



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	07-06-2023	2023/GAVPM/2024	2023/OFC/03844	03-07-2023

ASSUNTO: **Projeto de Lei 809/XV/1.ª (PAN)**

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,



Catarina Martins
Escudeiro
Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Catarina
Martins Escudeiro
2a42c8fd619c89180cbd8cd5be42b22fc526baca
Dados: 2023.07.03 14:23:15





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ASSUN
TO:

“Altera o conceito do crime de pornografia de menores”.

2023/GAVPM/2024

27-06-2023

PARECER

**

1. Objeto

1.1. Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura (CSM) o projeto de lei *supra* identificado que visa alterar o conceito do crime de pornografia de menores.

**

2. Análise formal



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

2.1. A presente iniciativa legislativa vem propor a alteração do conceito do crime de pornografia de menores, procedendo, para o efeito, à alteração dos artigos 171.º, 176.º e 368.º-A do Código Penal¹.

2.2. Para fundamentar as medidas propostas lê-se na Exposição de Motivos o seguinte: *“A proteção dos menores contra qualquer forma de exploração ou abuso constitui uma exigência incontornável a qualquer sociedade.*

Os crimes sexuais contra menores são especialmente censuráveis, na medida em que causa danos físicos, psicológicos e sociais muito profundos e duradouros. A exploração sexual de crianças para finalidades ligadas que designamos vulgarmente por pornografia e outros abusos sexuais através de sistemas informáticos é potenciada pelo uso crescente das tecnologias, quer pelas vítimas menores, quer pelos próprios agentes.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais e a Diretiva n.º 2011/93/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho) são instrumentos internacionais aos quais o Estado Português se vinculou com o intuito de prevenir e combater a realidade dos crimes sexuais contra crianças. Os mecanismos de acompanhamento das Convenções estão patentes nas recomendações formuladas a cada Estado, quer pelo Comité dos Direitos da Criança, quer pelo Comité de Lanzarote.

A Constituição da República Portuguesa consagra o direito fundamental à infância. O artigo 69.º determina que «as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições». Dispõe-se sobre o «desenvolvimento integral» da criança, constituindo este o objetivo primordial da proteção a conferir pela sociedade e pelo Estado.

O Código Penal distingue os crimes de natureza sexual em “crimes contra a liberdade sexual” e “crimes contra a autodeterminação sexual”, sendo neste último que se encontram os crimes contra menores, entre eles o crime de pornografia de menores previsto e punido pelo artigo 176.º, autonomizado na revisão do Código

¹ Diploma a que doravante se referem todas as normas sem menção de fonte.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Penal realizada em 2007. O crime de pornografia de menores é um crime de perigo abstrato, sendo o bem jurídico que se pretende proteger o livre desenvolvimento da vida sexual do menor.

O artigo 176.º sofreu apenas uma alteração, através da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, densificando conceitos e prevendo a criminalização agravada da prática de alguns atos, indo ao encontro do conceito previsto na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, a 25 de outubro de 2007.

A Diretiva 2011/93/UE, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, refere que o abuso sexual e a exploração sexual de crianças, incluindo a pornografia infantil, constituem violações graves dos direitos fundamentais, em especial do direito das crianças à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar, tal como estabelecido na Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os Direitos da Criança e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A referida Diretiva estabelece ainda que os Estados-Membros devem penalizar de forma eficaz as formas graves de abuso sexual, designadamente as facilitadas pelo recurso às tecnologias de informação e da comunicação, garantindo a supressão imediata de conteúdos em páginas eletrónicas que contenham ou difundam a chamada pornografia infantil sediadas no seu território, e podendo, por exemplo, recorrer a mecanismos de bloqueio do seu acesso.

Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de junho de 2014, “os crimes sexuais protegem, por um lado, a liberdade sexual dos adultos; e, por outro, o livre desenvolvimento dos menores no campo da sexualidade, considerando-se aqui que, determinados atos ou condutas de natureza sexual podem, mesmo sem violência, em razão da pouca idade da vítima prejudicar gravemente o seu crescimento harmonioso e, por consequência, o livre desenvolvimento da sua personalidade”.

