

PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL

PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO

A legitimidade material da criminalização de pornografia com uso de imagens realistas de crianças inexistentes, decorrente de normas europeias e nacionais, tem sido posta em causa. É possível, porém, encontrar razões que sustentem tal legitimidade, ligadas ao perigo de prática de crimes sexuais contra crianças que a produção e difusão desse tipo de pornografia suscita.

Da revisão do Código Penal de 2007 resulta a criminalização da conduta de quem produz ou distribui pornografia infantil virtual, isto é, da que não é efectivamente produzida com crianças, mas se serve de uma representação realista das mesmas (artigo 176.º, n.ºs 1 e 3). Esta criminalização vem na linha de normas internacionais e europeias que vinculam o Estado português: o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos das Crianças Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil e a Decisão-Quadro do Conselho Relativa à Luta Contra a Exploração Sexual de Crianças e Pornografia Infantil.

De acordo com esse Protocolo, considera-se pornografia infantil «toda a representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais». Considera a referida Decisão-Quadro como pornografia infantil «qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente»: «crianças reais envolvidas em comportamentos sexuais explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas»; «pessoas reais com aspecto de crianças envolvidas nesses comportamentos ou entregando-se aos mesmos»; ou «imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nesses comportamentos ou entregando-se aos mesmos».

Também a Recomendação do Conselho da Europa REC (2001) 16 define pornografia infantil como «todo o material que represente de forma visual uma criança envolvida num comportamento sexual explícito, ou imagens realistas representando uma criança envolvida num comportamento sexual explícito».

Já a Convenção do Conselho da Europa para a Protecção de Crianças contra o Abuso e Exploração Sexual, de 25 de Outubro de 2007, estatui, no

seu artigo 20.º, n.º 3, que cada Parte se reserva o direito de criminalizar a produção de material pornográfico constituído exclusivamente por representações simuladas ou por imagens realistas de uma criança que não existe.

São várias as vozes que se têm ouvido a contestar a legitimidade dessa criminalização porque, não havendo crianças vítimas directas dessa pornografia (porque nela não são utilizadas), estaríamos perante uma intolerável limitação à liberdade de expressão, cujo âmbito será extensível a todo o tipo de ideias, por mais repugnantes que estas sejam. Desde já adianto que a minha posição não é esta e que me afasto da tendência que tem prevalecido, a este respeito, na doutrina.

Para Giovanni Cocco, a criminalização da pornografia infantil virtual não será admissível, pois não se tutela, desse modo, a liberdade sexual; será admissível apenas a tutela dos menores “em carne e osso”, o único bem que pode justificar uma tutela penal tão ampla¹.

Entre nós, Maria João Antunes faz-se eco desta tese, criticando a orientação da referida Decisão-Quadro, qualificada como expressão de uma política penal «não liberal e populista», que visa a «pura censura moral». Alude à argumentação invocada contra a criminalização da pornografia infantil virtual: não está em causa a liberdade e autodeterminação sexual dos menores; não há uma relação suficientemente forte entre a limitação da liberdade de expressão e a possibilidade de prática de um acto ilícito em qualquer tempo futuro e indeterminado; não há uma base racional segura para afirmar essa possibilidade; há mesmo quem aponte uma função catártica à pornografia, que evitaria a prática de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Não deixa, porém, de aludir também aos argumentos que têm sido invocados a favor dessa criminalização: a pornografia infantil (real ou virtual) é usada para encorajar crianças à participação em actos sexuais; não é, muitas vezes, possível distinguir imagens reais e virtuais realistas, nem é possível distinguir os mercados de um e outro tipo de pornografia infantil².

José Mouraz Lopes também considera que na criminalização de pornografia traduzida em imagens virtuais realistas não está em causa a tutela da liberdade sexual, sendo que essa criminalização também poderá ser incompatível com a liberdade de criação artística³.

Mais recentemente, Ana Rita Alfaite exprimiu-se no mesmo sentido: «Entendemos que, também aqui, o que se está a proteger é a moral e que, desse modo, só descriminalizando a conduta se reporão os fundamentos da intervenção penal. Cremos que se foi, nesta matéria, muito longe. Demasiado

1 Ver «Può Costituire Reato la Detenzione di Pornografia Infantile?», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano XLIX, Fasc. 3, Julho-Setembro de 2006, p. 874.

