

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Joana Mota Rego

PEDOPORNOGRAFIA VIRTUAL TOTAL E APARENTE

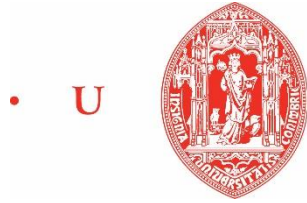
Ilegitimidade da intervenção penal

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

Orientadora: Maria João Antunes

Coimbra

2016



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Joana Mota Rego

**ENTIRELY VIRTUAL AND APPARENT
CHILD PORNOGRAPHY
Ilegitimacy of Criminal Law**

Dissertation presented to the Faculty of Law of the University of
Coimbra, 2nd cycle of Law Studies (leading to Master Degree) in
Specialization in Criminal Law

Advisor: Maria João Antunes

Coimbra

2016

Ao meu avô,

“Quem pode calcular o que se perde com a multidão de inteligências, a coexistirem com caracteres tímidos, que não se aventuram a incorporar-se em nenhuma corrente arrojada, vigorosa e independente de opinião, com o temor de que ela os leve a alguma coisa que possa ser taxada de irreligiosa ou imoral?”

(John Stuart Mill, *On Liberty*)

AGRADECIMENTOS

A realização desta dissertação de mestrado contou com importantes apoios e incentivos, sem os quais não se teria tornado uma realidade e aos quais estarei eternamente grata.

À Senhora Professora Doutora Maria João Antunes a estimulante orientação e alento, primeiro a mim mesma e depois, à própria dissertação pelos seus sábios conselhos.

Ao meu Pai, pelos conselhos, apoio incondicional, incentivo e paciência demonstrada e entrega total na superação dos obstáculos nesta caminhada.

À minha mãe, pela determinação que me transmitiu e pela força com que enfrentou desafios.

À minha avó, pela braveza, por ser um modelo de coragem, pelo amor, carinho, preocupação e força que sempre me guiaram.

Ao meu irmão Zé, pela cumplicidade, compreensão, companheirismo e pela confiança que deposita em mim.

À Filipa, à Margarida, à Rita e à Tita por serem um exemplo de força e por, mais perto ou mais longe, acompanharem cada passo meu, pela constante preocupação, e por, mais do que eu própria, acreditarem em mim e nas minhas capacidades, pela amizade, pela paciência, calma e ânimo que me transmitem nas alturas de desalento, pela partilha de momentos e vida. Um enorme obrigada por serem um pilar essencial na minha vida.

Aos restantes bracarenses pela constante preocupação, amizade e por estarem presentes em todas as aventuras.

À Andreia, à Carolina R., à Bárbara, à Rita e à Carolina A. por terem integrado uma importante parte neste trilha, por acompanharem cada passo da minha jornada, pelas conversas infundáveis, pelos conselhos, preocupação, paciência, ânimo e, sobretudo, pela sua amizade incansável.

À Universidade de Coimbra, escola que me formou.

Ao Pedro, companheiro de todas as horas, pela enorme força que sempre me guiou, por acreditar e ter acreditado persistentemente em mim, pela sua paciência e pelo abraço certo.

Obrigada às chaves-mestre desta dissertação, à minha orientadora, à minha família e à família que fui criando.

RESUMO

Constitui objeto de estudo da presente dissertação versar sobre a legitimidade da intervenção penal na conduta, prevista como crime, respeitante à detenção de material pornográfico com representação realista de menor se e quando diga respeito a dois modelos de pedopornografia, a virtual total e a aparente. O presente trabalho tem por objeto o estudo destes fenómenos e a sua relevância jurídico-penal no que à teoria do bem jurídico concerne. É para nós manifesto que as concepções moralistas e ideológicas relevam no seio político-criminal - todavia, somente quando se consubstanciam numa lesão à subsistência de uma comunidade. Desta feita, proceder-se-á à análise destes modelos, bem como ao estudo do bem jurídico protegido nos crimes sexuais em geral, à luz das concepções moralistas que ainda inspiram o legislador, considerando o princípio da necessidade penal.

A exposição argumentativa vai no sentido de desconsiderar a legitimidade do *ius puniendi* no que àqueles modelos respeita, por se tratarem de condutas que, apesar de socialmente intoleráveis, não apresentam dignidade penal.

Palavras-chave: bem-jurídico, moral sexual, pornografia, menor, dignidade penal, necessidade penal

ABSTRACT

This dissertation discusses the legitimacy of the intervention of Criminal Law on the conduct, foreseen as a crime, concerning the possession of pornography containing realistic representation of minors if and when it concerns to certain models of child pornography, the entirely virtual and the apparent. We discuss the legal and criminal relevance of these phenomena in what regards the theory of legal goods.

Moralistic and ideological conceptions matter for the political and criminal domains, but only when an injury to the livelihood of a community is at stake. Therefore, by considering the principle of necessity, we analyse these models, as well as the legal good as protected in the legal framework related to sexual crimes in general, with a focus on the moralistic ideals that still inspire the legislator.

We argue towards the illegitimacy of Criminal Law for the intervention on those models, considering that those conducts, even intolerable, do not present criminal dignity.

Key words: legal good, sexual moral, pornography, minor, criminal dignity, principle of necessity

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

Cfr. – confrontar

CRP – Constituição da República Portuguesa

P. – página

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal europeu dos Direitos do Homem

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

V. – Versus

TRP – Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

I.	INTRODUÇÃO	10
II.	LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL	15
1.	TEORIA DO BEM JURÍDICO	15
2.	DELIMITAÇÃO DA DIGNIDADE PUNITIVA	23
III.	O DIREITO PENAL E A MORAL SEXUAL SOCIAL	40
1.	RUTURA DAS CONCEÇÕES MORALISTAS	40
2.	DA (DES) VALORIZAÇÃO DA MORAL.....	46
IV.	BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES SEXUAIS.....	49
V.	PEDOPORNOGRAFIA VIRTUAL TOTAL, VIRTUAL PARCIAL E APARENTE... 59	
1.	CONCEITUALIZAÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO	59
2.	DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO	65
VI.	CONCLUSÕES	89
VII.	BIBLIOGRAFIA	104

I. INTRODUÇÃO

“Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos”¹

Intervenção penal em matéria de crimes sexuais: controvérsia e complexidade

Uma das questões que mais demanda resposta no Direito Penal prende-se com o objeto de proteção do mesmo. Assim, “o quê” da intervenção punitiva suscita a interrogação sobre “para que serve a proteção penal?”. Entendemos que a resposta mais generalizadamente aceite e justa é a de que o poder punitivo serve para proteger bens jurídicos na medida proporcional e adequada ao alcance das finalidades do Direito Penal. Por conseguinte, a teoria do bem jurídico requer que existam bens prévios ao Direito Penal, como a vida e a dignidade humanas, de cuja proteção o mesmo deva ocupar-se. Daqui decorre outra questão: que bens devem ser considerados como bens jurídicos?

O estudo que se vai levar a cabo parte, assim, da questão relativa à legitimidade da intervenção penal. A intervenção punitiva conhece atualmente mais limites do que em toda a sua história. Reconhecemos, hoje mais do que em algum momento na história penalística, que o Direito Penal deve ser um instrumento de *ultima ratio*, apenas intervindo nos casos mais graves, isto é, quando é posta em causa a sustentabilidade da sociedade. Assim, o Direito Penal enfrenta limites materiais que são determinados pela ordem axiológico-constitucional. Nesta senda, para podermos definir os bens jurídicos jurídico-penais relevantes teremos que subsumir os valores, interesses e direitos da comunidade aos símbolos axiológicos da Constituição lá plasmados expressa ou indiretamente.

Desta feita, aquela subsunção só poderá ser obtida se aqueles bens que auguram tutela forem de tal modo fundamentais que, sem os mesmos, não seja possível a subsistência de uma comunidade e mediante os quais se protejam valores fundamentais que sustentem os

¹ Traduzido nosso de “tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi” (BECCARIA, 1973, p. 8)

valores e interesses presentes na Constituição. Para tal, rejeitam-se, desde logo, as concepções moralistas ou quaisquer outros tipos de censura que não são mais do que o fruto de divergências opinativas ou ideológicas que, levadas ao seu mais longínquo patamar, podem resultar num Estado totalitário que faz corresponder o valor da pena ao valor do seu próprio poder e da sua ideologia subjacente.

É precisamente no campo sexual que aquelas divergências de pensamento mais se tornam perceptíveis. Os olhos da comunidade como que reclamam o direito de ditar quais os comportamentos aceitáveis ou repugnáveis, de impor um dever moralístico de respeito por aquilo que um indivíduo pensa ser admissível de outro, de prescrever previamente aquilo que cada um pode fazer na sua privacidade, de fixar limites à forma de expressão sexual de todos e de cada um. Mais especificamente, são frequentes as pretensões de estatuir um código moralístico generalizadamente aplicável em função de meros códigos de moralidade pessoal. É indubitável que aquilo que pode perturbar o bem-estar de um indivíduo também pode lesar a sustentabilidade de todos; no entanto, não se vislumbra de que forma pode ou deve o Direito Penal intervir para assegurar que determinadas condutas não ocorram, nomeadamente quando se pretendem fazer meras imposições moralísticas e de instituir o cumprimento de uma espécie de tratado entre o bem e o mal ou de decência e indecência.

A este propósito, do nosso ordenamento parecem ainda subsistir vestígios de uma moral sexual social, disfarçada de um formalismo legal que visa regular a vida dos cidadãos e a relação entre os mesmos. No nosso caso em particular, inspirado pelos ditames europeus, diz-se objetivar o combate à exploração infantil e à disseminação de pornografia infantil que ferem o desenvolvimento da personalidade e a denominada “inocência” dos menores envolvidos (ou não envolvidos, como veremos).²

Neste sentido, originado pela evolução das tecnologias de informação, das redes de transmissão de dados e, por conseguinte, pelo crescimento exponencial da troca de pornografia infantil, resulta compreensível que o legislador internacional tenha criado novas

² A inocência a que aludimos é relativa à “imaturidade da vítima, a sua menor capacidade para se autodeterminar” que é protegida de forma a garantir “que seja o jovem a fixar os seus próprios padrões e valores à medida que caminha para a maturidade. Todavia, é sabido que o horizonte da incriminação de comportamentos sexuais com menores não consegue desprender-se por completo de motivações éticas (...) O bem jurídico é aqui mais volátil, e por isso se reconduz muitas vezes a uma não bem definida ‘moral pública’ ou a um enigmático ‘sentimento geral de decência’ sempre suscetíveis de comportar vários conteúdos” (Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias de 29 de Junho de 1994 *in* “Reforma do Código Penal – trabalhos preparatórios”, Vol. I, 1995, p. 141)

formas de luta contra o intercâmbio de materiais pornográficos que põem em risco o desenvolvimento e a liberdade e autodeterminação sexuais dos menores em causa. Contudo, parece-nos que essa luta terá caminhado demasiado longe, desde logo por conceber formas de crime que não protegem o bem jurídico dos crimes inseridos na mesma secção, mas que regulamentam a bondade e a decência das condutas previstas.

Discutimos, então, as fronteiras do *ius puniendi* na matéria relativa aos crimes sexuais em geral e aos crimes de pornografia virtual total e aparente em particular. Como veremos a partir da conceitualização e problematização, quanto à pedopornografia real e virtual parcial, parece evidente a legitimidade do Direito Penal de proteger um bem pessoal e a inocência dos menores lá envolvidos, quer no seu todo, quer parcialmente. No entanto, vislumbram-se dúvidas dessa legitimação quanto às recentes formas em que aparece expresso aquele tipo de pornografia, mais concretamente na pedopornografia virtual total e aparente. Na realidade, estão figurados menores *realmente* inexistentes pelo que, desde logo, não se descortina qual o bem jurídico aí tutelado, sendo apenas possível conjecturar a tutela de uma moral dissimulada escondida sob uma lei disfarçada de benfeitora.

Grande parte das pessoas concordará em como a produção ou a detenção de quaisquer vídeos e fotografias de cariz sexual de menores deveria ser tomado como um abuso altamente grotesco. Ora, admitimos aqui que tal conceção seja aceite se houver *reais* menores cuja esfera de autodeterminação sexual e desenvolvimento de personalidade são desrespeitados. Todavia, não parece prudente fazer o mesmo raciocínio quando estamos na presença de *cartoons*, desenhos e outras representações afins ou sequer de maiores com aparência de minoridade. Eis, então, a questão principal: em que medida pode ser criminalizada a produção e a detenção de pornografia com “crianças virtuais” ou “crianças aparentes” quando não está envolvida qualquer criança *real* e as imagens são puramente ficcionais ou de alguma forma simuladas?

A resposta à questão pode envolver duas vertentes antagónicas. Por um lado, tal comportamento não poderá ser punível como crime contra a autodeterminação e liberdade sexuais na medida em que não existe qualquer crime de abuso sexual de nenhum menor. Por outro lado, poderá argumentar-se que aquele tipo de materiais pornográficos induz verdadeiro abuso sexual de crianças, por daí resultar um estímulo sexual de aliciamento de menores; por esta razão, alega-se, que o comportamento em causa deve ser punido como crime contra a autodeterminação e liberdade sexuais de menores.

Nestas páginas, reportamo-nos na sua generalidade à assunção de limites à intervenção punitiva em matéria sexual e, por conseguinte, às condutas violadoras da liberdade e autodeterminação sexuais. O poder punitivo não tem respeitado, como deveria, o compromisso de *ultima ratio*, tornando-se crescentemente repressivo e controlador sob disfarce de uma ferramenta que serve a luta pela tutela dos menores e o combate aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais. Assim, advogamos, nesta dissertação, a imposição de certos limites ao *ius puniendi*, sobretudo perante margens constitucionalmente credenciadas, no seio das quais deve manter-se a tarefa do legislador.

É precisamente quanto à criminalização da detenção de pedopornografia virtual total e aparente que aquele compromisso mais parece desrespeitado, vislumbrando-se, por detrás das falsas intenções do combate à exploração infantil e à crescente divulgação de materiais pornográficos, um autêntico moralismo que clama por proibir condutas que contrariam ideais e juízos opinativos, colocando de parte a verdadeira função para a qual o Direito Penal é chamado. Se o que se afirma pretender é a especial proteção dos menores, então não se percebe como subsiste a natureza protetiva se os mesmos não estão sequer indiretamente envolvidos. Será legítimo punir-se tal conduta por presumir-se que os materiais pornográficos terão outro uso que não a mera visualização? Não se concebe como pode o legislador basear-se na mera alegação de efeitos secundários de uma certa conduta; não nos parece concebível que o Direito Penal pretenda punir a mera expressão sexual de um indivíduo que não põe qualquer menor em risco; menos ainda se compreende como pode aquela conduta ser punida com base no argumento de que existe uma certa probabilidade de o material em causa desembocar em mãos erradas.

Estrutura da dissertação

Para aprofundarmos a discussão da controvérsia e complexidade antes sugerida, estruturamos esta dissertação em quatro partes.

Abordaremos *ab initio* a questão da legitimidade da intervenção penal, referindo-nos aos objetivos do Direito Penal, à teoria da tutela subsidiária dos bens jurídicos e, por conseguinte, ao princípio da fragmentariedade. A nossa análise identifica algumas teorias

elucidativas do objeto do trabalho penalístico para explicar a concepção material do Estado, a única que pode fundamentar a dignidade de um bem jurídico como tal. Discutimos ainda o papel de *ultima ratio* do poder estatal e expomos a influência da moral sexual social sobre o trabalho do legislador penal e a sua intromissão indesejável em diversas condutas dispostas no nosso Código Penal, designadamente a que constitui objeto desta dissertação.

A segunda parte debruça-se sobre as implicações da Reforma de 1995. Dela decorreu uma verdadeira rutura com conotações moralistas. Só desde então a designação dos crimes contra a honestidade e dos crimes contra os costumes foi sendo substituída pela designação de crimes sexuais. Por conseguinte, só com esta desunião da moral é que materialmente houve uma modificação do bem jurídico protegido. Sobretudo por via dessas alterações se começou a questionar a legitimidade da transformação dos crimes contra os costumes em efetivos crimes sexuais. Neste sentido, não eram já a moral ou os bons costumes a determinar a intervenção penal, mas sim um amplo direito à liberdade sexual, consubstanciado no direito ao livre desenvolvimento da pessoa, o direito à autodeterminação sexual ou à liberdade sexual, protegendo-se a autonomia de cada um na disposição do seu próprio corpo. Desta forma, passou a assumir-se que não cabe ao *ius puniendi* a prossecução de finalidades que prosseguem concepções moralmente imaturas, salvaguardando apenas os casos em que sejam condição para perturbar a subsistência da vida em comum numa certa comunidade.

Num terceiro momento e como contraponto àquilo a que fundamentalmente nos dedicaremos, analisaremos a natureza do bem jurídico presente nos crimes sexuais em geral. Confrontando-nos com o bem jurídico efetivamente em causa em qualquer crime sexual, facilmente depreendemos que não pode ser o mesmo nas condutas a que aqui aludimos. A intervenção penal nos crimes sexuais contra menores só é legítima quando se proíba a violação dos bens jurídicos liberdade de expressão sexual, autodeterminação sexual e direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pela colisão que urge tutelar na esfera do menor e pelo impacto social que daí emergirá. Assim, justifica-se intervir penalmente quando nos confrontamos com o desrespeito pela autodeterminação sexual, não por ser um atentado ao pudor mas por ser necessário proteger aqueles abaixo de determinada idade ou com baixo nível de autodeterminação.

Finalmente, centramo-nos na essência do nosso argumento. Começamos por clarificar conceitos pertinentes para a discussão do argumento central da nossa dissertação.

Com base nesses conceitos, discutimos a natureza do bem jurídico a proteger em quatro modelos de pedopornografia (real; virtual parcial; virtual total; aparente) e dedicamos especial atenção aos dois últimos: são estes os mais controversos, os restantes dois sendo juridicamente pacíficos. Na discussão, apontamos os limites do *ius puniendi* dada a inexistência de qualquer bem-jurídico legítimo nas duas condutas em questão. Naturalmente, a nossa discussão não deixa de incluir a argumentação oposta à tese por nós defendida. Julgamos que essa discussão é necessária para tornar mais transparente o terreno dialético sobre o qual decorrem argumentos de várias ordens, alguns de meritória atenção, mas outros sem qualquer sustentação empírica. Procuramos, em suma, contribuir para a clarificação de duas questões essenciais relacionadas. Primeira: deve a pornografia virtual total e aparente ser criminalizada? Segunda: para tutelar a autodeterminação e a liberdade sexual de quem?

II. LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

1. TEORIA DO BEM JURÍDICO

O poder punitivo do Estado exerce-se, primeiramente, em nome do combate ao crime e depois com a pretensão de tutelar as condições essenciais da vida de um sujeito numa comunidade e, por conseguinte, do livre desenvolvimento da personalidade individual. É hoje aceite pela generalidade da doutrina jurídico-penal que ao *ius puniendi* são reconhecidos limites materiais e juridicamente impostos. A questão que persiste é então a de saber até onde vão esses limites e, por conseguinte, até onde pode ir a punição na dogmática jurídico-penal.

A resposta àquela questão será, ela própria, questionável e terá mais idade que o próprio Direito Penal. Todavia, não basta reconhecermos que o problema dificilmente será resolvido – é necessário interrogarmo-nos sobre aquilo que pode ser fundamento na resolução de um problema jurídico-penal. Daí resulta que a pena só possa estar

fundamentada em fins de prevenção geral e especial e fundada num elemento constitutivo essencial – o da tutela subsidiária de bens jurídicos necessariamente remetidos pela ordem axiológica constitucional, o verdadeiro “critério regulativo e delimitativo da ilicitude material.”³ Como tal, os limites à intervenção penal e à criminalização de determinadas condutas assentam na primazia da liberdade e dos direitos fundamentais do homem.

A prevenção geral não surge, todavia, como fonte autónoma de legitimação, mas somente como finalidade subsidiária⁴ de um bem jurídico-penal sob o princípio da ofensividade⁵ e pelo respeito do princípio da necessidade da pena, pois “todo o Direito Penal é um Direito Penal do bem jurídico.”⁶

A este respeito e numa primeira abordagem, é merecido um olhar sobre os primeiros esforços no adensamento crítico sobre o objeto do Direito Penal, recorrendo às teorias doutrinárias mais relevantes com vista à melhor avaliação dos princípios que foram norteando o nosso Direito Penal.

Embora o conceito de bem jurídico tenha sido discutido por largos anos, diz-se que as suas raízes se encontram no iluminismo do século XVIII, segundo o qual o dano consistiria no “facto ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano e sofrer uma pena”⁷. A teoria iluminista, fundamentalmente na voz de Beccaria⁸, estava, desta forma, em conformidade com uma lógica utilitarista de contrato social mediante o qual se fundamentava o direito de punir⁹, isto é, aqueles que cometiam crimes estavam a desrespeitar o pacto social e, por isso, de modo indubitável, tinham de ser punidos. Assim, abandonando a ideia de que a violação daquele contrato era fruto do pecado, o iluminismo

³ DIAS, 1983, p.48

⁴ A este propósito fala-se do paradigma das sociedades democráticas modernas sobre a função exclusiva do Direito Penal da tutela subsidiária de bens jurídico-penais que nos coloca em confronto a conceção da “sociedade de risco” de Ulrich Beck. Uma conceção que se debate com os novos problemas do Direito Penal, suscitando a questão da substituição da sociedade atual por uma nova sociedade tecnológica suscetível de provocar riscos globais por serem causados em sítio e tempo diferente da ação de que resultaram. Neste sentido fala-nos Figueiredo Dias das dificuldades a que o Direito Penal terá de começar a reagir ou não perante os novos riscos da sociedade do futuro. (DIAS, 2007, pp. 134-140)

⁵ COSTA, 2004, pp. 176 e seguintes

⁶ DIAS, 2009, p.33

⁷ Melo Freire *apud*, CUNHA, 1995, p. 31

⁸ BECCARIA, 1764

⁹ *Idem*, pp. 30 e seguintes

“conseguiu fazer o homem sair da sua culpável imaturidade”¹⁰ na tentativa de afastar o poder absoluto eclesiástico e da Coroa ao qual estava submetida a população. Foram, precisamente, os conflitos emergentes entre a Igreja e o racionalismo filosófico, jusnaturalista, contratualista e utilitarista, que provocaram a contestação e a dúvida quanto às arbitrariedades e práticas repressivas e abusivas existentes na ordem social até então vigente.

Com o iluminismo criminal surgiram, assim, as primeiras concepções relativas ao conceito de liberdade e a necessidade de pena, inevitavelmente articuladas. Assim despontou uma das conclusões mais relevantes para o desenvolvimento da legitimidade penal, segundo o qual a pena só é necessária na medida em que seja sacrificada a mínima porção de liberdade individual – por conseguinte, “o agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir”¹¹.

Apesar de se considerar (não pacificamente¹²) que foi à luz do pensamento de Beccaria que foi criado o conceito material de “delito”, a paternidade da noção do *Rechtsgut* poderá pertencer a Birnbaum numa perspetiva reducionista¹³ – em momento ulterior ao iluminismo criminal e como resposta à perspetiva de Feuerbach.¹⁴ Este autor alemão, com papel fundamental na criação do Código Penal da Baviera em 1813, partia da premissa de que o sentido dos indivíduos seria a procura de prazer e via o crime como a violação de um direito subjetivo de outrem, causando-lhe sofrimento. Assim, a doutrina de Birnbaum abriu a “porta a um novo paradigma de compreensão do crime – do objeto e da respetiva lesão, bem como do conteúdo material da ilicitude”¹⁵, ou seja, terá tentado responder “à questão de saber qual a fonte de onde promana a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes e aplicar aos infratores sanções de espécie particular.”¹⁶

¹⁰ KANT *apud* SCHÜNEMANN, 2005, p. 13. Para Kant, a pena é sempre necessária para reparar a desordem social, pelo que seria “um imperativo categórico em que o mal do crime se põe em equação com o mal da pena” (MOUTINHO e MARQUES, 1926, p. XXI)

¹¹ BECCARIA, 1973, p. 9

¹² De um lado Sina e Stella e de outro Amelung.

¹³ Não consistindo nem numa continuidade, nem numa ruptura total (ANDRADE, 2004, p.54)

¹⁴ Antecedido também por Beccaria e Hommel que limitavam de igual forma o *ius puniendi* a colmatação de danos sociais. Segundo Hommel “o jurista e o político que pensa com autonomia não deve ceder à sugestão de práticas morais ou palavras sonoras e cair no erro de procurar a dimensão do delito em algo que não seja exclusivamente o dano que do facto resulta para a sociedade (...) A nossa regra é: quanto mais negativo é o resultado que um facto causa à república, tanto mais punível é o Estado” (Roxin *apud* ANDRADE, 1985, p. 77) Feuerbach criou a teoria da coação psicológica segundo uma lógica de intimidação-coação da pena através da qual se reforça a ameaça (Cfr. CARVALHO, 2008, pp. 31-32)

¹⁵ *Idem*, p. 51

¹⁶ DIAS, 2007, p. 106

Aquele autor entendeu que o crime deveria ser entendido como a violação ou ameaça de bens protegidos pelo Estado. E, mesmo não tendo utilizado a expressão “bem jurídico”, terá antecipado “a rutura com as representações jusracionalistas e sociológicas subjacentes e relativas à polaridade entre o indivíduo e o sistema social”¹⁷, caracterizando-se pela veia positivista-sistemático-social que acabaria por culminar na “mais acabada expressão”¹⁸ de Binding. Houve, assim, uma clara vitória do positivismo por virtude do “pouco espaço (deixado) livre para a especulação moralista e filosófica”¹⁹ como consequência da forte precariedade na determinação dos fins do Estado, autónomos dos interesses e valores da sociedade.

Enquanto Birnbaum terá aberto as portas ao positivismo, Binding definiu bem jurídico como “qualquer coisa que o legislador considere valioso e cuja retenção deve assegurar através de normas”.²⁰ Birnbaum entendia, assim, que a punição só poderia ser resposta à violação de uma norma estatal e não a uma conduta errada, abandonando a legitimação material como limite ao *ius puniendi*. Para Binding – assim criador da ideia do carácter fragmentário do Direito Penal - “é bem jurídico tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse e em cuja salvaguarda perante toda a lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas.”²¹

Na visão de Binding um crime era, portanto, apenas e somente um ato de desobediência, ou seja, uma não submissão à autoridade do Estado, e um bem jurídico era o bem da norma. Desta forma, ao contrário da visão iluminista de direitos inatos, para Binding, numa conceção positivista legal e objetivista, os direitos são sempre criados pela lei, restando aos juristas a “resignação”²² por lhe estar vedada a possibilidade de determinar o que vale como bem jurídico. Numa visão positivo-normativista, cientista e naturalista, Binding defendia que o sistema jurídico era autossuficiente, advogando que a norma é “a lei que o

¹⁷ ANDRADE, 2004, p. 54

¹⁸ *Idem*

¹⁹ Amelung *apud idem* p. 61

²⁰ DUBBER e HÖRNLE, 2004, pp. 17 e 132

²¹ BINDING *apud* ANDRADE, 1991, pp. 65-66

²² Binding *apud* ANDRADE, 2004, p. 66. Binding propunha assim uma divisão dos crimes de desobediência em três grupos: “proibições de lesão” (*Verletzungsverbote*), “proibições de pôr em perigo” (*Gefährdungsverbote*) e “simples proibições” (*Verbote schlechthin*) (D’AVILLA, 2005, p. 252)

delincente transgride e que precede conceitualmente e - por via de regra, se bem que não necessariamente – temporalmente a lei que prescreve a sua condenação”²³

Posteriormente, Liszt, também positivista, criticava a visão alegadamente vazia de Binding, pois o Direito Penal deveria ter algum propósito, já que a pena não podia ser um fim em si própria. Liszt propunha então uma visão positivista-sociológica ou naturalista, argumentando que a pena estatal teria como objetivo a proteção de um bem jurídico contra uma violação criminal²⁴. O autor argumentava que seria a vida a propor os critérios e a determinar os interesses que servem a definição de um bem jurídico e já não a vontade do Estado em absoluto. Um crime era então a violação de um bem da sociedade e já não um bem do Direito. Noutras palavras, aqui não eram já os indivíduos a sujeitarem-se à própria lei, mas a lei a adaptar-se àqueles segundo uma “plasticidade reflexiva do Direito para responder às exigências de uma realidade múltipla e diferente.”²⁵

Portanto, para Liszt, a vida comunitária está nas mãos do Direito, enquanto para Binding seria a realidade a definir o Direito. Contrariamente a este último, Liszt afirma que “o conteúdo material antissocial do ilícito é independente da sua correta valoração por parte do legislador. A norma jurídica encontra-o, não o cria”²⁶. Desta forma, os interesses surgem do povo, cabendo à lei apenas consagrá-los para lhes conferir proteção jurídica.

Apesar de divergentes, as visões de Binding e Liszt culminaram no ponto em que só são bens jurídicos os que tiverem representação na lei. Ainda que Liszt procure uma conceção material do crime, é o legislador quem tem a última palavra e, por isso, a função legitimadora do *ius puniendi* permanece unicamente no poder do Estado. E, ainda que Binding coloque a determinação do crime inteiramente nas mãos da lei, procura compreender, ainda que vagamente, a complexidade da realidade humana, das “condições fáticas de uma vida comunitária sã.”²⁷ Ambos concordam que não existe Direito Penal sem bem jurídico, excluindo a visão de Birnbaum da absoluta obediência à lei. Contudo, enquanto Binding falhou ao identificar o bem jurídico como aquilo que o legislador determinou como tal, a falha de Liszt foi a de não conseguir identificar os interesses

²³ *Idem*, p. 73

²⁴ Baseada no “ato de vontade e resultado” e consubstanciada na função do direito em proibir a “causação ou não-impedimento de uma modificação” (Liszt *apud* D’AVILLA, 2005, p. 254)

²⁵ ANDRADE, 2004, p. 69

²⁶ *Idem* p, 67

²⁷ Binding, *apud idem* p. 70

comunitários. Ao passo que Liszt contribuiu para a concepção do bem jurídico como delimitador da intervenção penal, Binding concebeu o bem jurídico como aquele que se associa a uma realidade equilibrada numa comunidade.

Portanto, apesar de dissonantes, aquelas posições vieram a revelar-se significativamente relevantes na história do bem jurídico. A noção de bem jurídico não pode ser seguramente determinada por virtude da sua complexidade. Binding e Liszt colocaram o bem jurídico como núcleo na construção doutrinal de crime, atribuindo-se a Binding o mérito de ter concluído que a esfera penal apenas coincidiria com uma parcela dos valores e interesses constitucionais. E, neste sentido, apontou-se como premissa mestra que o Direito Penal só existe enquanto existir a tutela necessária de um bem jurídico-penal no caso concreto. É, pois, necessariamente nessa indefinição que encontramos a sua essencialidade e prestabilidade.

Mais tarde, os desenvolvimentos da teoria do bem jurídico surgiram como resultado de duas vias doutrinárias. A primeira (na voz de Oppenheim, Hirsschberg, Gerland e Oetker) rejeita o conceito de interesse, apontando o bem jurídico como objeto da realidade externa, aproximando-se neste ponto de Liszt. A segunda perspectiva o crime como comunicabilidade (Ihering, Liszt, Merkel e Mayer) ou incomunicabilidade (Hertz, Kessler, Finger e Frank) entre interesse e bem jurídico. A parte doutrinal que advoga a comunicabilidade entre os dois defende que se implicam reciprocamente e são fungíveis entre si. A doutrina da incomunicabilidade argumenta que os crimes constituem lesões de interesses, não porque perturbam um determinado interesse mas porque colocam em causa um outro mediante a concepção dominante ao tempo da criação da lei.²⁸

Na doutrina de Honig, por sua vez, o próprio bem jurídico confundia-se com a finalidade do poder punitivo, desmaterializando o próprio conceito “a ponto de o tornar quase uma abreviatura do fim perseguido pela norma penal”²⁹. Segundo o mesmo, não existiriam bens jurídicos, apenas bens que “só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objeto do escopo das disposições penais”³⁰

Cabe também fazer referência, ainda que superficialmente, às doutrinas contemporâneas como a de Amelung que acaba por, em certa medida, convergir com a

²⁸ Cfr. *idem*, pp. 86 e seguintes

²⁹ MEZGER *apud* RODRIGUES, 2012, p. 191

³⁰ HONIG *apud* ANDRADE, 1985, p. 79

perspetiva de Binding, segundo o qual o bem jurídico se acomete exclusivamente ao legislador. A doutrina da danosidade social de Amelung acaba por resultar numa “profecia-que-a-si-mesma-se-destrói.”³¹ Para este autor, na manifestação daquela danosidade estaria uma questão social “que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção”³². Portanto, uma conduta disfuncional é considerada crime “enquanto violação de uma norma institucionalizada, indispensável para a solução de problemas de subsistência da sociedade.”³³ Assim, uma sociedade subsistente seria aquela em que a aplicação da pena repusesse a confiança numa norma.