Conclui-se que, [p]or tudo isto, cabe-nos adequar o conceito definido para o artigo 176.º do Código Penal, sob a epígrafe “pornografia de menores” para uma definição que torne clara as consequências profundamente negativas destas condutas sobre as crianças e jovens.

A definição de pornografia é ainda inconsistente e pode divergir, no entanto, entende-se que é um conceito que tem em si intrínseco o conceito de consentimento. Veja-se pela própria etimologia da palavra, “pornografia” provém dos vocábulos gregos “ pornos” (prostituta) e “graphô” (escrever, gravar). Ainda que se entenda que o conceito de pornografia se prende ao material que veicule imagens sexualmente explícitas e/ou representações de comportamentos sexuais, a própria definição subentende um nível de consentimento (...).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Concretizando o intuito da iniciativa, finaliza-se referindo que «o PAN pretende clarificar que não é possível a existência de qualquer tipo de consentimento no que diz respeito a crimes sexuais contra menores e, por tal, entende que o conceito deverá ser repensado de forma a revestir a gravidade que de facto tem nos casos hoje considerados como subsumíveis aos crimes tipificados como de pornografia contra menores. Desta forma, pretendemos, uma vez que se trata de verdadeiro abuso de menores, atribuir um conceito que melhor se adegue às consultas (sic) previstas e punidas pelo artigo 176.º do Código Penal: abuso sexual de menores com base em imagens».

2.3. A iniciativa legislativa é composta por três artigos, chamando-se a atenção para o lapso de numeração do art.º 3.º.

3. Apreciação

3.1. Os crimes de abuso sexual de crianças e de pornografia de menores estão previstos no Livro II, Título I, Capítulo V, Secção II, do Código Penal, epígrafado “Crimes contra a autodeterminação sexual”, dispondo os artigos 171.º e 176.º o seguinte:

«Artigo 171.º

Abuso sexual de crianças

1 - *Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos.*

2 - *Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.*

3 - *Quem:*

a) *Importunar menor de 14 anos, praticando acto previsto no artigo 170.º; ou*

b) *Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espectáculo ou **objecto pornográficos;***

c) *Aliciar menor de 14 anos a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais;*

é punido com pena de prisão até três anos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

4 - *Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos.*

5 - *A tentativa é punível».*

«Artigo 176.º

Pornografia de menores

1 - *Quem:*

a) *Utilizar menor em **espectáculo pornográfico** ou o aliciar para esse fim;*

b) *Utilizar menor em fotografia, filme ou **gravação pornográficos**, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;*

c) *Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ceder ou disponibilizar a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;*

d) *Adquirir, detiver ou alojar materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder;*

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

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

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

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

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

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



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

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

9 - *A tentativa é punível».*

3.2. No projeto agora em referência propõe-se para os citados artigos a seguinte redação:

«Artigo 171.º

(...)

1 - (...).

2 - (...).

3 - (...):

a) (...); ou

b) *Atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou **objeto de cariz sexual;***

c) (...);

(...).

4 - (...).

5 - (...).».

«Artigo 176.º

Abuso sexual de menores com base em imagens



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

1 - (...):

a) Utilizar menor em espetáculo de **cariz sexual** ou o aliciar para esse fim;

b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação de **cariz sexual**, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;

c) (...);

d) (...);

(...).

2 - (...).

3 - (...).

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

5 - (...).

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

7 - (...).

8 - Para efeitos do presente artigo, considera-se de **cariz sexual todo o material** que represente menores envolvidos em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou contenha qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.

9 - (...)).

As alterações gizadas para o art.º 368.º-A, epigrafado «Branqueamento» reconduzem-se tão-somente à adequação da terminologia adotada nos preceitos acima mencionados.

Assim, propõe-se para o citado normativo a seguinte redação:

«Artigo 368.º-A



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

(...)

1 - (...):

a) *Lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, ou abuso sexual de menores com base em imagens*²;

b) (...);

c) (...);

d) (...);

e) (...);

g) (...);

h) (...);

i) (...);

j) (...);

k) (...);

l) (...);

m) (...).

