

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Joana Rita Gouveia Tavares

## **O Crime de Pornografia de Menores**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da*

*Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º ciclo de estudos em Ciências*

*Jurídico-Forenses, sob a orientação da Professora Doutora Sónia Mariza Florêncio Fidalgo.*

*Coimbra, 2023*



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**

Joana Rita Gouveia Tavares

**O Crime de Pornografia de Menores**  
**The Crime of Child Pornography**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da*

*Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º ciclo de estudos em Ciências*

*Jurídico-Forenses (conducente ao grau Mestre), sob a orientação da Professora Doutora Sónia Mariza  
Florêncio Fidalgo.*

*Coimbra, 2023*

Aos meus sobrinhos,  
Francisco e Margarida.

“Os passos do caminho são a tinta e o pergaminho  
E a pena está na tua mão!”

Ir. Fábio Oliveira

## AGRADECIMENTOS

A realização de uma Dissertação é um processo introvertido, mas não solitário. Neste caminho, acompanharam-me um conjunto de pessoas a quem cumpre agora fazer um sentido agradecimento.

À Doutora Sónia Fidalgo, que prontamente se disponibilizou a ajudar-me, um especial agradecimento pela orientação, exemplo e apoio.

Aos meus Pais, pelo apoio incondicional, pelo amparo, paciência, força, dedicação e incentivo, pelo esforço que fazem para que eu possa ter mais e melhores oportunidades. Pelo amor que me oferecem! Palavras nunca serão suficientes para vos agradecer...

Ao meu irmão, Diogo, por ser exemplo de trabalho e dedicação, por ser suporte, casa, amor e equilíbrio. Um dia, quando for grande, quero ser como tu!

À minha cunhada, Inês, por ser também irmã, pela cumplicidade, pelo apoio, pelas gargalhadas infinitas e por me proporcionar alguns dos melhores momentos de descontração.

Aos meus sobrinhos, Francisco e Margarida, que me lembram todos os dias que somos livres de sonhar e que podemos sempre ser melhores.

Aos meus tios, Luís e Flor, por se fazerem sentir sempre presentes, por acreditarem em mim e por me fazerem a mim mesma acreditar.

Às minhas amigas, Carina, Filipa e Joana. À Carina, por ter feito do longe perto, pelos abraços, cumplicidade, incentivo, por celebrar comigo todas as conquistas e chorar comigo os momentos menos bons. À Filipa, por ser companheira de viagem, por me compreender melhor do que ninguém neste caminho, por rir comigo (de felicidade ou de ansiedade) e por ter paciência para as minhas crises existenciais incessantes. À Joana, que me acompanhou desde o primeiro dia da licenciatura, agradecer a amizade, as chamadas, a confiança e o tremendo apoio que me tem dado.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo acolhimento, conhecimento e privilégio.

Aos restantes familiares e amigos que sempre demonstraram o seu apoio.

A todos, Muito Obrigada!

## RESUMO

A presente dissertação versa sobre o crime de pornografia de menores e respetivas modalidades de ação. Em primeiro lugar, analisamos a evolução histórica deste crime na legislação portuguesa e no direito internacional e comunitário. Depois, recuperamos o conceito geral de “bem jurídico” enquanto valor protegido pelo Direito Penal, para a seguir, tentarmos encontrá-lo por referência ao crime ora em análise, partindo da sua inserção sistemática no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais. Uma vez descoberto o bem jurídico tutelado no crime de pornografia de menores, procedemos a um estudo mais profundo de duas condutas - a “representação realista de menor” e a mera posse de materiais pornográficos – visando definir os seus limites e verificar se há legitimidade para a intervenção penal ou se tal se traduz num retorno à proteção da moral sexual. No âmbito da “representação realista de menor”, distinguiremos a pornografia aparente da pornografia infantil virtual, e dentro desta a total e a parcial, procurando delimitar o conceito e perceber quais delas caem ainda na alçada do Direito Penal. No que respeita a mera posse ou detenção de materiais pornográficos, analisaremos a dignidade penal desta conduta à luz do princípio da necessidade da pena. Por fim, atentaremos brevemente nas molduras penais previstas para os vários comportamentos. Em suma, este trabalho tratará de uma análise exaustiva ao artigo 176º do Código Penal Português, ficando, ainda assim, de fora o estudo dedicado à maioridade sexual e valorização do consentimento do menor.

**Palavras-chave:** pornografia de menores; bem jurídico; liberdade sexual; pornografia infantil virtual; mera posse.

## **ABSTRACT**

The present dissertation is about the crime of child pornography and its modalities of action. First of all, we analyse the historical evolution of this crime in the Portuguese legislation and in the international and community law. Then, we recover the general concept of "legal good" as a value protected by Criminal Law, in order to then try to find it by reference to the crime under analysis, starting from the systematic insertion of the crime in the scope of the crimes against sexual freedom and self-determination. Once the legal good protected in the crime of child pornography is discovered, we proceed to a deeper study of two conducts - the "realistic representation of a minor" and the mere possession of pornographic materials - with the purpose of defining its limits and to verify if there is legitimacy for the penal intervention or if this translates into a return to the protection of sexual morality. Within the scope of the "realistic representation of a minor", we will distinguish the apparent pornography from the virtual child pornography, and from the latter, the total and partial, seeking to delimit the concept and to understand which of them still fall within the jurisdiction of Criminal Law. In what concerns the mere possession or holding of pornographic materials, we shall analyse the penal dignity of this conduct in the light of the principle of the necessity of the penalty. Finally, we will briefly look at the penal frameworks foreseen for the various behaviours. In short, this work will deal with an exhaustive analysis of article 176 of the Portuguese Penal Code, remaining, nevertheless, out of the study dedicated to sexual majority and valorisation of the consent of the minor.

**Keywords:** child pornography; legal good; sexual freedom; virtual child pornography; mere possession.

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

Ac. – Acórdão

al./als. – alínea/alíneas

art. – artigo.

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cf. – Confira/Conforme

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DP – Direito Penal

Ed. – Edição

L - Lei

Nº - número

p. – página

Proc. – Processo

RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TR – Tribunal da Relação

Vol. – Volume

Vs. – *Versus*

## Índice

I. Introdução.....	10
II. A evolução histórica do crime de pornografia de menores, em especial a revisão do Código Penal em 2007 e a autonomização do tipo legal de crime.....	12
III. O Crime de Pornografia de Menores.....	16
1. O conceito de pornografia de menores.....	16
2. A tipicidade.....	18
2.1. Tipo Objetivo.....	18
2.2. Tipo Subjetivo.....	20
IV. O bem jurídico protegido pelo art. 176º do Código Penal.....	21
1. O bem jurídico.....	21
2. A dicotomia liberdade/autodeterminação sexual.....	23
3. Análise do bem jurídico protegido pelo art. 176º do CP.....	25
V. A Representação Realista de Menor.....	31
VI. A Detenção ou Mera Posse de Materiais Pornográficos.....	36
VII. Breves Considerações sobre as Penas Aplicáveis.....	41
VIII. Considerações Finais.....	43
Bibliografia, Legislação, Jurisprudência.....	46

## I. Introdução

O crime de pornografia de menores tem a sua maior expressão no âmbito da cibercriminalidade, uma vez que a troca de materiais pornográficos, nomeadamente materiais pedo-pornográficos, é realizada no âmbito do comércio digital.

Os sucessivos melhoramentos e evoluções tecnológicas verificados ao longo dos últimos anos, vieram facilitar e potenciar a aquisição e distribuição destes materiais e dificultar a sua perseguição e combate. A verdade é que hoje é possível, e mais do que possível é o que se verifica na prática, uma pessoa divulgar, aceder, obter ou assistir a um vídeo que represente um abuso sexual de um menor, no conforto da sua casa e protegendo a sua identidade, através de mecanismos informáticos idealizados para o fomento do anonimato. Estas características, aliadas ao impacto financeiro que o mercado pornográfico tem vindo a revelar, conduziram à criação de grandes redes e organizações criminosas que se ocupam da prática deste ilícito e que se encontram espalhadas pelo mundo.<sup>1</sup>

O aumento da prática deste crime tem vindo a preocupar a comunidade internacional, e em especial a comunidade europeia, de tal modo que nas últimas três décadas e sobretudo após a viragem do milénio, os diversos Estados têm assumido compromissos com vista ao combate e punição destas condutas e, por conseguinte, promoção e proteção dos direitos dos menores.

Tudo isto se tem refletido no ordenamento jurídico português através das sucessivas alterações do tipo legal de crime, desde a sua autonomização em artigo próprio – art. 176º do CP – ao alargamento do âmbito de aplicação subjetivo e objetivo.

Uma evolução desta dimensão e com esta rapidez não poderia deixar de suscitar algumas dúvidas. Questiona-se, pois, se o legislador não se terá deixado levar pela pressão da comunidade e dos *media*, que muitas vezes agudizam os sentimentos de repulsa e pudor que a maioria das pessoas associa à prática de quaisquer atos sexuais que envolvam crianças, deixando de parte a verdadeira finalidade do Direito Penal que é a proteção dos bens jurídicos. Concretamente, questiona-se se, em todas as condutas previstas no art. 176º<sup>2</sup>, se

---

<sup>1</sup> No entanto, no caso português, verifica-se uma tendência para a prática individual deste crime e, portanto, não integrada no crime organizado internacional. Assim se conclui na página 63 do Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) do Ano 2021.

<sup>2</sup> De agora em diante, todas as referências a artigos de lei sem alusão ao diploma têm-se como se referindo ao Código Penal.

tutela a liberdade e autodeterminação sexual dos menores ou se em algumas delas se foi longe demais protegendo-se antes a moral e o pudor. Será que a mera posse de conteúdos pornográficos é um destes casos? E a pornografia infantil virtual? Qual ou quais, afinal, o(s) bem(ns) jurídico(s) protegidos por esta incriminação?

São estas as questões a que vamos tentar dar resposta no decurso deste trabalho, partindo da evolução histórica do crime de pornografia de menores no nosso ordenamento jurídico e terminando pela tomada de posição sobre o bem jurídico tutelado e dignidade penal das condutas, nomeadamente, da mera posse ou detenção de materiais pornográficos e da representação realista de menor.

## **II. A evolução histórica do crime de pornografia de menores, em especial a revisão do Código Penal em 2007 e a autonomização do tipo legal de crime**

O crime de pornografia de menores encontra-se tipificado, desde 2007, no art. 176º do CP, sob a epígrafe “Pornografia de Menores”, inserido na Secção II – “Crimes contra a autodeterminação sexual” – do Capítulo V – “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual” – do Capítulo I do Livro II – “Dos crimes contra as pessoas”.

Todavia, as primeiras referências à criminalização de condutas pornográficas envolvendo menores remontam a 1995<sup>3</sup>, aquando de uma Reforma do CP<sup>4</sup> que veio reformular a tutela penal no âmbito dos denominados “crimes sexuais”, quer a nível formal (através de uma diferente sistematização) como a nível substancial (com o alargamento de comportamentos típicos e a agravação de algumas penas), fruto de uma alteração paradigmática que libertou estes crimes das amarras éticas e moralistas que se verificavam até então.

Em 1995, os crimes sexuais passaram a inserir-se nos “crimes contra as pessoas”, por oposição à sua anterior inserção nos “crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, traduzindo o abandono da tutela do pudor e dos “sentimentos gerais de moralidade sexual<sup>5</sup>”. O enfoque desviou-se para o indivíduo, protegendo, mas também promovendo as suas liberdade e autodeterminação sexuais.

Pese embora nesta época não existisse um tipo legal autónomo dedicado à pornografia de menores, algumas das suas condutas típicas encontravam já acolhimento no art. 172º, na sua versão original oferecida pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de março, correspondente ao “Abuso sexual de crianças”.

Assim, quem utilizasse um menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos era punido pela al. *b*), do nº 3 do art. 172º. Mais tarde, a Lei nº 65/98, de 2 de setembro, alargou esta punição, na al. *d*), a quem exhibisse ou cedesse “a qualquer título ou por qualquer meio os materiais previstos na alínea anterior”. Em 2001, a Lei nº 99/2001, de

---

<sup>3</sup> Até então, a única proteção dada às crianças no âmbito dos crimes sexuais encontrava-se na punição do *atentado ao pudor de menor de 14 anos independentemente dos meios empregados* prevista no art. 205º-2 do CP de 1982.

<sup>4</sup> Para um estudo mais aprofundado da Reforma do CP de 1995 no âmbito dos crimes sexuais, veja-se RAMOS, Fernando João Ferreira, “Notas sobre os crimes sexuais no projecto de revisão do Código Penal de 1982”, in RPCC, Ano 3, 1993, p. 53-66.

<sup>5</sup> Expressão utilizada no art. 205º-3 do CP de 1982.

25 de agosto, veio ainda aditar a al. *e*), punindo-se também aquele que detivesse os “materiais previstos na alínea *c*) com o propósito de os exibir ou ceder”.

