

O CRIME DE DETENÇÃO DE PSEUDOPORNOGRAFIA INFANTIL — EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO?*

PEDRO SOARES DE ALBERGARIA
PEDRO MENDES LIMA

Analisa-se a incriminação da detenção de material pedopornográfico na tentativa de identificar o bem jurídico protegido. Conclui-se que em matéria de pedopornografia real, na qual são representados menores de “carne e osso”, é possível radicar a legitimidade material da incriminação num bem pessoal. Já em tema da recente incriminação da pseudopornografia infantil, na qual os supostos menores representados são na realidade inexistentes, conclui-se pela sua duvidosa legitimidade constitucional, sobretudo à luz do princípio da proporcionalidade, e isso porque não se divisa bem jurídico com densidade suficiente para a fundar.

“Given the inherent costs of criminalization, when a particular legal prohibition oversteps the limit of moral legitimacy, it is itself a serious moral crime”

Joel Feinberg

“anche questa ‘guerra’ al nemico pedofilo vada combattuta rispettando le regole sancite in una metaforica ‘Convenzione di Ginevra’”

Stefano Delsignore

I

As questões respeitantes à relação entre direito penal e sexo são, desde há muito, consideradas como o *locus classicus* da discussão sobre os limites da lei penal. Como já em 1968 referia Herbert L. PACKER numa das obras de referência da literatura penal norte-americana, “tanto as recomendações do American Law Institute, neste país, como as contidas no Relatório Wolfenden, na Inglaterra, as alterações legislativas dos últimos anos no Illinois, Nova Iorque e na Inglaterra e o famoso debate entre o Professor H. L. A. Hart e

* Texto correspondente à comunicação apresentada pelos autores nas *Jornadas de Direito Penal — Crimes no Seio da Família e Sobre Menores*, que tiveram lugar em Ponta Delgada, Açores, nos dias 7 e 8 de Maio de 2010. As alterações reconduzem-se, tão só, à consideração de textos vindos a público entre aquelas datas e esta publicação.

Lorde Devlin, tudo contribuiu para a impressão de que de alguma maneira essa é a questão do direito penal¹. Obviamente que tal percepção e o debate em redor da legitimidade e limites da intervenção penal em matéria sexual não se cingiu às fronteiras do universo jurídico e cultural anglo-americano. Na Europa Continental ele teve primeiro e mais profundo eco nos esforços da doutrina germânica — especialmente compreensíveis no ambiente do pós II Grande Guerra — em erigir o conceito de *bem jurídico* como pedra de toque da legitimidade da intervenção penal. Foi por força dessa ideia motriz, de que ao conceito de bem jurídico devia ser assinalado, também, um valor *crítico*, patrocinada pelo chamado Projecto Alternativo (1966), que o direito penal sexual alemão veio a ser substancialmente reformado e “laicizado” nos anos 70 do século XX. Crimes como a homossexualidade entre adultos, adultério e zoofilia, de entre outros, foram atirados para o museu dos exotismos penais². Portugal não foi excepção a essa tendência, assumida no Código Penal de 1982 (que consagrou a protecção de bens jurídicos como fim da aplicação de reacções penais — artigo 40.º/1³) e depois, quanto aos crimes sexuais, concretizada na Reforma de 1995.

Seja como for, é relativamente claro que, em termos gerais, mesmo quando nos consideremos inseridos num contexto jurídico-penal mais ou menos alargado, pareceria ultrapassada a ideia de que pudesse ser erigida a objecto de protecção do direito penal esta ou aquela concepção moral ou qualquer concepção moral. No fim de contas, o debate sobre a opção por um direito penal sexual secularizado vs. moralizante terá tido os seus anos de ouro, *grosso modo*, entre as décadas de 60 e 80 do século passado⁴. Mais recentemente, todavia, tem-se assistido ao recrudescer da discussão sobre a *re-etificação* do Direito penal que se presta a legitimar no plano doutrinal o retorno de concepções morais como fundamento de incriminações, com particular incidência em áreas específicas como a de que aqui curamos⁵ e aliás em con-

¹ HERBERT L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford: Stanford Univ. Press (1968), 1978, p. 301 (itálico no original).

² Sobre a importância do valor crítico do conceito de bem jurídico na reforma do direito penal sexual alemão, veja-se, mais recentemente, CLAUS ROXIN, “Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?” in: AA.VV., *La Teoría del Bien jurídico — Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 443 e ss., esp., p. 444 e s. Deve notar-se que essa *função crítica do bem jurídico* está hoje no centro do debate jurídico-penal alemão, podendo divisar-se, sobre ela, as mais díspares posições que podem colher-se na colectânea citada.

³ Doravante, todas as referências as artigos de lei sem menção de diploma têm-se como se referindo ao Código Penal (= CP).

⁴ Seja como for, não se deixará de mencionar que nem todos os arcaísmos penais foram banidos: a lei alemã mantém a criminalização do incesto, ainda recentemente (2008) julgada conforme à Lei Fundamental pelo Tribunal Constitucional.

⁵ STEFANO DELSIGNORE, “La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?” in: AA.VV., *I delitti di pedo-pronografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova: CEDAM, 2008, p. 89-90. Em termos gerais, muito recentemente e de modo sistematizado, v. WOLFGANG WOHLERS, “Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legiti-

vergência de agenda com tendências securitárias que também se adensam. Quanto a este último aspecto, pensamos, claro está, nas *tendências neo-incuizadoras*, sejam as fundadas no pensamento neoconservador, sejam as tributárias do modo de pensar actuarial⁶, que não tendo como pretexto de debate apenas os crimes sexuais, colocam-se porventura, também aqui, com especial acuidade⁷.

Por sobre o citado problema do bem jurídico protegido, intersectando-se com ele e ambos se codeterminando, está, é bom de ver, o da forma de tutela, não raro antecipada, no sentido de não se exigir, para o desencadear do efeito punitivo, a colocação em *perigo efectivo, concreto*, do bem jurídico protegido e muito menos o *dano* dele⁸. Essa forma de protecção antecipada coloca, como se sabe, variadas reservas aos que querem manter a ordem penal essencialmente como uma ordem de liberdade. Já no século XVIII (1792) um dos principais chefes de fila do liberalismo alemão, Wilhelm von Humboldt, colocava o dedo na ferida, perguntando-se “até que ponto está obrigado o Estado, ou lhe é permitido, prevenir o delito antes que seja cometido.” E muito embora acrescentasse que dificilmente se encontra “outra tarefa que esteja eivada de propósitos tão humanitários”, acabava por concluir que a prevenção da execução do delito “parece entranhar perigos para a liberdade”⁹.

De entre as formas de tutela antecipada, uma que começa a singularizar-se como objecto autónomo de estudo nos países de cultura jurídica continental, nomeadamente de matriz germânica¹⁰, é a dos *crimes de detenção*¹¹. Na ver-

timazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana”, in: AA.VV., *Sulla legittimazione del Diritto Penale — Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino: Giappichelli Editore, 2008, p. 125 e ss., esp. 136 e ss. Cf., ainda, GERHARD SEHER, “Legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, in: AA.VV., *La Teoría del Bien jurídico — Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 87 e ss. Fundamental é o último volume da monumental tetralogia de JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law — Harmless Wrongdoing*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1988.

⁶ V., respectivamente, THOMAS G. BLOMBERG / KAROL LUCKEN, *American Penology — A History of Control*, NY: Aldine De Gruyter, 2000, p. 169 e ss., e BERNARD E. HARCOURT, *Against Prediction — Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago & London: Univ. Chicago Press, 2006, *passim*; sobre as várias “correntes neo-incuizadoras”, v. JOSÉ BRANDARIZ GARCÍA, *Política Criminal de la Exclusión*, Granada: Comares, 2007, esp. pp. 80-97.

⁷ Apenas a título de exemplo, v. JESUS-MARIA SILVA SÁNCHEZ, “El retorno a la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos” in: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Cuenca, 2001, I, p. 699 e ss.

⁸ Delimitando assim o conceito de “antecipação de tutela penal”, v. MARIA ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid: Univ. Valladolid, 1999, p. 16 e *passim*.

⁹ *Os limites da Acção do Estado*, Porto: Resjuridica, p. 130.

¹⁰ Na Europa continental, dissemos, pois que nos EUA o assunto é objecto de intenso debate, como problema autónomo, há já muito tempo.

¹¹ Retenha-se, porém, que pelo menos para alguns autores a lógica de lesão de um bem jurídico não é alheia a todos os crimes de detenção. Num dos trabalhos mais recentes sobre o tema, NURIA PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona: Atelier, 2005, pp. 71-73 e 89, sustenta que alguns desses crimes sancionam a *efectiva* lesão de um bem jurídico supra-individual que vem a ser

dade, os aludidos crimes não formam o que se pode chamar um tipo específico de ilícito — e de resto não são habitualmente focados desse jeito nas partes constantes dos tratados e manuais destinadas à “tipicização dos tipos” em função de critérios vários. Por outro lado, o seu tratamento monográfico e em revistas da especialidade é também ainda pouco comum. Certo é, porém, que não raro — e até de modo cada vez mais frequente — o legislador incrimina a detenção de coisas¹². Essa proliferação inscreve-se em tendências político-criminais que a doutrina tem identificado como a expansão do direito penal, a absolutização da eficácia, o retorno à inocuidade, a resolução de problemas processuais através de novos tipos penais, a emergência de um direito penal do inimigo e a própria autoprotecção do Estado¹³. Seja como for, entre nós isso sucede não apenas em matéria de pornografia de menores, mas também, por exemplo, de explosivos (artigo 275.º), de instrumentos de escuta telefónica (artigo 276.º), de dispositivos de acesso a serviço protegido (artigo 104.º/1/a) da L 5/2004, de 10-2), de produtos alimentares (artigos 24.º/1 e 25.º/1 da L 28/84, 20-1) e, de modo clássico, no que respeita a armas (artigos 86.º a 89.º da L 5/2006, de 23-2), estupefacientes e seus percursos (artigos 21.º/1, 22.º/2, 23.º/1/c), 25.º e 26.º/1 do DL 15/93, de 22-1)¹⁴.

a legítima expectativa de segurança da comunidade. Por outro lado, veremos adiante que a lógica de antecipação da tutela não é a única cogitável para explicar estas incriminações.

¹² Em todo o caso, isso não é uma originalidade. A incriminação de meras detenções vem já desde a *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficis*, de 81 a.C., que punia com a morte a detenção de venenos (Cf. KEN EKSTEIN, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte — EV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117 (2005), p. 107, n. 1. Sobre ela, largamente, PAULO SOUSA MENDES, “*Ambulare cum telo* era tentativa de homicídio?” in: AA.VV., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 615 e ss.) e tem manifestações no direito penal europeu pré-moderno: novo é o problema da sua proliferação.