À teoria de Amelung pode ser aposta uma crítica, desde logo porque instrumentaliza os sujeitos integrantes de uma comunidade ao serviço do funcionamento da ordenação social, nada oferecendo sobre aquilo que deve reger essa ordenação nem mesmo indicando um critério material para a definir. Amelung extrai, deste modo, as mesmas conclusões que criticava à teoria de Binding, de que cabe ao legislador determinar as condições de subsistência da sociedade. A perspetiva de Amelung é, portanto, louvável pelo seu contributo para a importância da preservação das expectativas na estabilidade de uma comunidade, mas criticável por não oferecer um verdadeiro critério orientador ao legislador.

Ainda que tangencialmente, cabe aqui referir a teoria de Habermas, a qual oferece um critério orientador baseado num consenso racional alcançado através de diálogo na procura de uma identidade social.³⁴ Existe aqui um pressuposto claro da possibilidade de alcançar uma solução consensual imparcial de todos os indivíduos, solução essa que raramente ocorre. Por não ser imune a concepções opinativas e irracionais, parece-nos que esta solução não nos levará à verdade.³⁵ Contudo, parece-nos também que é meritório o seu contributo no sentido de se entender o consenso como uma das formas legítimas de alcançar uma solução equilibrada no seio do ordenamento jurídico na procura da verdade.

Günther Jakobs, por seu turno, propôs a sua teoria funcional como alternativa à teoria do bem jurídico, considerando que as finalidades da pena só farão sentido quando tenham em vista não os interesses da pessoa mas o pleno funcionamento da estrutura da

³¹ ANDRADE, 1985, p. 104

³² *Idem* p. 97

³³ *Idem*

³⁴ CUNHA, 1995, pp. 98 e seguintes

³⁵ A este propósito, aloca-se com relevância a teoria de John Rawls segundo o qual a solução mais justa para um problema no âmbito da convivência social deve ser encontrada sob um véu de ignorância RAWLS, 1999.

comunidade. Jakobs, apontando as normas como aquilo que surge em primeiro plano na determinação da intervenção punitiva, estabelece que “a função da pena é antes a confirmação da vigência da norma, valendo aqui a vigência como sinónimo de reconhecimento”³⁶, assim postulando um sistema de monismo normativista. Assim, Günther, descomprometendo-se de modelos políticos ou ideológicos, entende o delito como a “a defraudação de expectativas do sistema social – e não lesão de bens – e a pena tem como significado a manutenção daquelas expectativas, ou seja, a vigência da norma”, isto é, a pena é compreendida como “a forma que o sistema social tem de tratar as defraudações à custa do infrator” e que assegura “a probabilidade de seguimento da norma”.³⁷

Jakobs tem razão quando reforça o papel da antecipação da punibilidade³⁸ na medida em que se o que pretendemos “seja a proteção de bens jurídicos, não há nada mais efetivo que intervir o quanto antes”.³⁹ Contudo, falha ao remeter apenas para a função do Direito Penal o reforço da vigência da norma, negando o papel do Direito Penal na definição e qualificação dos bens jurídico-penais. A sua perspetiva carece de uma sustentação de elementos relacionados com aspetos que estão inevitavelmente associados a uma certa sociedade. Acresce que a sua rejeição do modelo político-criminal torna a sua teoria obcecada em tornar o ordenamento jurídico num sistema sem referências, incondicionado por tudo o resto e subordinado unicamente à otimização funcional da comunidade. O autor parece fundamentalmente preocupado com o instrumento e menos com o que resulta do trabalho do mesmo, descurando as decisões que a partir daí decorrerão.

Apesar das diversas tentativas de criar um conceito delimitativo, o mesmo parece ainda muito abrangente. Ainda que possamos afirmar que, entre outras, a função do Direito Penal é a de proteger o direito subjetivo de um indivíduo (Feuerbach), exige-se que estejamos perante a lesão da própria sociedade, que requer, por conseguinte, uma reação do Estado. E, ainda que se possa ver o poder punitivo como protetor de violações de “pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum, que se concretizam numa

³⁶ *Idem*, p. 115

³⁷ SÁNCHEZ, 2013, p. 94

³⁸ Falando-se também, neste sentido, da utilidade dos crimes de perigo.

³⁹ Traduzido nosso (JAKOBS, 2003, p. 67)

série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade”⁴⁰, o conceito ainda pode ser alvo de diversas considerações.

Ainda que que não se tenha alcançado uma etapa final na clarificação nítida daquilo que pode justificar o *ius puniendi*, das limitações e dos contributos dos autores no referido passeio histórico e das diversas controvérsias na fundamentação e delimitação do poder do Direito Penal, facilmente se depreende a existência de uma ideia de essencialidade na base do conceito de bem jurídico.

2. DELIMITAÇÃO DA DIGNIDADE PUNITIVA

Cada uma das propostas doutrinárias antes mencionadas exerceu influência na visão atual dos limites da aplicação da pena. Como corolário, a concepção porventura hoje mais aceitável é a de que a dignidade de um bem jurídico só pode ser fundamentada numa **concepção material do Estado**⁴¹ ou **teleológico-funcional, racional e político-criminalmente**⁴² baseada na dignidade da pessoa humana e no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Nesta senda, aquela concepção exige que o valor ou interesse a proteger tenha um conteúdo material e represente um padrão crítico às normas penais, e seja orientado pela veia político-criminal da Constituição.

Contudo, como há-de ganhar o conceito de bem jurídico “a indispensável materialidade e concreção, de modo a tornar-se a linha delimitadora da dignidade punitiva de um fato e, assim, em fronteira do Direito Penal?”⁴³ Ao Direito Penal deverá impor-se o estatuto fundamental da Constituição. E, quando aludimos à Constituição, referimo-nos a

⁴⁰ ROXIN *apud* CUNHA, 1995, p. 82

⁴¹ Nesta concepção, “persiste a ideia mestra de que toda a soberania reside no povo e de que esta só o aliena, para formação do poder do Estado, a quota-parte indispensável à criação de condições de livre realização da personalidade de cada homem. E porque o homem deve ser inteiramente livre no seu pensamento, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo se construindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece por inteiro legitimidade para impor, oficial e coativamente, quaisquer concepções morais para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual” (DIAS, 1937, p. 43)

⁴² DIAS, 2007, p. 116

⁴³ DIAS, 1983, p. 322

um conceito material para definir um critério material legitimador da criminalização de uma conduta. Não pode, aquele conceito, surgir inerente a um direito positivo, mas emergir da relação com este. Discordamos, por isso, de Sánchez⁴⁴ quando afirma que o princípio do bem jurídico é irrelevante e vazio, usando como argumento a existência de instrumentos constitucionais que cumprem a mesma função.

Compreende-se a sua intenção na medida em que não é sustentável uma opção exclusiva pela teoria dos bens jurídicos como legitimadora da atuação penal, pois que apenas se pode conceber apoiada pela estrutura constitucional. Todavia, como se depreende do que foi expresso, a finalidade de proteção de bens jurídicos não sobrevive sozinha (nem pode), nem se basta por si mesma, estando sempre lado a lado com a ferramenta constitucional. Resulta daqui que o princípio do bem jurídico só existe por inspiração constitucional – na medida em que “a delimitação das matérias que podem ser envolvidas pelo Direito Penal é uma consequência de princípios constitucionais de política criminal, delimitadores da infração penal em sentido material, e não uma pura decisão arbitrária do legislador ordinário.”⁴⁵

De facto, aquela conceção material só é viável quando se confira à Constituição o papel principal e de referência na dignificação penal de um bem jurídico merecedor de tutela⁴⁶. Esta dignidade determina que entre a “ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer relação de **mútua referência**”⁴⁷ no seio de uma analogia material. Esta conexão analógica corresponde a uma relação que não é “de identidade ou sequer de recíproca cobertura, antes só de uma analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; mas a permitir afirmar, em todo o caso, que a ordem dos valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo e delimitativo da ilicitude material”⁴⁸.

⁴⁴ SÁNCHEZ, 2013, pp. 135 e seguintes (apontamentos finais)

⁴⁵ Acórdão TC nº 211/95 de 20 de Abril

⁴⁶ Tomando em consideração a natureza circunscritiva do Direito Penal, as restrições aos direitos fundamentais de cada indivíduo devem ser sempre apoiadas pela estrutura constitucional, pois é nesta que se encontram as “pautas substanciais vinculantes para a incriminação ou não de condutas.” Cfr. PRADO, 2008, p.9.

⁴⁷ É este relacionamento que permite distinguir o Direito Penal primário, relacionado com os direitos, liberdades e garantias, do Direito Penal secundário ou extravagante associado aos direitos sociais e à organização económica. (DIAS, 2007, pp. 120-122)

⁴⁸ DIAS², 1983, p. 48

Facilmente se confirma que se está longe de uma noção homogênea do conceito de bem jurídico⁴⁹ e que a sua noção não pode ser determinada com precisão suficiente que a transforme num conceito fechado e que trace exatamente os comportamentos que podem ou não ser criminalizados. Desta forma, entende-se que os bens jurídicos consistem em concretizações dos valores, princípios, direitos e interesses referidos **expressa ou explicitamente** na Constituição (considerando que a tarefa do legislador não pode ser entendida como a rígida execução constitucional face à pluralidade de valores comunitários) e, por isso, traduzidos naqueles bens que, à luz da ordem axiológica jurídico-constitucional, têm guarida do Direito Penal. Assim, apesar de apresentar uma determinabilidade precária⁵⁰, o conceito material de Constituição patenteia uma coerência que lhe permite ajustar-se legitimamente à realidade.

A Constituição, além de determinar os limites “de forma” tradicionais ao poder punitivo, como é a proibição da pena de morte, exerce uma função limitadora de eventuais criminalizações. Além dos limites inerentes às disposições expressas, a realidade constitucional protege, no seu todo, valores congênitos de uma comunidade. Desta forma, o papel Constitucional não se remete à pura estipulação de margens de criminalização, mas antes estabelece uma ordem que prevê e protege os interesses comunitários que superam os interesses egoísticos. Neste sentido, sempre que se vislumbre a inexistência de um bem jurídico-penal na base de uma norma incriminatória, esta é “nula, porque materialmente inconstitucional”.⁵¹

Seher⁵², por sua vez, alegava que o critério do bem jurídico não deveria ser exclusivo para a criminalização. Pode opor-se, porém, a esse argumento que a restrição pelas sanções penais só poderá ser feita de acordo com o critério da necessidade da tutela penal segundo a proposição político-criminal do regime de imediatividade dos direitos, liberdades e garantias⁵³ que estabelece que a sua restrição só acontece quando se apresente “necessário

⁴⁹ “O bem jurídico-penal é um pedaço da realidade, olhando sempre como relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal” (COSTA, 2012, p. 164)

⁵⁰ Todavia, necessariamente precária, já que a pretensão não é a de criar critérios mínimos para determinar a valoração da dignidade de uma conduta, como sugeriu Sánchez (SÁNCHEZ, 2013, pp. 135 e seguintes), mas a de criar um conceito suficientemente amplo para abraçar todo o bem jurídico que for valorado como tal no caso em concreto e no contexto da situação em particular. Discorda-se, assim, da categorização de Binding que apenas poderá funcionar até ao ponto em que a determinação da dignidade penal de certas condutas não for ambígua. Neste caso, toda a categorização rígida se apresenta insustentável.

⁵¹ DIAS, 2007, p. 126

⁵² SEHER *apud* RODRIGUES, 2013, p. 190

⁵³ CANOTILHO e MOREIRA, 2014, p. 382

para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18º, nº 2 da CRP).

Assim, segundo aquela disposição constitucional, há possibilidade de restrição legítima mediante o cumprimento dos seguintes pressupostos materiais: quando haja previsão expressa na Constituição; quando seja justificado para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (“o sacrifício, ainda que parcial, de um direito fundamental, não pode ser arbitrário, gratuito, desmotivado”⁵⁴); que a restrição seja apta (adequação), necessária (indispensabilidade) e proporcional para alcançar aquele objetivo (proporcionalidade em sentido estrito); que não anule a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.⁵⁵

É inevitável complementar o princípio da proporcionalidade com o princípio do bem jurídico e, por conseguinte, rejeitar as teorias que não aceitam a teoria do bem jurídico e se baseiam unicamente no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, pois que se assume “apenas” (por não se bastar para abranger todo o objeto digno da tutela penal) como o conjunto das “*desidrata* da política legislativa criminal” que delimitam as medidas a aplicar na situação em particular.⁵⁶ Em consonância, este princípio consiste no “ponto de conexão jurídico-constitucional para a inadmissibilidade das normas penais”⁵⁷ como limitativo da margem de liberdade de apreciação do legislador. O princípio da adequação determina que as penas sejam adequadas à proteção dos fins visados; a indispensabilidade dita que a intervenção restritiva seja a única capaz de conferir aquela proteção; a proporcionalidade em sentido estrito determina que sejam usados os meios proporcionais em relação aos objetivos que se visa prosseguir. Concomitantemente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo determina que deve haver uma proporção entre a restrição de direitos mediante pena e os fins que prossegue; e exige que seja aplicada a medida mais justa entre o bem tutelado e o direito que foi restringido considerando a

⁵⁴ *Idem*, p. 391

⁵⁵ Neste sentido, é discutida a expressão “conteúdo essencial” pelo seu caráter vago e dúbio em CANOTILHO e MOREIRA, 2014, p. 395. Ainda, quanto a este último pressuposto, o seu desrespeito pode decorrer do excesso da intervenção do Estado ou da proteção deficiente de um direito fundamental. Falando-se a este propósito do princípio da “proibição da proteção deficiente” na doutrina alemã o designado, *Untermaßverbot*. (V. STRECK, 2004, p. 314)

⁵⁶ COSTA, 2013, p. 167

⁵⁷ ROXIN, 2013, p. 36

relevância do bem que foi ofendido e o seu impacto comunitário (não descurando da culpa e das especificações do caso *sub judice*).

Deve ressaltar-se que esta exigência de proporcionalidade não exige que se estabeleça uma hierarquização de valores constitucionais no sentido de serem aplicadas penas de prisão aos casos mais graves e penas de multa aos menos graves. Contudo, na análise do caso concreto, há sempre um tipo de comparação tendencial quando se impõe a proporcionalidade entre o bem tutelado e o direito restringido aplicando-se tendencialmente penas mais graves a, por exemplo, crimes de ofensa à integridade física e crimes contra a autodeterminação sexual do que a crimes contra o património.

Daqui se extrai que terá que haver um justo equilíbrio entre a dignidade penal e a carência de tutela penal. A incriminação de uma conduta não pode resultar de um juízo prévio de conflito entre princípios. Esse conflito terá de ser ajuizado na situação em concreto quando o desrespeito de um bem jurídico ameaçar as finalidades da lei penal, pois que a promoção de direitos fundamentais deve prevalecer sobre a restrição de outros direitos fundamentais quando aplicada a pena. Por conseguinte, o juízo deverá ser feito entre a suscetibilidade de ofensa a um bem com reflexo constitucional e a ponderação do princípio de subsidiariedade, princípio da adequação da pena e a avaliação dos benefícios de criminalização ou de não criminalização.⁵⁸

Esta análise dos limites da intervenção penal está em perfeita sintonia com as finalidades do Direito Penal e com a democracia e o pluralismo que caracterizam o Estado. Então, para qualificar uma conduta como crime é necessário aferir dos pressupostos presentes nas disposições constitucionais e no preceito do artigo 18º número 2, sob pena de tipificar condutas desunidas da tutela de bens jurídicos pois é dado como certo que “um Estado-de-Direito material não pode desvincular-se do princípio jurídico-constitucional do Direito Penal do bem jurídico.”⁵⁹

O exposto leva-nos a sugerir que a finalidade que confere conteúdo àquele preceito é precisamente a prevenção geral positiva. A adequação e eficácia do Direito Penal têm, assim, como centro de análise, o restabelecimento da paz jurídica na comunidade que foi

⁵⁸ Neste sentido, Costa Andrade refere que estamos perante um bem jurídico com dignidade penal quando a lesão causada pela conduta mereça, pela sua danosidade comunitária, um “juízo qualificado de intolerabilidade social”. Desta forma, considera três parâmetros: juízo de necessidade, juízo de idoneidade e um juízo de avaliação de custos do constrangimento dos bens jurídicos (ANDRADE, 1992, pp. 178 e seguintes)

⁵⁹ Acórdão do TC nº 179/2012 de 4 de Abril.

afetada pelo crime⁶⁰, pois que “o facto significa uma rebelião contra a norma, e a pena rejeita essa rebelião; ao mesmo tempo (...) que elimina o risco de uma erosão geral da vigência da norma”.⁶¹ É, simultaneamente, esta finalidade que permite determinar a moldura de prevenção e, por conseguinte, a prevenção especial. E, juntamente com esta última, vai ser determinada a medida da pena. A ideia de prevenção especial abarga a função de socialização (especial positiva) e a função de dissuasão individual de segurança (especial negativa). E, como “não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa”⁶², acresce às finalidades da pena, o pressuposto necessário e o limite inultrapassável da pena, a culpa. Assim, toda a pena será definida dentro do limite máximo que é o ponto ótimo da tutela dos bens jurídicos e um limite mínimo que corresponde às exigências mínimas da defesa do nosso ordenamento. Refira-se em último lugar, a invocação inultrapassável da dignidade da pessoa cujo respeito se torna irrenunciável como limite absoluto da intervenção do Estado.

Ainda que se possam perspetivar teorias pessoais, dualistas e até mesmo uma teoria social do bem jurídico na defesa do contexto social de liberdade⁶³, parece-nos mais adequada o recurso à perspetiva doutrinária de Figueiredo Dias. Este penalista advoga, parece-nos que com razão, que uma restrição aos valores presentes na Constituição é necessária na medida em que “vinculando a uma estreita analogia material entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos – penais, e subordinando toda a intervenção penal a um estrito princípio de necessidade”⁶⁴ proíba toda a criminalização que não seja “absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”⁶⁵ e ao combate dos crimes que impedem a concretização dos seus direitos fundamentais quando não estejam disponíveis outros meios menos onerosos e eficazes (merecimento da pena).

Será, pois, inegável que a proteção de bens jurídicos representa a finalidade do Direito Penal. Por conseguinte, só poderão incluir-se no Direito Penal as situações justificadas pela “subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições de direitos

⁶⁰ A finalidade de prevenção geral negativa ou prevenção da intimidação consiste apenas num efeito secundário e não uma finalidade autónoma.

⁶¹ Traduzido nosso (JAKOBS, 2003, p. 48)

⁶² *Idem*, p. 82

⁶³ A este propósito e sobretudo relativamente a uma teoria do bem jurídico social, cfr. HEFENDEHL, 2010, pp. 103 e seguintes

⁶⁴ DIAS, 2013, p.84

⁶⁵ DIAS, 2012, p. 128

e interesses que decorrem da aplicação de penas públicas (artigo 18º, nº 2 da CRP). E é também a censurabilidade imanente de certas condutas, isto é, prévia à normatização jurídica, que as torna aptas a um juízo de censura pessoal. (...) É a exigência de dignidade punitiva prévia das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa (artigo 1º da Constituição, do qual decorre a proteção da essencial dignidade da pessoa humana), que se exprime o princípio constitucional da necessidade das penas.”⁶⁶

A este propósito, refere o Acórdão do TC nº 83/95 de 21 de Fevereiro de 1995 que “o juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais cabe, em primeira linha, ao legislador, ao qual se há-de reconhecer, também nesta matéria, um largo âmbito de discricionariedade. A limitação da liberdade de conformação legislativa, nestes casos, só pode ocorrer quando a punição criminal se apresente como manifestamente excessiva”, sendo que “a intervenção penal apenas se justifica, se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas que as sanções criminais” considerando o “seu caráter fragmentário e subsidiário e a função de *ultima ratio*” que só abrange os factos ilícitos de lesão mais grave.⁶⁷ Em consonância, verificado o impacto de uma certa conduta na realidade comunitária, é necessário averiguar sobre a existência das várias formas de tutela que não a pena, pois que “nem o Direito Penal é sempre a melhor opção nem as normas penais representam a melhor opção político-criminal.”⁶⁸ Depois, ter-nos-emos de questionar se o Direito Penal pode intervir e, no caso de resposta afirmativa, avaliar a idoneidade da pena aplicável.

Não há pois norma penal que escape ao papel autorizante da constitucionalidade, segundo a qual o Estado só pode limitar os direitos e garantias de cada membro da comunidade na medida da indispensabilidade ao funcionamento desta e da imprescindibilidade de assegurar os direitos e liberdades dos restantes membros. Caso contrário, se de uma imunidade constitucional se tratasse, seria tudo feito “em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse,

⁶⁶ Acórdão TC nº 211/95 de 20 de Abril. Acrescenta ainda, o mesmo acórdão, que “não é função do Direito Penal tutelar bens jurídicos funcionais ou elementos de uma ordem jurídica puramente interna” na medida em que “só bens jurídicos de uma ordem externa, que exprimem os fins essenciais da sociedade politicamente organizadas, podem ser objeto do Direito Penal”.

⁶⁷ Discutimos sobretudo neste nosso trabalho a fragmentariedade de 2º grau do “como” da proteção do Direito Penal e dos “mediating principles” (COSTA, 2013, p. 159)

⁶⁸ Traduzido nosso (SÁNCHEZ, 2013, p. 99)

automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, em determinadas situações, coloca na mesma trincheira penalistas de orientação dogmática e acentuadamente positivista e aqueles defensores de um liberalismo exacerbado”⁶⁹, isto é, defensores de uma compreensão restrita do direito e outros que perspetivam uma ampliação das barreiras do Direito Penal.

De facto, “a limitação da intervenção do Direito Penal constitui o reflexo da respetiva legitimação”.⁷⁰ Apesar da imprescindibilidade do Direito Penal para a proteção de valores fundamentais à vida comunitária, ele nem sempre deve intervir para proteger todo e qualquer valor constitucional pois quedaríamos num excesso de criminalização desnecessário e intransigente. Só pode, desta forma, intervir para assegurar o “livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada”.⁷¹

A Constituição é precisamente a ferramenta da legitimidade criminalizadora, cabendo ao Direito Penal escolher a forma como prossegue essa criminalização. Naturalmente “não pode o legislador penal definir como crimes condutas conformes aos princípios da Constituição. Não pode proibir o que ela permite (muito menos aquilo a que ela se obriga)”.⁷²

A solução é assim encontrada na junção entre o Tribunal Constitucional e o legislador penal⁷³. Caso haja ambiguidade sobre a inexistência da dignidade ou da necessidade de pena, deverá haver um equilíbrio nas margens de liberdade dos dois – não pondo em causa o princípio da separação dos poderes – com vista a poder alcançar-se a solução de criminalização, de descriminalização ou, simplesmente, de não intervenção. Não basta que a Lei Fundamental preveja os valores e interesses relevantes para que se imponha uma criminalização, pois a mesma apenas confere ao legislador a discricionariedade para que possa optar pela via penal. Considerando que o Direito Penal impõe as sanções mais graves “não basta uma afetação de qualquer interesse de carácter ínfimo para legitimar a intervenção penal (...) É necessário muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que possa justificar a gravidade da sanção

⁶⁹ STRECK, 2004, p. 310

⁷⁰ RODRIGUES, 2013, p. 167

⁷¹ ANDRADE, 1992, p. 178

⁷² CUNHA, 2013, p. 162

⁷³ O terceiro que julga a verdade do facto (Beccaria, 1974, p. 10)

quanto a sua violação em regra acarreta”⁷⁴, de modo similar ao efeito dos “diques das águas de um rio.”⁷⁵

A este propósito, Roxin considera que o Direito Penal constituirá “a forma por intermédio da qual as proposições de fins político-criminais se vazam no *modus* da validade jurídica”⁷⁶, isto é, os conceitos dogmáticos devem ser entendidos a partir dos fins político-criminais que devem ser procurados e integrados no quadro de valores e interesses sociais impostos pela Constituição, sob pena de sermos deixados a um “Direito Penal do inimigo.”^{77,78} Para o jurista alemão, os *Gut* serão os pressupostos imprescindíveis para a convivência em comum, que se concretizam numa séria de bens valiosos, como, por exemplo, a vida humana, a integridade física, a liberdade de atuação, a propriedade, a saúde, a segurança, a paz pública, entre outros.⁷⁹ No entender do autor, “o conceito de bem jurídico é previamente dado ao legislador penal, mas não é prévio à Constituição”⁸⁰, pois caso contrário seria inconcebível e sem prestabilidade.

Não é nosso propósito argumentar que devem ser desconsideradas, na tomada de decisão, as valorações morais ou outras externas à apreciação legal. Qualquer comunidade, lugar ou época será certamente caracterizada pelas suas crenças, costumes, cultura e tradições, mas será hoje unânime que o crime se constitui sobre a teoria dos bens jurídicos e que “os tipos legais se configuram para a proteção de bens jurídicos e não ideologias políticas, religiosas, éticas ou culturais.”⁸¹ Todavia, porque o crime não advém apenas das concepções materiais e normativas e porque só o é relativamente a alguém que o toma como tal (quer seja o legislador ou o vizinho), os valores de uma comunidade são impreterivelmente ponderados. Da mesma forma que as sociedades vão apresentando progressivamente mais complexidade, também os bens jurídicos evoluem no mesmo sentido. Permita-se-nos uma analogia: se não tivesse ocorrido o crime de genocídio na Alemanha nazi, não teria havido a necessidade de criminalizar tal tipo de prática. As fragilidades de cada sociedade em

⁷⁴ GRECO *apud* RODRIGUES, 2012, p. 200

⁷⁵ ZAFFARONI *apud* RODRIGUES, 2012, p. 201

⁷⁶ ROXIN *apud* DIAS, 2012, p.34

⁷⁷ COSTA, 2013, p. 163

⁷⁸ Cfr. ARAÚJO, 2007, p. 165 e seguintes (“medidas extremistas e desconsiderações da pessoa como um ente que também pertence aquela esfera estatal, numa pejoração destes como irracionais e não cidadãos”)

⁷⁹ DUBBER, 2004, p.27

⁸⁰ RODRIGUES, 2013, p. 181

⁸¹ RAMIREZ, 1994, p. 3

concreto definem o sistema e as necessidades sociais em específico.⁸² Portanto, o legislador deve tomar em conta os bens jurídicos existentes numa dada sociedade, mas também outros que venham a colmatar as falhas emergentes.

Nesta medida, culminando as considerações acima descritas, cabe ao legislador a tarefa de converter esses mesmos valores em bens jurídicos assentes num Estado de Direito democrático, pluralista, fomentador da tolerância, promovedor da diversidade ética e da *ultima ratio*. Ao legislador é, assim, incumbida a tarefa de indagar sobre se a tutela será melhor lograda mediante a restrição – e, por conseguinte, a criminalização – ou se será melhor alcançada por meios não penais. Cumpre-se então averiguar sobre “o que deve ser protegido, a quem deve proteger-se e contra o quê deve ser protegido. Só depois desta análise se chegará a alguma conclusão quanto à capacidade de a conduta incriminada pôr em causa o livre desenvolvimento do indivíduo ou as condições necessárias a esse desenvolvimento.”⁸³ Deste modo, a preservação do Direito Penal como tutelador de bens jurídicos refletido na ordem axiológico-constitucional não representa uma interpretação rígida da Lei fundamental mas uma leitura que se concretiza em diversos sentidos nas várias complexidades sociais, já que “a questão político-criminal decisiva não é determinar quando existe uma proteção de bens jurídicos senão quando existe uma proteção de bens jurídicos mediante penas legítimas.”⁸⁴

A indignação puramente moralista de um indivíduo perante determinada conduta não poderá jamais ser fundamento da intervenção do Direito Penal. Mill, acreditando nessa não intromissão, defendia radicalmente que “não há qualquer paridade entre o sentimento de uma pessoa no que respeita à sua própria opinião e o sentimento de outra pessoa que se sente ofendida por essa mesma opinião; não existe mais do que entre o desejo de um ladrão que furta uma mala e o desejo do proprietário de a conservar. E a convicção da pessoa, tal como a sua opinião ou a sua bolsa, só a ela dizem respeito.”⁸⁵

⁸² Para tal, teve Amelung um papel importante no que concerne à sua teoria da danosidade social que faz ressaltar a sua preocupação com as necessidades de cada sociedade em particular. De facto a sua perspetiva criou um elo de ligação entre a teoria do bem jurídico e uma teoria que lhe confere um conteúdo material adequado ao modelo político-criminal.

⁸³ ROXIN, 2013, p. 20

⁸⁴ SÁNCHEZ, 2013, p. 117

⁸⁵ MILL, 1859 (2001), pp. 77-78. Roxin, por sua vez, defende que a moral, o bem comum, os sentimentos populares, a ordem ética e a dignidade humana não constituíam bens jurídicos pois não são apreendidos pelos sentidos e seriam suscetíveis de serem lesionados por um comportamento externo. (NATSCHARADETZ, 1985, p.112)

A argumentação de Mill vai de encontro ao fundamento de criminalização de uma conduta por ofensa à convivência social e assenta na premissa de que o Estado só pode exercer o seu poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada quando a vítima tenha sido submetida a práticas contra a sua vontade. Extrai-se do argumento do autor a necessidade de evitar contaminar o processo de criminalização com ideais moralísticos e filosóficos emergentes de uma moralidade enviesada, cujo pendore ético pode ser altamente questionável. Entende Mill, e nós concordamos, que é necessário escapar à força da tese de que “as coisas estão certas porque nós entendemos como tal.” Uma tal tese levar-nos-ia “a procurar nas nossas mentes e coração por leis de conduta estabelecidas em nós próprios e nos outros.”⁸⁶

Ademais, a perspectiva de Mill veio chamar à nossa consideração a importância da liberdade de todos e de cada um, na medida em que ninguém possa com a sua atuação lesar a liberdade de outrem. Stuart advogava, então, que “a única liberdade que merece o nome é a de buscar o nosso próprio bem-estar à nossa própria maneira, contanto que não tentemos privar os outros dela, ou impedir os seus esforços para obtê-la. Cada um é o guardião da sua própria saúde, seja física ou mental ou espiritual. Os humanos ganham mais se sofrerem para viverem de acordo com aquilo que parece bom para eles próprios, do que a viver com o que parece bom para os restantes.”⁸⁷

O discurso de Mill enriquece indubitavelmente o debate sobre o objeto do Direito Penal. A sua visão foi de importância fundamental para compreender que o significado da liberdade individual nada tem que ver com a liberdade de impormos as nossas próprias concepções aos outros – a liberdade de cada um encontra-se exatamente no ponto em que termina a liberdade de outrem. Contudo, aquilo que parece falhar na sua teoria é que não estabelece que o princípio da danosidade é condição absolutamente necessária para a atribuição de dignidade penal, podendo no limite intrometer-se nos campos da moral quando o dano se associa apenas a situações de desconforto ou discordância.

Com efeito, o entendimento do Direito Penal como *ultima ratio* requer que a conduta a avaliar seja valorada de acordo com a gravidade de ofensa ao bem jurídico protegido, excluindo condutas irrelevantes. Assim, só poderá ser aplicada a pena estatal quando “esse sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, isto é, à própria defesa

⁸⁶ MILL, 1859 (2001), p. 78

⁸⁷ MILL, 1859 (2001), p. 16

dos direitos e liberdades e garantias em geral que são a base do Estado”⁸⁸ e se conceda ao cidadão a “menor desvantagem possível”⁸⁹. Desta feita, a tarefa do legislador só pode traduzir-se num sistema punitivo que intervenha na precisa medida em que a conduta cause “lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e realização da personalidade de cada homem”.⁹⁰

Portanto, as incriminações são o resultado da concretização de um bem jurídico tutelável e das “escolhas politico-criminais feitas pelo próprio legislador constituinte, o qual não se limita a afirmar o valor eminente de um dado bem, mas reconhece na pena o único instrumento adequado à sua tutela.”⁹¹ Assim, à inexistência de disposições constitucionais expressas não pode corresponder a criminalização imediata, estando o legislador vinculado tanto à teoria do bem jurídico como à sua própria discricionariedade. E o reconhecimento desta discricionariedade em nada desvaloriza a teoria do bem jurídico, pois dessa margem pode resultar quer uma resposta positiva a uma criminalização, quer uma resposta positiva a um ilícito administrativo (e, por isso, protegendo bens jurídico-administrativos⁹²) ou a uma sanção monetária ou até mesmo numa recusa a qualquer regra sancionatória.