Posto isto, aquando da autonomização em artigo próprio do crime de pornografia de menores já se punia quem utilizasse um menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos, e quem exibisse, cedesse ou detivesse para estes fins estes mesmos materiais.

Chegados a 2007, verifica-se a autonomização formal das condutas pedo-pornográficas. A Lei nº 59/2007, de 4 de setembro, veio retirar as condutas supramencionadas da alçada do crime de abuso sexual de crianças e inseriu-as em artigo próprio – art. 176º - sob a epígrafe “Pornografia de Menores”.

Contudo, é de realçar que estas alterações legislativas não se limitaram à mera formalidade, tendo-se verificado ainda um alargamento do conjunto de comportamentos típicos e um agravamento das penas previstas, tendências que se têm repetido sucessivamente até à atualidade e cumpre agora referir.

Desde logo, aumentou-se o âmbito subjetivo de proteção da norma, uma vez que passaram a admitir-se como vítimas todas as pessoas com menos de 18 anos, diferentemente do que se sucedia quando estas condutas eram tipificadas no âmbito do crime de abuso sexual de crianças em que o limite era (e é ainda hoje) de 14 anos. Para além disso, nas als. *a*) e *b*) do nº1 tipificou-se o aliciamento de menores para fins pornográficos e, na al. *d*) do mesmo número, a detenção de material pornográfico que visasse a distribuição, importação, exportação, divulgação – que juntamente com a produção constituem novas formas de domínio deste material -, exibição ou cedência – formas de domínio tradicionais. A este alargamento de condutas típicas, ainda se junta a criminalização no nº4 da mera detenção ou aquisição de materiais pedo-pornográficos e no nº3 da utilização de material pornográfico com representação realista de menor. Ademais, no nº5 passou a admitir-se a punibilidade deste crime na forma tentada.

No que concerne às penas aplicáveis, as condutas que eram punidas com pena de prisão até 3 anos viram os seus limites mínimos e máximos aumentados para 1 ano e 5 anos, respetivamente, com uma agravação especial até 8 anos se a atuação do agente se inserir num contexto profissional ou for realizada com intenção lucrativa (nº2).

Em 2015, com a Lei nº 103/2015, de 24 de agosto, introduziu-se no nº3 uma nova circunstância agravante, aumentando o limite máximo da pena para 8 anos para quem

praticar as condutas previstas nas als. *a)* e *b)* do nº1 com recurso a violência ou ameaça grave. A redação do nº4 passou a constar do nº5 e, apesar da restrição verificada pela exigência de uma intencionalidade para que a conduta seja penalmente relevante, ampliou-se o seu objeto, passando a punir-se, para além da aquisição e detenção, o acesso, a obtenção e a facilitação do acesso, independentemente do meio usado para a sua concretização. Em sincronia, agravou-se a pena de prisão aplicável (o limite máximo dobrou para dois anos) e eliminou-se a pena de multa alternativa. No nº6 tipificou-se a conduta daquele que, independentemente do meio, assiste ou facilite o acesso “a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade”, alargando-se, assim, as modalidades típicas. No nº7 agravou-se a pena aplicável a quem pratique as condutas previstas nos nºs 5 e 6 se se verificar uma intenção lucrativa, caso em que o limite máximo se posiciona nos 5 anos.

Por fim, as últimas alterações significativas ao art. 176º do CP remontam a 2020, com a Lei nº 40/2020, de 18 de agosto. Procedeu-se a um alargamento das modalidades de ação nas als. *c)* e *d)* do nº1 através da tipificação da disponibilização e do alojamento dos materiais pornográficos, respetivamente. No nº6 aditou-se a tipificação da disponibilização do acesso a espetáculos pornográficos envolvendo menores, tendo-se eliminado a referência a “menores de 16 anos”, pelo que se passou a abranger todos os menores de 18 anos o que consequentemente corresponde a uma ampliação da tutela das vítimas. Finalmente, no nº9 reproduziu-se o anterior nº8 onde se passou a acolher, pela primeira vez, uma definição de material pornográfico.

Em suma, esta análise pormenorizada da evolução histórica do crime de pornografia de menores permite concluir que a tendência do legislador é a de frequentes alargamentos das condutas e meios típicos, acompanhada por agravamentos nas punições, pelo que se verifica claramente uma crescente intervenção penal neste crime, que aliás acompanha o desenvolvimento legislativo apurado nos restantes crimes sexuais.

Importa perceber que o caminho percorrido pelo crime ora em análise foi fortemente influenciado por instrumentos legislativos internacionais e europeus dos quais se destacam, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil<sup>6</sup>, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25 de maio de 2000; da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da

---

<sup>6</sup> Doravante, designado apenas de Protocolo Facultativo.

Europa, de 22 de dezembro de 2003, referente à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; a Convenção sobre o Cibercrime, aprovada e ratificada por Portugal em 2009; a Convenção do Conselho da Europa contra a exploração sexual e o abuso sexual de crianças, também denominada Convenção de Lanzarote, assinada por Portugal em 2007; a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 3 de fevereiro de 2009, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil; a Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho que veio substituir a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.

Todos estes diplomas surgiram num contexto de evolução tecnológica que conduziu a um aumento exponencial da criminalidade informática, marcada em geral pela dificuldade de perseguir os agentes destes crimes devido à extensão e complexidade dos sistemas e redes informáticas e pelo anonimato que lhes propicia, e, em particular, no que respeita à pornografia de menores, pela simplicidade e rapidez com que se consegue aceder a materiais pornográficos e divulgar os mesmos.

### **III. O Crime de Pornografia de Menores**

#### **1. O conceito de pornografia de menores**

A análise do art. 176º impõe que a iniciaremos com a exposição da(s) definição(ões) de pornografia de menores, atentando, sobretudo, às suas fronteiras, isto é, ao que recai no âmbito do conceito. Será que qualquer imagem de um menor desnudo poderá ser considerada pornográfica? E a exibição desta imagem consubstanciará sempre um crime de pornografia de menores?

Ora, o Protocolo Facultativo, na al. c) do seu art. 2º, define a pornografia de menores como “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.” Por sua vez, no nº2 do art. 20º da Convenção de Lanzarote, adota-se um conceito semelhante, afirmando-se que aí recai “todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais.” Com uma formulação diferente, mas em sentido correlativo, temos a definição proposta no art. 9º/2 da Convenção sobre o Cibercrime e na al. c) do art. 2º da Diretiva 2011/92/EU.

Ao nível interno, e não divergindo da corrente internacional, o nº8 do art. 176º do CP, na redação oferecida pela Lei nº 40/2020, de 18 de agosto, definiu como pornográfico “todo o material que, com fins sexuais, represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.”

Não sendo objetivo desta exposição fazer um juízo valorativo sobre as noções apresentadas, e tampouco operar uma tentativa de concetualização se tal se verificasse oportuno, há, porém, algumas notas a destacar.

A primeira prende-se com o que se deve entender por criança para efeitos de pornografia de menores. Os diversos instrumentos legislativos mencionados são tendencialmente<sup>7</sup> convergentes, entendendo por criança qualquer pessoa com idade inferior

---

<sup>7</sup> Dizemos tendencialmente porque, embora no nº3 do art. 9º da Convenção sobre o Cibercrime se disponha que se deve entender por menor qualquer pessoa com menos de 18 anos, ao mesmo tempo reserva-se às Partes a decisão de impor um limite de idade inferior, nunca menor de 16 anos.

a dezoito anos<sup>8</sup>. Este limite da idade e o alargamento do âmbito protetor da norma a menores entre os 14 e 16 anos e, sobretudo, entre os 16 e 18 anos tem sido objeto de uma grande divergência doutrinal não sendo consensual. Autores como Maria João Antunes entendem que esta ampliação resulta em “criminalizações alheias ao critério do dignidade jurídico-penal e da carência (necessidade) de tutela do bem jurídico”<sup>9</sup>. Com outra perspetiva segue Maria da Conceição Cunha que se inclina “para uma tutela especial, no âmbito da sexualidade, tendencialmente até aos 18 anos”<sup>10</sup>, nomeadamente no que respeita a utilização de menor em material pornográfico, por considerar ser suscetível de “provocar maior impacto/prejuízo no livre desenvolvimento da personalidade do menor”<sup>11</sup>.<sup>12</sup>

A segunda nota é relativa à finalidade sexual imputada aos materiais pornográficos, isto porque em todos os conceitos propostos se aponta a ideia de que na base das condutas com carácter pornográfico está um intuito sexual. Este pequeno segmento é o que permite distinguir as representações pornográficas daquelas que têm, por exemplo, finalidades artísticas ou científicas. Deste modo, exemplificando, a exibição de uma imagem de um menor desnudo numa revista médica não deve ser considerada pornográfica<sup>13</sup>.

Posto isto, na base da análise ao tipo legal do crime de pornografia de menores reside a ideia de que em causa estarão condutas de cariz sexual, e, por conseguinte, aptas a satisfazer instintos libidinosos, praticadas contra menores de 18 anos de idade.

---

<sup>8</sup> Assim, art. 1º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças; art. 3º-a) da Convenção de Lanzarote; Art. 2º-a) da Diretiva 2011/92/EU.

<sup>9</sup> ANTUNES, Maria João. “Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores”, in JULGAR, Nº 12 (especial) – 2010 – pp. 157 e 158.

<sup>10</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, in RJLB, Ano 3 (2017), nº3 – p. 371.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>12</sup> Esta questão do limite de idade para a tendencial proteção absoluta do DP, associada ao conceito da maioridade sexual e à problemática do Consentimento vs. Acordo é de tal forma complexa que seria *per se* objeto de uma dissertação. Não tendo lugar a desenvolvimento neste estudo, certo é que nem todos os atos ou contactos sexuais são lesivos para os menores, sendo até, em alguns casos, benéficos para que este se possa tornar uma pessoa livre e autodeterminada. A título de exemplo, não nos parece que a criminalização de um ato sexual praticado de forma saudável e consciente entre dois jovens de 17 anos, ou até mesmo entre um adulto de 18 e um menor de 17, possa ser aceitável à luz do desenvolvimento da personalidade do menor, designadamente na esfera sexual, devendo o Direito acautelar estes casos e outros idênticos. Assim, o estabelecimento de qualquer limite de idade deve ser resultado de um diálogo entre áreas como o Direito, a Psicologia e a Medicina.

<sup>13</sup> Exemplo enunciado por BRONSTRUP, Felipe Bauer, “Consideraciones criticas acerca del concepto de pornografia infantil”, in Anuario de Justicia de Menores, Nº 16, 201 – p. 198.

## 2. A tipicidade

### 2.1. Tipo objetivo

A propósito do tipo objetivo, Jorge de Figueiredo Dias ensina que um tipo legal de crime deve identificar o seu autor, as condutas em que este se consubstancia e ainda indicar, o melhor e mais claramente possível, o(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s)<sup>14</sup>. Procuraremos agora analisar os dois primeiros elementos – autor e conduta – deixando a análise do bem jurídico, pela sua especial pertinência e por toda a discussão doutrinal envolvente, para um capítulo autónomo deste estudo.

No que respeita aos agentes (autor e vítima), tem-se que o crime de pornografia de menores se trata de um crime comum na medida em que pode ser autor qualquer pessoa maior de 16 anos<sup>15</sup>, não se verificando a exigência de uma determinada qualidade ou que sobre este recaia um dever especial, por oposição ao que sucede nos crimes específicos.

No outro polo, pode ser vítima deste crime qualquer pessoa menor de 18 anos, independentemente do género. A idade concreta da vítima releva apenas para efeitos de agravação da pena prevista no nº1 do art. 176º. Assim, postula o art. 177º que no caso de o agente praticar essas condutas na presença ou contra vítima menor de 16 anos, a pena prevista é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, ou seja, passa de uma pena aplicável de um a cinco anos, para uma de um ano e quatro meses a seis anos e oito meses (nº6); já se a vítima for menor de catorze anos, a pena é agravada de metade, o que se traduz numa pena de prisão aplicável de um ano e seis meses a sete anos e seis meses (nº7).

Entre o(s) agente(s) e a(s) vítima(s) pode-se verificar uma relação direta, se se verificar um contacto imediato, direto ou corpóreo entre estes<sup>16</sup>; ou uma relação indireta, quando a realização do crime se baste com um contacto mediato e distante entre o autor e a vítima<sup>17</sup>, sendo de destacar que nas hipóteses que envolvem a “representação realista de menor”<sup>18</sup> pode nem ser possível identificar uma vítima, se se adotar um conceito amplo onde se inclua a pedopornografia totalmente virtual.

---

<sup>14</sup> DIAS, José de Figueiredo. “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”. Gestlegal, 3ª Ed., outubro 2019, p. 342. Doravante, citado como “Direito Penal” (2019).