2 Ver «Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação de Menores», in *Revista do CEJ*, n.º 8 (especial) — Jornadas sobre a Revisão do Código Penal — 1.º semestre de 2008, p. 209, e «Crimes contra Menores: Incriminação para além da Liberdade e Autodeterminação Sexual», in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXXI, Janeiro de 2007.

3 Ver *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª ed., 2008, p. 157.

longe» (...) «O que não pode deixar de explicar-se é que, por um lado, a pornografia virtual não pode confundir-se com qualquer abuso, utilização, exploração ou coisificação de um menor, e, por outro lado, ainda que possa afirmar-se que a proliferação dessa pornografia desencadeará, em processos de imitação patológica, episódios de verdadeiro crime sexual contra menores, onexo causal das condutas seria tão indirecto e circunstancial que a prova estaria condenada»⁴.

O Supremo Tribunal norte-americano, no caso *Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.*, a 16 de Abril de 2002, considerou a criminalização da pornografia infantil virtual (não só a que usa imagens reais de crianças, mas a que usa imagens que «parecem ser de crianças» ou «dão a impressão» de que se trata de crianças), decorrente do *Child Pornography Prevention Act* de 1996, inconstitucional por reduzir em medida substancial a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda à Constituição⁵.

De acordo com a argumentação do Governo norte-americano, as imagens de pornografia virtual, embora não resultem em si mesmas de abuso sexual de crianças, poderão incitar ou conduzir à prática desse tipo de crimes. O Supremo Tribunal, na sentença proferida nesse caso, responde a esse argumento dizendo que essa ligação é casual e indirecta e que o dano não decorre necessariamente da forma de expressão (“*speech*”) em causa, mas depende de uma potencialidade não quantificável para a prática de actos criminosos. A mera tendência de uma forma de expressão (“*speech*”) para encorajar actos ilícitos não é razão suficiente para a proibir.

Ao argumento do Governo de que, face ao aperfeiçoamento tecnológico, poderá ser impossível distinguir imagens reais e imagens virtuais, e de que será, por isso, fácil para um acusado invocar sempre que se tratam de imagens virtuais mesmo que não o sejam, responde o Supremo Tribunal que não pode ser proibida uma forma de expressão não protegida pela tutela da liberdade de expressão decorrente da Primeira Emenda (“*unprotected speech*”) se dessa forma também se proíbem, em medida substancial, formas de expressão abrangidas por essa tutela (“*protected speech*”). O Governo não pode suprimir uma forma de expressão lícita (“*protected speech*”) como meio para suprimir uma forma de expressão ilícita (“*unprotected speech*”).

Na declaração de voto do juiz Clarence Thomas afirma-se, porém, que não está excluída a constitucionalidade de uma qualquer forma de criminalização da pornografia infantil virtual, e que a sentença deixa aberta essa possibilidade se vier a ser demonstrado que é necessária a proibição de uma categoria limitada de forma de expressão lícita (“*lawful speech*”), isto é, de pornografia infantil virtual, para dar efectividade à proibição de pornografia que utilize crianças reais.

⁴ Ver *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 120-123.

⁵ A sentença é acessível em www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZC.html.

Nesta linha, o Supremo Tribunal norte-americano veio a pronunciar-se de novo sobre a questão numa sentença posterior, de 19 de Maio de 2008, proferida no caso *United States v. Willis*, que declarou a constitucionalidade de um outro diploma relativo à punição da pornografia infantil, o *Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act*, de 2003⁶. Este diploma não pune directamente a pornografia infantil virtual, mas pune a conduta de quem propõe a transacção de material pornográfico na convicção de que esse material representa crianças reais (mesmo que não as represente efectivamente) ou de quem propõe essa transacção com a intenção de criar no adquirente a convicção de que esse material representa crianças reais (mesmo que não as represente efectivamente). No fundo, trata-se de uma punição da simples tentativa. Por esta via, pretende o legislador obviar à impunidade da produção de pornografia infantil pelo facto de o progresso tecnológico, cada vez mais frequentemente, permitir criar a dúvida sobre se as imagens em causa são reais ou virtuais (e a dúvida há-de beneficiar sempre o acusado: *in dubio pro reo*) e de se tornar, assim, um recurso fácil para evitar qualquer condenação alegar que se trata de imagens virtuais.

