultado morte. Nos termos do art. 18.º, aqui trata-se da fusão de um crime doloso (crime de roubo) e de um evento agravante

¹¹ Ac.TRE, de 02/02/2016, Processo n.º 51/10.7GBTVR.E1 [Relator: António João Latas], disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/33c998680be3009080257f5b0052e80a?OpenDocument>>.

negligente (homicídio), “Se do facto resultar a morte” significa que a morte deve provir do comportamento levado a cabo para roubar, ou seja, dos meios usados para subtrair ou constranger à entrega do bem e do específico perigo que lhe está associado, por aqui se estabelecendo a necessidade de unidade de ação. A imputação do resultado morte é sempre feita a título de negligência, independentemente de se tratar de negligência grosseira, grave ou de mera negligência. Não cabe no preceito o latrocínio (roubo doloso com homicídio doloso). Sendo assim, a morte do ofendido acabou por ocorrer como causa direta e necessária das agressões de que foi alvo, o que os arguidos deveriam ter previsto que iria ocorrer, face à violência das agressões e às zonas do corpo visadas.

Ora, após ter sido feita uma súmula dos factos, há que fazer referência às questões controversas deste processo.

Uma delas foi a admissibilidade da valoração das declarações prestadas pelos arguidos em sede de inquérito relativamente aos co-arguidos, no caso em que o arguido que presta declarações se recuse a ser sujeito ao contraditório, ou seja, a responder às questões que lhe sejam colocadas pelo tribunal ou pelos intervenientes processuais, designadamente porque em audiência de julgamento opta pelo direito ao silêncio. O tribunal considerou que tal seria admissível, ao contrário do que defenderam os arguidos em sede de alegações finais, uma vez que o tribunal lhes deu a possibilidade de sobre elas se pronunciarem ou exercerem o contraditório, visto que em audiência de julgamento, após a reprodução sonora dessas declarações, o tribunal questionou os arguidos sobre se se queriam pronunciar sobre as declarações dos arguidos, sendo que apenas dois deles demonstraram essa vontade. De qualquer forma, acabou o tribunal por valorar esta prova apenas quando corroborada por outros meios de prova, por não terem sido entendidas como isentas e seguras relativamente a co-arguidos.

Outra questão controversa relaciona-se com a justificação da comprovação da presença de um dos arguidos ter sido feita através da sua impressão lofoscópica. Ainda que num caso normal valesse como uma prova direta do crime, neste caso a questão foi dúbia, uma vez que a defesa do arguido invocou que a impressão lofoscópica se encontrava na casa onde ocorreram os factos, por este ter estado a

realizar trabalhos de reparações por diversas vezes em casa da vítima, tendo o arguido confirmado que a última vez teria sido cerca de um mês antes da data dos factos. Esqueceu-se, todavia, de que nessa altura o ofendido não estava na sua residência, mas sim num internamento hospitalar e em instituições de reabilitação por período prolongado, do qual só regressou poucos dias antes da sua morte. Logo, essa sua versão dos factos caiu por terra e foi afastada pelo tribunal. Confrontado com esta questão, veio então o arguido dizer que os trabalhos tinham sido realizados, no mínimo, cinco ou seis meses antes da data dos factos. Os técnicos do laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária referiram que, ainda que não seja possível saber em que data concreta foi feita uma impressão lofoscópica no local onde acabou por ser recolhida, existe um período de duração dessa impressão que não era compatível com a data em que o arguido afirmou ter estado na residência da vítima e lá ter deixado a sua impressão palmar, uma vez que, naquele caso concreto, considerou o perito que um mês já seria exagerado como prazo possível de duração do vestígio, de modo a poder ser recolhido com as técnicas conhecidas para esse efeito.

Em sede de acórdão, apenas foi possível provar e identificar concretamente três dos arguidos como presentes no dia e local dos factos e, por essa razão, três dos arguidos foram absolvidos dos crimes pelos quais vinham acusados, tendo os outros arguidos sido condenados pela prática, em co-autoria material, de um crime de roubo agravado pelo resultado morte, p. e p. pelo art.210.º, n.º 1 e n.º 3, na pena de onze anos de prisão

Parte II – A Pornografia de Menores: Análise do art. 176.º do CP e questões controversas

Nota introdutória

Antes de analisarmos a questão central deste relatório, importa fazer referência aos quatro processos a que tive acesso durante o meu estágio curricular, e que levantaram algumas das questões que serão debatidas *infra*. De forma a facilitar a associação a cada caso ao longo deste relatório, atribuirei um nome a cada um deles. Apresento, então, uma pequena súmula de cada um, sendo que o contorno da matéria de direito será feito ao longo do relatório. Através da leitura dos casos *infra* será perceptível uma repetição da terminologia dos factos provados, todavia esta repetição é propositada. Impera, de facto, acompanhar de perto as informações inseridas nos diferentes acórdãos, no sentido de tornar perceptível que, para casos com uma factualidade em tudo semelhante, tenham sido proferidas decisões bastante diversas.

1) Caso Europol¹²

Este caso começou com um rastreio aleatório de busca de partilhas da Europol que identificou através dos seus métodos de pesquisa e certificação de downloads, IPs a partir dos quais foi descarregado material pornográfico com menores, informação que depois foi comunicada às autoridades portuguesas, nomeadamente, à Polícia Judiciária. Embora com diferentes dimensões, as condutas dos Arguidos traduziram-se no seguinte: os arguidos acederam *on-line* a conteúdos informáticos contendo fotografias e vídeos de pornografia com menores, conteúdos esses que descarregaram transpondo-os para os seus sistemas. Através da conservação de tais conteúdos, os arguidos disponibilizaram parte destes para ser acedida por terceiros, no âmbito do uso dos programas de partilha

¹² Processo: 499/15.0JDLSB.

que tinham instalados e em funcionamento nos seus aparelhos informáticos. As evidências permitiram, assim, provar a efetiva descarga desse material a partir dos respetivos IPs. O carácter pornográfico dos conteúdos, estabelecido pericialmente e com correspondência nas bases de dados referenciadas e identificadas da Europol preencheu o elemento objetivo do tipo do crime de pornografia de menores. Desta forma, ainda que não de maneira uniforme, os arguidos foram condenados por vários crimes de pornografia de menores p. e p. pelos arts. 176.º/n.º1/b), c) e d), agravados pelo 177.º/n.º7 e ainda pelo 176.º/n.º5.

Os arguidos foram todos condenados num crime de pornografia de menores p. e p. pelos arts. 176.º, n.º1, als. b), c) e d), agravado nos termos do art. 177.º, n.º7 em penas parcelares concretas que variaram entre os três anos e os quatro anos e nove meses de prisão e num crime de pornografia de menores p. e p. pelo art. 176º, n.º5. em penas parcelares concretas que variaram entre oito meses a um ano e oito meses de prisão. Estas penas resultaram em penas cumuladas de prisão efetiva que variaram entre os três anos e seis meses e os cinco anos e quatro meses, tendo sido absolvidos dos restantes crimes em que vinham acusados.

2) Caso Redes Sociais¹³

Neste caso, o que se mostrou especialmente interessante e que importa analisar, é a conduta do arguido que foi condenado(tendo sido aplicado o CP na versão anterior à redação introduzida pela Lei n.º 103/2015, de 24.08, ou seja, na redação da Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro), relativamente a seis menores, pela prática de um crime de abuso sexual de crianças p. e p. art. 171.º, n.º 3, als. a) e b, na pena parcelar concreta de um ano e seis meses; relativamente a cada uma das onze menores pela prática de um crime de pornografia de menores, p. e p. pelo art.176.º, n.º 1, al. b) e c), agravado nos termos do art.177.º, n.º 6, em penas parcelares concretas que variaram entre os dois e os três anos de prisão; relativamente a uma das vítimas foi condenado pela prática de um crime de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo art.171.º, n.º 2 em concurso aparente com um crime

¹³ Processo n.º 476/15.1PELSB.

de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo art.171.º, n.º 3, als. a) e b), na pena parcelar concreta de cinco anos de prisão; relativamente a duas das menores foi condenado pela prática de um crime de atos sexuais com adolescentes, p. e p. pelo art.173.º, n.ºs 1 e 2, na pena parcelar concreta de um ano e seis meses de prisão, por cada uma das adolescentes; relativamente a outra menor pela prática de um crime de importunação sexual, p. e p. pelo art.170.º, na pena parcelar concreta de seis meses de prisão e pela prática de um crime de coação, consumado, p. e p. pelo art.154.º, n.º 1, numa pena parcelar concreta de nove meses de prisão; relativamente a uma menor pela prática de um crime de importunação sexual, p. e p. pelo art.170.º, na pena parcelar concreta de seis meses de prisão. Foi ainda condenado, em relação aos ficheiros encontrados no telemóvel e no computador, pela prática de dois crimes de pornografia de menores, p. e p. pelo art.176.º, n.º5, nas penas parcelares concretas, respetivamente, de um ano de prisão e um ano e seis meses de prisão. Foi aplicada, em cúmulo jurídico, a pena de catorze anos de prisão efetiva.

Estes crimes foram imputados em referência a doze vítimas, com quem o arguido teve um contacto direto, e relativamente a dois dispositivos de armazenamento apreendidos, que continham materiais pornográficos.

De forma a fornecer um enquadramento factual, em data não concretamente apurada, mas anterior a 2012, o arguido, com o propósito de satisfazer os seus instintos libidinosos, formulou um plano que consistia em estabelecer contactos com menores do sexo feminino através de diversas aplicações e *chats* da internet (*Sayhi!*, *Whatsapp*, *Facebook Messenger*, *Viber*, *Skype*, *Badoo*, *Waplog*, *Qeep*, *Kik*, *Meet me*, *Twitter*, *Snapchat* e *Twoo*), no sentido de estabelecer uma relação de confiança com as mesmas. Através destas aplicações e respetivos *chats*, o arguido encetou conversas com diversas menores e, após criar uma relação de confiança, manteve conversações de teor sexual incitando-as ao envio de ficheiros de imagem e de vídeo, nos quais se visualizavam as menores em poses sensuais, a exhibir os seus órgãos genitais e os seus seios, com e sem roupa, e a introduzirem os seus dedos ou outros objetos nas suas vaginas, aí os friccionando. Durante essas conversações, o arguido enviava ainda às menores diversos ficheiros, de imagem e de vídeo, nos quais se visualizava, entre outros, o corpo do mesmo desnudado, o

seu pénis ereto e a friccionar esse órgão e, nalgumas ocasiões, a ejacular. Também nessas circunstâncias, o arguido solicitou às menores que, através da webcam ou da câmara do telemóvel, por videochamada, se despissem, exibissem os seus órgãos genitais e introduzissem os seus dedos ou outros objetos nas suas vaginas, enquanto o arguido as visualizava a praticar tais atos ao mesmo tempo que friccionava o seu pénis, efetuando movimentos de vaivém, até ejacular. Noutras ocasiões, o arguido, em conversação com as menores, aliciou e combinou encontros com as mesmas, o que, por vezes, logrou concretizar. Nesses encontros, que ocorriam, essencialmente, na residência do arguido, mas também na residência das menores, o arguido manteve com as menores diversos atos sexuais. Com o propósito de continuar a manter tais contactos e de aliciar as menores a manterem as descritas conversas e a efetuarem os referidos vídeos e fotografias, o arguido, nalgumas dessas situações, procedia ao carregamento dos seus cartões de telemóvel.

3) Caso Facebook¹⁴

Neste caso, o que importa analisar, à semelhança do caso anterior, é a conduta do arguido que foi condenado por sete crimes de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. pelo art.176.º-A, n.os 1 e 2, em penas parcelares concretas que variaram entre os cinco e os seis meses de prisão, por quatro crimes de abuso sexual de crianças, p. e p. pelo art. 171.º, n.º3, al. a), b) e c) na pena parcelar concreta de um ano de prisão por cada um deles, por quatro crimes de pornografia de menores, p. e p. pelo art.176.º, n.º 1, al. b) e c), agravado pelo art.177.º, n.º 7 e 176.º, n.º5, em penas parcelares concretas que variaram entre um ano e seis meses e o dois anos; relativamente a quatro menores, pelo crime de recurso à prostituição de menores, p. e p. pelo art. 174.º, n.os 1 e 2, em penas parcelares concretas que variaram entre um ano e três meses e dois anos. E, ainda, por treze crimes de pornografia de menores, p. e p. pelo art.176.º, n.º 1, al. b) e n.º5, na pena parcelar

¹⁴ Processo n.º 87/17.7JDLSB.

concreta de um ano e três meses por cada um deles. Foi aplicada, em cúmulo jurídico, a pena de dez anos de prisão efetiva.

Estes crimes foram imputados em referência a nove vítimas, com quem o arguido teve um contacto direto, e, ainda, relativamente a dispositivos de armazenamento apreendidos, que detinham materiais pornográficos com menores, onde constavam mais treze menores identificadas pelo Tribunal.

Efetivamente, o *modus operandi* do agente, em data não concretamente apurada, mas anterior a 2015, passava por estabelecer contacto com as menores através da rede social *Facebook*, por forma a estabelecer uma relação de confiança com as mesmas. Através da rede social e respetivo *chat*, o arguido encetou conversas com diversas menores e, após cultivar um ambiente de confiança, manteve conversações de teor sexual e incitou-as ao envio de ficheiros de imagem e de vídeo nos quais se visualizavam as menores em poses sensuais, a exhibir os seus órgãos genitais e os seus seios, com e sem roupa, e a introduzir os seus dedos ou outros objetos nas suas vaginas. Durante as conversações, o arguido enviava às menores diversos ficheiros, de imagem e de vídeo, nos quais mostrava o corpo desnudado, o seu pénis ereto, e, ainda, a friccionar o seu pénis e a ejacular. Ainda durante as conversas o arguido aliciou e combinou encontros com as menores, o que, por vezes, logrou. Por último, como contrapartida pela prática de atos sexuais que mantivessem aquando de tais encontros, o arguido ofereceu-lhes diversas quantias monetárias, logrando dessa forma, em determinadas circunstâncias, que as menores os praticassem.

4) Caso Múltiplas Menores¹⁵

Neste caso, analisamos, mais uma vez, a conduta do arguido, que se encontrava preso ao abrigo do processo anterior (sendo o único arguido em ambos). Foi condenado nas penas parcelares, tendo sido aplicado a versão anterior à redação introduzida pela Lei n.º 103/2015, de 24.08, ou seja, na redação da Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, em referência a três menores, por dezasseis crimes

¹⁵ Processo: 418/14.1JDLSB.

de recurso à prostituição de menores, p. e p. pelo art. 174.º, n.os 1, 2 e 3, agravados pelo art.177.º, n.º 5, na pena parcelar concreta de doze meses de prisão por cada um dos crimes e, relativamente a uma menor, pelo mesmo crime, mas numa pena parcelar concreta de dois anos de prisão por cada um dos crimes; ainda, por dois crimes relativos a duas menores, de recurso à prostituição de menores agravados pela idade cometidos na forma tentada, na pena parcelar concreta de seis meses de prisão por cada um dos crimes; por três crimes de pornografia de menores, p. e p. pelo art.176.º, n.º 1, al. b), agravado pelo art.177.º, n.º 5, na pena parcelar concreta de um ano e três meses de prisão por cada um dos crimes. Estes crimes vêm imputados em referência a sete vítimas, com quem o arguido teve um contacto direto. Foi aplicada, em cúmulo jurídico, a pena de seis anos de prisão efetiva.

Em data não concretamente apurada, mas anterior a setembro de 2013, o arguido, com o propósito de satisfazer os seus instintos libidinosos, formulou um plano que consistia em criar diferentes perfis na rede social *Facebook*, para dessa forma estabelecer contactos com menores através desta rede social e de outras redes e *sites* de encontros e conversação, e estabelecer uma relação de confiança com as mesmas. Através das redes sociais, o arguido encetou conversas com diversas menores e, após ganhar a confiança daquelas, manteve conversações de teor sexual e obteve ficheiros de imagem nos quais se visualizavam tais menores em poses sensuais, a exhibir os seus órgãos genitais e os seus seios, com e sem roupa. Nessas conversações, o arguido aliciou e combinou encontros com tais menores, o que por vezes logrou. Como contrapartida pela prática de atos sexuais que mantivessem aquando de tais encontros, o arguido oferecia-lhes quantias monetárias.

Capítulo I – A Evolução do CP em matéria de crimes de natureza sexual contra menores e o surgimento do crime da pornografia de menores

Nesta secção vamos analisar a evolução do CP no referente aos crimes de natureza sexual de forma a podermos obter uma perspetiva mais concreta sobre o surgimento da tipificação e punição do crime de pornografia de menores.

A referência ao crime de pornografia de menores só chegou ao nosso ordenamento jurídico com a alteração ao CP de 1995, por via do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março¹⁶. Uma das alterações passou pela integração dos crimes sexuais no “Título I – Dos Crimes contra a pessoas”, justificada pelo legislador no preâmbulo pela “necessidade de corrigir o desequilíbrio entre as penas previstas para os crimes contra as pessoas e os crimes contra o património, propondo-se uma substancial agravação para os primeiros”¹⁷, mais concretamente no Capítulo V sobre a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, onde a referência à pornografia de menores se encontrava nos arts.172.º, n.º3, al.b) e n.º 4 e 173.º, n.os 2 e 3 na secção dedicada aos “Crimes contra a autodeterminação sexual”. Nas palavras de Teresa Pizarro Beleza “o pecado — como sombra da censura social suportando padrões morais de comportamento — cedeu o passo à preservação da liberdade individual”¹⁸. Vinha previsto no art.178.º que o procedimento criminal dependia de queixa, com a exceção de se observar o resultado suicídio ou morte da vítima, ou, caso a vítima fosse menor de 12 anos, podia ser o Ministério público a dar início ao processo, desde que imposto por razões de interesse público.

Com a introdução da Lei n.º65/98, de 2 de setembro a criminalização da pornografia de menores de 14 anos foi objeto de uma extensão, tendo passado a

¹⁶ Publicado no *Diário da República*, I Série-A, n.º63, de 15/03/1995, pp.1350-1416. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/185720>> [Consult. 15/12/2019].

¹⁷ FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, 2018 (cit.nota 9), p.228.

¹⁸ BELEZA, Teresa Pizarro “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na Revisão do Código Penal”, Separata de Jornadas de Direito Criminal - Revisão do Código Penal, Vol.I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1996, p.159.

incluir a exibição ou cedência destes materiais, punindo essa conduta com pena de prisão até 3 anos¹⁹.

A Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, introduziu mais uma alteração ao art.º 172.º, referente ao “Abuso sexual de crianças”, através da inserção de uma condição penalizadora, nomeadamente na al. e) no n.º 3, com a seguinte redação: “Detiver materiais previstos na al. c) [fotografia, filme ou gravações pornográficas], com o propósito de os exibir ou ceder”²⁰.

Todavia, foi apenas após a publicação da Lei n.º 51/2007, de 31 de agosto, em que foram definidos “objetivos, prioridades e orientações de política criminal, para o biénio de 2007-2009” – em cumprimento no disposto pela Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que aprovou a Lei-quadro da Política Criminal –, através da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, correspondente à 23.ª alteração ao CP, que o crime de pornografia de menores foi autonomizado sob esta epígrafe, concretizando-se no art. 176.º²¹. Além disto, foram também ampliadas as condutas punidas por este crime, passando a ter a seguinte redação:

“Artigo 176.º

Pornografia de menores

1 - Quem:

a) Utilizar menor em espetáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;

b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;

c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;

d) Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 - Quem praticar os atos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.

¹⁹ FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, 2018 (cit. nota 9), p.235.

²⁰ *Idem*, p.237.

²¹ *Idem*, p.241.

3 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.

4 - Quem adquirir ou detiver os materiais previstos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

5 - A tentativa é punível”.

A fonte destas alterações proveio do “Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos das Crianças sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil”, da Assembleia Geral da ONU, entre outros instrumentos internacionais²².

A Lei n.º103/2015, de 24 de Agosto, correspondente à 39.ª alteração do CP, consubstanciou a última modificação do artigo em apreciação até à data da redação deste relatório. Algumas das alterações mais relevantes foram a criação do “Sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade de menor”, numa transposição da Diretiva 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011²³. E, especificamente no que toca ao crime de pornografias de menores, a punição da conduta que tiver recorrido a violência ou ameaça grave (n.º3 do art.º176.º), alteração ao nível das penas, dependendo das condutas tipificadas, com inserção expressa de “intencionalmente” (n.os 5 e 7 do art.º 176.º), a penalização da aquisição e acesso intencional a pornografia de menores, através de sistema informático ou qualquer outro meio (n.º5 do art.º176.º) e supressão da pena de multa (n.º5 do art. 176.º)²⁴.

²² FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, 2018 (cit.nota 9), p.250.

²³ *Idem*, p.259.

²⁴ *Idem*, pp.268 e 269.

Capítulo 2 – O conceito de pornografia de menores

O nosso legislador não delimitou o conceito de pornografia de menores, neste sentido, há que recorrer a outros diplomas.

Em primeiro lugar, cabe fazer um recorte ao que é considerado pornografia. Inês Ferreira Leite²⁵ utiliza o conceito presente no Código Penal Brasileiro, onde é referido que será pornográfico “todo o objecto ou a todo o espetáculo, ou parte dele, consistentes essencialmente e manifestações ou apelos do instinto sexual expresso com a reprodução, com a representação, ou com a exibição de órgãos genitais”. A autora acaba assim por considerar tratar-se de pornografia atividades sexuais, representadas ou descritas, que, sem terem um contexto científico, sejam objetivamente aptas à provocação ou excitação sexual ²⁶.

M.Miguez e J.M.Castela Rio fazem ainda um paralelismo e diferenciação entre o que é a pornografia e o erotismo, particularmente quando consideram que a pornografia “(...)constitui, talvez, a manifestação mais imediata da sexualidade, uma vez que, ao contrário do erotismo, não estabelece mediação entre o espectador e o objeto do seu desejo. Nada é sugerido, ou sequer revelado; tudo é exibido”, KISTINA ORFALI, 1991, p.599”²⁷.

Tendo consolidado o que deve ser considerado quando falamos em pornografia, cabe agora delimitar o conceito de pornografia de menores. O Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos das Crianças, Relativo à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil, aprovado pela Resolução da Assembleia da República nº16/2003²⁸, ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº14/2003 (in DR, 1 Série-A, de 05-03-2003) e a Recomendação do Conselho da Europa REC (2001) 16, avança com um conceito

²⁵ LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia - Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Almedina, Coimbra, 2004, p.53.

²⁶ *Idem*, p.54.

²⁷ GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, *Código Penal - Parte geral e especial*, 3ªEd., Coimbra, Almedina, 2018, pp.732 e 733.

²⁸Publicado no *Diário da República*, I Série-A, n.º54, de 05/03/2003, pp.1492-1501. Disponível em: <<https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/legislacao/direito-internacional-publico/onu/resolucao-da-assembleia-da-republica-n-162003-pdf.aspx>> [Consult. 15/12/2019].

de pornografia infantil abrangente correspondente a “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”.

A acrescentar a isto, temos ainda a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22-12-2003²⁹, que define pornografia infantil no art.1.º, al.b) como “qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamento sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas”, o que veio a ser reafirmado na Diretiva 2011/92/EU, de 27-10-2011³⁰.

Ao nível da doutrina nacional, dizem-nos José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro³¹ que – em referência às alíneas a) e b) do n.º1, do art.176.º/1 – “A natureza «pornográfica» dos atos referidos abrange menores em atividades sexuais, exibindo órgãos sexuais, ou em pose, posturas ou comportamentos suscetíveis de causar estímulo, excitação ou impulso sexual”, o que corresponde à definição adotada na Convenção de Lanzarote³².

Por outro lado, M.Miguez e J.M.Castela Rio³³ fazem uma interpretação mais restritiva do conceito, ao considerarem como pornografia de menores “o material pornográfico que retrata ou representa visivelmente uma pessoa real que aparente ser um menor (todo o menor de 18 anos) implicada ou coenvolvida numa conduta sexualmente explícita.”.

²⁹ Jornal Oficial da União Europeia, de 20/01/2004, L 13/44-48. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004F0068&from=LV>> [Consult. 15/12/2019].

³⁰ Jornal Oficial da União Europeia, de 17/12/2011, L 355/1-14. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0093&from=EN>> [Consult. 15/12/2019].

³¹ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.220.

³² Disponível em: < <https://rm.coe.int/168046e1d8>> [Consult. 17/12/2019]. No artigo 20.º, n.º2 “(...) a expressão «pornografia de menores» designa todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais.”.

³³GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, 2018 (cit.nota 27), p.731.

A conceção apresentada por Figueiredo Dias³⁴, que data de 1999, já não terá total compatibilidade com a visão de pornografia de menores atual, devido às sucessivas alterações que este artigo tem sofrido, e à distância temporal do escrito do autor, isto porque a conceção revela-se redutora ao exigir que, para que seja classificado como pornografia de menores, o material “(...) deve exprimir, segundo o seu conteúdo objetivo, que ele é idóneo, segundo as circunstâncias concretas da sua utilização, a excitar sexualmente a vítima, ultrapassando por isso notoriamente, em abstrato, os limites permitidos por um desenvolvimento sem entraves da personalidade do menor na esfera sexual.”, sendo que facilmente identificamos modalidades deste crime, trazidas para o texto legal depois da publicação do autor, como a pedopornografia virtual, onde não há nenhuma vítima “real”/física.

Após análise das diferentes correntes de pensamento penal que divergem em relação ao conceito de pornografia de menores, este relatório defende que “pornografia de menores” inclui, cumulativamente, a representação de menores em atos sexuais e a exposição dos órgãos sexuais de menores, sendo a última para fins sexuais ou com o propósito de provocar a excitação ou estímulo sexual no consumidor destes materiais. Esta noção é uma consequência do acesso generalizado às redes sociais: a partilha de fotografias de crianças total ou parcialmente desnudas no banho ou na praia é comum, de modo que considerar tais imagens como pornografia de menores consubstanciaria uma extrapolação do que é comumente considerado material pornográfico, uma vez que não possuem o idóneo cariz sexual.

³⁴DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.542.

Capítulo 3 – Tipo objetivo do ilícito

Começamos este capítulo com referência ao escrito de Figueiredo Dias quando este refere que “Em qualquer tipo de ilícito objetivo é possível identificar os seguintes conjuntos de elementos: os que dizem respeito ao autor; os relativos à conduta; e os relativos ao bem jurídico. Com efeito, todos os tipos incriminadores devem, na sua revelação objetiva, precisar quem pode ser autor do respetivo tipo de crime; qual a conduta em que este se consubstancia; e, na medida possível, dar indicação, explícita ou implícita, mas sempre clara, do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s).”³⁵.

3.1. O autor e a vítima

O autor deste crime pode ser todo aquele que, independentemente da orientação sexual, identidade de género ou sexo, tenha mais de 16 anos³⁶.

A vítima, por outro lado, terá que ser menor de idade, não sendo relevante a sua experiência sexual. Todavia, com a ressalva presente no n.º6, onde a vítima terá que ser menor de 16 anos, e o agente maior de 18 anos³⁷. Relativamente à representação realista de menor, o entendimento adotado neste relatório será desenvolvido *infra*, aquando do subcapítulo do bem-jurídico e modalidades do crime de pornografia de menores.

Neste crime, de forma a ser determinada a idade da vítima, nos casos em que não é possível a sua identificação, será realizada, através de uma perícia aos materiais, e nos termos do art.151.º e ss. do CPP, sendo requerida ao Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses (INMLCF) a análise dos materiais encontrados. Destas perícias provém um parecer sobre a idade aparente dos menores, ou seja, não é determinada uma idade concreta, mas sim um intervalo

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, Coimbra, GESTLEGAL, 2019, p.342.

³⁶ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.229.

³⁷ *Idem*.

etário. Este parecer será fundamentado na escala conhecida por “Estádios de *Tanner*”^{38/39}.

Acrescenta-se, ainda, uma pequena nota relativamente à questão do consentimento. No caso de se tratarem de menores de 14 anos este é completamente irrelevante, na medida em que existe uma presunção que estes não são capazes de se autodeterminarem sexualmente⁴⁰. Todavia, Mouraz Lopes e Tiago Milheiro⁴¹ dão-nos o exemplo de, nos casos em que os menores têm mais de 14 anos e, particularmente, quando têm mais de 16 anos (idade em que é entendido pelo legislador como suficiente para conseguirem avaliar o sentido e o alcance do ato de consentir) e o agente for também ele menor de 18 anos, tendo estes a iniciativa de tirarem fotos, ou fazerem filmagens de cunho sexual, deverá ser a conduta tida como atípica, desde que seja mantida no círculo pessoal que é abrangido pelo consentimento. O que, conseqüentemente, significa que, caso esse material seja divulgado, deverá a conduta assumir a relevância penal que lhe seria normalmente devida.

3.2. O bem-jurídico do crime e das suas modalidades

Uma das questões mais controversas inerente ao crime de pornografia de menores, ao nível da jurisprudência e da doutrina, é a temática envolvente do bem jurídico. Assim, nesta secção vamos assim procurar avaliar o art.176.º e respetivos números e alíneas de diferentes perspetivas jurídicas, de modo a obter uma leitura clara que possibilite a identificação do bem jurídico.

³⁸ PINTO, Ângela, “Crime De Abuso Sexual De Menores Com Recurso À Internet: Enquadramento Jurídico, Prática E Gestão Processual” in *Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal*, Vol.I, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp.109-154, disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Trabalhos_Tematicos_Direito_Processo_Penal_Vol_I.pdf>[Consult. 20/12/2019], p.113.

³⁹ Fonseca, Paulo, *Adolescência*, in OLIVEIRA, Guiomar, SARAIVA, Jorge, *Lições de Pedriatria*, Vol.I, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017 [245-258], disponível em <<http://hdl.handle.net/10316.2/43115>>[Consult. 13/fev/2020], p.252. A escala de Tanner consiste numa escala que classifica o desenvolvimento pubertário em cinco estados, sendo que existem diferentes critérios consoante o sexo do menor, com o intuito, no caso da pornografia de menores, de determinar o intervalo etário em que se encontrará o menor retratado nos materiais de pornografia de menores.

⁴⁰ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.230.

⁴¹ *Idem*.

Impera referir que neste relatório adotamos a aceção de bem jurídico que nos é apresentado por Figueiredo Dias como sendo “(...) 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”⁴².

Para poder ser considerado um bem jurídico tutelável é necessário que se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido, sendo este último tido como padrão e critério de referência no quadro da atividade punitiva do Estado⁴³. Neste seguimento, para que a atuação estatal possa ser legitimada, a acompanhar a violação do bem-jurídico penal (ou perigo de, nos casos dos crimes de perigo que iremos desenvolver *infra*) é necessário que essa intervenção consubstancie uma natureza indispensável à livre realização da personalidade de cada um na sociedade⁴⁴.

Ao lado dos bens jurídicos pessoais são ainda reconhecidos pela maioria da doutrina os chamados bens jurídicos coletivos ou supra-individuais⁴⁵, que visam a tutela de bens coletivos, comunitários ou sociais⁴⁶, devendo ser afastada a convicção de que apenas podem ser validados os bens jurídicos supra-individuais quando possam, em última instância, ser reconduzidos à proteção de bens jurídicos individuais⁴⁷. Sendo assim, aos bens jurídicos supra-individuais é reconhecida legitimidade dogmática, devendo ser aceites como autênticos bens jurídicos⁴⁸, sendo que neste a punição direta de certas condutas continua a ter como objeto alvo de proteção um bem jurídico, mas de natureza coletiva⁴⁹. A proteção penal passa, então, pela proibição das condutas que socialmente produzem os riscos que o bem jurídico visa tutelar⁵⁰.

⁴²DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.130.

⁴³ *Idem*, pp.136 e 137.

⁴⁴ *Idem*, pp.146 e 157.

⁴⁵ Neste sentido, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), pp.107 e 171.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Idem*, pp.168 e 169.

⁴⁸ *Idem*, p.150.

⁴⁹ *Idem*, p.154.

⁵⁰ DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.32.

Atualmente, é unânime na doutrina que violações de cariz moral não poderão integrar o conceito material de crime, uma vez que, tal como já referimos no capítulo do enquadramento histórico, o direito deixou de tutelar a moral e os bons costumes, para dar lugar, no caso dos crimes sexuais, à proteção da liberdade e autodeterminação sexual⁵¹. Neste sentido *Karl Natscheradetz*⁵² teorizava, em 1985, que a liberdade sexual seria o único bem jurídico a ser protegido nos crimes sexuais, uma vez que, por se tratarem de crimes cometidos diretamente contra o indivíduo, o que se está a proteger é um bem pessoal.

O crime de pornografia de menores encontra-se na secção referente aos crimes contra a autodeterminação sexual. Todavia, existe alguma divergência doutrinária quanto a esta classificação do bem jurídico. Por um lado, há quem defenda que o bem jurídico tutelado é a proteção da autodeterminação sexual dos menores. Por outro lado, existem autores que consideram que o que se está a proteger é a liberdade sexual. Ainda, numa outra perspetiva, há quem entenda que se está a tutelar um bem jurídico supra-individual de proteção da infância e juventude (criando uma ligação com a dignidade dos menores num grau de proteção supra-individual). Por fim, existe uma tese intermédia, que defende pela presença de mais do que um bem jurídico no mesmo artigo.

Com a conceção que aponta para a liberdade sexual em sentido amplo como bem jurídico integrante nestes crimes, temos Inês Ferreira Leite⁵³ que justifica esta opção através da necessária consagração do menor como titular da sua liberdade sexual, devendo a idade não ser motivo de afastamento desta titularidade, mas apenas critério de diferenciação na sua concretização. Nos casos em que a idade do menor não admitir sequer uma capacidade para a autodeterminação, diz-nos a autora que a doutrina invoca, assim, a proteção do desenvolvimento livre da

⁵¹ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.141. Também Manuel Da Costa Andrade defende a ilegitimidade da instrumentalização do Direito Penal como forma de utilização das normas para condenar uma qualquer moralidade, in ANDRADE, Manuel da Costa – Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.387.

⁵² NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*, Coimbra, Almedina, 1985, p.155.

⁵³ LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.28.

personalidade no que é concernente à sexualidade, baseando esta perspetiva nessa falta de formação da vontade⁵⁴.

Com um entendimento semelhante, Ana Rita Alfaiate ⁵⁵ diz-nos que, dentro da liberdade sexual, encontramos uma dupla vertente: uma vertente negativa, onde se inclui o direito de cada um de não suportar intrusões, que padeçam da falta do seu consentimento, por parte de terceiros na sua sexualidade; e uma vertente positiva, que se reflete no direito de cada um dispor do seu próprio corpo livremente. Sendo assim, a liberdade sexual é concretizada plenamente quando é encontrado o ponto de equilíbrio entre o mínimo de compressão da vertente negativa e o máximo potenciador da sua vertente positiva⁵⁶. Em particular, quando nos referimos a crimes sexuais contra menores, o bem jurídico em causa deve ser entendido como o de liberdade sexual⁵⁷ em sentido amplo, uma vez que a autodeterminação sexual permite a progressiva autonomia do titular da liberdade sexual, que começa sem capacidade para se autodeterminar, mas que, gradualmente, a adquire⁵⁸.

Todavia, a autora acaba por concluir que, para que a criminalização de uma conduta independentemente da vontade exteriorizada pelo menor possa ser aceite, o que se está a tratar é de um bem jurídico supra-individual⁵⁹. Assim, o que se estará a tentar proteger é a infância e a juventude, que foi constitucionalmente assumido como compromisso de proteção pelo Estado nos arts. 69.º e 70.º da CRP, revestindo, assim, não uma ampliação do escopo do bem jurídico liberdade sexual, mas sim um bem jurídico autónomo, onde a criminalização é feita independentemente da valoração feita da ofensa pelo menor. É esta supressão da vertente positiva da liberdade sexual suprarreferida que justifica a essência supra-individual deste bem jurídico. Este bem-jurídico deveria, então, ser acolhido pelo

⁵⁴ No mesmo sentido, BELEZA, Teresa Pizarro, 1996 (cit.nota 18), p.11, pois afirma que “o bem jurídico protegido, será em qualquer caso, a liberdade sexual. Liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem para os adultos; liberdade de crescer na relativa inocência até à adolescência (...)”.

⁵⁵ ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.86.

⁵⁶ *Idem*, p.88.

⁵⁷ De acordo com isto, LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), pp 28 e 29.

⁵⁸ ALFAIATE, Ana Rita, 2009 (cit.nota 56), p.90.

⁵⁹ *Idem*, pp.97 e 98.

prisma da dignidade penal das condutas, na medida em que se torna irrelevante a aderência à execução por parte dos sujeitos, não sendo relevante a idade ou discernimento⁶⁰. Sendo assim, mesmo que não se efetive qualquer dano ou não subsista qualquer perigo para a vítima, não é afastada a punibilidade da conduta uma vez que o bem jurídico não está na disponibilidade da vítima⁶¹.