<sup>15</sup> Com exceção do nº6 do art. 176º onde se prevê que o agente tem de ter pelo menos 18 anos.

<sup>16</sup> São os casos das condutas tipificadas nas als. *a*) e *b*) do nº1 e no nº3 do art. 176º.

<sup>17</sup> Sucede nos comportamentos tipificados nas als. *c*) e *d*) do nº1 e nos nºs 4, 5, 6 e 7 do art. 176º.

<sup>18</sup> Art. 176º/4 do CP.

Por sua vez, no âmbito do elemento comportamental, extraem-se uma pluralidade de condutas da análise do art. 176º.

De acordo com o nº1, as modalidades de ação desdobram-se na: utilização do menor em espetáculo pornográfico ou no seu aliciamento para esse fim (al. *a*)); utilização de menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou no seu aliciamento para tal (al. *b*)); produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição, cedência ou disponibilização a qualquer título ou por qualquer meio, dos materiais pornográficos previstos na alínea anterior (al. *c*)); aquisição, detenção ou alojamento desses mesmos materiais com o intuito de proceder a uma das ações previstas na alínea anterior, com exceção da produção (al. *d*)).

De realçar que as condutas descritas são puníveis independentemente de serem praticadas num contexto profissional ou com recuso a violência ou ameaça grave, bem como de lhes estar subjacente um escopo lucrativo, casos que conduzem a uma qualificação do crime e conseqüente agravação da punição (nºs 2 e 3). Por outro lado, para efeitos de preenchimento do tipo objetivo de ilícito, também se revela indiferente a utilização de material pornográfico com representação real de menor da utilização de material pornográfico com representação realista de menor (nº 4). A esta mesma conclusão não se pode chegar quando se trata da pena aplicável, uma vez que neste último caso, prevê-se uma pena até dois anos, contrariamente ao que sucede no primeiro em que a pena prevista é de um a cinco anos.

No nº5 pune-se a ação intencional de aquisição, detenção, acesso, obtenção ou facilitação do acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio dos materiais supramencionados na al. *b*) do nº1. Por seu turno, o nº6 criminaliza a conduta da pessoa maior de idade que, presencialmente ou através de sistema informático ou por qualquer outro meio, assiste, facilita ou disponibiliza o acesso a espetáculo pornográfico que envolva a participação de menores. Uma vez mais, estas modalidades de ação não requerem uma intenção lucrativa, todavia se esta se provar, prevê-se no nº7 uma agravação da pena no seu limite máximo, passando este a ser de cinco anos.

Por fim, resta salientar que qualquer uma destas ações é punível mesmo na forma tentada (nº9).

## 2.2. Tipo subjetivo

O crime de pornografia de menores trata-se de um crime doloso, pelo que se exige o dolo em relação a todos os elementos que constituem o tipo objetivo de ilícito (art. 14º do CP).

Significa isto que, para que se possa dizer que o agente cometeu este crime, tem de ter atuado com conhecimento (elemento intelectual) e vontade (elemento volitivo) da realização do tipo objetivo de ilícito<sup>19</sup>.

A alínea d) do nº1 do art. 176º supõe uma conduta intencional - “o propósito de os (*materiais pornográficos*) distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder”. Deste modo, para além do dolo, enquanto conhecimento e vontade da realização da ação, requer-se ainda uma *específica intenção de produção de um resultado cuja verificação, em si mesmo não se exige no plano do tipo objetivo*<sup>20</sup>. Na prática, isto significa que o tipo subjetivo não se basta com a atuação consciente, pensada e pretendida de o agente adquirir, deter ou alojar materiais pedo-pornográficos – dolo relativamente aos elementos que constituem o tipo objetivo de ilícito -, sendo necessário, para efeitos de relevância criminal, provar que esta conduta visava um ou vários dos propósitos acima referidos.

Esta exigência de um elemento subjetivo, repercute-se ao longo do art. 176º, nomeadamente nos nºs 2, 4<sup>21</sup> e 6, por associar a ação a um propósito lucrativo, e no nº5 por, desde 2015, por via da Lei nº 103/2015, de 24 de agosto, circunscrever a relevância criminal da conduta a uma atuação intencional<sup>22</sup>. Estamos perante crimes intencionais.

---

<sup>19</sup> Nesta senda, DIAS, José de Figueiredo, *in* Direito Penal (2019) - p. 342.

<sup>20</sup> ANTUNES, Maria João / SOUSA, Susana Aires de. Da relevância da identificação do bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores, *in* RPCC, Ano 29 Nº2, 2019. P. 245. Doravante, citado como “Da Relevância” (2019)

<sup>21</sup> A exigência de um propósito lucrativo nesta alínea advém da remissão feita para a al. d) do nº1.

<sup>22</sup> Esta alteração veio dificultar a distinção entre esta incriminação e a ação típica disposta na al. d) do nº1. Antes de 2015, o que se previa no então nº4 (agora nº5) era a punição da mera aquisição ou detenção de materiais pornográficos, dissociada de qualquer finalidade, ao contrário do que sucedia na al. d) do nº1, em que a essas ações se agrilhoava um propósito de divulgação (*lato sensu*), a que correspondia uma pena mais grave. Com estas alterações de 2015, ao atual nº5 passou a exigir-se uma conduta intencional, assemelhando-se esta ação àquela prevista na al. d) do nº1, cabendo-lhes, contudo, penas bastante distintas.

## IV. O bem jurídico protegido pelo artigo 176º do Código Penal

### 1. O bem jurídico

O art. 40º/1 do CP identifica como uma das finalidades da aplicação de penas e medidas de segurança a proteção de bens jurídicos. Se, por um lado, se extrai deste preceito um papel fundamental do bem jurídico – objeto de tutela penal, melhor dito, objeto de uma proteção e tutela subsidiárias do Direito Penal -, por outro levantam-se questões fulcrais no que respeita ao seu conceito e, numa questão ainda mais problemática, à sua substância. Pese embora, ainda hoje não se consiga determinar uma noção “capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado<sup>23</sup>”, são diversas as propostas doutrinárias de conceptualização que se desenvolveram ao longo dos anos.

Figueiredo Dias, por exemplo, define o bem jurídico enquanto “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso<sup>24</sup>”. Por sua vez, Faria Costa entende por bem jurídico “um pedaço de realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal<sup>25</sup>”. Num texto dedicado à teoria do bem jurídico-penal, Joana Amaral Rodrigues, depois de recuperar diversos contributos doutrinários, define bem jurídico como “aquele reduto do que é essencial para o livre desenvolvimento da pessoa e para o funcionamento do sistema social em que esta se insere<sup>26</sup>”.

Dos diversos estudos realizados em torno da teoria do bem jurídico, partilha-se a ideia de que a este corresponde um interesse de imenso valor social, de tal modo que se justifica a intervenção penal, tida como uma intervenção de *ultima ratio*, de modo a tutelar-se o bem lesado – pelo crime de dano – ou colocado em perigo – pelos crimes de perigo.

A tarefa de dotar um bem jurídico com dignidade penal, tornando-o assim um bem jurídico-penal, nem sempre é clara e evidente colocando o legislador as mais das vezes numa posição de grande hermetismo.

---

<sup>23</sup> DIAS, José de Figueiredo. “Direito Penal” (2019) – p. 130.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 130 e 359.

<sup>25</sup> COSTA, José de Faria. “Noções Fundamentais de Direito Penal”, 4ª Edição, setembro de 2015 – p. 258.

<sup>26</sup> RODRIGUES, Joana Amaral. “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in RPCC, Nº 23, 2013 – p. 181.

Comumente reconhecido é, todavia, o facto de no desenrolar desta mesma tarefa atributiva, o legislador dever ter por referência a Constituição da República Portuguesa (CRP), designadamente os direitos fundamentais nela previstos. Entre o CP e a CRP estabelece-se uma relação comunicante, ou nas palavras de Figueiredo Dias uma *relação de mútua referência*<sup>27</sup>, que vai significar uma legitimação constitucional dos bens jurídico-penais. Desta perspetivação da CRP enquanto quadro axiológico referencial para atribuição da dignidade penal aos bens jurídicos, resulta o respeito pelo princípio da subsidiariedade da intervenção penal, associado ao princípio da necessidade da pena, porquanto se assegura que apenas os interesses mais significativos são meritórios da tutela penal – uma tutela que na sua vertente mais dura significará ela mesma uma restrição da liberdade, também esta um direito fundamental.<sup>28</sup>

Consequentemente, este carácter subsidiário e necessário da intervenção penal atribuído ao Direito Penal do bem jurídico, conduziu ao rompimento dos interesses morais e, designadamente, à revolução dos crimes sexuais.

No fundo, confere-se dignidade penal a um determinado bem jurídico porque ele representa um valor de tal forma importante para o indivíduo e para a comunidade que a sua lesão ou colocação em perigo não só justifica a intervenção penal como apenas esta assegura uma tutela efetiva desse bem.

Dito tudo isto, compreende-se agora que a extração do bem jurídico-penal protegido numa determinada incriminação deverá respeitar um interesse imprescindível para a realização individual e comunitária<sup>29</sup>, que terá por referência o quadro de valores constitucional.

Chegados aqui surge a questão: qual(ais) o(s) bem(ns) jurídico(s) protegido(s) pela incriminação do art. 176º do CP? E, na eventualidade de retirar da norma protetora mais do que um bem jurídico, serão todos eles dignos de tutela penal?

---

<sup>27</sup> DIAS, José de Figueiredo. “Direito Penal” (2019) – p. 136.

<sup>28</sup> Deste modo se cumpre o disposto no art. 18º/2 da CRP: *A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

<sup>29</sup> DIAS, José de Figueiredo, em “Direito Penal” (2019) - pp. 137 e 138, distingue entre “duas zonas relativamente autónomas na atividade tutelar do Estado”. Uma relacionar-se-á com a esfera pessoal do Homem, à qual corresponderá a tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias, a outra dirá respeito à esfera social, à atuação do Homem na comunidade, onde se salvaguardarão os direitos sociais e económicos.

## 2. A dicotomia liberdade/autodeterminação sexual

O crime de pornografia de menores surge inserido no Capítulo V do CP, atinente aos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, mais concretamente, na secção II que trata dos crimes contra a autodeterminação sexual. De uma perspetiva meramente formal, dir-se-á, pois, que o bem jurídico em causa no art. 176º é o da autodeterminação sexual.

Contudo, uma qualificação do bem jurídico sustentada somente num argumento puramente literal não está isenta de falhas, sendo insuficiente e por vezes errónea. Um estudo aprofundado do crime de pornografia de menores obriga a uma análise mais detalhada e a uma reflexão mais intensa, que não se deve bastar com o encaixe sistemático da norma incriminadora, mas ir mais além, procurando extrair o bem jurídico-penal através de um argumento intrinsecamente teleológico e axiológico.

Deste modo, percorreremos todas as condutas previstas no art. 176º, de forma a encontrar os bens jurídicos protegidos nelas, tendo em conta as finalidades e os valores aí tutelados. Partiremos, todavia, do argumento formal e, portanto, num primeiro momento, importa dissecar os conceitos de liberdade e autodeterminação sexuais. Só plenamente entendidos e delimitados estes conceitos, se conseguirá perceber se há uma correspondência plena entre a premissa sistemática e a premissa teleológica.

A liberdade sexual trata-se de uma ramificação do direito geral à liberdade<sup>30</sup> e a generalidade da doutrina aponta-lhe dois sentidos: um positivo e um negativo. O primeiro traduz-se na “livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais<sup>31</sup>”. Trata-se de uma liberdade dinâmica na medida em que cada pessoa, dentro da sua esfera sexual, é livre de escolher e atuar conforme bem entender, desde que não coloque em causa a liberdade, designadamente a liberdade sexual, de outrem. No seguimento desta pequena limitação surge, precisamente, o carácter negativo, também denominado de estático ou passivo, da liberdade sexual, onde se funde o “direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade<sup>32</sup>”. Numa perspetiva integral, a liberdade

---

<sup>30</sup> Direito fundamental constitucionalmente consagrado no art. 27º da CRP.

<sup>31</sup> NATSCHERADETZ, Karl. “O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites”. Coimbra: Almedina, 1985. – p. 141.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 142.

sexual corresponderá ao direito que recai sobre cada pessoa de dispor do seu corpo para a prática de diversas atividades sexuais, com quem quiser e como quiser, bem como de não proceder a tais práticas se assim o entender, tendo como fronteira intransponível a liberdade sexual dos outros<sup>33</sup>. Entendemos que é, precisamente esta conceção mista ou integradora que se deve atribuir à liberdade sexual, pelo que a sua concretização exige não apenas a proteção da vertente negativa, mas também a promoção da vertente positiva<sup>34</sup>.

