



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Dr. Fernando Negrão
Email: 1CACDLG@ar.parlamento.pt

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Ofício n.º	Data:
Email	06-07-2022	2022/GAVPM/2619	2022/OFC/04131	02-09-2022

ASSUNTO: **Projeto de Lei 208/XV/1.ª (BE)**

No seguimento do email identificado em epigrafe, remete-se a V. Exa., em conformidade com o solicitado, parecer sobre a iniciativa legislativa supra identificada.

Com os melhores cumprimentos,



**Afonso Henrique
Cabral Ferreira**
Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Afonso
Henrique Cabral Ferreira
739ae32d878c3895e864a62652829095e4b66b7d
Dados: 2022.09.02 14:52:22





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

ASSUNTO: Parecer – Projecto de Lei n.º 208/XV/1ª

2022/GAVPM/2619

02.08.2022

SUMÁRIO: Projecto de Lei n.º 208/XV/1ª

Criação do crime de pornografia não consentida

PALAVRAS CHAVE:

crime

pornografia

divulgação

consentimento



PARECER

1. Objecto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura o Projecto de Lei n.º 208/XV/1ª, que visa a criação do crime de pornografia não consentida.

*

2. Análise Formal

Nos termos do disposto no art.º 149º n.º 1 al.i) do EMJ, compete ao CSM emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização judiciária e à matéria estatutária e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça.

Tendo presente a competência constante da norma citada, as opções políticas do legislador nacional são e serão sempre insindicáveis pelo CSM.

No entanto, seja por força das já referidas competências, seja em obediência aos princípios da boa e fé e da colaboração que devem pautar o relacionamento institucional no contexto do Estado de Direito Democrático, incumbe ao CSM contribuir para o aperfeiçoamento do quadro legal vigente, para melhor habilitar o legislador na decisão sobre eventuais necessidades de alteração deste quadro, e sobre os termos em que as mesmas devem ser concretizadas.

Da exposição de motivos do projecto em análise constam, entre outros, os seguintes dizeres: *“A pornografia não consentida é um fenómeno que ganhou contornos mais graves com a proliferação da fotografia e do vídeo digitais e com a massificação das redes sociais online. O acesso generalizado aos meios de produção e difusão de conteúdos online permite que, em poucos*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

minutos, milhares de pessoas tenham acesso, por exemplo, a uma gravação ilícita de relações íntimas de terceiros, a uma fotografia íntima, com nudez ou semi-nudez, recebida de alguém com quem se tem uma relação casual, a um vídeo de carácter sexual consentidamente criado por um casal.

(...)

Os crimes atualmente previstos nos artigos 192.º (Devassa da vida privada), 193.º (Devassa por meio de informática), 197.º (Agravação) e 199.º (Gravações e fotografias ilícitas) são insuficientes para abarcar esta realidade social.

(...)

Este é um crime contra a liberdade sexual que deve estar tipificado enquanto tal.

(...) O que está em causa não é o acto captado, mas a sua divulgação.

(...) Frequentemente as vítimas passam muito tempo até descobrir que foram alvo de pornografia não consentida. As pessoas que recebem ou encontram estas fotografias ou vídeos nem sempre têm conhecimento de quem é a vítima, para a alertar, tornando impossível qualquer ação que trave a divulgação. Quando as vítimas têm conhecimento, as ameaças e o medo da divulgação de mais materiais pode impedir a queixa. Pelo que, considerada a divulgação pública destes materiais, a perseguição penal da divulgação de pornografia não consentida ganha objetivamente em que qualquer pessoa possa fazer queixa, garantindo à vítima, em determinadas circunstâncias, a decisão sobre eventual suspensão do processo.”



Vejamos se face aos objectivos estabelecidos pelo legislador, na exposição de motivos, o articulado subsequente se mostra conforme com os mesmos.

É proposto o aditamento do art.º 170º-A à secção I, Crimes contra a liberdade sexual, do Código Penal, com a epígrafe: “Pornografia não consentida” e com as seguintes normas:

“1 - Quem sem consentimento fotografar, filmar ou gravar outra pessoa para fins pornográficos, independentemente do seu suporte, é punido com pena de prisão até 1 ano.

2 - Quem sem consentimento divulgar, exhibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio:

a) os materiais previstos no número anterior; ou

b) gravações, fotografias ou vídeos de carácter pornográfico recebidas a título privado, mesmo que licitamente obtidos através das pessoas representadas;

é punido com pena de prisão entre 1 e 3 anos.

