

NU. 672573
338/12 CACDLG/XIV
12/03/2021



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

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

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Ofício n.º	Data:
Of. 117/1.ª-CACDLG/2021	24-02-2021	2021/GAVPM/0719	2021/OFC/01676	12-03-2021

ASSUNTO: **Projeto de Lei n.º 689/XIV/2.ª (CDS-PP) - NU: 671495**

Tenho a honra de remeter a V. Exa., e 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
419317b74339b1a3e751632f4ec1fd3c3cb0041
Dados: 2021.03.12 17:21:25



ASSUNTO: Projeto de Lei n.º 689/XIV/2.ª(CDS) – “Agrava as penas aplicáveis a crimes contra a autodeterminação sexual de menores cometidos por meios informáticos”.

2021/GAVPM/0719

08-03-2021

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, alterando os artigos 176.º, 176.º-A e 176.º-B do Código Penal, visa reforçar o regime sancionatório dos crimes contra a autodeterminação sexual de menores cometidos por meios informáticos.

**

2. Análise formal

2.1. A presente iniciativa legislativa vem propor a agravação das molduras penais previstas para os crimes de pornografia de menores, aliciamento de menores para fins sexuais e organização de viagens para fins de turismo sexual com menores.

2.2. Para fundamentar as medidas propostas lê-se na Exposição de Motivos o seguinte: “(...) Segundo dados da APAV, que lançou e gere a Linha Internet Segura, registou-se em 2019 um total de 701 denúncias relacionadas com a deteção de conteúdos de pornografia infantil e discriminação racial: estão em causa comportamentos como “Data breaching”, “Phishing”, burlas online, “Grooming”, “Sextortion”, “Cyberbullying” e crimes de ódio, entre outros, que constituem as principais causas da vitimação online.

O RASI de 2019 também dá conta de um aumento da criminalidade investigada relativa à exploração sexual de menores online, reflexo de situações de abuso online praticadas por indivíduos isolados, portugueses ou vivendo em Portugal. A distribuição da pornografia é feita em canais de comunicação comum (Youtube, Facebook, Google Drive e Instagram), registando-se ainda um aumento no uso de plataformas mobile encriptadas para troca de imagens (Whatsapp e Telegram).

No ano passado, a Polícia Judiciária registou um aumento exponencial de queixas por pornografia de menores desde o início da pandemia – e o motivo é naturalmente o confinamento que foi necessário para travar a pandemia e Covid19: só na Diretoria do Norte da PJ, os crimes online visando apenas crianças aumentaram mais de 150% – de 161 casos em 2019 para 396 em 2020 – e a realidade é transversal ao resto do País. (...)

Confrontados com um novo confinamento sem fim à vista, é natural o receio de que a probabilidade de os jovens serem vítimas deste tipo de criminalidade aumente, pelo que se impõe tomar alguma cautela preventiva e dissuasora de prática deste tipo de crime, designadamente, através do agravamento das penas aplicáveis a este tipo de crimes quando praticados com recurso a meios informáticos.

Nos últimos cinco anos, tem sido notado um aumento no número de decisões das Relações sobre pornografia de menores, o que espelha com segurança o número de casos a este propósito instaurados nos tribunais. Deste modo, o aumento das penas atrás referido constitui um sinal para a sociedade, em primeiro lugar, pretendendo ser um elemento dissuasor destas condutas em que a vítima é particularmente indefesa em razão da idade e merecedor de especial proteção.

Por outro lado, é sabido que as medidas de coação mais utilizadas nestes casos – a detenção na habitação com vigilância eletrónica e proibição de utilização de equipamentos informáticos e de acesso à internet, esta última sem possibilidade de fiscalização e controlo – são exemplo de medidas insuficientes para acautelar o perigo de continuação da atividade criminosa. Por essa razão, e em segundo lugar, o aumento de penas visa possibilitar que a continuação da atividade criminosa, no caso das condutas mais graves (v.g., pornografia de menores com fins lucrativos, aliciamento seguido de atos materiais) seja travado com a única medida de coação eficaz para esse efeito, ou seja, a prisão preventiva (...).”

