

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA | PENAL

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
28/16.9PAACB.C1	11 de novembro de 2020	Elisa Sales

DESCRITORES

Pornografia de menores > Natureza do crime > Bem jurídico protegido > Tipo
objectivo > Utilização de menor em fotografia > Divulgação de fotografia

SUMÁRIO

I - O crime de pornografia de menores é um crime de perigo abstracto e de mera actividade.

II - O bem jurídico protegido pelo tipo de crime do artigo 176.º do CP é a liberdade, ao nível da sexualidade, de pessoas que, situadas abaixo de determinado patamar etário, ainda não são suficientemente maduras para se autodeterminarem ao referido nível, ou, por outras palavras, procura aquela norma acautelar a autodeterminação sexual, face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coacção, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade.

III - O crime de utilização de menor em fotografia, filme ou gravação [al. b) do n.º 1 do art. 176.º do CP] consuma-se com a feitura ou o início da elaboração do material.

IV - Quanto à previsão da al. c) do n.º 1 do art. 176.º do CP], a expressão “por qualquer meio” pretende obstar à divulgação dos materiais por quaisquer meios de comunicação, sejam publicações escritos, meios audiovisuais ou, pela internet, telemóvel ou outro aparelho electrónico disponível para visionar imagens ou o registo sonoro.

V - Vista a definição contida no n.º 8 do artigo 176.º do CP, relativamente a menores, o cariz pornográfico tem a ver com qualquer material que, com fins sexuais, descreva as crianças ou as represente visualmente envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do corpo.

VI - Perante tal definição, a obtenção, pelo arguido, de uma fotografia revelando os seios de uma menor, que esta, via internet, lhe enviou, e a posterior partilha, pelo mesmo, com uma amiga da menor, desse registo de imagem, não consubstanciam o tipo objectivo de crime previsto no artigo 176.º, n.º 1, als. b) e

c), do CP., porque as situações descritas traduzem apenas uma mera exposição corporal, de cariz não pornográfica.

TEXTO INTEGRAL

Acordam, em conferência, na secção criminal do Tribunal da Relação de Coimbra

I - RELATÓRIO

No processo comum supra identificado, após a realização da audiência de julgamento, foi proferida sentença que decidiu:

1. **Condenar** o arguido **R.** pela prática de um crime de pornografia de menores, p. e p. pelos artigos 176.º, n.º 1, als. b) e c) e 177.º, n.º 7, do Código Penal, na pena de 2 (dois) anos de prisão, suspensa na sua execução por igual período, subordinada a regime de prova e à obrigação de ocupação regular através da frequência de ocupações estruturadas, profissionais e de tempos livres.
2. **Condenar** o arguido **R.** na pena acessória de proibição de exercer profissão, emprego, funções ou atividades, públicas ou privadas, cujo exercício envolva contacto regular com menores pelo período de 5 (cinco) anos.
3. **Condenar** o arguido **R.** na pena acessória de assumir a confiança de menor, em especial a adoção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores pelo período de 5 (cinco) anos.
4. Julgar parcialmente procedente o pedido de indemnização cível e em consequência condenar o demandado R. no pagamento à demandante da quantia de € 3.000,00 (três mil euros), acrescida de juros moratórios à taxa anual de 4% - sem prejuízo de futura alteração dessa taxa de juro -, que são devidos desde a presente data.

*

O arguido discordando da decisão proferida em 1ª instância, da mesma interpôs recurso, tendo extraído da motivação as seguintes **conclusões**:

I. Existiu uma incorrecta subsunção das normas penais aos factos respeitantes à condenação do arguido aqui recorrido **R.**, pela prática de pena de 2 (dois) anos de prisão suspensa na sua execução por igual período, subordinada a regime de prova e penas acessórias mencionadas na dita sentença.

II. Na interpretação da lei incriminatória penal não podemos lançar mão da interpretação extensiva ou por analogia, já que a tal se opõem os princípios da legalidade e o da tipicidade.