Por sua vez, a autodeterminação sexual surge de forma autónoma na secção II dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Por autodeterminação entende-se a capacidade ou o direito de cada um escolher livremente sobre o que apenas a si próprio diz respeito. No âmbito dos crimes sexuais, corresponderá à capacidade de fazer escolhas na esfera da vida sexual, ao processo de livre formação da vontade para aqui agir.

A tutela penal da autodeterminação sexual traduz-se na criminalização de condutas que obstam à construção desta vontade de forma livre, sem intromissões, obstáculos ou restrições.<sup>35</sup>

Embora, formalmente o legislador distinga entre crimes contra a liberdade e crimes contra a autodeterminação, não cremos que esta cisão deva ter repercussões a nível substancial, pelo que estes dois bens jurídicos não são autónomos entre si.

Se, por um lado, a vontade pode existir sem a liberdade<sup>36</sup>, por outro, a prática dessa vontade não existe sem esta liberdade. Vejamos, atentar contra a liberdade sexual de um sujeito será sempre atentar contra a sua autodeterminação sexual ou porque o agente atua contra a vontade deste – *A* pratica um determinado ato sexual contra *B*, ignorando a sua vontade – ou porque o leva a praticar um ato sexual que está na sua base viciado – *A*, induz

---

<sup>33</sup> Também aqui se evidencia o abandono do cunho moralista enquanto objeto de tutela penal, tendo-se por único limite à liberdade sexual dinâmica de um sujeito, a liberdade sexual passiva dos outros.

<sup>34</sup> No mesmo sentido, afirma Inês Ferreira Leite que *as duas vertentes da liberdade são duas faces da mesma moeda, não poderá existir uma sem a outra* – LEITE, Inês Ferreira, “Pedofilia”. Almedina, maio de 2004. - p. 26. Também Natscheradetz, em “O Direito Penal Sexual” (1985) – p. 143. Ana Rita Alfaiate diz que *a liberdade sexual realiza-se plenamente no ponto de interseção entre o mínimo de compressão da sua vertente negativa e o máximo potenciador da sua vertente positiva.* – ALFAIATE, Ana Rita. “A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores”, Coimbra Editora, agosto de 2009. - P. 88.

<sup>35</sup> São exemplos de obstáculos à formação livre da vontade, a conduta do agente que, contrariando a vontade da vítima, pratica contra ela um determinado ato sexual - ataca de forma direta a vontade da vítima -; bem como, a conduta daquele que, induzindo em erro (ocultando a verdadeira idade, por exemplo), leva a vítima a praticar determinado ato – vicia a vontade.

<sup>36</sup> Podemos ter vontade de praticar um determinado ato e, no entanto, não sermos livres de o praticar por assim estarmos a atentar contra a liberdade (estática) de outra pessoa.

*B* em erro quanto à sua idade e pratica com este ato sexual de relevo.<sup>37 38</sup>

Deste modo, a dicotomia liberdade/autodeterminação não corresponde a uma cisão substancial, mas antes a uma fragmentação meramente sistemática. O legislador distingue estes conceitos, agrupando na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual crimes sexuais praticados contra menores, não por se verificar a tutela de um bem jurídico substancialmente distinto da liberdade, mas sim porque se abrangem aqui condutas que não seriam crimes se fossem praticadas entre adultos ou, sendo crimes, seriam punidos de forma menos gravosa<sup>39</sup>.

### **3. Análise do bem jurídico protegido pelo art. 176º do CP**

Tendo por certo que a extração do bem jurídico protegido por uma norma não se basta com o enquadramento sistemático e delimitados os conceitos de liberdade e autodeterminação sexual, analisaremos agora as condutas tipificadas no art. 176º, visando encontrar o bem jurídico ou bens jurídicos protegidos.

Da leitura das alíneas *a)* e *b)* do nº1 do preceito em questão não surgem dúvidas quanto ao bem jurídico tutelado que será a liberdade sexual do menor. A utilização do menor, ou seu aliciamento, em espetáculo, fotografia, gravação ou filme pornográficos, consiste num abuso sexual do menor, tratando-se, pois, de uma conduta verdadeiramente prejudicial ao livre desenvolvimento da vida e personalidade do menor na esfera sexual, posição que a doutrina adota de forma consensual<sup>40</sup>.

Por outro lado, este consenso não se verifica em relação aos restantes

---

<sup>37</sup> A título exemplificativo, no art. 167º do CP, inserido na secção dos crimes contra a liberdade sexual, pune-se o agente que se aproveita fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, para praticar com outra pessoa um ato sexual de relevo.

<sup>38</sup> Note-se que neste último caso o ataque à liberdade sexual de *B* reside no facto de este não dispor do seu corpo de forma livre, uma vez que a sua decisão/vontade se encontra viciada por um erro.

<sup>39</sup> Assim, ensina RAPOSO, Vera Lúcia, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in *Separata de Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003. – p. 938.

<sup>40</sup> Veja-se, por exemplo, LOPES, José Mouraz/MILHEIRO, Tiago Caiado, “Crimes Sexuais, Análise substantiva e processual”, 3ª Ed., 2021 – p. 253. Também, ANUTNES, Maria João/SANTOS, Cláudia, “Comentário Conimbricense do Código Penal Português”. Artigo 176º. TOMO I. Coimbra Editora, 2012. – p. 880. E ANTUNES, Maria João/SOUSA, Susana Aires de. “Da Relevância” (2019) - p. 248. Note-se, porém, que nestas duas últimas publicações, as autoras levantam algumas dúvidas quanto ao bem jurídico manter-se a autodeterminação sexual no caso de as vítimas terem entre 14 e 18 anos.

comportamentos criminalizados no art. 176º.

Ao contrário do que sucede nas duas primeiras alíneas deste preceito, nas restantes condutas verifica-se uma relação indireta entre o agente do crime e a vítima, o que leva a questionar se o bem jurídico ainda assim se mantém a liberdade e autodeterminação sexual. Nas alíneas *c)* e *d)* do nº1 e nos nºs 5 e 6 do art. 176º, verifica-se uma *utilização indireta de menores*<sup>41</sup>, punindo-se a divulgação, o acesso e posse dos materiais pornográficos previstos nas alíneas *a)* e *b)* do nº1. Ora, o que sucede nestes casos é que o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual foi violado aquando da utilização dos menores nos materiais pornográficos, sendo agora punido a sua proliferação.

A questão que se coloca é a seguinte: face ao contacto mediato entre a conduta do agente e a liberdade sexual, poder-se-á afirmar que o tipo legal tutela, ainda assim, este bem jurídico?

Figueiredo Dias defendeu, ainda antes da autonomização do crime de pornografia de menores, que o que aqui está em causa não é a punição de condutas que atentam contra a livre personalidade do menor na esfera sexual, mas antes a punição do comércio de material pornográfico<sup>42</sup>. Na mesma linha, mas já depois de 2007, seguem Maria João Antunes e Cláudia Santos que defendem tratar-se “da criminalização do comércio de material pornográfico, entendido este numa aceção ampla, havendo uma tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor”<sup>43</sup>. Maria João Antunes reitera a sua posição, desta feita num texto publicado em conjunto com Susana Aires de Sousa, entendendo que “está fundamentalmente em causa a utilização das normas penais como forma de combate ao tráfico, à comercialização e à proliferação de fotografias, filmes e gravações pornográficos que envolvam menores”<sup>44</sup>. Também Mouraz Lopes e Caiado Milheiro defendem que não se tratam de comportamentos que atentam, pelo menos diretamente, contra a liberdade sexual de menores, mas antes condutas que divulgam esses mesmos comportamentos<sup>45</sup>. De igual forma, Ana Paula Rodrigues sustenta que objetivo do

---

<sup>41</sup> Formulação utilizada por LOPES, José Mouraz/MILHEIRO, Tiago Caiado. “Crimes Sexuais. Análise substantiva e processual.” 3ª Ed. Almedina, 2021. – p. 255. De agora em diante citado como “Crimes Sexuais” (2021).

<sup>42</sup> Esta conclusão retira-se do estudo feito por ANTUNES, Maria João/SOUSA, Susana Aires de. “Da Relevância” (2019) -pp. 250 e 251.

<sup>43</sup> Cf. ANTUNES, Maria João/SANTOS, Cláudia, “Comentário Conimbricense do Código Penal Português”. Artigo 176º. TOMO I. Coimbra Editora, 2012. – p. 880. Doravante, citado como “Artigo 176º”

<sup>44</sup> Cf. ANTUNES, Maria João/SOUSA, Susana Aires de. “Da Relevância” (2019). – pp. 253 e 254.

<sup>45</sup> Cf. LOPES, José Mouraz/MILHEIRO, Tiago Caiado. “Crimes Sexuais.” (2021) – p. 255.

legislador foi o “de travar a proliferação da divulgação de condutas que atentam contra a liberdade e autodeterminação sexual das crianças, elas sim violadoras de bens jurídicos pessoais”<sup>46</sup>.

Por sua vez, Ana Rita Alfaiate, reconhecendo que as incriminações de condutas que extravasam a vontade individual dos menores só podem ser legitimadas pela proteção de um bem jurídico supra individual, defende que em causa está a tutela da infância e da juventude, valores que o Estado se comprometeu a proteger nos art. 69º e 70º da CRP.<sup>47</sup>

Todavia, há quem sustente que a liberdade e autodeterminação sexual é ainda o bem jurídico tutelado nas condutas ora analisadas.

Neste sentido segue Paulo Pinto de Albuquerque que advoga que “em qualquer dos crimes previstos na lei, o bem jurídico protegido é, ainda que remotamente, a autodeterminação sexual dos menores”.<sup>48</sup> Bem como Inês Ferreira Leite que, num paralelismo com os crimes de recetação e de branqueamento de capitais, entende que o bem jurídico tutelado será ainda a liberdade e autodeterminação sexual do menor, uma vez que os agentes “retiram para si benefícios (...) da prática dos crimes de abuso sexual de crianças”.<sup>49</sup>

Tomando em consideração toda esta discussão doutrinal<sup>50 51</sup>, tendemos a inclinar-nos para a corrente doutrinal que defende que o bem jurídico tutelado pelas condutas em que se verifica uma “utilização indireta do menor” é ainda a liberdade e autodeterminação sexual

---

<sup>46</sup> Cf. RODRIGUES, Ana Paula. “Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, in Revista do CEJ, Nº 15, 2011. – p. 271.

<sup>47</sup> Cf. ALFAIATE, Ana Rita. “A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores”. Coimbra Editora, 2009. - P. 97. Doravante citado como “A Relevância Penal” (2009).

<sup>48</sup> Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. 4ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021 – p. 762 (Nota 3). Doravante, citado como “Comentário do Código Penal” (2021).

<sup>49</sup> Cf. LEITE, Inês Ferreira. “Pedofilia. Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração”. Almedina, maio de 2004. - P. 61 e 62. Doravante, citado como “Pedofilia.”

<sup>50</sup> A divergência doutrinal em torno do bem jurídico protegido nestas condutas é de tal forma acentuada que chegou a haver uma Proposta de Lei – Proposta de Lei nº 149/IX, de 28 de outubro de 2004 – na qual se apregoava a sua integração num tipo legal de crime novo, face à dificuldade existente em correlacionar algumas condutas a um bem jurídico individual, designadamente, à liberdade e autodeterminação sexual. Assim, propôs-se uma nova ordenação, na qual o crime de pornografia de menores se integraria no art. 250º-A, incluído na secção dos Crimes contra a proteção devida aos menores, do Capítulo I – Dos crimes contra a família, a proteção devida aos menores, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos – do Título que previa os Crimes contra a vida em sociedade.

<sup>51</sup> Sublinhe-se ainda que, este debate não é desprovido de interesse prático, uma vez que a interpretação de um bem jurídico distinto da liberdade e autodeterminação sexual terá consequências ao nível do crime continuado, das penas acessórias, do sistema de registo de identificação criminal, da identificação criminal e da eliminação de perfis de ADN da base de dados. Para perceber os contornos materiais destes efeitos, veja-se ANTUNES, Maria João/SOUSA, Susana Aires De., “Da Relevância.” - p. 257 e ss.

dos menores, embora com algumas reservas.

Primeiramente, não fazemos equivaler a conduta de quem utiliza diretamente o menor para a realização de espetáculo ou outros materiais pornográficos com a conduta de quem partilha esses mesmos materiais, porém cremos que essa diferença deve fazer-se sentir ao nível da moldura penal e não ao nível do bem jurídico. Ainda que o direito a dispor livremente do seu corpo, sem suportar atos sexuais de terceiros contra a sua vontade tenha sido diretamente violado pelo agente que praticou uma das condutas previstas nas als. a) e b) do nº1 do art. 176º, a verdade é que o agente que partilha os materiais pornográficos resultantes destas ações, aproveita o produto de um crime, com conhecimento de que é crime.<sup>52</sup>

Ademais, a circulação destes materiais tem efeitos nefastos no desenvolvimento da personalidade, não só na esfera sexual, mas também na esfera pessoal e social do menor.<sup>53</sup> É inegável que o abuso sexual é um episódio traumático na vida do menor, sendo um íman de tristeza, angústia, muitas vezes vergonha e medo, para além das consequências físicas que provoca. A circulação dos materiais que representam este abuso, do ponto de vista da vítima, só intensificará estes efeitos, tratando-se, portanto de uma conduta que atenta contra o livre desenvolvimento da personalidade do menor<sup>54</sup>.