2 - (...).

3 - (...).

4 - (...).

5 - (...).

6 - (...).

7 - (...).

8 - (...).

9 - (...).

10 - (...).

11 - (...).

12 - (...)).

² Na atual redação prescreve o art.º 368.º-A, n.º 1, al. a), o seguinte: «1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos ou, independentemente das penas aplicáveis, de factos ilícitos típicos de:

a) *Lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, ou **pornografia de menores*** (...).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

3.3. Visa-se, pois, com o alegado propósito de *adequar o conceito definido para o artigo 176.º do Código Penal, sob a epígrafe “pornografia de menores” para uma definição que torne clara as consequências profundamente negativas destas condutas sobre as crianças e jovens e clarificar que não é possível a existência de qualquer tipo de consentimento no que diz respeito a crimes sexuais contra menores*, alterar a epígrafe do art.º 176.º nos termos acima referidos e substituir, nesse normativo e nos demais *supra* mencionados, as expressões “*pornografia*” ou “*pornográficos*” pelas expressões “*cariz sexual*” ou “*abuso sexual de menores com base em imagens*”.

3.4. A revisão do Código Penal de 1995, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, “alterou profundamente o enquadramento legal da criminalidade sexual. Os crimes sexuais deixam de ser crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social (...) para passarem a ser crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da vítima.”³

Conforme foi referido em sede dos trabalhos preparatórios, «o Direito Penal Sexual foi o que revelou uma maior evolução, a qual acarretou mesmo uma alteração quanto à protecção do bem jurídico. Agora estamos perante a protecção da Liberdade sexual das pessoas e já não de um interesse da comunidade. Daí a importante e significativa alteração sistemática: inserido nos crimes contra a sociedade, vê-se agora colocado nos crimes contra as pessoas⁴».

«A diferenciação entre crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual diz respeito à irrelevância do acordo da vítima, passando a ser crucial a imaturidade desenvolvimental desta e a sua incapacidade de consentimento. O facto de o valor tutelado ser a autodeterminação sexual significa que se considera que abaixo dos 14 anos as vítimas, atendendo à idade, não detêm a capacidade de se auto-determinar sexualmente, pelo que, mesmo na ausência da utilização de qualquer meio violento, de coacção ou fraudulento, tais actos são susceptíveis de prejudicar o seu livre desenvolvimento⁵»

Com a referida Revisão de 1995, operou-se, pois, uma mudança de paradigma em relação aos crimes sexuais, abandonando-se a “tutela de sentimentos coletivos da moral sexual dominante”, passando a salvaguardar-se a liberdade sexual do indivíduo: “(...) *passou a considerar-*

³ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, p. 501.

⁴ Cfr. *Actas e Projecto da Comissão de Revisão do Código Penal*, Ministério da Justiça, 1993, pp. 246-247.

⁵ Cátia Solange Dias, *Uma pergunta ao sistema penal e os direitos das crianças vítimas de crimes sexuais?*, UCP, Porto 2012, p. 26, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11413/1/Tese%20Completa%20Final.pdf>.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

se unicamente legítima a incriminação de condutas do foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem jurídico eminentemente pessoal, correspondente à liberdade de expressão sexual⁶.

Em termos sistemáticos, os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima passaram a estar previstos no capítulo V, secções I e II do Código Penal, respetivamente, com a previsão de disposições comuns a ambos os crimes nos arts. 177.º e 178.º.

No conceito de crimes sexuais incluem-se, então, os crimes que o legislador subdivide entre crimes contra a liberdade sexual e **os crimes contra a autodeterminação sexual**.⁷ Conforme explica Paulo Pinto de Albuquerque⁸, *“Os crimes contra a liberdade sexual – onde se incluem, entre outros, os crimes de cocção sexual (art.º 163.º), violação (art.º 164.º) e abuso sexual de pessoas incapaz de resistência (art.º 165.º) – são crimes cometidos contra adultos ou menores sem o consentimento destes. O cerne do ilícito nestes crimes reside na violação da liberdade sexual da vítima, ou seja, do poder de disposição do corpo pela pessoa. Por sua vez, “Os crimes contra a autodeterminação sexual — crimes previstos nos arts 171.º a 176.º-A — são crimes cometidos contra menores de modo consensual, com “consentimento” destes. O cerne do ilícito nestes reside na violação do livre desenvolvimento da personalidade do menor, na esfera sexual”*.