¹³ Novamente, PASTOR MUÑOZ (n. 11), pp. 21-31. Na literatura norte-americana, MARKUS DIRK DUBBER, *Victims in the War on Crime — The Use and Abuse of Victims’ Rights*, NY & London: NY Univ. Press., 2006, pp. 18-31, insere a referida proliferação no contexto da insistente retórica da *War on Crime* e dos seus traços “prevencionistas”, comunitaristas e autoritários. Parte deste livro, relativa aos crimes de detenção, é a adaptação do artigo “Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 91 (2001), p. 1 e ss. Interessante é o paralelismo feito por DUBBER entre os crimes de detenção e os antigos delitos de vagabundagem como modo de controlo e inocuidade dos “indesejáveis”; segundo o Autor, com “vantagem” para os primeiros que, ao contrário dos de vagabundagem, permitem às autoridades incursões sobre a esfera privada (como em primeiro lugar, p. 75 e ss.). Sobre os crimes de detenção como expressão de um direito penal do inimigo, v., recentemente, MIGUEL POLAINO NAVARRETE, “Por dónde splan actualmente los vientos del derecho penal?”, in: *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 475 e 479 e s. e, na mesma colectânea, MIGUEL POLAINO-ORTS, “Realidad y ficción en el derecho penal del enemigo”, p. 497 e 505.

¹⁴ Só para referir alguns emblemáticos. EKSTEIN (n. 12), recenseou, no direito alemão, mais de 100 preceitos cominadores de pena à mera posse de objectos. Estamos em crer que no direito português a situação não será substancialmente distinta. E deixamos aqui de lado a mera detenção de objectos como regra de conduta imposta no âmbito da suspensão de execução da prisão (artigo 58.º/2/f)). Porém, uma subtilidade para a qual devemos chamar a atenção, é a de ainda em muitas circunstâncias o legislador descrever a conduta relevante sem sequer recorrer a verbos como deter ou possuir, não obstante em todo o caso configurar tipos de posse ou detenção (por exemplo, “armazenar” ou “ter em depósito”, nos ter-

A lógica que preside a todas essas incriminações (e também aos respectivos limites) não é em tudo a mesma. No entanto, neste trabalho, curaremos tão só da que é própria da incriminação de detenção de material pedopornográfico virtual e aparente, e respectiva legitimidade, deixando de lado o que respeitar a quaisquer outras, salvo referências comparativas, na sombra deixando também a espinhosa questão dogmática de saber qual a natureza da detenção¹⁵.

II

Porém, tratar esse assunto implica incontornavelmente um excursus prévio sobre as razões político-criminais gerais que vêm sendo alinhadas para a incriminação da detenção de pedopornografia real, é dizer, daquela em que são empregues ou em que participam menores reais¹⁶, tipificada entre nós já desde a alteração do art. 172.º/3/e) operada pela L 99/2001, de 25-8, em cujos termos é punido com prisão até três anos quem “detiver materiais previstos na alínea c) [fotografia, filme ou gravações pornográficos], com o propósito de os exhibir ou ceder”. Em posterior revisão, pela L 59/2007, de 4-9, tais comportamentos passaram a ser previstos no art. 176.º, agora com discriminação de dois tipos e em qualquer caso com ampliação do relevo dos aspectos subjectivos de um deles. Assim, na alínea d) do n.º 1, manteve-se um *crime de intenção* ou *tendência interna transcendente*¹⁷, ou seja, um crime que para além do dolo

mos, respectivamente, dos artigos 281.º/1/b) e 282.º/1/b), se bem que se trate aí de crimes de perigo concreto).

¹⁵ A questão é obviamente incontornável para quantos indagam em geral sobre os crimes de detenção e resolve-se essencialmente em determinando se está em causa uma *acção*, uma *omissão* ou um *estado*. Para referências podem ver-se, PASTOR MUÑOZ (n. 11), pp. 37-43, FRIEDERICH-CHRISTIAN SCHRÖEDER, “La posesión como hecho punible”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 14 (2004), pp. 165-168, EBERHARD STRUENSEE, “Los delitos de tenencia” in: *Problemas capitales de derecho penal moderno — Libro homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires: Hammurabi, 1998, pp. 108-117. No universo anglo-americano, v. MICHAEL S. MOORE, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, Oxford: Clarendon, 1993, pp. 20-22, CHARLES H. WHITEBREAD / RONALD STEVENS, “Constructive Possession in Narcotics Cases: To Have and Have Not”, *Virginia Law Review*, 58 (1972), p. 751 e ss., GEORGE P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford Univ. Press, 1978, pp. 197-205, IDEM, *The Grammar of Criminal Law — American, Comparative and International, Volume One: Foundations*, Oxford: Oxford Univ. Press, 2007, pp. 293-295. Aqui, partindo da constatação de que as dificuldades analíticas do problema não contaminam o assunto em análise, dispensamo-nos de uma tomada de posição.

¹⁶ Nos termos da Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22-12-2003, *relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil*, que no art. 1.º/b/i define como pornografia infantil com crianças reais qualquer material pornográfico 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 — notando-se que segundo a alínea a) do mesmo artigo 1.º «criança» é qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade, de resto segundo o que se vem constituindo em tradição nos textos internacionais na matéria (sobre este último ponto e o panorama internacional de tutela da criança, v., ainda recentemente, MARGARETH HELFER, *Sulla Repressione Della Prostituzione e Pornografia Minorile — Una Ricerca Comparatistica*, Padova: CEDAM, 2007, pp. 5-34, esp. p. 6).

¹⁷ HANS-HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, Granada: Comares, 2002, p. 342; CLAUS ROXIN, *Derecho Penal — Parte General*, T. I,

enquanto elemento subjectivo geral da ilicitude, exige uma intenção de produção de resultado cuja verificação, em si mesmo, é extra-típica; concretamente, dispõe que é punido com prisão de um a cinco anos quem “(...) detiver materiais previstos na alínea b) [fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte], com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder”. Em paralelo, criou-se um tipo de *detenção pura* (ou seja, em que se prescinde de especial intenção do agente) com o efeito de antecipar a tutela mais ainda, o que de resto se projecta na pena muito inferior: é punido com prisão até um ano ou com multa “quem (...) detiver os materiais” acima referidos (n.º 4). Sumariamente descrito o regime entre nós actualmente vigente, entremos então nos aludidos fundamentos político-criminais, sublinhando primeiro que não suscita hesitação o merecimento de tutela penal do bem jurídico auto-determinação sexual de menores — em se concluindo que é na verdade esse o bem jurídico protegido. No nosso caminho está apenas a consideração de certos *modos* de tutela, especificamente a tipificação da *detenção* de material pedopornográfico, sabido como é que a legitimação de uma intervenção penal se não basta com a identificação de um bem jurídico em si mesmo merecedor de tutela e ao qual se refira; pelo contrário, é imprescindível uma ligação das condutas típicas ao bem a proteger. Breve, e além do mais, que entre a conduta e o bem seja divisível uma *relação justa de imputação*¹⁸.

1. Como já ficou enunciado, uma das tendências de que a formulação de tipos de *detenção* participa é a de ser via de solução de problemas processuais ao nível substantivo¹⁹. Com efeito, a incriminação da mera *detenção* de algo é um meio para atingir repressivamente o detentor ainda que se não logre a demonstração de que ele fosse efectivo agente da lesão de bens jurídicos de que esse algo é fruto ou instrumento adequado. Assim, com a punição da *detenção* de material pedopornográfico visar-se-ia também sancionar potenciais ou efectivos abusadores de crianças ou distribuidores de material daquela natureza, sem necessidade de demonstrar que o tenham realmente sido²⁰. Também em matéria de prescrição os crimes de *detenção* serviriam para col-

Madrid: Civitas, 1997, p. 317; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal — Parte Geral*, T. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 2.ª ed., p. 380-1; e especificamente sobre os crimes de *detenção*, SCHRÖDER (n. 15), p. 159.

¹⁸ Assim, ANDREW VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”?» in: AA.VV., *La Teoría del Bien jurídico — Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007, pp. 46-47, e, mais desenvolvidamente, na mesma colectânea, ANDREW VON HIRSCH / WOLFGANG WOHLERS, “Teoría del bien jurídico e estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, p. 285 e ss.; e ainda, GARCÍA DE PAZ (n. 8), p. 44.

¹⁹ Trata-se de uma observação comum na doutrina. Cf. SCHRÖDER (n. 15), p. 162; PASTOR MUÑOZ (n. 11), pp. 26-28 e 95-6; CORNELIUS NESTLER, “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, in: AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, 2000, p. 69.

²⁰ DUBBER (como em primeiro lugar n. 13), p. 74 e s., assinala aos crimes de *detenção* não apenas uma função presuntiva retrospectiva (como no texto), mas também uma função presuntiva prospectiva (como fazendo presumir a prática de crimes futuros).

matar o que numa compreensão de pendor securitário aparece como lacuna de punibilidade. Novamente, com a punição da detenção de material pedopornográfico coloca-se a acção penal a salvo da arguição de que o abuso de menores nele representado tenha já prescrito: a natureza da detenção como crime permanente opera esta alquimia.

No entanto, parece pacífico que a ultrapassagem de contingências essencialmente processuais, por muito que seja útil no combate à criminalidade, não pode ser fundamento material da criação de um tipo de crime; o útil, parece-nos, não é a medida do justo. Uma política de repressão da criminalidade sexual sobre menores não pode ser levada ao ponto de postergar princípios que são estruturantes da justiça própria de um Estado de Direito Democrático²¹. Ou dito de outro modo, para não retomar simplesmente o velho brocardo segundo o qual os fins não justificam os meios, a pureza de um objectivo político criminal não pode manchar-se com a desconsideração do justo, ainda que para melhor garantia da sua própria consecução.

Ora, como logo se vê, esta nossa preocupação não releva de mero prurido metodológico quanto ao desrespeito pela compartimentação entre o que é processual e o que é substantivo. O verdadeiro problema está em que alguns crimes de detenção, em especial o de que aqui curamos e na medida em que se aceite que o fundamento da incriminação é o acima referido, são já uma projecção de algo mais fundo e que vem a ser o insidioso estabelecimento de um inadmissível direito penal da *suspeita*: a tipificação de certas condutas como meio de sancionar comportamentos não previstos no tipo é insustentável e violadora, de entre os mais, do princípio da culpa decorrente da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição de República = CR)²². Ou seja, nem todas as razões de política criminal são fundamentos de legitimação das incriminações e, no caso que nos ocupa, estas não o são seguramente. Tem de procurar-se em outro lugar o fundamento material do crime de detenção de pedopornografia.

2. Alguns procuraram vê-lo no perigo decorrente de por um lado os materiais pedopornográficos constituírem estímulo para a passagem à execução de actos lesivos do desenvolvimento sexual de concretos menores e de, por outro, serem directamente instrumento de aliciamento de menores para esses actos lesivos²³.