Em concordância com a tese defensora da existência de um bem jurídico supra-individual, M.Miguez Garcia e J.M. Castela Rio⁶² apontam neste sentido, ainda que implicitamente, ao referirem que as quatro variáveis nas quais se fragmenta o artigo em análise, tutelam, em primeira linha, a juventude, e, na qualidade de crimes de perigo abstrato, a concorrência para a diminuição tanto do número de destinatários dos materiais, como do flagelo do turismo sexual de menores.

Também foi defendido pelo Tribunal (Caso Facebook) que o bem jurídico “(...) vai para além da liberdade e autodeterminação sexual para atingir um novo patamar que se prende com a defesa da imagem e identidade do menor, poupando-o a um flagelo prolongado no tempo, nomeadamente quando houver partilha dessas imagens com terceiros.”.

Não obstante, há autores, aos quais de seguida iremos fazer referência, que diferenciam o bem jurídico segundo as modalidades presentes no art.176.º. Após reflexão, optámos então pela classificação do bem jurídico relativamente a cada uma das modalidades, por considerarmos que, para poder proceder a essa classificação é necessário olhar para a forma como o tipo foi construído, porque o tipo de conduta que o legislador proíbe, permite aferir que interesses jurídicos quer ele proteger. Sendo que, como veremos *infra*, as modalidades revelam condutas e interesses tutelados diferentes.

⁶⁰ ALFAIATE, Ana Rita, 2009 (cit.nota 56), p.101.

⁶¹ *Idem*.

⁶² GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, 2018 (cit.nota 27), p.731.

a) Al. a) e b) do n.º1 – A utilização de menor

No caso das alíneas a) e b) do n.º1, a punição recai sobre quem utilizar menor para intervir como modelo, ator ou participante no espetáculo, fotografia, filme ou gravação ou tirar a fotografia, fazer o filme ou realizar a gravação.⁶³

Referente à modalidade presente na alínea a), espetáculo pornográfico é concebido como a representação da prática pelo menor de atos sexuais de relevo, de contacto de cariz sexual, ato exibicionista ou até a sua simples presença física no meio dos outros intervenientes do espetáculo. Este não tem que ser público, nem remunerado, bastando que seja aberto a que terceiros possam assistir ou intervir. Não tem que ser visual, podendo ter natureza meramente sonora⁶⁴. Caso o menor seja um mero espectador do espetáculo, a conduta do agente que o levou é punida nos termos do art.171.º, n.º1, al.b), e não pelo artigo 176.º,n.1, al.a)⁶⁵.

Quanto à alínea b), foram anteriormente qualificadas – aquando da apreciação do conceito de pornografia de menores – quais seriam as fotografias, vídeos ou gravações aptas a enquadrar esta modalidade.

Mouraz Lopes e Tiago Milheiro⁶⁶, no que respeita às alíneas em análise, sustentam que o bem jurídico em causa será o da liberdade e autodeterminação sexual dos menores envolvidos, na medida em que esta é colocada em causa pela conduta do agente, seja a de quem intervém diretamente nos factos como a de quem alicia o menor para a participação no espetáculo ou para a fotografia, filme ou gravação pornográficos.

De igual forma, Maria João Antunes e Cláudia Santos⁶⁷ referem que, através da inclusão pelo legislador do crime de pornografia de menores na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, é possível detetar a intenção de demarcar

⁶³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ªEd., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015, p.701.

⁶⁴ *Idem*, p.538.

⁶⁵ *Idem*, p.685 e 686.

⁶⁶ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.220.

⁶⁷ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, in DIAS, Jorge Dias de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012 [878-886], p.880.

que o bem jurídico protegido pela incriminação seria o livre desenvolvimento da vida sexual do menor de 18 anos de idade em relação a conteúdos ou materiais pornográficos. Todavia, não deixam de tecer críticas quanto a esta opção legislativa, uma vez que as autoras referem ser questionável continuar a justificar a incriminação com base neste bem jurídico, no caso das alíneas a) e b) do n.º1, na hipótese de estarem em causa menores entre os 14 e os 18 anos de idade. A acompanhar esta posição, Helena Moniz⁶⁸ faz referência à dissemelhança presente entre, por um lado, as alíneas a) e b), sobre as quais aponta o carácter pessoal do bem jurídico, direcionado à proteção individual de cada vítima e, por outro, as alíneas c) e d), em que o que está em causa é um bem jurídico supra-individual, direcionado à proteção dos menores em geral.

O Tribunal (Caso Redes Sociais) sustentou que o objeto da tutela será a liberdade de autodeterminação sexual. Esta deve ser entendida tanto na ótica da livre disposição do sexo e do próprio corpo em matéria sexual, como na ótica do direito de cada um a não suportar atos de natureza sexual, por parte de um terceiro, que sejam contra a sua vontade.

Consequentemente, nesta modalidade, assumimos como bem jurídico tutelado a autodeterminação sexual do menor. Entendemos que, no caso das alíneas a) e b), e considerando a configuração feita pelo legislador, existe a referência expressa à utilização singular de menor, tal como acontece no crime de abuso sexual de menores, por exemplo, quando se condena quem cometa “ato sexual”. Efetivamente, estes materiais são na maioria das vezes adquiridos por meio de práticas de crimes que atentam contra a autodeterminação das crianças⁶⁹. Esta criminalização do agente que pratica a conduta de quem utiliza menor é absolutamente necessária para que se consiga alcançar uma tutela plena e eficaz do bem jurídico em causa⁷⁰.

Contrariamente ao que acontece com os crimes contra a liberdade sexual previstos na secção I, onde é tutelado um sujeito com capacidade de consentir e

⁶⁸ MONIZ, Helena, “Crime de Trato Sucessivo”, *Revista Julgar*, abril de 2018, [1-25], disponível em <<http://julgar.pt/crime-de-trato-sucessivo/>> [Consult. 12/12/2019], p.24.

⁶⁹ LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.59.

⁷⁰ *Idem*.

exercer a sua sexualidade, no caso dos crimes contra a autodeterminação sexual a vítima é protegida por se considerar que esta não tem capacidade para formular um juízo de autodeterminação, e que, por essa razão, os seus interesses devem ser tutelados, não sendo relevante o seu discernimento. O objetivo será sempre o de evitar que a vítima sofra de possíveis constrangimentos ao nível do livre desenvolvimento sexual. Não se trata, portanto, de um juízo moral relativo à pornografia em geral, sobretudo porque não existe qualquer proibição de dois adultos consentirem em ser gravados em atos de natureza sexual, a proibição assenta na conduta de um adulto utilizar um menor para semelhantes fins, ou seja, quando a pornografia engloba menores. A tutela serve, assim, para garantir que o menor tenha o direito de não ser utilizado em práticas que não compreende, ficando esse direito suspenso até que o menor adquira, na perspetiva do legislador, capacidade para formar e exercer da vontade⁷¹.

Consequentemente, de cada vez que toma a decisão de utilizar o menor para espetáculo, fotografia, filme ou gravação pornográficos, o agente estará a atentar não só contra a defesa da imagem e identidade do menor, mas também contra a sua autodeterminação sexual, por exercer sobre o menor a sua vontade de o utilizar em espetáculo ou material pornográficos. Desta forma, o agente deste crime é quem tem uma relação direta com o menor, por deter o poder de decisão sobre quem são os menores retratados, quantos menores estarão a ser retratados e que tipo de atos devem ser praticados.

b) As alíneas c) e d) do n.º1 – A punição do agente que produza, distribua importe, exporte, divulgue, exhiba, ceda ou adquira e detenha com essa intenção

Por outro lado, em relação às alíneas c) e d) do n.º1, o que está em causa é, respetivamente, a punição de quem “produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais

⁷¹ BELEZA, Teresa Pizarro, 1996 (cit.nota 18), p.165.

previstos” na alínea b), e quem “adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder.”.

Analisando o discurso utilizado, parece evidente que o que se está a punir é o comércio de material pornográfico⁷², e não diretamente cada utilização do menor como nas alíneas a) e b).

A opção pela inclusão das expressões “a qualquer título” e “por qualquer meio”, ampliam o espectro das condutas presentes nestes número. Isto ocorre uma vez que, por um lado, não é aqui exigida a intenção lucrativa, que vem, aliás, prevista num outro número referido *infra*, como elemento promotor da ação do agente, e, por outro, incorpora a utilização de equipamentos e programas informáticos como recurso admissível para a prática destes atos⁷³.

Já no que concerne aos conceitos de “importar” e “exportar”, estes não devem ser entendidos como o mero *download* ou *upload*⁷⁴, uma vez que lhes é atribuída uma natureza mais diligente de comércio transfronteiriço, que não se encontra na realidade global do trato informático⁷⁵. Por outro lado, devem o transporte de ou para outro país, ser incluídos neste preceito⁷⁶.

Para que uma conduta seja classificada como de divulgação, têm que ser preenchidos alguns elementos que demonstrem uma vontade latente de mostrar aqueles materiais a terceiros. Isto pode ocorrer através de anúncio, destaque ou publicidade⁷⁷. É ainda necessário que os agentes deste crime não tenham participado na produção do material⁷⁸.

A cedência de materiais pornográficos inclui a venda, o aluguer, a doação, o empréstimo gratuito ou qualquer outra forma de transferência da detenção a terceiros que não sejam participantes da produção⁷⁹.

⁷² Assim, MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.24.

⁷³ Caso Europol.

⁷⁴ A este conceito está mais associado uma noção de cedência onde o agente não tem de prescindir da posse do seu conteúdo que se reproduz, do que de exportação, neste sentido decidiu o Tribunal no Caso Europol.

⁷⁵ Caso Europol.

⁷⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit. nota 63), p.702.

⁷⁷ Caso Europol.

⁷⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.702.

⁷⁹ *Idem*.

Ana Paula Rodrigues⁸⁰ relativamente à alínea c) refere que estão nela contidas todas as condutas “(...) desde a origem e de forma plena, todas as formas de divulgação, todo o tipo de tráfico de instrumentos – materiais pornográficos (...)”, e, ainda, que envolve condutas que transcendem atos implícitos à obtenção desses materiais, defendendo que não se deve aceitar o mero *download*, que consubstancia um meio comum de obtenção destes materiais, seja caracterizado como atividade importadora, tendo em consideração a opção do legislador de a colocar a par de outras como a produção, distribuição e exportação de materiais. Neste sentido, a autora segue o entendimento de que, independentemente do número de menores que constem nas imagens, o agente que as detiver, exhibir ou ceder estará a praticar um único crime, uma vez que o bem jurídico em causa está relacionado com o interesse da sociedade na proibição da circulação e comercialização de materiais pornográficos envolvendo menores, tratando-se, assim, de um bem jurídico supra-individual⁸¹.

Quanto à al. d) é exigido outrossim que as condutas de adquirir ou deter os materiais da alínea b), tenham sido motivadas pelo propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, sendo indispensável a existência de uma determinação que seja conexas com a utilização daquele meio para a aquisição dos ficheiros⁸².

Sobre esta temática, Maria João Antunes e Cláudia Santos⁸³ defendem que é a criminalização do comércio de material pornográfico com menores que está a ser protegido, criminalização que constitui uma “tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor “de carne e osso (...) para se poder afirmar que este é o bem jurídico individual protegido pela incriminação”. Maria João Antunes⁸⁴ levanta, ainda, a dúvida sobre a viabilidade

⁸⁰ RODRIGUES, Ana Paula, 2011 (cit.nota 6), p. 269.

⁸¹ *Idem*, pp. 274 e 275.

⁸² Caso Europol.

⁸³ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.880.

⁸⁴ ANTUNES, Maria João, “Crimes Contra A Liberdade E A Autodeterminação Sexual Dos Menores”, Revista Julgar nº12, 2010, [152-161], disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>> [Consult. 06/01/2020], p.158.

da condenação de algumas das modalidades de ação presentes no artigo em análise (ainda que classificando o bem jurídico como supra-individual⁸⁵ emergente da proteção da infância e da juventude, por serem alheias ao critério da dignidade jurídico-penal e da necessidade de proteção do bem-jurídico) revelando-se serem condenações “político-criminalmente correctas”⁸⁶. A acompanhar esta posição, Helena Moniz⁸⁷ refere que as alíneas em análise têm, claramente, como objeto de punição o comércio de material pornográfico. Esta linha de raciocínio é ainda suportada por M.Miguez Garcia e J.M. Castela Rio⁸⁸, os últimos consideram que o imperativo é a proteção de interesses do Estado, que poderiam ficar lesados com a difusão dos materiais pornográficos.

Mouraz Lopes e Tiago Milheiro⁸⁹ apontam que não há nenhuma violação direta do bem jurídico suprarreferido de liberdade e autodeterminação sexual de menores, afirmando que o ónus da proteção será o impedimento da proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual de crianças, estas sim violadoras de bens jurídicos pessoais. De igual modo, Figueiredo Dias⁹⁰, referindo-se à alínea d) pertencente ao art.172.º da versão resultante da reforma de 2001 ao artigo, correspondente ao atual 176.º, n.º1, al.c), sustenta que o bem jurídico terá uma natureza supra-individual, e não pessoal como a liberdade e autodeterminação sexual.

Em sede do Ac. do STJ, de 15/05/2017, com processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1⁹¹ entendeu o Magistrado do Ministério Público no seu Parecer que não há uma correspondência direta entre o número de menores utilizados nesse material e o número de crimes a serem imputados ao agente. O Relator Pires da Graça concluiu, ainda, que, considerando a natureza do bem

⁸⁵ De igual modo, cf. DIAS, Figueiredo, 2012 (cit.nota 35), p.548, quando se refere à alínea d) pertencente ao art.172.º da versão resultante da reforma de 2001 ao artigo atual, em que sustenta que o bem jurídico em causa terá uma natureza supra-individual e não pessoal, como a liberdade e autodeterminação sexual.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012 (cit.nota 34), p.157.

⁸⁷ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.24.

⁸⁸ GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, 2018 (cit.nota 27), p.731.

⁸⁹ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.220.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2012 (cit.nota 34), p.548.

⁹¹ Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b2a68cd0be9c27b98025812500386eb1?OpenDocument>>.

jurídico violado, referimo-nos a um único crime, na medida em que não são interesses exclusivamente pessoais (como a liberdade e autodeterminação sexual) que são afetados de forma direta, tratar-se-á de um bem jurídico supra-individual de proteção e tutela da dignidade de menores em relação às condutas de produção, divulgação ou circulação por terceiros de materiais pornográficos.

O Tribunal (Caso Múltiplas Menores) considerou que – no que respeita às als. c) e d) do n.º1 e ainda ao n.º5 – a punição adotada pelo legislador funciona como uma proteção antecipada do bem jurídico, por se estar a punir a atividade em si, não fazendo parte do tipo a concretização de um resultado ou a efetiva colocação em perigo do bem jurídico. Consideram tratar-se de uma tutela da personalidade em desenvolvimento, o que compreende a dimensão interior (a nível psicológico) e a dimensão exterior (a nível social e relacional), e, apenas de forma reflexa, a autodeterminação sexual.

Igualmente, considerou o Tribunal (Caso Facebook) que o que se deve defender é a defesa da imagem e identidade do menor, de forma a protegê-lo do fenómeno tortuoso e dilatado no tempo que é ver as imagens nas quais está retratado a serem partilhadas múltiplas vezes com terceiros.

Desta forma, ainda que reflexamente, o bem jurídico da autodeterminação sexual estará sempre presente, porque estamos sempre perante materiais onde são representados menores. Assim, a distinção que deve ser feita entre a punição que se faz do abuso ou do ato sexual que está a ser retratado em fotografia, vídeo ou gravação (que consideramos estar ao mesmo nível de punibilidade de quem utiliza um menor para esse fim) e o material pornográfico em si, carece de uma cautela reforçada aquando da análise do crime de pornografia de menores, de modo a conseguir fazer a separação destes dois crimes. Isto acontece porque a relação entre as condutas de favorecimento do comércio e o abuso sexual é ainda mais longínqua que no caso de quem utiliza menor⁹² nos termos das als. a) e b), do n.º1, do art.176.º. Em última instância, este tipo de proteção deverá promover a ausência

⁹² LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.59.

de constrangimentos à autodeterminação sexual do menor, relacionando-se, assim, com a liberdade sexual ao proteger a sua vertente negativa⁹³.

Neste sentido, estaremos perante um bem jurídico supra-individual que visa tutelar a dignidade humana⁹⁴ (dos menores) na sua dimensão objetiva, uma vez que o objetivo é proteger os menores em geral e o seu direito a uma infância e juventude pacíficas, sem interferências, e não cada menor em concreto no combate ao comércio de pornografia de menores⁹⁵.

Esta proteção surge como um meio⁹⁶ através do qual é protegido o espaço de realização da proteção da liberdade sexual dos menores, ou seja, a proteção não é direcionada ao menor em concreto, mas não deixa de o proteger por estar incluído no escopo do bem jurídico. A proibição destas condutas é, assim, baseada no efeito de favorecimento e incentivo da indústria de materiais pornográficos de menores, que é sustentada pela reiterada prática de crimes contra menores⁹⁷. Estamos perante uma lógica de mercado que inclui quem produza, distribua, importe, exporte, ceda ou adquira e detenha com o propósito de o fazer, existindo, portanto, estímulo direto, que poderá ser, ou não, económico, nos agentes que utilizam menores neste tipo de materiais, para que o continuem a fazer.

c) Os n.º2 e n.º3 – A Pornografia de Menores Qualificada

Nestes números o legislador consagrou uma agravante, uma qualificação⁹⁸, das condutas suprarreferidas. No caso do n.º2, o núcleo central consiste na conduta

⁹³ ALFAIATE, Ana Rita, 2009 (cit.nota 55), pp. 99 e 100.

⁹⁴ No mesmo sentido, PINTO, Ângela, 2016 (cit.nota 38), p. 116, ao considerar que o bem jurídico em causa será o supra-individual da Dignidade das Crianças.

⁹⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares, LIMA, Pedro, “O Crime De Detenção De Pseudopornografia Infantil — Evolução Ou Involução?”, *Revista Julgar* n.º12, 2010, [195-220] disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/195-220-Deten%C3%A7%C3%A3o-de-pseudopornografia.pdf>>[Consult. 03/01/2020], pág.210.

⁹⁶ ALFAIATE, Ana Rita, 2009 (cit.nota 55), p.98 e 99: a autora faz uma distinção importante entre o bem jurídico enquanto fim, onde são acautelados interesses pessoais e têm como objetivo a sua proteção ou potenciação, e o bem jurídico enquanto meio, onde se encontram os interesses supra-individuais, que protegem os interesses pessoais de forma instrumental, sendo promotores e conservadores do desenvolvimento da pessoa e dos seus interesses.