3 - Para efeitos do presente artigo, considera-se pornográfico todo o material que, com fins sexuais, represente pessoas envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.”

O projecto de lei em análise promove a alteração ao art.º 177º do Código Penal, com a inclusão de uma norma que agrava em metade as penas previstas no art.º 170º-A do mesmo diploma, nos casos em que o crime envolver coacção das vítimas ou quando a divulgação ou ameaça da divulgação for perpetrada a título de vingança.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Prevê o legislador a alteração ao art.º 178º do Código Penal com o aditamento do n.º 6, no qual se prescreve: “ *O crime previsto no artigo 170º-A depende de queixa, salvo nos casos previstos no número 2 do artigo 170º-A ou nos casos em que do crime resultar suicídio ou morte da vítima.*”

Por último, o projecto de Lei promove a alteração aos art.ºs 281º e 282º do Código de Processo Penal.

Quanto ao art.º 281º, prevê o aditamento do n.º 9 com o seguinte teor: “*Em processos por crime de pornografia não consentida não agravado pelo resultado, o Ministério Público, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1.*”.

Quanto ao art.º 282º adita o n.º 5 com a seguinte redacção: “*Nos casos previstos nos n.ºs 8, 9 e 10 do artigo anterior, a duração da suspensão pode ir até cinco anos.*”

Como o CSM referiu no Parecer sobre o Projecto de Lei n.º 672/XIV/2ª que visava reforçar a liberdade e autodeterminação sexual criminalizando a divulgação não consentida de fotografias ou vídeos que contenham nudez ou acto sexual: “*(...) Nesta perspetiva é, pois, de saudar a presente iniciativa legislativa na medida em que traz à discussão a problemática da cibercriminalidade, onde se incluiu a denominada “revenge pornography ou revenge porn”, ao mesmo tempo que alerta para a necessidade de o legislador robustecer a reação penal relativamente aos comportamentos que integram o conceito, designadamente a divulgação ou publicação, sem consentimento, de conteúdos sexualmente explícitos em formato de imagem, vídeo ou áudio, com*



a intenção de envergonhar, humilhar ou assustar a vítima, ou de lhe causar dano.

O fenómeno, não sendo novo, aumentou exponencialmente nos últimos anos em que se vulgarizou a troca e a disseminação não autorizada de imagens e vídeos íntimos, com consequências, muitas vezes, gravosas para as vítimas, o que, conforme também se releva na exposição de motivos, tem levado alguns países, como o Reino Unido, Canadá e EUA, entre outros, a avançar com a criminalização autónoma deste tipo de comportamentos ilícitos, considerando-os, nalguns casos, como ofensas sexuais, lesivas da identidade e integridade sexual da pessoa.”

No entanto, e salvo o devido respeito por opinião contrária, não nos parece existir correspondência entre a exposição de motivos e a designação do novo tipo criminal que o legislador pretende criar.

O conceito de pornografia corresponde a:

1. Estudo ou descrição da prostituição.
2. Descrição ou representação de coisas consideradas obscenas, geralmente de carácter sexual.
3. Qualquer coisa (livro, revista, filme, etc.) de cariz sexual com intenção de provocar excitação.
4. Acção ou representação que ataca ou fere o pudor, a moral ou os considerados bons costumes. (cfr. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa disponível em: <https://dicionario.priberam.org/pornografia>)

Tal como refere Hugo Cunha Lança no artigo intitulado “Isto não é um artigo sobre pornografia de vingança: a punibilidade da divulgação não consentida de imagens íntimas” (De Legibus, Revista de Direito n.º 2, Faculdade de Direito - Universidade Lusófona, 2021, pág. 97 e ss.): “ (...)



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

qualificar a divulgação não consentida de conteúdos íntimos como pornografia, para além da condenação moral da nudez, consubstancia a quadratura do círculo, porquanto tem dimensão bastante para achincalhar a vítima (...) mas é inapto para englobar todas as modalidades do ilícito, nomeadamente a circunstância do conteúdo ser insuscetível de se qualificar como pornográfico, desvalorizando a partilha de imagens de cariz íntimo passíveis de provocar danos semelhantes.