²¹ Para uma já clássica distinção entre *políticas* e *princípios*, v. RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard Univ. Press, 1977, pp. 22-3.

²² Sobre os crimes de suspeita em geral, e com destaque para os problemas de natureza constitucional que suscitam, nomeadamente em face dos princípios da presunção da inocência e da culpa, v. OCTÁVIO GARCÍA PEREZ, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 46 (1993), p. 629 e ss., esp., pp. 630-651; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale — Parte Generale*, Padova: CEDAM, 1992, p. 236; e no âmbito específico da detenção de material pedopornográfico, PASTOR MUÑOZ (n. 11), pp. 95-6, e DELSIGNORE (n. 5), p. 90.

²³ Ambos os argumentos foram usados pelo Governo estadunidense ao sustentar, perante o Supremo Tribunal Federal dos E.U.A., a incriminação da detenção da pedopornografia virtual

Quanto ao primeiro argumento, essencialmente fundado numa aparência propiciada por abordagens de *senso comum*, bastará talvez dizer que os estudos de natureza *científica* já aqui e ali realizados têm não apenas falhado em demonstrar uma correlação entre o consumo de pornografia e a violência sexual, como até, em alguns casos, os respectivos autores vêm suscitando a hipótese de esse consumo desempenhar uma espécie de função catártica²⁴. Na medida em que esta última hipótese venha a sedimentar-se como conclusão de sucessivas investigações, o consumo de pornografia funcionaria até como mecanismo de contenção da violência sexual, mais cabendo “tolerá-lo” do que penalizá-lo. Evidentemente, um tal argumentário revelar-se-ia chocantemente inadequado em matéria de pedopornografia, sobretudo real, e certamente não o propomos. O que pretendemos significar, e de resto parece ser claro, é que o fundamento não pode ser especificamente aquele; o suposto perigo de a pornografia estimular a efectivação de violência sexual, e em particular também o de a pedopornografia promover essa violência sobre menores, é algo que só se mostra razoável ou compreensível numa abordagem apriorística e de senso comum, algo emotiva e porventura correspondente a representações sociais dominantes, condicionadas por um clima de *pânico moral*²⁵; afirmá-lo

constante do *Child Pornography Prevention Act* de 1996. V *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 535 U. S. (2002) 234.

- ²⁴ Pioneiro entre esses estudos terá sido o ordenado pelo governo estadunidense, em 1970, à *United States Commission on Obscenity and Pornography*, versando a influência da pornografia no comportamento das pessoas, o qual concluiu que se bem que a pornografia produza excitação não parece influir de modo algum em condutas desviantes. Por entre críticas, estudos dessa natureza foram-se sucedendo, não só quanto à pornografia *em geral* e à sua relação com a violência sexual, mas também especificamente quanto à relação desta última com a pornografia *violenta* e com a *pedopornografia*. Em maior ou menor sintonia, vêm concluindo maioritariamente pela inviabilidade do estabelecimento de umnexo causal entre qualquer dessas formas de pornografia e qualquer género de violência sexual (curiosamente, num desses estudos, com uma amostragem de indivíduos com antecedentes por crimes sexuais contra crianças, conclui-se que nenhum consumira material pedopornográfico previamente aos seus crimes e os entrevistados referiram sentir-se principalmente excitados por imagens publicitárias, em especial de roupa íntima de criança, ou por vídeos protagonizados por crianças mas sem envolver nudez delas). Para um resumo actualizado desses estudos e sua relevância, v. ANTONIO FORZA, “La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza”, *Rivista Penale*, 5 (2007), p. 481 e ss., e MALAIKA BIANCHI, “La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali”, in: AA.VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova: CEDAM, 2008, pp. 139-150. Em particular sobre a função catártica aludida no texto, v. PATRÍCIA ESQUINAS VALVERDE, “El tipo de mera posesión de pornografia infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8 (2006), p. 193, e DELSIGNORE (n. 5), p. 93. Na jurisprudência o argumento foi logo usado na decisão do Supremo Tribunal da Colúmbia Britânica, *Regina v. Sharpe*, de 13.1.1999, disponível em www.walnet.org/csis/court_records/r.v.sharpe.html.
- ²⁵ O conceito foi cunhado pelo sociólogo britânico STANLEY COHEN em *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers* (1972). Mais recentemente, v. KENETH THOMSON, *Moral Panics (Key Ideas)*, Routledge, 1998, CHAS CRITCHER, *Critical Readings: Moral Panics and the Media*, Open Univ. Press, 2006, MARTHA C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity — Disgust, Shame, and the Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2006, esp. p. 250 e ss. (neste caso essencialmente em tema de homossexualidade), e DENIS SALAS, *La volonté de punir — Essai sur le populisme penal*, Hachette, 2005, esp. pp. 103 e ss. Pelo modo sensaciona-

é todavia destituído, pelo menos no estado actual das investigações, de um fundamento empírico-científico válido. É dizer, à míngua de um nexó determinante próximo e assente numa realidade que a experiência comprova, um nexó seguro, enfim, entre o consumo de pedopornografia e a comissão de violência sexual sobre menores, sustentar a incriminação daquele no perigo de que encadeie esta é coisa que implica presumir intenções e redundar em afirmação sobre a perigosidade da *pessoa* do agente, não da dos seus *actos*, tudo conduzindo a um *direito penal de autor*, consabidamente inconsistente com as exigências constitucionais²⁶.

Já quanto ao segundo argumento, impõe-se começar por notar que não ocorre idêntica falência de base empírica. Em geral, reconhece-se que a pedopornografia pode ser empregue como meio de sedução, de facilitar a ultrapassagem pelas potenciais vítimas das naturais inibições à prática dos actos lesivos²⁷, o que de resto é no mínimo uma asserção razoável e consistente com a lógica. Neste sentido, as crianças representadas no material pornográfico seriam as vítimas primárias e as seduzidas as vítimas secundárias²⁸. Porém, verdadeiramente será esse um fundamento bastante para a incriminação? Em especial quando se pondere que o material pedopornográfico dificilmente poderá classificar-se como em si mesmo perigoso, como as armas²⁹,

lista e emotivo como é tratada do ponto de vista mediático, pelo consenso de reprovação que gera e pela hostilidade e desproporção de reacções que lhe está associada, poucas problemáticas comungam de modo tão claro das características que se inscrevem no dito fenómeno do *pânico moral* como a pedofilia. Sobre a questão especificamente no âmbito dos abusos sobre menores, v. PHILIP JENKINS, *Moral Panic: Changing Concepts of the Child Molester in Modern America*, Yale Univ. Press, 2004. Um estudo muito interessante sobre essa relação entre pedofilia e pânico moral e as nefastas consequências que lhe estão associadas (nomeadamente, ao nível processual penal, uma sensível deriva inquisitória), partindo do famoso caso *Outreau*, é o de ANTOINE GARAPON / DENIS SALAS, *Les nouvelles sorcières de Salem — Leçons d'Outreau*, Seuil, 2006.

²⁶ Sobre o direito penal de autor, v. ROXIN (n. 17), p. 176 e ss., DIAS (n. 17), p. 237 e ss., JOSÉ DE SOUSA BRITO, “Para fundamentação do Direito Criminal”, in: *Textos de Direito Penal*, tomo I, Lisboa: AAFDL, 1999, 151 e ss., FLETCHER (como em segundo lugar na n. 15), p. 35 e ss. e, de modo monográfico, VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, *El derecho penal de autor desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de Derecho penal de varias velocidades*, Valência: Tirant lo Blanch, 2007, *passim*.

²⁷ Neste sentido, de entre muitos, DEBRA D. BURKE, “Thinking Outside the Box: Child Pornography, Obscenity And the Constitution”, *Virginia Journal of Law & Technology*, 8 (2003), p. 42 e ss., RYAN P. KENNEDY, “*Ashcroft v. Free Speech Coalition*: Can We Roast the Pig Without Burning Down the House in Regulating ‘Virtual Child Pornography’”, *Akron Law Review*, 37 (2004), p. 407 e ss. (também citando bibliografia em sentido contrário) e BIANCHI (n. 24), p. 146. O argumento foi também usado, logo na decisão do *Supreme Court*, no caso *Osborne v. Ohio* 495 U.S. 103, 108-11 (1990), que decidiu não violar o 1.º Aditamento uma lei do Estado do Ohio que punia a posse de material pedopornográfico real. Sobre o emprego de imagens pedopornográficas como instrumento de sedução (*grooming*), v., por todos, MALAIKA BIANCHI, “Commento Art. 600-quater. 1 CP”, in: *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano: CEDAM, 2006, p. 296, n. 96, com ampla citação bibliográfica.

²⁸ BURKE (n. 27).

²⁹ A par dos explosivos, universalmente consideradas como o arquétipo do objecto perigoso que reclama por isso especiais controlos e justifica antecipações de tutela para os bens de que são potencial lesante; todavia, mesmo neste caso, alertando para a alguma linearidade

ou “protótipo de instrumento delitivo”³⁰? Cremos que a resposta não pode ser senão negativa. Com efeito, será abusivo assumir que a detenção daquele material diga algo de seguro sobre a probabilidade de o detentor usá-lo para a comissão de crimes. Pode na verdade cogitar-se um vasto leque de motivações para essa detenção, com a pura e simples fruição desse material à cabeça, sem que qualquer delas envolva o intuito de utilização na sedução de menores. Por outras palavras, a posse de material pedopornográfico não é e nem vemos como pudesse ser sinal patognomónico de que o possuidor o empregue na comissão de delitos futuros contra a autodeterminação sexual de menores. Para uma incriminação assente em tal presunção teria de aceitar-se como fundamento bastante uma mera *possibilidade* subjectiva de perigo, o que seria talvez conforme com o *espírito do tempo* presente mas não certamente com um direito penal de desenho liberal. Conclusão que não deve contornar-se com apelo a um *princípio de precaução*, porventura justificável face a *actividades* perigosas, mas não, pelo menos quando nos queiramos afastar de um direito penal da suspeita, face a *sujeitos* eventualmente perigosos³¹.