A propósito dos crimes contra a autodeterminação sexual escreveu-se no acórdão do STJ, de 22-05-2013, que «o consentimento da vítima não possui virtualidade para eximir o agente da responsabilidade criminal, por a lei partir do pressuposto, próximo da constatação natural, que o menor, por regra, não possui o desenvolvimento psicológico suficiente para compreender as consequências, por vezes graves, deles emergentes, que podem prejudicar gravemente o desenvolvimento da sua personalidade física e psíquica, no aspecto do livre desenvolvimento da personalidade na esfera sexual⁹».

3.5. Conforme se escreveu na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 305/XII, “O abuso e a exploração sexual de crianças são tipos de crimes particularmente graves que abalam valores fundamentais inerentes à proteção do ser humano, individualmente considerado, bem como a sociedade no seu todo, nomeadamente a confiança nas instituições públicas. Esta

⁶ M. Miguez Garcia e J.M. Castela Rio, *Código Penal, Parte geral e especial*, 2014, p. 677.

⁷ Leal-Henriques e Simas Santos, *Código Penal*, 2.º Vol., Ed. Rei dos Livros, p. 228.

⁸ *Ob. cit.*, p. 501.

⁹ <http://www.dgsi.pt/>



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

gravidade ganha especial acuidade considerando não só que as vítimas são menores e que, conseqüentemente, têm direito a proteção e cuidados especiais, mas também que os danos físicos, psicológicos e sociais são duradouros”.

Os abusos e a exploração sexual de menores e o crescente tráfico internacional de crianças para fins de venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil são, como é sabido, facilitados pela expansão das redes de comunicação e informação, designadamente pela utilização generalizada da Internet, que permite e potencia o aliciamento e a utilização abusiva deste tipo de vítimas, bem como os espetáculos pornográficos, ou o acesso à pornografia infantil alojada em determinados *sítios Internet* ou noutros novos suportes tecnológicos.

Ao longo dos últimos anos tem-se evidenciado uma acrescida preocupação por parte do nosso legislador, na senda também de compromissos internacionais assumidos por Portugal, em relação aos crimes sexuais que envolvem crianças e jovens, e que se tem concretizado, em grande parte, através da introdução, no nosso sistema penal, de várias medidas tendentes a dissuadir e reprimir esse fenómeno.

Nesse contexto, surgiu o crime de «pornografia de menores», o qual tem sofrido ao longo do tempo várias alterações na decorrência também dessa evolução tecnológica que foi alterando os meios utilizados para a prática desse ilícito.

3.6. Na Revisão do Código Penal operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, já se previa, nos art.º 172.º, n.º 3, al. b), e 173.º, n.º 2, a utilização de menores em *pornografia*.

O artigo 176.º, que agora se visa alterar, na versão original desse diploma, tinha como epígrafe “Lenocínio de Menores”, que, com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, passou a denominar-se “Lenocínio e tráfico de Menores”.

A reforma levada a cabo pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, autonomizou, nessa norma, o crime de «pornografia de menores»¹⁰, passando a incluir as condutas antes

¹⁰ Com a seguinte redação:

«Artigo 176.º

Pornografia de menores



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

criminalizadas nos referidos arts. 172.º e 173.º, bem como a abranger muitas outras em linha com vários instrumentos internacionais, designadamente com o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil¹¹; Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional e Protocolo Adicional relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças¹²; Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

Posteriormente, a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, veio agravar algumas punições e introduzir, no n.º 3, uma nova circunstância agravante [recurso à violência ou ameaça grave] e, ainda, punir *quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obter ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1* [n.º 5] e quem, *presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade* [n.º 6]. Mais agravou as penas nos casos em que tais atos são praticados com intenção lucrativa [n.º 7].