⁹⁷ LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.59.

⁹⁸ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.223.

do agente se pautar por uma intenção lucrativa ou no caso de este agir profissionalmente, o *animus lucrandi*⁹⁹. A agravante provém da necessidade de punir mais gravemente quem vive deste tipo de atividade. Uma das alterações na 23.ª alteração ao CP de 1982, inserida pela Lei n.º103/2015, de 24 de agosto, pode ser encontrada no n.º7, onde encontramos esta intenção lucrativa a ser igualmente considerada causa qualificativa, agora, das condutas dos n.º5 e 6.

Este pensamento parece-nos que é possível ser transposto para o caso do n.º3, onde o elemento fundamental é a utilização de violência¹⁰⁰ ou ameaça grave¹⁰¹ para levar os menores a participarem nas condutas presentes nas als. a) e b) do n.º1.

d) O n.º4 –A punição da utilização realista de menor

A punição de imagens realistas com menores inexistentes, chegou ao nosso ordenamento jurídico como uma das alterações na 23.ª alteração ao CP de 1982, inserida pela Lei n.º103/2015, de 24 de agosto. E tanto esta modalidade, como a que está presente no n.º5, são apelidadas de pornografia de menores privilegiada¹⁰².

Em primeiro lugar, há que clarificar o que é entendido por utilização realista de menor.

A Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, define-a no art.º1/b)/iii) como a representação visual de imagens realistas de crianças não existentes envolvidas

⁹⁹ RODRIGUES, Ana Paula, 2011 (cit.nota 6), p. 271.

¹⁰⁰ LEITE, André Lamas, “As Alterações de 2015 ao Código Penal em Matério de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais – Nótulas Esparsas”, *Revista Julgar* n.º28, 2016, [61-74], disponível em: <<http://julgar.pt/as-alteracoes-de-2015-ao-codigo-penal-em-materia-de-crimes-contra-a-liberdade-e-autodeterminacao-sexuais-notulas-esparsas/>> [Consult. 05/01/2019], p. 68 Esta é definida, como consistindo no “(...) emprego de força, não apenas física, mas também psicológica e/ou moral, de tal modo que se possa afirmar existir uma imputação objectiva entre o emprego dessa mesma *vis* e o resultado ilícito prejectado.”.

¹⁰¹ *Idem*, definindo esta figura como consistindo em “(...) toda a promessa, pelo agente, de inflicção de um mal futuro (independentemente de o mesmo se vir ou não a concretizar), a qual seja, pela própria natureza dos bens jurídicos que visa atingir, apta a cercear a liberdade de vontade do ofendido, de modo a que este pratique a acção ou a omita, em função do que é pretendido pelo delinquente.”.

¹⁰² ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.883.

em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas. Todavia, na ótica de Paulo Pinto de Albuquerque¹⁰³ esta representação realista inclui o menor ficcionado (pedopornografia virtual), e ainda a utilização de uma pessoa maior de idade que se assemelhe com um menor (pedopornografia aparente) de forma propositada, com o intuito de criar no consumidor destes materiais a ideia de que se trata de um menor. Neste sentido, Inês Ferreira Leite refere que, para que se possa classificar como materiais de pornografia virtual, os materiais em que a representação seja de um maior com aparência de menor terão que ser devidamente capazes de convencer um observador médio que está perante um menor “real”, e não a pornografia de menores de banda desenhada¹⁰⁴.

Seguindo esta linha de pensamento, a representação realista de menor abrange assim a pedopornografia virtual (onde estão incluídos os materiais pornográficos em que os supostos menores representados são criações tecnológicas gráficas e ainda o fenómeno do *morphing* onde o menor representado trata-se de uma criação gráfica onde estão reunidas imagens ou partes de imagens de menores retiradas normalmente de publicidades ou de outros suportes) e a pedopornografia aparente (pornografia que figura adultos que, através da sua aparência, se fazem passar por menores) ¹⁰⁵. Pela sua natureza, esta incriminação não está isenta de críticas. Existe uma vasta discussão que circunda a temática do bem-jurídico tanto no caso da pedopornografia virtual, como da pedopornografia aparente, e mesmo a sua admissibilidade enquanto crime. O argumento mais utilizado para afastar o bem jurídico da autodeterminação sexual é o de que, de facto, não está qualquer menor (real) envolvido.

Os argumentos apresentados são ainda alvo de considerações mais veementes, como Ana Rita Alfaiate¹⁰⁶, que defende que a proteção dada pela punição destas condutas é baseada na moral. No mesmo sentido, Mouraz Lopes e Tiago Milheiro quando consideram que se trata de “colocar uma sanção penal a

¹⁰³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.702.

¹⁰⁴ LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.63.

¹⁰⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares, LIMA, Pedro Mendes, 2010 (cit.nota 95), p.214.

¹⁰⁶ ALFAIATE, Ana Rita, 2009 (cit.nota 55), p.121.

sustentar uma mera censura moral sem se levar em conta de que o que deve ser tutelado são os menores “em carne e osso”, que é o único bem que pode justificar uma tutela penal tão ampla” e, ainda, julgam pouco claro qual o bem jurídico que está a ser tutelado, afirmando decididamente não ser a liberdade ou autodeterminação sexual¹⁰⁷. Ainda Pedro Soares Albergaria e Pedro Lima, quando referem que “escolher como objecto de consumo material pseudopornográfico infantil, por mais repugnante que se mostre à luz das representações sociais amplamente dominantes, é, ainda, uma decisão pessoal que releva de escolhas íntimas”, concluindo pela “impossibilidade de recortar um bem jurídico suficientemente denso e merecedor de tutela penal cuja lesão confira ilicitude material (...) nos casos de pedopornografia puramente virtual e de pedopornografia aparente.”¹⁰⁸.

Contrariamente, Inês Ferreira Leite¹⁰⁹ argumenta pela conservação da incriminação por, em primeiro lugar, razões de dificuldades probatórias que levariam a que, nos casos em que não fosse possível fazer prova da idade certa dos visados ou devido aos avanços tecnológicos, quando fosse colocada a dúvida se estaríamos perante a representação de um menor real ou virtual, existiria a possibilidade de ser invocado o *in dubio pro reo*. E, em segundo lugar, refere a aptidão deste tipo de materiais para convencer ou provocar a diminuição da resistência do menor para situações de prática de abuso sexual. Com idêntica argumentação, Pedro Vaz Pato¹¹⁰ defendendo que já existem no nosso direito penal crimes de perigo-abstrato, o que valida a criminalização da pornografia virtual, visto que se estará a tutelar o perigo que a divulgação e consumo destes materiais teriam ao promoverem e facilitarem a prática de crimes sexuais contra crianças, à semelhança do que acontece na pornografia infantil real.

Embora esta discussão não seja o foco deste relatório, após a enumeração dos principais argumentos envolvidos na discussão que envolve esta temática,

¹⁰⁷ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.225.

¹⁰⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares, LIMA, Pedro, 2010 (cit.nota 95), pp.218 e 219.

¹⁰⁹ LEITE, Inês Ferreira, “Tutela penal da liberdade sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 21 n.º1, 2011, [29-94], pp.54 a 58.

¹¹⁰ PATTO, Pedro Vaz, “Pornografia infantil virtual”, *Revista Julgar* n.º12, 2010, [183-194], disponível em: <<http://julgar.pt/pornografia-infantil-virtual/>> [Consult. 05/01/2020], p.191.

concordamos essencialmente com a posição apresentada por Pedro Vaz Patto. É a classificação deste crime como crime de perigo abstrato que possibilita a tutela da modalidade da pornografia de menores virtual. A base desta tutela será, de forma direta, o perigo sustentado na divulgação, que consideramos pertencer a um bem jurídico supra-individual, em que, à semelhança dos números anteriormente referidos, é tutelada a dignidade numa dimensão objetiva, ao proteger os menores no geral, e não um menor em concreto, no combate ao comércio da pornografia de menores.

Neste caso, a tutela do bem jurídico da autodeterminação sexual será ainda mais reflexa, na medida em que não existe nenhum menor a ser representado. O que se está a proteger é o perigo que a visualização deste tipo de conteúdos pode comportar para os menores em geral, na medida em que, à semelhança do que já foi referido anteriormente, também agentes que produzam, distribuam, importem, exportem, divulguem, exibam, cedam, ou adquiram ou detenham com essa intenção, materiais com representação realista de menor, estarão a estimular a criação tanto deste tipo de materiais, como dos materiais com menores “de carne e osso”, uma vez que a ideia é que o consumidor fique convencido que estão a ser representados menores “verdadeiros”, o que, de novo, estimula o comércio de pornografia de menores.

e) o n.º5 – a punição do agente que adquirir, deter, aceder, obter ou facilitar o acesso

Com a alteração do código em 2007, resolveu-se uma das questões a nível probatório que pendia sobre o antigo n.º1, al.b), ao admitir-se a partir daí, no anterior n.º4, a punição da simples posse de materiais pornográficos com menores, sem o necessário, e de difícil prova por vezes, propósito de distribuição, importação, divulgação, exibição ou cedência.

Dentro desta posse está compreendido o “*download*”, e é a partir deste que começará o início da posse, para efeitos de contagem de prazos¹¹¹.

¹¹¹ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.227.

O crime de detenção, neste âmbito, é entendido como a conduta onde um agente, em algum momento, se determinou a descarregar aquele tipo de conteúdos e manteve essa atividade ao longo do tempo¹¹².

Entretanto, com a reforma legal de 2015, o antigo n.º4 foi alargado e compreende hoje o visionamento e a consulta no atual n.º5, numa clara transposição das alíneas d) e f) da Convenção de Lanzarote, onde consta: “d) A procura, para si ou para outrem, de pornografia de menores. (...) f) O facto de aceder, conscientemente, através de tecnologias de comunicação e de informação, a pornografia de menores”¹¹³. Contudo, há que ter cautela quando se faz referência ao “visionamento”, uma vez que este só é punido quando for precedido de um acesso, ou seja, o legislador quis punir o agente que acede diretamente aos conteúdos (ou que facilita o acesso) e não um terceiro que visualize posteriormente a esse acesso¹¹⁴.

A facilitação do acesso consubstanciará na conduta do agente que permite a um terceiro o acesso a material pornográfico de menores (a título de exemplo, através da cedência de *links*, do desbloqueio do acesso a esse tipo de conteúdos, da cedência de senhas de acesso determinados sites) que poderá advir através de meios eletrónicos, blogs, sites, entre outros¹¹⁵.

O legislador assumiu como fontes de acesso, obtenção ou facilitação, não só materiais pornográficos com menores que estão alojados na internet como também os “materiais pornográficos digitais ou que se encontrem em suporte físico”¹¹⁶, o que inclui materiais em suporte de DVD, pen, cartão de memória, filme ou fotografia com conteúdos classificados como pornografia de menores, consideram Mouraz Lopes e Tiago Milheiro que o legislador nacional, neste ponto, foi mais longe que a Convenção de Lanzarote¹¹⁷.

¹¹² Caso Europol.

¹¹³ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.227.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Idem*, p.228.

¹¹⁷ *Idem*

Maria João Antunes e Cláudia Santos¹¹⁸ classificam a mera aquisição e detenção de materiais pornográficos como condutas que só de forma muito longínqua poderão ser consideradas como forma de tutela do bem jurídico individual da liberdade ou da autodeterminação sexual do menor.

Aqui, mantem-se a argumentação feita em relação às alíneas c) e d) do n.º1, onde o objeto de punição é o comércio de material pornográfico, o agente que pratica este crime não tem um domínio direto no conteúdo do material pornográfico, refletido nesta modalidade de crime ser apelidada de pornografia de menores para “auto-consumo”, daí a diferente punição entre o n.º1, als.c) e d) e o n.º5. A punição advém do facto de, em última *ratio*, o consumidor ser o grande impulsionador do processo de produção destes materiais, uma vez que é por haver quem esteja disposto a pagar para consumir este tipo de materiais que envolvem menores na prática de atos sexuais ou a exhibir os órgãos genitais, que são praticados os crimes de utilização de menor em tais produtos¹¹⁹. A perigosidade deste crime advém, assim, não da presunção de que quem detém este tipo de materiais seja, ou venha a ser, um abusador de crianças, mas sim, que promove a continuação da produção deste tipo de materiais que envolvem outros crimes sexuais contra crianças¹²⁰.

O Tribunal (Caso Facebook) entendeu que, nos termos do artigo 30.º, n.º1, o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente. Embora fossem dez os vídeos pornográficos, sessenta e nove as fotografias pornográficas e treze as menores retratadas e/ou filmadas, a detenção desses vídeos e fotografias pelo recorrente era uma só e a resolução criminosa que se dirige à detenção também, uma vez que estes integram um único tipo de crime e tendo esse tipo sido preenchido uma única vez. Embora o crime de pornografia de menores atinja valores eminentemente pessoais, o agente do crime p. e p. pelo artigo 176.º, n.º5 não tem o domínio sobre o número de menores

¹¹⁸ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.880.

¹¹⁹ LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.60.

¹²⁰ *Idem*.

fotografados ou filmados de maneira a ser-lhe imputado e censurado e, finalmente, a ser ele punido, através de um crime autónomo, por cada um dos menores constantes das fotografias ou dos filmes. O agente deste crime adquire, detém, cede, obtém ou facilita o acesso a fotografias ou gravações pornográficas feitos por outra pessoa sem a sua intervenção, seja a título de autoria (artigo 26.º), seja de cumplicidade (27.º). Por isso tem uma punição mais leve¹²¹.

f) n.º6 – Quem assiste ou facilita acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos

O número 6 provém, à semelhança do número acima analisado, de uma transposição, feita pela Lei n.º103/2015, da Convenção de Lanzarote. Nesta podia ler-se a obrigação dos seus signatários de tomar as “necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infração penal os seguintes comportamentos dolosos: c) Assistir conscientemente a espetáculos pornográficos envolvendo a participação de crianças”¹²².

Esta alteração, mais uma vez, vem reforçar a *intentio legis* de acabar com todas as possíveis fontes que estejam habilitadas a contribuir, de forma mais ou menos direta, para a existência do comércio de pornografia de menores, em linha com a legislação Comunitária nesta matéria.

A norma configura que o agente do crime tem que ser maior de idade e tem que estar em causa a exibição de um menor de 16 anos, numa aproximação da lei penal à realidade atual, considerando a existência, em tempo real, de espetáculos pornográficos com menores na internet.

Passou assim a punir-se não só quem assiste a espetáculo pornográfico (desde que preencha os requisitos suprarreferidos), como também quem facilitar acesso a essa assistência a um terceiro.

Quanto ao bem jurídico aqui presente, este número segue a mesma linha de conceções que foi feita relativamente aos números precedentes. Encontramo-nos

¹²¹ Caso Facebook.

¹²² LEITE, André Lamas, 2016, (cit.nota 100), p.70.

perante um fortalecimento da *intentio legis* na luta para o suprimento das condutas que estimulem a produção de materiais de cariz pornográfico que figurem menores.

Em suma, os bens jurídicos presentes no art.176.º variam consoante o facto punível. Fazendo um paralelismo entre as alíneas a) e b) do n.º1 (e os números 2 e 3 na parte a elas referentes) e os arts. 171.º, n.º1, 172.º, n.º1, 173.º, n.º3, podemos observar que o legislador pauta por um discurso em tudo semelhante. Se atentarmos para a letra da lei, vemos que em todos estes artigos e números o que se pune é a conduta do agente que tem um contacto direto com o menor, e que há uma clara intenção de condenar cada ato que atenta diretamente contra a autodeterminação do menor vítima do crime. Não é por acaso que, regra geral, o agente que pratica alguma das condutas previstas nas alíneas a) ou b) do n.º1, incorre, através de um mesmo comportamento, num dos crimes previstos nos arts.171.º, 172.º e 173.º. Tal não pode ser dito quanto às alíneas b) e c) do n.º1 e aos n.os 4, 5 e 6, onde o que se procura punir é o comércio deste tipo de materiais, e os consumidores que, segundo a lógica de mercado da oferta e da procura, promovem a conduta de utilização de menor em tais materiais.

3.3. Classificação do tipo legal de crime

Nesta secção vamos procurar classificar o tipo legal de crime no sentido de construir uma imagem clara e coerente do crime em causa. Há que ter em atenção a diferença entre o tipo referente ao objeto da ação, que é classificado como crime de resultado ou crime de mera atividade, e o tipo quanto ao bem jurídico, que é classificado como crime de dano ou crime de perigo¹²³.

Passando então para uma breve caracterização dos tipos de crime referidos, começamos pelos crimes de resultado ou de mera atividade. Os crimes podem ser classificados como sendo de resultado quando da conduta do agente tiver que

¹²³ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), pág.359 e, também, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.114.

resultar a produção de um evento, sendo assim, só há consumação quando é possível identificar uma alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta. Contrariamente, estaremos perante um crime de mera atividade quando o tipo incriminador é preenchido através da mera execução de um comportamento humano¹²⁴.

Já nos crimes de perigo, a concretização da lesão não consubstancia um elemento autónomo do tipo, mas antes está em causa uma mera colocação do bem jurídico em perigo¹²⁵. Estes desdobram-se, em primeiro lugar, em crimes de perigo concreto, cuja característica principal consiste no perigo fazer parte do tipo, que necessita que exista uma efetiva colocação em perigo do bem jurídico, o legislador utiliza expressões como “pondo em perigo” (por exemplo nos arts. 250.º e 316.º) ou “criar deste modo perigo” (por exemplo nos arts. 272.º e 277.º) E, em segundo lugar, em crimes de perigo abstrato, em que o tipo não inclui a colocação em perigo do bem jurídico, sendo antes o motivo da proibição, na medida em que existe uma presunção inilidível de perigo associada à conduta típica, dos quais é exemplo o art. 292.º¹²⁶. Surgiu, ainda, na doutrina um terceiro tipo, correspondente aos crimes de perigo abstrato-concreto¹²⁷, ou crime de aptidão^{128/129}, aqui o perigo torna-se parte integrante do tipo, não se limitando a ser o motivo da incriminação, todavia, a realização típica destes crimes não impõe uma definitiva produção de um resultado de perigo concreto, uma vez que inclui as condutas que sejam aptas a criar perigo para o bem jurídico, devendo posteriormente ser feita pelo tribunal a prova desta potencialidade de lesão do bem jurídico, para assinalar o legislador

¹²⁴ Assim, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.113 e 114, e DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.360.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p 361, aquando da discussão, maioritariamente ultrapassada, sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, emergiu uma corrente na doutrina que defendia pela não punição de condutas que configurem perigo abstrato quando for possível provar, de forma absoluta, que não existiu perigo para o bem jurídico.

¹²⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.115.