Estes argumentos direcionam-se para as condutas em que, não se verificando uma utilização direta do menor, o agente ainda assim se aproveita desta, retirando *para si benefícios, ainda que de natureza não económica, da prática do crime de abuso sexual de*

---

<sup>52</sup> O acesso aos materiais pedo-pornográficos e a sua proliferação requerem um esforço e uma perícia aguda por parte dos seus agentes, não estando ao alcance de qualquer pessoa. A verdade é que o acesso a *sites* com este tipo de conteúdos é fortemente protegido e encriptado, sendo necessário aceder à denominada *dark web* para os encontrar. Por sua vez, tal como explicam Mouraz Lopes e Caiado Milheiro, a “divulgação e cedência resultará da instalação de programas de partilhas de ficheiros como o P2P (software peer-to-peer), que “possibilita a partilha entre computadores ligados à rede dos ficheiros existentes nas suas memórias. Em certo sentido, o software P2P transforma cada computador ligado à rede num potencial servidor”. Ou seja, o agente do crime ao disponibilizar ficheiros com material pornográfico neste tipo de sistemas, sabe que outro utilizador da rede, que use o mesmo software, pode visualizar, ou copiar ficheiros contendo material pornográfico, tal como ele o poderá fazer de outros computadores.” – Cf. LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado, “Crimes Sexuais”. - p. 257. Daqui se retira que o a prática destas condutas pelo agente é consciente e dolosa.

<sup>53</sup> Uma notícia publicada pelo Jornal de Notícias, intitulada “Quando a intimidade se torna um catálogo na Internet”, Gabriela Moita – especialista em psicologia da sexualidade – alerta para os “efeitos destrutivos” que a exposição pública de imagens pornográficas comporta. Esta exposição versa sobre os casos em que A partilha com B uma imagem íntima e este divulga-a sem o consentimento daquele. Se daqui se retiram (obviamente) efeitos negativos, o que dizer dos casos em que essas imagens resultam já de um crime, isto é, nos casos em que a foto de A não foi capturada de livre vontade e retrata ela mesma um abuso sexual? (Notícia disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/reportagens/quando-a-intimidade-se-torna-um-catalogo-na-internet-13038068.html>).

<sup>54</sup> Direito pessoal constitucionalmente consagrado no art. 26º/1 da CRP.

crianças<sup>55</sup>.<sup>56</sup> Tratam-se dos casos das als. *c*) e *d*) do nº1 e do nº 5 e 6 do art. 176º.

A mesma resposta não caberá para os casos em que se verifica uma representação realista do menor, uma vez que aqui não há um abuso sexual, não havendo uma violação da liberdade e autodeterminação sexual do menor, nem havendo um aproveitamento de um crime anterior.

Tendo para nós que as únicas situações que se podem incluir no âmbito do nº 4 do art. 176º são aquelas em que em causa estão representados menores de “carne e osso”, portanto, crianças menores de 18 anos que de facto existem, ou seja que nasceram e vivem, cremos que o bem jurídico tutelado será o direito à imagem. É a própria CRP que prevê o direito à imagem no seu art. 26º/1 enquanto direito pessoal que o Estado deve proteger e promover. Entendemos tratar-se de um bem jurídico individual e não supra individual, como o comércio, uma vez que a *ratio* da punição reside no menor e não no comércio. Se assim não fosse, duas imagens idênticas, de cariz pornográfico, fabricadas através do recurso de tecnologias gráficas (por exemplo, *Photoshop*), em que uma representasse um menor existente e outra um menor não existente, teriam o mesmo desvalor na lógica do mercado, uma vez que ambas seriam capazes de perturbar a segurança e fiabilidade no comércio informático que se pretende assegurar com a sua tutela.<sup>57</sup>

Por fim, é de realçar, que as soluções díspares ao nível do bem jurídico protegido pela incriminação de todo o art. 176º têm-se verificado também no contexto jurisprudencial. Deste modo, encontram-se nas decisões dos juízes ecos da doutrina que defende que o bem jurídico em causa é, ainda que remotamente, a liberdade e autodeterminação sexual dos menores<sup>58</sup>, mas outras pendem para a defesa de um bem jurídico supra individual radicado

---

<sup>55</sup> Cf. LEITE, Inês Ferreira. “Pedofilia”. – P. 61.

<sup>56</sup> Procede-se aqui a uma analogia com o crime de recetação tipificado no art. 231º do CP. Na lógica deste crime, quem, por exemplo, conservar um determinado objeto que sabe que é produto de um furto, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. Tal como no crime de pornografia de menores, aqui também se verifica uma relação indireta entre o agente que pratica o crime de recetação e a vítima (a pessoa cujo património foi lesado). Se ficar com um telemóvel que é produto de um crime, constitui *per se* um ilícito penal, por se estar indiretamente a lesar o património de outrem, o que dizer de obter, aceder ou comercializar materiais pornográficos resultantes de um abuso sexual de um menor? (O exemplo do telemóvel foi retirado do Ac. Do TR de Coimbra, de 30-05-2012, proc. 51/10.7SAGR.D.C1).

<sup>57</sup> Sobre os problemas interpretativos levantados pela pornografia infantil virtual debruçamo-nos com mais profundidade no Capítulo seguinte deste estudo (Capítulo V).

<sup>58</sup> Assim, o Ac. do STJ de 08-06-2022, Proc. 482/20.4JGLSB.L1.S1, cujo objeto se integra no âmbito das als. *a*), *b*), *c*) e *d*) do nº1 do art. 176º, e onde se lê que *o bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores é, ainda que remotamente, a autodeterminação sexual do menor de 18 anos.*

na proteção da dignidade dos menores<sup>59</sup>, e existem ainda decisões mistas onde se pugna pela tutela de bens jurídicos individuais e supra individuais<sup>60</sup>.

De tudo o que aqui foi dito se retira a dificuldade em extrair o bem jurídico tutelado pelas condutas tipificadas no crime de pornografia de menores, em especial as condutas onde se verifica uma relação indireta entre o agente e a vítima.

---

<sup>59</sup> Veja-se, nesta linha, a decisão a que chegou o STJ, no Ac. de 17-05-2017, Proc. 194/14.8TEL.SB.S1, que analisando condutas integradas nas als. c) e d) do nº1 do art. 176, afirmou que *atenta a natureza do bem jurídico violado, na medida em que não é imediatamente a liberdade e autodeterminação sexual ou interesses exclusivamente pessoais que estão em causa na ilicitude em questão, mas um bem jurídico supra individual, de interesse público, de proteção e defesa da dignidade de menores, na produção de conteúdos pornográficos e divulgação ou circulação destes pela comunidade.*

<sup>60</sup> É o que sucede no Ac. do STJ de 06-07-2022, Proc. 162/17.8JGLSB.E1.S1, onde se pode ler *o art. 176º, do Cód. Penal, inclui quatro crimes distintos, sendo em qualquer destes crimes o bem jurídico protegido, ainda que remotamente, a autodeterminação sexual de menor de 18 anos de idade. Mas também um bem jurídico supra individual, de interesse público, de proteção e dignidade de menores, na produção de conteúdos pornográficos e divulgação ou circulação destes pela comunidade.*

## V. A Representação Realista de Menor

A Lei nº 59/2007, de 4 de setembro criminalizou, no então nº3 do art. 176º, atual nº 4, a conduta do agente que *pratica os atos descritos nas alíneas c) e d) do nº1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor.*

Desta feita, introduziu-se, pela primeira vez, o conceito de representação realista de menor<sup>61</sup>, que se distingue da representação real de menor, e que tem vindo a ser objeto de algumas reflexões e críticas doutrinárias. Para além de questionarem a própria essência e substância deste conceito, algumas vozes da doutrina têm defendido a falta de dignidade penal das condutas relacionadas com materiais pornográficos com representação realista de menor.

Em primeiro lugar, importa clarificar esta noção.

No âmbito da pornografia de menores, uma imagem de cariz pornográfico pode, em princípio, corresponder a uma de três situações:

- pode ser uma imagem que retrate um menor de “carne e osso” a ser objeto de um abuso sexual, e portanto uma imagem resultante da utilização direta deste menor para os fins das als. a) e b) do nº1 do art. 176º. Trata-se da representação real de menor, cuja proliferação recairá nas als. c) ou d) do nº1 do art. 176º;
- pode tratar-se de uma imagem, de cariz sexual, de um menor que, através do recurso a tecnologias gráficas, foi fabricada, não tendo, de facto, havido lugar a um abuso sexual do menor. Trata-se da pornografia infantil virtual, e dentro desta, distingue-se entre pedopornografia virtual parcial, se o menor retratado nas imagens corresponde a uma criança real, de “carne e osso”, uma criança que existe, ou pedopornografia infantil virtual total, se em causa estão imagens de uma criança inexistente, portanto, imagens totalmente fabricadas;
- por último, pode ainda dar-se o caso da imagem retratar um adulto com aparência de menor, levando quem assiste ao material em causa a acreditar que ali está representada uma criança. Denomina-se de pornografia aparente.

---

<sup>61</sup> Na base deste conceito encontra-se a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, onde se integra na definição de *pornografia infantil*, “imagens realistas de crianças não existentes” – Art. 1º-c). A Diretiva 2011/92/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que veio substituir esta Decisão-Quadro, manteve esta corrente, como se pode ver no art. 2º-c)-iv).

No primeiro caso, defrontamo-nos com a representação real de menor, que já se encontra sob a alçada da al. b) do nº1 do art. 176º, estando, por conseguinte, excluída do âmbito do nº 4 do mesmo preceito.

Quanto à inclusão dos dois casos seguintes no conceito da representação realista a doutrina diverge. Mouraz Lopes e Caiado Milheiro defendem que *a representação realista de menor abrange a pedopornografia virtual, mas também a aparente, uma vez que a definição legal não exclui nenhuma delas, delimitando a abrangência incriminatória pela aptidão do material pornográfico retratar imagens que aparentam de forma realista serem menores de idade*<sup>62</sup>. Na defesa de uma noção ampla, seguem também Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima que, referindo-se à pseudopornografia, afirmam *que a norma visa ambas as categorias*<sup>63, 64</sup>.

Ana Rita Alfaiate interpreta a expressão “representação realista de menores” à luz da definição exposta na Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, segundo a qual se tratam da representação de “imagens realistas de crianças não existentes”<sup>65, 66</sup>.

Na defesa de uma interpretação restrita do conceito na qual se incluía apenas a pornografia infantil virtual, e dentro desta, somente a parcial, seguem Maria João Antunes e Cláudia Santos que afirmam que nos materiais pornográficos com representação realista de menor se incluem apenas *aqueles que, embora fruto da tecnologia gráfica e da imaginação do seu autor, resultam em parte, de imagens ou de parte de imagens de menores de 18 anos de idade*<sup>67</sup>.

Questão diferente da abrangência da expressão em análise, mas ainda mais controversa é a referente à dignidade penal de cada uma destas condutas. É possível arranjar um fundamento para a legitimação da punição da conduta de quem produz uma imagem (de cariz sexual) realista, mas não real, de uma criança não existente? E para a de quem produz a mesma imagem, mas representando um adulto que aparenta ser um menor?

---

<sup>62</sup> Cf. LOPES, José Mouraz/MILHEIRO, Tiago Caiado. “Crimes Sexuais” – p. 261.

<sup>63</sup> Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de / LIMA, Pedro Mendes, “O Crime de Detenção de Pseudopornografia Infantil – Evolução ou Involução?”, in JULGAR Nº12 (2010) – p. 215. Doravante, citado como “O Crime de Detenção”.

<sup>64</sup> Associam-se, ainda, a esta corrente ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Comentário do Código Penal” (2021) - p. 763; LEITE, André Lamas. “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminações sexuais – Nótulas Esparsas”, in JULGAR, Nº 28, 2016 – P. 69.

<sup>65</sup> Subalínea iii) da al. b) do art. 1º da Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho.

<sup>66</sup> Cf. ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal*, p. 120 e 121.

<sup>67</sup> Cf. ANTUNES, Maria João / SANTOS, Cláudia. “Artigo 176º” - p. 884.

Uma vez mais, a doutrina diverge.

Pedro Vaz Patto debruçou-se sobre este tema num texto intitulado “Pornografia Infantil Virtual<sup>68</sup>”, onde concluiu pela dignidade penal e, portanto, pela legitimidade da criminalização da pornografia virtual infantil.