Em sentido contrário ao do Supremo Tribunal norte-americano na já referida sentença do caso *Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.*, pronunciou-se o Supremo Tribunal do Canadá, numa sua sentença de 26 de Abril de 2001, no caso *R. v. Sharpe*⁷. Nessa sentença afirma-se que qualquer tipo de pornografia infantil, independentemente da utilização efectiva de crianças na sua produção, produz efeitos que a ordem jurídica deve legitimamente contrariar: consolida e reforça nas pessoas com tendências pedófilas a noção de que as relações sexuais entre adultos e crianças são aceitáveis, contribuindo para nelas enfraquecer a natural inibição que impediria essas relações; é, por definição, destinada a estimular esse tipo de comportamentos; é, muitas vezes, utilizada como instrumento na prática dessas relações, para levar a criança a aceitá-las.

O Código Penal canadiano define como pornografia infantil todo o material que, de uma forma predominante e com intenção de provocar estímulo sexual, representa menores envolvidos em actividades sexuais explícitas, ou advoga, induz ou encoraja actividades sexuais de adultos com menores. São excluídas representações com mérito artístico ou com finalidades educativas, científicas ou médicas.

Nas alegações que, no processo em causa, sustentavam a constitucionalidade das normas que criminalizam a pornografia infantil (real ou virtual), afirmava-se que esta criminalização se justifica porque essa pornografia promove uma “distorção cognitiva”, criando ou reforçando nos seus consumidores a convicção de que são normais as relações sexuais entre adultos e

⁶ A sentença é acessível em www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-694.pdf.

⁷ Sentença acessível em <http://scc.lexum.umontreal.ca/eu/2001/2001scc2/2001scc2/html>.

crianças; que essa pornografia provoca fantasias que incitam, como força motivadora desses comportamentos, os agressores à prática de crimes sexuais contra crianças; que essa pornografia é utilizada para seduzir as crianças vítimas e levá-las a aceitar essas condutas abusivas; e que são usadas (na pornografia real) crianças na sua produção. O facto de não haver dados empíricos quantificáveis a respeito da relação entre o consumo de pornografia infantil e a prática de crimes sexuais contra crianças (até porque razões éticas obstam ao uso de métodos experimentais neste campo) não é, por si só, obstáculo à legitimidade da incriminação. Basta que se verifique uma «apreensão racional» dessa ligação. Por outro lado, o dano inerente à pornografia infantil resulta, desde logo, da mensagem que veicula (tal como nos crimes de incitamento à discriminação ou ao ódio racial), e não apenas do modo como é produzida. Essa mensagem — a de que crianças são parceiros sexuais apropriados para adultos — traduz-se na desumanização, “degradação” e “coisificação” das crianças.

Nessas alegações, sustentava-se que estamos perante um conflito entre, por um lado, direitos de liberdade dos produtores e consumidores de pornografia infantil e, por outro lado, os direitos de crianças real ou potencialmente vítimas de crimes sexuais. Porque, além do mais, a produção de pornografia infantil tem uma ténue ligação ao valor da livre realização pessoal, a criminalização dessa produção representa um razoável e justificado limite à liberdade de expressão, compensado pelos benefícios que dessa criminalização decorrem.

Da parte dos recorrentes nesse processo, alegava-se que estamos perante um inaceitável limite à liberdade de opinião e expressão, a qual, de acordo com a jurisprudência firmada, se estende a qualquer actividade comunicativa e vale também para tipos e formas de opinião e expressão tidas como ofensivas (“*offensive speech*”), impopulares, repugnantes ou contrárias à corrente dominante (ao “*mainstream*”).