3. Intimamente ligado ao argumento ultrapassado, tem sido esgrimido, em sustento da incriminação em causa, o risco de difusão do material pedopornográfico e subsequente uso dele por banda de terceiros para a comissão de delitos. Naturalmente, a um semelhante fundamento potencial podem opor-se, desde logo, e nos seus precisos termos, os obstáculos a que já aludimos: também os terceiros potenciais agressores o seriam com abusiva presunção. E se aqui referimos em separado este argumentário é só porque dificilmente o poderíamos desimplicar de outro que há muito faz curso sob a designação de *market deterrence theory*, isto é, o de que punir a detenção de material daquela ordem contribui em última análise para fazer cessar ou diminuir a procura de suportes contendo abusos sobre menores, desse modo também a respectiva oferta e, assim, em suma, para o objectivo final da supressão de tais abusos. Subjacente a esta tese enquanto modo de validação da incriminação está a ideia de que o detentor da pedopornografia é responsável mediato pelos abusos perpetrados por aqueles que alimentam a oferta, argumento cuja atractividade se acentua na inversa proporção do carácter restrito e reservado do mercado em causa³². Em qualquer dos casos, a punição atingiria o

excessiva nessa unanimidade, v. ANDREW VON HIRSCH, “Extending the harm principle: ‘Remote’ Harms and Fair Imputation”, in: *Harm and Culpability*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 270 e s., e PASTOR MUÑOZ (n. 11), p. 85.

³⁰ A citação é de GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, in: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, p. 310.

³¹ Sobre isto, PASTOR MUÑOZ (n. 11), pp. 81-83 e 94-95.

³² Trata-se porventura da tese mais difundida, emergente já em decisões do *Supreme Court* (E.U.A.) como *New York v. Ferber*, 484 U.S. 747 (1982), *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), e *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), e do *Supreme Court* (Canada), como *R. v. Sharpe* [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; na doutrina continental, entre muitos outros, v. SCHRÖEDER (n. 15), p. 161, GIOVANNI COCCO, “Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XLIX (2006), p. 881

detentor como modo de obviar a motivação e a actuação eventual de terceiros. Assim fundamentado, e se não erramos, tratar-se-ia de um *crime de perigo de perigo*, de *perigo indirecto* ou *delito obstáculo* (consoante se pretenda evidenciar a sua estrutura, nas duas primeiras terminologias, ou a sua função, na terceira)³³, com o qual se pretende prevenir a comissão de crimes futuros mediante a incriminação das condutas que constituem tão só premissa idónea deles.

Ora, para além do significativo afastamento entre a detenção e o bem supostamente por último protegido, sempre há-de sublinhar-se que a acção típica (detenção) e as efectivas lesões daquele bem seriam mediadas por condutas de terceiros. Uma vez mais, o útil não nos parece critério do justo, e não obstante ser indisputável que a retracção do mercado visada pela incriminação se mostra um bem, alcançá-lo prescindindo de um laço de imputação que respeite o princípio de que cada pessoa é um centro autónomo de responsabilidade resolve-se afinal, na lógica de um Direito penal liberal, em um mal. Dificilmente se percebe, na realidade, porque há-de o detentor de material pedopornográfico (em si mesmo não perigoso³⁴ para a autodeterminação sexual dos menores representados, *já lesada para produção dele*) responder pelo facto de a sua conduta *mera e potencialmente motivar* actos de terceiros (produtores), em tempo, lugar e modo incertos e que não domina, eles sim lesivos da liberdade ou autodeterminação sexual de menores e pelos quais obviamente caberia a esses terceiros responder. E vai aqui decisivamente prejudicado um nexo de imputação justo, do qual, à luz dos cânones tradicionais o Direito penal não deve prescindir³⁵.

A mais disso, ceder ao argumento da destruição do mercado, erigindo-a em objectivo fundante de uma incriminação, é aceitar os perigos de uma

e s. e, na doutrina inglesa, MICHELLE M. DEMPSEY, “Rethinking Wolfenden: Prostitute Use, Criminal Law, and Remote Harm”, *Criminal Law Review*, 2005, p. 453 e s. De acordo com ESQUINAS VALVERDE (n. 24), p. 176, trata-se da tese dominante na Alemanha.

³³ Sobre esses conceitos, v. GIORGIO MARINUCCI / EMÍLIO DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, 1, Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 593, e MANTOVANI (n. 22). De modo monográfico, v. PABLO CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo — Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada: Comares, 2002. De “perigo abstracto remoto” fala Orts Berenguer citado por ESQUINAS VALVERDE (n. 24), p. 178, n. 16. Também foca o tema ANA RITA ALFAITE, *A relevância penal da sexualidade dos menores*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 98 e s.

³⁴ Em prejuízo do argumento do texto, ser-se-ia tentado a estabelecer um paralelismo estreito com a fundamentação do castigo da posse de drogas para consumo próprio, lá onde exista. Sem negar que há similitudes, e desde logo no que respeita a tratar-se em ambos os casos da destruição do mercado, notar-se-á que a analogia tem par onde termina a diversidade das “substâncias”: como refere PASTOR MUÑOZ (n. 11), p. 96 e s., a possibilidade de difusão descontrolada de produtos estupefacientes, porque em si mesmo danosos, comporta perigos para terceiros.

³⁵ Sobre as implicações da intervenção da actuação de terceiros responsáveis entre a conduta do agente e a lesão dos bens em última análise protegidos, v. VON HIRSCH (n. 29), p. 264 e 266 e ss., VON HIRSCH / WOHLERS (n. 18), p. 298 e s., DENNIS J. BAKER, “The moral limits of criminalizing remote harms”, *New Criminal Law Review*, 10 (2007), p. 381 e ss., NINA PERŠAK, *Criminalising Harmful Conduct — The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, Springer, 2007, pp. 44-48, e PASTOR MUÑOZ (n. 11), p. 93 e n. 173, citando Schittenhelm.

expansão desmesurada do Direito penal. Amanhã, e já hoje em latitudes diversas³⁶, aceitar-se-ia, por exemplo, a responsabilização penal dos que se servem da prostituição, sob argumento de que estimulam a lesão dos prostí-tutos ou das prostitutas onde quer que exerçam a sua actividade involuntariamente³⁷⁻³⁸ e, de modo *deslizante*, daí para um inabarcável universo de condutas progressivamente mais distantes do bem que se afirme protegido, num potencial de desenvolvimento asfixiante de restrições penais³⁹.

Por fim, a tese da destruição do mercado participa de um modo de fundamentação da repressão criminal que se vem progressivamente impondo e que parte do princípio de que a multiplicação de condutas individuais (no caso, de detenção) com pouca ou nula lesividade de um determinado bem jurídico cria, pela acumulação, as condições de florescimento de efectivos danos: concretamente, a detenção em escala relevante de material pedopornográfico é que gera o incentivo para a elaboração respectiva, com a correspondente lesão da liberdade ou autodeterminação sexual dos menores. O fundamento da punição não seria já o acto individual mas a acumulação maciça de detenções: só assim se constrói um “mercado”. Porém, tal como noutros domínios em que se vêm formulando incriminações segundo uma lógica de acumulação, também nesta sede se pode objectar com a discutibilidade da “fundamentação do ilícito de posse *ex iniuria terti*”⁴⁰⁻⁴¹.

Como se vê, se a retracção do mercado da pedopornografia em si mesma constitui, por assim dizer, um “benefício colateral” da incriminação, não se pode erigir em fundamento material do ilícito.

4. As sucessivas dificuldades apontadas vêm já conduzindo à ideia de que dificilmente pode aceitar-se uma adequada ligação entre a detenção de

³⁶ É o caso da Suécia. Cf., todavia em termos concordantes, PEDRO VAZ PATTO, *No cruzamento do Direito e da Ética*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 321 e ss.

³⁷ Na nossa crítica não está naturalmente abrangida a incriminação, por exemplo, feita pelo artigo 160.º/5, do CP, inteiramente justificada precisamente pelo requisito de que o agente conheça, e de ciência certa, que a prostituição é exercida sob violação da vontade. Sobre esta incriminação v. PEDRO VAZ PATTO, “O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto — análise de algumas questões” *Revista do CEJ*, 8 (2008), p. 199 e ss.

³⁸ Para um crítica desse argumento v. BAKER (n. 35), p. 386 e s., referindo-se a Michelle M. Dempsey, que justamente procura extrapolá-lo para o âmbito da pornografia infantil. Há já quem equacione a punição de formas passivas de mendicidade apelando a uma lógica segundo a qual desenvolvendo-se em áreas deprimidas e contribuindo para a percepção delas como deficientemente policiadas (“broken windows areas”) estimula terceiros à comissão de crimes. A punição daquelas formas de mendicidade contribuiria para dissuadir esses terceiros. Cf., criticamente, BAKER (n. 35), *passim*.

³⁹ Sobre o alcance e limites dos argumentos “slippery slope” no discurso jurídico v. ERIC LODE, “Slippery Slope Arguments and Legal Reasoning”, *California Law Review*, 87 (1999), 1469 e ss., e DIANE MEULEMANS, “Approaching the Slope. Processes and Outcomes of the Use of the Slippery Slope in Legal Opinions”, *Wisconsin Women’s Law Journal*, 14 (1999), p. 105 e ss.

⁴⁰ PASTOR MUÑOZ (n. 11), p. 94.

⁴¹ Também NESTLER (n. 19), p. 76, a propósito dos crimes de consumo de estupefacientes, dá conta de a lógica da acumulação na formulação de incriminações importar que o fundamento respectivo deixe de ser o ilícito individual e se torne na “desobediência em massa”.

material pedopornográfico e a lesão da liberdade ou autodeterminação sexual dos menores. Independentemente das formulações que se ensaiem para procurar estabelecer essa ligação, certo é que sob um ponto de vista retrospectivo a lesão já se consumou, sem concurso do detentor, quando este vem à detenção do dito material; de um ponto de vista prospectivo, é pouco convincente e mesmo forçado, nos termos que já vimos, assentar nessa detenção lesões futuras da liberdade ou autodeterminação sexual dos mesmos ou de outros menores.

Podem multiplicar-se as tentativas de definir um bem jurídico protegido pela incriminação em análise. Desde a imagem, a intimidade ou a honra, passando pela realização da justiça, a doutrina tem procurado diversos caminhos para chegar a uma definição⁴². Tomando já partido, julgamos que a posição assumida por alguma doutrina italiana se revela a mais adequada a estabelecer uma congruente relação entre construção típica e bem jurídico protegido, do mesmo passo satisfazendo melhor as exigências dos princípios estruturantes do direito penal.

Concretamente, tem sido naquele país defendido que o bem jurídico não se encontra na área da liberdade ou autodeterminação sexual, mas antes, de modo mais geral, na da personalidade em desenvolvimento do menor, entendida tanto numa dimensão interior (psico-física ou moral) como noutra exterior (social ou relacional). Decisiva nesta formulação é a consideração de que a representação de um menor em contexto pornográfico encerra potencial danoso para a sua maturação psicológica, desde logo como possível fonte de perturbações em termos de auto-estima, isto por um lado, mas também e sobretudo, por outro, como factor prejudicial à sua “honorabilidade sexual”, isto é, à sua reputação sexual enquanto condição de um normal desenvolvimento de relações sociais, em particular no plano sexual. Não estão aqui em causa, bem entendido, a honra ou imagem enquanto tais, que são objecto de outras formas de tutela penal e civil. O que se joga é antes obstar a que a lesão da dita reputação faça perigar “um particular aspecto ‘relacional’ da sua personalidade em curso de formação, com o concreto risco de reflectir os seus efeitos negativos sobre o desenvolvimento da personalidade do menor na sua complexidade”⁴³⁻⁴⁴.