Os defensores da criminalização da pedopornografia infantil virtual, baseiam-se no facto de muitas vezes os materiais pornográficos, quer contenham representações reais ou realistas, serem usados para aliciar e encorajar a participação dos menores em atos sexuais, sustentando-se, assim, no perigo que estes materiais representam para a prática de crimes sexuais contra os menores. Alegam ainda a dificuldade em distinguir o que é real do que é realista, sentida frequentemente pelos investigadores e julgadores destes crimes, situação que pode conduzir às falsas alegações de que em causa estejam imagens virtuais e não reais, obstando desta forma a quaisquer condenações. Afirmam, na ótica das pessoas com tendências pedófilas, que estes materiais podem ter como efeito o reforço dessas tendências, consolidando a ideia de que as relações sexuais entre adultos e crianças são aceitáveis. Acrescentam também que a restrição à liberdade de expressão operada pela punição presente no nº4 do art. 176º se justifica à luz da proteção dos direitos das crianças, cujo desenvolvimento pessoal é afetado por este crime.<sup>69</sup>

No polo oposto, defendendo a falta de dignidade penal<sup>70</sup> da pornografia virtual, pelo menos total, e da pornografia aparente, advoga-se que a sua punição constitui um retorno à tutela da moral, não havendo nenhum fundamento à luz da tese da proteção dos bens jurídicos que a possa justificar.<sup>71</sup>

Deste modo, sustentam que o nexo causal entre a existência destes materiais pornográficos e a eventual prática futura de crimes sexuais contra menores é demasiado remoto e débil, acreditando que a prova do mesmo estaria sempre condenada. Ademais,

---

<sup>68</sup> Cf. PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz, “Pornografia Infantil Virtual”, in JULGAR, Nº12 (especial) – 2010. P. 183 a 194.

<sup>69</sup> Todas estas premissas estão expostas e desenvolvidas no texto (*ibidem*) da autoria de Vaz Patto e derivam não apenas de posições doutrinárias, mas também de jurisprudência estrangeira.

<sup>70</sup> A profundidade do problema da dignidade penal de algumas condutas levou mesmo alguns autores a defender que em casos específicos de algumas condutas não estarão em causa ilícitos penais, mas antes ilícitos contraordenacionais, devendo procurar-se uma resposta no âmbito do Direito de Mera Ordenação Social, afastando-se a aplicação do DP por respeito ao princípio da necessidade de intervenção penal. Assim, cf. ALFAIATE, Ana Rita, “A Relevância Penal” – p. 115; e PEREIRA, Rui Carlos, “Liberdade Sexual. A sua tutela na reforma do Código Penal”, in Sub Judice, Nº 11, 1996 – pp. 47 e 48.

<sup>71</sup> Neste sentido veja-se, por exemplo, ALFAIATE, Ana Rita, “A Relevância Penal” - p. 120 e ss; ANTUNES, Maria João/SANTOS, Cláudia “Artigo 176º” - p. 884; ANTUNES, Maria João, “Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, in JULGAR, Nº12 (especial) – 2010; LEITE, Inês Ferreira, “Pedofilia”, p. 63.

entendem que pugnar pela criminalização destas condutas baseando-se neste risco de comissão futura de crimes consubstancia uma tutela demasiado antecipada<sup>72</sup> que não se coaduna com o limite imposto à liberdade de opinião e de expressão do agente que produz esses conteúdos. Ainda na linha deste argumento do tendencial perigo e da consolidação de tendências pedófilas, contrapõe-se dizendo que estes materiais podem ter o efeito oposto, denominado de efeito catártico, isto é, podem desencorajar o cometimento de crimes verdadeiramente violadores da liberdade sexual dos menores se se mostrarem suficientes para satisfazer os instintos sexuais daquele que os produz, comercializa ou tem acesso a eles.

A nossa posição sobre a *representação realista de menor* vai num sentido distinto de qualquer uma destas posições.

Em primeiro lugar, entendemos que a expressão abrange apenas a pornografia virtual parcial, deixando de fora a pornografia virtual total<sup>73</sup> e a pornografia aparente<sup>74</sup>. Por outras palavras, a punição de produção ou comercialização de imagens realistas de menores, só faz sentido à luz dos princípios da necessidade da pena e da proporcionalidade, se em causa estiver de facto um menor realmente existente.<sup>75</sup>

Não discordando da dignidade penal desta conduta, divergimos, todavia, com a sua integração sistemática no âmbito do crime de pornografia de menores e no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos menores.

Uma reflexão profunda do comportamento tipificado no n.º 4 do art. 176.º levou-nos

---

<sup>72</sup> Vaz Patto, contrapõe sustentando que que os crimes de perigo, e em especial os de perigo abstrato, não são desconhecidos do ordenamento jurídico português e que a o nexa causal remoto entre a conduta e o perigo é próprio deste tipo de crime. Nesta linha, “será legítima a criminalização da pornografia infantil virtual atendendo ao *perigo* de a divulgação e consumo desse material servir para estimular e facilitar a prática de crimes sexuais contra crianças, com os danos que daí possam derivar. Danos potenciais, mas de gravidade indiscutível.” – Cf. PATTO, Pedro Vaz. “Pornografia Infantil Virtual” - P. 191.

<sup>73</sup> Afirmar a dignidade penal da pornografia infantil virtual total seria criar um crime *without victims* e impor um limite excessivo à liberdade de expressão do agente que produz esses conteúdos, na medida em que se estaria a punir a criação de um desenho de um boneco ou personagem. Por mais repugnantes que essas representações possam parecer aos olhos da comunidade, puni-las seria extravasar as finalidades do DP que interviria para proteger sentimentos morais e concepções puritanas e virgínicas. O choque e a sensibilidade não devem ser fundamentos para a intervenção penal, caso contrário, por exemplo, os produtores, realizadores e participantes de filmes de terror poderiam ser chamados a responder perante o DP.

<sup>74</sup> À falta de dignidade penal da produção e comercialização de pornografia aparente está subjacente o consentimento dado pelo adulto representado nessas imagens. Caso não se verifique esse consentimento podemos estar perante um crime de coação sexual (art. 163.º) ou violação (art. 164.º), ou pelo menos perante o uso indevido da imagem do adulto.

<sup>75</sup> Seguimos aqui o raciocínio de Maria João Antunes e Cláudia Santos, segundo as quais, *um outro entendimento legitima a crítica no sentido de esta incriminação ser sintomática do retorno a um direito penal de autor, com declaração de guerra ao inimigo pedófilo, sem que haja a identificação de uma qualquer vítima.* ANTUNES, Maria João / SANTOS, Cláudia, “Artigo 176.º” - P. 884.

a concluir que neste ponto o que se tutela é o direito à imagem do menor, pelo que deveria incluir-se este crime no art. 199º, inserido no Capítulo VIII – Dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais.

O nº 4 do art. 176º pune a conduta de quem produz, comercializa ou adquire com estes objetivos, materiais pornográficos com representação realista de menor. Ora, defender que se criminaliza o comércio de material pornográfico, embora não totalmente errado, parece insuficiente. É evidente que esta tipificação legal promove a segurança no comércio (sobretudo digital) que se pretende livre de conteúdos proibidos e lesivos de direitos fundamentais das pessoas. Contudo, se entendemos que a segurança do comércio é colocada em causa quando circula nele uma imagem pornográfica de um menor, que faz com que o Direito Penal seja chamado a intervir, por maioria de razão então temos que o chamar sempre que nos parecer uma representação do menor, uma vez que a mera aparência tem tanto potencial abalador como a imagem factual<sup>76</sup>.

Consideramos que o desvalor desta ação radica na utilização da imagem do menor sem o seu consentimento. Utilizar indevidamente a imagem do menor para propaganda política ou para efeitos de marketing de um qualquer produto ou para fins pornográficos tem o mesmo desvalor no que respeita a ilicitude da conduta<sup>77</sup>.<sup>78</sup> Na mesma linha, a utilização da imagem de um adulto, sem o seu consentimento, para a produção e comercialização de conteúdos pornográficos também constitui um crime, se assim é para os adultos porque não seria para os menores?

Tudo dito, temos que a comercialização e obtenção para estes fins de materiais pornográficos com representação realista de menor deverão ser punidos à luz da proteção do direito à imagem, devendo o cariz pornográfico relevar para efeitos de determinação concreta da pena aplicada.

---

<sup>76</sup> O que se está a aqui a defender é a ideia de que quando uma pessoa que está a participar no comércio é confrontada, por exemplo, com uma imagem de cariz pornográfico onde se represente um adulto que aparenta ser um menor (pornografia aparente), o impacto dessa aparência abala desde logo a confiança dessa pessoa no mercado e na sua segurança. O mesmo se aplica à imagem de um menor não existente (pornografia virtual total), portanto de um “boneco”, que, no entanto, parece mesmo ser um menor real, de “carne e osso”. Defender a criminalização da pornografia virtual parcial com base na proibição do comércio de materiais pornográficos é também defender a criminalização da pornografia virtual total e da pornografia aparente, e isto seria tutelar sentimentos morais, dado que, em última linha, estaríamos a criminalizar crimes sem vítimas.

<sup>77</sup> Uma vez mais, o entendimento contrário consubstancia uma tutela do pudor.

<sup>78</sup> Não significa isto que se deva ter por completa desconsideração o contexto pornográfico da utilização indevida da imagem. Entendemos é que estas circunstâncias deverão ser tidas em conta na determinação da pena concreta.

## VI. A Detenção ou Mera Posse de Materiais Pornográficos

O nº5 do art. 176º dispõe que “quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea *b*) do nº1 é punido com pena de prisão até 2 anos”, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 103/2015<sup>79</sup>. Este preceito trata da mera posse ou detenção de materiais pornográficos com representação real de menor<sup>80</sup>, sem que lhes esteja associada uma intenção específica de comercialização, distinguindo-se por isso da al. *d*) do nº1.

A mera posse de materiais pornográficos surgiu tipificada pela primeira vez na Lei nº 59/2007, na decorrência da Convenção de Lanzarote, cujo art. 20º/1-*e*) dispunha que cada Parte deveria tomar as medidas necessárias “para qualificar como infração penal” diversos comportamentos, dentro dos quais a posse de pornografia de menores, não se exigindo qualquer intenção de difusão associada. Reservava-se, porém, às Partes, o direito a não criminalizar a detenção destes materiais, se essas imagens fossem “detidas pelos próprios menores, com o seu acordo e para seu uso privado” (art. 20º/3 da Convenção de Lanzarote).

Em 2015, a redação do art. 176º sofreu algumas alterações<sup>81</sup>, dentro das quais se destaca o facto de, no seguimento da transposição da Diretiva 2011/92/EU, se ter passado a exigir para a tipificação da mera posse uma atuação intencional<sup>82.83</sup>. No que respeita as matérias incluídas na reserva dos Estados-Membros, esta Diretiva entendeu que a cada Estado caberia a decisão de criminalizar ou não a posse de materiais pornográficos, desde

---

<sup>79</sup> De notar que esta Lei contém uma pequena restrição, uma vez que subordinou a dignidade penal da conduta a uma atuação intencional, mas nem por isso deixou de acompanhar a evolução legislativa no sentido do alargamento e ampliação, tendo tipificado o acesso aos materiais pornográficos “através de sistema informático ou qualquer outro meio”.

<sup>80</sup> Conclusão que se retira da remissão que o texto legal opera para a al. *b*) do nº1.

<sup>81</sup> Para além da subordinação da conduta a uma intencionalidade, operou-se uma extensão das modalidades de ação, tipificando-se o acesso e a obtenção e facilitação do mesmo. Este alargamento veio combater as dúvidas que antes se faziam sentir quanto ao alcance da incriminação, designadamente, sobre se na mesma se integrava a conduta de quem, por exemplo, acedia via *streaming* a um conteúdo pornográfico, ou se por outro lado, dever-se-ia exigir um domínio de facto sobre o material, concretizado, por exemplo, através de uma descarga, isto é, de um *download* para suporte ou sistema informático. Hoje, entende-se que a tipificação do acesso inclui *a visualização de conteúdos pornográficos de menores, mesmo sem realizar download, ou qualquer transferência de ficheiros, ainda que provisoriamente* – Cf. LOPES, José Mouraz / MILHEIRO, Tiago Caiado. “Crimes Sexuais” - p. 262.

<sup>82</sup> Art. 5º/1 e 2 da Diretiva, no inciso “comportamentos intencionais”.

<sup>83</sup> Esta formulação veio dificultar a distinção entre a detenção de materiais pornográficos criminalizada no nº 5 do art. 176º do CP e a posse com propósitos de divulgação tipificada na al. *d*) do nº 1 do mesmo preceito.

que esta esteja “na posse do produtor apenas para seu uso privado” e “não comporte risco de difusão”<sup>84</sup>.

A tipificação legal da mera detenção no ordenamento jurídico português tem sido alvo de divergências doutrinárias.