III. Apenas caberão na previsão típica as condutas que nela expressamente estão descritas e já não aquelas que, embora ali não constem descritas de forma explícita, sejam aparentadas, similares ou próximas delas.

IV. Nos termos do artigo 1º, n.º 3 do Código penal «não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime».

V. De acordo com o Código Penal, apenas serão merecedores de uma reacção penal as condutas que, de pleno, se integrem na previsão legal; já não o poderão ser aquelas que, embora delas derivadas, aparentadas, possuam algum elemento de estraneidade em relação à previsão positiva, seja em virtude de um refinamento de condutas por parte dos agentes criminosos, seja em virtude de actualizações técnicas resultantes do desenvolvimento da técnica.

VI. Um bem jurídico refere-se a valores fundamentais de uma sociedade, que decorrem dos seus costumes, crenças e tradições, que são, posteriormente, transformados pelo legislador em bens jurídicos penalmente tutelados, correspondendo a sua violação a uma resposta por parte do Direito Penal que culmina na punição do agente.

VII. O bem jurídico é assim, “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.

VIII. Afastada está qualquer noção de bem jurídico baseada numa perspectiva moral ético-social.

IX. O Direito Penal não está legitimado a tutelar a virtude ou os bons costumes, não podendo estes **ser a base para a criminalização de uma conduta**; aquele está vinculado a respeitar a liberdade de consciência dos cidadãos.

X. É ilegítimo o “recurso ao Direito Penal como meio de estabilização contrafáctica das normas de uma qualquer moralidade”.

XI. A liberdade de autodeterminação na esfera sexual pode ser entendida em duas vertentes distintas:

uma vertente negativa, que implica que cada cidadão tenha o direito de não suportar intromissões não desejadas, por parte de outrem, na realização da sua sexualidade, através de actos com os quais não tenha concordado; **uma vertente positiva**, que se traduz “na possibilidade de, livremente e de forma autêntica, cada um dispor do seu corpo, optando por si no domínio da sexualidade”.

XII. O Direito Penal deve intervir apenas na vertente negativa, ao criminalizar actos que constituam uma intervenção nitidamente abusiva e não autorizada no domínio sexual de um sujeito.

XIII. A protecção da liberdade sexual dependerá da norma incriminadora conseguir harmonizar estas duas vertentes, encontrando um ponto óptimo de equilíbrio, em que a liberdade sexual (na sua vertente positiva) não seja afectada, mantendo-se a protecção da mesma contra ingerências não queridas.

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

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

XVI. O que está em causa na norma do artº 176º do Código Penal, é o conceito amplo de utilização de menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos.

XVII. Para que haja preenchimento do tipo do ilícito o art. 176º C.P exige uma ‘utilização’ do menor nessas actividades, o que pressupõe uma determinada integração activa da conduta do agente, de modo **a levar o menor a participar nessas actividades, em interligação com a definição do que sejam actividades pornográficas.**

XVIII. O conceito do que é pornográfico há-de retirar-se da oposição ao que não ultrapassa os limites do ético, do erótico e do estético.

XIX. A mera representação do corpo humano, ainda que fotográfica, só por si, pode ser erótica ou estética; só será pornográfica se acompanhada da prática de acto sexual, de um qualquer enredo dessa natureza ou se se traduzir numa exposição lasciva dos órgãos sexuais.

XX. No caso dos autos aqui em crise, não se verifica o elemento objectivo do tipo de pornografia de menores, pois que **o que está aqui em causa é o conceito amplo de utilização de menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos.**

XXI. Segundo a **Directiva 2011/92/EU de 13 de Dezembro de 2011, pornografia infantil** consiste em "i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, ou, materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais; ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais.

XXII. A fotografia em crise nos presentes autos não foi utilizada para fins predominantemente sexuais.

XXIII. O Tribunal a quo, não conseguiu ficar afastado da perspectiva moral ético-social, e assim fazer a distinção do que a norma penal incrimina e o que não incrimina, e desse modo fazer uma correcta análise dos factos e consequentemente a sua correcta valoração.