Todos estamos inseridos numa sociedade, pelo que todas as nossas condutas, potencialidades, necessidades e autorrealização são concretizadas no contexto dessa estrutura social e, por conseguinte, implicam direitos mas sobretudo deveres. Assim, concebendo o homem como um ser autónomo e racional, mas também social, exigir-se-á que as opções de cada indivíduo não perturbem a liberdade dos restantes. Pelo que, se as condutas daquele indivíduo puserem em causa o cumprimento de obrigações e o respeito pelos direitos e normas plasmados para com outros membros da comunidade, essa conduta não pode ser deixada incólume. É necessário, por isso, que seja feito um juízo de valoração sobre aquelas condutas que, pela sua gravidade e consequências, coloquem em causa a subsistência da comunidade em que estão integrados aqueles indivíduos. Assim, será digna de pena a conduta que apresente um positivo “juízo qualificado de intolerabilidade social”.⁹³

⁸⁸ SOUSA e BRITO, 1978, p. 3

⁸⁹ CANOTILHO, 2003, p. 270

⁹⁰ DIAS, 2013, p. 65

⁹¹ *Idem*

⁹² DIAS, 2007, p. 126

⁹³ ANDRADE, 1992, p. 184

Se é papel do Estado proceder a tudo o que seja indispensável para a coesão dos membros na comunidade, então apenas poderão ser sancionadas as condutas que resultem na ofensa a direitos de outrem. A Constituição é, desta forma, a resposta limitativa à tarefa punitiva do Direito Penal e o fundamento da ilicitude material segundo a qual da conceção de bem jurídico não podem resultar incriminações baseadas em conotações ideológicas ou a incriminação de condutas que não tenham interferência na liberdade de outrem. O juiz não pode jamais ser tratado “como o braço da justiça divina, mas apenas como procurador de interesses terrenos”.⁹⁴

Elucidadas algumas das questões relativas à legitimidade da intervenção do Direito Penal, permanece a questão relativa a um preceito penal que preveja uma conduta não ofensiva de um bem jurídico. Assim, surge uma outra corrente doutrinária de recusa da teoria do bem jurídico, como a de Stratenwerth, baseada no reconhecimento mútuo e naquilo que é consensual na sociedade⁹⁵. Nos seus termos, aquilo que fundamenta a punição “não é a ofensa a determinados bens jurídicos, mas a não observância de normas de conduta fundamentais, consensualmente aceites pela sociedade”.⁹⁶ Ora, pese embora a discussão em redor do conceito, Stratenwerth argumentava que o bem jurídico não permitiria alcançar tal consenso.

A teoria daquele autor peca por tomar como consenso aquilo que somente a comunidade entende como tal. Contudo, cabe indagar: não deveríamos tomar por consensual a ideia de que cada indivíduo tem o direito a desenvolver a sua personalidade livremente salvo quando isso implicar perturbar os restantes nesse mesmo processo? O que determina o comportamento suscetível de proteção penal? É, pois, consensual que não há consensos. Como referimos, o facto de a maioria da população rejeitar certo comportamento não implica que este deva sem mais ser punido. Na sociedade pluralista em que vivemos, “o consenso fundamental (...) expressa-se na ideia de que há várias conceções de bem concorrentes entre si no mercado dos pensamentos e das opiniões, devendo o Estado limitar-se a garantir as condições de funcionamento desse mercado”.⁹⁷

⁹⁴ ROXIN *apud idem* p. 180

⁹⁵ Segundo uma lógica de um direito que protege convicções compartilhadas de forma unânime e que por isso consubstanciam uma identidade comunitária (WOHLERS, 2014, p. 255-259).

⁹⁶ ROXIN, 2013, p. 27

⁹⁷ *Idem*, pp. 28-29. Volk apoiando-se no “efeito confiança” adiciona mais um argumento à teoria de Stratenwerth, segundo o qual o Direito Penal deveria também tutelar os sentimentos. Ora, parece-nos claro que a finalidade do Direito Penal não é a de equilíbrio dos níveis de confiança na sociedade, pois que se pretende

Por não ser possível alcançar um consenso extensível a toda a comunidade, cada indivíduo é autônomo na tomada das suas próprias decisões e, por conseguinte, responsável pelas mesmas, pelo que o Estado tem de intervir na medida em que a autonomia daquele indivíduo não lese a dos restantes. Assim, quando nos remetemos à teoria do bem jurídico, cabe inevitavelmente a referência ao critério da intensidade do bem jurídico, já que pode pôr em causa algumas das considerações que tecemos.

Nos crimes de dano há uma efetiva lesão do bem jurídico, como sucede por exemplo com o homicídio. Os crimes de perigo subdividem-se em crimes de perigo concreto, como é a condução perigosa em que é necessário fazer-se prova do perigo que aquele comportamento pôs efetivamente em causa aquele bem jurídico, consistindo na criação de um perigo concretizado numa certa pessoa; e crimes de perigo abstrato, como a condução sob estado de embriaguez, da qual decorre sempre um risco muito elevado de perigar o bem jurídico tutelado mas cujo nível de perigo ainda não foi individualizado.⁹⁸

Ora, ainda que se confira autonomia a cada sujeito no contexto de uma dada comunidade, cabe ao Estado intervir preventivamente em casos como os crimes de perigo abstrato, de que são exemplo a proibição da condução de um automóvel em estado de embriaguez ou sob o efeito de estupefacientes – aquilo que se protege é a vida e a integridade física. Neste caso, existe uma probabilidade significativa de lesão de terceiros, a qual merece inteira regulação prévia. Um sujeito nesta situação pode entender o seu comportamento como normal e plenamente responsável, crendo que o seu comportamento não implicará qualquer risco. O automobilista naturalmente pode reconhecer que não consegue controlar um eventual acidente. Assim, terá lugar certamente uma previsão de punição com vista a evitar um perigo, que é provável. Podendo aqui estar em causa uma disposição que prevê a proibição de um comportamento que na generalidade não é aceite como normal e tido como criador possível de lesões com “certa seguridade cognitiva.”⁹⁹

que cada indivíduo faça o que entender contanto que não lese a liberdade do próximo. Stratenwerth realça porém que quanto à ressocialização não cabe ao Estado “decidir qual o modo de vida mais apropriado para o indivíduo. Não pode decretar onde este deve procurar a sua felicidade. À comunidade apenas assiste o direito de exigir do indivíduo o respeito pela lei” (STRATENWERTH *apud* ANDRADE, 1983, p. 208)

⁹⁸ BELEZA, 1980, p. 222

⁹⁹ JAKOBS, 2003, p. 69. Para Jakobs, o Direito Penal não defende bens jurídicos mas a vigência da norma, ou seja, um homicídio só é penalmente relevante não porque há uma lesão de um indivíduo mas porque compromete a norma que estabelece que a integridade física deve ser respeitada. Parece evidente que a pena reafirma a autoridade da norma mas não é a sua única finalidade. A pena serve também como fonte de proteção de lesões futuras, não sendo a norma um fim em si mesma.

Neste caso em particular, dos crimes de perigo abstrato, poder-se-á colocar em causa a firmeza da teoria dos bens jurídicos, pois que se poderá arguir que, então, qualquer condição cuja violação possa determinar um certo estado de perigo possa ser tida como bem jurídico. Parece-nos que será perfeitamente legitimável a previsão de comportamentos que como este causarão um constrangimento intolerável na estrutura da sociedade e que há um risco sério de aquela conduta fazer perigar o bem jurídico protegido.

Desta feita, segundo a imanente relação entre o bem jurídico que se pretende tutelar e os efeitos da correspondente restrição, há certas condutas para as quais o Direito Penal não parece eficaz e adequado segundo os princípios já mencionados e mediante as finalidades que se pretende prosseguir.¹⁰⁰ Há, portanto, situações em que urge uma alternativa à sanção penal para as quais haja dúvidas quanto ao seu efeito comunitário e à eficácia da aplicação de uma pena. Poderia ser sugerida a criação de grupos com ideais e mentalidades divergentes entre si ou, de forma mais razoável, chamar outros ramos do Direito para resolver determinadas situações, como o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito de mera ordenação social¹⁰¹, entre outros. Todavia, poderíamos estar ao mesmo tempo a arriscar a prossecução das finalidades para que nos propomos. A substituição da pena por outros meios alternativos implica um juízo ponderado e com probabilidade diminuta de erro.

Quando há condutas que provocam danos muito graves, a pena será a medida mais eficaz para prosseguir as finalidades de prevenção. Todavia, se esses comportamentos persistirem, talvez seja duvidoso o papel da pena.¹⁰² Noutras palavras, se o facto pelo qual a pena foi aplicada continuar a ocorrer, então talvez se deva proceder a alterações nas medidas penais ou mesmo deixar de recorrer a elas. Em último caso, terá que se proceder à descriminalização. Pois que as penas não podem continuar a ser, como já o foram continuamente, as únicas formas de impor o poder estadual.

¹⁰⁰ Roxin referia, inclusive, que “a pretensão de expiar, retribuir e compensar a culpa com pena é uma ideia metafísica” (Roxin *apud* ANDRADE, 1992, p. 180)

¹⁰¹ Fala-se a este propósito dos ilícitos de mera ordenação social que podem ser contrariados mediante meios não penais segundo um Direito Penal de *ultima ratio* só aplicável aos casos mais graves que prejudiquem a convivência entre os membros na comunidade. (Sobre a distinção entre contraordenação e crime, v. DIAS¹, 1983, pp. 324 e ss) Esta figura, segundo a qual se “constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima” (Decreto-Lei nº 483/82) foi criada como alternativa ao Direito Penal para os casos em que determinadas condutas socialmente relevantes não apresentam a dignidade penal exigível (Cfr. CARVALHO, 2008, pp. 121 e seguintes)

¹⁰² Se tomarmos em conta o elevado número de cifras negras existentes, poder-se-á questionar se é altura de mudar.

De outro ponto de vista, se de facto procedermos à substituição das medidas penais, poderemos confrontar-nos perversamente com o efeito de não dissuasão do Direito Penal ou com a debilidade da confiança no Direito uma vez que o Direito Penal já não consegue impor a sua força e os seus efeitos da mesma forma. Parece-nos que o facto de o Direito Penal não conseguir, frequentemente, alcançar os objetivos a que se propõe, quando por exemplo o número de ocorrências de um certo tipo de crimes se mantém, não implica que o bem jurídico eventualmente violado fique sem qualquer proteção ou que o Direito Penal seja sempre afastado. Como referimos, o juízo deve ser o de avaliar a gravidade da conduta em concreto e, por isso, talvez se pudesse considerar a possibilidade de atuar conjuntamente com outras estruturas sociais, podendo até ser modificados os tipos de pena e, conseqüentemente, intensificar a força da intervenção penal e formular possíveis soluções dos efeitos que daí resultarão.

Aquilo que parece cada vez mais perceptível é a insustentabilidade de um axioma delimitativo e determinado da teoria do bem jurídico, pois aquilo que se pretende é um juízo dos valores em causa e, por conseguinte, que seja conferida uma margem de discricionariedade ao legislador para aferir da dignidade penal daquela valoração. Diferentemente, uma definição fechada do conceito de bem jurídico apenas criaria mais conflitos sociais por não respeitar a pretensão de muitos ou nenhum indivíduo.

Só a aludida conceção material da Constituição pode ser plausível no sentido de uma adaptação à realidade, à época história e aos valores individuais no seu todo. Daí a generalidade e abstração das normas constitucionais¹⁰³, as quais são indispensáveis para compreender a mesma generalidade e abstração de situações com que o Direito Penal se confronta. O que impera é, portanto, conferir ao legislador um caminho seguro no sentido de possibilitar a decisão em casos específicos. O *ius puniendi* “é poder, e como poder, uma faca de dois gumes, sendo assim inimigo potencial da liberdade que deve garantir.”¹⁰⁴ Por isso, só pode ser reconhecido quando tenha como fim a proteção de um “direito ou bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser garantida de outro

¹⁰³ “Daqui não decorre não poder compreender-se o bem jurídico como uma realidade concreta, pertencente ao real verdadeiro. É na sua abstração que o bem jurídico cumpre as funções que lhe são adstritas e é esta abstração, característica dos conceitos – que permite o bem jurídico constituir-se como núcleo da doutrina geral do crime” (COSTA, 2012, p. 262)

¹⁰⁴ KINDHÄUSER, 2012, p. 94

modo”, na medida em que **“é bastante mais gravosa a penalização indevida do que a falta de penalização, lá onde ela deveria existir.”**¹⁰⁵

Nesta senda, se a pena restringe valores constitucionais, então só deve ser aplicada a comportamentos que ponham em causa valores igualmente constitucionais. Naturalmente, exige-se, claro está, que a pena não restrinja desproporcionalmente o valor de ofensa do criminoso e o valor que sofreu a restrição penal.¹⁰⁶

Em sùmula, só qualifica um bem como bem jurídico-penal, a concomitância de dois atributos. Como primeiro atributo, a dignidade penal, mostrando-se indispensável e adequado à proteção de bens fundamentais numa comunidade. Como segundo atributo, a carência de tutela penal que se fundamenta no princípio da pena como interveniente mínimo. Por conseguinte, a dignidade constitucional de um bem jurídico, não implica necessariamente a sua criminalização; é necessário que a via penal seja a única forma adequada de tutela. Tem, neste sentido, dignidade penal, “um comportamento merecedor de desaprovação ético-social porque é adequado a pôr gravemente em perigo ou prejudicar as relações sociais no interior da comunidade juridicamente organizada.”¹⁰⁷

Naturalmente e nos termos destes juízos torna-se evidente a dificuldade em proteger a sociedade de um crime de homicídio aplicando uma pena de multa. Ademais, facilmente

¹⁰⁵ Acórdão do TC nº 85/95 de 29 de Maio

¹⁰⁶ A análise da doutrina italiana pode ser útil para compreender os problemas que são levantados no nosso ordenamento, no que respeita por exemplo à hierarquização ou a uma delimitação mais restrita. O entendimento dos autores italianos Angioni e Moccia é o de que só se justificaria a pena nos casos em que se pretendesse proteger bens de grau semelhante (Moccia *apud* CUNHA, 1995, p. 174) por contraposição à de Bricola que entende que basta que a lesão seja constitucionalmente relevante (Bricola *apud* CUNHA, 1995, pp. 174 e ss). Já para Angioni só se aplicaria pena quando fosse para tutelar bens do mesmo nível constitucional de liberdade e, por isso, defende ser necessário atribuir aos bens categorias de grau primário e secundário (Angioni *apud* CUNHA, 1995, pp. 178 e seguintes). Por outro lado, para Musco deveria ser feita uma seleção de bens constitucionais penalmente relevantes pois nem todos os comportamentos que desrespeitassem bens estabelecidos na Constituição poderiam atentar contra a sustentabilidade comunitária. (Musco *apud* CUNHA, 1995, pp. 183 e seguintes). Contrariando todos os outros, Nuvolone, Latagliata e Mazza defendem que o Direito Penal não deve restringir valores constitucionais, tomando apenas a Lei Fundamental como parâmetro mas não como fundamento, na medida em que se a Constituição (italiana) tivesse essa pretensão, tê-lo-ia estabelecido. Deve assim o Direito Penal, entendem os autores, adotar um papel versátil de adaptação às novas exigências que surgem. (Nuvolone, Latagliata e Mazza *apud* CUNHA, 1995, pp.190 e ss). Ora, parece-nos arriscado que o respeito pelo princípio da proporcionalidade naqueles termos rigidamente hierarquizados ou categorizados ou segundo um constrangimento desnecessário da discricionariedade do legislador seja feito da melhor forma. Pois que a fundamentação da pena vai mais além do grau de relevância do bem e a sua aplicação concreta é sempre avaliada no caso em análise e segundo a limitação ao papel legislador mais adequada, que é o princípio da proporcionalidade. Acresce a incompreensão pela visão dos últimos autores, pois não se percebe em que medida é que aquela adaptação à realidade é impossibilitada por se ter como ponto de partida a constituição. Aliás, é precisamente a valoração constitucional que permite a proteção dos valores que poderão vir a ser afetados pela mutabilidade da realidade.

¹⁰⁷ ANDRADE, 1992, p. 185

se percebe que o Direito Penal nunca seria um meio adequado, segundo cremos, em diversas situações previstas no nosso Código Penal, como a que aqui nos traz – detenção de pedopornografia virtual total e aparente. Não é legítimo, desde logo, atribuir dignidade penal nestes casos, como depreenderemos da argumentação desenvolvida nos próximos capítulos.

III. O DIREITO PENAL E A MORAL SEXUAL SOCIAL

1. RUTURA DAS CONCEÇÕES MORALISTAS

As sociedades cristãs influenciaram profundamente a moral social, associando à sexualidade a vergonha, o tabu, o pudor, a intolerância e os ideais da pureza do casamento, da virgindade e da propagação da espécie como objetivo único. Atualmente, nas sociedades modernas desenvolvidas, as transformações sociais, a modificação de valores e posturas, e o surgimento das técnicas contraceptivas foram essenciais para uma melhor percepção sobre os fatores fisiológicos e psicológicos inerentes à sexualidade. Daqui resultou a sensibilização em larga escala face aos problemas na atividade sexual e a mitigação de preconceitos que tinham vindo a ser alimentados. Antes do novo Código Penal o foco era o da moral social sexual. O Código de 1982 dispunha os “crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade” que hoje integram os “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Agora, o núcleo do bem jurídico é a liberdade sexual.

Entende-se por moral social o conjunto de modelos de comportamento que são estabelecidos numa sociedade e cujo incumprimento pode resultar em censura. Antes da Reforma de 1995¹⁰⁸, verdadeira rutura com as conotações moralistas, a designação dos

¹⁰⁸ Considerando as concepções de pudor e moralidade e de género presentes assíduas no Código Penal de 1852 e no de 1886 e as investidas de moralidades sexuais no projeto de Eduardo Correia em 1966. Sendo que, o Código Penal de 1982, ainda que numa tentativa de concretização de uma analogia entre os valores jurídico-constitucionais e os valores penais, não conseguiu nunca desprender-se de valorações moralistas concretizadas que mantinham os crimes contra o pudor.

crimes contra a honestidade e dos crimes contra os costumes foi sendo substituída pela designação de crimes sexuais. Só com a dita reforma é que, materialmente, houve uma modificação do bem jurídico protegido.

Foi a partir das devidas alterações que se começou a questionar a legitimidade da transformação dos crimes contra os costumes em efetivos crimes sexuais. Neste sentido, não eram já a moral ou os bons costumes a determinar a intervenção penal naqueles crimes, mas um amplo direito à liberdade sexual, consubstanciado no direito ao livre desenvolvimento da pessoa, o direito à autodeterminação e liberdade sexuais. Naquilo que respeita às práticas sexuais, passou-se então de uma conceção moralista para uma outra que protege a autonomia de cada um na disposição do seu próprio corpo, denunciando “a intenção de erigir uma determinada forma de liberdade, isto é, um valor eminentemente pessoal, em bem jurídico penalmente tutelado”.¹⁰⁹

Atente-se à conceção plasmada no Código de 1982 na disposição respeitante ao crime de violação: “Quem tiver cópula com mulher, por meio de violência, grave ameaça ou, depois de, para realizar a cópula, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir ou ainda, pelos mesmos meios, a constranger a ter cópula com terceiro, será punido com prisão de 2 a 8 anos.” Se atendêssemos àquela versão do nosso ordenamento, entenderíamos que o crime de violação estaria preenchido quando alguém conduzisse práticas sexuais violentas ainda que com o consentimento da vítima. Na verdade, o que deve ser impeditivo de subsumir aquela conduta àquele crime é o consentimento da pessoa ofendida e jamais o cariz da forma como expressa a sua liberdade e realização sexuais. Só assim se pode entender aquela conduta como perturbadora da sustentabilidade comunitária.

Na comunidade existe um leque de inúmeros códigos de moralidade e pudor públicos, pelo que não parece sequer viável um esforço reconduzido a encontrar um sentido de moralidade universal – que exigiria evidentemente uma permanente análise ao contexto cultural – sob pena de somente “as representações axiológicas particularistas dos grupos mais influentes nos palanques do poder político aparentem contar com alguma legitimação”¹¹⁰ Se assim acontecesse, encontraríamos no Direito Penal uma forma de tutela redutora com base em conceções moralistas e de forte intolerância que serve, então, os anseios e receios de uma comunidade e não a promoção da liberdade e individualidade de

¹⁰⁹ ANDRADE, 1991, p. 391

¹¹⁰ COSTA, 2013, p. 165

cada cidadão, já que “todo o mundo quer o seu delito para demonstrar que a sua causa é correta”.¹¹¹

Neste sentido, só é possível assegurar o espaço de liberdade individual “se se conceber e agir reflexivamente a partir de um campo de comportamentos definidos como livres”¹¹², apenas alcançado através de um Direito Penal como “estrutura onto-antropológica matricialmente fundante da comunidade e, neste sentido, materialmente constitutiva, constitucional.”¹¹³ Ressalvemos, contudo, que isto não significa que se rejeite ou repugne a existência de padrões de consenso, mas que daí não resulte a imposição desses padrões pelo Direito Penal.

Desta feita, se a moral social não é bem jurídico e, por conseguinte, não pode ser tutelada pelo Direito Penal, como explicar os crimes contra a honra? Se seguirmos a doutrina da danosidade social, não seria possível generalizar o dano para todas as condutas. Se seguirmos a doutrina de Stuart Mill da intervenção punitiva fundamentada pela afetação de terceiros, não teremos qualquer resposta pois não se consegue vislumbrar a relevância de certa conduta para merecimento da proteção penal e que muitas vezes não afetam direitos de terceiros.

Assim sendo, a construção do conceito de bem jurídico implicará muitas das vezes juízos de valor, pelo que terá de ser encontrada uma ferramenta conciliadora do conceito de bem jurídico, que só poderá ser a Constituição. Os crimes contra a honra, a par dos crimes que ofendem a reserva da intimidade privada ou a liberdade são de facto crimes que desrespeitam bens jurídicos com pouca objetividade e impõe-se apenas normativamente. Contudo, a inexistência de previsão destes bens jurídicos seria o suficiente para abalar a sustentabilidade social, pois sem estes jamais seria possível a convivência de um sujeito em relação a todos os demais e reciprocamente. Esta convivência só será possível através de bens que como aqueles “são uteis à livre expansão das personalidades individuais, no âmbito de um sistema social global orientado para esta livre expansão”.¹¹⁴ Se alienássemos as disposições respeitantes à proteção daqueles valores seria impensável conceber o exercício de todos os tipos de liberdade. Ademais, será também inconcebível o desenvolvimento de

¹¹¹ Traduzido nosso (SÁNCHEZ, 2013, p. 123)

¹¹² Costa *apud* ALFAIATE, 2009, p. 75

¹¹³ COSTA, 2013, p. 162

¹¹⁴ TORRÃO, 1995, p. 556

uma pessoa a todos os níveis no seio de uma comunidade que possa com a sua atuação perturbar a sua vivência.

Deste modo, como já foi sublinhado, não é minimamente concebível que os bons costumes se imponham como limite a essas vertentes, pois o Direito Penal deixou de ser um “direito tutelar da honestidade”.¹¹⁵ Uma fronteira com contornos tão voláteis e de objetividade questionável não pode jamais constituir uma intromissão no bem jurídico liberdade sexual, desde logo porque aquilo que a maioria entende ser o melhor para promover essa liberdade não corresponde àquilo de que a comunidade no seu todo precisa.¹¹⁶

As normas sociais são mutáveis e válidas aos diferentes níveis da nossa sociedade, com conteúdo diferente e com uma força diferente: profissão, idade, sexo, região, classe social e experiência de vida são os ingredientes que compõem as normas sociais, de modo que, as regras de um determinado grupo de pessoas divergem das de outro. E, por causa da sua diversidade, podem surgir, conflitos normativos. Essas mesmas normas pertencem a nossa vida diária, estamos organizados de acordo com elas e sabemos o que acontece quando as mesmas são violadas.

É a partir de certos limites que os desvios além da norma não são tolerados. Nestes casos surge a repressão e a punição. Essas sanções não são simplesmente o resultado de lesões ou danos a um interesse (como a definição de compensação ou exclusão de uma comunidade na perspectiva abolicionista), mas são, acima de tudo, a resposta à lesão anterior de um padrão. É aí que reside o núcleo teórico penal.

A pena não se resume à imposição de um mal, a pena é primária e fundamentalmente uma resposta à lesão de uma regra e isso tem uma consequência importante. A lesão de uma regra deve ter como base uma relação particular que abarca tanto o aspeto *comunicativo* como o aspeto normativo: a pena deve ser baseada na violação de uma regra e deve estar intimamente ligada a ela. Por isso, necessário é que haja uma lesão

¹¹⁵ ANTUNES, 2005, p. 59

¹¹⁶ O “Wolfend Report”, muito inspirado pela argumentação de John Stuart Mill, referente à descriminalização da homossexualidade e da prostituição, expõe que deve remeter-se qualquer concepção de moralidade e imoralidade para o domínio das próprias ações de cada indivíduo. Refere que tal não significará, contudo, que se esteja a “pactuar ou encorajar qualquer imoralidade privada. Pelo contrário, realçar a natureza pessoal e privada da conduta moral ou imoral equivale a realçar a responsabilidade pessoal e privada do indivíduo para com as suas próprias ações, e tal constitui um tipo de responsabilidade com que se espera que um indivíduo adulto possa arcar sem a ameaça de punição por parte da lei” (Cfr. *Wolfend Report* in NATSCHERADETZ, 1985).

para que possa ser aplicada uma pena consecutivamente, que não pode, por sua vez, exceder a intensidade do prejuízo.

Neste quadro, a flexibilidade sugerida por Hulsman¹¹⁷, a par da proporcionalidade das normas e a clareza no processo de implementação das penas compõem os parâmetros que estabelecem as diretrizes de um Estado de Direito. Mas a influência entre eles é recíproca. É, por isso, ingênuo acreditar que através da ação política se pode influenciar uma sociedade incivilizada. O controlo social e o Direito Penal regulam-se um ao outro, andam de mãos dadas e influenciam-se mutuamente. E os processos de controlo social são bem mais insuscetíveis de reforma que o texto do Código Penal.

Durkheim argumentava, por sua vez, que as penas tiveram que ser criadas, na medida em que há violações de regras, comportamentos socialmente desviantes, e são essas infrações às regras contra as quais devemos lutar e receber de bom grado uma vez que proporcionam meios de vida alternativos para a nossa sociedade, oferecendo a possibilidade de reafirmar continuamente as nossas regras, criando e cuidando da consciência coletiva.¹¹⁸

Em consonância, se cada indivíduo cuidasse da sua consciência individual seria necessário continuar a identificar e diferenciar os nossos padrões dos padrões dos outros e, por conseguinte, durante este processo, aperfeiçoar e definir a melhor forma de diagnosticar o menor desvio. Desta forma, ser-nos-ia concedida a oportunidade de trazer para nós mesmos o conforto e segurança dos nossos padrões de acordo com nossas próprias consciências.

É evidente que existem grupos sociais diferentes. Contudo, a pertença de um indivíduo a um grupo depende, acima de tudo, do que ele considerou nas normas como verdadeiro ou falso, bom ou mau. As regras são o padrão que nos separa e distingue dos outros, mas também o vínculo que nos une. As violações das regras são uma ameaça à união de uma comunidade. Esta ameaça é dirigida à nossa consciência como essencial à nossa integração na sociedade e merece a nossa maior atenção. A prática de um assalto de forma alguma destrói a proibição de roubar, mas reforça-a.

Segundo Hegel afirmou, estaremos perante a negação da negação do Direito.¹¹⁹ E é precisamente na violação das aludidas expectativas que se encontra a proibição de realizar

¹¹⁷ Para Hulsman, “não existem nem crimes nem delitos, apenas situações problemáticas” (HULSMAN, 1993, pág. 101)

¹¹⁸ DURKHEIM, 1951

¹¹⁹ HEGEL, 1918, p. 80. A pena é, assim, a afirmação daquele Direito e, como tal, necessária.

determinadas ações. Do ponto de vista dos membros da sociedade para além do agente criminoso, a pena vem mostrar que a violação de uma regra é imediatamente seguida de uma resposta, o que deixa claro que a regra não se conforma com estar cumprida, ou seja, a negação da regra deve ser seguida imediatamente da negação da negação. De tal forma que no futuro não renunciaremos à norma que hoje foi infringida.

Também a visão de Hegel não nos convence. Nem sempre a violação de direitos é uma forma de desrespeito ao reconhecimento de que uma norma é reforçada com a pena, parece-nos ser necessário determinar um parâmetro material que distinga o reconhecimento da negação da comunidade em relação a certa conduta.

Posto isto, a intervenção penal existe para proteger as condutas que resultem em danos sociais, danos estes que não podem confundir-se com a mera imoralidade daquelas condutas, nem com a circunstância de aquela conduta se afastar da expectativa da comunidade. É infundado o alcance de um consenso numa sociedade onde poucos paralelismos há quanto às valorações a tomar face a diversos comportamentos, sobretudo na esfera sexual. Num domínio essencial no qual se plasma a auto-realização individual, uma valoração unitária seria um risco demasiado elevado que acabaria por prejudicar aquilo que o Direito Penal pretende proteger – a liberdade de cada um fazer o que lhe aprouver desde que não prejudique outrem, como assim dita a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 4º). Será sobretudo no campo sexual que esta liberdade mais parece relevar, na medida em que as opções sexuais de cada indivíduo pertencem ao âmbito privado e, como tal, a incumbência do Direito Penal é a de proporcionar o maior número de opções livres nesse âmbito e jamais o de limitar esse leque.

A ética sexual só deverá relevar para que se possa indagar sobre a possibilidade de um certo comportamento provocar nas pessoas uma limitação à sua liberdade sexual mas não face às suas próprias convicções moralistas perante a sexualidade. Recorrendo ao entendimento expresso no Acórdão do TC nº 247/2012 de 10 de Maio, “uma sociedade que se pretenda neutral em termos de moralidade sexual apenas pode tratar de forma diversa aquilo que se apresente de forma diversa; assim apenas deverá ser penalmente perseguido o agente que conduza o menor entre 14 e 16 anos de idade à prática de atos homossexuais - de relevo - nos casos em que o mesmo atue de forma a que seja posta em causa a liberdade de autodeterminação sexual desse menor, do mesmo modo que, em idênticas circunstâncias, deverá ser punido o agente que levar o mesmo menor à prática de atos heterossexuais de

relevo, pois só desta forma se assegurará uma efetiva tutela de liberdade de escolha - futura - daquele concreto jovem no que se refere à sua orientação e consequente escolha de parceiros (as) sexuais". Assim se reforça novamente o papel do Direito Penal na expansão do leque de escolhas de cada indivíduo, limitando-o apenas quando essas escolhas livres limitem as de outrem.

2. DA (DES) VALORIZAÇÃO DA MORAL

A par do caso da punição de condutas homossexuais servem também como casos-contrargumento à tese de que a moral sexual deve constituir fundamento à atividade punitiva, a criminalização da posse de estupefacientes destinados a consumo e a pronúncia no sentido da constitucionalidade do TC quanto ao crime de lenocínio (art. 169º CP).

É manifesto que aquele primeiro comportamento, quando consentido, em nada afeta o livre desenvolvimento de qualquer indivíduo ou ofende a convivência livre e pacífica na comunidade. Ademais, é evidente que no segundo exemplo não se verifica qualquer perturbação para os outros que integram a mesma comunidade atendendo à natureza pessoalíssima do núcleo da vida privada do indivíduo e da sua autorrealização. A pertença àquele núcleo privado requer que não haja lesão de um bem jurídico alheio e não ofenda outros princípios constitucionais, como o princípio da proporcionalidade. Finalmente, no terceiro caso facilmente se constata que sem a ligação àquela exigência, o legislador estabeleceu a incriminação de situações meramente imorais. Quanto a este tipo de crime, surgiram diversas críticas uma vez que só se justificaria a tutela dos bens jurídicos liberdade e autodeterminação sexuais se houvesse a exigência de 1998 da “exploração de situações de abandono ou de necessidade económica” sob pena de estarmos perante a criminalização de situações meramente imorais. Ora, tendo-se retirado essa exigência, parece dúbio estar-se perante um atentado contra aquele bem jurídico.