Estas alterações visaram transpor para o ordenamento jurídico interno a Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, bem assim cumprir as obrigações assumidas por Portugal com a ratificação da Convenção do Conselho da

1 - *Quem*:

- a) *Utilizar menor em espectáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim;*
 - b) *Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim;*
 - c) *Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;*
 - d) *Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*
- 2 - *Quem praticar os actos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.*
- 3 - *Quem praticar os actos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.*
- 4 - *Quem adquirir ou detiver os materiais previstos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.*
- 5 - *A tentativa é punível».*

¹¹ Adotado em Nova Iorque, em 25 de maio de 2000, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003, de 5 de março, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003, de 5 de março.

¹² Aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2 de abril, e ratificados pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de abril.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Europa para Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais [Convenção de Lanzarote].

A Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, veio reforçar o quadro sancionatório e processual em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores e estabelecer deveres de informação e de bloqueio de sítios contendo pornografia de menores, concluindo a transposição da Diretiva 2011/93/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011.

Em concreto, e no âmbito da lei penal substantiva, veio proceder (i) à ampliação do tipo de «pornografia de menores», prevendo-se, nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 176.º, o alojamento e a disponibilização da fotografia, filme ou gravação pornográficos envolvendo menor como atos puníveis; (ii) à eliminação da referência etária prevista no n.º 6, passando a incluir-se todos os menores de 18 anos; (iii) à concretização do conceito de pornografia de menores, passando a definir-se no n.º 8 o que deve entender-se por «material pornográfico».

Como referem Miguez Garcia e Castela Rio¹³, «As quatro variantes em que este artigo 176º/1 se desdobra têm em comum o tema da pornografia. Têm todas em vista sobretudo a protecção da juventude, e indirectamente, enquanto crimes de perigo abstracto, o facto de concorrerem para a redução do número de destinatários e do chamado turismo sexual em prejuízo de menores».

3.7. Posto isto, e embora se perceba que a ideia subjacente à alteração proposta seja a de evidenciar que o conceito de pornografia parece supor relações consentidas entre adultos, sendo que, estando em causa vítimas menores, o que existe é pura e simplesmente abuso sexual, a verdade é que o abuso sexual de crianças inclui também o material com imagens de abusos sexuais de crianças, que tem sido designada na legislação europeia e internacional por «pornografia infantil».

Na realidade, nesta temática o nosso legislador tem acompanhado a política criminal seguida pelo direito internacional, em relação a todos os comportamentos sexuais onde sejam intervenientes menores (ou com aparência de menoridade), adotando-se na ordem jurídica

¹³ *In Código Penal, Parte geral e especial*, 3.º ed., 2018, Almedina, p. 832.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

interna uma definição de «**pornografia de menores**» em conformidade com vários instrumentos internacionais, onde o “consentimento” ou o acordo do menor é irrelevante para efeitos de punição.

Assim, a título de mero exemplo, no “Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil”, define-se «*pornografia infantil*¹⁴» como «qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais».

Na Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, define-se este conceito¹⁵ como «i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais».

Na Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais¹⁶, no seu artigo 20.º, n.º 2, define-se *pornografia de menores* «como todo o material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais».

E, no n.º 1, sob a epígrafe «Infracções penais relativas à pornografia de menores», estabelece-se que:

«1. Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infracção penal os seguintes comportamentos dolosos, desde que cometidos de forma ilícita:

¹⁴ Cfr. art.º 2.º, al. c).

¹⁵ Cfr. art.º 2.º, al. c).