O Tribunal seguiu, no essencial, as teses dos defensores da constitucionalidade das normas em apreço. Os direitos das crianças directa ou indirectamente afectadas pela pornografia infantil prevalecem sobre os direitos de liberdade dos produtores de pornografia.

Nem todas as manifestações de liberdade de expressão têm o mesmo valor e são merecedoras do mesmo grau de tutela constitucional. São diferentes, para este efeito, formas de expressão como a pornografia ou o chamado “discurso do ódio” (“*hate speech*”) e aquelas formas de expressão que representam o núcleo valorativo essencial (“*core values*”) da liberdade de expressão constitucionalmente consagrada. Nesse núcleo integram-se todas as formas de expressão que decorrem da busca filosófica da verdade, que se traduzem nalguma forma de participação no processo de decisão política, ou que representam expressões de desenvolvimento pessoal ou realização humana (“*self fulfilment and human flourishing*”). A produção de pornografia não decorre da busca filosófica da verdade, nem se traduz nalguma forma de participação num processo de decisão política. Tem uma muito ténue ligação

ao desenvolvimento pessoal e à realização humana de quem a produz ou consome, situando-se num plano de pura satisfação física. Afecta — isso sim, clara e directamente — o desenvolvimento pessoal e a realização humana das crianças que dela possam ser vítimas.

A criminalização da pornografia infantil virtual passa no “teste” definido pela jurisprudência anterior do Tribunal (designadamente nos casos *R. v. Oakes*, de 1986, *Thomson Newspapers Co. v. Canda*, de 1988, e *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, de 1994) e destinado a aferir a legitimidade das limitações à liberdade de expressão numa sociedade livre e democrática: há razões objectivas, prementes e substanciais que a justificam; é proporcional e não excessiva em relação às exigências dessas razões; dela se retira um benefício que compensa o limite à liberdade de expressão.

Basta que se verifique uma «apreensão racional» do dano causado pela pornografia infantil, sem que seja necessária a prova científica (razões práticas e éticas impedem essa prova) desse dano, como, em termos genéricos, vem afirmando a jurisprudência norte-americana a partir da sentença do caso *Paris Adult Theater v. Slatom* (onde se afirma que «desde os primórdios da civilização, as sociedades e os legisladores agiram com base e pressupostos impossíveis de provar cientificamente»).

Baseando-se em depoimentos periciais, o Tribunal afirma que a pornografia infantil (real ou virtual) não provoca danos apenas nas crianças utilizadas na sua produção (utilização que se verifica apenas na pornografia real). De acordo com esses depoimentos, a pornografia infantil consolida e reforça nas pessoas com tendências pedófilas a noção de que as relações entre adultos e crianças são aceitáveis, contribuindo para nelas enfraquecer a natural inibição que impediria essas relações (reforça, assim, “distorções cognitivas”). Por outro lado, a pornografia infantil tende ao estímulo de impulsos sexuais pedófilos. Evoca-se, a este respeito, o exemplo das imagens publicitárias e a influência que têm nos comportamentos dos consumidores, influência capaz de justificar os elevados preços que se pagam pela difusão dessas imagens. E evoca-se a experiência de terapeutas que acompanham estes casos e referem a ligação entre o consumo de pornografia infantil e a prática de crimes sexuais contra crianças. Tal como a experiência policial e judiciária, que leva a associar a posse de material de pornografia infantil à prática desses crimes, sendo, muitas vezes, essa posse indício dessa prática.

Por último, 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.

Um relatório elaborado sob os auspícios do Ministério da Justiça canadiano — que não vincula, porém, o Governo —, da autoria de L. Rettinger, Mayer e Associados, *The Relationship between Child Pornography and the*

Commission on Sexual Offenses — A Review of the Literature, Março de 2000⁸, fez um balanço dos estudos realizados a respeito da relação entre a pornografia infantil a prática de crimes sexuais contra crianças. Conclui esse relatório pela inexistência de dados científicos seguros que comprovem umnexo causal directo entre o consumo de pornografia infantil e a prática desses crimes. No entanto, dos estudos referidos nesse relatório também poderia extrair-se — parece-me — a conclusão contrária, como veremos.