O Direito Penal só protege bens jurídicos e a moral social não é um bem jurídico. Logo, o Direito Penal não protege a moral social. Aí reside motivo pelo qual nenhum destes comportamentos possa ser criminalizado. Quando se criminalizava a homossexualidade,

aquilo que estaria em causa não seria jamais a autodeterminação das pessoas nem a liberdade individual sexual, na medida em que aí nos confrontávamos com comportamentos de adultos na esfera privada, não constituindo uma perturbação suficientemente grave na comunidade. Por conseguinte, não se podia criminalizar tal conduta por muito reprovável que fosse para alguém. De igual forma, quanto ao crime de lenocínio, evidencia-se inaceitável que tenha sido eliminada a exigência de exploração de alguém em situação de necessidade económica para o exercício de prostituição, porquanto atualmente se trata apenas de elevar o estatuto criminal a uma conduta motivado por censuras moralistas. De forma mais clara: esta conduta pode ser reprovável no âmbito moral, mas seria radical puni-la penalmente, podendo neste caso estar-se a punir a própria determinação sexual da pessoa que escolhe prostituir-se.

Diversamente, há casos em que júzcos (também) moralistas podem determinar a intervenção punitiva. Vislumbre-se a título de exemplo os crimes de ultraje por motivo de crença religiosa (artigo 251º do CP) e o de impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre (artigo 253º do CP). Em ambos os crimes, facilmente se deduz que daí resultarão perturbações à “paz” da comunidade, sem a qual a mesma consegue existir. Não estamos a tutelar a moralidade, mas a liberdade religiosa e a dignidade das pessoas que escolhem uma tal religião, e o dever de respeito em relação ao defunto e aos seus familiares. No fundo constituem ambos um desrespeito à dignidade humana. Daí que os moralismos que daqui decorrem, fundamentam uma pena não porque advêm de concepções religiosas, mas porque daí decorrem perturbações para a comunidade no seu todo. Noutras palavras: estes crimes são também, mas nunca apenas, ofensivos da moral.

A violação moral não conformará jamais a lesão de um verdadeiro bem jurídico. É nisto que a generalidade da doutrina concorda e é com base nestas premissas que se cumprirá o respeito pelos princípios plasmados na nossa Constituição. Também aqui releva a visão de Beccaria, segundo uma lógica de que se o povo delegou parte dos seus poderes ao Estado, no sentido da organização e estruturação da sociedade, não pode este arrogar-se do direito de criar postulados orientados pelas ideias de moralismos e de perfeição.¹²⁰ Um Estado de Direito só o é porque reconhece “ao homem a liberdade de o ser e lhe queira possibilitar a liberdade para o ser.”¹²¹

¹²⁰ CUNHA, 1995, pp. 30-32

¹²¹ DIAS, 1982, p. 39

Do exposto decorre a exclusão da legitimidade do poder punitivo estadual na tutela de valores puramente morais, religiosos ou ideológicos desligados de ofensas a outros valores básicos e essenciais para uma comunidade. Não cabe ao Estado prosseguir finalidades transcendentais associadas a comportamentos morais penalmente irrelevantes, pelo menos enquanto isso não constituir condição para manter a subsistência da vida em comum. A tarefa do Estado terá que ser feita sempre no âmbito de uma sociedade de tolerância, pluralismo e de liberdade pessoal, e jamais em contexto de uma comunidade “mágica” na qual basta uma qualquer conexão entre a pessoa e determinado facto. Se tal sucedesse, correríamos o risco de poder inverter-se “a sequência temporal entre acontecimento e sanção (...) como, por exemplo, nos casos em que as pessoas são sacrificadas, para que futuramente chova.”¹²² Aliás, se a Religião usasse o Estado para impor os seus tópicos idealistas, “negaria a sua dimensão espiritual e o seu verdadeiro meio de difusão que é o da mensagem persuasiva das consciências; o Estado de Direito negar-se-ia na sua essencial característica da democraticidade e do respeito pelo pluralismo moral-religioso.”¹²³

Pretende-se com isto advogar que não se descriminaliza uma conduta somente por estar associada a uma representação moralista e pelo facto de não existir um qualquer bem jurídico, mas porque essas representações não estão amplamente reconhecidas como causas da desordem social – a verdadeira propensão para o crime “cresce na razão do interesse que cada um tem nas próprias desordens”¹²⁴. Pese embora o conceito aberto de bem jurídico, crê Anabela Rodrigues e com razão que a “tutela de um bem jurídico deve ser condição necessária mas não condição suficiente para que se justifique a proibição e a punição penal (...) Só desta forma o bem jurídico-penal poderá servir como padrão crítico de normas constituídas e de [] critério legitimador da criminalização”¹²⁵ Pelo que, “só poderá exercer-se o *ius puniendi* em relação aos factos danosos – disfuncionais, na linguagem funcionalista – para os sistemas sociais, independentemente da sua gravidade moral.”¹²⁶

Nesta senda, o Estado não pode, por um lado, proteger bens de que os indivíduos não necessitem para o seu desenvolvimento individual nem, por outro, bens que não

¹²² SCHÜNEMANN, 2005, p. 10

¹²³ CARVALHO, 2008, p. 46

¹²⁴ BECCARIA, 1974, p. 17

¹²⁵ SOUSA, 2007, p. 625

¹²⁶ RODRIGUES, 1995, p. 274

contribuam para uma convivência proveitosa em comum por contraposição ao simples desconforto de alguém. Ademais, mesmo não sendo fácil identificar em que situações podem as formas religiosas efetivamente lesar aquela convivência, será impensável considerá-las instrumentos idóneos para determinar o princípio da proteção de bens jurídicos, indo mais além da proteção da liberdade de escolha individual. Assim, parece-nos como mais justa e correta a afirmação de Faria Costa de que “a teoria do bem jurídico aparece como interposto ou ponto intermédio que une [] neste momento histórico, a dimensão deontológica ao plano consequencial da juridicidade penal.”¹²⁷

IV. BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES SEXUAIS

Do que foi já desenvolvido, facilmente se afere que a moral dominava os primórdios legislativos pelo menos até à reforma de 1995. Com vista a salvaguardar o livre desenvolvimento individual, a moral apenas resultava num obstáculo, na medida em que sancionava (embora ainda persistentemente nos crimes sexuais) crimes sem vítima, como as relações homossexuais ou outros comportamentos sexuais que diferissem das relações heterossexuais, na esfera do matrimónio. Valorizava-se então a pureza da mulher e o ardil masculino, desdenhando a mulher impura que perdia valor e significância quando o ardil masculino se impunha à determinação sexual feminina. Assim, os termos em que se desenvolvia a sexualidade prendiam-se de acordo com os padrões morais existentes em cada época.

A proteção era, portanto, dirigida somente à mulher, embora irónica e incongruentemente pois aquilo que se pretendia era proteger a virilidade masculina e colmatar a impureza da mulher através da constituição de casamento. Por este motivo, “as mulheres [eram] socialmente treinadas para a passividade, os homens para a agressividade.

¹²⁷ COSTA, 2013, p. 173

Isto significa que aquelas, em confronto com estes, [sofriam] de um real *handicap* que ultrapassa muito em importância a eventual diferença de força física ‘natural’.”¹²⁸

No fundo, aquilo que se propugnava era a proteção das expectativas moralistas das várias comunidades num quadro legislativo onde se objetivava proteger, simultaneamente, a inocência da mulher e a libido masculina. Aquilo que se punia era então “a conjunção carnal obtida por um homem de uma mulher fora das regras do acesso normal à obtenção dessa ‘mercadoria’”¹²⁹, ou seja, a mulher existia “como objeto de disputa e desejo, sem autonomia, existindo apenas para a satisfação do homem, o verdadeiro sujeito” tal como os “produtos promovidos em anúncios publicitários – automóveis, ou seja o que for – em que os objetos são apresentados como disponíveis, submissos, compráveis, desejáveis.”¹³⁰

A ideia da violação de um bem jurídico veio precisamente reivindicar a proibição da tutela moralista camuflada por concepções preconceituosas. Por essa razão, o capítulo dos crimes contra os “sentimentos gerais de moralidade” foi substituído pelos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais e, por conseguinte, a liberdade veio também substituir os bons costumes.

Neste sentido, se tudo o que não tenha que ver com a tutela de bens jurídicos deva ser excluído do âmbito do Direito Penal, então as atenções devem ser orientadas para a promoção da igualdade de género e para o afastamento de ideais associados a concepções de género determinantes no momento de criminalização de certas condutas, distinguindo mulher de homem (excluindo as situações claramente inteligíveis). Em bom rigor: aquilo que justifica que é ilícito abusar de um menor não é formalmente que se vá contra uma ordem jurídica mas e que materialmente se esteja a violar o seu direito à autodeterminação e liberdade sexuais.¹³¹

A intervenção penal só pode, desta forma, ser legítima nos crimes sexuais quando se profira a violação do bem jurídico liberdade de expressão autodeterminação sexuais. No caso dos crimes contra menores, “o direito de crescer até uma dada idade na relativa inocência”¹³² e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pela colisão que urge tutelar na esfera do menor. Neste sentido, justifica-se tutelar o desrespeito pela

¹²⁸ BELEZA, 1993, p. 324

¹²⁹ BELEZA, 1998, p. 112

¹³⁰ BELEZA, 1993, p. 357

¹³¹ Cfr. BELEZA, 1980, p. 117

¹³² Acórdão do TC nº 247/2005 de 10 de Maio

autodeterminação sexual não por ser um atentado ao pudor mas por haver necessidade de proteger aqueles abaixo de determinada idade ou com baixo nível de autodeterminação e que, por isso, não são livres de tomar opções relativamente aos seus próprios relacionamentos sexuais.¹³³

Sucedem, porém, que a afirmação de que a pena estatal só deva ser aplicada sensata e neutralmente naqueles termos não é tão simplista como aparenta – assim o revelam diversas doutrinas que ainda recorrem a fundamentos moralistas para justificar a punição de condutas pelo Direito Penal.

A doutrina alemã¹³⁴, na voz do positivista Binding, acredita que o objeto da proteção penal no âmbito da sexualidade é o da honra sexual, fazendo ressaltar três vertentes do mesmo: a regulamentação da vida sexual respeitadora do direito e dos costumes; a proibição da sua utilização para outros fins como o da luxúria alheia; e, por fim, evitar que o que decorre do impulso sexual possa ofender a honra sexual de outrem. Em rigor, bem jurídico seria tudo o que fosse importante para a vida em comunidade. Por outro lado, para Liszt, o bem jurídico em causa seria a liberdade sexual e o sentimento moral. Contudo, contrariamente ao que Binding argumentava, Liszt acreditava que o interesse a proteger nascia antes da norma e é esta que o eleva a bem jurídico tutelável: “é a vida, e não o direito, quem produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”¹³⁵. Já para Welzel, não podia existir vida sem lesão aos bens. Para este último autor, bem jurídico era “todo o estado social desejado que o direito quer assegurar contra lesões”¹³⁶ – entre os quais a liberdade sexual, a imaturidade sexual, a família e o sentimento de pudor pela comunidade. Por fim, o alemão Roxin, acreditava serem três os grupos de bens jurídicos: a integridade pessoal e a liberdade de decisão no contexto sexual, a inexperiência e a inexistência de poder de oposição nos jovens e, finalmente, os bons costumes e a decência pública.

Por sua vez, na doutrina italiana e sobretudo na voz de Maggiore, entendia-se que o bem jurídico era o da liberdade sexual, no entanto concebia-o de uma forma fortemente ética, entendendo-a como a “livre disposição do próprio corpo para fins sexuais dentro dos

¹³³ BELEZA, 1996, p. 15

¹³⁴ Assim, NATSCHERADETZ, 1985, pp. 122-124

¹³⁵ LISZT, 2006, p. 94

¹³⁶ WELZEL, 1956, p. 6

limites fixados pelo direito e pela moral social”¹³⁷. Assim, o critério que justificava a criminalização era aquele que distinguia o bem do mal de entre os comportamentos que integravam a ética sexual. Daqui se selecionavam os mais graves e a estes se aplicaria uma punição.

Quanto à doutrina espanhola, é rejeitada a denominação legal do termo honestidade, referindo¹³⁸ como bens jurídicos: a liberdade sexual, a ordem sexual familiar, a educação sexual do menor, a liberdade de determinação face à prostituição, a dignidade humana e o sentimento de pudor. Ademais, é sugerido¹³⁹, ainda que no campo sexual, que o Direito Penal só possa intervir no caso de menoridade e de violência, sob pena de desrespeitar a liberdade e autodeterminação sexual de adultos maduros e autónomos. Por conseguinte, conceber-se-ia a liberdade sexual como o único bem jurídico com dignidade penal.

A teoria do bem jurídico consiste, portanto, na tentativa de limitar a pena de acordo com um conceito material de crime e não mediante fins religiosos, ideológicos, opinativos ou de sentimentos. Entre nós pode vislumbrar-se o esforço no postulado moderno, ainda que muito gradualmente, de um desenraizamento do dogmatismo moral no juízo valorativo dos crimes sexuais, alcançado mediante a descriminalização das condutas “que não colidam com a liberdade e autenticidade de expressão sexual, isto é, as que ocorram livremente, em privado, entre adultos.”¹⁴⁰

Ressalvemos que são de louvar as significativas modificações que têm vindo a ser feitas no nosso Código. Neste sentido, procedeu-se a um afastamento do Código Penal de 1982 fundamentado numa moral social sexual e caminhou-se no sentido de uma centralização na dignidade humana e na liberdade de cada indivíduo nas diversas vertentes constitucionais. Caso contrário, e como sucedia no antigo Código, conceber-se-ia que os indivíduos que atentavam contra aquela moral sexual “não são dignos da liberdade e que devem ser tratados de forma paternalista, impossibilitadora de emancipação e castradora de iniciativa própria, individual e auto-responsável, só imaginável em conceções a que poderíamos chamar de uma humanidade afetada, onde os cidadãos seriam vistos como

¹³⁷ MAGGIORE *apud* NATSCHERADETZ, 1985, p. 129

¹³⁸ Neste sentido, Navarrete *apud* NATSCHERADETZ, 1985 pp. 130-131

¹³⁹ Gimberate e Boix Reig *apud* NATSCHERADETZ, 1985, pp. 131-133

¹⁴⁰ ANDRADE, 1983, p. 203

apáticos filhos menores de um Estado super-protetor e autoritário.”¹⁴¹ Desta forma, o sentido paternalista que existia até à altura vingava sob a forma de punição de comportamentos consentidos entre adultos mas que eram sancionados por colidir com o código moralista existente.

De fato, a moral social sexual, que até então existira, obstava à liberdade de cada indivíduo em fazer aquilo que entendesse contanto que não fosse, ela própria, um obstáculo à liberdade de outro. Facilmente se depreende que a liberdade individual termina no ponto em que a liberdade de outrem se principia.¹⁴² Cada um exerce soberania sobre o seu próprio corpo. Como refere Ana Rita Alfaiate, e corretamente, o bem jurídico liberdade sexual otimiza-se no culminar de duas vertentes: uma vertente negativa respeitante ao direito de cada sujeito a não tolerar de outrem qualquer interferência na realização dos atos sexuais; e uma vertente positiva definida como a livre possibilidade de cada pessoa dispor do seu próprio corpo no que respeita à sua sexualidade, de acordo com aquilo que deseja dentro dos limites da tolerância e perturbação na liberdade alheia.¹⁴³ Cabe, desta forma, ao Direito Penal preocupar-se, por um lado, com a proteção da liberdade sexual na sua vertente negativa, protegendo as pessoas de práticas sexuais contra a sua vontade e, por outro, com a proteção da sua liberdade individual no que respeite a qualquer ato que manifeste a sua expressão sexual, ou seja, de acordo com o seu próprio consentimento. Ademais, se a punição for para além da liberdade na sua vertente negativa vai perversamente sacrificar essa mesma liberdade no seu polo positivo, “pelo que nenhuma delas se deve considerar de forma isolada com exclusão da outra.”¹⁴⁴ Neste sentido, a proteção é alcançada encontrando o ponto de equilíbrio entre cada um destes polos simbióticos.

De ressaltar que o nosso atual Código Penal, em seu Capítulo V relativo aos crimes sexuais, está subdividido na secção dos crimes contra a liberdade sexual, na dos crimes contra a autodeterminação sexual e na dos crimes comum a ambos. Assim sucede porque na secção II estende-se a proteção da secção I por haver uma especial proteção da vítima que é um menor. Na segunda secção falamos também da tutela do bem jurídico liberdade sexual pelo fato de existir um outro, o do livre desenvolvimento da personalidade do menor. Desta

¹⁴¹ RAPOSO, 1995, p. 559

¹⁴² Neste sentido, as restrições à liberdade individual não podem basear-se em sentimentos e em opiniões, “justice as fairness requires us to show that modes of conduct interfere with the basic liberties of others or else violate some obligation or natural duty before they can be restricted” (RAWLS, 1999, p. 291)

¹⁴³ ALFAIATE, 2009, p. 86

¹⁴⁴ NATSCHERADETZ, 1985, p. 143

feita, as alterações a que se procedeu caminharam sempre no sentido da invocação da especial proteção da criança, valorizando-se o seu desenvolvimento nas suas várias vertentes.

Contudo, e pese embora as modificações do paradigma moralista que estava em vigor até então, no nosso Código Penal vislumbram-se ainda vestígios de ideais moralistas. Assim acontece quanto, por exemplo, ao “ato sexual de relevo” referido nos nossos artigos 163º, 165º, 166º, 167º, 171º, 172º, 173º e 174º que se reporta à designação primitiva do “atentado ao pudor”¹⁴⁵.

O que se entende afinal por ato sexual de relevo? Estará realmente associado a um impacto na liberdade de determinação sexual como defende Figueiredo Dias ou remetemo-nos novamente para uma conceção de moralidade como afirma Teresa Beleza?¹⁴⁶ Aquela expressão não se compagina com a conceção de bem jurídico segundo a qual nos orientamos. Quer dizer então que a simples carícia pode significar um ato sexual de relevo e, por conseguinte, uma ofensa grave à intimidade e liberdade sexuais do potencial ofendido? Parece-nos que a expressão “ato sexual de relevo” abre horizontes indesejáveis ao leque de condutas puníveis pelo crime de coação sexual. Todos os atos sexuais serão “de relevo” quando se traduzam num qualquer ato sexual que ofenda a proteção da liberdade sexual e por isso com relevância jurídico-penal (excluindo-se, claro está, as punições de condutas insignificantes).¹⁴⁷

Em especial, quanto ao crime de importunação sexual prevista no artigo 170º no CP, o que está em causa não se tratará do primitivo “ultraje ao pudor” mas daqueles atos que possam pôr em perigo aquilo que tenha assento na liberdade sexual. Por outras palavras, punem-se aquelas condutas que possam constituir indício para outras condutas efetivamente lesadoras da autodeterminação sexual. Entendeu o legislador que os comportamentos implicados no constrangimento a contato de natureza sexual, não obstante não revestirem a

¹⁴⁵ Assim também o perspectiva Vera Lúcia Raposo e o Acórdão da Relação de Coimbra de 31-10-1984 aí mencionado (RAPOSO, 2003, p. 939)

¹⁴⁶ *Idem*, p. 941, nota 27

¹⁴⁷ Há também quem coloque a relevância ou irrelevância no perigo de ofender a liberdade de ser ou não mãe. (TORRÃO, 1995, pp. 565-567). A nosso ver será apenas uma circunstância agravante do crime em questão e não fundamento para modificar um tipo de crime sob pena de estarmos a restringir o âmbito de proteção ao sexo feminino. “A ser assim, o bem jurídico tutelado consistiria na maternidade livre” (Cfr. RAPOSO, 2003, p. 945)

mesma gravidade que os “atos sexuais de relevo”, eram ainda dotados de dignidade punitiva, não por terem na sua base “razões ligadas ao domínio da moral social ou da moralidade sexual, mas sim apenas a proteção da liberdade pessoal, num dos domínios em que essa liberdade se projeta.”¹⁴⁸ Contudo, como referiu Anabela Rodrigues e com razão, é questionável a especificação – vaga e genérica - na tipicidade deste tipo de crime. Neste sentido, é quanto a este caso questionável se não se estará perante uma conceção de moral sexual por não haver aqui - tomando em linha de conta a descrição dos meios típicos – uma verdadeira limitação da liberdade de determinação sexual da vítima. Em bom rigor: só se protege o bem jurídico liberdade sexual se o ato em causa for de relevo “e, assim, descrito mediante a utilização de meios típicos.”¹⁴⁹

Acresce àquelas condutas, e remetendo-nos àquilo que aqui nos traz, que não se compreende a existência de crimes cuja punição ou (sequer) criminalização não se revela de forma alguma pertinente à alegada tutela de bens jurídicos que lhes subjaz, nomeadamente aqueles em que se punem alegados/presumidos criminosos sexuais por utilização de material pornográfico com representação realista de menor, como sucede no número 4 do artigo 176º. Neste caso, incorremos no risco de cair em extremos fundamentalistas sob a veste de uma ideologia de segurança e de proteção absoluta de menores (que não existem *realmente*).¹⁵⁰

Portanto, esperamos da evolução do Direito Penal quer uma consciencialização normativa no rigor dos contornos materiais dos tipos ilícitos a serem incriminados, quer uma conformação prática de interpretação e emprego das normas a cada caso concreto. Nas palavras de Castanheira Neves, urge uma “consciência axiológico-jurídica”, segundo a qual se afirma no direito “uma continuidade intencional e axiológica que o projeta num dinamismo constitutivo e crítico, suscetível de acompanhar, com o seu sentido específico, o seu próprio dinamismo do processo revolucionário.”¹⁵¹

É evidente que será necessária uma certa coerência moralística no quadro dos valores de uma sociedade, podendo-se incluir aqui valores como as regras de boa fé, o respeito pela vida e pela integridade de cada um. Todavia, só e apenas terão relevância os comportamentos, rejeitados moralmente, quando daí advierem consequências prejudiciais à

¹⁴⁸ Acórdão nº 105/2013 de 20-02-2013

¹⁴⁹ RODRIGUES, 2014, p. 439

¹⁵⁰ Trata-se pois de “sustentar uma mera censura moral sem se levar em conta de que o que deve ser tutelado são os menores de ‘carne e osso’” (LOPES, 2008, p. 157)

¹⁵¹ NEVES, 1975, p. 43

convivência na comunidade. Assim, nunca poder-se-á punir um comportamento tão-somente por ser imoral mas por, em primeiro lugar, constituir uma lesão insustentável à subsistência da comunidade no seu todo.

Quando, por exemplo, seja sustentado **empiricamente** que a pornografia estimula a prática de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, então aquela conduta merece ser punida. Não se trata, pois, de penalizar os comportamentos que violem a moral social, mas apenas aqueles que provoquem perturbações com impacto negativo na convivência social. Desta forma, só se poderá dar algum sustento à visão de Devlin¹⁵² - sobre a relevância essencial e primordial de uma coesão moral na comunidade – quando dos comportamentos sugeridos resulte uma clara perturbação de toda a estrutura social. No domínio da sexualidade, qualquer repressão terá inevitavelmente impacto na esfera de outrem, pelo que, no que respeita aos impulsos sexuais, essas repressões só poderão resultar em perturbações no desenvolvimento e na liberdade do próximo, assim perturbando o eficiente equilíbrio das vertentes positiva e negativa da liberdade individual sexual (que coabitam numa mesma esfera comunitária).

Em suma, o juízo a ser realizado deverá sê-lo face à conduta propriamente dita e não como resultado dos padrões moralísticos aceites numa sociedade. Se atendêssemos a estes, teríamos então que: por um lado, descriminalizar uma conduta quando uma parte maioritária da comunidade assim o determinar - ou porque opta por não a suprimir por acordar em tal ou por ter precisamente concepções moralísticas diferentes – e, por outro, teria de se criminalizar tudo aquilo que suscitasse igual intolerância e indignação na maioria. Seria o mesmo que nos tempos de hoje fosse criado um código (por essa sociedade maioritária) que exigisse aos homossexuais que só tivessem manifestações de afeto em privado sob pena de estarem a incorrer num crime. O risco seria então o de não penalizar condutas graves ou de sancionar condutas que não resultam em qualquer ilícito. Nunca poderá o bem-estar social depender de uma maioria volátil resultante das vontades de um grupo de pessoas. Isto significaria conceber a satisfação dos interesses de uma só parte da comunidade e a submissão e o acatamento dos mesmos à restante. Não será certamente pelo facto de

¹⁵² Devlin entende a determinação de bem jurídico como o conjunto das pretensões da maioria numa comunidade (Cfr. Nota 175). A este propósito tem aqui igual cabimento a referência à perspectiva de Hefendehl que adiciona ao leque dos objetos de pena as violações de “representações de valor e de comportamentos enraizadas na sociedade, ainda que não criem dano.” (ROXIN, 2013, p. 30) Ora, se assim fosse, permaneceria a proibição entre casais do mesmo sexo porque o sentimento da maioria assim o ditou.

coexistirem ideias divergentes da sexualidade que o convívio em sociedade é colocado em perigo e não será pelo “facto de as pessoas estarem de acordo [] que se deveriam pôr de acordo.”¹⁵³

O entendimento da liberdade sexual como algo determinado pelos bons costumes comunitários pressupõe que existem formas de liberdade sexual que oferecem melhores condições que outras, devendo por isso o Direito Penal conceber uma determinação global do conceito de sexualidade. Contudo, não é naturalmente possível, no quadro de uma sociedade pluralista como a nossa, possibilitar a coesão entre todos os que pertencem à comunidade e entre qualquer um dos modos de vida que cada um dos indivíduos entende prosseguir. Não poderá, jamais, o exercício da liberdade sexual ser fixado antecipadamente pelas convicções sociais camufladas de moralismos, sob pena de pôr em risco esta nossa sociedade aberta e de tolerância.

Os postulados constitucionais só poderão proteger a ética social quando a violação dos valores ético-sociais ofendam um indivíduo. Por conseguinte, aquilo que deve servir de inspiração à incriminação de uma conduta é, por um lado, a importância atribuída ao bem contra os quais se dirige o comportamento a incriminar e, por outro, a necessidade de aplicação de uma pena como único instrumento irrenunciável para assegurar a eficácia da tutela quanto a ofensas mais graves. Por outras palavras, deverá ser feita uma avaliação “não só sobre o merecimento mas também sobre a necessidade da tutela penal”¹⁵⁴ que se consubstancia no princípio da intervenção mínima ou princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

Portanto, é inexorável o papel da moral nas nossas vidas mas não no âmbito jurídico. Na verdade, as crenças, opiniões e pensamentos evoluem à velocidade da luz, pelo que nunca o Direito Penal poderia nela sustentar-se seguramente. No espaço sexual, em especial, não pode existir espaço para abraçar consensos sociais ou opiniões maioritárias que em nada espelham os valores fundamentais que fazem parte material do âmbito axiológico e constitucional do nosso ordenamento. Referimo-nos fundamentalmente àquilo que respeita à esfera sexual de um indivíduo que goza plenamente da liberdade de fazer o que almeja

¹⁵³ NATSCHERADETZ, 1985, p. 48

¹⁵⁴ DOLCINI e MARINUCCI, 1994, p. 185

dentro do âmbito privado e contanto que seja feito com consentimento dos maiores envolvidos. Neste sentido, nos crimes contra a liberdade sexual, “uma concepção autoritária fundamenta estes delitos em aspetos puramente morais e não na proteção do bem jurídico. A moralidade está na cabeça de um ou mais indivíduos, o bem jurídico está na realidade social”¹⁵⁵. A lei não pode jamais ser concebida como o resultado do pensamento maioritário que vinga numa determinada comunidade.

Stratenwerth advogou que “as profundas divergências de opinião acerca das normas sociais devem aceitar-se não só como uma questão inevitável, mas também como legítima expressão da livre discussão dos problemas sociais. Por isso é incompatível criminalizar uma conduta que se oponha à concepção da maioria ou ao modelo ético de comportamento (...) A estigmatização de um comportamento como criminoso deve (...) limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo em geral, é possível as pessoas conformarem-se.”¹⁵⁶ Ora, o que invalida que esse consenso não seja o de matar todos os indivíduos de raça diferente da branca? Que valor jurídico e justo podemos conferir a um código de consenso que é imposto a todos? O que determina ou obsta a que esse código não ofenda os direitos fundamentais de cada um? Que limite estabelecer se assim fosse?

Preconiza a Proposta de Lei 98/x que a Parte Especial do Código Penal alvitra a tolerância de “particulares mundividências morais” que diverge da Parte Especial “de uma sociedade fechada sob o peso de dogmatismos morais e monolitismos culturais e políticos.”¹⁵⁷ Como veremos adiante, a previsão de alguns crimes sexuais reflete sobejamente a ilegitimidade de criminalização de certas condutas por razões exclusivamente morais, tendo-se procedido à descriminalização generalizada de crimes sem vítima nos quais não está ser punida qualquer prática sexual que colida com a liberdade de expressão sexual de alguém.

¹⁵⁵ Traduzido nosso (RAMIREZ, 1994, p. 112)

¹⁵⁶ STRATENWERTH *apud* NATSCHERADETZ, 1985, p. 119

¹⁵⁷ Exposição de motivos da Proposta de Lei 98/x.

V. PEDOPORNOGRAFIA VIRTUAL TOTAL, VIRTUAL PARCIAL E APARENTE

1. CONCEITUALIZAÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO

A detenção de pedopornografia real já está prevista entre nós desde a alteração do artigo 172º, n.º 3, alínea e), pela Lei n.º 99/2001, em cujos termos é punido quem detiver fotografia, filme ou gravações pornográficas de menor com o propósito de os exibir ou ceder. Com a revisão de 2007, este tipo de condutas passou a estar previsto no artigo 176º, onde foi também incluído – inicialmente no seu número 3 e, mais recentemente, disposto no seu número 4 – a incriminação de **potenciais** abusadores de crianças ou distribuidores de pedopornografia (“quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder, adquirir ou detiver a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficas com **representação realista de menor** é punido com pena de prisão até dois anos.”) Esta disposição inclui assim “não apenas a ficção de um menor, como a utilização de pessoa real com aspeto de menor, com vista a criar a impressão no consumidor do material de que se representa um menor”¹⁵⁸.

Os motivos de introdução deste tipo de material pornográfico encontram-se estabelecidos na Decisão-quadro 2004/68/JAI¹⁵⁹ relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, surgindo como um modelo pioneiro adaptado para alargar a possibilidade de investigação criminal e perseguição dos seus agentes. Por conseguinte, foi com base nesta Decisão que se concedeu a possibilidade de criar uma tutela significativamente mais acrescida do que aquela fundamentada pelos crimes de perigo abstrato.

¹⁵⁸ ALBUQUERQUE, 2008.

¹⁵⁹ Protect Act 18 U.S.C. § 2256(8)(A). Por conseguinte, em resposta a este caso, foi criado em 2003 o Protect Act que criminalizava representações de qualquer tipo, incluindo “desenhos, *cartoons*, esculturas ou pinturas” que “descrevem um menor envolvido em condutas sexualmente explícitas e obscenas” ou “representam uma imagem que é, ou parece ser, de um menor envolvido em relações sexuais (...) e que carecem de valor literário, artístico, político ou científico” (18 USC §1466A).

Em boa verdade, a matéria da pornografia virtual e aparente não teve apenas origem naquele documento. Um outro entendimento inicial surgiu da decisão do Supremo Tribunal Americano em *Ashcroft v. Free Coalition* de Abril de 2002 que declarou inconstitucional a norma relativa à pornografia virtual (total) estabelecida no *Child Pornography Prevention Act* (1996). A maioria dos argumentos neste caso foram direcionados à colisão deste tipo de crime com o direito à liberdade de criação artística. Desta forma, o *Child Pornography Prevention Act* (CPPA), de forma a suprir a proliferação de materiais pornográficos utilizando menores, ampliou o conceito de “pornografia infantil” para incluir imagens que “pareçam” ou “transmitam a impressão de” serem menores. Similarmente ao que se passa no sistema português, o CPPA expandiu a criminalização de pornografia infantil a “qualquer representação visual, incluindo qualquer fotografia, filme, vídeo, imagem ou computador ou imagem gerada por computador ou imagem, quer seja criada por meio eletrónico, mecânico ou outros de conduta sexual explícita”, sendo que “tal representação é uma imagem digital, uma imagem de computador ou uma imagem gerada por computador que é, ou é indistinguível, de um menor envolvido numa situação sexual explícita” ou “tal representação foi criada, adaptada ou modificada para parecer ser um menor identificável envolvido num comportamento sexualmente explícito.”.