XXIV. A violação de normas morais não implica lesão de bens jurídicos.

XXV. Sopesados os factos e à factualidade dada como provada pelo Tribunal a quo, os mesmos não são reconduzíveis a um comportamento criminoso, mormente o crime de pornografia de menores, pelo que, sempre o arguido deveria ter sido absolvido do crime por que veio acusado.

XXVI. Assim não se entendendo, o que só por mera hipótese e zelo de patrocínio se equaciona, sempre se terá de concluir que a decisão agora objecto de recurso, não valorou nem apreciou devida e correctamente a prova produzida, interpretando também incorrectamente as normas legais e princípios processuais em vigor

XXVII. Existiu erro notório na apreciação da prova – al. c) do nº 2 do artigo 410º do C.P.P. – devendo ser alterada a matéria de factos 2, 5 e 20 a 23 considerados provados na sentença para não provados.

XXVIII. Existiu insuficiência para a decisão da matéria de facto dada como provada, existindo consequentemente erro notório na apreciação da prova, assim como contradição entre a fundamentação e os factos dados como provados.

XXIX. Quanto ao facto 2, o mesmo conjugado com as declarações da B., da testemunha D. e do arguido e

do documento de fls 11, ficou provado que a B., era portadora de uma maturidade e discernimento muito superior à das menores da sua idade, pelo que este facto deveria ter sido dado como não provado.

XXX. Errou o tribunal, pois **não valorou devidamente a prova**, admitindo factos em contradição ao que ficou provado, pois a resposta aos mesmos encontra-se em discordância com o depoimento do arguido, dos documentos juntos a fls 11 e das declarações da B. a fls 279 a 305, os quais não foram valorados.

XXXI. A evolução do ser humano não se processa de forma uniforme, mas através de uma evolução progressiva e gradual, com a aquisição das capacidades físicas, intelectuais, emocionais e morais próprias de cada um.

XXXII. De igual forma quanto ao facto provado em 5, também aqui andou mal o Tribunal a quo, pois o Tribunal admite factos em contradição com o apurado dando como provado, ter o arguido admitido que foi do seu perfil de Messenger que a fotografia em causa nos autos foi remetida, quando por outro lado, admite que a mesma não se encontrava no seu computador, referindo ainda que apagou a fotografia poucos dias depois de a receber, não a tendo em qualquer suporte.

XXXIII. O Tribunal dá como provado que a B. declarou ter enviado tal fotografia a outra pessoa.

XXXIV. Não ficou provado ter sido o arguido a enviar a fotografia em crise nos autos.

XXXV. A existirem dúvidas ao Tribunal a quo, sobre o autor do envio da fotografia o mesmo deveria ter-se socorrido do princípio geral do processo penal “In dúbio pro reo”.

XXXVI. Beneficiando o Tribunal “a quo” do princípio da livre apreciação da prova, o mesmo não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e, portanto, arbitrária – da prova produzida.

XXXVII. A liberdade de apreciação da prova é uma liberdade de acordo com um dever

– o dever de perseguir a chamada «verdade material» –, de sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e controlo.

XXXVIII. A livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável. Há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão.

XXXIX. O princípio in dubio pro reo é, pois, uma imposição dirigida ao juiz no sentido de se pronunciar de forma favorável ao arguido quando não houver a certeza sobre factos decisivos para a solução da causa.

XL. Violou, pois, a Meritíssima Juiz do tribunal de 1ª instância o princípio geral do processo penal, e constitucionalmente consagrado, “in dubio pro reo”, previsto no artigo 32º n.º 2, 1ª parte da Constituição da República, pois que não ficou provado ou no mínimo ficou a dúvida de que de facto tenha sido o arguido a enviar a fotografia em crise nos presentes autos.