¹²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.361, diz-nos que esta terminologia foi proposta por *Bockelmann*.

utiliza expressões como “de forma adequada a” (por exemplo nos arts. 153.º, 251.º e 298.º) ou “adequados a” (por exemplo nos arts. 311.º e 318º, n.º1)¹³⁰.

Sobre esta temática, Manuel da Costa Andrade cita *Maurach e Schöder*, que proferem que “os tipos legais preordenados à protecção da juventude são crimes de perigo abstracto de índole especial: ao contrário do que acontece com os clássicos crimes de perigo abstracto, o perigo é não só em concreto presumido, como nem sequer é, em nenhum caso, susceptível de ser exactamente avaliado”¹³¹.

Concluindo, o crime de pornografia de menores é, assim, um crime de perigo abstrato, uma vez que o preenchimento do tipo objetivo do ilícito se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico, não sendo esse perigo elemento autónomo do tipo¹³², mas sim o motivo da proibição, uma vez que existe uma presunção inilidível de perigo associado à conduta típica do agente deste crime, e é um crime de mera atividade, uma vez que a simples execução das condutas presentes nas diferentes modalidades é suficiente para que o crime se encontre consumado, sendo indiferente à tipicidade a realização do resultado¹³³.

¹³⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.114 e 115, e DIAS, Jorge de Figueredo, 2019 (cit.nota 35), p.361.

¹³¹ *Apud* Andrade, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.396.

¹³² ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.880.

¹³³ DIAS, Jorge de Figueredo, 2019 (cit.nota 35), p.356.

Capítulo 4 – Tipo subjetivo do ilícito e formas de crime

4.1. Classificação do tipo subjetivo

A pornografia de menores é um crime doloso em todas as modalidades, sendo exigido que o agente tenha, por um lado, conhecimento de todos os elementos típicos e, por outro, que tenha a vontade de os praticar¹³⁴. O tipo admite qualquer forma de dolo, seja ele direto, necessário ou eventual¹³⁵.

Todavia, diz-nos André Lamas Leite¹³⁶ que, no caso do n.º5, ao prever que os atos fossem praticados “intencionalmente”, o legislador decretou que, nesse caso, fosse necessário um dolo direto ou necessário, nos termos do art.14.º, n.os 1 e 2.

Nota-se ainda que, no caso n.º1, al. d), estamos perante um elemento impressivo que consiste na aquisição ou detenção dos materiais referidos na al. b) ter sido feito com propósito de praticar as condutas previstas. Aqui, a previsão normativa molda-se em termos de progressividade, sendo determinante para a classificação do desvalor da ação ao definir a área de tutela típica¹³⁷— que pode ir da mera detenção, do n.º5, à cedência propriamente dita. Desta forma, estaremos perante um crime de resultado cortado, sendo suficiente a aquisição ou a simples detenção dos materiais pornográficos para os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder¹³⁸.

Quanto ao erro, este pode ser em relação à idade da vítima, ou em relação ao tipo do material pornográfico (por exemplo, ao achar que se trata de pornografia de menores com “menor real”, e, na verdade, tratar-se de representação realista de

¹³⁴ LOPES, José Mouraz e MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.230.

¹³⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p. 703 e, ainda, LEITE, Inês Ferreira, 2004, (cit.nota 25), p.86, quando afirma que, na generalidade dos crimes de agressão sexual a menores de 14 anos, será suficiente a existência de dolo eventual.

¹³⁶ LEITE, André Lamas, 2016 (cit.nota 100), p.70.

¹³⁷ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.882.

¹³⁸ GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, 2018 (cit.nota 27), p.736.

menor, ou vice-versa), sendo este um erro sobre a factualidade típica¹³⁹, em ambos será de aplicar o art.16.º, n.º1¹⁴⁰.

4.2. Formas do Crime

4.2.1. A tentativa

No caso da tentativa, esta será punível, segundo o art.176.º, n.º8, e seguirá os trâmites do art.22.º¹⁴¹.

A necessidade de aplicação desta figura a este crime decorreu da já referida Decisão-Quadro 2004/68, tendo no seu fundamento a necessidade de cobrir, na medida do possível, o espectro da maioria das condutas relacionadas com a prostituição de menores¹⁴².

Todavia, no que toca às alíneas a) e b) do n.º1, na parte referente ao aliciamento, parece ser de excluir a tentativa, uma vez que esta consubstanciaria uma tentativa de tentativa, cuja punição é considerada, por alguns autores¹⁴³, desproporcional e excessiva, exigindo assim uma aplicação conforme à Constituição, baseado no princípio da proporcionalidade.

4.2.2.O aliciamento

O aliciamento é um ato de execução do tipo objetivo (art.22.º, n.º2, al.ªc), que foi configurado como um elemento típico¹⁴⁴, consubstanciando assim uma forma de autoria. Neste sentido, diz-nos Paulo Pinto de Albuquerque¹⁴⁵ que estaremos perante uma antecipação significativa da tutela, ao punir um ato de execução com a moldura penal prevista para o crime consumado¹⁴⁶.

¹³⁹ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.882.

¹⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.840.

¹⁴¹ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.229.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.703, GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, 2018 (cit.nota 27), p. 736, ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.885 e LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.229.

¹⁴⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p. 702.

¹⁴⁵ *Idem* e, no mesmo sentido, ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 34), p.885.

¹⁴⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.702.

4.2.3.A comparticipação

Tendo em conta que estamos perante crimes comuns¹⁴⁷, a comparticipação irá reger-se segundo as regras gerais dos arts.26.º e 27.º. No que toca ao crime de utilização de menor, este consubstancia um crime de comparticipação necessária na modalidade de crime de encontro¹⁴⁸, não sendo punível o participante necessário (o menor) portador do bem jurídico¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Idem*, p.703.

¹⁴⁸ *Idem*, p.115, este representa o crime onde os contributos dos diversos participantes para o facto se dirigem em direções distintas, mas que vêm a convergir aquando da concretização do facto. A relevância da distinção entre esta modalidade e a de crimes de convergência é importante relativamente à impunidade dos participantes que sejam ao mesmo tempo titulares do bem jurídico protegido.

¹⁴⁹ *Idem*, 703.

Capítulo 5 – O(s) concurso(s) no crime de pornografia de menores

É frequente, e até consiste no procedimento mais comum, que, quando um agente pratique alguma das modalidades do 176.º, estejamos perante uma pluralidade de crimes no mesmo processo penal, o que resulta na figura que vamos analisar neste subcapítulo, do concurso de crimes.

5.1. Enquadramento do concurso

De forma a poder apresentar uma posição fundamentada sobre a temática do concurso é necessário proceder à sua contextualização. O legislador definiu, no art.30.º, que o número de crimes é determinável através do número de tipos de crimes que forem efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente¹⁵⁰.

Assim, ao contrário do que é aplicado na jurisprudência e doutrina germânicas, onde é considerado como critério de distinção entre unidade e pluralidade de crimes o número de ações praticadas pelo agente, a nossa lei dá primazia ao critério da unidade ou pluralidade dos tipos legais de crime realizados¹⁵¹. A doutrina germânica foca-se na distinção entre concurso ideal¹⁵², onde uma mesma ação atenta contra várias disposições penais ou múltiplas vezes contra a mesma disposição penal¹⁵³, e concurso real, onde distintas ações independentes violam várias disposições penais ou várias vezes a mesma disposição penal¹⁵⁴. Todavia, se atentarmos no art.30.º, n.º1 concluímos que, no nosso ordenamento jurídico, tendo o legislador optado pelo critério do tipo legal de crime violado para definir a unidade e pluralidade de ações, e não o número de

¹⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1141.

¹⁵¹ *Idem*, p.1142.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ CORREIA, Eduardo, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra, Almedina, 1996, p.17.

¹⁵⁴ *Idem*, p.21.

ações, mostra-se irrelevante referirmo-nos a concurso ideal¹⁵⁵. Existe, portanto, ou um concurso efetivo ou uma unidade de crime ¹⁵⁶.

Impera dedicar alguma atenção à unidade natural e à unidade continuada de ação. A primeira ocorre nos casos em que tenham sido praticados vários atos da mesma natureza, oriundos de uma mesma vontade criminosa unitária, que se encontram, por razões espaço-temporais, numa conexão tão próxima que representam, por razão de uma consideração natural, uma unidade¹⁵⁷. A segunda foi consagrada no nosso ordenamento jurídico na figura do crime continuado, conceito que se encontra previsto no artigo 30.º, n.º2, e que consubstancia a “realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

A unidade natural de ação ou detém uma natureza insustentavelmente indeterminada, estimulando uma atuação discricionária do aplicador, ou, não se confundindo com a figura do crime continuado, é reconduzida a uma unidade “típica de ação”¹⁵⁸. Assim, o que importa reter é a “unidade de realização típica”¹⁵⁹, e, portanto, o tipo legal de crime preenchido por aquela conduta. Desta forma, o critério da unidade e pluralidade de crimes cede perante o critério da unidade ou pluralidade de tipos legais violados¹⁶⁰.

5.2. A unidade de normas

Segundo Teresa Pizarro Beleza, o concurso de normas consubstancia uma situação onde seriam aplicáveis uma pluralidade de normas, mas que, devido a um

¹⁵⁵ FARIA, Paula Ribeiro de, *Formas Especiais de Crime*, 1ª edição, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, julho de 2017, p.373.

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1142.

¹⁵⁷ *Idem*, p.1145.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ *Idem* e, no mesmo sentido, CORREIA, Eduardo, 1996 (cit.nota 153), p.91.

determinado tipo de relação na qual se encontram essas normas, uma delas, ou algumas delas, serão excluídas pela outra norma dominante¹⁶¹.

Assim, importa investigar se não estaremos apenas perante uma aparência de concurso, que será afastado pelas regras da especialidade, subsidiariedade e consunção¹⁶².

A especialidade está presente quando um dos tipos legais detém todos os elementos de um outro tipo legal, acrescido de um elemento adicional, que pode ser relativo à ilicitude ou à culpa, fazendo com que a lei geral seja afastada e dê primazia à aplicação da lei especial, ou seja, como já é dito há muito, *lex specialis derogat legi generali*¹⁶³. Importa notar que esta regra só poderá ser aplicada quando o tipo legal que prevalece tenha alcançado a consumação¹⁶⁴. Quando concorram diversas causas de agravação, ou a concorrência de qualificação e privilegiamento, estaremos perante uma pluralidade de leis aplicáveis¹⁶⁵.

Por outro lado, a subsidiariedade existe quando o conteúdo de um dos tipos legais só é aplicável subsidiariamente, ou seja, quando não houver outro tipo legal que preveja pena mais grave¹⁶⁶. Na subsidiariedade expressa encontra-se uma referência direta que determina a subordinação em geral, ou que nomeia diretamente o outro tipo¹⁶⁷. Na subsidiariedade implícita enquadram-se os casos em que, ainda que a lei não refira expressamente, o legislador criou tipos legais abrangentes que, por um lado, podem consubstanciar estádios evolutivos, antecipados ou intermédios de um crime consumado, ou, por outro lado, formas menos gravosas de agressão ao mesmo bem jurídico¹⁶⁸. Assim, este tipo de relação existe, por exemplo, entre os crimes de perigo e os crimes de dano, quando estamos perante um confronto entre um crime que crie uma situação de perigo para um determinado bem jurídico, e um crime que constitua um dano efetivo para o

¹⁶¹ BELEZA, Teresa Pizarro, “Direito Penal”, vol.1, Lisboa, AAFDL, 1998, p.449.

¹⁶² *Idem*, p.537.

¹⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, 2019 (cit.nota 36), p.1155 e CORREIA, Eduardo, 1996 (cit.nota 153), p.127.

¹⁶⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, 2019 (cit.nota 36), p.1158.

¹⁶⁵ *Idem*, p.1157.

¹⁶⁶ *Idem*, p.1159.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Idem*, p.1161.

mesmo bem jurídico. Desta forma, a aplicação da norma que ilustre o crime de perigo será subsidiária à norma que ilustre o crime de dano, ou seja, só se aplicará quando não tenha ocorrido o dano¹⁶⁹. A mesma linha de raciocínio será aplicada no confronto entre, por um lado, um tipo de crime negligente e, por outro, um crime doloso¹⁷⁰.

Adicionalmente, uma relação de consunção estará presente quando o conteúdo de um ilícito-típico inclua em regra o de outro, de forma a que a condenação pelo ilícito-típico mais grave exprima já de forma bastante o desvalor de todo o comportamento¹⁷¹.

Teresa Pizarro Beleza defende, desta maneira, que “uma norma estará em relação de consunção com outra, quando de um tipo de crime faça parte, não por uma definição do Código, mas de uma forma característica ou típica, a realização de outro tipo de crime”¹⁷². Em sentido estrito, consunção será composta por factos tipicamente acompanhantes e por factos posteriores não punidos, sendo aplicada a norma de sanção do art.77.º¹⁷³. Em sentido amplo, incluiria todas as relações de “mais ou de menos” relativamente aos bens jurídicos que dominam os preceitos, quando, no caso concreto, a proteção visada por um seja consumida pelo outro, sendo a punição feita como unidade de lei¹⁷⁴.

¹⁶⁹ BELEZA, Teresa Pizarro, 1998 (cit.nota 161), p.458.

¹⁷⁰ *Idem*, p.459 e , também, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35) p.1162, levanta a questão, mas, diferentemente, no que toca ao relacionamento entre o perigo abstrato, o perigo concreto e o dano quando o perigo ultrapasse ou caia fora de uma relação de subsidiariedade (implícita), máxime, em virtude da pluralidade de bens jurídicos lesados ou ameaçados. Determinada a pluralidade de normas incriminadoras concretamente aplicáveis, o sentido dominante do ilícito deve ser conferido ao comportamento global, ao menos em regra, pelo bem jurídico que sofre a forma mais intensiva de agressão. A solução do concurso aparente parece impor-se por isso, ressalvadas em todo o caso (e pelo menos) as hipóteses em que se verifique uma pluralidade de vítimas e em que, conseqüentemente, deva concluir-se pelo concurso efetivo.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1163.

¹⁷² BELEZA, Teresa Pizarro, 1998 (cit.nota 161), p.462.

¹⁷³ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1163.

¹⁷⁴ CORREIA, Eduardo, 1996 (cit.nota 153), p.132.

5.3. O concurso de crimes

Quanto à questão da unidade ou pluralidade de crimes, Figueiredo Dias cita Eduardo Correia¹⁷⁵ para concluir que haverá pluralidade de crimes sempre que verificarmos uma pluralidade de valores jurídico-criminais negados. Portanto, quando a conduta do agente preencher vários tipos legais de crime estará, inevitavelmente, a negar diversos valores jurídico-criminais, o que confirmará a existência de uma pluralidade de infrações. Contrariamente, se só um tipo legal for preenchido, negando, conseqüentemente, apenas um valor jurídico-criminal, estaremos perante uma única infração.

Todavia, acrescenta Figueiredo Dias, a esta concepção terá que se juntar um segundo momento¹⁷⁶. Nomeadamente, podemos encontrar situações onde um concreto juízo de reprovação é formulado diversas vezes relativamente a atividades subsumíveis a um mesmo tipo legal de crime ou a um mesmo bem jurídico. O critério passa pelo trâmite de quantificação dos juízos de censura, por estarem diretamente relacionados com o número de vezes que o tipo legal se aplicará, o que, conseqüentemente, em caso de plúrimos juízos de censura, consubstanciará numa pluralidade de crimes¹⁷⁷.

Contra a tese de Eduardo Correia, argumenta Figueiredo Dias que, sendo o tipo de ilícito formado pelo tipo objetivo e pelo tipo subjetivo, e o tipo objetivo pelos seus elementos constitutivos – o autor, a conduta e o bem jurídico –, é desta conjugação que deve ser retirado o “sentido jurídico-social da ilicitude material”, e todos esses elementos constitutivos devem ser considerados e valorados numa consideração global, não devendo limitar-se à figura do bem-jurídico¹⁷⁸.

Esta tese da concepção global não é alheia a críticas, concretamente na questão do concurso aparente, onde tipos legais que, ainda que formal e abstratamente sejam aplicáveis a uma conduta singular, não o são concretamente, uma vez que a aplicação de uns afasta a aplicação dos outros, devido à sua relação de

¹⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1146.

¹⁷⁶ *Idem*, p.1147.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ *Idem*, p.1147 e 1148.

proximidade¹⁷⁹. Esta tese falha, então, pela diferenciação entre unidade e pluralidade através da contagem dos tipos legais de crime como entidades abstratas, ainda que concretamente aplicáveis ao caso¹⁸⁰, o que, em caso do agente preencher vários tipos legais com o seu comportamento global, resultaria sempre num reconhecimento de uma pluralidade de factos puníveis a serem apreciados através de uma pena conjunta com base no art.77.º¹⁸¹.

A solução proposta por Figueiredo Dias passa pelo critério da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global. Defende o autor que, tendo em conta que o que está em causa é o facto punível, consequentemente estaremos a referir-nos aos bens jurídicos integrantes do tipo legal que for aplicável ao caso. O cerne da referida violação não está, assim, nem por um lado, na ação do agente, nem por outro, na norma ou no tipo legal que integra aquela ação. A essência da violação provém do “substrato de vida dotado de um significado negativo de valor jurídico-penal”, ou seja, no ilícito-típico. Será, assim, a classificação entre unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica que existem no comportamento global do agente, que determinará a unidade ou pluralidade de factos puníveis (crimes)¹⁸².

Consequentemente, o autor divide esta análise da valoração normativa em dois grupos de casos. Em primeiro lugar, os casos de concurso efetivo (art.30º/1), próprio ou puro, onde os crimes em concurso correspondem a uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos-típicos cometidos e, deste ponto de vista, a uma pluralidade de factos puníveis¹⁸³. Em segundo lugar, o concurso aparente, impróprio, impuro, no qual, ainda que exista um concurso de tipos legais efetivamente preenchidos pelo comportamento global, aquele comportamento é englobado por um único sentido autónomo de ilicitude e a uma unidade de sentidos dos ilícitos-típicos concretamente executados. A punição deverá ser feita tendo em conta a moldura penal pertencente ao tipo legal que incorpora o sentido dominante

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1148.

¹⁸⁰ *Idem*, p.1149.

¹⁸¹ *Idem*, p.1150.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ *Idem*, p.1151.

do ilícito e na qual se considerará o ilícito excedente em termos de medida (concreta) da pena¹⁸⁴.

Do que foi exposto anteriormente podemos concluir que estaremos perante um concurso de crimes sempre que, no mesmo processo penal, ao agente seja imputado um comportamento global (podendo este ser composto por uma ou mais ações) que preenche mais do que um tipo legal de crime, ou que preenche o mesmo tipo legal de crime várias vezes¹⁸⁵.