Desta feita, surgia a possibilidade de criminalizar a detenção de “qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente crianças reais envolvidas em comportamentos sexuais explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas; pessoas reais com aspeto de crianças envolvidas nesses comportamentos ou entregando-se aos mesmos; ou imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nesses comportamentos ou entregando-se aos mesmos” (artigo 1º da Decisão-quadro). Assim, estão incluídas no conceito de pornografia infantil “as fotografias, vídeos, downloads digitais e imagens produzidas para representar um verdadeiro menor”.¹⁶⁰

Em momento posterior e em substituição daquele ato legislativo surge a Diretiva n.º 2011/93/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011 relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (DPI) que o revoga. Passam então a criminalizar-se quatro modelos de pedopornografia: a

¹⁶⁰ HESSICK, 2014, p.12

pedopornografia real, a pedopornografia virtual parcial, a pedopornografia virtual total, e a pedopornografia aparente.

Não nos suscitam dúvidas o merecimento da intervenção penal quanto aos materiais que contêm pedopornografia real e pedopornografia virtual parcial, desde logo porque confrontamo-nos com a carência de tutela de efetivos bens jurídicos, a autodeterminação e liberdade sexuais dos menores que fazem parte do conteúdo. Ademais, não obstante sê-lo apenas em parte, podemos também designar o segundo modelo de pornografia como real por conter, precisamente, verdadeiros menores ou partes dos mesmos.

Aquilo que, no entanto, já nos parece indecifrável é o “porquê” e o “quê” do bem jurídico protegido nas outras formas de tutela, como sucede nos casos da pedopornografia virtual total e da pedopornografia aparente. Muito embora aquilo que, alegadamente, se pretende punir sejam os **presumíveis** criminosos sexuais, não se compreende como aquele tipo de tutela consegue alcançar o seu objetivo e, muito menos, se percebe que bem jurídico é colocado em causa. As situações em causa, não obstante desaprazíveis, não podem ser punidas penalmente se não tiverem o *minus* de dignidade penal “dada a não identidade perfeita entre ato social ou moralmente inaceitável e criminalmente punível, resultando a inconstitucionalidade da preocupação que parece radicar em tal preceito legal de confundir necessariamente de intervenção do Direito Penal com moral e bons costumes.”¹⁶¹ Ademais, mesmo que consideremos aquela conduta como significando um qualquer indício de crime sexual, não poderemos sem mais tipifica-la como tal. Façamos para o efeito uma análise à conceitualização das condutas supramencionadas.

Face à terminologia utilizada naqueles diplomas legislativos e na Convenção sobre Cibercrime (artigo 9º, nº 2 c)), é punido pelo crime de **pedopornografia virtual** quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, adquirir ou detiver a qualquer título ou por quaisquer meios no seu todo (virtual **total**)¹⁶² ou em parte (virtual **parcial**) “imagens realistas de uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito ou imagens realistas dos órgãos sexuais de uma criança, independentemente da

¹⁶¹ RODRIGUES, 2014, p. 427

¹⁶² Como sucedeu com os investigadores no caso da criança virtual *Sweetie* criada para investigar possíveis “predadores sexuais”. (CRAWFORD, 2013)

existência real dessa criança, para fins predominantemente sexuais” (artigo 2º, c) (iv) da DPI). Falamos a este propósito de criações geradas pela tecnologia sob a forma de *cartoons*, *avatars*, desenhos e outros. Na pedopornografia virtual total temos que nada na imagem é real, ou seja, toda a representação é puro resultado da tecnologia e, por isso, aquilo que está em causa são imagens realistas de um menor *real* não existente. Ao passo que quando essa virtualidade é parcial, essas representações resultam de frações de imagens reais de um menor, estando esta associada às imagens realistas de menor. De forma simplificada, a pedopornografia virtual total consiste na total representação gráfica de um menor, que não existe; ao passo que na pedopornografia virtual parcial há simultaneamente uma representação gráfica e uma representação *real*.

A compreensão da representação do menor como qualquer representação realista é justificada por alguns com o facto de aquela imagem poder indicar que aquela pessoa representada no material ou na *performance* envolve um menor através do seu título, texto, representação visual ou, de outra forma, representa ou retrata uma pessoa como menor.¹⁶³ Neste sentido, o argumento é o de que este tipo de materiais pornográficos é criado apenas para replicar a imagem de menores reais e, por isso, há efetivamente uma situação de abuso sexual por detrás daquela imagem ou vídeo mas que apenas foi convertida numa situação fictícia. Podemos deduzir então que se tratam de imagens de menores aquelas que são rotuladas como tais sem que seja confirmado o seu conteúdo?

Também em Itália, França, Alemanha e Espanha a pornografia virtual constitui objeto de crime. O Código Penal Italiano estabelece que imagens virtuais são imagens criadas com técnicas gráficas não associadas no seu todo ou em parte à situação real, cuja qualidade das representações torne as situações fictícias em situações reais”¹⁶⁴ Assim, na ótica italiana, aquelas imagens são virtuais mas “reais” nas consequências já que podem diminuir o grau de inibição e medo dos eventuais abusos sexuais.¹⁶⁵ Na Alemanha, por sua vez, é estabelecido que devem ser punidas as ilustrações pornográficas ou imagens,

¹⁶³ State of Ohio v. Michael J. Morris, 2005

¹⁶⁴ CP italiano, libro secondo, artigo 600 *ter* (“per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali”) e *quater* 1 (“per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali”)

¹⁶⁵ Cfr. MACIOTTI, 2011, pp. 82 e 91

gravações áudio com conteúdo ou discurso pornográfico.¹⁶⁶ No caso francês, punem-se as imagens ou representações de um menor tendo em vista a sua difusão, apresentando aquelas imagens/representações um carácter pornográfico.¹⁶⁷ A legislação francesa integra aquele tipo de crime quando estamos confrontados com material de natureza pornográfica que envolve aparentemente um menor de 18 anos. Em concomitância, o ordenamento espanhol concebe a pornografia infantil como qualquer material que represente de forma visual uma pessoa ou órgãos genitais, reais ou simulados, com fins sexuais.¹⁶⁸ No caso espanhol, aquilo que se pretende combater é, assim como no caso português, a pedopornografia virtual parcial, isto é, evitar que sejam alteradas imagens para ocultar a identificação de menores que podem ou não ter estado envolvidos.¹⁶⁹

No que respeita ao último grupo suprarreferido e também mencionado naqueles diplomas e na Convenção sobre o Cibercrime (artigo 9º, nº 2 c)), fala-se de **pedopornografia aparente** quando nos confrontamos com a situação de alguém que produz, distribui, importa, exporta, divulga, exhibe ou cede, adquire ou detém a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos de “qualquer material que represente visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais” (artigo 2º, c) (iii) da DPI). Neste caso falamos da representação de uma pessoa cuja aparência física é a de um menor - no fundo, uma imagem que cria a ilusão que o ato sexual representado é feito entre um adulto e um menor. Assim, aquele crime apenas pode ser suprido no caso em que se prove que a pessoa incluída no material pornográfico é maior de idade.

¹⁶⁶ CP alemão, *section* 176 (4), 4 (“pornographic illustrations or images, audio recording media with pornographic content or pornographic speech”)

¹⁶⁷ CP francês, artigo 227-23 (“picture or representation of a minor with a view to circulating it, where that image or representation has a pornographic character”)

¹⁶⁸ CP Espanhol, artigo 189 (“se considera pornografia infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales. . d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”)

¹⁶⁹ Cfr. RODRIGUEZ, 2014, pp. 8 e seguintes

No ordenamento francês é também criminalizada a pedopornografia aparente, ou seja, as representações pornográficas de uma pessoa cuja aparência física seja de um menor, salvo se se provar que a pessoa tinha pelo menos 18 anos quando foi a representação foi gravada.¹⁷⁰ Ademais, em Espanha prevê-se de igual forma aquele modelo de pornografia, punindo igualmente todos os materiais que representem uma pessoa que pareça um menor a participar numa conduta sexualmente explícita, real ou simulada ou que representem órgãos sexuais de uma pessoa que pareça ser de um menor, exceto quando se prove que a pessoa em causa era maior quando foram obtidas as imagens.¹⁷¹

Quanto ao caso da pedopornografia real e da pedopornografia virtual parcial, não parecem surgir dúvidas quanto àquilo que se pretende proteger. Parece-nos claro que a intervenção punitiva neste caso é a de tutelar o livre desenvolvimento da personalidade e vida sexual do menor - que é posto em causa quando a sua imagem é divulgada em contexto de abuso sexual.

O foco coloca-se portanto no que respeita à pedopornografia virtual total e à aparente pois não se entende qual o bem jurídico em causa e de que forma se está a proteger um menor ou todos os menores. Vislumbra-se, assim, que se impõe uma pena com vista a “apoiar uma mera censura moral sem levar em conta o que precisa de ser protegido, o menor de carne e osso, que é o único bem que pode justificar uma proteção penal ampla até se alcançar a mera detenção do material produzido com a sua utilização, e não uma mera preocupação sobre a propagação de um fenómeno desviante sem provas científicas.”^{172 173} Aquilo que ressalta à nossa apreciação é de que, nas disposições que aqui discutimos, a

¹⁷⁰ CP francês, artigo 227-23 (“pornographic images of a person whose physical appearance is that of a minor unless it is proved that the person was over eighteen on the day his picture was taken or recorded.”)

¹⁷¹ CP Espanhol, artigo 189 (“c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes. d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.”)

¹⁷² COCCO, 2006, p. 878

¹⁷³ “O Bob gosta de ler livros com representações gráficas do abuso de crianças. Estes livros não retratam qualquer pessoa viva ou morta ou qualquer instância de efetivo abuso. São unicamente trabalhos da imaginação. O Bob quer lê-los porque os acha sexualmente excitantes. Assuma que não há nenhuma evidência que mostre que a leitura destes trabalhos influenciá-lo-ão a envolver-se em atos de abusos sexuais com adultos ou crianças e assumo que não há qualquer evidência que demonstre que a disponibilidade daqueles trabalhos contribui para aumentar os abusos mais amplamente. Os moralistas dirão que o poder punitivo deve impor-se neste tipo de condutas ainda que não haja informação empírica que mostre que as mesmas causam dano. Assim, porque o facto de resultar uma excitação sexual imoral da leitura destes livros, o mesmo deve ser criminalizado.” PETERSON, 2015, p. 486

reprovação moral¹⁷⁴ se sobrepõe ao princípio da necessidade e proporcionalidade da pena, vertentes essenciais na determinação da criminalização. O que parece preocupar o legislador não é mais, ou pelo menos não apenas, o superior interesse do menor que apenas é colocado em causa na pedopornografia real e virtual parcial.

2. DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO

O fenómeno que surge quando um dado comportamento não acarreta as lesões insuportáveis a que Figueiredo Dias se refere e possa ser controlado por meios menos onerosos é a descriminalização. O exercício do poder sobre qualquer membro da comunidade, considerando um cidadão adulto, autónomo e responsável pelas suas próprias ações e resultantes consequências, só se pode justificar para evitar a ocorrência de um prejuízo a terceiro.

Nesta senda, só bens jurídicos que expressam os objetivos de uma sociedade organizada podem ser objeto de afetação penal. Todos os que respeitarem à dimensão interna de uma relação e que não perturbem a esfera comunitária não merecem abrigo do Direito Penal. A mera aversão ou o desacordo de um sujeito integrado numa comunidade em relação à conduta de outrem não justificam a intervenção do Estado. As simples diferenças de opinião e de preferências não podem jamais espoletar a ação do Estado.¹⁷⁵ Porquanto “o bem jurídico implica uma dupla proteção: através do Direito Penal e ante o Direito Penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater.”¹⁷⁶

¹⁷⁴ “ (...) que sempre se entendeu ser um veículo de corrupção” (GARCIA e RIO, 2015, p. 777)

¹⁷⁵ No sentido contrário, Natscheradetz, referindo-se à posição de reforço dos valores morais do jurista Lord Patrick Devlin, coloca uma questão atinente a determinados comportamentos que aparentemente parecem não afetar a comunidade mas que terão impacto quando ampliados a um leque maior de indivíduos como o de um quarto da população se embriagar e, por conseguinte, diminuir a força útil dos indivíduos que participam nessa comunidade. Devlin fala-nos sobre a importância do quadro de valores morais partilhados numa comunidade e sobre a essencialidade do mesmo para a sua união, uma vez que “uma velha moral não pode ser alterada por uma nova moral, como se troca um casaco velho por um novo” (Devlin *apud* NATSCHERADETZ, 1985). Optando por esta perspetiva, se um qualquer comportamento provocar uma indignação intolerável a uma maioria da comunidade que partilha o mesmo sentimento de repulsa num dado momento, então essa comunidade terá todo o direito de o suprimir. Portanto, aquilo que parece favorecer a própria sociedade, só poderá inevitavelmente pôr em causa a existência da mesma. Mais adiante desenvolvido no Capítulo II.

¹⁷⁶ ROXIN *apud* NATSCHERADETZ, 1985, p. 92

Significa isso que é certa a proposição de que não há intervenção punitiva sem bem jurídico-penal mas incerta no sentido inverso, isto é, quando atentamos à sua natureza de *ultima ratio*. Assim, não há intervenção punitiva sem bem jurídico mas pode haver proteção de um bem jurídico sem punição.

A intervenção do legislador, desprovida de qualquer crença moral, deverá então afastar-se da regulação da vida comunitária segundo qualquer valor moralístico. Como bem referem Morris e Hawkins, “do ponto de vista do Direito Penal, cada pessoa tem o alienável direito a ir para o inferno à sua própria maneira contanto que não lese diretamente a pessoa ou propriedade alheia (...) o Direito Penal não é o instrumento para impor aos outros a retidão de vida”¹⁷⁷.

É, pois, papel do legislador regular a vida de cada um no sentido de promover a sua liberdade e individualidade nos contornos de uma convivência comunitária sem constrangimentos. Devem ser punidos os comportamentos que ofendam esses valores e não aqueles que abstratamente se orientem por desaprovações morais. Não cabe à comunidade impor concepções sobre aquilo que está errado ou certo segundo as suas próprias expectativas moralísticas.¹⁷⁸

Agora, e depois do já acima referido, sobressai ainda mais a vista que o bem jurídico é o verdadeiro subsolo penal com a capacidade de limitar o poder punitivo e permitir a interpretação das normas e dos fatos puníveis. Num Estado de Direito pluralista, inspirado em valores de tolerância e liberdade onde o povo é quem mais ordena, o Direito Penal não pode fundar-se em valores éticos ou tendências moralistas e anti-sociais ou em ideais religiosos, nem fazer depender o conceito de crime da vontade daquele que é soberano em desobedecer às regras e essencialmente à Lei Fundamental.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Morris/Hawkins *apud* ANDRADE, 2004, p.387

¹⁷⁸ “Um ordenamento conservador e moralista não abdicará da imposição de um certo tipo de relação sexual: relação heterossexual entre pessoas casadas, consubstanciada na cópula. Paradoxalmente, poderá revelar-se liberal em questões como a não incriminação de certas ofensas sexuais (nomeadamente violações dentro do matrimónio) ou desculpabilizando o marido que assassina a esposa adúltera (...) Reputamo-nos a um momento histórico no qual as mulheres eram necessariamente puras ou impuras. As primeiras, vítimas inocentes dos ardis masculinos para satisfazer a sua volúpia. As segundas criaturas engenhosas e sem escrúpulos, desejosas de enganar o homem, arrastando-o para o casamento ou acusando-o de uma falsa violação” (RAPOSO, 1995, pp.933-934)

¹⁷⁹ “Numa democracia pluralista não é missão do Estado decidir de forma vinculativa sobre questões religiosas ou filosóficas” (ANDRADE, 1992, p. 180)

Como já foi introduzido na problematização que acima jaz quanto à pornografia real e à pornografia virtual parcial, a detenção destes materiais pornográficos implica de facto uma “lesão insuportável” a bens jurídicos fundamentais, na medida em que há um efetivo aproveitamento por parte de alguém da lesão da autodeterminação e liberdade sexuais de um menor. Assim, a sua personalidade e liberdade sexual ficam claramente comprometidos quer no momento da criação daquelas imagens, quer no seguimento da sua transmissão e posterior aquisição por outros, reduzindo-os a mera mercadoria para a satisfação de interesses terceiros e tendo efeitos perversos relativamente aos seus relacionamentos afetivos, podendo também existir a tendência para se tornarem criminosos sexuais na idade adulta. Temos portanto uma lesão insustentável quer quanto à vítima em concreto quer quanto à sociedade no seu todo.

Por outro lado, embora naquele segundo caso – na pedopornografia virtual parcial - a imagem não seja totalmente real, há partes do menor que estão lá figuradas, pelo que a sua esfera íntima e o desenvolvimento da sua maturidade psicológica ficam igualmente fragilizados. Neste caso, está-se efetivamente a proteger a liberdade que veio substituir-se aos bons costumes e aos sentimentos gerais de moralidade, ou seja, “a liberdade de crescer na relativa inocência até se atingir a idade da razão para aí se poder exercer plenamente aquela liberdade.”¹⁸⁰

De ressaltar que da interpretação do disposto no nº 4 do artigo 176º resulta que não será criminalizada a aquisição e detenção de materiais pornográficos com representação realista de menor, salvo se for com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder. Daí que essa incriminação sem aquele propósito incida apenas nas representações reais de menores.^{181 182}

Da decisão-quadro constava que o legislador previu aquele tipo de condutas com vista a “proteger as crianças de serem usadas como objetos sexuais e a evitar que pseudo-representações da pornografia infantil tenham maior divulgação, sendo suscetíveis de fomentar a exploração sexual de crianças”. À primeira vista as intenções parecem ser boas.

¹⁸⁰ BELEZA, 1998, p. 111

¹⁸¹ Por isso se considera que o crime de pornografia de menores seja privilegiado quando o agente adquirir ou detiver aqueles materiais sem o propósito de distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência (V. ANTUNES e SANTOS, 2012, p. 885)

¹⁸² O que desde logo pode suscitar dificuldades de prova quer quanto ao elemento objetivo relativa à posse efetiva daquele material, quer quanto ao elemento subjetivo, ou seja, à existência de intenção para aceder aos conteúdos daquele material ou de simples acesso por erro.

Todavia, parece questionável a premissa de que este tipo de comportamentos pode fomentar futuros abusos sexuais. Mesmo que se aceite essa possibilidade, é justificável punir alguém cujos pensamentos são fantasias sexuais com crianças e, por conseguinte, moralmente inaceitáveis? Alguém que pense em matar outrem poderá ser punido por esse pensamento? Esta indagação não nos persuade pelas razões adiante exploradas.

Na exposição de motivos da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil que revoga a Decisão-Quadro 2004/68/JAI/, advoga-se que se deu provimento a este ato legislativo por necessidade de cumprir obrigações contidas nos instrumentos internacionais e comunitários. Contudo, essa justificação é contrariada pelo artigo 2º, nº 3 da Decisão-quadro 2004/68/JAI que invocava que “os Estados-Membros podem isentar de responsabilidade criminal os comportamentos associados à pornografia infantil” no que respeita a “pessoas reais com aspeto de crianças” e a “imagens realistas de crianças não existentes” envolvidas em “comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas”.¹⁸³ Mais ainda se refere no debate parlamentar que “cada parte pode reservar-se o direito de não aplicar, no todo ou em parte, a alínea a) do nº 1, à produção e à posse: de material pornográfico constituído exclusivamente por representações simuladas ou por imagens realistas de uma criança que não existe; de material pornográfico implicando menores que tenham atingido a idade referida no nº 2 do artigo 18º, na medida em que essas imagens sejam reproduzidas e detidas pelos próprios menores, com o seu acordo e para seu uso privado.”¹⁸⁴

Ademais, daquilo que se afere da nossa jurisprudência, parece-nos que o artigo 176º, número 4 só foi aplicado para os casos de detenção de pornografia de menor virtual parcial. Ao que é perceptível à nossa análise, o conceito de representação realista apenas foi associado aos materiais pornográficos que existem virtualmente ou àqueles que contêm partes de imagem virtuais – o que não se compreenderá certamente porque aquilo que está em causa nestes dois últimos casos é precisamente pornografia real com verdadeiros menores, não obstante terem uma veste virtual.

¹⁸³ Artigo 3º do Relatório de Comissão com base no artigo 12.º da Decisão-Quadro do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil COM (2007)

¹⁸⁴ Debate Parlamentar, II Série A - Número: 116S1 | 8 de Fevereiro de 2012

Atente-se ao caso de um treinador de futebol condenado por crimes de abuso sexual aos jogadores da equipa que treinava e por um crime de pornografia de menores previstos no artigo 176º, número 4.¹⁸⁵ Esta incriminação foi motivada pela apreensão de fotos e vídeos que se encontravam no computador do arguido. A saber: “uma foto de um indivíduo de sexo masculino cuja identidade não foi possível apurar, com três bonecos representativos de bebés, estando um posicionado na zona genital do arguido” e três vídeos em que se visualizavam menores ‘reais’ envolvidos em comportamentos sexuais.

No que respeita aos vídeos, não parecem surgir dúvidas que estamos perante um crime claro de pornografia (real) de menores. Contudo, na foto já se vislumbra um tipo de pornografia de menores virtual parcial na medida em que não se conseguem identificar os menores presentes mas sabe-se que não são puras invenções virtuais construídas pelo computador. De facto, aquela foto representa um menor, que existe efetivamente, em contexto de abuso sexual e que, por isso, constitui uma ofensa à sua integridade e à sua dignidade e uma perturbação ao seu desenvolvimento e à sua liberdade sexual. Já a elaboração do vídeo constitui uma “memória” dos abusos sexuais que à altura aconteceram, os materiais produzidos por aqueles abusos sexuais “são um registo permanente da participação dos menores e os danos para o menor é exacerbado pela sua circulação.”¹⁸⁶ Desta forma, faz sentido a tutela punitiva daqueles bens jurídicos.

Outro caso recente¹⁸⁷ sugere-nos a mesma conclusão. O arguido foi condenado pela posse de inúmeras fotos e vídeos de menores e de partes dos seus órgãos genitais. A decisão teve como fundamentos, entre outros, o número 4 do artigo que já referimos, reportando-se apenas à representação real (e já não realista) de partes de menores em contexto de crimes sexuais. Mais uma vez, criminaliza-se a detenção de pornografia virtual parcial, nos casos em que apenas figuram partes do corpo do menor, e a detenção de pornografia (de menores reais), nos casos em que é representado a totalidade do corpo do mesmo. Segundo o entendimento daquele Acórdão, tal conduta só se pode consignar àquela disposição pois o

¹⁸⁵ Acórdão do STJ nº 45/13.0JASTB.L1.S1 de 22-04-2015

¹⁸⁶ New York v. Ferber 458 U.S. 747 (1982). Estes materiais “são um lembrete permanente do abuso e é necessário que sejam regulados os canais de distribuição de forma a poder eliminar a produção da pornografia infantil. A publicitação e a venda de pornografia infantil atribuem um motivo económico para produzir pornografia infantil. As representações visuais de crianças envolvidas em atividade sexual têm valor artístico desprezível.” (SAMENOW, 2012, p. 17)

¹⁸⁷ Acórdão do TRE nº 524/13.0JDLSB.E1 de 17-03-2015

arguido “guardava (...) fotos e filmes de pornografia de menores” e “não se pode excluir a hipótese de tais conteúdos estarem armazenados para sua própria "recreação".

Portanto, parece nos inteligível que a disposição em análise foi edificada para criminalizar casos em que a pornografia é construída digitalmente mediante manipulação e composição de imagens eventualmente com o intuito de dificultar a identificação da vítima ali representada. Ora, a vítima está a ser representada **realmente e não realisticamente**. E, mesmo que a pretensão seja a de “proscrever, mesmo que à custa da liberdade de criação artística e cultural, toda e qualquer imagem suscetível de degradar – ou sequer sugerir graficamente a degradação – de um conceito de ‘pureza’ que no imaginário social se associa à infância”¹⁸⁸; ainda assim não se justifica que este tipo de condutas esteja regulado na parte dos crimes contra as **pessoas** e muito menos na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual (de uma **pessoa**). Aquilo que se pretende proteger neste tipo de crimes é a liberdade sexual de alguém “e não a liberdade sexual de uma comunidade”.¹⁸⁹

Por isso questiona-se se terá o legislador estabelecido a disposição do número 4 com o intuito de prever apenas aquele tipo de situações, ou seja, tendo em vista somente a penalização da detenção de pornografia virtual parcial, ou se pretendeu apenas alargar o leque punitivo com vista a abranger todas as situações moralmente inaceitáveis. Se apenas teve em vista abranger a detenção de materiais pornográficos virtuais parciais, por que não o fez adequadamente postulando que (só) seria punível a conduta de quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, adquirir ou detiver a qualquer título ou por quaisquer meios partes de imagens realistas de uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito ou imagens realistas dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais? Ou, em bom rigor: não estará já essa conduta implicada nas disposições relativas à pornografia infantil real e contida na expressão da norma “utilizar menor”?

Afigura-se-nos portanto que a pretensão do legislador foi a de manter, convenientemente, aquela disposição o mais generalista possível de forma a poder criminalizar todos os comportamentos que pudessem ser considerados imorais naquele contexto para que não se deixe incólume nenhuma conduta considerada **menos própria**. Ora, as conceções morais e éticas de uma comunidade devem ser tidas em conta na medida

¹⁸⁸ ARAÚJO, 2005, p. 369

¹⁸⁹ LOPES, 2008, p. 17

da lesão comunitária especialmente grave, mas “não são regra ou panaceia para seguir a aplicar indiscriminadamente”¹⁹⁰.

Pergunte-se: terá o legislador abandonado em pleno os sentimentos gerais de moralidade como consta no leque das suas intenções na Introdução ao Código Penal? Como pode ser afirmado que o âmbito da criminalização foi reduzido a “um mínimo tendencialmente coincidente com o espaço de consenso ínsito em toda a sociedade democrática”¹⁹¹? Como é possível conferir estatuto de crime a uma conduta que não envolve um menor real e que, por isso mesmo, não ofende a autodeterminação sexual de ninguém?

O bem jurídico protegido pela incriminação da pornografia de menores (real) consubstancia-se no livre desenvolvimento sexual do menor face a matérias pornográficas. Porém, parece-nos que o legislador terá arrolado consigo uma intenção moralista camuflada e meramente retórica em algumas das condutas tipificadas¹⁹² e, pura e simplesmente, cedeu ao clima de pânico moral e “complexo de bom aluno”.¹⁹³ Teremos retrocedido à concepção de Welzel de um Direito Penal mais amplo que tem como fundamento primordial a proteção de valores ético-sociais?^{194,195}

Cumpra-se então perceber, como sublinha Maria João Antunes, se estamos a servir apenas opções não propriamente político-criminais ou se serão antes “político-

¹⁹⁰ LOPES, 2008, p. 17

¹⁹¹ Exposição de motivos da Proposta de Lei 98/x

¹⁹² A propósito de moralismos, há quem também sugira um teste de obscenidade através do qual se testa em que medida é que a matéria deprava e corrompe “a moral daqueles cujas mentes estão abertas a tal influência e em cujas mãos essa publicação caiu” (Assim o fez o Supremo Tribunal Americano no caso de Lew Rosen (Rosen vs. United States of America, 161 US 43) ou, como mais tarde foi alterado, um teste “através do qual se testa se para pessoa média, aplicando padrões atuais da comunidade, o tema do material, tomado como um todo, atrai interesse promíscuo”. (Roth, 354 US 489) Ora, a determinação do que é ou não obsceno não pode estar subjugado ao livre-arbítrio de juízes sem qualquer *guideline* (como já aconteceu no caso americano de Jacobellis quando este foi julgado por ter mostrado um filme considerado obsceno em primeira instância, (Jacobellis, 378 US 185).

¹⁹³ ALBERGARIA e LIMA, 2010, p. 220

¹⁹⁴ “Reforçar a consciência ética dos cidadãos é tarefa não dos meios, mas dos fins do Direito Penal nomeadamente da prevenção geral positiva (...) imaginemos que um Sr. A consegue, através de violência, chegar à cópula com uma Sr. B, praticando o crime de violação. O Direito Penal ao punir tal comportamento fá-lo não por uma função primária de reprovação ético-social da ação do Sr. A, mas porque a liberdade sexual da Sr. B foi afetada.” (RAPOSO, 1995). “Não estará todavia esta concepção de um direito punitivo meramente negativo [de preocupação liberal de limitar o poder do Estado e de maximizar a liberdade dos cidadãos], que Welzer criticava, ultrapassada com a falência da ideologia do *laissez faire* e a existência no nosso século do Estado social que assume como motor ativo da conformação da sociedade?” (NATSCHERADETZ, 1985, p. 68)

¹⁹⁵ A teoria de Welzel cai por terra pois é incapaz de criar uma teoria autónoma da pena. “Sólo la norma y com ella los deberes ético-sociales tienen importância.” (RAMIREZ, 1994, p. 107)

criminalmente corretas”¹⁹⁶ que se cimentam na moral ou imoral pública e nos costumes ou maus costumes. Ou, ainda, se deve proibir-se a pornografia infantil virtual total ou aparente por haver um risco de encorajar ou incitar os desejos de “pedófilos” na anonimidade virtual, atenuando as inibições de propensos visualizadores de pornografia infantil.¹⁹⁷

Poderá sustentar-se que não há uma verdadeira lesão de um autêntico bem jurídico e que se caminha para além da tutela da liberdade e da autodeterminação sexual? Como sustenta Maria João Antunes, aqueles comportamentos incriminados podem significar o “regresso ao Direito Penal que punia a violação de normas de natureza estritamente moral, uma vez que não é permitido sequer identificar qualquer outro bem jurídico”.¹⁹⁸ Como sublinha Ana Rita Alfaiate, “o direito criminal não pode ser um direito perspetivado à medida dos anseios da comunidade”, pois é no Direito Penal que se encontrará a “serenidade conformadora que leva à justiça e que, de certa maneira, só o ‘tempo’ pode dar”, como reforça Faria Costa.¹⁹⁹

Terá o legislador retrocedido a uma cultura que “dá a conhecer, com toda a clareza, que apenas quer permitir as relações sexuais com base numa vinculação – única e indissolúvel – de um homem com uma mulher, que não deseja a sexualidade como fonte independente de prazer, e que só está disposta a tolerá-la como uma fonte – até agora insubstituível – para a reprodução das pessoas”?²⁰⁰

Quanto à questão relativa à punição de um comportamento não lesivo de qualquer bem jurídico, refira-se então que na conduta em discussão não se poderá afirmar, de um ponto de vista político-criminal, que houve lesão de um bem jurídico pois a maioria parlamentar neste caso em particular (em que decidiu pela punição de um comportamento meramente imoral) foi mais pesada que a tutela subsidiária e proporcional de bens jurídicos que subjaz ao nosso Direito Penal.

O legislador não pune quem tem vontade de matar ou quem tem a vontade de furtar mas sim “quem matar outra pessoa” (art. 131º do CP) ou “quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia” (art. 203º do CP). O nosso direito não consubstancia um Direito Penal das vontades, por isso por que se há-de

¹⁹⁶ ANTUNES, 2010

¹⁹⁷ WEAVER *et al.*, 2009

¹⁹⁸ ANTUNES, 2005, p.66

¹⁹⁹ Cfr. Faria Costa *apud* ALFAIATE, 2009, Vol. 3, p. 738

²⁰⁰ BELEZA, 1998, p. 113

definir como crime uma conduta que não constitui qualquer ofensa a um qualquer bem jurídico? Cabe ao legislador expectar a lesão ou ameaça de lesão de uma realidade no mundo externo, pois que a restrição penal só faz sentido segundo esse princípio da ofensividade e não mediante um direito moralístico/opinativo. Ademais, não pode sequer ser argumentado que estamos perante a proteção de “direitos naturais” que se associam às “ofensas feitas à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de piedade e de probidade – não, bem entendido, à parte superior e mais delicada destes sentimentos, mas à mais comum, à que se considera património moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade.”²⁰¹

Se assim não fosse, poderia pôr-se em questão a previsão penal de um grupo de crimes correspondente a uma espécie de crimes de “greve para fins contratuais” existente no fascismo e que configuram na verdade a proibição de exercer um direito que a todos subjaz.²⁰² Neste nosso caso, trata-se da liberdade individual de optar pelas condutas sexuais que mais lhe aprouver desde, claro, que não ofenda um terceiro e não abale a estrutura organizada da sociedade.