Dessarte, o recurso ao conceito de pornografia é enganador porque parte da inadmissível premissa de que tirar uma fotografia na intimidade, ainda que em nudez parcial ou total, é pornografia; como não subscrevemos que registar em imagem um ato sexual no contexto de uma relação de intimidade no pressuposto de que o registo se mantenha privado se possa considerar pornografia.

(...)

Consequentemente, mutatis mutandis, também não subscrevemos os conceitos de pornografia involuntária, pornografia não consensual ou pornografia não consentida que, apesar de terem o mérito de não se perderam na alegada motivação, insistem na qualificação do conteúdo como pornográfico. (...)"

Entendemos merecerem inteira concordância as afirmações anteriores até pela definição do conceito de pornografia já apresentada.

Assim, somos de entendimento que o novo tipo legal deveria ter a epígrafe (designação): "Criação e difusão não consentidas de imagens íntimas".



As demais alterações propostas no projecto de Lei em análise mostram-se conformes à exposição de motivos, encontrando-se devidamente fundamentadas as opções legislativas tomadas.

*

3. Análise Material

Iniciando a presente análise pelo aditamento proposto ao Código Penal, convém debruçarmo-nos sobre o bem jurídico que o legislador pretende proteger para melhor percebermos qual a inserção sistemática adequada para a norma a criar.

No que tange ao bem jurídico protegido, refere-se na exposição de motivos: *“Os crimes atualmente previstos nos artigos 192.º (Devassa da vida privada), 193.º (Devassa por meio de informática), 197.º (Agravação) e 199.º (Gravações e fotografias ilícitas) são insuficientes para abarcar esta realidade social.*

(...)

Este é um crime contra a liberdade sexual que deve estar tipificado enquanto tal.

Sobre o aditamento do art.º 170º-A ao Código Penal, referiu o CSM no Parecer já indicado: “(...) Na verdade, importa ter presente que, nos casos vertidos no novo tipo incriminador proposto no projeto em apreciação, a liberdade sexual da vítima, ao contrário do que sucede nos crimes contra a liberdade sexual previstos no capítulo V, secções I do Código Penal e acima mencionados, não é constrangida: a vítima não é compelida/constrangida no ato sexual ou no ato de se fotografar ou deixar fotografar na sua intimidade sexual. De maneira que se vê com muita dificuldade que o bem jurídico em causa neste fenómeno seja a liberdade sexual da vítima.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Vale dizer que não se alcançam razões válidas para que se altere a sistemática atual do Código Penal, deixando de punir estes comportamentos nos crimes contra a reserva da vida privada — onde a doutrina e a jurisprudência, sem grandes dúvidas, os têm enquadrado — passando a puni-los como crimes contra a liberdade sexual, nem para que a nossa lei penal se afaste dos sistemas de direito com os quais tradicionalmente se identifica, quando o bem jurídico que se visa proteger é o direito de cada pessoa à sua intimidade e privacidade, no seu núcleo mais íntimo e inviolável.

Nas situações em discussão não está em causa a liberdade sexual das pessoas, mas sim a violação da sua intimidade sexual, a revelação de atos íntimos e, em consequência, a intromissão na intimidade da sua vida privada. A liberdade sexual não abrange a divulgação de atos sexuais, que já se prende com a intimidade da pessoa. Tal resulta muito claro nos casos típicos da “revenge pornography” em que a captação da imagem é consentida ou até produzida pela própria vítima, tornando manifesta a falta de qualquer constrangimento da sua liberdade sexual. A vítima não foi afetada na sua liberdade sexual, mas antes violentada na sua intimidade pela divulgação da sua sexualidade, enquanto área reservada da sua privacidade.

É mais adequado reforçar a proteção penal das vítimas aproveitando o quadro legal já existente, sem a criação de novos tipos de crime que sempre suscitarão dúvidas interpretativas e problemas ao nível do concurso de crimes, que em nada facilitam a tarefa do aplicador do direito.

Deste modo, e dando como assente que se tutela o mesmo bem jurídico, melhor seria introduzir as alterações propostas que se tenham por pertinentes no quadro dos crimes contra a reserva da vida privada, onde atualmente se



pune este tipo de condutas, designadamente, elevando os limites mínimos e máximos das penas a aplicar; reformulando-se a norma [art.º 192.º], cindindo, por exemplo, os atos que atingem a intimidade sexual, que seriam punidos mais severamente; e, por forma a tornar o tipo mais abrangente, poderiam incluir-se no tipo objetivo outras ações como o ato de “ameaçar divulgar”, alinhando neste normativo todas as formas ou vertentes de proteção, assim atualizando a norma de acordo com a realidade social. (...)”.