Numa obra dedicada ao crime de detenção de pornografia infantil<sup>85</sup>, Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima recolheram um conjunto de argumentos usados por diversos autores ora para sustentar a dignidade punitiva desta conduta, ora para defender a despenalização da mesma.

Assim, a favor da criminalização da mera posse sustenta-se o facto de que a existência do material pornográfico agora detido por um sujeito representa uma lesão da liberdade e autodeterminação sexual do menor ocorrida no momento da produção desse material, sendo, portanto, um aproveitamento de um crime. Destaca-se ainda o perigo que o material possuído representa quer por a qualquer momento poder ser comercializado, quer por poder ser um instrumento para baixar as defesas dos menores, levando-os à prática de atos sexuais lesivos. A ideia aqui presente é a de que, o detentor possa utilizar o material pornográfico para exibir a um menor, aliciando-o para a execução de atos sexuais com o agente ou com um terceiro. No fundo, os argumentos mais usados pelos defensores da atribuição de dignidade penal à mera posse percorrem um caminho que, a montante, tem o facto de ser um aproveitamento de um crime cometido anteriormente por outra pessoa e, a jusante, a perigosidade que representa para a prática de futuros crimes e, portanto, para a provocação de danos na esfera sexual de um menor.<sup>86</sup>

No outro polo<sup>87</sup>, isto é, a favor da despenalização da mera posse de materiais pornográficos, defende-se que não há razões que justifiquem a dignidade penal desta

---

<sup>84</sup> Art. 5º/8 da Diretiva 2011/92/EU, de 13 de dezembro de 2011.

<sup>85</sup> Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes. “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – Evolução ou Involução?” - *in* JULGAR – Nº 12 (especial) – 2010. Doravante, citado como “O crime de detenção”.

<sup>86</sup> A este caminho ainda se aditam razões processuais como o facto de através desta punição se colocar “a ação penal a salvo da arguição de que o abuso de menores nele representado tenha já prescrito”, bem como a possibilidade desta criminalização reduzir a procura e oferta destes materiais pornográficos, e em última instância, erradicar a sua produção. Tratam-se de argumentos enunciados por ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, “O crime de detenção” – pp. 201 e 204. – que, no entanto, os afastam alegando que a utilidade da incriminação para o combate ao crime e suplantação de incidentes processuais não serve como critério de justiça, alicerçando-se antes num “inadmissível direito penal da suspeita” e numa “expansão desmesurada” do DP.

<sup>87</sup> Defendem a descriminalização da detenção pura de materiais pornográficos, entre outros, ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, *in* “O crime de detenção”; ANTUNES, Maria João, *in* “Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual dos Menores”; ALFAIATE, Ana Rita, *in* “A Relevância Penal”.

conduta, seja porque a sua ligação ao abuso sexual do menor representado no material em causa é muito remota, mediata e insegura, de tal modo que se tem por insuficiente, seja porque se entenda que não há razões empíricas/razões de facto que sustentem a correlação da detenção pura de materiais pornográficos com a comissão futura de crimes lesivos da liberdade e autodeterminação sexual de menores. Deste modo, concluem os defensores da descriminalização da mera posse, que uma solução contrária traduzir-se-ia numa antecipação exagerada da tutela penal e na conseqüente construção de um “*crime de perigo de perigo, de perigo indireto ou delito obstáculo*”<sup>88</sup> que no fundo significaria um regresso à tutela da moral.

Pugnando pela descriminalização da mera posse, Ana Rita Alfaiate<sup>89</sup> refere ainda que a punição da detenção de materiais pornográficos sem um propósito de difusão não tem sentido à luz da falta de punição do visionamento desse mesmo material. A autora alega que o legislador não puniu o ato de ver uma imagem ou assistir a um vídeo de cariz pornográfico que representa um abuso de um menor, pelo que, face ao desvalor desta conduta, menos sentido faria que se punisse a mera posse dessa imagem. A ideia aqui subjacente é a de que se não é crime ver esse vídeo, como é que é crime detê-lo simplesmente, sem nunca o ter assistido e porventura sem nunca vir a visionar o mesmo?<sup>90</sup>

Tendemos a discordar da autora, considerando neste particular domínio as críticas feitas por Soares de Albergaria e Mendes Lima que afirmam que *não só a detenção se refere sempre a objetos funcionalmente adstritos ao visionamento, que portanto é sempre o resultado implícito, como o mesmo argumento, a ser válido, se aplicaria, por identidade de razão, à conduta de difusão do material: também aqui o que é literalmente punido é essa difusão e não o visionamento*<sup>91</sup>. cremos que a punição do visionamento não só já estaria implicada na lógica do comércio e da posse de materiais pornográficas, como se acentuou após a Lei nº 103/2015, por força da criminalização do acesso a estes materiais.

---

<sup>88</sup> Conceitos apontados por ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, “O crime de detenção” – p. 205.

<sup>89</sup> Cf. ALFAIATE, Ana Rita, “A Relevância Penal” – p. 120.

<sup>90</sup> Também Mouraz Lopes defendeu que o que esta incriminação punia era “a detenção ou posse e não o visionamento” – Cf. LOPES, José Mouraz. “Os Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”, 4ª Ed., Coimbra Editora, fevereiro de 2008 – p. 153 - Contudo depois da alteração operada pela Lei nº 103/2015, o autor passou a admitir a punição da visualização de conteúdos pornográficos – Cf. LOPES, José Mouraz/MILHEIRO, Tiago Caiado. “Crimes Sexuais” - p. 262.

<sup>91</sup> Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, “O crime de detenção” - P. 209.

Considerando todos os argumentos esgrimidos, cremos que há razões para se punir a detenção de conteúdos pornográficos.

Em primeiro lugar, rejeitamos a ideia de que a incriminação não faz sentido por força da falta de um crime de visionamento, pelas razões acima expostas<sup>92</sup>.

Depois, na linha do que vimos defendendo ao nível do bem jurídico protegido pela norma, cremos estar em causa ainda o livre desenvolvimento da personalidade do menor, na medida em que há um aproveitamento de um crime que atentou diretamente contra a liberdade e autodeterminação sexual do menor ou dos menores, que agora vem à disponibilidade de outros agentes para os mais diversos fins. Assim, embora o detentor não tenha estabelecido uma relação direta com a vítima, ele aproveita-se do seu prévio abuso, com conhecimento de que aquilo que está a adquirir é fruto de um crime. Isto é o que resulta da utilização do advérbio “intencionalmente” presente no nº5 do art. 176º. Exige-se que, quando a agente adquira um material pornográfico ele tenha conhecimento do que faz e, portanto, tenha a intenção de o fazer.<sup>93</sup>

Deste modo, a posse intencional<sup>94</sup> de conteúdos pornográficos só pode resultar de dois cenários: ou o detentor foi também produtor desse material, ou acedeu ao mercado para o obter. E desta feita, só pode resultar em dois cenários: ou o detentor obtém o material pornográfico para o comercializar, ou obtém-no para consumo próprio<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> E atente-se que a considerar-se que esta falta de punição do visionamento consubstanciar-se-ia num lapso por parte do legislador, nunca este poderia ser argumento a favor da descriminalização da mera posse. Sustentar-se um lapso, advogando outro é um argumento falível e injusto.

<sup>93</sup> Daqui provém a falta de dignidade penal da posse de materiais pornográficos quando em causa está, por exemplo, o seu acesso por via de vírus que descarregam automaticamente conteúdos pornográficos para o nosso computador ou que nos abrem websites com estes conteúdos, ou seja, quando em causa está um acesso não intencional. Veja-se o que dizem Mouraz Lopes e Caiado Milheiro: *Em termos volitivos exige-se a intencionalidade (crime intenção), ou seja, a intenção do agente, nas várias modalidades de ação, está sempre direcionada para o material pornográfico de menores, sendo esse o motivo do seu comportamento. Excluem-se assim todas as situações em que a ação resulta de imperícia, desconhecimento informático, links que direcionam para sites pornográficos, reencaminhamentos não pretendidos na internet, ou casos em que, por exemplo, a intenção de visualização ou é a obtenção de prova para um processo que tem subjacente um estudo ou investigação científica.* – Cf. LOPES, José Mouraz/MILHEIRO, Tiago Caiado, “Crimes Sexuais” - p. 263.

<sup>94</sup> Aqui entendida na aceção de intenção enquanto dolo direto, e, portanto, conhecimento e entendimento da ação que pratica e vontade de a praticar.

<sup>95</sup> Dificilmente se poderá sustentar uma posse intencional que não tenha nenhum destes objetivos. Olhemos para a realidade e vivência de cada um de nós: só possuímos coisas porque as usamos, nem que seja apenas uma vez, e só as obtivemos porque lhes demos uma utilidade mesmo que na prática nunca se tenha chegado a realizar. Assumindo que não temos interesse na comercialização, compramos um livro porque o queremos ler, uma camisola porque a queremos usar, um pão porque o queremos comer... Mesmo no contexto dos materiais audiovisuais, compramos um CD porque o queremos ouvir e um filme porque o queremos ver. Mesmo que não cheguemos a usufruir de nenhuma destas coisas, no momento em que as obtivemos conferimos-lhes uma finalidade. A posse vem sempre associada a um propósito!

Uma vez que a posse com propósitos comerciais já se encontra tipificada na alínea *d*) do n° 1 do art. 176º, resta-nos incluir no n°5 a posse para consumo do próprio detentor<sup>96</sup>.

Em suma, tendo em consideração que os materiais pornográficos agora possuídos pelo agente advém de um crime diretamente lesivo da liberdade e autodeterminação sexual do menor<sup>97</sup>, seguindo a lógica do crime de recetação e sendo certo que o agente sabe e quer obter esses conteúdos proibidos, contribuindo para a comercialização dos mesmos e os efeitos negativos dessa comercialização no livre desenvolvimento da personalidade do menor, entendemos existirem aqui razões de política criminal suficientes para a criminalização da mera posse dos materiais pornográficos.

---

<sup>96</sup> Inevitavelmente, a referência a posse para consumo lembra a posse de estupefacientes para autoconsumo. A Lei n° 30/2000, de 29 de novembro veio descriminalizar a posse de estupefacientes para consumo próprio passando esta a ser regulada pelo Direito de Mera Ordenação Social e, por conseguinte, a constituir um ilícito contraordenacional. Poder-se-ia fazer aqui um paralelo argumentando que se o ilícito contraordenacional basta para uma, deveria bastar para a outra. Soares de Albergaria e Mendes Lima, apesar de serem a favor da descriminalização da mera posse de materiais pornográficos de menores, afastam qualquer tentativa de aproximação desta posse à detenção de estupefacientes, por força da *diversidade das “substâncias”* e do perigo que elas representam para terceiros. Considerando que não se deve proceder a este paralelismo, discordamos dos fundamentos. – Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares de/LIMA, Pedro Mendes, “O crime de detenção”, p. 205 (Nota 34). A aproximação entre ambas as modalidades de posse não procede porque no caso dos materiais pornográficos não só estamos perante produtos que, seguindo a lógica do perigo, são aptos a ser instrumentos para a prática de futuros crimes lesivos dos direitos de terceiros, como principalmente são eles mesmos produtos representativos de um crime já ocorrido.

<sup>97</sup> Que se comprova pela remissão operada no n°5 para a alínea *b*) do n1. Esta mera posse só é punida a título do crime de pornografia de menores se em causa estiverem materiais pornográficos que representem uma utilização direta do menor.

## VII. Breves Considerações sobre as Penas Aplicáveis

O nº1 do art. 176º prevê uma pena aplicável de um a cinco anos para o agente que utilize diretamente o menor em espetáculo, fotografia, filme ou gravação pornográficos, bem como para aquele que o alicie para esse fim e ainda para aquele que, embora não estabeleça uma relação direta com o menor, produza e comercialize os materiais pornográficos resultantes das condutas anteriores ou os obtenha com o propósito de os difundir. Prevê-se no nº2 uma agravação desta moldura penal se estes atos forem praticados profissionalmente ou com intenção lucrativa, caso em que a pena aplicável passa a ser de um a oito anos. A mesma agravação prevê-se para as condutas em que se estabelece uma relação direta entre o agente e a vítima (als. *a*) e *b*) do nº1), se estas forem praticadas com recurso a violência ou ameaça grave – nº3.

Esta última agravação, da qual resulta uma qualificação do crime tipificado no nº1, percebe-se que seja limitada às condutas em que se utiliza diretamente o menor, uma vez que só nestas é exequível a violência e a ameaça grave para constranger o menor à prática de atos sexuais.

Como já afirmámos anteriormente<sup>98</sup>, parece-nos que é precisamente no contexto das penas aplicáveis que se deve distinguir as condutas em que se verifica uma relação imediata entre o agente e a vítima daquelas em que se verifica uma conexão mediata entre estes. Partindo do pressuposto de que a conduta daquele que utiliza diretamente o menor para espetáculo ou conteúdo pornográficos não tem o mesmo desvalor daquela em que se distribui estes conteúdos, entendemos dever caber àquela uma moldura penal maior do que a esta.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Cf. Página 28.