A este propósito, Roxin argumenta que para a punição da posse de material de pornografia infantil “não constitui razão suficiente a prevenção de uma eventual transmissão daquele material pois não há qualquer ofensa para quem recebe aqueles elementos e o grave abuso cometido contra a criança realizou-se com a produção daquele material.”²⁰³ Todavia, e como admite depois, poder-se-á encontrar uma conexão entre a não penalização da posse desse material com o aumento da sua aquisição, pois se assumirmos que a existência de uma norma incriminadora poderá impedir a procura de pornografia poder-se-á acreditar que essa norma constituirá um travão aos abusos a menores que daí resultam.

Outras vertentes doutrinárias devem também ser aqui lembradas, as que versam sobre a avaliação de perigosidade. Segundo Beck, a sociedade atual está a evoluir para uma sociedade de risco, segundo a qual surge uma redução dos pressupostos de punibilidade e uma amplificação dos poderes e liberdade de ação do juiz. Assim, a punibilidade seria averiguada segundo as figuras e instituições do Direito e já não segundo a avaliação da perigosidade pelo juiz. Temos pois, uma flexibilização e simplificação das categorias presentes tradicionalmente no Direito Penal.²⁰⁴

²⁰¹ Citação de Garofalo *in* MOUTINHO e MARQUES, 1926, p. XV

²⁰² DOLCINI e MARINUCCI, 1994, p.157

²⁰³ ROXIN, 2013, p. 24

²⁰⁴ *Idem*, p. 55

Estaremos perante a contraposição do princípio da precaução ao da prevenção?²⁰⁵ Cerezo acrescenta, e bem, que se a aplicabilidade do Direito Penal se continuar a expandir, deixará de ser um recurso de *ultima ratio* para ser a única *ratio* de proteção dos bens jurídicos. Portanto, a principal preocupação será a da avaliação da perigosidade uma vez que a intervenção do Direito Penal adquirirá um valor simbólico de determinação de sanções, comprometendo os princípios de proporcionalidade.

Justificará o risco “suspeito, mas não previsível, não quantificável ou mensurável”²⁰⁶ a inclusão de pressupostos baseados na mera suspeita da possibilidade de produção de um dano grave e irreversível motivado por uma incerteza? Uma parte das doutrinas alemã e espanhola sugere que se admita a prova no caso da existência de perigosidade do bem jurídico. Esta corrente doutrinal admite tratar-se de uma presunção *iuris tantum* e já não uma *iuris et de iure*.²⁰⁷ Contrariamente a Jescheck, que defende que a punibilidade deve ser excluída quando os pressupostos de existência de perigosidade estão também eles excluídos, Cerezo afirma que crimes de alegado perigo e de crimes de perigo abstrato não são a mesma coisa. Estes últimos não se presumem, apenas punem a conduta que geralmente acarreta consigo o perigo de um bem jurídico.²⁰⁸

Roxin e Schunemann²⁰⁹ propõem a introdução do requisito da inobservância do dever subjectivo de cuidado, ou seja, o dever de se averiguar se o sujeito tomou todas as medidas necessárias e adequadas. Por outro lado, Escrivá Gregori, Terradillos e Blanca Mendoza²¹⁰ sugerem que se decida de acordo com a conceção de que no momento da conduta surja como provável a lesão de um bem jurídico. Recorrendo ao exemplo acima da condução sob o efeito de substâncias várias, temos então que, no momento em que o sujeito iniciou a condução, emergiu como provável a produção de um acidente, com danos físicos para outros.

Ora, este tipo de crimes supõe a antecipação da proteção de bens jurídicos que aparentemente não é aceitável do ponto de vista político-criminal. Por outro lado, não parece haver objeções no que respeita ao exemplo supramencionado, desde logo de um ponto de

²⁰⁵ *Idem*, p.61

²⁰⁶ Citação de Romeo Casabona in MIR, 2002, p. 61

²⁰⁷ *Idem*, p.66

²⁰⁸ *Idem*

²⁰⁹ *Idem* p.70

²¹⁰ *Idem*

vista de prevenção geral, pois o sujeito facilmente se apercebe da provável perigosidade do seu comportamento.

Do exposto, poder-se-á sugerir que o mesmo sucede com o crime de pornografia de menores com representação virtual total e aparente no qual o perigo não constitui elemento típico, de forma que o juiz não tem que investigar se na situação concreta se verificou um perigo efetivo e concreto do bem jurídico para desencadear um efeito punitivo. Ora, esta forma de antecipação de tutela coloca sérios riscos à regulação penal pois é incerto e nem sequer provável o risco de perigo que pode estar em causa.

Neste quadro, se só existe Direito Penal onde há um bem jurídico a proteger ou cuja perigosidade de dano se visa tutelar, como se pode alegar que, na ótica do (suposto) agente criminoso, o mesmo tinha ou devia ter conhecimento daquilo que iria causar se o bem jurídico a proteger é inexistente? Afigura-se-nos que a tutela que jaz na disposição do art. 176º, nº 4 vai além dos limites da antecipação necessária para evitar a violação de um bem jurídico.²¹¹

Do nosso ponto de vista, a solução de criminalização no caso que aqui nos traz aniquila um dos pilares mais importantes do mandamento político-criminal da descriminalização. Este aspeto é consonante com a base moralista do projeto do Código Penal alemão de 1962 que estabelecia a punição respeitante a “comportamentos, segundo a convicção geral vergonhosos e eticamente reprováveis, a serem também ameaçados com pena, embora através desses factos não fosse lesado, diretamente, um bem jurídico determinado.”

Descortinamos aqui uma possível contradição. De facto, o nosso atual Código Penal assume-se como “o ordenamento jurídico-penal de uma sociedade aberta e de um Estado democraticamente legitimado”. O mesmo Código assume que “optou conscientemente pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que, relevando de particulares mundividências morais e culturais, não põem diretamente em causa os bens jurídico-penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais”. Atendendo a estas premissas, dificilmente se compreende que o referido Código depois postule a aplicação de uma pena a

²¹¹ Que não parece que “tenha alguma coisa a ver com a proclamada autodeterminação sexual” (GARCIA e RIO, 2015, p. 777)

um comportamento que não é senão uma ação meramente contrária à moral e que não constitui qualquer ameaça à segurança da comunidade.

Neste quadro, podemos questionarmo-nos ainda se estaremos perante a necessidade de aplicação de uma pena para fins de prevenção geral ainda que não haja um bem jurídico determinado. Esta questão prende-se com as crenças e os pensamentos distorcidos que se criam e que têm um papel significativo em facilitar e justificar os crimes sexuais. A premissa dessas ideias que vão sendo criadas será então a de que o material pornográfico servirá certos propósitos²¹²; ora, se um desses propósitos levar ao cometimento de um tipo ilícito então será punido quem detiver esse tipo de material com o desígnio de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder.

Há assim quem defenda que a criminalização deste tipo de conduta tem como fundamento o estímulo a efetivos abusos de menores, de aliciamento de menores para esse fim, na medida em que aguça os “apetites sexuais” de potenciais criminosos sexuais, incentivando-os a agir segundo os seus desejos perversos.²¹³ De forma mais clara, defendem

²¹² Uma das principais finalidades do Child Pornography Prevention Act de 1996 (CPPA) era o de prevenir o uso de imagens que pudessem “aguçar” o apetite e alimentar as fantasias de pedófilos / abusadores de crianças. Em segundo lugar, destruir a rede e mercados de pornografia infantil. E, por último, para evitar representações pornográficas de crianças que estão a ser usadas na sedução ou coação de outras crianças na vitimização sexual. Desta forma, seria possível, em teoria, exercer pressão sobre agentes que, receando serem punidos, deixariam de ter aquele tipo de conduta e, por conseguinte, travando o mercado da pornografia infantil. No caso *Ashcroft*, o Supremo Tribunal Americano estabeleceu que o Governo não poderia criminalizar tais condutas, recusando o argumento deste de que a pornografia virtual encorajaria o abuso sexual infantil. Acresce ainda que o Tribunal se mostrou mais preocupado com as causas da sua criação do que propriamente com as consequências da mesma, não vislumbrando em que medida é que a pornografia infantil virtual resultaria no dano de crianças reais. O CPPA foi então tido como inconstitucional, por reprimir a verdadeira liberdade de expressão. (*Ashcroft v. Free Coalition*, Supreme Court of the United States, Opinion of the court, 2001, I e III). No caso *Ashcroft*, “toda a pornografia virtual satisfaz os pedófilos até que encontrem a próxima vítima que alimenta a sua adição” (FRANCESCANI e KUCHARZ, 2007) O Governo sustentou, então, que a pornografia virtual causaria danos indiretos aos menores em geral e que este tipo de pornografia poderia levar a que se persuadisse as audiências no cometimento de crimes.

Ainda a favor da constitucionalidade da disposição no CCPA, o Governo argumentou que tornar inconstitucional aquela norma seria comprometer a possibilidade de eliminar o mercado de pornografia infantil efetiva. (*The Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. at 1404). Alegam assim que, poucos arriscariam uma acusação por detenção de pornografia de menores “reais” se o pudessem fazer através de imagens computadorizadas, quase que indistinguíveis daquelas. (“Few pornographers would risk prosecution by abusing real children if fictional, computerized images would suffice.”). O STA discordou, reforçando que não existe qualquer crime nem qualquer menor envolvido. As pessoas envolvidas na indústria de entretenimento para adultos processaram o governo federal americano alegando que o “parecer ser” e o “transmitir a impressão de” eram demasiado abrangentes e vagos (*The Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. at 1392.) Além disso, estas disposições estender-se-iam a itens como pinturas “que descrevem uma cena da mitologia clássica”, uma vez que “parecem ser” menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos. (*The Free Speech Coalition*, 122 S. Ct. at 1397). Acresce a este facto que “até bonecos, roupa interior, jogos e dinheiro podem ser usados para propósitos imorais e nem por isso são restringidos pela sociedade”

²¹³ Sobre os danos indiretos da pedopornografia real, GOLDBLATT, 2012, p. 7 e seguintes. Ainda a este propósito, em *United States v. Mentos* (em concordância com *United States v. Hilton*, *United States v. Acheson*

estes autores: “se uma criança vê uma criança envolvida numa atividade sexual com um adulto vê esse facto como algo aceitável e conseqüentemente está mais disposta a envolver-se nesses mesmos comportamentos com um criminoso sexual. Segundo aqueles, a criança não está preocupada com o fato de aquela imagem ser real ou verdadeira - para a criança, não faz qualquer diferença.”^{214,215} Na verdade, isto equivale a dizer que “Romeu e Julieta encorajaram adolescentes a cometerem suicídio e por isso deve ser proibido de constar nas listas de leitura das escolas secundárias.”²¹⁶

Desta feita, estudos como o da *United States Commission on Obscenity and Pornography*²¹⁷ ajudaram a clarificar o papel da pornografia nos efeitos dos comportamentos sexuais e outros patológicos que pudessem vir a ser desenvolvidos ou não. Ficou demonstrado não existir umnexo causal entre a exposição a materiais pornográficos e comportamentos desviantes do visualizador. Foi até sugerido que a visualização daqueles materiais poderá ter um efeito “libertador.”²¹⁸

e *United States v. Fox*, o Tribunal defendeu que a pedopornografia virtual teria os mesmos efeitos negativos da pedopornografia real e, que por isso, as imagens indistinguíveis das reais não estariam além dos limites constitucionais e que não incluiriam materiais como desenhos, *cartoons* ou pinturas. O Tribunal nos dois casos considerou assim que só se poderia intervir naqueles casos porque no caso em que as imagens são claramente distinguíveis das reais não se justifica conferir proteção.

²¹⁴ GOLDBLATT, 2012, p. 29. Acrescenta ainda: o perigo de uma criança abusada é tão elevado na pedopornografia virtual quanto ao uso de pedopornografia real que representa condutas sexuais explícitas” (*Idem*, p.32)

²¹⁵ Acresce a este facto que “até bonecos, roupa interior, jogos e dinheiro podem ser usados para propósitos imorais e nem por isso são restringidos pela sociedade (...) O filme Titanic seria ilegal porque descreve a atividade sexual entre dois personagens com idade inferior a 17 anos” (SAMENOW, 2012, p. 19)

²¹⁶ CISNERO, 2002

²¹⁷ GOLDSTEIN *et al.*, 1970, Vol VII

²¹⁸ Na análise referente à frequência reportada de exposição a estímulos sexuais, os criminosos sexuais (*rapists*, pedófilos com preferência pelo sexo masculino, pedófilos com preferência pelo sexo feminino e utilizadores frequentes de pornografia) mostraram ter menos exposição a fotos, vídeos e livros relativamente ao grupo de controlo. Acresce que se demonstrou ainda que os materiais eróticos teriam como efeito a masturbação e não relações sexuais, pois apenas 30% dos intervenientes pensava nos materiais pornográficos quando tinha relações. Finalmente, na discussão conclui-se que a frequência de visualização de pornografia na idade adolescente quanto aos criminosos sexuais e utilizadores frequentes foi menor do que no grupo de controlo, contrariamente ao que se passava em idade mais recente (ainda que a exposição aos materiais pornográficos tenha sido baixa em ambos os casos). Aparentemente, os conflitos sexuais na adolescência levaram a que essa visualização fosse mais frequente em idade mais tardia, quando a estimulação erótica se tornava necessária. Concluiu-se ainda que as práticas sexuais tinham mais que ver com fatores familiares, culturais e de educação do que propriamente com a visualização de pornografia. A baixa visualização de pornografia dos violadores sexuais sugeriu um histórico familiar repressivo no que respeita à sexualidade, sendo por isso que os mesmos tinham receio de o fazer por não sentirem que a visualização de material pornográfica de fato os estimulasse. Quanto à existência de pornografia em casa, apenas 5% do grupo dos criminosos sexuais reportou ter. Interessante ainda é constatar que os criminosos sexuais não apresentaram qualquer padrão na procura de informação sexual: os *rapists* apresentavam como fonte de informação as suas mulheres, o que pode demonstrar aprendizagem tardia; os pedófilos com orientação homossexual recorriam tanto aos seus amigos homens como o grupo de controlo; ao contrário dos pedófilos com orientação heterossexual que aprendiam menos pelos seus amigos relativamente ao grupo de controlo. (*Idem* pp. 21 – 58) Quanto à existência de

Por sua vez, o estudo de Sheldon e Howit²¹⁹ veio sugerir não haver qualquer relação simples ou causal entre as fantasias sexuais com crianças e os crimes sexuais. Curiosamente, o mesmo estudo constatou que os criminosos punidos por contato sexual apresentavam menos fantasias que os criminosos punidos por detenção e distribuição de material pornográfico online e do que aqueles que eram punidos por ambos os crimes. Ora, como é argumentado e bem no caso de *Stanley v. Georgia* 394 U.S. 557 (1969), “o Estado não pode proibir a mera posse de materiais obscenos, alegando que pode conduzir a condutas anti-sociais; da mesma forma que não pode proibir a posse de livros de química alegando que pode levar à produção de bebidas alcoólicas caseiras.”²²⁰

Ao que cabe ao nosso juízo, não nos parece plausível o argumento de que não se deverá punir aquele tipo de conduta por causa do seu efeito libertador, já que também o seria para a pornografia real. No entanto, também não nos parece aceitável o argumento no sentido oposto – como fundamento para a punição.

Outro estudo da *American Psychological Association*^{221,222} realizado entre dois grupos do sexo masculino (um dos quais apresentava registo criminal por crimes sexuais) sugere uma outra conclusão: os grupos não apresentavam diferenças de excitação sexual aquando da visualização de pornografia e o grupo que terá experienciado menos excitação na visualização de material pornográfico foi o grupo dos criminosos sexuais.

Portanto, apenas se pode aduzir com segurança que a visualização de pornografia em excesso poderá estar associada a atitudes anti-sociais ou a posturas psicológicas mais patológicas. Os indivíduos que cometeram crimes online apresentam na sua maioria

pornografia em casa, apenas 5% do grupo dos criminosos sexuais reportou ter. Interessante ainda é constatar que os criminosos sexuais não apresentaram qualquer padrão na procura de informação sexual: os *rapists* apresentavam como fonte de informação as suas mulheres, o que pode demonstrar aprendizagem tardia; os pedófilos com orientação homossexual recorriam tanto aos seus amigos homens como o grupo de controlo; ao contrário dos pedófilos com orientação heterossexual que aprendiam menos pelos seus amigos relativamente ao grupo de controlo.

²¹⁹ Sheldon e Howit *apud* REEVES, 2013, pp. 243 e seguintes

²²⁰ Em *Free Coalition v. Reno* o Tribunal argumentou em discordância com *Hilton, Acheson e Fox* de que de facto “os estudos que estabelecem o nexo de causalidade entre a pornografia infantil gerada por computador e o abuso sexual de crianças subsequente não existe ainda.” Assim, neste seguimento, resultou também *Ashcroft* que veio também a concluir que o facto de o material pornográfico poder levar ao efetivo abuso sexual é “contingente e indireto”

²²¹ COOK *et al.*, 2012

²²² Um outro artigo apresentou um resultado parecido: na experiência foi concluído inclusive que a visualização de revistas pornográficas resultou na diminuição dos níveis de agressões dos indivíduos envolvidos, podendo mesmo ter um efeito positivo no que respeita às possibilidades educativas. Refere o autor (NORBERT *et al.*, 2011): “para justificar pesquisa continuada, deve ser feito um esforço para demonstrar que o procedimento pós exposição pode aliviar quaisquer potenciais consequências negativas.” (traduzido nosso)

isolamento, depressão, uma maior escala de fantasia, experiências passadas de abusos em criança, entre outros.²²³ No entanto, é preciso ser cauteloso na formulação de nexos de causalidade. Em rigor, o facto de estes comportamentos anti-sociais poderem reforçar o desejo por visualizar mais pornografia não implica que a visualização tenha como efeito o desenvolvimento daqueles comportamentos.

Não obstante, mesmo que se suponha aquele nexo causal e que, por conseguinte, se prove que haja impacto de um ponto de vista que evite a lesão da comunidade geral, por que é o Direito Penal chamado para intervir? Por que se considera estar aquela conduta na secção de crimes contra a autodeterminação e liberdade sexual? Autodeterminação e liberdade sexual de quem? Como se legitima a intervenção de um direito de *ultima ratio* em comportamentos que nada têm que ver com a tutela de um bem individual? Em que medida se tutela aqui o “superior interesse da criança” alegadamente atendido pela Diretiva 2011/92/EU, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança?

Uma outra questão prende-se com o argumento relativo à dificuldade de distinção entre algumas imagens virtuais e imagens reais. Por conseguinte, o argumento passará a ser o de que para condenar criminosos sexuais que visualizam pornografia de verdadeiros menores será necessário criminalizar os que visualizam pornografia de menores ‘virtuais’ por estas imagens serem indistinguíveis daquelas.^{224,225} Dito de outra forma: a criminalização passará a ter como fundamento a dificuldade de determinar se nas imagens em questão estamos perante um verdadeiro menor ou não. Assim, “*in dubio pro pena*”.

Parece-nos mais uma vez que o legislador previu um problema que não está sequer materializado e consolidado, na medida em que as imagens virtuais dificilmente poderão ser indistinguíveis de reais. E, mesmo que assim fosse, não podemos concretizar um tipo de crime com base em algo que “**parece mesmo ser**”. Que seria do *ultimo* Direito Penal? Não

²²³ Cfr. AIKEN *et. al.*, 2011

²²⁴ Cfr. GOLDBLATT, 2012

²²⁵ Em *United States v. Acheson*, o Tribunal considerou que a expressão "parece ser" apenas tinha como alvo as imagens que eram "virtualmente indistinguíveis para os espectadores das fotografias inalteradas de crianças reais envolvidas em condutas sexuais explícitas"

se pune alguém por homicídio por haver indícios “quase suficientes” de que aquele indivíduo matou aquela pessoa.

A este propósito, poderia ser colocado um outro inconveniente, aquele relativo à prova. Não pode ser sugerido que o indivíduo em questão prove que as imagens que estão na sua posse não são na verdade de menores reais.²²⁶ Quando o indivíduo não é o criador da revista não tem qualquer forma de identificar a existência dos personagens presentes. Exigir esta prova seria pôr em causa todo o sistema penal, que investiga qualquer indivíduo que tem na sua posse revistas com *cartoons*, desenhos e outras construções artísticas.²²⁷ Que horizontes estaríamos a abrir neste caso? Seriam estes desejáveis ou necessários para a melhor proteção dos menores em prol da ofensa da liberdade de todos?

Se efetivamente as imagens virtuais fossem assim tão próximas das reais, por que continua a existir pornografia real - de verdadeiros menores?

O que aqui parece incontestável é que aqueles que visualizam esse tipo de materiais ou os utilizadores de programas virtuais²²⁸ criam um *avatar* que represente aquilo que eles pretendem ser na realidade, ou seja, aquilo que eles não conseguem expressar na vida real por não ser aceite moral, ética ou legalmente. Portanto, não é certo ainda se esta fuga à realidade permite ou não que os abusos online evitem futuros abusos reais, muito pelo contrário - como sugerido por aquele estudo, quando foi suscitado que a exposição àqueles materiais teria um efeito libertador. Não se nos vislumbra que se tolere aquele tipo de conduta por ser um meio terapêutico, pois tal como sublinhámos, então também o mesmo poderia servir para a pornografia com verdadeiros menores. O que nos parece é que, aquele comportamento ainda que rejeitável moralmente, não pode ser designado de crime.

Há, no entanto, quem contrarie de forma absoluta o efeito terapêutico daquele tipo de materiais que tem vindo a ser muitas vezes argumentado: “um rapaz gosta de andar de skate com os amigos; ele gosta de filmar as suas *performances*; depois gosta de ir ao computador trocar os seus vídeos com outros skaters para ver os seus vídeos. Se em alguma

²²⁶ “Se, por exemplo, a pornografia infantil virtual estivesse a inundar o mercado de pornografia infantil, não haveria fundamento para concluir que uma imagem representa uma criança de verdade só porque parece retratar uma criança real. Nesse caso, mesmo que fosse permitida uma presunção, essa presunção não seria constitucional.” (SLOCUM, 2008, p. 155)

²²⁷ Contrariando os argumentos do Tribunal no caso *Ashcroft*, foi sugerido que fosse possibilitado ao indivíduo que evitasse a condenação “demonstrando que aqueles materiais foram produzidos envolvendo apenas adultos e que não foram distribuídos com a pretensão de representar menores reais”

²²⁸ Como sucedia com o *Second life*, um jogo de computador virtual no qual surgiam pedidos sexuais de um *avatar* com outro, incluindo *avatars* de crianças e com *avatars* de adultos (CONNOLLY, 2007)

altura a tecnologia puder vir a possibilitar uma forma fácil e eficiente de produzir aqueles mesmos vídeos, então [segundo a opinião dos que defendem aquele efeito terapêutico] o rapaz e os outros skaters, escolheriam na maioria das vezes aquele método alternativo. No entanto, falha aqui o foco principal: o rapaz gosta de praticar aquele desporto, por isso mesmo que tenha outra forma de produzir aqueles vídeos, ele vai continuar a praticar o desporto. A mesma lógica serve para os criminosos sexuais. Estes têm uma propensão para abusar de crianças e obtêm prazer daquelas gravações, por isso mesmo que tivessem outra alternativa àqueles vídeos, eles vão continuar a abusar de crianças.”²²⁹ Ora, parece-nos que a comparação não é razoável, desde logo devido à patologia ou existência de traços desviantes que muitos criminosos sexuais apresentam. O pensamento deste tipo de criminosos não pode ser análogo ao de uma qualquer pessoa que gosta simplesmente de um desporto ou de outra qualquer coisa inocente e sem qualquer consequência perversa que obsta à sua realização. Cada pessoa tira proveito de uma coisa de diferente forma de outra e aquilo que lhes confere certo prazer pode não conferir a outrem.

No entanto, aquilo que se vislumbra relevante naquele exemplo é que o autor ao mesmo tempo que discorda da decisão (de não punição) no caso *Ashcroft*, está a favorecer os argumentos dessa mesma decisão. É que, precisamente por os vídeos ou fotos de crianças não existentes (ainda que quase indistinguíveis das reais), não satisfaçam o agente da mesma forma, só leva a crer de que a sua punição nunca servirá para combater o verdadeiro uso de crianças (existentes) como é justificado pela Diretiva Europeia. Aliás, se assim fosse, então também a detenção de materiais que usassem pessoas (reais) maiores de idade, isto é, a detenção de pedopornografia aparente, teria de ser criminalizada pelo facto de aqueles adultos dificilmente poderem ser distinguíveis de crianças. Que se diria então sobre o bem jurídico aqui protegido?

Por outro lado, da disposição relativa à pornografia virtual ou aparente deduzir-se-á ainda que será punido o detentor da mesma pelo que venha a ser perpetrado por terceiros. Ora, não se compreende como pode o detentor de algo ser responsabilizado por essa coisa

²²⁹ GOLDBLATT, 2012, p. 26. O mesmo autor argumenta que “Primeiramente, visualizar pornografia infantil estimula pedófilos e leva a que os mesmos procurem crianças reais como próximas vítimas. Os pedófilos visualizam pornografia infantil e depois querem cometer atos similares com as crianças. Em segundo lugar, os pedófilos usam muitas vezes pornografia infantil para seduzir outras crianças a se envolverem em atividade sexual.” (*Idem*, p. 28). Pergunte-se ao menos: em que fatos ou experiências de baseou para sustentar tal conclusão?

motivar condutas menos corretas de terceiros. Se estivermos a falar da difusão que nos remete ao nº1 do mesmo artigo nas alíneas c) e d), então talvez seja razoável assumir essa ligação. Por outro lado, o que parece ter fundamentado a punição do nº 4 é a potencial complacência do detentor com a lesão da liberdade e determinação de um menor. Ora, quando não existe menor como se explica essa responsabilização?

Uma pessoa com um traço de personalidade agressivo não se tornará menos agressiva ao visualizar um filme violento e pode mesmo mostrar-se mais agressiva alguns momentos após essa visualização. No entanto, nem todas as pessoas reagem da mesma forma e uma pessoa não violenta pode não mostrar qualquer alteração. No Japão, conhecido como tendo as raparigas jovens no centro do consumo e dos media, onde há uma crescente acessibilidade a representações de menores, o número de criminosos sexuais não chega a ser tão elevado como nos EUA.²³⁰

Se realmente for legítima a punibilidade de imagens representativas de abusos sexuais (irreais) de menores, então por que não proibir todos os filmes ou representações do género que retratem situações de pedopornografia virtual total ou aparente? Nomeadamente, como nos refere *Ashcroft*, os filmes *Romeu e Julieta*, retratando o caso amoroso de uma menor de 13 anos; *Tráfico*, retratando uma menor de 16 anos toxicodependente que faz favores sexuais a troco de estupefacientes; e *Beleza Americana*, descrevendo o caso de outra menor utilizada como gratificação para um homem.

Acresce a este caso²³¹ uma outra questão relativa ao argumento de que a existência de materiais com este tipo de pornografia serviria para os criminosos sexuais seduzirem menores e incentivá-los à prática de atos daquela índole.²³² Ora, questionar-nos-emos: fará a punição sentido apenas porque aquele tipo de materiais pode cair nas mãos de uma criança? Parece-nos que a proteção das crianças e os argumentos de que este tipo de comportamentos só espoletariam mais crimes sexuais somente serve de disfarce a um verdadeiro moralismo que transforma a nossa lei num regulamento cultural e opinativo. O Direito Penal pode

²³⁰ 754 casos de abuso sexual em 2000 (Ministry of Health, Labor and Welfare; disponível em: http://www.uraoka.com/gyakutai/page36_b.PDF) comparativamente com os 89500 casos no mesmo ano nos EUA (Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention; disponível em: www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/199298.pdf)

²³¹ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*. Num outro caso foi suscitada a questão sobre, entre outros, “a detenção de imagens, figuras ou descrições que incitassem menores a atos violentos ou depravados, que manifestamente tendem para a corrupção da moral juvenil” relativo a um indivíduo que comercializava materiais obscenos. O que equivale a : “this is to burn the house to roast the pig” (*Butler v. Michigan* 352 U.S. 380, 381 (1957))

²³² A este propósito, cfr. SLOCUM, 2008

certamente intervir para punir criminosos sexuais que providenciam esses materiais a crianças com o intuito de as aliciar (crime de abuso sexual consubstanciado na importunação sexual de uma criança, art. 171º, nº 3) o que não significa, contudo, que o possa fazer por existir essa remota possibilidade num futuro - no mínimo longínquo. Em bom rigor significaria isto permitir a punição do pensamento que poderia levar eventualmente ao cometimento de um ato punível.

Por conseguinte, se de fato for demonstrado que a detenção de pornografia (infantil) tenha um efeito de estímulo para o cometimento de crimes sexuais²³³, poderia ser argumentado que estaríamos perante um crime de perigo abstrato, o que também é contestável se tivermos em consideração a imediaticidade desses efeitos como foi analisado anteriormente. Por outro lado, será também discutível desde logo quando nos questionamos, como fez Wilhelm, “até que ponto está obrigado o Estado, ou lhe é permitido, prevenir o delito antes que seja cometido.”²³⁴ Só mediante estudos de outra natureza que não apenas a jurídica, será possível isentarmos de dúvida a dimensão dos perigos para o cometimento de novos crimes. E, mesmo sendo demonstrada a extensão de efeitos adversos, também essa prova seria suscetível de interpretações.

Como não se podem impor concepções moralistas através do Direito Penal, não se percebe como haja legitimação suficiente para a punibilidade da pedopornografia virtual total e aparente. O único bem jurídico poderia ser, aos olhos de alguém, todos os menores. Contudo, de que maneira podem ser estes ser lesados pela existência de desenhos, *cartoons* e outras representações irreais? Poderá o Estado proteger a mente de um indivíduo assim como protege o seu corpo?²³⁵ Assim foi colocada a questão pelo Estado de Geórgia em *Stanley v. Georgia* 394 U.S. 557 (1969); impondo que o Estado tem o direito de proteger a mente de um indivíduo relativamente a efeitos obscenos. A resposta dos EUA foi a de que um Estado “**não tem nada que dizer a um homem, sentado sozinho na sua própria casa que livros pode ler ou que filmes pode ver**”. Como podem os adeptos desta ideia sugerir

²³³ Como defende Maria José Mesa (MESA, 2012, p. 231)

²³⁴ Von Hum-Boldt *apud* ALBERGARIA e LIMA, 2010, p. 197

²³⁵ Cfr. ALBERGARIA e LIMA, 2010, p. 218. Os argumentos de Geórgia não significam senão, como salienta o Supremo Tribunal Federal dos EUA, que o Estado pode controlar os pensamentos e a liberdade de expressão dos indivíduos. Pois “qualquer que seja o poder do Estado para controlar a disseminação pública de ideias contrárias à moral pública, não pode constitucionalmente basear-se em legislação que vá no sentido de controlar o pensamento privado de alguém”

que não podemos esperar que o dano ocorra antes de se legislar contra isso?²³⁶ Afinal talvez estejamos a falar de um dano a concepções moralistas.

Neste sentido, mesmo sendo provada a existência de um crime de perigo abstrato, seria necessário ainda provar a existência de uma lesão grave provável aos bens fundamentais de uma comunidade e o respeito pelo princípio da necessidade da pena. Porém, até que ponto é possível limitar a liberdade individual quando ainda haja margem para alguma dúvida?

Será necessário realizar um equilíbrio justo entre a garantia da liberdade de terceiros e toda a comunidade no seu todo e a garantia da liberdade do potencial criminoso. Parece-nos que o mais plausível é uma análise ao grau de ofensa aos direitos fundamentais do próprio agente e conseqüentemente à (grave) perturbação da comunidade no seu todo e à probabilidade de consumação de um dano causado por essa perturbação. Quer dizer, por um lado, se uma ofensa apresenta um grau de gravidade considerável, isso não implicará que o legislador se abstenha de criminalizar aquela conduta por inexistência de prova de ofensa bastante; por outro, a decisão de punição de determinada conduta não deve ficar em absoluto cometida ao legislador sem qualquer comprovação daquela ofensa.