A iniciativa legislativa é composta por três artigos que se encontram claramente identificados, não merecendo reparos de ordem formal.

3. Apreciação

3.1. Os crimes de pornografia de menores, aliciamento de menores para fins sexuais e organização de viagens para fins de turismo sexual com menores estão previstos no Livro II, Título I, Capítulo V, Secção II do Código Penal¹, epigrafado “*Crimes contra a autodeterminação sexual*”, dispondo os artigos 176.º, 176.º-A e 176.º-B o seguinte:

«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.

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

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.

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.

Artigo 176.º-A

Aliciamento de menores para fins sexuais

1 - Quem, sendo maior, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, aliciar menor, para encontro visando a prática de quaisquer dos atos compreendidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 171.º e nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo anterior, é punido com pena de prisão até 1 ano.

2 - Se esse aliciamento for seguido de atos materiais conducentes ao encontro, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos.

Artigo 176.º-B

Organização de viagens para fins de turismo sexual com menores

1 - Quem, no contexto da sua atividade profissional ou com intenção lucrativa, organizar, fornecer, facilitar ou publicitar viagem ou deslocação, sabendo que tal viagem ou deslocação se destina à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor, é punido com pena de prisão até 3 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - O disposto no número anterior aplica-se ainda que as condutas contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor praticadas no local de destino não sejam nessa jurisdição punidas ou quando nesse local não se exerça o poder punitivo».

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

“Artigo 176.º

[...]

1 – [...]

2 – [...]

3 – [...]

4 – [...]

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 5 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 de 1 a 8 anos.

7 - Quem praticar os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

8 – [...]

9 – [...]

Artigo 176.ºA

[...]

1 – [...]

2 - Se esse aliciamento for seguido de atos materiais conducentes ao encontro, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Artigo 176.ºB

[...]

1 – *Quem, no contexto da sua atividade profissional ou com intenção lucrativa, organizar, fornecer, facilitar ou publicitar viagem ou deslocação, sabendo que tal viagem ou deslocação se destina à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.*

2 – [...]"

Artigo 3.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

3.3. Visa-se, pois, com o enquadramento motivador acima descrito, combater de forma reforçada os crimes contra a autodeterminação sexual de menores acima citados, propondo-se a agravação dos limites mínimos e/ou máximos das molduras penais aplicáveis às condutas tipificadas nos n.ºs 5 a 7 do art.º 176.º, n.º 2 do art.º 176.º-A e n.º 1 do art.º 176.º-B.

3.4. Conforme se escreveu na exposição de motivos da proposta de lei n.º 305/XII², “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 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 são hoje, como é sabido, facilitados pela expansão das redes de comunicação e informação, designadamente pela utilização generalizada da Internet, que permite e potencia o aliciamento deste tipo de vítimas, bem

² Proposta que esteve na génese da Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2011/93/UI3, 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 substituiu a Decisão-Quadro n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, dando ainda cumprimento às obrigações assumidas por Portugal com a ratificação da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007.

como os espetáculos pornográficos, ou o acesso à pornografia infantil alojada em determinados *sítios Internet*.

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.

A revisão do Código Penal de 1995, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15-03, “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 auto-determinação 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, na verdade, 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-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 sexual”.

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>.

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

As revisões posteriores ao Código Penal operadas pelas Lei n.ºs 59/2007, de 04-09⁷, 103/2015, de 24-08⁸, 101/2019, de 06-09⁹ e 40/2020, de 18-08¹⁰, vieram ampliar e reforçar a proteção do bem jurídico tutelado pelos crimes contra a autodeterminação sexual, criminalizando novas condutas, inovando nas circunstâncias qualificativas, aumentando as molduras penais abstratas correspondentes e introduzindo novos tipos incriminadores, como é o caso dos crimes que aqui nos ocupam e que visam, outrossim, proteger a exploração sexual dos menores.

Todavia, a prática tem revelado ainda algumas insuficiências na prevenção e na punição deste tipo de crimes em que a vítima, particularmente indefesa e vulnerável, carece de especial e acrescida proteção.