XLI. De igual forma quanto aos factos dados como provados sob **os pontos 20 a 23**, o tribunal volta a fazer uma valoração errada dos depoimentos de Inácia Ferreira e Fernando Ferreira Mendes, pais de B., porquanto os mesmos, contrariamente ao referido pelo Tribunal “a quo”, não decorreram de forma isentos e simples, pelo contrário, os mesmos, foram contraditórios entre si e parciais.

XLII. Termos em que, dúvidas não podem existir de que a decisão agora objecto de recurso, não valorou nem apreciou devida e correctamente a prova produzida, interpretando também incorrectamente as normas legais e princípios processuais em vigor, pelo que deverá ser revogada a decisão do tribunal a quo, por outra que absolve o arguido do crime imputado e consequentemente do pedido de indemnização civil.

XLIII. Foi cometido erro notório na apreciação da prova – al. c) do n.º 2 do artigo 410º do C.P.P. – devendo se alterada a matéria de factos 2 a 5 e 20 a 23 considerados provados na sentença para não provados.

Termos em que, nos melhores de direito e com o sempre mui Douto Suprimento de Vossas Excelências, deve a decisão do Tribunal “a quo” ser revogada por outra que absolve o arguido do crime imputado e consequentemente do pedido de indemnização civil, tudo com as devidas consequências legais.

Respondeu o Magistrado do Ministério Público junto do Tribunal a quo defendendo que deve ser negado provimento ao recurso, confirmando-se, consequentemente, a sentença recorrida.

Nesta instância o Exmº Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer no mesmo sentido.

Notificado o arguido nos termos e para os fins previstos no n.º 2 do artigo 417º do CPP, não apresentou resposta.

Os autos tiveram os vistos legais.

II- FUNDAMENTAÇÃO

Consta da decisão recorrida (por transcrição):

“Da prova produzida, resultaram os seguintes:

A) FACTOS PROVADOS

1. Em data não concretamente apurada, situada em Junho de 2015, o arguido R., travou conhecimento com B., nascida em 24/02/2003, e residente na Rua (...), em (...), através da página “Socializa” da rede social “Facebook”, e desde essa altura, começaram a conversar um com o outro, por escrito, no “chat” designado de “Messenger”, da referida rede social e na aplicação Whatsapp.
2. Nessa sequência, e a partir de data não concretamente determinada, o arguido R. levou-a a pensar que entre ambos existia uma relação de namoro.
3. Em data não concretamente apurada, mas não após Janeiro de 2016, numa das conversas que encetou com B., o arguido R., utilizando o perfil “...”, depois de lhe ter enviado fotografias suas, pediu àquela que lhe enviasse fotografias do seu corpo, sem roupa, o que a mesma aceitou.
4. Assim, nessa mesma data, B., munida de um telemóvel, tirou uma fotografia aos seus seios, sem qualquer vestuário, e enviou-a ao arguido R., que, por sua vez, a recebeu.
5. No dia 24/02/2016, o arguido R., após estar a conversar com a D., amiga de B., enviou àquela a mencionada fotografia, que a recebeu e visualizou, através do “Messenger” da rede social “Facebook”, acabando a mesma fotografia por vir a ser reencaminhada e exibida a outros alunos da Escola que B. frequentava.
6. O arguido R. actuou na situação descrita, com o propósito concretizado de, ao manter diversas conversações com B., através das redes sociais, a aliciar a tirar e enviar-lhe uma fotografia dos seus seios desnudados, e assim poder satisfazer os seus instintos sexuais enquanto via tal imagem, o que a mesma fez, bem sabendo que B., na altura, tinha idade inferior a 14 anos.
7. Mais sabia o arguido R. que, ao deter e divulgar a aludida fotografia, através da rede social “Facebook”, enviando-a para D., que a recebeu e visualizou, estava a partilhar com terceiros, e a tornar pública, uma fotografia de uma zona íntima do corpo, sem qualquer vestuário, de B., e que o fazia, como efetivamente fez, sem autorização e contra a vontade da ofendida, tendo esta, na altura, idade inferior a 14 anos, o que o arguido bem conhecia.