Mesmo Hugo Cunha Lança (ob.cit., pág. 105) ainda que reconhecendo que a punição como devassa da vida privada parece paupérrima, defende que “o fundamento axiológico da norma incriminadora deve radicar na concatenação da protecção decorrente dos direitos fundamentais à privacidade e à autodeterminação informativa em contexto digital”.

Ora, do exposto resulta que o tipo legal incriminador não visa proteger a liberdade sexual.

“O bem jurídico que deve ser protegido é a dignidade da pessoa humana, em particular a saúde, entendida nas suas vertentes física, psíquica e mental, porquanto estamos perante um bem jurídico complexo que afeta a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.” (autor e ob. cit., pág. 106).

Em conformidade e querendo o legislador avançar pela punição autónoma dos actos de criação e difusão não consentidas de imagens íntimas, a inserção sistemática do tipo penal deverá ocorrer no Capítulo VII, dos crimes contra a reserva da vida privada.

No que respeita ao tipo objectivo do ilícito previsto na al.b) do n.º 2 do art.º 170º-A do projecto de Lei, a saber, *gravações, fotografias ou vídeos de carácter pornográfico recebidas a título privado*, anota-se que devem ser



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

objecto de punição a divulgação exibição, cedência ou disponibilização a qualquer título ou por qualquer meio não apenas das gravações, fotografias ou vídeos de carácter pornográfico, mas de todas as imagens íntimas, recebidas a título privado.

O n.º 3 do art.º 170º-A deve ser eliminado porquanto classifica como pornográficos conteúdos que não assumem essa natureza.

O crime que o legislador pretende criar assume-se como um crime de género uma vez que *“(...) na penumbra destes comportamentos, encontramos o ADN de uma sociedade castradora da sexualidade feminina (...) patente na hipocrisia do duplo padrão sexual em que numa estranha hostilidade misógina a sexualidade se desenvolve entre homens que procuram gratificação e satisfação sexual com mulheres que desejam puras, imaculadas e castas (...), que quiçá explique a estranha razão em que num tempo de libertação sexual o recurso à prostituição ainda seja tão elevado.*

(...) é axiomático que a maior parte das vítimas sejam mulheres, porque é insofismável que as consequências são mais graves para as mulheres do que para os homens, e porque apesar de não menosprezarmos a beleza das folhas não as confundimos com as árvores e muito menos com a floresta, enquadrámos esta temática no âmbito do continuum da violência de género (...)” (autor e ob. cit., pág. 103).

Neste contexto é eticamente censurável qualificar como pornográficos conteúdos que apenas mostram nudez ou mesmo actos sexuais praticados em contexto de intimidade e confiança.

Ainda quanto ao art.º 170º-A do projecto de Lei, a optar-se pela criação de um novo tipo criminal e tendo em vista obviar a dificuldades



interpretativas e à aplicação das regras relativas ao concurso aparente de normas, sugere-se seja ponderada pelo legislador a alteração aos art.ºs 192º e 193º.

Atentas as considerações tecidas até ao momento, sugere-se a alteração ao art.º 197º do Código Penal ao invés da alteração ao art.º 177º, mostrando-se a proposta de alteração conforme aos demais casos de agravação das penas.

No que respeita à natureza do crime (prevista na alteração ao art.º 178º do Código Penal), mais uma vez se sugere que atenta a inserção sistemática que temos por dogmaticamente correcta, a alteração seja ponderada para o art.º 198º do Código Penal.

Tal como o CSM fez constar do Parecer elaborado a propósito do projecto de Lei n.º 672/XIV/2ª: *“(...) Também a definição de um crime como público, semipúblico ou particular é inquestionavelmente uma opção de política criminal, sobre a qual não caberá ao CSM emitir parecer, pelo que nos limitaremos, igualmente, neste particular, a fazer umas breves considerações numa perspectiva de coerência do sistema jurídico-penal.*

3.6.1. Em regra, ensina Jorge Figueiredo Dias, «a existência de um processo penal é determinada pelo MP através do princípio da oficialidade: aquele tem de investigar oficiosamente todos os crimes de que tenha notícia; e, em caso de indícios suficientes – ressalvadas as limitações derivadas do reconhecimento legal do princípio da oportunidade -, tem de deduzir a respectiva acusação (CPP, arts. 48.º, 262.º-2 e 283.º-1)».