⁴² V. as considerações de BIANCHI (n. 24), p. 138, ESQUINAS VALVERDE (n. 24), p. 181 e ss., e PASTOR MUÑOZ (n. 11), p. 99 e ss.

⁴³ Assim, STEFANO DELSIGNORE, “Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore”, in: AA.VV., *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova: CEDAM, 2008, p. 39 e s., se bem que no contexto das condutas de difusão, em sentido lato, de material pedopornográfico. Para a detenção, v. BIANCHI (n. 24), pp. 124-129.

⁴⁴ É claro, sabemos-lo, que no direito italiano, estes crimes, entre nós incluídos nos que se agrupam como dirigidos à tutela da autodeterminação sexual, figuram entre os que protegem a liberdade individual e concretamente a *personalidade* individual [sobre o sentido dessa inserção e uma comparação com a solução alemã — idêntica à nossa — e austríaca, v. HELFER (n. 16), pp. 55-61], e esse contexto sistemático é certamente mais propício a con-

Quanto às diversas condutas que *impliquem a difusão* (artigo 176.º/1/c)) de imagens pornográficas em que são retratados menores *ou que a visem* (artigo 176.º/1/d)), a apontada lesividade potencial não pode suscitar dúvida alguma: impõe-se ao mero senso comum a plausibilidade, quando não probabilidade, de o acesso a tais imagens por parte de um conjunto mais ou menos amplo de pessoas gerar no menor ou para ele consequências negativas as mais diversas, no plano psíquico íntimo, como no dos seus relacionamentos sociais⁴⁵. Já no que diz respeito às condutas que *não impliquem e nem visem* essa difusão, isto é, a simples detenção daqueles materiais (artigo 176.º/4), não será talvez tão óbvia aquela ligação. Dir-se-ia, aqui, que esse potencial lesivo é afastado justamente por não haver ou tendencialmente não haver acesso generalizado de terceiros a tais imagens. Porém, mesmo concedendo em que neste caso aquele perigo de lesão é substancialmente menor, não nos parece poder sem mais dizer-se que fique fora de causa. Na verdade, ainda que não se destine a difusão, a mera existência de tal material na posse de alguém implica já, numa *lógica pós-consumativa*, um aproveitamento, por parte dessa pessoa, da lesão da liberdade ou autodeterminação sexual do menor que foi verificada aquando da produção do material, e em todo o caso, pelo menos esse detentor, com o ter a disponibilidade permanente de visionamento dessa lesão, contribui ele próprio também para a potencial perturbação psicológica e/ou relacional do menor. As similitudes com a estrutura típica do crime de receptação são evidentes⁴⁶, salvaguardadas as distâncias (v. g., a identidade, no crime de receptação, do bem jurídico violado em relação ao crime pressuposto). Depois, já numa *lógica de antecipação da tutela* penal, o crime de detenção pura mais não representa do que um avanço de protecção relativamente ao crime de tendência interna punido pelo artigo 176.º/1/d) (que por sua vez era já avanço relativamente ao de difusão, punido pela alínea c) do citado preceito). Breve, também aquele que meramente detém, ainda sem ter o propósito *actual* da difusão, é sempre *centro autónomo de uma potencial difusão*⁴⁷. Talvez por isso, o legislador tenha entendido punir essa mera detenção (com pena bem menor

duzir àquela formulação. Porém, a inserção sistemática não é decisiva e nem certamente condiciona só por si a identificação do bem jurídico, sendo certo que inserções “anómalas” não são novidade na legislação de país nenhum e, sobre isso, é indiscutível que as expressas conotações sexuais da conduta têm um valor simbólico que naturalmente estabelece capilaridades com os (verdadeiros) crimes contra a autodeterminação sexual e assim, em última análise, pode justificar a opção do nosso legislador. Em suma, a diversidade de sistematização não obsta a que perfilhemos aquela doutrina.

⁴⁵ Já no caso *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), no qual o Supremo Tribunal Federal dos E.U.A. julgou conforme o 1.º Aditamento uma lei novaiorquina que punia a distribuição de material pedopornográfico real, se disse (p. 759) que aquele constitui “um registo permanente da participação das crianças [em actividade sexual]” e que “o dano para a criança é exacerbado pela sua circulação”.

⁴⁶ V. BAKER (n. 35), p. 387 e s., e ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *Código Penal*, Madrid: Tecnos, 2000, 5.ª ed., p. 19.

⁴⁷ Ainda que em sentido dubitativo, v. DELSIGNORE (n. 5), p. 103, citando Cadoppi.

do que a prevista para a detenção com o propósito de difusão), quando do mesmo passo — de modo muito discutível, é certo — deixou fora da alçada do direito penal condutas eventualmente mais impressivas como a de visionar material ou até espectáculo pornográfico com menores. É bem possível, de resto, que seja justamente este *plus* de potencial danosidade o fundamento afinal da incriminação da detenção pura⁴⁸. Por outro lado, esgrimir contra a punição da mera detenção o argumento da distinção entre esta (punível) e o visionamento (não punido) de material pedopornográfico, parece inconsequente. Não só a detenção se refere sempre a objectos 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 visionamento⁴⁹.

5. Não obstante tudo o que ficou dito, dificilmente se poderia fundamentar a incriminação da detenção de material pedopornográfico com exclusivo apelo a um bem jurídico individual. Como quer que o identifiquemos, este seria sempre do lato âmbito da liberdade pessoal do menor, no seu exercício ou nas suas condições de desenvolvimento. Porém, no caso de menores com mais de 16 anos (e até de 14 na medida da disponibilidade sexual que

⁴⁸ Vamos aqui em sentido contrário ao de ALFAIATE (n. 33), pp. 119 e 120. Aliás, nem sequer é absolutamente líquido que o mero visionamento de material pedopornográfico seja de todo isento de pena, sendo que a punição da tentativa abre caminho a que quem apenas visiona, ao menos quando o faça com intenção de adquirir (intenção a aferir com base, entre outros, em critérios tais como frequência e duração dos acessos), preencha o tipo naquela forma (artigo 176.º/5 do CP). Pensamos, concretamente, em quem faça buscas na internet (meio privilegiado da difusão destes materiais) com o fito de descarregar ficheiros e, nessas operações, mesmo sem chegar a memorizá-los os desfruta. Sobre isto e em sentido afirmativo, já se pronunciou o *Landsgericht* de Estugarda em 27-2-2002, citado por Esquinas Valverde, autora que desenvolve a questão, de transcendência prática, do momento da consumação e da tentativa, distinguindo na análise as várias correntes, entre a dominante, segundo a qual, neste âmbito, a detenção se consuma somente com o armazenamento da informação no disco duro do computador ou em outro suporte ou meio permanente de conservação dos dados (disquete, etc.) e as que se bastam com o trânsito dela para a antememória ou reserva “cache” do computador e até para a simples memória de trabalho (isto é, a mera descarga para o monitor). V. ESQUINAS VALVERDE (n. 24), pp. 207-218. Quanto a nós, e a propósito da tentativa, estamos em crer que o legislador ou foi demasiado longe ou foi descuidado. Naturalmente não temos nisto em vista a incriminação da tentativa em si mesma, mas sim do facto de nela se não distinguir entre as várias modalidades de acção típica. Com efeito, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, de 22-12-2003, já citada, aponta para a punição da tentativa, mas não no que se refere à simples detenção (artigo 4.º/2). A mais das dificuldades de conceber o que seja “tentar deter”, nos termos sobreditos, tal incriminação, expressiva de um preventivismo desmesurado, implica um gravíssimo potencial de devastadoras intrusões na esfera individual de uma multitude de usuários da internet, para além de sensível perigo de perversão das regras processuais em matéria probatória e de investigação, decorrentes da “necessidade” de investigação de algo tão difuso. Nesta temática, sempre ligando-a a um Direito penal de suspeita, v. COCCO (n. 32), *passim*, e, com exemplos perturbantes, MALAIKA BIANCHI, “Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese”, *L'Indice Penale*, Nuova Serie, 6 (2005), 1, p. 308 e s.

⁴⁹ De novo contra ALFAIATE (n. 33), p. 120.

já têm) a incriminação vem a redundar em limitação (!) da respectiva liberdade⁵⁰, uma vez que até à introdução dela poderiam livremente dar expressão à sua sexualidade, se assim o quisessem, com produzirem, deterem e até cederem material pornográfico em que participassem. Havia uma congruência entre a idade necessária para a auto-disponibilidade sexual e aquela abaixo da qual a participação em produção pornográfica tornava criminosa a detenção respectiva. Concretamente, só era punível a detenção de materiais pornográficos nos quais interviessem menores de 14 anos; de modo que por exemplo dois adolescentes de 17 anos que entendessem filmar os seus próprios actos sexuais e guardar os respectivos suportes eram inteiramente livres de fazê-lo; actualmente, só com engenho hermenêutico se pode evitar que incorram com isso em sanção penal, apesar de sexualmente livres (?), sendo no mínimo abusivo sustentar que a norma que a este estado de coisas conduz é destinada a tutelar (apenas) um bem jurídico individual.

Assim, boa parte da doutrina toma como bem jurídico a protecção da *infância* e da *juventude*, a que o Estado está constitucionalmente vinculado (artigos 69.º e 70.º da CR)⁵¹. Afigura-se-nos, porém, que melhor se diria tratar-se aqui do recurso à *dignidade humana*⁵² entendida de modo supra-individual, em dimensão objectiva, *i. e.*, referida à humanidade em conjunto ou a uma categoria de pessoas (*in casu*, aos infantes e jovens menores) e não a qualquer concreta pessoa (menor)⁵³. Bem jurídico protegido seria, assim, a “dignidade humana’ dos menores, na esfera sexual, merecedores ‘no seu conjunto’ de reconhecimento e respeito face à circulação de imagens e estímulos que os exponham a relações de mercantilização e aproveitamento”⁵⁴.

Ora, aqui, o problema está em que fazer da dignidade humana bem jurídico-penal tutelado numa concreta incriminação é algo que dificilmente con-

⁵⁰ Para o direito italiano, v. DELSIGNORE (n. 43), p. 45.

⁵¹ Assim, ALFAIATE (n. 33), pp. 97-100 e 111, em termos particularmente elucidativos. Apesar de não o concretizar, já FIGUEIREDO DIAS, *in: Comentário Conimbricense do Código Penal — Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 548, § 19, então a propósito da exibição e cedência de suportes de material pedopornográfico, sublinhava que com essa criminalização se tutelava “um bem jurídico (supra-individual) diverso do da liberdade e autodeterminação sexual *de uma pessoa (de uma criança)*” (itálico no original). Na sua esteira, v. VERA LÚCIA RAPOSO, “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, *in: AA.VV. Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 952. Também MARIA JOÃO ANTUNES, “Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 81 (2005), p. 57 e ss., em face das Propostas que estiveram na base da Revisão de 2007 do CP, referiu ser supra-individual o bem jurídico protegido.