A essa conclusão contrária chegou um outro estudo, este elaborado sob os auspícios do Senado norte-americano: *Child Pornography and Pedophilia, Report of U.S. Senate, Subcommittee on Child Pornography*, U.S. Senate, Washington. U.S. Government, Printing Office, 1986. Este baseia-se, sobretudo, na evidência de dados empíricos policiais que atestam a apreensão de material de pornografia infantil a quase todos os condenados por crimes sexuais contra crianças, o que leva a polícia norte-americana a estimar que de 25 a 50% dos consumidores de pornografia infantil pratica tais crimes. Baseia-se, ainda, tal estudo em relatórios clínicos.

O relatório elaborado sob os auspícios do Governo canadiano a que acima me referi realça, porém, o contraste entre os dados empíricos da experiência policial, por um lado, e os dados resultantes de estudos retrospectivos baseados em inquéritos aos agressores sexuais, por outro lado. Estes estudos conduzem a resultados díspares. Há uns que apontam no sentido de uma diferença pouco significativa (de 32 a 43%) no consumo de pornografia infantil entre pessoas com tendência pedófila agressoras ou não agressoras⁹. Há outros que indicam que de 10 a 25% dos agressores reconhecem que a pornografia influenciou o seu comportamento¹⁰. Outros apontam para percentagens mais elevadas (53%) de agressores que reconhecem ter a pornografia desempenhado um importante papel na sua conduta¹¹. Há agressores que consideram ter a pornografia estimulado a sua conduta, mas também há outros que reconhecem ter a pornografia evitado condutas agressoras através do chamado “efeito catártico”¹². A discrepância entre os dados empíricos da experiência policial, por um lado, e os resultados dos estudos retrospectivos baseados em inquéritos aos agressores, por outro lado, pode ser explicada — afirma-se ainda nesse relatório — precisamente pelo facto de estes estudos se basearem em declarações dos próprio agressores e de estes tenderem a minimizar o alcance e gravidade da sua conduta.

É conhecida e já antiga a controvérsia em torno da questão mais genérica da ligação entre o consumo de pornografia em geral e a prática de crimes sexuais contra adultos. Nos Estados Unidos, duas comissões, uma nomeada pelo Presidente Johnson e outra nomeada pelo Presidente Rea-

⁸ Acessível em www.childpornography.just.canada.pdf.

⁹ Ver p. 6.

¹⁰ Ver p. 16.

¹¹ Ver p. 17.

¹² Ver p. 18.

gan, chegaram a conclusões opostas, em ambos os casos com votos de vencido. Também é frequentemente citado um relatório oficial dinamarquês de 1966 que concluiu pela inexistência de nexos causais entre o consumo de pornografia e a prática de crimes sexuais.

Há quem afirme, porém, o contrário, que se verifica tal nexo. Assim, por exemplo, o psicoterapeuta Victor Cline¹³, para quem o consumo de pornografia não tem um simples efeito “catártico”, conduz, como passo derradeiro, à concretização das condutas sexuais a que tal consumo incita. Assim, também, Robert Peters¹⁴, que se baseia em depoimentos dos próprios agressores condenados. Se a pornografia tivesse um efeito “catártico” — afirma — as mulheres potenciais vítimas de crimes sexuais sentir-se-iam mais seguras junto de consumidores de pornografia, ou dos locais a tal destinados, o que, obviamente, não sucede. E assim, também, Brian Claves¹⁵, que também se baseia em depoimentos de agressores condenados que negam o referido efeito “catártico”.

Prescindindo desses dados, Francesco Mantovani¹⁶ recorre a um raciocínio lógico-argumentativo deste tipo: a pornografia activa comportamentos sexuais violentos através de formas de sugestão, exaltação e incitamento (considerando os habituais mecanismos de identificação com modelos negativos e de resposta imitativa), uma vez que não se pode negar a proporcionalidade estatística entre o tipo de mensagem e o tipo de resposta (como o revelam a publicidade comercial e o domínio dos *mass media* pelos Estados totalitários), sendo a mensagem tanto mais interiorizada quanto mais intensa, prolongada ou unidireccional.