No nosso direito penal, por norma, os crimes revestem natureza pública.

Assim, sempre que a lei penal nada estabelecer num determinado tipo legal de crime relativamente ao procedimento criminal, o crime é público,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

competindo ao Ministério Público, titular da ação penal, uma vez adquirida a notícia do crime, iniciar e dar andamento ao procedimento criminal.

Contudo, como também refere o mencionado Autor, “Este princípio não vale, porém, para os chamados crimes particulares em sentido amplo, nos quais a legitimidade do MP para por eles proceder está dependente da pré-existência de queixa²⁶ no caso dos chamados crimes semipúblicos e de queixa e acusação particular no caso dos crimes particulares em sentido estrito (CPP, arts. 49.º e 50º)”.

E, no que concerne à função da exigência de queixa e/ou de acusação particular para determinados tipos de crimes, doutrina ainda o referido Professor, para o que aqui nos interessa, que a existência de crimes semipúblicos e estritamente particulares serve a função de evitar que o processo penal, prosseguindo sem ou contra a vontade do ofendido, possa, em certas hipóteses, representar uma inconveniente (ou mesmo inadmissível) intromissão na esfera das relações pessoais que entre ele e os outros participantes processuais intercedem.

E, finalmente, pode servir, diz ainda, “a função de específica protecção da vítima (ofendido) do crime”, dando como exemplo “os crimes que afectam de maneira profunda a esfera da intimidade daquela. Quem seja vítima de um crime que penetre profundamente em valores da intimidade (...) deve poder, em princípio, decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o mal do desvelamento da sua intimidade e a consequente estigmatização processual; sob pena, de outra forma, de poderem frustra-se as intenções político-criminais que, nesses casos, se pretenderam alcançar com a criminalização”.



Basta pensar que a perseguição penal do agressor pode potenciar a revitimização e ter o efeito perverso de perpetuar o sofrimento da vítima e a estigmatização emergente da já enorme publicidade do crime, sendo, pois, de ponderar se se justifica, nestas situações, que a vontade do Estado, de descoberta da verdade material, se deverá suplantar à da própria vítima, à qual é perfeitamente legítimo preferir o esquecimento à estigmatização a que normalmente está associada este tipo de processos.

Tal não significa que não possa atribuir-se natureza pública, por exemplo, aos casos em que o crime seja praticado contra menor ou deles resultar suicídio ou morte da vítima.

Na realidade, parece-nos que, num processo em que está em causa de forma particularmente vincada a intimidade privada da vítima, não pode deixar, a não ser em situações limite, como as acima referidas ou a já acautelada pela exceção à natureza semipública do crime prevista na al. b) do n.º 2 do art.º 152.º (que deverá manter-se na formulação sistemática que defendemos), de se respeitar a vontade daquela de optar por avançar ou não com a ação penal. (...)”.

Por último, e no que respeita às alterações ao Código de Processo Penal, a saber, aos artigos 281º e 282º relacionadas com o instituto da suspensão provisória do processo, requisitos e duração da mesma, nada se nos oferece acrescentar ou esclarecer, mostrando-se adequadas em termos de coerência intrínseca do ordenamento jurídico as alterações propostas.

*

4. Conclusões

a) O Projecto de Lei n.º 208/XV/1ª visa a criação do crime de pornografia não consentida.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

b) O projecto de Lei em análise parte da inadmissível premissa de que tirar uma fotografia na intimidade, ainda que em nudez parcial ou total, ou registar em imagem um acto sexual no contexto de uma relação de intimidade, no pressuposto de que o registo se mantenha privado, é pornografia, o que é enganador.

c) Do ponto de vista formal não existe total correspondência entre a exposição de motivos e o articulado legislativo proposto, no que concerne à epígrafe da norma a criar. No mais, encontram-se devidamente fundamentadas as opções legislativas tomadas;

d) Do ponto de vista substancial, e por brevidade de exposição, remetemos para a análise feita no ponto 3) deste Parecer.

*

2 de Agosto de 2022

Célia Santos

Juíza de Direito

Adjunta do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM



**Célia Isabel Bule
Ribeiro Marques
dos Santos**

Adjunta

Assinado de forma digital por Célia Isabel
Bule Ribeiro Marques dos Santos
b16a3ff0fc6eeeb1b200d342726fb17253cda7b2
Dados: 2022.08.02 15:33:55