Aceitando que a visualização de pornografia tenha um efeito estimulador de perversões e conseqüentemente no aumento de incentivos para o cometimento de novos crimes, não se percebe como pode haver legitimidade do Direito Penal e não se compreende ademais como pode essa intervenção estar associada à tutela da autodeterminação e liberdade sexuais de menores. Se justificarmos essa intervenção com o combate à exploração infantil e aos abusos sexuais de menores como resultado do aumento exponencial da produção de pornografia envolvendo menores, não deverá um direito de mera ordenação social bastar para regular o comércio e o aumento de distribuição de pornografia? Apenas pode ser admitido que se intervenha relativamente a um “ônus de produção e não a um ônus de persuasão”²³⁷ sobretudo porque “uma imagem apreendida de um detentor de pornografia infantil raramente é um produto de primeira geração”²³⁸ e fundamentalmente porque não

²³⁶ *Free Speech*, 535 U.S. at 259-60

²³⁷ SLOCUM, 2008, p. 141

²³⁸ *Protect Act in idem* p. 148

está representado qualquer menor de “carne e osso”²³⁹ nem se consubstancia qualquer desrespeito ao bem supra-individual infância.²⁴⁰

O compromisso da Diretiva de “assegurar que os sítios da Internet que se dedicam à pornografia infantil alojados no seu território sejam rapidamente eliminados e esforçar-se por eliminar os que estão alojados no estrangeiro” com certeza não serão alcançados punindo a detenção daquele tipo de pornografia porquanto não se inserirem no leque de crimes dos bens individuais autodeterminação e liberdade sexuais de menores. Nem todos os males são eficazmente eliminados com a ameaça das penas criminais. A sanção penal não pode servir mais a vontade obstinada do Estado em “impedir comportamentos, contrários a certos interesses sociais que visa realizar, em vez de utilizar uma adequada e diferenciada política de informação, assistência ou de recurso a medidas de natureza eticamente indiferente”²⁴¹, comprometendo a dignidade e finalidade penais e impondo a pena criminal como “puro castigo ou sofrimento que se inflige ao agente, como retribuição do mal que, com culpa, ele causou.”²⁴²

O único objeto de ilicitude que se poderia conceber é o do mercado da pornografia²⁴³ como forma de combate ao crescimento exponencial da sua exposição. Por esta razão, vislumbra-se altamente questionável do ponto de vista da legitimidade penal. Desde logo porque, ainda que seja comprovado aquele resultado de estímulo no nosso caso em concreto, como salienta Figueiredo Dias, “os instrumentos jurídico-penais devem ficar fora de questão sempre que a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por instrumentos não criminais de política social: ‘necessidade social’”, ou seja, sempre em situações que possam ser “tratadas com meios de natureza não penal, máxime, com as coimas próprias do direito das contra-ordenações ou de mera ordenação social”²⁴⁴

Por outro lado, havendo um propósito de distribuição, importação, exportação, exibição ou cedência, se assumirmos que aquilo que pode estar em causa é o incitamento à

²³⁹ COCCO, 2006, p. 875

²⁴⁰ MESA, 2012, p. 218

²⁴¹ CORREIA, 1973, p. 258

²⁴² *Idem*, p. 266

²⁴³ Maria José Mesa define exploração infantil como “una forma de aprovechamiento, dominación, coerción, manipulación, y en algunos casos de sometimiento a servidumbre, a partir de la situación de indefensión, inmadurez o debilidad del menor con relación a su explotador” e o abuso sexual infantil como a conduta que se caracteriza pela “conversión del menor en una mercancía u objeto de cambio” - o que em nada se compadece com os efeitos da pornografia virtual ou aparente (Cfr. MESA, 2012)

²⁴⁴ DIAS, 2013, p. 66

prática de crimes sexuais (com menores “reais”) por virtude da ampliação do comércio de pornografia; poderíamos por isso, ainda que longinquamente, questionarmo-nos se estaríamos perante uma instigação pública a um crime (previsto pelo art. 297º do CP). Este crime, integrante da secção dos crimes contra a paz pública do capítulo dos crimes contra a ordem e a tranquilidade públicas, pode parecer associável à conduta aqui discutida na medida em que “configura um crime de perigo porque o que está em causa não é o dano, mas sim a possibilidade ou a probabilidade de lesão do bem jurídico tutelado.”²⁴⁵ Ressalve-se assim que o bem jurídico tutelado só poderia ser aqui a autodeterminação e a liberdade sexuais dos menores que viessem a ser abusados eventualmente como resultado desse incitamento.

Ora, na consumação daquele delito, como sublinha Faria Costa, é instigador quem dolosamente determina outra pessoa à prática da ação, desde que haja execução pois que “enquanto o agente imediato não praticou nenhum ato de execução não há verdadeiramente instigação.”²⁴⁶ A este pressuposto acresce contudo que, como realçam Figueiredo Dias e Nuno Brandão, “o simples facto de o apelo ao crime ter ocorrido num lugar público e perante uma vasta audiência (...) não significa, sem mais, que o tipo de crime se deva dar como preenchido. Pois uma coisa é o cenário ambiente em que a provocação ou o incitamento ocorrem – v.g., uma reunião pública, para usar a terminologia legal – e coisa, bem diferente, é a pessoa ou o círculo determinado de pessoas a quem a mensagem é efetivamente dirigida. Na realidade, pode bem suceder que, não obstante o incentivo ao crime ter lugar numa reunião pública, o seu direto destinatário seja apenas uma de entre muitas pessoas que nesse local se encontrem e escutem as palavras para esse efeito proferidas. Quando assim seja, não é realizado o tipo objetivo de ilícito do crime de instigação pública a um crime, mesmo que outras pessoas, que não apenas o seu concreto destinatário, se sintam sugestionadas à prática do crime em causa.”²⁴⁷

Desta feita, aquilo que parece ditar a consubstanciação daquele tipo ilícito é a conduta dirigida ao cometimento de uma ação criminosa relativamente a um grupo indeterminado de pessoas. Daí que a comunicação que vá nesse sentido tenha que ser interpretada adequadamente para se poder apurar com segurança se as declarações não foram

²⁴⁵ Acórdão TRC nº 2753/06.3TAVIS.C1 03-03-2010 relativo à alegada instigação de um Presidente de uma Junta de Freguesia em frente a uma plateia de presidentes da junta, munícipes e jornalistas relativamente a funcionários do Ministério do Ambiente (“Arranjem lá um grupo, corram-nos à pedrada).

²⁴⁶ Acórdão nº 702/06.8GBCNT-A.C1 DE 12-09-2007

²⁴⁷ Acórdão TRC nº 2753/06.3TAVIS.C1 03-03-2010

direcionadas a um alvo determinado (o que em casos verdadeiramente apurados poderá ser tomado como a “instigação enquanto participação de um crime”²⁴⁸ quando o instigador mencione expressamente o tipo ilícito). Portanto, será instigado aquele cuja intenção de consumação de um crime seja determinada seguramente por aquele ato de instigação.

Poderá considerar-se no nosso caso que um indivíduo com a conduta aqui discutida está a incitar a que qualquer pessoa a quem cedeu o material pornográfico vá abusar sexualmente de crianças? Cada vez se torna mais evidente que de nenhuma forma se pode considerar haver aqui um atentado contra a liberdade e autodeterminação sexuais. Estes últimos só poderão vir a estar em causa em crimes de abuso sexual futura e efetivamente consumados.

De que forma se pode extrair o sentido de incitamento a partir da conduta que aqui temos discutido? Aliás, mesmo que em última instância se possa considerar que a distribuição do tipo de pornografia virtual total e aparente possa influenciar comportamentos futuros, no sentido de cometimento de novos crimes sexuais, a mesma pode nunca ser determinante, pelo que aquela alegada intenção criminosa não revela penalmente. Por outro lado, de que forma se sustentaria onexo causal entre aquela conduta e a consumação de outros crimes? De que maneira se pode afirmar que uma determinada instigação levou seguramente ao cometimento daquele crime específico? Dificilmente aquela conduta seria dirigida dolosamente a um indivíduo determinado ou ocorreria em “reunião pública” mencionando o tipo de crime a que o instigador alegadamente incita. Estaríamos neste caso reconduzidos a um vazio que não nos traria qualquer solução ou segurança relativamente ao problema que pretendemos ver solucionado.

Acresce que, como é referido e bem em *Ashcroft*, “a mera tendência de se expressar ou encorajar atos ilegais não é uma razão suficiente para proibi-la.” Não nos parece sequer razoável tomar o Direito Penal como algo que se rege pelo aforismo “por uns pagam os outros” que tão convenientemente serviria os ditames de uma maioria moral comunitária. É que, como Giovanni tão bem refere, “os usuários e os detentores de material pornográfico, ou seja, a maioria daqueles que fazem compras na Internet; na presença de um sistema que não é capaz de por lei distinguir com clareza o que é pornografia por aquilo que não é, o que é pornografia infantil daquilo que não é, e que já está a investigar o fenómeno pode violar

²⁴⁸ *Idem*

os direitos de liberdade e reputação de suspeitos. Mas também, em última análise, dos que dão vazão aos seus impulsos desviantes somente no foro interno, sem prejudicar qualquer criança de carne e osso.”²⁴⁹

A falta de pesquisa e evidências não são motivos para uma criminalização, mas antes para uma não implementação de legislação prematura, regressiva e longínqua dos interesses que se visa prosseguir. Historicamente, a jurisprudência parece não querer aceitar e envolver investigação e dados científicos que possam contrariar grande parte das premissas que se vão criando e pensando sem qualquer fundamento sólido. O excessivo formalismo legal torna-se assim o principal inimigo de uma lei credível e consistente pois é mais fácil ser radical e clamar por penas mais elevadas para punir bodes expiatórios ao invés de se ser cauteloso para não pôr em risco aquilo que precisamente se pretende combater.

Não se vislumbra como pode a criminalização desmesurada promover o bem-estar comunitário no seu todo. Pois que a tutela desse bem “social” pode também ser alcançada por um direito de mera ordenação que não “ofendendo, direta ou proximamente, os interesses de outrem, constituem, todavia, um perigo para a ordem ou tranquilidade pública, isto é, das regras contravencionais”.²⁵⁰ Deve, portanto, ser realizado um juízo sobre a eficácia do meio não penal para a proteção daquele bem jurídico, ou seja, é exigível que se averigüe se os comportamentos a serem criminalizados atingem ou colocam em perigo um bem jurídico.²⁵¹

Parece-nos que aceitar a conduta em análise como crime é aceitar um Direito Penal de intervenção máxima que impõe consequências a condutas que ofendam crimes que não são necessariamente graves nem precisam necessariamente de ser punidos. Aceitar isso, será aceitar “um mundo simbólico (...) num plano de apelo cultural-espiritual muito acima do plano do mínimo exigível pelo Direito Penal; por outro lado, atribuir ao Direito Penal um papel simbólico é abrir as portas à aceitação de ‘bodes expiatórios’, o que o direito em geral, e o Direito Penal em especial, deve evitar a todo o custo.”²⁵²

No nosso caso, criminalizar este tipo de condutas representaria uma espécie de “censura do pensamento”²⁵³ ou uma “jurisdição do pensamento”.²⁵⁴ Na verdade, é necessário

²⁴⁹ COCCO, 2006, p. 878

²⁵⁰ CARVALHO, 2008, p. 54

²⁵¹ RODRIGUES, 2014, pp. 441-442

²⁵² CARVALHO, 2008, p. 54

²⁵³ MCLELLAND, 2005

²⁵⁴ *Idem*

averiguar através de pesquisas criminológicas, sociológicas e psicológicas quais os efeitos da visualização e divulgação de pornografia em geral e de pedopornografia virtual total e aparente em particular. Não estando comprovada a sua influência na perturbação na comunidade ou mesmo podendo vir a sê-lo, não se vislumbra onde haverá legitimidade para ser criminalizada uma conduta que apenas logra censura comunitária.

A sociedade atual nos tempos mais difíceis parece querer retroceder a “um Estado Policial capaz de oferecer-lhe o sangue transbordante das páginas de jornal, onde podem, daí, tirar prazeres mínimos para suportarem a dureza do dia a dia, convenhamos, cada vez mais cruel”.²⁵⁵

VI. CONCLUSÕES

“Impor uma pena não é um acontecimento metafísico, mas uma amarga necessidade no seio de uma comunidade de seres imperfeitos tal como são os homens de hoje”²⁵⁶

Procederemos seguidamente a uma sinopse integrativa da argumentação antes desenvolvida para fundamentar a nossa tese: o Direito Penal não tem legitimidade de intervenção relativamente à detenção de pedopornografia virtual total e aparente, por não se vislumbrar qualquer carência de tutela penal de um qualquer bem jurídico. Para tal, debruçar-nos-emos sobre seis pontos fundamentais. Primeiro: os limites do âmbito de intervenção do poder punitivo. Segundo: a rutura com as concepções moralistas em matéria sexual. Terceiro: a liberdade e autodeterminação sexuais protegidas nos crimes sexuais. Quarto: a inexistência de bem jurídico na detenção de pedopornografia virtual total e aparente. Quinto: os moralismos ocultados pela proteção da liberdade e autodeterminação sexuais de menores.

²⁵⁵ Giuliani *apud* CUNHA, 2013, p. 178

²⁵⁶ Projeto Alternativo do Código Penal Alemão, 1966, p. 29

Na parte final, elencaremos algumas ilações ou implicações decorrentes da nossa tese. Estamos cientes da complexidade da matéria, da colisão entre determinados valores sociais-morais e direitos humanos que a lei deve tutelar, e da dificuldade que o próprio legislador pode experimentar quando a busca da essência do Direito, num Estado de Direito, pode colidir com o sentimento “comum”, o “bom-senso”, ou a “moralidade comum”. Todavia, o Direito, além de ser uma estrutura de uma sociedade livre e aberta, é também uma Ciência. Como tal, requer-se que o legislador atue no sentido de um aperfeiçoamento na valorização das situações jurídico-penalmente relevantes. Há uma ética do Direito que requer reflexão desprovida de preconceitos e focada tanto no bem-comum como na preservação dos direitos fundamentais.

1. Âmbito de intervenção do poder punitivo. A legitimidade da intervenção penal será sempre debatida no quotidiano jurídico. O *ius puniendi* conhece cada vez mais fronteiras que fazem frente às concepções morais e idealísticas. O Direito Penal enfrenta hoje diversos desafios relacionados com a precisa questão: até onde se justifica a intervenção do poder punitivo? Muito se tem discutido sobre as margens do poder punitivo e da necessidade de criminalização de diversas condutas que aos olhos de muitos merecem a intervenção do Estado com o seu poder de punir aquilo que, aparentemente, representam comportamentos de elevada gravidade. Ainda que sejam notórias e meritórias as mudanças, os limites desta entidade conhecem progressivamente mais obstáculos em virtude da desnecessidade de fazer corresponder a determinada conduta, alegadamente violadora de direitos, uma pena.

Neste sentido, o Direito Penal tem sido envolto em dois grandes desafios. Por um lado, tem realizado um progressivo esforço no sentido de uma maior “desmoralização” das condutas abrangidas. Por outro lado, tem-se tornado mais exigente quanto a condutas que, embora se possam considerar inoportáveis no seio de uma comunidade, não apresentam dignidade penal. Em consonância, os comportamentos sem gravidade suficiente para merecerem abrigo penal devem ser confiados a outras extensões sancionatórias.

Com vista a serem definidos os comportamentos que comportam a aludida dignidade penal, necessário é que tenhamos presentes considerações essenciais, designadamente a tutela subsidiária do bem jurídico, o princípio da necessidade de pena e o princípio da subsidiariedade penal – juízos fundamentais na determinação da legitimidade da intervenção penal.

A pena só pode estar fundamentada em fins de prevenção geral e especial e fundada num elemento constitutivo essencial que é do da tutela subsidiária de bens jurídicos. Assim, a prossecução da prevenção geral apenas subsiste como finalidade subsidiária de um bem jurídico-penal segundo o respeito pelos princípios da ofensividade e da necessidade da pena.

O conceito de bem jurídico tem sido largamente discutido ao longo de toda a história penal, culminando na principal questão do Direito Penalístico. Este conceito fundamental está na base de toda a criminalização e nele se encontra o fundamento de previsão das várias condutas no nosso Código Penal. Por esta razão, desde sempre houve um trabalho doutrinal intenso na procura de um significado de bem jurídico e da definição do conceito de crime. Assim, as principais vertentes doutrinárias consubstanciaram as violações ao bem jurídico como tendo origem em diversos factos, entre os quais, o crime seria, nomeadamente: a violação de um direito subjetivo de um indivíduo (Feuerbach); um facto ilícito contra uma lei – assim violando o pacto social (Beccaria); uma ameaça aos bens protegidos pelo Estado (Birnbaum); uma violação de algo que o legislador considere valioso e cuja retenção deve ser assegurada pelas normas (Binding); ou uma ameaça a um bem da sociedade (Liszt).

Igualmente significativo para encontrarmos o sentido do Direito Penal foi o testemunho de Günther. O autor sugeriu uma outra via paralela à do bem jurídico, sugerindo que o crime constituía uma defraudação das expectativas do sistema social e, por conseguinte, a pena serviria como garantia da vigência da norma que, por sua vez, mantinha aquelas expectativas. Jakobs alertou para o facto de existirem elementos prévios inevitavelmente associados a uma sociedade. No entanto, a sua teoria parece falhar no que diz respeito à procura de explicação para os resultados da mesma. Apesar de não ser possível alcançar um conceito determinado e imutável sobre o objeto do Direito Penal, o nosso ordenamento não perdura sem qualquer referência e não pode, sobretudo, estar sujeito às otimizações periódicas moralistas da comunidade.

O esforço das várias vertentes doutrinárias na determinação do objeto do Direito Penal foi altamente rico e meritório. Foi através da procura de explicações e do levantamento de questões de elevada importância, que hoje conseguimos responder a muitas outras interrogações e nos é possível aduzir sobre aquilo que deve sobrepesar em cada juízo valorativo realizado no seio penal. Apesar das divergências entre vertentes doutrinárias, cada uma desempenhou um papel essencial e todas acabaram por culminar na conclusão de que

não é possível ou sequer desejável encontrar um sentido universal do conceito de bem jurídico. Concomitantemente, foi no quadro das premissas dos diversos autores, que foi possível colocar o bem jurídico como núcleo essencial na doutrina do crime. Nesta senda, os contributos concedidos ao longo dos anos foram a chave fulcral para determinar o objeto do poder estatal e o ponto de partida para a determinação do que pode ser objeto de crime.

Para determinarmos precisamente qual o objeto de crime ou, pelo menos, aquilo que pode ser valorado como bem jurídico-penal, torna-se imprescindível tomar em linha de conta a conceção a ser seguida e segundo a qual nos guiaremos na tentativa de compreender o que esteve na base de certas previsões punitivas.

Atualmente e fruto das importantes contribuições teóricas de meritorios autores, podemos aduzir com certeza que a necessidade de tutela penal só pode ser asseverada se partirmos de uma conceção material do Estado que exige que o valor ou interesse a proteger deva ter um conteúdo material, ou seja, deve consistir num padrão crítico às normas penais e deve orientar-se pela veia político-criminal da Constituição – a que se confere o papel legitimador da dignidade do bem jurídico. Com efeito, é a dignidade penal que confere eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens que carecem de elevada tutela penal é que devem receber guarida do Direito Penal. A Lei Fundamental encarregar-se-á, lado a lado com o Direito Penal, de definir o critério que confere legitimidade a qualquer criminalização.

Como bem se sabe, a referência constitucional não é absoluta porquanto não invalida a instituição de restrições que fazem a exceção àquela legitimação. Desta forma, para qualificar uma conduta como crime, isto é, para impormos uma restrição constitucional, é necessário avaliar os pressupostos presentes nas disposições constitucionais, em especial no preceito fundamental do artigo 18º número 2, mediante o respeito pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de tipificar condutas desvinculadas da tutela de bens jurídicos. Há, por conseguinte, possibilidade de uma restrição constitucional legítima mediante o cumprimento dos seguintes requisitos materiais: que tenha previsão expressa na Constituição; que seja justificado para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; que a mesma seja apta, necessária e proporcional para alcançar aquele objetivo; e que não anule a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Desta feita, deve ser encontrado o ponto de equilíbrio entre a suscetibilidade de ofensa a um bem com reflexo constitucional e a ponderação do princípio de subsidiariedade, princípio da adequação da pena e a avaliação dos benefícios de criminalização ou de não criminalização. Assim, os bens jurídicos são concretizações de valores, princípios, direitos e interesses com inspiração Constitucional e, por isso, traduzidos naqueles bens que, à luz da ordem axiológica jurídico-constitucional, têm acolhimento do Direito Penal. Em bom rigor, tal significa que se rejeita qualquer criminalização que não seja indispensável à subsistência da comunidade, sob pena de incorremos num excesso de criminalização desnecessário e intransigente.

Não há regra penal que escape à vistoria da constitucionalidade, segundo a qual o Estado só pode limitar os direitos e garantias de cada indivíduo numa determinada comunidade na medida em que esses limites sejam indispensáveis ao seu bom funcionamento e imprescindíveis para assegurar os direitos e valores de cada um dos membros. É, portanto, tarefa legislativa a conversão desses valores em bem jurídicos na medida necessária num Estado de Direito democrático, pluralista, fomentador da tolerância, promovedor da diversidade moral e de *ultima ratio*, isto é, a tarefa de indagar sobre se a tutela em questão será melhor alcançada com a criminalização ou se será melhor lograda com outros meios não penais. O entendimento do Direito Penal como *ultima ratio* requer que a conduta seja avaliada de acordo com a gravidade de ofensa ao bem jurídico protegido, excluindo condutas irrelevantes.

Em suma, um bem jurídico-penal tem de comportar dois pressupostos: por um lado, a dignidade penal, mostrando-se indispensável e proporcional à proteção de bens fundamentais individuais e da comunidade; e, por outro, tem que apresentar carência de tutela penal consubstanciado no princípio de intervenção mínima da pena, isto é, o Direito Penal só intervém quando seja o único meio adequado à prossecução dos fins visados.

Tomando em consideração a relevância e essencialidade desta análise axiológico-constitucional, torna-se manifesta a indignidade penal de algumas condutas e, por conseguinte, há situações em que urge uma alternativa à sanção penal para as quais haja dúvidas quanto ao seu efeito eficaz na comunidade. Neste contexto, torna-se ainda mais perceptível que será insustentável um axioma delimitativo da teoria do bem jurídico, pois aquilo que se pretende é um juízo dos valores em causa. Torna-se necessário, por essa razão,

conferir uma margem de discricionariedade ao legislador para avaliar da dignidade penal de cada caso em concreto.

Não é pelo fato de um bem jurídico apresentar dignidade constitucional que será seguido necessariamente por criminalização, exige-se que a via penal seja a única forma adequada de tutela. Apenas podem ser sancionadas as condutas que resultem na ofensa a direitos de outrem, sendo a Constituição a resposta delimitativa à tarefa punitiva e o fundamento segundo o qual da determinação do bem jurídico não podem resultar imputações fundamentadas por ideologias ou a incriminação de comportamentos que não perturbem a esfera de liberdade de outro indivíduo. O conceito de bem jurídico deve, portanto, ajustar-se com as finalidades das normas constitucionais – verdadeiramente abertas às transformações sociais e ao desenvolvimento do conhecimento.

Tendo por base todas as teorias explicativas da legitimidade da intervenção penal, permanece a questão relativa a uma qualquer disposição que preveja uma certa conduta que não ofenda qualquer bem jurídico.

Sublinhemos que não se está aqui a pôr em causa o merecimento de penas mais fortes para comportamentos mais graves. É congruente que sejam impostas penas mais graves a um crime mais grave, como o de homicídio, do que aquelas aplicadas num crime menos grave, como o de furto. O que, todavia, não é tao perceptível é de que forma são impostas penas a algumas condutas previstas no nosso Código Penal, sobretudo no capítulo dos crimes contra a autodeterminação e liberdades sexuais nos quais a moral mais vinga.

2. A rutura com as concepções moralistas em matéria sexual. A sexualidade e as formas de expressão sexuais são, porventura, o campo onde mais se cruzam a moral e o Direito Penal. Por esse motivo, o Código Penal, em matéria sexual foi objeto de particulares e inovadoras alterações, jamais impensáveis antes das várias Reformas. Nas sociedades atuais, as transformações sociais e a modificação de valores foram fundamentais para uma melhor compreensão dos fatores inerentes à sexualidade, pelo que daqui resultou uma extensa sensibilização face aos problemas na atividade sexual e a mitigação de censuras desmesuradas que tinham vindo a ser alimentadas até então.

Por sua vez, a reforma de 1995 foi a modificação fulcral do conceito de jurídico e na verdadeira rutura com as conotações moralistas. A designação dos crimes contra a

honestidade e dos crimes contra os costumes foi sendo substituída pela denominação de crimes sexuais. Foi a partir das devidas alterações que foram sendo suscitadas questões sobre a legitimidade da transformação dos crimes contra os costumes em efetivos crimes sexuais e, por conseguinte, sobre as reprovações sociais que tinham vindo a existir quanto a diversos comportamentos no âmbito sexual, que na maioria das vezes não constituía nenhum tipo de crime. Se mantivéssemos os ideais anteriores à Reforma, encontraríamos no Direito Penal uma forma de tutela redutora que serve os desejos e apreensões interesseiras de uma comunidade e não a promoção da liberdade e individualidade de cada cidadão.

Os crimes contra a honra, assim como os crimes que ofendem a reserva da intimidade privada ou a liberdade são, de facto, crimes que desrespeitam bens jurídicos com pouca objetividade. Contudo, a falta de previsão daqueles bens jurídicos seria o suficiente para estremecer a sustentabilidade social. Facilmente se deduz que daqueles crimes resultarão perturbações à “paz” da comunidade, sem a qual a mesma consegue subsistir. Não estamos a tutelar a moralidade, mas, nomeadamente, a dignidade das pessoas ou a liberdade das pessoas que escolhem uma religião e o dever de respeito em relação ao defunto e aos seus familiares. Daí que os moralismos que daqui decorrem fundamentam uma pena não porque advêm de conceções religiosas mas porque daí decorrem perturbações para a comunidade no seu todo.

Poder-se-ia colocar em hipótese a possibilidade de encontrar uma estandardização universal de conceitos moralistas. Todavia, claramente se constatará que esta solução só colocaria ainda mais questões problemáticas, uma vez que exigir-se-ia uma permanente adequação de uma moral universal ao contexto cultural mutável que ia surgindo e aquilo que uns entendem ser o melhor para promover os valores comunitários não corresponde na maioria das vezes ao entendimento de outros.

Não resulta do exposto que não haja padrões consensuais sobre o que se entende por moral ou imoralmente aceite, mas apenas que estes não possam ser impostos pelo *ius puniendi*. A pertença de um indivíduo a um grupo depende, acima de tudo, do que ele considerou como moralmente aceitável. Contudo, o Direito Penal só protege bens jurídicos e a moral social não é um bem jurídico. Assim, as regras penais só são construídas com vista a assegurar que a sustentabilidade da comunidade não seja ameaçada pelo desrespeito dos princípios fundamentais.

3. A liberdade a autodeterminação sexuais protegidas nos crimes sexuais. Pelo antes exposto, se compreende que o Direito Penal serve a proteção das condutas que provocam danos sociais, não porque se consubstanciam na imoralidade ou na frustração de expectativas da comunidade, mas porque constituem perturbações na união comunitária e limitações à prossecução da liberdade individual.

A este propósito, a criminalização da homossexualidade, não poderia jamais justificar-se com a autodeterminação das pessoas nem com a liberdade individual sexual, pois que se tratam de comportamentos na esfera privada e entre adultos e não constituíam uma perturbação suficientemente grave na comunidade. Assim, por muito reprovável que fosse para alguém, não poderia jamais criminalizar-se tal conduta. Aquilo que se pretendia proteger era precisamente aquilo que se estaria a provocar – uma limitação à forma de atuação sexual livre de cada indivíduo.

Não cabe ao Estado prosseguir finalidades puramente morais, religiosas ou ideológicas desligadas de ofensas a outros valores básicos e essenciais, pelo menos enquanto isso não constituir condição para manter a subsistência da vida em comum numa certa comunidade.

A ideia da violação de um bem jurídico veio precisamente reivindicar a proibição da tutela moralista camuflada por concepções preconceituosas. A teoria do bem jurídico consiste então na tentativa de limitar a pena de acordo com um conceito material de crime e não mediante fins sem qualquer materialidade ou consistência jurídica. Certamente será necessária uma certa coerência moralista no quadro dos valores de uma sociedade, valorizando-se juridicamente as regras de boa fé, o respeito pela vida e pela integridade de cada um. Todavia, só terão relevância os comportamentos ditos “imorais” quando daí advierem consequências graves prejudiciais à convivência na comunidade. Por conseguinte, o juízo a ser realizado deverá sê-lo face à conduta propriamente dita e não como resultado dos padrões moralísticos aceites e impostos numa sociedade. Se enveredássemos por aceitar a imposição destes padrões, teríamos que descriminalizar uma conduta quando uma parte maioritária da sociedade assim o determinar, ou porque opta por não a suprimir por acordar em tal ou por ter precisamente concepções moralísticas diferentes.

Portanto, aquilo que deve servir de inspiração à incriminação de uma conduta é, por um lado, a importância atribuída ao bem contra os quais se dirige o comportamento a incriminar; e, por outro, a necessidade de aplicação de uma pena como único instrumento

irrenunciável para assegurar a eficácia da tutela quanto a ofensas mais graves. Em bom rigor, deve sobrepesar-se, por um lado, os bens necessários ao justo desenvolvimento individual e, por outro, os bens essenciais a uma convivência equilibrada no seio de uma sociedade que não pode ultrapassar a proteção da livre escolha individual.

Como sublinhámos, é fundamentalmente no campo dos crimes sexuais que aquela questão mais suscita debate e é essencialmente quanto aos crimes contra menores que surge mais controvérsia. O combate contra todas as formas de exploração infantil e a luta contra aqueles que disseminam a imagem de menores em contextos sexuais parece hoje servir de fundamento a toda a criminalização neste campo. É, justamente, neste âmbito que o processo de delimitação das margens do poder estadual mais se revela retardado. Alvo de todas as suscetibilidades e fruto de uma história longa de criminalização, é sobretudo quanto estes crimes que a vontade de punir mais aparenta vingar. Parece no mínimo razoável que se faça justiça quando nos referimos à proteção da autodeterminação e liberdade sexuais daqueles que não têm capacidade para expressar o seu consentimento. No entanto, aquilo que se tem vindo a verificar é que o legislador tem optado por criminalizar ao desbarato aquilo que não é suscetível de o ser por não estar em causa a tutela de qualquer bem jurídico.

A noção de violação de um bem jurídico surgiu, desta forma, para colmatar as punições motivadas por uma tutela moralista camuflada. Neste sentido, no campo dos crimes sexuais, passou a ser penalmente reprovável apenas os comportamentos que violassem o direito à autodeterminação e liberdade sexuais. Em concreto, no caso dos crimes contra menores, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação sexual, considerando a necessidade de proteger aqueles que possuem um baixo nível de autodeterminação e a quem fica hipotecada a tomada de decisões livres e maduras quanto aos seus relacionamentos sexuais – futuros.

4. A inexistência de bem jurídico na detenção de pedopornografia virtual total e aparente. Ainda que sejam louváveis as recentes modificações no Direito Penal, não é compreensível a perpetuação de censuras moralistas quanto a certos comportamentos de cariz sexual, alegadamente inaceitáveis. Consideramos incompreensível a existência de crimes cuja punição não se revela de forma alguma pertinente à alegada tutela de bens

jurídicos que lhes subjaz - aqueles em que se punem presumíveis criminosos sexuais por utilização de material pornográfico com representação realista de menor, como sucede no número 4 do artigo 176º. Pune-se, desta forma, os potenciais abusadores de crianças, ou seja, aqueles que produzem, distribuem, importam, exportam, divulgam, exibem ou cedem, adquirem ou detêm a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos com representação realista de menor.

Se apenas atendendo aos bens jurídicos protegidos se aferirá da legitimidade da intervenção do poder do Estado, sendo que apenas a liberdade e a autodeterminação sexuais são bens jurídicos dignos da intervenção protetiva de um direito de *ultima*, como pode ser aferida viabilidade a uma criminalização de um bem jurídico em nada relacionado com a proclamada autodeterminação sexual?

É inegável que será exigível uma coerência moralista no quadro valorativo de uma comunidade, no entanto o bem-estar social não pode estar condicionado por uma maioria de vontades de um grupo de pessoas, sob pena de serem impostos interesses de uma parte à parte contrária. Não é pelo facto de existirem divergências de ideias quanto à sexualidade que o equilíbrio comunitário é colocado em perigo. É inconcebível o exercício da liberdade individual mediante a fixação de convicções idealistas, claramente incompatível com uma sociedade aberta, pluralista e tolerante.