Mas detenhamo-nos na questão mais específica da criminalização da produção e distribuição da pornografia infantil virtual. O que pensar a respeito desta controvérsia sobre a legitimidade desta criminalização? Com ela não estaremos a limitar a liberdade de opinião e expressão com base numa simples censura moral e independentemente da danosidade social da conduta em causa?

Reconheço, sem equívocos, que os princípios em que assenta um Estado de Direito democrático supõem a distinção entre o Direito e a Moral. Já São Tomás de Aquino (*Summa Theologica*, 1-2, q 96, a.3) afirmava que «a lei humana não proíbe todos os vícios dos quais se abstêm os virtuosos, mas apenas os mais graves: aqueles que a maior parte da multidão pode evitar, e sobretudo os que prejudicam os outros, sem cuja proibição a sociedade humana não poderia sustentar-se».

¹³ Ver «Pornography's Effects on Adults and Children», acessível em www.obscentitycrimes.org/cli-neart.cfm.

¹⁴ Ver «The Link Between Pornography and Violent Sex Crimes», acessível em www.obscentitycrimes.org/Porn-Crime-LinkRWP.cfm.

¹⁵ Ver «Los Efectos Daninos de la Pornografia», tradução castelhana, acessível em www.vida-humana.org/vidafam/porno/efectos.html, de um capítulo de *Pro-Life Activist Encyclopedia*, Stafford, Virgínia, American Life League Inc, 1993.

¹⁶ Ver «I Delitti Sessuali: Normativa Vigente e Prospettiva di Riforma», in *Iustitia*, ano XLIII, I, Janeiro-Março de 1989, p. 19 e segs.

A questão está em saber se em relação à pornografia infantil virtual, que não provoca danos em crianças que nela sejam utilizadas (não se verifica essa utilização), podemos falar em danosidade social.

Uma primeira questão a ter em conta — que tem movido o legislador norte-americano, tal como os legisladores europeus — é de ordem estritamente pragmática. A impunidade da pornografia infantil virtual pode levar a que, com o aperfeiçoamento tecnológico que torna difícil (senão, mesmo, impossível) distinguir a representação pornográfica de verdadeiras crianças da representação pornográfica virtual realista de crianças, a falsa alegação de que estejam em causa imagens virtuais possa transformar-se em fácil estratégia para evitar quaisquer condenações. Contra esta argumentação, o Supremo Tribunal norte-americano, no já referido caso *Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.*, respondeu com a tese, tradicional na jurisprudência norte-americana, de que não pode ser suprimida uma forma de expressão lícita (“*protected speech*”) como forma de suprimir uma forma de expressão ilícita (“*unprotected speech*”). Importa, porém, saber se será lícita e merecedora de protecção a forma de expressão que se traduz na pornografia infantil virtual, e se esta será, ou não, apenas moralmente censurável, sem que lhe seja inerente uma danosidade social que justifique a sua criminalização.

Há que considerar que a ordem jurídico-penal comporta, além dos crimes de *dano*, os crimes de *perigo* e, de entre estes, os crimes de *perigo abstracto*. 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. Neste aspecto, a pornografia infantil virtual (que se serve de representações realistas que dificilmente se distinguem de imagens de verdadeiras crianças) em nada se distingue da pornografia “real”.

Dir-se-à — como o fez o Supremo Tribunal norte-americano no caso *Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.*, que onexo entre a produção e consumo de pornografia infantil virtual e a prática desses crimes é contingente, indirecto e remoto.

Mas parece-me que esse carácter contingente, indirecto e remoto é próprio dos crimes de *perigo*. Também isso se verifica, em maior ou menor grau, em crimes de *perigo* contra a saúde pública, o ambiente ou a segurança rodoviária. A condução sem habilitação legal, por exemplo, é punida pela perigosidade que implica em abstracto, mesmo que o agente concreto esteja de facto habilitado a conduzir. E também pode encontrar-se algum paralelismo com a punição da detenção ilegal de arma, como crime de *perigo abstracto*, mesmo quando, em concreto, a arma em questão seria utilizada nas mesmas situações e condições de armas legalmente detidas.