Diz-nos Paula Ribeiro Faria¹⁸⁶ que o critério de identificação do concurso pelo legislador é o número de tipos legais de crime preenchidos pelo agente ou o número de vezes que um tipo legal se deixou preencher, sendo indiferente o número de ações em sentido naturalístico que são absorvidas por um só tipo legal de crime. A autora¹⁸⁷ refere que, quanto à questão sobre a unidade ou pluralidade de crimes, esta irá encontrar resposta no significado efetivo do comportamento do agente à luz das valorações essenciais e prévias no âmbito da ilicitude da conduta, seguindo o entendimento de Figueiredo Dias. Citando, diz-nos, agora numa conjugação do critério referido com uma conceção própria, que “(...) a decisão sobre a existência da unidade ou pluralidade de infracções vai depender de uma valoração prévia e global do sentido do facto à qual o aplicador do direito terá de adequar a relação entre os tipos legais de crime que tem perante ele, e não o inverso.”¹⁸⁸.

Em princípio, e seguindo as regras da normalidade, a uma pluralidade de normas típicas aplicáveis ao comportamento global estaria diretamente associada uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude¹⁸⁹. Da mesma forma que se considera concurso quando crimes diferentes compõem o comportamento global (concurso efetivo heterogéneo), também no que concerne o comportamento global, quanto à aplicação de uma norma típica, mas que foi violada mais que uma

¹⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1151.

¹⁸⁵ *Idem*, p.1163.

¹⁸⁶ FARIA, Paula Ribeiro de, 2017 (cit.nota 155), p. 374.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 376.

¹⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1169.

vez por esse mesmo comportamento, o entendimento deve ser o mesmo (concurso efetivo homogéneo)¹⁹⁰.

Eduardo Correia¹⁹¹ defende que, para que se possa quantificar as vezes que um mesmo tipo foi preenchido, há que atentar ao número de juízos de censura da culpa apontáveis ao agente, consubstanciando, desta forma, uma pluralidade de processos resolutivos, ou à renovação do mesmo processo, que viria a ser excluída pela continuidade temporal, quando fosse determinável que o agente concretizou toda a atividade sem renovar o móbil que inicialmente o motivou¹⁹².

Contrariamente, Figueiredo Dias defende que não podemos assumir que a uma unidade de resolução corresponda a uma unidade de sentido de ilícito manifestada pelo comportamento¹⁹³. Considera, portanto, que é possível compatibilizar, na conduta global, uma unidade de resolução e uma pluralidade de sentidos autónomos de ilícito, ainda que esta não tenha o elemento da descontinuidade temporal entre os atos praticados¹⁹⁴.

A presunção suprarreferida – a uma pluralidade de normas típicas aplicáveis corresponder uma pluralidade de sentidos de ilícito autónomos daquele comportamento global – pode ser ilidida nos casos em que os “sentidos singulares de ilicitude típica presentes no comportamento global se connexionam (...) de forma tal que, em definitivo, se deve concluir que aquele comportamento é dominado por um único sentido de desvalor jurídico-social”¹⁹⁵, consubstanciando uma pluralidade de normas típicas concretamente aplicáveis, mas que não correspondem a uma pluralidade de crimes efetivamente cometidos. Isto vai de encontro, na conceção de Figueiredo Dias, ao art.30.º/1¹⁹⁶.

Em relação à unidade ou pluralidade do facto global, num contexto de pluralidade de violações de tipos legais de crime aplicáveis, podemos, então, verificar a existência de casos onde os sentidos de ilicitude revelados pela conduta

¹⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), pp.1169 e 1170.

¹⁹¹ CORREIA, Eduardo, 1996 (cit.nota 153), pp.114 ss. e 351 ss.

¹⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1170.

¹⁹³ *Idem*, p.1171.

¹⁹⁴ *Idem*.

¹⁹⁵ *Idem*, p.1175.

¹⁹⁶ *Idem*.

global do agente serão plúrimos (sendo necessário aplicar o concurso efetivo), e situações onde está presente um sentido de ilicitude absolutamente dominante, no comportamento global, que permite a sua recondução à unidade do facto (ou seja, a um concurso aparente)¹⁹⁷.

Figueiredo Dias discorda da visão de Eduardo Correia, e da maioria da doutrina, que projetam no bem-jurídico o crivo para contabilizar o número de crimes, através da análise da afinidade entre os vários bens-jurídicos ofendidos pelo comportamento global, isto, porque tal conceção reconduziria a um afastamento, por razões de falta de fundamento e interesse, da figura do concurso aparente¹⁹⁸.

A dominância de um dos sentidos dos ilícitos singulares pode ocorrer em função de diversos pontos de vista, sendo estes a unidade de sentido social do acontecimento ilícito global, a unidade de desígnio criminoso, a estreita conexão situacional, nomeadamente, espaço-temporal, e a circunstância de certos ilícitos singulares se apresentarem como meros estádios de evolução ou de intensidade da realização típica global¹⁹⁹. Desta forma, cabe agora fazer uma pequena sùmula de cada um destes critérios.

O critério da unidade de sentido social do acontecimento ilícito global-final terá relevo relativamente a factos dolosos. Nele, o agente assumiu como objetivo uma realização típica (com um sentido dominante) e, de forma a com sucesso alcançar o fim desejado, utiliza – com dolo necessário ou eventual – meios já em si puníveis (com um sentido dominado)²⁰⁰.

O critério da unidade de desígnio criminoso aponta para a existência de casos em que a “unidade de desígnio criminoso”²⁰¹ pode atribuir a uma pluralidade de condutas típicas um significado essencialmente unitário do ilícito. Isto acontecerá em situações de facto posterior co-punido e, ainda, no relacionamento entre o crime instrumental e o crime final, uma vez que estes ilustram o relevo, por vezes

¹⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1176.

¹⁹⁸ *Idem*, p.1179.

¹⁹⁹ *Idem*, pp.1179-1180.

²⁰⁰ *Idem*, p.1180.

²⁰¹ *Idem*, p.1185.

essencial, do recurso ao plano do agente e ao seu desígnio criminoso para atribuir ao ilícito total o seu sentido de desvalor dominante²⁰².

O critério da conexão espaço-temporal das realizações típicas espelha que a unidade ou proximidade espaço-temporal das atuações típicas pode ser considerado um forte indício de cruzamento dos sentidos dos ilícitos singulares e, desta forma, de um concurso aparente (unicidade do sentido de ilícito do comportamento global)²⁰³. Contrariamente, um desfasamento espaço-temporal será indiciário de uma pluralidade de sentidos do ilícito global e, assim, um concurso efetivo²⁰⁴. De qualquer forma, consubstanciando meros indícios, estes podem ser ilididos no caso concreto²⁰⁵.

5.4. Aplicação desta figura ao artigo da pornografia de menores

5.4.1. A figura do crime de trato sucessivo e as modalidades presentes no artigo 176.º

Foi em 2012 que se viu na jurisprudência a aplicação da figura do trato sucessivo aos crimes sexuais²⁰⁶.

Considerando que a definição dos crimes – e dos bens jurídicos correspondentes – está na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (ou do Governo, desde que autorizado nos termos do art.165.º, al.c) da CRP), não pode o Tribunal criar, de forma autónoma e inovadora, elementos constitutivos do tipo legal incriminador aquando da tarefa de interpretação e aplicação do Direito, uma vez que está vinculado à definição do crime que o legislador tenha adotado²⁰⁷. Uma interpretação que ultrapasse o sentido literal possível da letra da lei, será considerada uma analogia ou uma

²⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1185.

²⁰³ *Idem*.

²⁰⁴ *Idem*.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.13.

²⁰⁷ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), “A inconstitucionalidade da jurisprudência do «trato sucessivo» nos crimes sexuais”, *Revista Julgar*, Outubro de 2019, [1-68], disponível em: <<http://julgar.pt/a-inconstitucionalidade-da-jurisprudencia-do-trato-sucessivo-nos-crimes-sexuais/>> [Consult. 03/03/2020], p.15 e 16.

criação por via jurisprudencial ou doutrinária e, pelas razões já expostas, proibida, em conformidade com os princípios da subsidiariedade, necessidade e da natureza fragmentada do Direito Penal, resultando destes o princípio da legalidade²⁰⁸.

O princípio da proporcionalidade tem aplicação numa vertente abstrata, relativamente aos limites impostos à atividade legislativa aquando da criação e configuração dos tipos legais incriminadores (onde se encontram as dimensões da adequação e da necessidade de acautelar um certo bem jurídico)²⁰⁹, e numa vertente concreta, quando impõe esta mesma lógica de atuação aquando da atividade judicial na aplicação das normas penais. É, ainda, com base neste princípio que uma das funções da pena é a salvaguarda da integridade dos bens jurídicos contra os quais os crimes atentaram, com o objetivo de transmitir na comunidade um sentimento de confiança e eficácia das normas jurídicas e, ao mesmo tempo, dissuadir os comportamentos criminosos²¹⁰.

O crime de trato sucessivo caracteriza-se pela existência de condutas isoladas criminalmente punidas, essencialmente homogêneas, unificadas por uma unidade resolutiva, sendo que qualquer das condutas é suficiente para preencher o tipo legal de crime. Contrariamente ao que acontece no crime continuado, não há qualquer diminuição de culpa, antes uma agravação pela reiteração criminosa²¹¹.

Helena Moniz relaciona a configuração que é feita do crime de tráfico de estupefacientes e a aplicação do crime de trato sucessivo aos crimes sexuais. A problemática resulta do facto dos crimes sexuais, em primeiro lugar, não se tratarem nem de crimes de empreendimento, uma vez que a conduta punida não representa o empreendimento de uma atividade e ,muito menos, preenche o crivo de haver uma equiparação da tentativa à consumação, em segundo lugar, também não foi configurado como um crime de múltiplos atos, ao contrário do crime de estupefacientes²¹². A conduta que nestes crimes é punida é a prática de ato sexual (tal como é verificável através da leitura dos artigos 165.º, 166.º, 167.º, 171.º,

²⁰⁸ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), pp.16 e 17, relativamente a estes princípios DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.175 e ss.

²⁰⁹ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), pp.31 e 32.

²¹⁰ *Idem*, p.33.

²¹¹ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.21.

²¹² *Idem*, p.14.

172.º, 173.º,174.º)²¹³, sempre no singular²¹⁴. E o mesmo se pode dizer das alíneas a) e b), do n.º1, do art.176.º, o legislador veio punir aquele que utiliza menor, e em todas as vezes que pratica o ato de utilizar menor. Em todos estes números referidos anteriormente, a conduta não abarca de forma unitária uma pluralidade de atos, não podendo subsumir estas figuras a crimes cuja ação se encontra prolongada no tempo²¹⁵.

Todavia, esta unificação resultante da aplicação do crime de trato sucessivo não responde adequada e proporcionalmente à avaliação global do facto e à tendência criminosa do agente, ilustrada na multiplicidade de condutas criminosas das quais foi autor, uma vez que, estando a uma punição circunscrita ao limite máximo da moldura penal abstrata, esta ficará aquém da medida da culpa, havendo uma desproporção entre a gravidade destes crimes e a moldura penal abstrata a aplicar através do crime de trato sucessivo²¹⁶. Isto pode, inclusive, transmitir aos arguidos uma sensação de impunidade, pois, ainda que o crime de trato sucessivo preveja uma agravação consoante o número de crimes cometidos, a verdade é que a prática de um número grande ou muito grande de crimes terá consequências penais muito semelhantes²¹⁷, pela limitação já exposta.

A conduta do agente que pratica os factos descritos nos referidos números pressupõe a prática de comportamentos diferentes, nomeadamente através da criação de condições aptas a promover o secretismo do ilícito e condicionamento da vontade da vítima, que se encontrarão tendencialmente articulados nos vários processos volitivos autónomos entre si, e não uma vontade coesa, o que resulta na necessária aplicação do concurso efetivo de infrações²¹⁸.

Helena Moniz²¹⁹ faz ainda uma crítica ao critério utilizado por Figueiredo Dias quando este defende que haverá uma pluralidade de factos puníveis quando a estes estiverem conectados uma pluralidade de sentidos de ilicitude típica. Isto

²¹³ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.14.

²¹⁴ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), p.19.

²¹⁵ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.15.

²¹⁶ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), p.35.

²¹⁷ *Idem*, p.36.

²¹⁸ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), p.26.

²¹⁹ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), pp.20 e 21.

porque, num exemplo dado pela autora em que uma vítima sobre diversos abusos, em vários dias diferentes e durante um certo período de tempo, não se pode concluir pela existência de um sentido de ilicitude dominante e um dominado, nem tão pouco numa unidade do desígnio criminoso, estando em causa uma homogeneidade de um desígnio criminoso plúrimo, uma vez que este foi renovado sucessivamente. No seguimento disto, diz que basta para a conclusão por uma pluralidade de sentidos de ilícito, em primeiro lugar, o facto de que o contexto espaço-temporal ceder quando os atos são praticados em dias diferentes e, em segundo lugar, porque mesmo sem um desfasamento considerável, em cada ato praticado pelo agente, “a vítima é renovadamente lesada”²²⁰.

Cristina Almeida e Sousa²²¹ conclui que, tanto a utilização da expressão “crime de trato sucessivo”, como os seus pressupostos, consubstanciam não mais que uma fusão de especificidades dos crimes de empreendimento e dos crimes exauridos, recorrendo ainda às regras de punição atinentes ao crime continuado, com a estrutura reiterativa própria dos crimes habituais. Isto resulta na classificação desta modalidade jurisprudencial como inconstitucional, não só por violar os princípios da legalidade e da tipicidade do Direito Penal, mas também o princípio da proporcionalidade²²².

Isto está inerentemente relacionado com a classificação de bem jurídico previamente estabelecida, uma vez que, no caso de um agente que grava dez vídeos diferentes de uma mesma menor, em que aparece a praticar atos sexuais com esta, em cada um desses vídeos estará a lesar novamente a autodeterminação dessa menor em duas modalidades: em primeiro lugar, através do crime de abuso sexual e, em segundo lugar, por estar a gravar a menor nesse contexto.

A conclusão a que chegamos não pode ser outra senão a de que constituiria uma expressa violação dos princípios da legalidade, tipicidade e proporcionalidade unificar jurisprudencialmente várias condutas integradoras de tipos legais de crimes sexuais num único crime, aos quais corresponde resoluções distintas, sem

²²⁰MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.21.

²²¹ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), p.14.

²²² *Idem*, p.15.

que esta unificação tenha sido feita por lei²²³, o que, conseqüentemente, consubstanciaria uma interpretação inconstitucional²²⁴. Ainda que as condutas criminosas sejam sucessivas, ou se encontrem num espaço temporal próximo, a forma como os tipos supra referidos foram configurados não consente que se unifique a sua reiteração num único crime²²⁵.

Esta opção do legislador é especialmente clara quando atentamos que, ao contrário da redação original da Proposta de Lei 98/X (que veio a dar origem à Lei n.º 59/2007), o artigo 30.º n.º3 não contém a expressão “salvo tratando-se da mesma vítima”, uma vez que tal expressão veio a ser rejeitada na discussão e votação na especialidade. Isto demonstra a clara intenção do legislador de que, estando em causa bens-jurídicos eminentemente pessoais, e no caso de serem efetivamente aplicáveis ao comportamento global do agente, estaremos perante uma pluralidade de crimes, independentemente de a conduta atentar contra ou umas ou contra várias vítimas²²⁶. Todavia, no caso do Tribunal da Relação, ainda é manifesta a divisão da jurisprudência²²⁷.

Nos dias de hoje, a aplicação aos crimes sexuais da figura do trato sucessivo (ou do crime continuado e do crime exaurido) é maioritariamente rejeitada no STJ²²⁸, pois é considerado que “a estrutura típica desses tipos de ilícito não pressupõe tal reiteração, com eles não se pretende punir uma atividade, pelo que, no caso de uma plúrima violação do mesmo tipo legal de crime, a condenação reporta-se à pluralidade de crimes, a punir com referência às regras do concurso, em ordem ao disposto no n.º 1 do art. 30.º do CP “(...) embora haja uma homogeneidade de condutas, violadoras do mesmo bem jurídico, há uma

²²³ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.25.

²²⁴ *Idem*, p.25.

²²⁵ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.25.

²²⁶ Ac.STJ, de 19-06-2019, com o processo n.º 98/17.2GAPTL.S1 [Relator Vinício Ribeiro], disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bca8b749587e288380258427002d6b0e?OpenDocument>>.

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ *Idem*.

pluralidade de resoluções criminosas (...) cometidos em concurso real (...) que não em “trato sucessivo”²²⁹.

Em virtude do que foi dito *supra*, rejeitando que crimes em que o bem jurídico diretamente protegido seja eminentemente pessoal, mais concretamente no que toca à autodeterminação sexual, possam ser considerados tanto crime de múltiplos atos, como crime de empreendimento, como crime continuado e como crime de trato sucessivo, resta-nos apenas a inevitável punição por cada ato²³⁰. Não deve a dificuldade probatória ser argumento para não afastar a figura do trato sucessivo, uma vez que tem sido entendido pela jurisprudência dominante que as imputações não podem ser de carácter genérico e, desta forma, há que fazer todos os esforços ao nível da investigação para especificar a conduta típica, de forma a conseguir identificar com a maior precisão possível datas, lugares e formas de prática do ato²³¹, pois as imputações genéricas e imprecisas compõem uma possível lesão do princípio do contraditório e do efetivo exercício²³².

Impera ainda referir que esse argumento, da dificuldade de contagem do número de abusos, não se aplica neste crime. Analisando o artigo 176.º e, tendo em conta que defendemos que, no caso das al. a) e b) do n.º1, se faça uma comissão por cada vez que um menor for utilizado— seja através do espetáculo de que foi feita prova, seja através dos materiais produzidos (que pela natureza do(s) seu(s) suporte(s) são naturalmente contáveis) – e, no caso das alíneas c) e d) do n.º1 e dos n.os 4, 5 e 6, se classifique como um só crime pelo facto punido admitir essa realização plúrima²³³, chegamos à conclusão que em nenhum dos casos seria levantada a questão da dificuldade de contagem.

²²⁹ Ac. STJ, de 22/03/2018, com o processo n.º:467/16.5PALSB.L1-S1 [Relator: Souto de Moura] , disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/70cf8a001d4f5cb58025832b002f5ce8?OpenDocument> >.

²³⁰ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), pp. 22 e 23.

²³¹ *Idem*, p.23.

²³² *Idem*.