8. Agiu sempre o arguido de forma livre, voluntária e consciente, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei.

9. O arguido não possui condenações averbadas no seu certificado de registo criminal.

(...).

B) FACTOS NÃO PROVADOS

(...).

C) MOTIVAÇÃO

(...).

APRECIANDO

Como é sabido, o âmbito dos recursos é limitado em função das conclusões extraídas da respectiva motivação, pelos recorrentes, sem prejuízo, no entanto, das questões de conhecimento oficioso, conforme o disposto nos artigos 412º, n.º 1 e 410º, n.ºs 2 e 3 do CPP.

No presente recurso, considera o recorrente que foi efectuada errada subsunção jurídica dos factos [por entender que deveria ter sido absolvido, por não se verificar o elemento objectivo do tipo de pornografia de menores].

Caso não seja esse o entendimento deste tribunal, afirma o recorrente que o tribunal a quo não apreciou correctamente a prova produzida e, imputando à sentença recorrida os vícios de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, de contradição insanável da fundamentação e, de erro notório na apreciação da prova, e considerando ainda, que foram violados os princípios da livre apreciação da prova e in dubio pro reo, conclui que deveria ter sido absolvido do crime por que foi condenado e, da indemnização civil dele decorrente.

*

A- Da subsunção jurídica dos factos

Sustenta o recorrente que foi condenado por um crime que não se verificou, porquanto não se mostra

preenchido o elemento objectivo do tipo de pornografia de menores, pois, o que está aqui em causa é o conceito amplo de utilização de menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos.

Para tanto alega:

“A mera representação do corpo humano, ainda que fotográfica, só por si, pode ser erótica ou estética; mas só será pornográfica se acompanhada da prática de acto sexual, de um qualquer enredo dessa natureza ou se se traduzir numa exposição lasciva dos órgãos sexuais.

Ora, tendo o Tribunal a quo dado como provado, unicamente, que:

«4. ... B., munida de um telemóvel, tirou uma fotografia aos seus seios, sem qualquer vestuário, e enviou-a ao arguido R., que, por sua vez, a recebeu.»

Nada mais tendo dado como provado no que a actos ou comportamentos sexuais diz respeito, dúvidas não podem subsistir de que a fotografia em crise nos presentes autos, não tem, nem lhe pode ser atribuído, natureza pornográfica, no sentido visado e tutelado pela incriminação legal.

Em momento algum se provou que a mencionada fotografia foi acompanhada da prática de qualquer acto sexual, ou outro dessa natureza ou que se tenha traduzido numa exposição lasciva dos órgãos sexuais.

Salvo o devido respeito, o Tribunal a quo não conseguiu ficar afastado da perspectiva moral ético-social, e assim fazer a destriça do que a norma penal incrimina e o que não incrimina, e desse modo fazer uma correcta análise dos factos e consequentemente a sua correcta valoração.

Se é certo que a sociedade condena moral e eticamente a partilha do tipo de fotografia em crise nos presentes autos, por menor de 14 anos, certo é que tal comportamento não é penalizado criminalmente - a violação de normas morais não implica lesão de bens jurídicos.”

Vejamos,

Foi com a revisão do Código Penal operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Set., que foi autonomizado o tipo legal do crime de pornografia de menores, que, para além de incriminar condutas que já estavam compreendidas no tipo legal de abuso sexual de menores, alargou o âmbito da incriminação a comportamentos novos.

Inserido na Secção II, que trata dos «crimes contra a autodeterminação sexual», estabelece o artigo 176º, sob a epígrafe “Pornografia de menores” (com as alterações das Leis n.ºs 65/98, de 2.9; 99/2001, de 25.8; 59/2007, de 4.9; 103/2015, de 24.8 e 40/2020, de 18.8):

«1 - Quem:

- a) Utilizar menor em espectáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;
- b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;
- c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;
- d) Adquirir, detiver ou alojar materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder;

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

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

3 - Quem praticar os actos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

4 - Quem praticar os actos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.