<sup>99</sup> O objetivo deste estudo não é proceder à construção de molduras penais específicas, pelo que não vamos aqui indicar números concretos. O ponto principal aqui em discussão é o de que às condutas em que se utiliza diretamente o menor deve ser aplicada uma moldura penal superior do que às condutas em que se utiliza mediatamente o menor. Se a solução caberá por agravar a moldura penal prevista no nº1 para os casos das als. *a*) e *b*) ou diminuir essa mesma moldura para os casos das als. *c*) e *d*) não é o objeto desta análise. Certo, porém, é que mesmo com penas aplicáveis diferentes, devem-se verificar para todas as condutas as agravações referenciadas, nomeadamente as referentes às intenção lucrativa e prática profissional, devendo também nestas distinguir-se a dicotomia direta/indireta.

Não obstante a diferente sistematização que defendemos para o crime de comercialização de materiais pornográficos com representação realista de menor, as restantes condutas tipificadas no art. 176º do CP não suscitam nenhuma menção especial.

Sobra ainda analisar o art. 177º, que sob a epígrafe “Agravação”, contém disposições comuns a todos os crimes inseridos no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Destacam-se os nºs 6 e 7 que preveem uma agravação da moldura penal prevista no nº1 do art. 176º em função da idade concreta da vítima, que será agravada de um terço se for menor de 16 anos, ou de metade se for menor de 14 anos.

Destas agravações suscita-se uma dúvida relativa ao facto de as mesmas não estarem previstas para os casos em que as condutas do nº1 do art. 176º são praticadas num contexto profissional ou com escopo lucrativo, ou seja, as agravações dos nºs 6 e 7 do art. 177º estão previstas apenas para os casos do nº1 do art. 176º, não abrangendo o nº2. Parece-nos que também aqui se devia aplicar esta agravação em função da idade concreta do menor, sob pena de se aplicar uma moldura penal idêntica a casos diferentes, preterindo-se assim as exigências preventivas e punitivas do Direito Penal.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> Repare-se que face ao que está disposto no art. 177º/7 do CP, a pena aplicável a quem utilizar um menor de 14 anos em espetáculo pornográfico é agravada de metade, nos seus limites mínimo e máximo, o que se traduz numa pena de prisão de um ano e seis meses até sete anos e seis meses. Tendo em conta que esta agravação não está prevista para os casos em que se pratica este crime com intenção lucrativa ou profissionalmente, e considerando a pena prevista no nº2 do art. 176º - pena de prisão de um a oito anos – o que pode suceder na prática é a aplicação de uma pena de prisão de um ano e seis meses a *A* por ter utilizado um menor com 12 anos de idade em espetáculo pornográfico e aplicar-se uma pena de um ano a *B* por ter utilizado um menor com 12 anos de idade em espetáculo pornográfico visando a obtenção de um lucro. Esta conclusão antagónica é facilmente resolvida pela aplicação da agravação da prevista no art. 177º aos casos do nº2 do art. 176º.

## VIII. Considerações Finais

Terminado o presente estudo, mas conscientes de que temas pertinentes ficaram ainda por aprofundar<sup>101</sup>, resta proceder a uma breve sumário das conclusões a que chegámos.

Ao longo das últimas décadas, o crime de pornografia de menores sofreu sucessivas alterações legislativas que se traduziram num alargamento do âmbito protetor da norma e num agravamento da punição.

Autonomizado desde 2007 no art. 176º do CP, este tipo legal incrimina não só quem utiliza diretamente o menor em espetáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravação ou o alicia para esse fim, mas também quem acede, possui e comercializa estes materiais pornográficos, ainda que não estabeleça nenhum contacto direto e imediato com o menor. Acrescenta-se a esta lista incriminatória, o comércio de materiais pornográficos com representação realista do menor.

Se, por um lado, as condutas em que se verifica uma relação imediata entre o agente e a vítima não levantam grandes divergências doutrinárias, o mesmo não se pode concluir quando nos referimos aos comportamentos que traduzem uma utilização indireta do menor.

A doutrina e a jurisprudência, nacionais e internacionais, têm-se vindo a debater quer com o bem jurídico tutelado pelas variadas incriminações quer com a própria dignidade penal de algumas destas.

Assim, tentámos responder sobretudo a três questões:

1. Qual o bem jurídico tutelado no art. 176º?
2. O que se deve entender por “representação realista de menor”? E é ainda possível encontrar um fundamento para a intervenção penal neste caso?
3. A mera posse de materiais pornográficos (com representação real de menor) tem dignidade penal?

Da nossa análise retirámos as seguintes conclusões:

---

<sup>101</sup> Temas como o consentimento do menor, a autodeterminação e o conceito de maioridade sexual. A resposta à pergunta “A partir de que idade pode o menor consentir num ato sexual sem que se considere tal ato lesivo da sua liberdade e autodeterminação sexuais?” é de tal forma controversa que poderia ser *per se* objeto de uma dissertação.

1. Quanto ao bem jurídico tutelado pela norma, entendemos que se protege a liberdade e autodeterminação sexual dos menores não apenas nas condutas em que se verifica uma relação direta entre o agente e a vítima, mas também naquelas em que há um aproveitamento desta relação, mesmo que se verifique uma utilização indireta do menor.

Assim, tendo em consideração o facto de que o agente que acede, possui e comercializa os conteúdos pornográficos resultantes da utilização direta do menor (indiscutivelmente lesiva da sua liberdade sexual), age com conhecimento de que estes são produto de um crime e, portanto, age com dolo, e tomando em conta o impacto negativo que o comércio destes materiais pode ter no menor, quer a nível pessoal, quer mesmo a nível social, defendemos que o que se visa nestas incriminações é ainda a proteção da liberdade e autodeterminação sexual do menor, radicada no livre desenvolvimento da sua personalidade, nomeadamente na esfera sexual.

A mesma solução, contudo, não se oferece aos casos do nº 4 do art. 176º, ou seja, quando se pune a produção e distribuição de materiais pornográficos com representação realista de menor. Neste âmbito, cremos que se pune a utilização indevida da imagem do menor, visando-se, por conseguinte, a proteção do seu direito à imagem.

2. Quanto à segunda questão, adotámos um conceito restrito de “representação realista de menor” no qual se integra apenas a pornografia infantil virtual parcial. Desta feita, pune-se a conduta daquele que produz ou comercializa materiais pornográficos que, com recurso a técnicas gráficas e à imaginação, usa imagens de menores, ou parte de imagens de menores, sem que se tenha verificado um abuso ou prática de atos sexuais relevantes sobre esse menor. De fora fica a pedo pornografia virtual total, que no fundo se trata da criação de um boneco que aparenta ser um menor num contexto sexual, e a pornografia aparente, isto é, aquela em que participa um adulto que aparenta ser um menor. Quanto à dignidade penal da pornografia infantil virtual parcial, defendemos que há fundamento para a intervenção do DP, mas fora do âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Uma vez que consideramos que o desvalor do comportamento reside no facto de se usar indevidamente a imagem do menor e, por conseguinte, o bem jurídico tutelado é o direito à imagem, entendemos que esta conduta deve ser tipificada no capítulo VIII que trata dos crimes contra outros bens jurídicos pessoais, devendo o cariz pornográfico relevar para efeitos de determinação concreta da pena.

Desta maneira, respeitamos os princípios da proporcionalidade e da aplicação subsidiária do DP e arredamos a tutela de sentimentos moralistas e púdicos.

3. No que concerne à mera posse de materiais pornográficos resultantes da utilização direta do menor, também concluímos pela dignidade penal da conduta fundada, a título retrospectivo, no aproveitamento doloso e intencional do ataque direto à liberdade e autodeterminação sexual dos menores, aliado, prospectivamente, à amplificação dos efeitos negativos para o livre desenvolvimento da personalidade do menor que resulta do comércio destes conteúdos, sendo certo que para os possuir o agente participa no mercado.

Em suma, o crime previsto no art. 176º do CP é de enorme complexidade, devendo ser analisado tendo em conta não apenas a evolução legislativa do crime de pornografia de menores e a evolução da própria ciência do Direito, mas sobretudo, o desenvolvimento da sociedade e dos seus valores.

O papel das crianças e jovens na comunidade tem hoje maior relevância do que tinha há algumas décadas e a liberdade nas suas mais diversas ramificações tem um valor indiscutível face ao que se verificava antigamente, sobretudo nos anos ditatoriais, realidades que se transportam para o DP e que, no que em especial respeita ao crime de pornografia de menores, entendemos não se traduzir numa proteção excessiva e desmesurada dos menores, nem numa tutela infundada da moral, mas antes numa criminalização de condutas que são verdadeiramente lesivas, física e psicologicamente, para o menor.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. 4ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.

ALFAIATE, Ana Rita. “A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores”. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANTUNES, Maria João. “Crimes Contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual dos Menores”, *in* JULGAR, Nº 12 (Especial), 2010.

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

ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia. “Comentário Conimbricense do Código Penal Português”. *Artigo 176º*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. “Da relevância da identificação do bem jurídico protegido no crime de pornografia de menores”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 29 Nº2, 2019.

BRONSTRUP, Felipe Bauer. “Consideraciones críticas Acerca del concepto de pornografía infantil”, *in* Anuario de Justicia de Menores. Sevilla. Nº16. 2016.

COSTA, José de Faria [et al.]. “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade”. Vol. 1: Direito Penal. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, *in* RJLB, Ano 3, N°3, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime”. 3ª Edição. Coimbra: GESTLEGAL, outubro de 2019.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Meneses da Silva. “Notas substantivas sobre os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, *in* Revista do Ministério Público. Ano 34, N° 136, 2013.

LEITE, André Lamas. “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótuas esparsas”, *in* JULGAR, N°28, 2016.

LEITE, Inês Ferreira. “Pedofilia – Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infração”. Coimbra: Almedina, 2004.

LIMA, Pedro Mendes; ALBERGARIA, Pedro Soares de. “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução”, *in* JULGAR N° 12, 2010.

LOPES, José Mouraz. “Os Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal”. 4ª Ed., Coimbra Editora, fevereiro de 2008.

LOPES, José Mouraz; MILHEIRO, Tiago Caiado. “Crimes Sexuais – Análise Substantiva e Processual”. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

NATSCHERADETZ, Karl. “O Direito Penal Sexual: conteúdo e limites”. Coimbra: Almedina, 1985.

PATTO, Pedro Vaz. “Pornografia Infantil Virtual”, *in* JULGAR Nº 12, 2010.

PEREIRA, Rui Carlos. “Liberdade Sexual. A sua tutela na reforma do Código Penal”, *in* Revista Sub Judice, Nº11, 1996.

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

RODRIGUES, Ana Paula. “Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital”, *in* Revista do CEJ. Lisboa. Nº15, 2011.

RODRIGUES, Joana Amaral. “A teoria do bem jurídico-penal várias dúvidas e uma possível razão”, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Ano 23, Nº2, 2013.

ROXIN, Claus. “Problemas Fundamentais de Direito Penal”. 3ª Edição. Lisboa: VEJA, 1998.

## **Legislação**

Decreto de 10 de abril de 1976, com a versão conferida pela Lei nº 1/2005, de 12/08 (CRP);

DL nº 48/95, de 15 de março (Código Penal);

L nº 65/98, de 2 de setembro;

L nº 99/2001, de 25 de agosto;

Proposta de Lei nº 149/IX, de 20 de novembro de 2004, para alteração do CP;

L nº 59/2007, de 4 de setembro;

L nº 103/2015, de 24 de agosto;

L nº 40/2020, de 18 de agosto;

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas de 25 de maio de 2000;

Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da Europa, de 22 de dezembro de 2003, referente à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil;

Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de novembro de 2001.

Convenção do Conselho da Europa contra a exploração sexual e o abuso sexual de crianças – Convenção de Lanzarote, de 25-10-2007.

Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 3 de fevereiro de 2009, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual de crianças e a pornografia infantil.

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30-05-2012, Processo nº 51/10.7SAGRD.C1, relator: Maria Pilar Oliveira. (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d6f836987816131c80257a290032846e?OpenDocument>)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08-06-2022, Processo nº 482/20.4JGLSB.L1.S1, relator: Conceição Gomes. (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39fe0b24bc94da83802588610031076e?OpenDocument>)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-05-2017, Processo nº 194/14.8TEL.SB.S1, relator: Pires da Graça. (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b2a68cd0be9c27b98025812500386eb1?OpenDocument>)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-07-2022, Processo nº 162/17.8JGLSB.E1.S1, relator: Pedro Branquinho Dias. (Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bba3137ab8d4a15780258878004f595b?OpenDocument>)