²³³ Considerámos por bem referir que, ainda que no caso das alíneas c) e d) do n.º1, e dos n.os 4,5, e 6, tivéssemos concluído que deveria ser imputada ao agente uma comissão por cada ficheiro ou por cada menor, chegaríamos à mesma conclusão, de afastar o argumento de dificuldade de contabilização de crimes, devido aos materiais serem contáveis. Isto, uma vez que estamos a falar de fotografias, vídeos e gravações

Olhando para a opinião da doutrina no que toca às alíneas a) e b) do n.º1, podemos observar que José Mouraz Lopes e Tiago Milheiro²³⁴ proclamam que o agente deve ser condenado com base no número de menores que utilizar. Em concordância com este argumento, também M. Miguez Garcia e J.M. Castela Rio²³⁵ interpretam que o número de crimes deve ser contado tendo em conta o número de vítimas, e não quanto ao número de vezes que utiliza cada menor, acrescentando que um agente comete um só crime de pornografia de menores se, por exemplo, utilizar o menor em espetáculo, com base neste produzir um filme e ainda distribuir, exhibir e ceder esse mesmo filme.

Na mesma linha de argumentação, tanto no processo Caso Facebook, como no Caso Múltiplas Menores, o Tribunal entendeu que, em relação à alínea b) do n.º1), não estaria em causa um crime de trato sucessivo, em que as condutas isoladas criminalmente punidas estariam unificadas numa unidade resolutive, mas sim, perante um único crime, consubstanciado na prática pelo arguido da atividade criminalmente punida. Desta forma, não estariam perante uma comissão por cada ficheiro, mas sim perante um crime por cada menor retratada, independentemente do número de imagens colhidas.

Por outro lado, e no mesmo sentido da opinião que já tínhamos referido, Helena Mourão defende que, estando na eminência de um bem-jurídico pessoal, este é “encabeçado por uma vítima”²³⁶, o que impõe a punição dos diferentes atos. Acrescentando, ainda, que o número de espetáculos, fotografias, gravações ou filmes será diretamente relacionado com o número de vezes que o tipo foi preenchido, uma vez que cada vez que o menor é utilizado, representará uma nova ofensa ao bem jurídico que a ele corresponde²³⁷.

A opinião por nós defendida já foi sendo constatável ao longo deste subcapítulo, mas, no seguimento do que já foi suprarreferido e tendo em conta semelhança, por nós já defendida, entre as alíneas a) e b) do n.º1, com os artigos

que são apreendidos nos suportes detidos pelo arguido, ou cuja conduta é rastreável pelos investigadores, e por essa razão contabilizável.

²³⁴ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.231.

²³⁵ GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, 2018 (cit.nota 27), p.736.

²³⁶ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.24.

²³⁷ *Idem*, p.24.

171.º, 172.º, 173.º, deve o agente ser punido em referência a cada utilização de menor que perpetuar. Em conformidade, o mesmo pensamento será aplicável ao n.º2 (na parte aplicável às alíneas a) e b) do n.º1) e ao n.º3 pela sua relação direta com as alíneas a) e b) do n.º1).

Assim, a aplicação do crime de trato sucessivo viola não só os princípios penais da legalidade e da tipicidade, mas também o princípio constitucional da proporcionalidade, sendo por esta razão capaz de colocar em causa os fins penais de prevenção geral e especial, na sua vertente positiva e negativa, que são basilares do sistema punitivo português²³⁸. A adicionar a isto, esta figura, também, não perfaz um crime continuado, uma vez que a imputação objetiva do primeiro é referente a um tipo de culpa agravado, e não de diminuição da culpa. Também não se trata de um concurso de crimes, sendo que os vários crimes individualmente puníveis são uniformizados numa única unidade resolutive. No entanto, também não é considerado um crime único, visto que o trato sucessivo foi aplicado aos crimes sexuais justamente pela incerteza que rodeia, tendencialmente, a contabilização da prova aquando da identificação de vários crimes praticados pelo agente (ou do mesmo crime praticado várias vezes)²³⁹. Assim, além desta figura não ter consagração legal, acaba por não acrescentar qualquer inovação ao Direito Penal²⁴⁰.

5.4.2. O agente que pratica as condutas do artigo 176.º/1/c) e d), e ainda dos números 4 e 5

A conclusão a que chegámos no capítulo anterior não poderá ser totalmente aplicada quanto às alíneas c) e d) do n.º1, ao n.º4, n.º5, n.º6 e n.º7. Ora, analisando as alíneas c) e d) do n.º1, podemos observar que nelas o facto punível²⁴¹ é, respetivamente, a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação,

²³⁸ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), p.65.

²³⁹ *Idem*, pp. 64 e 65.

²⁴⁰ *Idem*, p.65.

²⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.277: Os elementos constitutivos de facto punível são a “ação, tipicidade, ilicitude, culpa e punibilidade”.

exibição ou cedência dos materiais e aquisição ou a detenção dos materiais com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder. Ou seja, nos números referidos no parágrafo *supra*, o agente não será punido através de uma das modalidades no concurso, mas sim em referência ao facto punível. Isto porque, além de poder ser preenchido por qualquer uma das condutas ilustradas, este admite uma realização plúrima. Elaborando, para o preenchimento do facto punido basta a sua primeira violação e, uma vez realizado o tipo, todas as outras representarão não mais que “preenchimentos intensificados do tipo”²⁴². Existe, assim, uma indiferença quantitativa ao consentir a realização com plúrimos factos. Esta figura, do preenchimento intensificado do tipo, irá apenas ter efeito sobre a medida da pena aplicada ao agente, uma vez que quanto maior o número de violações, maior será a pena a aplicar ao agente.

No mesmo sentido do argumento apresentado no parágrafo anterior está Cristina Almeida e Sousa quando afirma que é clara a configuração feita pelo legislador ao incluir nas modalidades previstas nas als. c) e d) do n.º1 do art.176.º uma estrutura de pluralidade de atos ou de atividade²⁴³, o tipo está construído como uma estrutura objetiva reiterada ou plural²⁴⁴.

Os números e alíneas referidos *supra* encontram-se consumados com a realização da primeira conduta punível pelo facto. A quantidade de materiais produzidos, distribuídos, importadas, exportados, divulgados, exibidos ou cedidos (n.º1.ºc), com menores “reais” ou utilizando material pornográfico com representação realista de menor (n.º4), ou adquiridos ou detidos com o propósito de fazer distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência (n.º1/d), ou (referente aos materiais da alínea b) adquiridos, detidos, acedidos, obtidos ou com o acesso facilitado (n.º5), representam apenas um preenchimento intensificado do tipo incriminador, ou do facto punível, previsto em cada um dos

²⁴² PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra, Almedina, 1992, p.47, Esta expressão foi originalmente utilizada por este autor, todavia num sentido diferente – aqui o conceito está a ser utilizado no âmbito de um quadro de desistência, em referência ao resultado que o desistente pode evitar, sendo este resultado o evento que representaria uma lesão “intra-típica”. Sendo assim, o conceito é utilizado para representar o agravamento que essa lesão, na hipótese de ocorrer, representaria, por referência ao evento desvalioso que a lei quer evitar que se verifique.

²⁴³ SOUSA, Cristina Almeida e, 2019 (cit.nota 207), p.18.

²⁴⁴ *Idem*.

números referidos, sendo que, em qualquer destes casos, estaremos perante um só crime, consubstanciado na prática pelo agente de uma realização plúrima²⁴⁵.

Isto é admissível tendo em conta a classificação de bem-jurídico que equacionámos *supra*. Não estando em causa uma violação direta de um bem jurídico iminentemente pessoal, mas sim de um bem jurídico supra-individual que visa proteger os menores em geral e o seu direito a uma infância e juventude pacíficas, sem interferências, que, de forma direta, tenta combater o comércio de pornografia de menores, e atentando à já referida letra da lei, é concebível fazer esta conceção.

Contudo, também quanto aos preceitos em análise, não nos parece admissível que esta figura, do trato sucessivo, possa ser admissível, mas não pelas mesmas razões referidas quanto ao afastamento da aplicação desta figura às alíneas a) e b) do n.º1. Isto porque, tal como referimos anteriormente, é o facto punível destes preceitos que admite a pluralidade de atos, e não uma criação jurisprudencial, caracterizada como sendo um crime habitual, cuja consumação se prolonga no tempo por força da prática de uma multiplicidade de atos reiterados e sucessivos, cuja contagem não se mostra possível efetuar ²⁴⁶, que não está contemplada na lei.

De acordo com o que foi referido, José Mouraz Lopes e Tiago Milheiro²⁴⁷ quando fazem referência a que uma utilização de materiais (no plural) somado ao facto de se tratar de uma tutela indireta da liberdade e autodeterminação sexual, determinam que se conclua que o número de materiais pornográficos em causa releva para a escolha da medida da pena, mas não para a individualização de crimes consumados. Assim, existirá um só crime, independentemente do número de fotografias, filmes ou gravações²⁴⁸.

²⁴⁵ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Os crimes contra o mercado: âmbito material e significado político-criminal após a reforma de 2017”, *Revista De Direito Financeiro E Dos Mercados De Capitais*, dezembro 2019 [471-506], disponível em: <<https://rdfmc.blook.pt/wp-content/uploads/2019/12/RDFMC-2019-5.pdf>> [Consult. 01/02/2020], p.495.

²⁴⁶ Caso Europol.

²⁴⁷ LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, 2019 (cit.nota 4), p.231.

²⁴⁸ *Idem*, p.231.

Também Helena Moniz²⁴⁹, quando afirma que “a punição de uma certa conduta a partir da reiteração, sem possibilidade de análise individual de cada ato, apenas pode decorrer da lei, ou dito de outro modo, do tipo legal de crime. Ora, unificar diversos comportamentos individuais que têm subjacente uma resolução distinta sem que a lei tenha procedido a essa unificação constitui uma clara violação do princípio da legalidade e, portanto, uma interpretação inconstitucional”.

Em concordância com esta linha de raciocínio pareceu estar, também, o Tribunal (Caso Europol), onde os arguidos foram punidos por dois crimes de pornografia de menores, com os vários atos (por um lado de partilha, e por outro, de detenção) unificados em referência às duas condutas punidas pelo artigo 176.º, n.º1, al.c), e pelo art.176.º, n.º5. Este entendimento foi justificado com o facto de nenhum dos arguidos ter tido qualquer contacto com os menores retratados nos materiais, nem tão pouco terem produzido qualquer tipo de conteúdos pornográficos, ainda que neste caso tenham associado esta punição ao crime de trato sucessivo.

Pelo contrário, o Tribunal (Caso Facebook), considerou que, no caso de detenção de pornografia de menores, estaríamos perante uma comissão por cada menor, não relevando para esta contagem o número de imagens colhidas, tendo sido feita uma identificação pelo tribunal do número de menores representadas, correspondendo, assim, a treze crimes de detenção de pornografia de menores, p. e p. pelo art.176.º, n.º5.

5.4.3. Concurso entre pornografia de menores e outros crimes

No que respeita ao concurso que surge entre o crime de pornografia de menores, principalmente no caso do agente que pratica os atos das alíneas a) e b) do n.º1, e, ao mesmo tempo, o crime de abuso sexual de crianças do art.171.º, do abuso sexual de menores dependentes do art.172.º ou dos atos sexuais com

²⁴⁹ MONIZ, Helena, 2018 (cit.nota 68), p.25.

adolescentes do art.173.º, há que definir se estaremos perante um concurso efetivo ou aparente.

Já tendo esclarecido quanto à natureza de cada um destes, defendemos que seja aplicado o concurso efetivo quando estejam em causa qualquer um dos números do 176.º e os números dos arts.171.º a 173.º.

Isto porque, ainda que, no caso das alíneas a) e b) do n.º1, defendamos que o bem jurídico protegido nas duas incriminações seja fundamentalmente o mesmo, este é tutelado de uma maneira diferente e com uma gravidade diferente²⁵⁰. Em virtude disto, em primeiro lugar, não é de aplicar nenhum dos critérios referentes ao concurso aparente ao nível de concurso de normas. Em segundo lugar, quanto ao concurso de crimes, diz-nos Figueiredo Dias que existirá concurso de crimes sempre que no mesmo processo penal o comportamento global imputado ao agente, podendo este ser composto por uma única ação – o que nestes casos pode ou não ocorrer – ou por uma pluralidade de ações, preenche mais do que um tipo legal de crime, previsto em mais do que uma norma concretamente aplicável²⁵¹.

Agora, o crivo será identificar se estaremos perante uma pluralidade de sentidos de ilicitude do comportamento global, ou se, por outro lado, existe uma absoluta dominância ou prevalência de um sentido de ilícito sobre outro. Na nossa ótica, não podemos cogitar que o “substrato de vida dotado de um significado negativo de valor jurídico-penal” ou o “sentido de desvalor jurídico-social” subjacente a um ato sexual e a uma utilização em espetáculo, fotografia, filme ou gravação, seja o mesmo. Sendo assim, existe entre estes dois preceitos uma pluralidade de sentidos de ilicitude típica quando imputáveis ao comportamento global do agente, o que determina um concurso efetivo heterogéneo de crimes e, consequentemente, uma pluralidade de factos puníveis²⁵².

O Tribunal (Caso Redes Sociais) entendeu que a conduta do arguido preenchia os elementos típicos objetivos e subjetivos dos crimes em causa, o que levou à sua condenação, em relação a cada uma das menores, em autoria material

²⁵⁰ BELEZA, Teresa Pizzaro, 1998 (cit.nota 161), p.476, aqui é utilizado pensamento análogo, todavia referindo-se à proteção do bem jurídico propriedade.

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), p.1168.

²⁵² *Idem*, pp.1149 e 1150.

e em concurso real de um crime (de trato sucessivo) de abuso sexual de crianças (através do art.171.º, n.º3, als. a) e b)) e um crime de pornografia de menores (art.176.º,n.º1, al.b), agravado pelo art.177.º, n.º6). Tendo considerado que no caso do arguido que tem uma conversa de teor sexual art.171.º, n.º3, al. b) de forma a convencer a menor a enviar-lhe fotografias (art.176.º, n.º1, al. b)), este preenche os dois tipo incriminadores, que têm o mesmo bem jurídico, consubstanciando isto um concurso aparente a resolver de acordo com as regras da consunção, sendo esse abuso sexual de crianças consumido pelo crime de pornografia de menores (agravado). Todavia, quanto à atuação do agente que envia à menor um número não apurado de fotografias e vídeos onde exhibe o seu pénis ereto e o fricciona até ejacular, não se poderá considerar que esta esteja consumida pelo crime de pornografia de menores, portanto, foi considerado como um crime autónomo. Consideraram, ainda, relativamente a uma outra menor, que os atos que incluíam toques e contactos físicos, a introdução vaginal, anal e coito oral e a importunação e atuação sobre menor por meio de conversa, escrito ou objeto pornográfico, serão consumidos por um único crime de abuso sexual de crianças (art.171.º, n.º2), formando uma unidade típica de ação conducente à aplicação deste artigo por razões de especialidade entre os preceitos em causa. E, ainda, que o arguido ter gravado os aludidos abusos (art.176.º, n.º1, al.b)) e tê-los posteriormente partilhado com um terceiro (art.176.ºn.º1, al.c) consubstanciará apenas um crime de pornografia de menores. Afirmando ainda que, no caso do aliciamento de menores para fins sexuais do art.176.º-A, este será sempre subsidiário da punição dos crimes de abuso sexual de criança ou de pornografia de menores, tanto na forma consumada, como na forma tentada, formando um concurso aparente por via da subsidiariedade implícita, e citam Paulo Pinto de Albuquerque para justificar esta afirmação, notando que, sendo o crime previsto no art. 176.º-A um crime de ato cortado, este contém um intenção de realização de um resultado (que será a prática dos atos previstos no art. 171.º, n.os 1 e 2 e no art. 176.º, n.º1, als.a), b) e c)) que não faz parte do tipo, mas que é provocado por uma ação subsequente a praticar pelo agente²⁵³. Finalmente, quanto à detenção, o Tribunal optou pela

²⁵³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.706.

punição de um só crime de trato sucessivo de pornografia de menores, pelo art.176.º, n.º5, em relação a cada um dos dois aparelhos informáticos onde estavam localizados os materiais pornográficos, justificado por uma unidade resolutive, com dolo inicial que abarcou os factos praticados ao longo do período apurado, formando assim um concurso real entre essas duas detenções (telemóvel e computador), tendo sido o arguido condenado, nesta modalidade, por dois crimes “prolongados ou de trato sucessivo” de pornografia de menores, pelo art. 176.º, n.º5. Não podemos concordar com este último entendimento, isto, uma vez que tendo em conta a avaliação que fizemos no subcapítulo 5.4.1., admitindo o facto jurídico uma realização plúrima, não parece de relevar o número de aparelhos em que os ficheiros estão distribuídos, nem nos parece ter sido a intenção do legislador unificar as condutas em referência ao número de aparelhos eletrónicos onde estão contidos os materiais.

No Caso Múltiplas Menores foi decidido que os três crimes de pornografias de menores (pelo art. 176.º, n.º1, al.b)), um por cada uma das vítimas, estariam em concurso efetivo com os crimes de recurso à prostituição (pelo art. 174.º, n.os 1 e 2).

No Caso Facebook foi entendido que se estaria perante um concurso efetivo em relação a cada crime (sendo os atos de cada um desses crimes unificados numa só punição) em referência a cada uma das menores.

Maria João Antunes e Cláudia Santos afirmam que haverá concurso efetivo entre as condutas descritas nas alíneas a) e b) do n.º1 do art.176.º e os n.os 1 e 2 do art.171º, quando a vítima for menor de 14 anos²⁵⁴.

Defende Paulo Pinto de Albuquerque que o agente comete tantos crimes quanto o número de menores utilizados na produção do material pornográfico, baseando este argumento na natureza pessoal do crime em causa²⁵⁵.

Já M.Miguez Garcia e J.M. Castela Rio proclamam que a utilização de menor de 14 anos em espetáculo pornográfico, limitado a atos exibicionistas ou de contacto sexual, está prevista nos arts. 171.º, n.º3, al.a) e 176.º, n.º1, al.a), enquanto

²⁵⁴ ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, 2012 (cit.nota 67), p.885.

²⁵⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), pág. 704.

normas aplicáveis, aplica-se, porém o art. 176.º, n.º1, a), por via do concurso aparente, uma vez que conjugando-se o espetáculo pornográfico com o envolvimento de menor em atos sexuais de relevo aplica-se sempre o art. 176.º, n.º1, al.a)²⁵⁶.