5 - Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obter ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos.

6 - Quem, presencialmente ou através de sistema informático ou por qualquer outro meio, sendo maior, assistir, facilitar ou disponibilizar acesso a espectáculo pornográfico envolvendo a participação de menores é punido com pena de prisão até 3 anos.

7 - Quem praticar os actos descritos nos n.ºs 5 e 6 com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 5 anos.

8 - Para efeitos do presente artigo, considera-se 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.

9 - A tentativa é punível.»

Portanto, o tipo legal de pornografia de menores pode revestir qualquer acto que se enquadre nas modalidades definidas nas alíneas do n.º 1 do artigo 176º.

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

Como referem Miguez Garcia e Castela Rio ([1]), “As quatro variantes em que o artigo 176º/1 se desdobra têm em comum o tema da pornografia. Têm todas em vista sobretudo a **protecção da juventude**, e indirectamente, enquanto crimes de perigo abstracto, **o facto de concorrerem para a redução do número de destinatários** e do chamado **turismo sexual** em prejuízo de menores.

Será pornográfica a representação grosseira da sexualidade que faz das pessoas um qualquer objecto despersonalizado para fins predominantemente sexuais. Trata-se do desempenho da actividade sexual reduzida aos seus elementos externos, por forma explícita, real ou simulada.”

Quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido, trata-se de um crime de perigo abstracto, na medida em que a possibilidade de um perigo concreto para o desenvolvimento livre, físico ou psíquico do menor ou o dano correspondente podem vir a não ter lugar, sem que com isto a integração pela conduta do tipo objectivo de ilícito fique afastada; e, trata-se, ainda, de um crime de mera actividade dado o tipo incriminador se preencher através da mera execução de um determinado comportamento.

O tipo subjectivo admite qualquer forma de dolo.

O bem jurídico protegido pela referida norma incriminadora é a liberdade ao nível da sexualidade, de pessoas que, situadas abaixo de determinado nível etário, não são ainda suficientemente maduras para se autodeterminarem a esse nível – procura-se proteger a autodeterminação sexual, “face a condutas de natureza sexual que, em consideração da pouca idade da vítima, podem, mesmo sem coacção, prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade.” ([2])

De acordo com o n.º 4 do artigo 8º da CRP “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

E é assim que, na matéria que nos ocupa, deveremos ter presente a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22-12-2003 (in Jornal Oficial de 20-1-2004), relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que definiu como pornografia infantil com crianças reais, reportada, segundo o seu art. 1º, al. b/i, a qualquer material que as descreva ou represente visualmente envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas,

..... o que foi reafirmado pela Directiva 2011/92/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13-12-2011 (in Jornal Oficial de 17-12-2011), que substituiu a anterior DQ e, nos termos do artigo 2º, al. c), definiu pornografia infantil, como:

- i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou
- ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais,
- iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou
- iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais.

As Nações Unidas definem pornografia infantil como sendo qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança em actividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou qualquer representação das partes sexuais – art. 2º, al. c), do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos da Criança sobre o Tráfico de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia, de 2002.

De referir, ainda, a Convenção do Conselho da Europa para a Protecção de Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, aberta à assinatura em Lanzarote, em 25-10-2007, também ratificada por Portugal.

Entre nós, e apesar do crime de pornografia de menores ter sido introduzido com a reforma de 2007, só muito recentemente foi concretizado o conceito de “material pornográfico” para efeitos do artigo 176º do CP; de certo modo, seguindo de perto a definição dos instrumentos internacionais citados e, procurando esclarecer dúvidas que, por vezes, surgem afloradas na jurisprudência e na doutrina portuguesas quanto ao mencionado conceito.

E, tal sucedeu com a Lei n.º 40/2020, de 18.8, ao introduzir um n.º 8 ao artigo 176º do CP, com a seguinte redacção:

«Para efeitos do presente artigo, considera-se 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.»