Será tanto mais aceitável a criminalização, mesmo em caso de perigos algo remotos, quanto mais valiosos forem os bens jurídicos em causa. Se estão em causa bens de maior relevância, justifica-se uma tutela mais antecipada e mais intensa. E parece não haver dúvidas de que a protecção de

crianças potenciais vítimas de crimes sexuais não será, para este efeito, menos digna de tutela do que bens como os da saúde pública, ambiente ou segurança rodoviária. Alguma similitude com a punição da detenção ilegal de armas também aqui pode verificar-se (a pornografia infantil também pode ser uma “arma” perigosa, que facilmente pode ser mal utilizada, se quisermos aceitar este paralelismo). O perigo que pode representar a detenção ilegal de armas até pode ser remoto (tal como o que representa a pornografia infantil virtual), mas os bens que estão em perigo são (como na pornografia infantil virtual) da máxima relevância.

Exigir-se-iam, mesmo assim — afirma-se também — dados científicos mais seguros e inequívocos. Porém, como vimos, obstáculos éticos impedem o uso dos métodos experimentais que seriam necessários para a obtenção desses dados. De qualquer modo, embora não inteiramente coincidentes, os dados acima mencionados permitem, sem grande esforço, concluir pela existência, não certamente de um *dano* necessariamente verificável, mas de um *perigo* de verificação desse dano.

E não será descabido chamar à colação, também a este propósito, o *princípio da precaução* (no fundo, a tradução jurídica da máxima «mais vale prevenir...»). Mesmo quando a ocorrência de danos não é certa, a probabilidade dessa ocorrência, pela gravidade dos mesmos, justifica a proibição de uma conduta.

Como salientou o Supremo Tribunal canadiano no já referido caso *R. v. Scharpe*, a política criminal nem sempre poderá basear-se em pressupostos científicos quantificáveis, basta que se baseie no raciocínio lógico. Parece claro que há um fundamento racional para associar o consumo de pornografia infantil à prática de crimes sexuais contra crianças. A pornografia, por definição, tende ao estímulo de instintos sexuais. É de esperar que influencie, neste aspecto, os comportamentos dos seus consumidores. A referida sentença do Supremo Tribunal canadiano evoca, a este propósito, o exemplo das imagens publicitárias e a influência que têm nos comportamentos dos consumidores, influência capaz de justificar os elevados preços que se pagam pela difusão dessas imagens.

É, como vimos, antigo o debate sobre os efeitos que a pornografia, em geral, possa ter no incentivo à criminalidade sexual e já se têm evocado estudos com resultados contrastantes entre si. Mas a pornografia de adultos não estimula necessariamente comportamentos sexuais violentos e, por isso, criminosos. A pornografia infantil, porque estimula em adultos instintos sexuais de orientação pedófila, estimula necessariamente comportamentos criminosos.

Tem-se dito que o consumo de pornografia pode ser um sucedâneo, ou uma alternativa, a esses comportamentos (através do chamado “efeito catártico”). Mas não será mais fácil aceitar que os facilita, estimulando um instinto sem o satisfazer completamente, o que só com a “passagem ao acto” se verifica? Também este é, pelo menos, um perigo a considerar. Se a pornografia poderá, eventualmente, ter, nalguns casos, um efeito “catártico”, nou-

tros também poderá estimular ou facilitar a “passagem ao acto”. E o *perigo* de que esta “passagem ao acto” se verifique parece inegável.

Por outro lado, como vimos, no que á pornografia infantil diz respeito, o *perigo* (demonstrado pela experiência policial e judiciária) é também o de que ela sirva de instrumento para a prática de relações sexuais de adultos com crianças, levando estas a aceitá-las, seduzindo-as, desinibindo-as, convencendo-as de que se trata de uma prática normal.

Contra a criminalização da pornografia infantil virtual, alegou também o Supremo Tribunal norte-americano no caso *Aschcroft et al. v. Free Speech Coalition et. al.* que a mera tendência de uma forma de expressão para encorajar actos ilícitos não é suficiente para a proibir.