⁵² Idêntica subsunção fazem JOAQUIM GOMES CANOTILHO / JÓNATAS MACHADO, “Reality Shows” e *Liberdade de Programação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 58 e s.

⁵³ Referindo-se à dignidade humana no sentido referido no texto, e em tom crítico, como bem jurídico *formal* e *supra-individual*, v. DELSIGNORE (n. 43), p. 53.

⁵⁴ BIANCHI (n. 24), p. 136. Note-se que não obstante a declarada conclusão pela infância e juventude como bem jurídico tutelado, ALFAIATE (n. 33), p. 102 e 115, no plano argumentativo acaba por densificar esse bem com referências às indesejadas *coisificação* do menor e sua *redução a objecto* sexual, assimilando assim, nesse plano pelo menos, o bem jurídico à dignidade dos menores.

vence. O emprego de um valor jurídico nada menos do que supremo no ordenamento e por conseguinte abstracto, rarefeito e demasiado indeterminado, não se coaduna com as exigências de precisão próprias do direito penal⁵⁵. Bem ao contrário, o recurso à dignidade humana presta-se a contornar a dificuldade de definir um bem jurídico suficientemente materializado⁵⁶ e, não raro, constituirá mero instrumento retórico e *ersatz* de bem jurídico que mascara uma intenção moralizante. O apelo ao valor da dignidade humana em dimensão objectiva e abstracta é susceptível de lhe perverter o sentido protector / emancipatório e conduzir, pela facilidade de uso em qualquer circunstância e potencial de expansão, a verdadeiros mecanismos paternalistas, quando não à abertura de entradas ao moralismo no direito penal. Abundam exemplos⁵⁷. Na matéria que nos ocupa é especialmente perturbante o urdido na doutrina italiana e em tudo transponível para o nosso ordenamento: “Tício, de dezassete anos, a pedido de Caia, a sua namorada de dezassete, tira desta uma fotografia em pose pornográfica. Dá a foto e o negativo (ou o suporte informático digital) a Caia, que deles assume a detenção «exclusiva». *Quid iuris* se a polícia viesse a encontrar a foto detida por Caia? Será ela própria punível?”⁵⁸ E, acrescentamos, se Caia oferecesse as fotografias a Tício para delas desfrutar? Deveria ele ser punido por detê-las? E ainda, o de o mesmo Tício, por ser menor, poder livremente recorrer aos serviços de Caia, prostituta com 17 anos, mas ser punido com prisão por dela ter fotografia pornográfica?⁵⁹

As perplexidades que destas hipóteses nascem relevam, já se intui, da natureza dúplice do conceito de dignidade humana: uma dimensão *objectiva e substancial*, na qual a liberdade do portador surge como seu atributo, podendo assim ser limitada no confronto consigo próprio; ou uma dimensão *subjectiva e processual*, em que é ela própria atributo da liberdade e portanto, podendo ser invocada contra violações da parte de terceiros, não pode

⁵⁵ Noutro contexto, v. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão — Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.361.

⁵⁶ Em geral, sobre o fenómeno da *desmaterialização e espiritualização* no contexto que tratamos, DELSIGNORE (43), p. 53 e s.

⁵⁷ Um dos porventura mais expressivos, ainda que fora do âmbito penal, é o que se colhe em DELSIGNORE (n. 43), p. 50 e ss. (com remissão para doutrina vária), de Manuel Wackenheim, indivíduo afectado de nanismo que perante sucessivas instâncias conseguiu evitar que as autoridades gaulesas o proibissem de ganhar a vida participando numa actividade de bares e discotecas, de origem australiana, chamada “lançamento de anões”; todavia, e apesar, da absoluta segurança em que levava essa actividade a cabo, do seu óbvio acordo nela e da realização pessoal, profissional e económica que a mesma lhe trazia, viu-se a final dela impedido, pelo Conseil d’Etat e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sob argumento... de que a dignidade humana é um valor absoluto que integra a ordem pública e se impõe ao próprio titular.

⁵⁸ Exemplo de ALBERTO CADOPPI, “Commento Art. 600 — *quater* C.P.” in: AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano: CEDAM, 2006, p. 240.

⁵⁹ Exemplo igualmente colhido em CADOPPI (n. 58), p. 236-7, e inteiramente válido no nosso direito atento o teor dos artigos 174.º/1 e 176.º/1/b)/4, do CP. Já se vê que se suscitam aqui problemas de compatibilização com o princípio da igualdade (artigo 13.º da CR).

ser oposta ao próprio titular, circunscrevendo-lha⁶⁰. É larga a discussão doutrinal sobre o valor e sentido de cada uma dessas dimensões e em especial das condições e efeitos da prevalência de uma sobre a outra. Estamos em crer que as tensões a esse respeito nunca poderão resolver-se satisfatoriamente com incondicionada prevalência de qualquer das dimensões referidas. Porém, numa mundividência liberal que perfilhamos, que é própria de uma sociedade democrática pluralista e, enfim, que a Constituição da República sanciona, afiguram-se bem maiores os perigos de uma visão extremadamente objectivista e, por isso, geradora de hetero-determinações, de perversões da lógica dos direitos fundamentais, de absolutismos valorativos e, até, de danos sociais mais insidiosos⁶¹, do que os de uma exasperação subjectivista. Entre um caminho e outro pensamos que o ponto de equilíbrio estará em, no confronto entre as duas dimensões, entre, por assim dizer, um “direito da humanidade” e um “direito do homem”, fazer com que este prevaleça sempre que no exercício da vontade do titular se afirmar, nele mesmo, a realização da sua personalidade. O que exclui essa prevalência, nomeadamente, quando da dita auto-determinação pudesse resultar uma negação ou renúncia à humanidade, como serão os casos de lesões graves e irreversíveis de bens físicos ou psicológicos inerentes à pessoa humana⁶².

⁶⁰ Sobre este tema v. ALBERTO CADOPPI, “Liberalismo, paternalismo e diritto penale”, in: AA.VV., *Sulla legittimazione del Diritto Penale — Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino: Giappichelli Editore, 2008, p. 104 e ss., DELSIGNORE (n. 43), p. 44 e ss., BIANCHI (n. 24), 136 e ss. e muito em especial, com detalhe e abundantes citações doutrinárias jurisprudenciais, GIORGIO RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in: http://privato.lex.uniba.it/docenti/resta/doc/note_a_margine.pdf, com acesso em 10.11.2009. Na doutrina portuguesa, especificamente sobre o tema do princípio da dignidade humana como princípio de valor e dos direitos fundamentais como categoria jurídica, nas suas dimensões objectiva (valorativa e estrutural) e subjectiva, e as tensões decorrentes dessa duplicidade dimensional, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 39-41 e 143-186.

⁶¹ Um exemplo curioso é o que oferece RESTA (n. 60), p. 32, n. 97, a propósito de na sequência do encerramento de estabelecimentos de *Peep-Show* subsequente a decisão do Supremo Tribunal Administrativo alemão, que justamente considerava contender com a dignidade humana a actividade das *strippers*, muitas destas últimas, perdendo a ocupação a que se dedicavam, terem optado por prostituir-se... Entre nós, com referência a este caso V. CANOTILHO / MACHADO (n. 52), p. 72.

⁶² Afigura-se-nos ser uma posição como a do texto a assumida por autores como MACHADO (n. 55), p. 357 e ss., que inclusivamente fala de uma “presunção constitucional em favor da autonomia individual subjacente a todo o catálogo dos direitos liberdades e garantias”, bem como da necessidade de acompanhar de um rigoroso controlo material e procedimental a objectivação de um valor como o da dignidade da pessoa humana, o qual, “situado no centro das mais acessas disputas mundividenciais em torno de *concepções do bem* (...) pode facilmente assumir a natureza de uma imposição coerciva unilateral de uma dessas concepções a todos os cidadãos, acompanhada da sua subtracção a qualquer discussão” (p. 362)[a este propósito, da retórica da dignidade humana em sentido objectivo, já se disse redundar num *knock down argument*, isto é, um “conversation stopper, setting an issue and tolerating no further discussion”, v. RESTA (n. 60), p. 34, n. 105, e entre nós, AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*, Coimbra: Coimbra, 2008, p. 87; IDEM, “Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror”, in: *Estudos em Homena-*

Voltando à questão que concretamente nos ocupa, é natural que não suscite perplexidades uma noção objectiva de dignidade humana como referente da incriminação quando se tenha em vista menores que, pela sua pouca idade, sejam insusceptíveis de atritos entre a respectiva vontade e os condicionamentos de acção que resultam daquela incriminação: ou não é expectável que voluntariamente participem em qualquer fase do ciclo da pornografia ou, caso o façam, precisamente essa vontade não poderia considerar-se relevante. Porém, a lei não distingue e na abrangência típica podem ser envolvidos também menores aos quais se reconhece já, em grau maior ou menor, autonomia de vontade no plano sexual, como é o caso a partir dos 14 anos e certamente a partir dos 16⁶³. Nestas últimas hipóteses, pelo menos, centrar a análise no bem jurídico meio (dignidade humana numa dimensão supra-individual), leva a que ao invés de ele ser instrumento de protecção ou potenciação do bem jurídico fim (o livre desenvolvimento da personalidade no plano sexual) acabe por obstaculizá-lo. Os maiores de 16 anos podem bem, em condições de liberdade, pretender participar na produção de material pornográfico e até que ele circule num âmbito mais ou menos íntimo. E se o fizerem nessas condições de liberdade, torna-se particularmente forçado sustentar que a sua dignidade seja em alguma medida beliscada com a detenção por outrem do material que os represente. A dignidade humana é atingida pela detenção de pornografia infantil na medida em que coisifica os menores representados, degradando-os em mera mercadoria para satisfação de interesses heterónomos. Porém, ser reduzido a *objecto* de satisfação sexual não é necessariamente o mesmo que ser *coisificado*, bem podendo ser um acto voluntário e assim um normal exercício da liberdade⁶⁴. Breve, é em nome da exclusão de punição de situações desta ordem, bem ilustradas nos exemplos acima citados, que julgamos poder afirmar que o âmbito da incriminação não pode correctamente determinar-se caso se afastem os critérios gerais da dogmática do *acordo* em Direito penal. Por outras palavras, nem por a lei abranger na sua literalidade também a detenção de material que represente quaisquer menores até aos 18 anos de idade, pode deixar de considerar-se que ali onde estes, pelo menos acima dos 16 anos, se tenham voluntariamente

gem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 225]; CANOTILHO / MACHADO (n. 52), p. 44 e ss. e 67 e ss., e PAULO MOTA PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada” in: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 547 e s.