Pode ler-se na Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 187/XIV/1ª, que esteve na origem da citada Lei n.º 40/2020: “A exploração sexual de crianças, nomeadamente para finalidades ligadas à pornografia e outras formas de abuso sexual, incluindo os actos praticados através de sistema informático ou cometidos de forma dispersa por diferentes jurisdições, colocam gravemente em perigo a saúde e o desenvolvimento psicossocial dos menores abusados, comprometendo a sua vida futura. Trata-se de violações de direitos particularmente graves e que abalam valores fundamentais inerentes à protecção do ser humano e da própria sociedade, nomeadamente a confiança no Estado e nas instituições públicas, sobre os quais recai um dever geral de protecção.”

Como decidiu o STJ, no acórdão de 22-2-2018, proc. n.º 351/16.2JAPRT.S1, in www.dgsi.pt, também citado pelo recorrente, “A pornografia supõe uma representação grosseira da sexualidade, que faz das pessoas mero objecto despersonalizado para fins predominantemente sexuais, ou um desempenho de actividades sexuais explícitas, reais e simuladas, ou ainda a representação dos órgãos sexuais para fins predominantemente sexuais. A obtenção de fotografias ou imagens filmadas, em que se traduziu a troca de imagens do corpo desnudado da menor (e do arguido) através da aplicação facebook ou da videochamada em smartphone, porque se trata de mera exposição corporal, de cunho não pornográfico, atentatório do livre desenvolvimento da vida sexual da menor, não consubstancia a prática do crime de pornografia de menores.”

Consta da sentença recorrida: «no caso em apreço, é evidente que o arguido induziu a menor ao envio de uma fotografia dos seus seios desnudos. E fê-lo convencendo a menor que com ela mantinha uma relação de namoro (...) o que integra a conduta da al. b) do n.º 1. (...) Por outro lado, provou-se ainda, que o arguido não só recebeu e deteve tal fotografia, como ainda através da rede social “Facebook” a enviou a D., amiga de B., acabando a mesma por ser reencaminhada e exibida a outros alunos da Escola que a B. frequentava (conduta prevista na al. c) do n.º 1).

Não há dúvidas que o arguido divulgou uma fotografia de conteúdo pornográfico.»

E esta é a verdadeira questão: saber se a foto, de fls. 7, tem conteúdo pornográfico? ... afigurando-se-nos que a resposta deverá ser negativa.

Acompanhamos Pedro Vaz Pato ([3]) quando refere que “O material de pornografia infantil é, muitas vezes,

utilizado como instrumento para a prática de crimes sexuais contra crianças, para levar estas a aceitá-los, seduzindo-as, desinibindo-as, ou convencendo-as de que se trata de uma prática normal. Este é um dado que também decorre da experiência policial e judicial e dos depoimentos habitualmente prestados pelas crianças vítimas”.

O crime de utilização de menor em fotografia, filme ou gravação [al. b)] consuma-se com a feitura ou o início da feitura do material (Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal, 3ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, pág. 703).

E, quanto à sua divulgação [al. c)], a expressão por qualquer meio pretende obstar à divulgação desses materiais por quaisquer meios de comunicação, sejam publicações escritas, meios audiovisuais ou, pela internet, telemóvel ou outro aparelho electrónico disponível para visionar imagens ou o registo sonoro.

No caso vertente, o que aconteceu?

À data, o arguido residente no (...) e com 29 anos de idade, e a menor residente em (...) e com 12 anos de idade, travaram conhecimento na Internet e, por este meio, mantiveram contacto durante cerca de um ano.