Na esfera sexual, em particular, não pode existir espaço para consensos sociais ou opiniões maioritárias, uma vez que nos encontramos no âmbito privado apenas condicionado pelo consentimento dos envolvidos. A lei não é a expressão dos valores maioritariamente expressos - o que invalidaria que essa maioria não resultasse numa medida trágica imposta a uma minoria?

Portanto, exige-se que não se punam condutas que, embora moralmente censuráveis, não põem em causa os restantes membros da comunidade ou acarretam para esta mais prejuízos do que vantagens. Dizer que é ilegítima a visualização de materiais pornográficos por ser um estímulo à passagem para o abuso real de menores será comprometer a juridicidade de um assunto desta natureza que não pode jamais ser alvo de apreciações emotivas e de senso comum comprometidas por aquilo que a sociedade mais (moralmente) receia. O Direito não afere da perigosidade das intenções da pessoa do agente, mas dos seus atos.

5. Os moralismos ocultados pela proteção da liberdade e autodeterminação sexuais de menores. Do antes exposto, resultam ilações para o tema particular de que nos ocupámos. A disposição em análise, resultante da Decisão-quadro de 2004/68/JAI e, posteriormente, da Diretiva nº 2011/93/EU, foi alegadamente fundamentada pela necessidade de combater o abuso e a exploração sexual e de suprir a proliferação de pornografia infantil, incluindo para tal as imagens que “pareçam” ou “transmitam a impressão de” serem menores. Estavam assim incluídas nestas imagens, aquelas que envolviam pessoas reais com aspeto de crianças ou imagens realistas de crianças. São assim criminalizadas quatro modalidades de pedopornografia: a pedopornografia real, a pedopornografia virtual parcial, a pedopornografia virtual total e a pedopornografia aparente. São objeto primordial desta dissertação a pedopornografia virtual total e a aparente.

A pedopornografia virtual consiste no tipo de material que contém no seu todo (virtual total) ou em parte (virtual parcial) imagens realistas de uma criança envolvida num comportamento sexual explícito ou imagens realistas dos órgãos de uma criança, mesmo que inexistente, para fins predominantemente sexuais. Este tipo de material resulta de criações geradas pela tecnologia sob a forma de *cartoons*, *avatars*, desenhos, entre outros. Ao passo que na sua vertente total, nada na imagem é real, ou seja, toda a representação é puro fruto da tecnologia; quando essa virtualidade é parcial, as representações consubstanciam-se em frações de imagens de um menor *real*.

Aquilo que justifica a associação da representação de um menor a qualquer representação realista é o facto de aquele material pode indicar que a pessoa representada é um menor e, por conseguinte, o argumento é o de que aquele tipo de materiais se tratam de réplicas de uma imagem real. Isto significa que aquelas imagens são apenas conversões de imagens reais em fictícias.

Os materiais que contêm pedopornografia aparente consistem na representação de uma pessoa cuja representação ilusiva é a de um menor, ou seja, a imagem de alguém que aparente ser menor de idade num contexto sexual, real ou simulado, para fins predominantemente sexuais. Este crime apenas é suprido quando se prove que a pessoa envolvida é maior de idade.

À nossa apreciação, não se vislumbram dúvidas quanto à legitimidade da intervenção penal em matéria de pedopornografia real e de pedopornografia virtual parcial, uma vez que nos confrontamos com a carência de tutela imediata da autodeterminação e liberdade sexuais que são colocadas em risco – e, ainda que possa apenas sê-lo em parte, o segundo modelo pode ser designado como real.

Não é questionável o esforço visando travar a proliferação de pornografia infantil. Todavia, a pedopornografia virtual total ou aparente não podem confundir-se com qualquer abuso ou coisificação de um menor. Não se compreende, ademais, como pode, mediante criminalização, proteger-se um menor ou todos os menores. Parece-nos que a reprovação moral ultrapassa o princípio da necessidade e proporcionalidade da pena, pressupostos fundamentais na determinação de criminalização.

A detenção de pedopornografia real e virtual parcial implicam, de facto, uma lesão insuportável a bens jurídicos fundamentais, na medida em que há um efetivo aproveitamento por parte de alguém da lesão da autodeterminação e liberdade sexuais de alguém. Aqueles bens jurídicos apenas estão claramente em causa quanto a estes dois modelos, pois quer no momento da sua criação, quer no momento da sua transmissão, os menores são reduzidos a mera mercadoria para a satisfação de interesses alheios. Contudo, não existindo qualquer menor, que dizer quanto à existência de um qualquer bem jurídico? Não se antevê como pode ficar fragilizado o desenvolvimento da maturidade psicológica de um menor nas hipóteses discutidas. Decorre da Decisão-quadro de aquele tipo de condutas teve como objetivo evitar que mais crianças fossem usadas como objetos sexuais e evitar a maior divulgação de pseudo-representações de pornografia. Questione-se: de que forma?

Daquilo que se afere da jurisprudência, a disposição do artigo 176º, nº 4, apenas foi aplicada, em concreto, quanto a casos de detenção de pedopornografia virtual parcial. O conceito de representação realista foi apenas associado aos materiais pornográficos que existem em ambiente virtual ou que contêm imagens de cariz virtual. Assim, o disposto naquela norma foi edificado para aqueles casos em que a pornografia é construída através da composição de imagens com vista a dificultar a identificação da vítima envolvida. Todavia, nos casos de pedopornografia virtual parcial, a vítima é representada realmente e não realisticamente – o que já não se pode dizer quanto aos outros modelos.

Sendo o bem jurídico o verdadeiro pressuposto penal, este tipo de conduta, o da detenção de pedopornografia virtual total e aparente, não pode jamais estar abrangida pelo

capítulo dos crimes contra as pessoas e, em particular, na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual de crianças. Poder-se-ia questionar se a pretensão do legislador terá sido a de criminalizar apenas os crimes de pedopornografia virtual parcial. Contudo, afigura-se-nos, salvo devido respeito, que o legislador atuou no sentido de alargar a lista punitiva para todas as situações moralmente inaceitáveis. Assim, o intuito foi o de manter a norma o mais geral possível de forma a poder abranger todos os comportamentos que pudessem vir a ser considerados imorais ou menos próprios. cremos que legislador terá caminhado para além da tutela da liberdade e da autodeterminação sexuais e não terá abandonado totalmente os sentimentos gerais de moralidade.

Desta feita, na conduta em análise, não pode jamais assegurar-se, de um ponto de vista político-criminal e axiológico-constitucional, que houve lesão de um bem jurídico. Não pode o Direito Penal consubstanciar-se num Direito Penal das vontades, não existe cabimento para reprovações moralistas. O Direito Penal não pode orientar-se por valores éticos ou tendências sociais ou religiosas. A solução punitiva neste caso extermina por completo a estrutura fundamental político-criminal da descriminalização.

Acresce a estas questões, uma outra: se estaremos perante a necessidade de aplicação de uma pena para fins de prevenção geral. Assim, foi sendo criada a ideia de que este tipo de material pornográfico facilita e justifica os crimes sexuais, havendo assim quem defenda que o fundamento da criminalização é o do estímulo a efetivos abusos sexuais de menores, ou seja, de que aquele tipo de materiais servirá de aliciamento de menores, de aguçamento de apetites sexuais de potenciais criminosos que incentivam aqueles para agir de acordo com os seus desejos.

Primeiramente, tenha-se em patamar de consideração que os estudos existentes até à época atual vêm contrariar precisamente o argumento de que a detenção daquele tipo de materiais provoca o estímulo sexual para futuros abusos sexuais de menor. Acresce que, não obstante a existência de estudos comprovativos que contrariam aquilo que se tem vindo a defender, não se compreende como pode aquele tipo de tutela alcançar os fins a que se propõe. Mesmo que consideremos a detenção daquele tipo de materiais um qualquer indício de crime sexual, não poderemos tipifica-la sem mais. Não é discernível como se pode punir alguém que detém material pelo simples facto de que pode confluir nas mãos de terceiro.

Um outro argumento prende-se com a dificuldade de distinção entre algumas imagens virtuais e imagens reais. Assim, há quem defenda que é necessário punir quem

visualiza outros tipos de pornografia infantil para condenar aqueles que visualizam pedopornografia real. Se assim fosse, por que se perpetua a pedopornografia real? Não pode o legislador prever uma situação que não está sequer materializada ou comprovada.

Certamente que o Direito Penal punirá os criminosos sexuais que usem estes materiais com crianças com vista a aliciá-las (culminando no crime de abuso sexual consubstanciado na importunação sexual de uma criança, art. 171º, nº 3). Todavia, por existir essa remota possibilidade, não significa que possamos sem mais tipificar o comportamento anterior. A mera possibilidade de uma conduta encorajar atos ilegais, não é motivo suficiente para proibi-la.

Acresce que, mesmo que seja demonstrado que a detenção daquele tipo de materiais tenha o efeito de estímulo para novos crimes sexuais, parece-nos que será adequada a aplicação de um direito de mera ordenação social por forma a regular o comércio e o aumento de distribuição de pornografia. Nem sempre a punição resolve os males criminais, nem pode a pena criminal servir como puro castigo contra aqueles que desrespeitam interesses egoísticos. A conduta pode ser reprovável do ponto de vista moral, mas seria radical sancioná-la penalmente.

Portanto, apesar de se louvar o propósito humanitário, o interesse social é no seu núcleo fundamental o culminar de todos os interesses individuais, que está longe de se consubstanciar na punição de condutas sustentadas por considerações moralistas. Por muito que possa ou não vir a ser útil no combate à criminalidade, a superação das dificuldades a esse respeito não é fundamento bastante para criar um tipo de crime. O útil neste caso desconsidera o justo. Não poderemos jamais concretizar uma conduta num crime com base em algo que “parece mesmo ser”, sob pena de incorrerem num ideal de “in dubio pro pena”.

A falta de intercomunicabilidade entre as diversas áreas envolvidas na investigação dos crimes sexuais não pode servir de pretexto a uma criminalização, mas certamente para uma não regulamentação prematura e frágil que serve os ditames de uma sociedade que prossegue fins individuais interesseiros. A legislação sem fundamento consolidado torna-se o principal inimigo de um Direito Penal de intervenção mínima, credível e coerente.

6. Implicações e sugestões. O que antes fica exposto conduz-nos a duas sugestões quanto às disposições legais.

Primeiramente, se a única pretensão do legislador, quando introduziu a expressão “representação realista”, foi única e somente a de prever o material de pedopornografia virtual parcial, a disposição deve ser alterada com vista a aludir precisamente às características deste modelo de pornografia. Em rigor, punir-se-ia: “quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, fotografia, filme ou gravação pornográficos a qualquer título ou por qualquer meio, de frações de imagens realistas de uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito ou de imagens dos seus órgãos sexuais”. Ademais, esta disposição poderia estar implícita no nº 1, uma vez que se trata verdadeiramente de pornografia real, ainda que apenas em parte, cumprindo-se o pressuposto de utilização de menor em qualquer um dos casos, quer na pedopornografia real, quer na pedopornografia virtual parcial.

Em segundo lugar, se a disposição foi feita precisamente com o propósito de incluir o máximo possível de comportamentos reprováveis moralmente, então a nossa sugestão vai no sentido de excluir a disposição em causa da secção dos crimes contra a autodeterminação sexual. Entendemos que deve ser remetida aquela disposição, naquela conduta em específico, para um direito de mera ordenação social com vista ao combate da proliferação do comércio de pornografia daquele cariz, na medida em que apesar de socialmente intolerável, a conduta não apresenta dignidade penal. A pena não é, e estará longe de ser, o mecanismo indicado para toda e qualquer perturbação no seio comunitário, pois “num Estado bem governado, há poucas punições, não porque haja muitas graças, mas porque há poucos criminosos”.²⁵⁷

Não podemos confundir a intolerância relativamente a uma conduta com a necessidade de uma sanção punitiva que a proíba. Cabe, portanto, ao Direito Penal impedir que essa associação seja feita, sob pena de nos ser imposto um código moralista que uma maioria preconiza sobre um qualquer tema controverso. Não pode, jamais, tomar-se como limite à conceção de bem jurídico a questão da moralidade sexual; exige-se que se averiguem se as situações em causa apresentam, de facto, a relevância do ponto de vista criminal a justificar que se tipifiquem como crime ou consistam somente numa situação menos correta ou imoral.

²⁵⁷ ROSSEAU, Jean-Jacques, “Du contrat social ou Principes du droit politique”, Biliothèque Nationale, Bureaux de la Publication, 1866

VII. BIBLIOGRAFIA

AIKEN, M, MORAN, M., BERRY, M.J., “Child abuse material and the Internet: Cyberpsychology of online child related sex offending”, 29th Meeting of the INTERPOL Specialist Group on Crimes against Children Lyons, France, 2011

ALBERGARIA, Pedro Soares de, LIMA, Pedro Mendes, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?”, Jornadas de Direito Penal – Crimes no Seio da Família e Sobre Menores, Revista Julgar nº 12, 2010

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, “Artigo 176º - Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 2008

ALFAIATE, Ana Rita, “A relevância penal da sexualidade dos menores”, Coimbra Editora, 2009

ALFAIATE, Ana Rita, “Crimes sexuais contra menores: questões de promoção processual”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*, 2009, Vol. 3

ANDRADE ⁽¹⁾, Manuel da Costa, “O novo Código Penal e a moderna Criminologia”, O Novo Código Penal Português e legislação complementar, Jornadas de Direito Criminal, Centro de Estudos Judiciários, 1983

ANDRADE ⁽²⁾, Manuel da Costa, “O Novo Código Penal Português e a moderna criminologia”, Jornadas de Direito Criminal, Centros de Estudos Judiciários, Lisboa, 1983, p. 203

ANDRADE, Manuel da Costa, “A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de ‘bem jurídico’”, *Direito Penal Económico*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1991

ANDRADE, “ A dignidade penal e a carência da tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1992

ANDRADE, Manuel Costa, “Consentimento e Acordo em Direito Penal”, Coimbra Editora, 2004

ANTUNES, Maria João, “Crimes contra menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual” in *Boletim da Faculdade de Direito*, 2005, Vol. LXXXI

ANTUNES, Maria João, “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in *Revista Julgar*, nº 12, 2010

ANTUNES, Maria João, “Problemática Penal no Tribunal Constitucional Português”, *Revista Brasileiras de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, A. 19, nº 92, 2011

ANTUNES, Maria João, SANTOS, Cláudia, “Artigo 176º: Pornografias de menores” in Jorge de Figueiredo Dias (ed.), *Comentário Conimbricense Do Código Penal: Parte Especial – Artigos 131.º a 201.º*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

ARAÚJO, António, “Crimes sexuais contra menores – entre o Direito Penal e a Constituição”, Coimbra Editora, 2005

ARAÚJO, Dyellber de Oliveira, “Institutos penais de emergência – ‘novas’ fórmulas para velhos dilemas – uma análise dos novos estudos de política criminal voltada aos indesejados pela sociedade”, 2007 *in* “Direito Penal hoje – novos desafios e novas respostas” org. ANDRADE, Manuel da Costa, NEVES, Rita Castanheira, “Direito Penal: novos desafios e novas respostas”, Coimbra Editora, 2009

BAKER, Dennis J., “The right not to be criminalized – demarcating Criminal Law’s Authority”, Routledge, 2011

BARTEL, Christopher, “Resolving the gamer’s dilemma, Springer, 2011

Beccaria, “Dei delitti e delle pene”, Letteratura italiana Einaudi, 1973

BELEZA, Teresa Pizarro, “A revisão da Parte Especial na reforma do Código Penal: legitimação, reequilíbrio, privatização, ‘individualismo’” *in* Jornadas sobre a revisão do Código Penal, org. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza, Faculdade de Direito de Lisboa, 1998

BELEZA, Teresa Pizarro, “Direito Penal”, 2º volume – tomo I, aafdl, 1980

BELEZA, Teresa Pizarro, “Mulheres, Direito e crime ou a perplexidade de Cassandra”, AAFDL, 1993

BELEZA, Teresa Pizarro, “Sem sombra de pecado – o repensar dos crimes sexuais na Revisão do Código Penal”, Jornadas de Direito Criminal, Lisboa, 1996

BOWER, Daniel W., “Holding Virtual Child Pornography Creators Liable By Judicial Redress: An Alternative Approach to Overcoming the Obstacles Presented in *Ashcroft v. Free Speech Coalition*”, *BYU Journal of Public Law*, 2004

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2014

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARVALHO, Américo Taipa de, “Direito Penal – Parte Geral”, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008

Child Pornography Prevention Act (1996)

CISNEROS, Danielle, 'Virtual Child' Pornography on the Internet: A 'Virtual' Victim?, Duke L. & Tech. Ver., 2002

Código Penal alemão atual, *section* 176 (4), 4 (versão em inglês) (disponível em: www.legislationline.org)

Código Penal alemão de 1962 (disponível em: www.legislationline.org)

Código Penal francês, artigo 227-23 (disponível em www.legislationline.org)

Código Penal Italiano (disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/060381.htm>)

Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias de 29 de Junho de 1994 *in* “Reforma do Código Penal – trabalhos preparatórios”, 1995

CONNOLLY, Kate, “Germany investigates Second Life child pornography”, The Guardian, 2007 (disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2007/may/08/secondlife.web20>)

COOK, Royer F, FOSEN, Robert H, PACHT, Asher, “Pornography and the sex offender: patterns of previous exposure and arousal effects”, *Journal of Applied Psychology*, 2012

CORREIA, Eduardo, “Direito Penal e direito de mera ordenação social”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XLXI, 1973

COSTA, José de Faria, “Vida e morte em Direito Penal (esquisso de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n^{os} 1 e 2. 2004

COSTA, José de Faria, “Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis”, Coimbra Editora, 2009; CUNHA, M. Conceição Ferreira da, “Vida contra vida – conflitos existenciais e limites do Direito Penal”, Coimbra Editora, 2009

COSTA, José de Faria, “Noções Fundamentais de Direito Penal”, 3.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora”, 2012

COSTA, José de Faria, “Sobre o objeto de proteção do Direito Penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um Direito Penal não iliberal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, A. 142, n^o 3978, Coimbra Editora, 2013

CRAWFORD, Angus, “Computer-generated ‘Sweetie’ catches online predators”, 2013, BBC News (disponível em: <http://www.bbc.com/news/uk-24818769>)

CUNHA, Maria da Conceição, “Constituição e crime – uma perspetiva de criminalização e da descriminalização, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995

CUNHA, Paulo Ferreira da, “Ultima ratio – uma revisão filosófico-constitucional da ciência do Direito Penal” *Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld- Direito Penal – fundamentos*

dogmáticos e político-criminais, Org. Manuel da Costa Andrade; José de Faria Costa; Anabela Miranda Rodrigues; Helena Moniz; Sónia Fidalgo, Coimbra Editora, 2013

D'AVILLA, Fabio Roberto, "Ofensividade e crimes omissivos próprios (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)", Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2005

Decisão-quadro 2004/68/JAI

Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948

DIAS, Jorge Figueiredo, "Direito Penal e Estado de Direito Material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime", Revista de Direito Penal, 1937

DIAS, Jorge de Figueiredo, "Direito Penal e Estado de Direito Material", Revista de Direito Penal, Forense Rio de Janeiro, 1982

DIAS¹, Jorge de Figueiredo, "O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar", Centro de Estudos Judiciários, 1983

DIAS², Jorge de Figueiredo, "Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude a culpa", O Novo Código Penal Português e legislação complementar, Jornadas de Direito Criminal, Centro de Estudos Judiciários, 1983

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

DIAS³, Jorge de Figueiredo, “O Direito Penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional – da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações”, XXV Anos de jurisprudência Constitucional Portuguesa, Colóquio Comemorativo do XXV aniversário, Coimbra Editora, 2009

DIAS⁴, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra Editora, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Artigo 171.º: Abuso sexual de crianças”, in Jorge de Figueiredo Dias (ed.), *Comentário Conimbricense Do Código Penal: Parte Especial – Artigos 131.º a 201.º*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e que revoga a Decisão-Quadro 2004/68/JAI

Diretiva n.º 2011/93/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011

DOLCINI, Emilio, MARINUCCI, “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, Diretor: Jorge Figueiredo Dias, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 4, 1994

DOMINGO, Maria Bélen Sánchez, “La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la Directiva 2001/92/EU en matéria de pornografia infantil”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013 pp. 279-305

DUBBER, Markus Dirk, “The Promise of German Criminal Law”, University of Colombo, 2004, p.27 (disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=508643)

DUBBER, Markus, HÖRNLE, Tatjana, “Criminal Law – A Comparative Approach”, Oxford University Press, 2004

DURKHEIM, Émile, *Suicide*, Traduzido por John A. Spaulding e George Simpson, The Free Press, 1951 (disponível em: <http://sociology.sunimc.net/htmledit/uploadfile/system/20100827/20100827135354155.pdf>)

DURKHEIM, Émile, *Suicide*, Traduzido por John A. Spaulding e George Simpson, The Free Press, 1951 (disponível em: <http://sociology.sunimc.net/htmledit/uploadfile/system/20100827/20100827135354155.pdf>)

FRANCESCANI, Chris, KUCHARZ, Christel, “Virtual Child Porn Riles Law Enforcement”, ABC NEWS, 2007. (disponível em: <http://abcnews.go.com/TheLaw/story?id=3159871&page=1>)

GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela, “Código Penal – Parte geral e especial”, Almedina, 2015

GODINHO, Inês Fernandes, “Responsabilidade civil e responsabilidade penal: entre o diálogo e o silêncio (ou a justiça restaurativa como ponte de encontro)”, 2013

GOLDBLATT, Brian, “Virtual child pornography: the children aren’t real, but the dangers are; why the Ashcroft got it wrong”, Seton Hall Law, 2012

GOLDSTEIN et al., “Exposure to pornography and sexual behavior in deviant and normal groups”, *Technical Report of the Commission on Obscenity and Pornography*, 1970, Vol VII (disponível em: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39076006957844;view=1up;seq=18>)

HEFENDEHL, Roland, “Uma teoria social do bem jurídico”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, A. 18, nº 87, 2010

HEGEL, Georg, *Princípios da Filosofia do Direito*, Traduzido por Orlando Vitorino, Martins Fontes, 1918

HESSICK, Carissa Byrne, “The Limits of Child Pornography”, Indiana Law Journal, 2014
HG Legal Sources, “What legally makes it child pornography?” (disponível em: <https://www.hg.org/article.asp?id=38082>)

HULSMAN, Louk, BERNAT, Jaqueline, *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*, trad. de Maria Lúcia KARAM, Luam Editora, 1993

JAKOBS, Günther, “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”, tradução de MELIÁ, Manuel Cancio e SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo, Thomson civitas, 2003

JEWKES, Yvone, “Tanto pânico para nada? Representações e realidades da solicitação online de menores”, Comunicação & Cultura, n.º 14, 2012

JOHNSON, Scott A. “The Role of Pornography in Sexual Offenses: Information for Law Enforcement & Forensic Psychologists”, International Journal of Emergency Mental Health and Human Resilience, Vol. 17, No.1, 2015

KINDHÄUSER, Urs, “Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos, Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 20, n.º 95, 2012

LISZT, Franz Von, “Tratado de Direito Penal alemão”, Trad. De José Hygino Duarte Pereira, F. Briguiet & C, 2006

LOPES, José Mouraz, “Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual do Código Penal”, Coimbra Editora, 2008

MACIOTTI, Giorgia “Il contrasto alla pedopornografia online: esperienze italiane e francesi a confronto”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* – Vol. V, N. 1, 2011

MCLELLAND, Mark, “The World of Yaoi: The Internet, Censorship and the Global “Boys’ Love” Fandom”, University of Wollongong, *The Australian Feminist Law Journal*, 2005

MESA, Maria José Rodríguez, “El Código Penal y la explotación sexual comercial infantil”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 197-246

Mill, John Stuart, “On Liberty” (1859), Batoche Books, 2001

Ministry of Health, Labor and Welfare (disponível em: http://www.uraoka.com/gyakutai/page36_b.PDF)

MIR, José Merezco, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 10, 2002

MOTA, Sue Ann, “The U.S. Supreme Court Addresses the Child Pornography Prevention Act and Child Online Protection Act in *Ashcroft v. Free Speech Coalition* and *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*”, *Mauer School of Law*, Volume 55, 2002

MOUTINHO, Manuel, MARQUES, Adelino, “Lições de Beleza dos Santos - Elementos de Direito Penal”, Coimbra, Livraria Neves, 1926, p. XV

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz, “O Direito Penal sexual: conteúdo e limites”, Almedina, Coimbra, 1985

NEVES, Castanheira, “A revolução e o Direito- a situação de crise e o sentido do Direito no atual processo revolucionário”, Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1975

NORBERT, Mundorf, D’ALESSIO, Dave, ALLEN, Mike, EMMERS-SOMMER, Tara M., “Effects of sexually explicit media” *in* PREISS, Raymond W., GAYLE, Barbara Mae, BURREL, Nancy, ALLEN, Mike, BRYAN, Jennings, *Mass Media Effects Research: Advances Through Meta-Analysis*, Routledge, 2011

Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention; disponível em: www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/199298.pdf)

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de, “Moral, imoralidades e bem jurídico no Direito Penal sexual: o delito de ato obsceno”, *Revista Justiça e Sistema Criminal Modernas Tendências do Sistema Criminal*, FAE Centro Universitário, 2013

ORZACK, Maressa Hecht, ROSSA, Carol, “Should Virtual Sex Be Treated like Other Sex Addictions?”, *Sexual Addiction & Compulsivity*, Brunner/Mazei, 2000

PETERSON, Jonathan, “Legal Moralism, Interests and Preferences: Alexander on Aesthetic Regulation”, Springer , 2015

PRADO, Luiz Regis, “Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal, *Revista de Direito Ambiental*, 2008

Projeto Alternativo do Código Penal Alemão, 1966

Protect Act 18 U.S.C. § 2256(8)(A)

Protect Act 2003

RAMIREZ, Juan Bustos, *Manual de Derecho Penal*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994

RAPOSO, Vera Lúcia, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais”, Estudos nos cursos de Mestrado, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXI, 1995

RAPOSO, Vera Lúcia, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, Separata de Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003

RAWLS, J. “A theory of Justice”, Revised Edition, Harvard University Press, 1999 (disponível em: <http://webcurso.uc.cl/access/content/group/icp0903-1-21-2012/11%20marzo:%20Libertad,%20paternalismo%20y%20desobediencia%20civil/A%20Theory%20of%20Justice-Rawls.pdf>)

REEVES, Carla, “Fantasy depictions of child sexual abuse: the problem of age play in Second Life”, University of Huddersfield, Journal of Sexual Aggression, Routledge, Vol. 19, No. 2, 2013

Relatório de Comissão com base no artigo 12.º da Decisão-Quadro do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil

RHEA, Bob, LANGER, Rick, “A Theology of the Body for a Pornographic Age”, Journal of Spiritual Formation & Soul Care, 2015, Vol. 8

RODRIGUES, Anabela Miranda, “A determinação da medida da pena privativa da liberdade”, Coimbra Editora, 1995

RODRIGUES, Anabela, “Sobre o crime de importunação sexual”, Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra Editora, 2014

RODRIGUES, Joana Amaral, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Ano 23, nº 2, 2013

RODRIGUES, Savio Guimarães, “Critérios de seleção de bens jurídico-penais. Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, A. 20, nº 97, 2012

RODRIGUEZ, Noelia Valencia, “Pornografía virtual infantil”, Universitat Autònoma de Barcelona, 2014

ROSSEAU, Jean-Jacques, “Du contrat social ou Principes du droit politique”, Bibliothèque Nationale, Bureaux de la Publication, 1866

ROXIN, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 23, nº 1, Diretor: Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2013

SAMENOW, Charles P., “Child pornography and the law: a clinician’s guide”, Journal of Treatment and Prevention, Routledge, 2012

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo, “El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídica”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, A. 21, nº 100, 2013

SCHÜNEMANN, Bernd, “O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito Liberal”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, A. 13, nº 53, 2005

SLOCUM, Brian G., “Virtual Child Pornography: does it mean the end of child pornography exception to the first amendment?”, Harvard Law School, Research Gate, 2008

SOUSA e BRITO, José de, “A Lei Penal na Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, ed. Jorge Miranda, II, Lisboa, Petrony, 1978

SOUSA, Susana Aires, “Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade”, *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXIII, 2007

STERNBERG, Sarah, “The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the First Amendment: Virtual antitheses”, *Fordham Law Review* Volume 69, Article 14, 2001

STRECK, Lenio Luiz, “Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (Übermabverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermabverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, 2004

TORRÃO, Fernando, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma no novo Código Penal)”, *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, Vol. LXXI, 1995

WEAVER, Russel, HANCOCK, Chaterine, LIVELY, Donald, FRIEDLAND, Steven, SCOTT, Wendy, *Inside Constitutional Law: what matters and why*, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2009

WELZEL, Hans, “Derecho penal – parte geral”, Trad. Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, 1956

WOHLERS, Wolfgang, “Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch”, AP Semester, Ulfrid Neumann, Antje du Bois-Pedain, Hart Publishing, 2014

YOUNG, Garry, “Enacting taboos as a means to an end; but what end? On the morality of motivations for child murder and paedophilia within gamespace”, Springer, 2012

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do STJ nº 45/13.0JASTB.L1.S1 de 22-04-2015 (disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/594456bf3125e18f80257e3000345fa0?OpenDocument>)

Acórdão nº 702/06.8GBCNT-A.C1 DE 12-09-2007 (disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/a4733a80777fb11c802573560037b45e?OpenDocument>)

Acórdão do TC nº 179/2012 de 4 de Abril (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>)

Acórdão do TC nº 247/2005 de 10 de Maio (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050247.html>)

Acórdão do TC nº 83/95 de 21 de Fevereiro de 1995 (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950083.html>)

Acórdão do TC nº 85/95 de 29 de Maio de 1995 (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850085.html>)

Acórdão do TC nº 105/2013 de 20 de Fevereiro de 2013 (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130105.html>)

Acórdão do TRE nº 524/13.0JDLSB.E1 de 17 de Março de 2015 (disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/eda54efb5a3fd9d180257e2e003edcee?OpenDocument>)

Acórdão do TC nº 211/95 de 20 de Abril (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950211.html>)

Acórdão do TRC nº 2753/06.3TAVIS.C1 03 de Março de 2010 (disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/49caea9dce473d06802576e700563e94?OpenDocument&Highlight=0,2753%2F06>)

Caso STATE OF TENNESSEE v. RICHARD ALLEN BUTLER and STATE OF TENNESSEE v. RE'LICKA DAJUAN ALLEN, 2005 (disponível em: <http://www.tncourts.gov/courts/court-criminal-appeals/opinions/2005/03/30/state-tennessee-v-richard-allen-butler-and-state>)

Caso JACOBELLIS V. OHIO, 378 US 184, 1964 (disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/case.html>)

Caso ASHCROFT V. FREE COALITION, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, Opinion of the court, 2001, I e III. (disponível em: https://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_DN_0000_0795_ZO.html).

Caso BUTLER V. MICHIGAN, 352 U.S. 380, 381, 1957 (disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/352/380.html>)

Caso UNITED STATES V. ACHESON, 195 F. 3d 645, 647, 1999 (disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1292906.html>)

Caso UNITED STATES V. FOX, 248 F.3d 394, 401-402, 2001 (disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/315/>)

Caso UNITED STATES V. HILTON, 167 F. 3d 61, 1999 (disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1302392.html>)

Caso UNITED STATES V. MENTOS, 231 F.3d 912, 2000 (disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1179335.html>)

Caso FREE COALITION V. RENO, 198 F. 3d 1083, 1999 (disponível em: <https://www.justice.gov/osg/brief/reno-v-free-speech-coalition-petition>)

Caso KARTTUNEN V. FINLAND, 2009 (disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["885630"\],"itemid":\["001-104816"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{))

Caso NEW YORK V. FERBER, 458 U.S. 747, 1982, disponível em: http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/ferber.html)

Caso STANLEY V. GEORGIA, 394 U.S. 557, 1969 (disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/case.html>)

Caso STATE OF OHIO V. MICHAEL J. MORRIS, 2005 (disponível em: <http://law.justia.com/cases/ohio/ninth-district-court-of-appeals/2005/2005-ohio-599.html>)

Caso ROSEN VS. UNITED STATES OF AMERICA, 161 US 43, 1986 (disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/161/29/case.html>)

Caso ROTH, 354 US 489, 1957 (disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/476/case.html>)