⁶³ Estes patamares etários não são arbitrários. Expressam-se a vários títulos na lei penal justamente porque há um consenso mais ou menos estável, do ponto de vista científico, de que correspondem a diversas etapas da maturação de cada um, também no plano da sexualidade. A não ser assim, de resto, colocar-se-iam relativamente às normas penais que incidem sobre a matéria graves problemas de proporcionalidade, justamente por brigarem com a liberdade de realização pessoal de cada um.

⁶⁴ A este respeito, V. o elucidativo estudo de AUGUSTO SILVA DIAS, “Reconhecimento e Coisificação nas sociedades Contemporâneas — Uma Reflexão sobre os Limites da Intervenção Penal do Estado”, in: *Liber Amicorum de José Sousa e Brito*, Almedina: Coimbra, 2009, esp. p. 120 e ss.

feito representar e aceitem a circulação desse material, num círculo mais ou menos íntimo, repete-se, o que está em causa é a sua *liberdade geral de acção* e, em termos penais, um *acordo que exclui a tipicidade*, resultando na necessária impunidade do detentor⁶⁵. O contrário seria aceitar que pela sua excessiva abrangência a norma desse guarida a representações colectivas de base moralista e/ou paternalista como fundamento da punição⁶⁶.

III

Até agora vimos tratando a questão da detenção de material pedopornográfico real, isto é, aquele que retrata menores “de carne e osso” envolvidos em pornografia⁶⁷. É tempo de abordar especificamente a chamada pseudopedopornografia, categoria que, na taxonomia preferível, abrange por um lado a pedopornografia *aparente* e por outro a pedopornografia *virtual*, esta última, por seu lado, susceptível ainda de subcategorizações. Em qualquer dos casos estamos perante material pornográfico que não envolve ou não envolve de modo directo menores com existência real. Na primeira espécie, tratar-se-á de produção pornográfica com participação de adultos que pelos seus traços físicos ou caracterização aparentem ser menores; na segunda, de produções pornográficas em que os supostos menores participantes ou são uma pura criação de tecnologia gráfica (designadamente informática — imagens de geração computacional) ou o são pelo menos em parte (neste caso resultam de montagens que juntam imagens ou parte de imagens de menores — por exemplo colhidas de fotos de publicidade ou outros suportes — com criações de técnica gráfica; o chamado *morphing*⁶⁸)⁶⁹.

1. Uma questão que desde logo poderia suscitar dúvida é a da abrangência do texto actual do artigo 176.º/3. A norma refere-se a material porno-

⁶⁵ Julgamos ser essa a solução de SILVA DIAS (n. 64), em particular p. 126, n. 40, e 131, autor que defende que todo o consentimento exclui a tipicidade, e é certamente a posição de ALFAITE (n. 33), esp. p. 125 e ss. Sobre a figura do acordo, V. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, e IDEM, “O consentimento do ofendido no novo Código Penal”, in: AA.VV., *Para um nova Justiça Penal*, Almedina: Coimbra, 1996, p. 93 e ss., esp. p. 100 e ss.

⁶⁶ Ainda aqui, SILVA DIAS (n. 64), em especial pp. 123, 124 e 131.

⁶⁷ Não entraremos na espinhosa questão definir o que seja pornografia para o efeito da nossa lei penal e em especial se devemos nesse âmbito pura e simplesmente importar a definição da Decisão-Quadro 2004/68/JAI e qual o grau de vinculatividade daquele acto. Sobre o tema remete-se para HELFER (n. 16), pp. 10-15.

⁶⁸ Sobre o conceito, v. *Ashcroft vs. Free Speech Coalition* 535 U.S. (2002) p. 242.

⁶⁹ Sobre estas distinções, v. BIANCHI (n. 27), p. 244, e IDEM (n. 24), pp. 115-116. Todas estas são categorias abrangidas pela Decisão-Quadro 2004/68/JAI no artigo 1.º/b)/iii/iii e pela *Convenção sobre o Cibercrime* adoptada em Budapeste em 23-11-2001 aprovada pela Assembleia da República pela Resolução n.º 88/2009, de 15-9 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2009, de 15-9.

gráfico com “representação realista de menor” o que em primeira análise se afiguraria um tanto dúbio, pois reproduz a expressão (“realistas”) que tanto a Convenção sobre o Cibercrime como a Decisão-quadro 2004/68/JAI reservam à pedopornografia virtual, donde se concluiria porventura que o legislador deixou a aparente fora do âmbito da incriminação. Parece-nos claro, porém, que a norma visa ambas as categorias⁷⁰. Por um lado, o valor facial da palavra *realista* não é mais traído por uma representação de adultos do que por uma trucagem gráfica. Por outro, e em definitivo, reparar-se-á que consentindo a aludida Convenção que qualquer das duas modalidades (pedopornografia aparente e virtual) ficasse fora de incriminação mediante reserva (artigo 9.º/4), Portugal não a formulou — e se a incriminação não transitou para a lei de adaptação da dita Convenção, a Lei do Cibercrime (L 109/2009, de 15-9), foi por desnecessidade, visto que a Reforma do Código Penal ocorrida em 2007, com a actual redacção do artigo 176.º/3, precisamente, a ambas as modalidades abrangia.

2. Postas estas considerações, estamos enfim em condições de formular conclusões sobre o acerto e valor da incriminação da detenção de material pseudopornográfico infantil — as quais em larga medida decorrem com alguma linearidade da posição que assumimos quanto ao bem jurídico protegido com o tipo de detenção de material pedopornográfico.

Vimos, àquele propósito, que nem a ultrapassagem de contingências probatórias, nem o potencial de estímulo à lesão de menores, nem o emprego eventual para sedução deles e nem a destruição do mercado podem constituir fundamento material suficiente e directo da incriminação. Todos estes aspectos podem quando muito — e alguns deles certamente — constituir motivações utilitaristas da punição, as quais, válidas embora, não prescindem de uma base axiológica com densidade própria bastante. Aliás, transpondo algumas delas para o âmbito da pseudopornografia infantil, a incriminação nem mesmo pode dizer-se eficaz para servi-las, porventura sendo-lhes até contraproducente. Pense-se, por exemplo, no argumento de que o objectivo de destruição do mercado exige a penalização da pseudopornografia infantil, esgrimido por quem o concebe como uno (desde logo por não estarem os detentores em condições de distinguir entre pedopornografia real e pseudopornografia infantil) e assim alimentado também por quem apenas detém ou é potencial adquirente de pseudopornografia infantil⁷¹. Todavia, este parece-nos um vício de raciocínio frequente em quem se centra no fim do circuito da

⁷⁰ Assim, também, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: UCP, 2008, p. 488, n. 12.

⁷¹ Esta é a posição de Eckstein, *apud* PASTOR MUÑOZ (n. 11), p. 94, e era a da administração estadunidense no caso *Ashcroft vs. Free Speech Coalition* 535 U.S. (2002) 234, esp. p. 254 — e foi expressamente uma das motivações do governo de Itália no projecto de lei em cuja sequência foi alterado o Código Penal daquele país de modo a punir a detenção de pedopornografia virtual — cf. COCCO (n. 32), p. 873.

pedopornografia, isto é, no ataque ao mercado através da perseguição dos detentores. Pois bem, na medida em que se possam conceber imagens pseudopornográficas de tão sugestiva qualidade que verdadeiramente se confundam com a realidade (o que ainda é duvidoso⁷²), então mais caberia, para quem se centre no que realmente importa — impedir a *produção* de pornografia com utilização de verdadeiros menores —, não castigar a pseudopornografia infantil: facilmente se alcança que nessas condições poucos arriscariam lesar verdadeiros menores e sujeitar-se às correspondentes penas quando por meios não puníveis (e não danosos) alcançariam os mesmos fins lucrativos⁷³. Além disto, no sentido de se tornar contraproducente a incriminação da pseudopornografia infantil, milita ainda o potencial catártico respectivo e já acima referido, que é no fim de contas, para os detentores, um argumento paralelo ao que acabamos de expor e que releva especialmente para os produtores.

Enfim, não é pouco relevante argumentar também com um certo desperdício de meios escassos (policiais e judiciários) que se surpreende numa lei penal que impõe o empenho deles na repressão e perseguição de pornografia puramente “virtual”, distraíndo-os da luta contra os abusos sobre verdadeiros menores⁷⁴.

3. Retomando o fio do discurso, e vendo que aquelas hipóteses de fundamentação material do tipo que se revelaram inadequadas em matéria de pedopornografia real o terão de ser igualmente, ou até com mais força, como acabamos de demonstrar, relativamente à pseudopornografia infantil, cabe questionar se o fundamento que ali afinal encontrámos pode aqui ter utilidade. A resposta terá de ser rotundamente negativa no caso da pedopornografia totalmente virtual e no da aparente. Num e noutro caso, é bem de ver, não existe qualquer menor cujas condições de desenvolvimento da personalidade possam ser afectadas, seja no plano social ou relacional, seja na dimensão interior, psico-física ou moral.

Como já vimos, não procede o apelo à protecção da dignidade humana dos menores enquanto categoria. Ou melhor, concedendo em que nessa

⁷² Os vertiginosos progressos das artes cinematográficas, impulsionados pelo emprego de meios computacionais poderosíssimos, com surpreendentes exemplos recentes (o filme *Avatar*, de James Cameron), levam a crer que se a possibilidade não existe ainda, então está muito próxima. Contudo, não parece que a tecnologia envolvida esteja já vulgarizada, não sendo plausível que nos tempos mais próximos esteja ao alcance de quem se dedique a produções criminosas. Isso mesmo é assumido, por exemplo, pelos juízes Thomas e Rehnquist, respectivamente, nos seus votos conforme e de vencido, em *Ashcroft vs. Free Speech Coalition*, 535 U.S. (2002) p. 259 e 267. E, diz DELSIGNORE (n. 43), p. 43, que a experiência judiciária italiana evidenciou que os problemas probatórios de indistinguibilidade entre pedopornografia real e virtual permaneceram confinados ao campo da pura teoria (“questões puramente virtuais”).

⁷³ Esta a posição do *Supreme Court* ainda em *Ashcroft vs. Free Speech Coalition*, 535 U.S. (2002), p. 254, se bem que aí se cure, apenas, da pedopornografia virtual.