Na carta de fls. 11, que a menor escreveu e foi entregue pela sua directora de turma, onde a menor descreve as circunstâncias em que se conheceram, o relacionamento que estabeleceram, por que enviou tal foto ao arguido e, de certa forma, as razões que o levaram a partilhar tal foto com uma amiga da menor, diz a menor: “(...) Ao longo do tempo que passávamos juntos (em chamada) ambos fomos sentindo algo forte um pelo outro. Eu sei perfeitamente que menti quando disse que eramos amigos coloridos, na verdade eramos namorados, já sabem porque lhe mandei a foto ... para vocês ele é desconhecido, para mim não, trocamos tanta coisa ... desde problemas a fotos, também vos menti quando disse que enviei só uma foto, na verdade enviei 2. Ele pediu-mas, e eu com medo de o perder enviei-lhe (...). Ele não era capaz de me fazer isso de propósito. Aquela foto já eu a tinha enviado há tempos, e agora faço a pergunta - porque é que ele não a enviou antes?! Eu digo-vos o porquê (...) todas as discussões que tínhamos, nós fazíamos sempre as pazes, mas a última discussão que tivemos foi definitiva, até foi no meu dia de anos e tudo, ele não sabia o que fazer, então fez a merda que fez (...).”.

Ainda que, como sublinha a sentença recorrida, o arguido soubesse que tinha pedido o envio, detido e posteriormente partilhado uma fotografia de uma zona íntima do corpo da menor, sem qualquer vestuário, não podemos considerar que tal foto tem cunho pornográfico, no sentido visado e tutelado pela incriminação legal.

As mamas (na linguagem utilizada pela medicina) são a representação do feminino e, tratando-se de zona erógena são fonte de excitação e, a sua visualização, num contexto de estímulo sexual, poderá considerar-

se de erótica.

Até mesmo, em linguagem corrente, fazendo-se a distinção entre órgão genital e órgão sexual, por extensão, poderá o termo “órgão sexual” abranger qualquer parte do corpo envolvida no jogo erótico, onde se incluiria tal parte do corpo feminino.

Acontece que, o cariz pornográfico (relativo à pornografia de menores), tal como o definiu a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, tem a ver com qualquer material que descreva as crianças ou as represente visualmente envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas.

E, tendo sido densificado tal conceito no n.º 8 do artigo 176.º do CP, relembra-se, para efeitos do presente artigo, considera-se 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.

Como decidiu esta Relação, no acórdão de 24-4-2018, proferido no proc. n.º 364/12.3JALRA.C2, “A mera representação do corpo humano, ainda que fotográfica, só por si, pode ser erótica ou estética; só será pornográfica se acompanhada da prática de acto sexual, de um qualquer enredo dessa natureza ou, se se traduzir numa exposição lasciva dos órgãos sexuais.”

Deste modo, ainda que se admita que a conduta do arguido foi moral e socialmente reprovável, deveremos concluir que, não tendo sido utilizada para fins predominantemente sexuais, a foto tirada pelo menor e enviada ao arguido, que este deteve e posteriormente partilhou com uma amiga da menor, não tem carácter pornográfico e, conseqüentemente, não se mostrando preenchido o elemento objectivo do crime de pornografia de menores de que vinha acusado, deve o arguido ser absolvido da prática do mesmo.

III- DECISÃO

Face ao exposto, acordam os juízes da secção criminal deste Tribunal da Relação em:

1. Julgar procedente o recurso do arguido, e em consequência:

- Absolver o arguido **R.** da prática do crime de pornografia de menores, p. e p. pelos artigos 176.º, n.º 1, als. b) e c) e 177.º, n.º 7, do Código Penal, de que se encontrava acusado.

Sem tributação.

Coimbra, 11-11-2020

Texto processado em computador e integralmente revisto pela relatora e assinado electronicamente - artigo 94º, n.º 2 do CPP

Elisa Sales - relatora

Jorge Jacob - adjunto

[1] - Código Penal, Parte geral e especial, Almedina, 3ª Ed., pág. 832/833.

[2] - Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, págs. 542 e 541.

[3] - Pornografia Infantil Virtual, Revista Julgar, n.º 12 (especial) - 2010, pág. 188.

Fonte: <http://www.dgsi.pt>