¹⁶ Convenção de Lanzarote, de 25.10.2007.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

- a) *A produção de pornografia de menores;*
- b) *A oferta ou disponibilização de pornografia de menores;*
- c) *A difusão ou a transmissão de pornografia de menores;*
- d) *A procura, para si ou para outrem, de pornografia de menores;*
- e) *A posse de pornografia de menores;*
- f) *O facto de aceder, conscientemente, através das tecnologias de comunicação e de informação, a pornografia de menores.»*¹⁷

Deriva-se, pois, que o nosso legislador consagrou na lei penal os conceitos aqui em causa de forma concordante com os instrumentos internacionais sobre a matéria, sendo a definição consagrada no n.º 8 do art.º 176.º praticamente um decalque da definição constante da Convenção de Lanzarote acima referida, conceitos esses que já se mostram sedimentados e consolidados no ordenamento jurídico interno, não se vislumbrando, neste momento, qualquer vantagem nas alterações de terminologia propostas, sendo certo que as condutas punidas na norma incriminadora se mostram conformes com a sua epígrafe.

¹⁷ Em sentido idêntico, ver também, a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 (art.º 34.º) e a Convenção sobre o Cibercrime, adotada em Budapeste em 23 de novembro de 2001, onde se refere que a expressão «*pornografia infantil*» deverá abranger todo o material pornográfico que represente visualmente: a) *Um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos;* b) *Uma pessoa com aspecto de menor envolvida em comportamentos sexualmente explícitos;* c) *Imagens realistas de um menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos*¹⁷. Determina no seu artigo 9.º, sob a epígrafe *Infrações relativas à pornografia infantil*, que: «1 — Cada Parte deverá adoptar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para classificar como infrações penais nos termos do seu direito interno, quando praticadas de forma intencional e ilegítima, as seguintes condutas:

- a) *Produção de pornografia infantil com o propósito de a divulgar através um sistema informático;*
- b) *Oferta ou disponibilização de pornografia infantil através de um sistema informático;*
- c) *Difusão ou transmissão de pornografia infantil através de um sistema informático;*
- d) *Obtenção para si ou para outra pessoa de pornografia infantil através de um sistema informático;*
- e) *Posse de pornografia infantil num sistema informático ou num dispositivo de armazenamento de dados informáticos.»*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Por seu lado, importa ter presente que o conceito adotado na lei penal não é uma singularidade do nosso ordenamento jurídico, tendo paralelo noutras legislações com as quais o direito português revela proximidade.

Assim, no Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch – StGB*), o elemento típico “conteúdo pornográfico” e “conteúdo pornográfico infantil” constam de várias normas (cfr. § 176^a, § 176b, § 176c). O § 184b tem como epígrafe «Disseminação, obtenção e posse de conteúdo pornográfico infantil»; o § 184c «Disseminação, aquisição e posse de conteúdo pornográfico juvenil»; e o § 184e «Organização e assistência a apresentações de pornografia infantil e juvenil».

No Código Penal Francês, o conceito consta dos arts. 227-23 e 227-23-1.

Na Espanha, o artigo 189 da Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal, concretiza o conceito de pornografia infantil e define as condutas que cabem nesta tipologia de crime¹⁸.

Em Portugal, como vimos, a Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto¹⁹, veio, há pouco mais de dois anos, concretizar o conceito de “material pornográfico” para efeitos do artigo 176º, epígrafado «pornografia de menores», em linha com a definição dada em vários instrumentos internacionais, conferindo maior certeza ao conceito que, ao que é possível apreender não suscita particulares dificuldades interpretativas ou de aplicação que importem, nesta fase, uma nova alteração legislativa, com toda a incerteza e embaraço que normalmente lhe está associada. Sendo certo que a amplitude com que é (ou deve ser) entendido o conceito de *pornografia* ou *material pornográfico* no direito internacional e nacional não se circunscreve a descrições de atividade ou envolvimento sexual explícito, permitindo abranger um conjunto alargado de condutas de abuso sexual de crianças, que contenham qualquer representação dos seus órgãos sexuais ou de outra parte do seu corpo.

¹⁸ *Vide*, para mais desenvolvimentos, *Síntese Informativa* n.º 73, “Abuso Sexual de Menores – Enquadramento Internacional”, elaborada pela Divisão de Informação Legislativa e Parlamentar da Assembleia da República, agosto de 2022.