Inês Ferreira Leite aponta para a questão de ser comum encontrar casos em que a exibição de pornografia (art. 171.º, n.º 3, al.b)) consubstancia ato preparatório, ou que seja parte integrante do processo de abuso sexual do mesmo, que, especialmente no caso de redes de pedofilia, esses atos são destinados a serem filmados para posterior comercialização²⁵⁷. No caso do agente que pratica um abuso sexual de crianças e, em simultâneo, procede à filmagem, auditiva ou visual, desse abuso, sem proceder à sua divulgação (ou seja, praticar atos do n.º1, al. b do art.176.º)), a autora defende que a distinção entre concurso aparente ou efetivo será baseada na *ratio* da incriminação da pornografia de menores, sendo os fundamentos desta criminalização a prevenção e repressão da pedofilia e a tutela da livre disposição da imagem do menor²⁵⁸. Desta forma, se entendermos que a utilização dos menores para produção dos materiais será fonte de um dano autónomo, estaremos perante um concurso efetivo²⁵⁹. Todavia, admite a autora que a um agente que tenha por hábito gravar os seus crimes, sem todavia ter qualquer intenção de os partilhar, pode, excecionalmente, serem aplicadas as regras da consunção, e ser apenas punido pelo crime mais grave²⁶⁰. Desta forma, afirma que, no caso dos crimes atualmente previstos nas alíneas c) e d) do n.º1 do art. 176.º, estes assumirão sempre um desvalor autónomo, em relação ao crime de abuso sexual, não sendo relevante se o autor dos abusos for o mesmo agente que os difundir, nestes casos haverá sempre concurso efetivo de crimes²⁶¹. O mesmo entendimento pode ser transposto para o n.º4, 5 e 6 do art. 176.º, por razões de semelhança entre os preceitos.

²⁵⁶ GARCIA, M.Miguez, RIO, J.M. Castela, 2018 (cit.nota 27), p.732.

²⁵⁷ LEITE, Inês Ferreira, 2004, (cit.nota 25), p.142.

²⁵⁸ *Idem*, p.143.

²⁵⁹ *Idem*.

²⁶⁰ *Idem*, p.144.

²⁶¹ *Idem*, p.142.

Pelas razões já expostas, entendemos que haverá quase sempre concurso efetivo de crimes entre crimes previstos nos arts.171.º a 175.º, e o crime de pornografia de menores do art.176.º, salvo exceções como as referidas por Inês Ferreira Leite, consubstanciando esses casos pontuais a serem analisados casuisticamente.

5.4.4. Concurso entre os números do 176.º

O Tribunal (Caso Redes Sociais) considerou que entre o art.176.º, n.º1, al.b) e o 176.º, n.º1, al.c), quando referentes a uma mesma menor, estaríamos perante um único crime. Todavia, entenderam que entre esta punição e o crime do 176.º, n.º5, com materiais referente a outras menores, já haveria um concurso efetivo.

No mesmo sentido da primeira conclusão, diz-nos Inês Ferreira Leite²⁶² que o agente que produz material de pornografia de menores e depois o distribui, deverá ser punido por um só crime, devendo ser responsabilizado pela conduta como produtor, sendo a segunda conduta de distribuição, um simples ato de aproveitamento do crime e, por isso, não punível.

Todavia, é do nosso entendimento, e seguindo uma linha de raciocínio com correspondência com as classificações que fizemos aquando do bem jurídico em causa, que praticando o agente a conduta de utilizar menor em filmagem, p. e p. pelo art.176.º, n.º1, al.b), e que, posteriormente partilha essa filmagem, deverá este incorrer em dois crimes. Em primeiro lugar, porque em nossa conceção estaremos perante diferentes bens jurídicos, mais, seguindo o já referido critério de Figueiredo Dias, perante dois sentidos de ilicitude do comportamento diferentes, porque o facto punível, objeto da questão entre unidade e pluralidade²⁶³, é diferente nas duas previsões legais, não havendo entre elas uma relação de dominante e dominado. Assim, agente que toma a decisão de utilizar menor, atenta com essa conduta contra o bem jurídico titulado pelo menor, de autodeterminação sexual, e,

²⁶² LEITE, Inês Ferreira, 2004, (cit.nota 25), p.141 e, no mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, 2015 (cit.nota 63), p.704.

²⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2019 (cit.nota 35), pp.1149 e 1150.

posteriormente, ao decidir partilhar esses materiais, estará, com este segundo ato, a atentar contra o já referido bem jurídico supra-individual em causa, ao promover o comércio de pornografia de menores.

Depois, em relação às outras alíneas, ainda que o bem jurídico seja essencialmente o mesmo, é diferente a atuação do agente que detém e do que partilha, neste sentido, também foi decidido pelo Tribunal (Caso Europol) onde foi considerado um concurso efetivo em referência às duas condutas praticadas pelos agentes, do art. 176.º, n.º1, al.c) por um lado, e do art. 176.º, n.º5, por outro.

Conclusão

Após efetuadas todas as considerações necessárias referentes ao crime de pornografia de menores, esta secção propõe uma síntese do que foi discutido ao longo do relatório no sentido de fundamentar conclusões mais relevantes e sugerir futuras pesquisas sobre o tema.

1. Durante o período de estágio curricular, o que se mostrou de extrema utilidade aos níveis pessoal, académico e profissional foi a capacidade de diálogo e discurso com o todo o coletivo e, ainda, com os magistrados do ministério público, mas principalmente com o Dr. Juiz José Paulo Registo, o meu supervisor. Os debates interpessoais sobre os temas tratados nos processos, as questões processuais levantadas nas diligências, os detalhes na realização e condução de uma diligência, os debates doutrinários no sentido de encontrar um tema para este relatório e a cedência de processos e materiais de investigação, são os elementos cognitivos (pessoais e profissionais) mais importantes deste período de estágio. Ademais, depois de escolhido o tema, as reuniões e discussões relacionadas com pornografia de menores e até a dinâmica que está presente entre o Tribunal e os restantes intervenientes processuais (Advogados, Partes, Testemunhas, Funcionários Judiciais) mostraram-se essenciais para a minha análise sobre a problemática e tornaram este relatório mais rico e completo. Os quatro processos acedidos em sede de estágio, em que a pornografia de menores foi discutida, formaram uma importante fonte de conhecimento uma vez que, além de questionarem problemas pertinentes, ofereceram ainda uma perspetiva distinta e fundamentada sobre a punição deste tipo de crimes, auxiliando, assim, a construir, de forma mais clara, as conclusões aqui apresentadas.

2. No que reporta ao crime de pornografia de menores, através da análise do seu enquadramento histórico no nosso CP, constatámos que este entrou no nosso ordenamento jurídico numa fase de viragem do panorama em que assentava o direito penal. Efetivamente, o direito penal deixou de ser baseado na moral e nos bons costumes, para dar lugar a uma proteção da liberdade individual. Consequentemente, a pornografia de menores, que apareceu no nosso

ordenamento jurídico em 1995, só ganhou autonomia em relação ao crime de abuso sexual de menores em 2007 e, desde então e até à entrega deste relatório, foi alvo de uma única alteração, em 2015, pela necessidade do legislador de esclarecer questões dúbias que eram levantadas em relação à modalidade da detenção, suprimindo a possibilidade de a punição ser através de multa, e prevendo um agravamento no caso do uso de violência ou ameaça grave.

A classificação do conceito pornografia de menores, que parece ser maioritariamente aceite pela doutrina, corresponde aos materiais onde exista a representação de menores em atos sexuais ou a exposição dos seus órgãos sexuais, sendo a última para fins sexuais ou com o propósito de provocar a excitação ou estímulo sexual no consumidor destes materiais. Este crime admite qualquer modalidade de dolo e as formas de crime – tentativa, aliciamento e participação – seguem os trâmites gerais.

A análise deste tema foi, desde o início, marcada pela existência de complexidades difíceis de abordar. Essa noção ganhou proporções concretas com o desenrolar da investigação académica. Assim, parece imperativo concluir que as questões analisadas ao longo deste relatório – em particular a temática do bem jurídico, a análise do tipo e a figura do concurso – são figuras que carecem de um estudo aprofundado e individualizado²⁶⁴. Paradoxalmente, consideramos que a sua análise conjunta foi essencial para atingir conclusões válidas e relevantes²⁶⁵, mais concretamente na dinâmica entre as figuras do bem jurídico e o do concurso.

Por um lado, o bem jurídico da autodeterminação sexual estará a ser diretamente tutelado nas modalidades presentes nas als. a) e b) do n.º1 do art. 176.º, uma vez que a conduta punida é em tudo idêntica à dos crimes previstos nos arts.171.º a 175.º. Por outro lado, no âmbito das outras modalidades, concluímos que estaria em causa a proteção de um bem-jurídico supra-individual que visa tutelar a dignidade humana (dos menores) na sua dimensão objetiva, por estar em causa a proteção dos menores em geral, no quadro do combate ao comércio de pornografia de menores.

²⁶⁴ LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.157.

²⁶⁵ *Idem*.

Nesse sentido, a classificação do bem jurídico (nas suas diferentes modalidades) aqui apresentada está intrinsecamente relacionada com as conclusões sobre o concurso a que chegámos neste último capítulo. Considerou-se que, por um lado, em relação às alíneas cujo bem jurídico é a autodeterminação sexual, que cada ato cometido pelo agente corresponderia a um crime, em congruência com o número de vezes que o tipo foi preenchido. Por outro lado, no que concerne às modalidades que têm a dignidade na sua vertente objetiva como bem jurídico supra-individual, é o próprio facto punível destes preceitos que admite a pluralidade de atos, uma vez que a punição destas condutas representa uma luta que visa a erradicação do comércio de materiais pornográficos que representem menores. Relativamente a esta problemática, defendemos que não deve ser aplicada a figura do trato sucessivo em nenhuma das modalidades do art.176.º, visto que a sua aceitação, além de não acrescentar nada ao direito penal, consubstanciaria uma violação dos princípios da legalidade, tipicidade e proporcionalidade.

Em relação ao concurso entre o art.176.º e os demais crimes previstos na secção referente aos crimes contra a autodeterminação sexual, analisámos a possibilidade de um concurso efetivo de crimes, com eventuais exceções. Isto porque, no que concerne às alíneas em que o bem jurídico é a autodeterminação sexual, ainda que o bem jurídico que se visa tutelar seja essencialmente o mesmo, este está a ser tutelado de um diferente modo, e/ou com uma gravidade diferente. Em relação aos números e alíneas em que classificámos o bem jurídico como supra individual, além do bem jurídico entre estes e os demais crimes sexuais ser diferente, assumem, ainda, um desvalor autónomo, o que corrobora a aplicação da figura do concurso efetivo.

Finalmente, e em referência ao concurso entre os vários números do art.176.º, considerámos que estaremos sempre perante um concurso efetivo de crimes. Isto ocorre em virtude do agente que utiliza o(a) menor atentar contra o bem jurídico por ele(a) titulado, de autodeterminação sexual e que, posteriormente, partilha esses materiais, estar, em acréscimo, a promover o comércio de pornografia de menores. Desta forma não estará a renovar diretamente a lesão ao

menor em concreto, mas sim atentando de forma direta contra um outro bem jurídico, já referido, de cariz supra-individual.

Concluimos com a consciência de que, ainda que algumas das conclusões, devido à sua complexidade, fossem merecedoras de uma exposição e argumentação mais extensivas, isso nem sempre foi possível uma vez que, além de ultrapassarem o ónus do relatório de estágio de Mestrado a que nos propusemos, tal não seria exequível por razões de economia de exposição²⁶⁶. Desta forma, fazemos a ressalva de que, revendo-se o objetivo deste relatório nas considerações e argumentações que fez sobre a pornografia de menores, estes elementos consubstanciam um ponto de partida para a intensificação e aprofundamento da discussão jurídica que rodeia este crime complexo e, acima de tudo, ambíguo.

²⁶⁶ LEITE, Inês Ferreira, 2004 (cit.nota 25), p.7.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares, Lima, Pedro, “*O Crime De Detenção De Pseudopornografia Infantil — Evolução Ou Involução?*”, *Revista Julgar* nº12, 2010, [195-220] disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/195-220-Deten%C3%A7%C3%A3o-de-pseudopornografia.pdf>>[Consult. 03/01/2020];

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ªEd., Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015;

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

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, in DIAS, Jorge Dias de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012 [878-886];

ANTUNES, Maria João, “Crimes Contra A Liberdade E A Autodeterminação Sexual Dos Menores”, *Revista Julgar* nº12, 2010, [152-161], disponível em <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/153-161-Crimes-contra-a-liberdade-e-a-autodetermina%C3%A7%C3%A3o-sexual-dos-menores.pdf>> [Consult. 06/01/2020];

BELEZA, Teresa Pizarro “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na Revisão do Código Penal”, *Separata de Jornadas de Direito Criminal - Revisão do Código Penal, Vol.I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1996.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, vol.1, Lisboa, AAFDL, 1998

CORREIA, Eduardo, “A Teoria do Concurso em Direito Criminal”, Coimbra, Almedina, 1996;

DIAS, Augusto Silva, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Protecção do Futuro (Ambiente, Consumo e Genética Humana)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 3ª Edição, Coimbra, GESTLEGAL, 2019;

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

FARIA, Paula Ribeiro de, *Formas Especiais de Crime*, 1ª edição, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, julho de 2017;

FERNANDES, Maria de Fátima Carrilho, *Da Pornografia De Menores Em Portugal: Direito, Políticas Públicas E Segurança*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Tese com vista à obtenção do grau de Doutora em Direito e Segurança, maio de 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10362/65277>>[Consult.10/dez/2019];

FONSECA, Paulo, *Adolescência*, in OLIVEIRA, Guiomar, SARAIVA, Jorge, *Lições de Pedriatria*, Vol.I, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, [247-258]. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316.2/43115>> [Consult. 13/02/2020];

GARCIA, M.Miguez e RIO, J.M. Castela, *Código Penal - Parte geral e especial*, 3ªEd., Coimbra, Almedina, 2018;

LEITE, André Lamas, “As Alterações de 2015 ao Código Penal em Matério de Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais – Nótulas Esparsas”, *Revista Julgar* n.º28, 2016, [61-74]. Disponível em: <http://julgar.pt/as-alteracoes-de-2015-ao-codigo-penal-em-materia-de-crimes-contra-a-liberdade-e-autodeterminacao-sexuais-notulas-esparsas/> [Consult. 05/01/2020];

LEITE, Inês Ferreira, *Pedofilia - Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Almedina, Coimbra, 2004;

LEITE, Inês Ferreira, “Tutela penal da liberdade sexual”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 21 n.º1, 2011, [29-94];

LOPES, José Mouraz, MILHEIRO, Tiago Caiado, *Crimes sexuais - análise substantiva e processual*, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2019;

MONIZ, Helena, “Crime de Trato Sucessivo”, *Revista Julgar*, abril de 2018, [1-25] Disponível em <<http://julgar.pt/crime-de-trato-sucessivo/>> [Consult. 12/12/2019];

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

PATTO, Pedro Vaz, “Pornografia infantil virtual”, *Revista Julgar* n.º12, 2010, [183-194], disponível em: <<http://julgar.pt/pornografia-infantil-virtual/>>[Consult. 05/01/2020];

PEREIRA, Eliana, “Crime De Abuso Sexual De Menores Com Recurso à Internet: Darknet – Os Desafios da Investigação”, in *Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal, Vol.I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, [157-177]. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Trabalhos_Tematicos_Direito_Processo_Penal_Vol_I.pdf> [Consult. 20/12/2019];

PINTO, Ângela, “Crime De Abuso Sexual De Menores Com Recurso À Internet : Enquadramento Jurídico, Prática E Gestão Processual” in *Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal, Vol.I*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2016, [109-154]. Disponível em:<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Trabalhos_Tematicos_Direito_Processo_Penal_Vol_I.pdf> [Consult. 20/dez/2019];

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Coimbra, Almedina, 1992;

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, “Os crimes contra o mercado: âmbito material e significado político-criminal após a reforma de 2017”, *Revista De Direito Financeiro E Dos Mercados De Capitais*, dezembro 2019 [471-506], disponível em: <<https://rdfmc.blook.pt/wp-content/uploads/2019/12/RDFMC-2019-5.pdf>> [Consult. 01/02/2020];

RODRIGUES, Ana Paula, “Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, *Revista do CEJ* nº15 (2011) [261-291];

SOUSA, Cristina Almeida e, “A inconstitucionalidade da jurisprudência do «trato sucessivo» nos crimes sexuais”, *Revista Julgar*, Outubro de 2019, [1-68],

disponível em: <<http://julgar.pt/a-inconstitucionalidade-da-jurisprudencia-do-trato-sucessivo-nos-crimes-sexuais/>> [Consult. 03/03/2020].

JURISPRUDÊNCIA

Ac.TRE, de 02/02/2016, Processo n.º 51/10.7GBTVR.E1 [Relator: António João Latas], disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/33c998680be3009080257f5b0052e80a?OpenDocument>>;

Ac. STJ, de 15/05/2017, com processo n.º 194/14.8TEL.SB.S1. relator Pires da Graça Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b2a68cd0be9c27b98025812500386eb1?OpenDocument>>;

Ac.STJ, de 19-06-2019, com o processo n.º 98/17.2GAPTL.S1 [Relator Vinício Ribeiro], disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bca8b749587e288380258427002d6b0e?OpenDocument>>;

Ac. STJ, de 22/03/2018, com o processo n.º:467/16.5PALSB.L1-S1 [Relator: Souto de Moura] , disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/70cf8a001d4f5cb58025832b002f5ce8?OpenDocument> >.

LEGISLAÇÃO

Código Penal – Decreto-lei n.o 48/95, de 15 de Março;

Código de Processo Penal – Decreto-lei n.o 78/87, de 17 de Fevereiro;

Constituição da República Portuguesa – Decreto-lei de 10 de Abril de 1976;

Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22-12-2003. Jornal Oficial da União Europeia, de 20/01/2004, L 13/44-48. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004F0068&from=LV>>;

Diretiva 2011/92/EU, de 27-10-2011. Jornal Oficial da União Europeia, de 17/12/2011, L 355/1-14. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0093&from=EN>>;

Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos das Crianças, Relativo à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil. Disponível em: <<https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/legislacao/direito-internacional-publico/onu/resolucao-da-assembleia-da-republica-n-162003-pdf.aspx>>;

Resolução da Assembleia da República nº16/2003. Publicado no Diário da República, I Série-A, n.º54, de 05/03/2003, pp.1492-1501. Disponível em: <<https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/legislacao/direito-internacional-publico/onu/resolucao-da-assembleia-da-republica-n-162003-pdf.aspx>>;

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março. Publicado no Diário da República, I Série-A, n.º63, de 15/03/1995, pp.1350-1416. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/185720>>;

Convenção de Lanzarote. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168046e1d8>>.