⁷⁴ Sobre isto, FRANCESCA ARANCIO, “I reati do Pedo-pornografia virtuale e apparente: prospettive de *iure condendo* in Italia e cenni di diritto comparato”, p.16, n. 38, <http://www.giustiziaminorile.it/public/news/2006/Catania.doc>, com acesso em 18-2-2010.

dimensão prevalentemente objectiva que aparentemente terá orientado o legislador, a dignidade humana se mostre susceptível de configurar um bem jurídico supra-individual, o seu eventual valor como fundamento da incriminação não prescinde — enquanto quisermos efectivamente referir o Direito Penal a bens jurídicos minimamente materializados — de uma ligação mais ou menos próxima à tutela de concretos menores. Ora, a ter sido com efeito aquela a orientação do legislador, então temos de concluir que, na sequência do que já antes considerámos, erigindo a bem jurídico-penal a dignidade humana do conjunto dos menores, de *per se*, mais não fez do que mascarar uma intenção moralizante. Na verdade, pedra de toque das normas moralistas é o não remeterem para uma relação autor-vítima; desligarem-se da lesão de uma pessoa para protegerem valores em si mesmos⁷⁵. É o que sucede com o crime sem vítima prefigurado no artigo 176.º/3, matéria em que, dir-se-ia, o legislador alinhou na lógica pan-penalista da “tolerância zero” no combate à pedofilia, para não dizer que pura e simplesmente cedeu ao clima de pânico moral que neste tema se vem instalando na sociedade ao longo dos últimos anos⁷⁶.

Assim, criando um Direito Penal contra o vício e promotor da virtude⁷⁷, traz na verdade dano significativo a princípios nucleares de um Direito Penal liberal⁷⁸. Desde logo, ao da proporcionalidade, ínsito no artigo 18.º/2 da CR. A cominação de uma pena privativa da liberdade requer, como contraponto, a ofensa de um bem jurídico (isto é, uma restrição da liberdade de outros) em medida que possa equivaler à gravidade daquela privação. Sem esse termo de comparação a imposição da pena é sempre desproporcionada⁷⁹. O mesmo se dirá do potencial de conflito com a privacidade, com a liberdade de expressão, de pensamento e, em termos latos, de desenvolvimento da personalidade, direitos que obviamente também têm guarida constitucional (artigos 37.º

⁷⁵ SEHER (n. 5).

⁷⁶ Neste tom crítico acompanhamos amplo sector da doutrina, com destaque para CADOPPI, “Commento Pre-Art. 600-Bis”, in: AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano: CEDAM, 2006, p. 71 e s. (em termos especialmente virulentos); BIANCHI (n. 48), esp. p. 289 e ss. (que se refere à perseguição de uma “ideia fantástica”, p. 294), e IDEM (n. 24), p. 149-150; DELSIGNORE (n. 43), pp. 41-43, e IDEM (n. 5), pp. 89-93; COCCO (n. 32), esp. p. 875 e ss.

⁷⁷ Terá o legislador colhido o vetusto ensinamento de Sir JAMES FITZJAMES STEPHEN, famoso juiz moralista do século XIX, em *Liberty, Equality, Fraternity* (1873-1874), Indianapolis: Liberty Fund, 1993, p. 98 (“criminal law in this country actually is applied to the suppression of vice and so to the promotion of virtue (...); and this I say is right”)? Para um crítica a um modelo penal construído sobre a Teoria das Virtudes de Aristóteles, v. R. A. DUFF, “Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?”, *Buffalo Criminal Law Review*, 6 (2003), 1, p. 147 e ss.

⁷⁸ Uma hipótese alternativa é a que critica BIANCHI (n. 24), p. 134 e s., de o valor protegido ser o próprio *sentimento* de repugnância e reprovação da comunidade. Também aqui não se pode deixar de estar ao lado da Autora quando descarta esta hipótese, como incongruente com o Direito de um estado laico, liberal e democrático. Sobre os limites da tutela penal dos sentimentos, v. ROXIN (n. 2), p. 450, e, entre nós, SILVA DIAS (n. 62), p. 84 e s.

⁷⁹ SILVA DIAS (n. 62), p. 108 e s., e IDEM (n. 64), p. 125, n. 37.

e 26.º/1 da CR). É fora de dúvida que a detenção de tais materiais⁸⁰ está intimamente correlacionada com o exercício daqueles direitos: escolher como objecto de consumo material pseudopornográfico infantil é, ainda, por repugnante que se mostre à luz das representações sociais amplamente dominantes, uma decisão pessoal que releva de escolhas íntimas⁸¹. Nem se enverede, aqui, pela desconsideração do valor de tais obras. Numa formulação já clássica, a propósito da liberdade de pensamento, esta “não é a dos que concordam connosco mas a liberdade para o pensamento que odiamos”⁸². Já em 1969, à pergunta do Estado da Geórgia, no sentido de “se o Estado pode proteger o corpo de um cidadão, não pode proteger a sua mente?”, respondeu o Supremo Tribunal Federal dos E.U.A. que “se o Primeiro Aditamento significa algo, é que um Estado não tem que dizer a um homem, sentado só na sua própria casa, que livros pode ler ou que filmes pode ver”⁸³. Regressando, sob este específico prisma, a algo que já sustentámos, a ilicitude da expressão há-de resultar da própria conduta que o material detido incorpora; o facto de este retratar menores em acto sexual não é um aspecto secundário do crime, porventura permutável com meras representações gráficas ou de adultos; pelo contrário, constitui o “núcleo moral e criminal da questão”; se falta o ‘status real’ de menor, fica prejudicada a ilicitude da conduta e, por consequência, da expressão”⁸⁴.

4. Porém, e como vimos, na categoria da pornografia virtual cabe, também, aquela que usa imagens ou partes de imagens de menores reais, nestas hipóteses bem podendo suceder que por elas algum concreto menor seja reconhecível (não necessariamente reconhecido)⁸⁵. Em tais casos, tendo em conta aquilo que vimos dever ser o essencial fundamento da incriminação de detenção de material pedopornográfico, já as observações que vimos fazendo têm de ser inflectidas. Com efeito, uma interpretação do tipo que parta, como deve, do bem jurídico protegido, topa, aqui também, com um potencial lesante das condições de desenvolvimento do menor reconhe-

⁸⁰ “Materiais expressivos”, como os denomina a jurisprudência estadunidense e canadiana.

⁸¹ ESQUINAS VALVERDE (n. 24), p. 233, se bem que estendendo o argumento à detenção de material pedopornográfico real, e BIANCHI (n. 48), p. 291.

⁸² OLIVER W. HOLMES, voto vencido em *United States v. Schwimmer*, 279 U. S. 644 (1929), p. 654 e s.

⁸³ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), estando em causa, então e apenas, a detenção de “material obsceno”.

⁸⁴ BIANCHI (n. 48), p. 295, citando *United States v. Gendron*, 18 F. 3d 955, 959 (1st Circuit 1994).

⁸⁵ Por exemplo, o de um sinal característico ou de uma tatuagem, já nem falando do rosto — devendo notar-se, como dito no texto, que há-de relevar não apenas uma formal identificação do menor, mas também a susceptibilidade de reconhecimento na sua micro-comunidade. A este propósito v. BIANCHI (n. 24), p. 128 e s.; IDEM (n. 27), pp. 279 a 281 e 308. Claro que se não se tratar de mero emprego de imagens de menor, mas antes de emprego do próprio menor, ainda que não identificável, então tratar-se-á em todo o caso de pedopornografia real.

cido/reconhecível, nos planos psicológico e relacional. Ao menos nesta medida, restrita, reconhecendo alguma ofensividade à conduta, justifica-se a incriminação⁸⁶.

IV

É já tempo de formular uma conclusão e esta é a da impossibilidade de recortar um bem jurídico suficientemente denso e merecedor de tutela penal cuja lesão confira ilicitude material ao tipo de detenção de pseudopornografia infantil, ao menos nos casos de pedopornografia puramente virtual e de pedopornografia aparente. Os sentidos “úteis” que a incriminação com efeito assume estão na resolução / prevenção de problemas processuais, designadamente probatórios, em matéria de crimes de pedopornografia real e/ou na promoção das posturas morais prevalecentes, numa lógica pan-penalista de combate à pedofilia. Que o regime urdido é, nesta esteira, de pendor perfeccionista revela-o, quanto a nós claramente, a extravagante desproporção de penas previstas para a pura detenção de material pedopornográfico *real* (artigo 176.º/4 — prisão até 1 ano) e para a detenção com intenção de distribuição de material simplesmente *pseudopedopornográfico*, cuja elaboração a ninguém lesou (artigo 176.º/3 — prisão até 2 anos). O legislador parece preocupar-se mais com a difusão de imagens repugnantes mas em todo caso falsas, do que com o aproveitamento de imagens resultantes da efectiva lesão de bens jurídicos palpáveis.

A esta luz, mais do que a oportunidade e acerto político-criminais da incriminação, é a própria compatibilidade dela com a ordem constitucional que deve ser equacionada — e não apenas, como vimos, face ao princípio da proporcionalidade.

E não se contraponha — em jeito exculpatório e como hoje é comum — atitude fatalista relativamente às decorrências do direito internacional, em particular o da União Europeia. Sem sequer ensaiar aqui dilucidar as complexas questões da relação entre direito internacional e constitucional, impõe-se ainda assim dizer, quanto àquelas últimas, que a sua vigência na ordem interna é condicionada ao “respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático” (artigo 8.º/4 da CR), entre os quais pontifica precisamente o da proporcionalidade. Além disto, fluindo mais proximamente o novo tipo crimi-

⁸⁶ Fazemos nossa a posição de BIANCHI, como na nota anterior. Já em 2003, PEDRO CAEIRO, “A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma Reforma legislativa”, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1123-1128, esp. 1127, referindo-se ao comércio de material pedopornográfico e distinguindo as hipóteses de menores reconhecíveis ou não, aponta no primeiro caso um bem jurídico individual (autodeterminação sexual) e, no segundo, a ofensa a uma “certa moralidade sexual”.

nal tanto da Decisão-quadro 2004/68/JAI, quanto da Convenção sobre o Ciber-crime, é preciso notar que em ambos os textos se consagram, com mais ou menos flexibilidade, mecanismos que teriam permitido ao Estado português evitar a criação de um tipo permeável a tantas e tão graves objecções⁸⁷. Infelizmente, porventura animado do “complexo do bom aluno” e de fervor anti-pedófilo, não foi esta a opção do Estado português.

⁸⁷ Referimo-nos, por exemplo, ao disposto nas alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 3.º da Decisão-quadro, que prevêem os comportamentos associados à pornografia infantil que os Estados-Membros podem isentar de responsabilidade criminal (independentemente da insuficiência, quanto a nós, dessas excepções e de algumas delas — como a prevista na citada alínea c) — gerarem, elas próprias, problemas de constitucionalidade). E, de modo mais radical, ao artigo 9.º/2/b)/c)/4 da Convenção do Cibercrime, que pura e simplesmente consentia, mediante reserva, o direito do Estado a não incluir na noção de pornografia infantil, para efeitos penais, a pseudopornografia.