¹⁹ Projeto de Lei n.º 187/XIV/1ª.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Isto para dizer que o conceito consagrado na lei já reflete — se bem interpretado —, para usar as palavras do presente projeto²⁰, «a gravidade que de facto tem nos casos considerados como subsumíveis aos crimes tipificados como pornografia contra menores», permitindo punir várias representações de *cariz sexual* que envolvam menores.

3.8. Doutra parte, sem que se mostre suficientemente justificada a sua necessidade na exposição de motivos, a formulação proposta introduz conceitos de tal forma *abertos* e indeterminados que torna fácil antever oscilações interpretativas que nada beneficiam a realização da justiça.

Acresce que, ao retirar-se a expressão «com fins sexuais» do n.º 8 do art.º 176.º, poderão estar a incluir-se no âmbito da incriminação situações que podem não ter qualquer relevância penal²¹ ou outras já puníveis no âmbito de outros tipos de ilícito, o que, neste último caso, redundará numa duplicação de normas geradora de problemas ao nível do concurso de crimes que deverá ser evitada.

3.9. Sob outra perspetiva, as mudanças propostas podem trazer um retrocesso na punição de algumas das (graves) condutas que, aparentemente, pretendem combater ou, pelo menos, criar incongruências que cumpre, desde já, atalhar.

Por exemplo, a formulação sugerida para a al. a) do n.º 1 do art.º 176.º — *Utilizar menor em espetáculo de cariz sexual ou o aliciar para esse fim* —, articulada com a nova epígrafe do preceito — **Abuso sexual de menores com base em imagens** — deixaria de abranger a utilização do menor em espetáculo sexual não gravado em imagens. Também a nova al. a) do n.º 1 do art.º 468.º-A — Lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, **ou abuso sexual de menores com base em imagens** — levaria a que deixasse de se considerar *vantagem* para efeitos de branqueamento os bens provenientes de abuso sexual não registado em imagens.

²⁰ Muito na linha de pensamento de Manuel Eduardo Aires Magriço — cfr. *DISSERTAÇÃO PARA A OBTENÇÃO DE GRAU DE MESTRE*, “A exploração sexual de crianças no Ciberespaço - aquisição e valoração de prova forense de natureza digital”, setembro de 2012.

²¹ Por exemplo, os pais que tiram fotografias dos primeiros banhos dos seus filhos e as colocam nas redes sociais (*vide*, *Breves considerandos sobre o crime de pornografia de menores*, Francisco Reis da Costa, <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/08/04/>).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Mais em geral, a substituição, pretendida pelo projeto sob escrutínio, da expressão *pornografia de menores* pela de *abuso sexual de menores com base em imagens* é de molde a que toda a pornografia de menores não retratada em imagem deixe de ser punível no âmbito da norma.

Por outro lado, não se alcança com facilidade o raciocínio subjacente à proposta apresentada. Mesmo que — agarrado à etimologia da palavra, mas à revelia do seu atual significado jurídico — se entenda que a pornografia de menores envolve uma ideia de consentimento, tem de se reconhecer que a respetiva punição legal comporta o sentido profundo e benéfico de que ela, seja ou não consentida, merece severa punição. Se se abandonar essa expressão em prol de outra que repele a existência de alguma forma de consentimento do menor, um intérprete menos avisado pode ser levado a concluir que, por virtude da alteração legislativa, o consentimento prático do menor, antes totalmente irrelevante para efeitos de punição, passou a ter de ser de valorado em favor do agressor.

**

4. Conclusão

O projeto legislativo em causa dá corpo a opções de política legislativa.

Nas matérias que respeitam à administração da justiça, o CSM apresenta as observações *supra* exaradas.

De todo o modo, coloca-se à superior consideração de Vossas Excelências a ponderação dos comentários e sugestões acima expedidos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA



**Graça Maria
Andrade Paula
Pissarra**

Adjunto/a

Assinado de forma digital por Graça Maria
Andrade Paula Pissarra
f84f69e5b151cc0bcffadaf662eabc178e2ba49e
Dados: 2023.06.27 14:14:05