No entanto, não se tem contestado, na nossa como noutras ordens jurídicas da nossa área cultural, a legitimidade da punição de crimes como os de instigação pública à prática de crime (artigo 297.º do Código Penal português), de apologia pública de crime (artigo 298.º do mesmo diploma), de incitamento à guerra (artigo 236.º do mesmo diploma), de incitamento à discriminação, ódio ou à violência racial e religiosa (artigo 240.º do mesmo diploma), ou de incitamento à desobediência colectiva (artigo 330.º do mesmo diploma). Nestes casos, há que distinguir a simples expressão, situada no plano abstracto do debate de ideias, de uma opinião contrária à criminalização de uma conduta punível no âmbito da lei vigente, ou uma opinião de teor racista, por um lado, de uma *instigação* à prática de crimes, de violência ou de atitudes discriminatórias, com o que isso implica de *perigo* de concretização imediata dessa prática e dessas atitudes, por outro lado. Será, por vezes, difícil traçar a fronteira entre estes dois tipos de situações. Mas já não será tanto assim no caso da pornografia infantil, que visa, por definição — como venho afirmando — o estímulo sexual dos seus consumidores, e não se situa, por isso, claramente, no plano do debate abstracto e teórico de ideias.

Deve distinguir-se, pois, a pornografia infantil da simples manifestação de uma opinião favorável ao relacionamento sexual entre crianças e adultos que se situe no plano do debate abstracto e teórico de ideias¹⁷. Tal como não releva do puro debate de ideias, a pornografia também não releva da criação e expressão artística. A legislação canadiana acima referida di-lo expressamente. Mas nem precisaria de o dizer.

Se estivesse em causa uma simples expressão de ideias (por muito criticáveis ou repugnantes que estas fossem), ou algum propósito de ordem estética, não estaríamos perante pornografia. Esta caracteriza-se, por definição, pela presença de um propósito claro e predominante de estímulo sexual dos seus consumidores. Não será, por isso, de evocar, a este propósito, a livre

¹⁷ Reconheço que, a este respeito, talvez a legislação canadiana acima referida e a argumentação do Supremo Tribunal canadiano na sentença referida não sejam suficientemente claras na delimitação desta fronteira. Mas importa fazê-lo, para identificarmos correctamente o direito de liberdade que pode ser afectado com a criminalização da produção e distribuição da pornografia infantil.

expressão de ideias ou livre criação artística, e o peso especial que a tutela destas liberdades tem numa sociedade livre e democrática. Nestas, será muito menor o peso e importância da liberdade de uma actividade comercial, como é, normalmente, a pornografia. O peso e a importância desta liberdade (não está em causa um qualquer aspecto profundo de afirmação livre da personalidade) têm de ser confrontados com os danos que o abuso sexual de crianças nestas provoca.

Como bem salientou o Supremo Tribunal canadiano na sentença que venho referindo, a liberdade de produção e consumo de pornografia infantil tem uma muito ténue ligação a aspectos profundos de afirmação livre da personalidade. Não se trata de considerar menos digna de tutela a liberdade de uma conduta por essa conduta ser moralmente repugnante. Trata-se de considerar objectivamente o que ela representa no plano da afirmação da personalidade. E importa considerá-lo não para negar, pura e simplesmente, a tutela dessa liberdade, mas para situar a sua real importância no confronto com o perigo, mais ou menos remoto e considerando o *princípio da precaução*, de danos para as crianças potenciais vítimas de crimes sexuais.

No fundo, trata-se de ponderar, de um lado, uma liberdade que tem um peso e uma importância algo relativos e, do outro lado, os direitos das crianças potenciais vítimas de crimes sexuais. Mesmo considerando que se trata de danos potenciais, e não necessários, parece-me não haver muitas dúvidas de que a exigência de evitar esses danos justifica a limitação dessa liberdade. Na linha da jurisprudência canadiana a que acima me referi, podemos concluir que o benefício que decorre do afastamento do perigo de ocorrência desse danos compensa, claramente, o prejuízo que decorre dos limites à liberdade de quem produz ou distribui pornografia infantil virtual.