Como se assinala na exposição de motivos, «o RASI de 2019 (...) dá conta de um aumento da criminalidade investigada relativa à exploração sexual de menores online, reflexo de situações de abuso online (...). A distribuição da pornografia é feita em canais de comunicação comum (Youtube, Facebook, Google Drive e Instagram), registando-se ainda um aumento no uso de plataformas mobile encriptadas para troca de imagens (Whatsapp e Telegram).

No ano passado, a Polícia Judiciária registou um aumento exponencial de queixas por pornografia de menores desde o início da pandemia (...), os crimes online visando apenas crianças aumentaram mais de 150% – de 161 casos em 2019 para 396 em 2020 – e a realidade é transversal ao resto do País. (...)

Nos últimos cinco anos, tem sido notado um aumento no número de decisões das Relações sobre pornografia de menores (...).

Nesta perspetiva, congratulamo-nos com a presente iniciativa legislativa na medida em que alerta para a problemática dos crimes de abuso e exploração sexual de crianças a que

⁷ Que, entre várias alterações, introduziu o crime de pornografia de menores p. e p. pelo art.º 176.º.

⁸ Que, entre outras alterações, para o que aqui nos interessa, ampliou as modalidades de ação típica do crime de pornografia de menores, agravou algumas punições, criou, nesse tipo legal, as circunstâncias qualificativas previstas nos n.ºs 3 e 7 e aditou o crime de aliciamento de menores para fins sexuais p. e p. pelo art.º 176.º-A.

⁹ Que, cingindo-nos ao que aqui interessa, alterou o art.º 177.º, agravando a punição em relação a determinados crimes quando a vítima for pessoa particularmente vulnerável, em razão de idade, ou quando forem praticados na presença ou contra vítima menor de 16 anos, ou, ainda, na presença ou contra vítima menor de 14 anos.

¹⁰ Que, com especial relevo, introduziu o crime de organização de viagens para fins de turismo sexual com menores (art.º 176.º-B) e ampliou a proteção das vítimas maiores de 16 anos e menores de 18 anos, eliminado a referência a menores de 16 anos no n.º 6 do art.º 176.º.

estão associados fenómenos como o *sexting*¹¹, *cyberbullying*¹², *sextortion*¹³ ou o *grooming*¹⁴ e, ainda, para a necessidade de o legislador robustecer a reação penal relativamente aos comportamentos criminosos que integram esses conceitos e outros comportamentos subsumíveis nos normativos em referência, por forma a tornar mais eficaz a repressão do agente e a dissuasão deste tipo de condutas.

3.5. O Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial, e atento o princípio constitucional da separação de poderes, tem vindo a abster-se de tomar posição sobre questões que se prendam com opções de cariz eminentemente político, que extravasam as atribuições do poder judicial e incumbem exclusivamente ao poder legislativo.

A fixação de molduras penais nos tipos de crime é sempre uma opção de política criminal, sobre a qual não caberá ao CSM emitir parecer.

Contudo, numa perspetiva de coerência de todo o sistema legislativo, não deixará de se chamar a atenção para alguns fatores a ter em consideração.

3.6. Conforme se refere no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11-11-2020¹⁵, em relação ao crime de pornografia de menores, *o tipo legal de pornografia de menores pode revestir qualquer acto que se enquadre nas modalidades definidas nas alíneas do n.º 1 do artigo 176º.*

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

¹¹ Abrange as condutas ou práticas entre adolescentes que consistam na produção, por qualquer meio, de imagens digitais onde aparecem menores nus ou seminus e na sua transmissão a outros menores através de telefones móveis ou correio eletrónico ou que sejam colocadas à disposição de terceiros através da internet ou em redes sociais – vide, *Crimes Sexuais*, José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, 3.ª Ed., 2021, Almedina, p. 256.

¹² Termo relativo ao uso de meios de informação e de comunicação digitais, de forma hostil, por um indivíduo ou grupo de indivíduos, com a intenção de causar danos a terceiros – publicação - vide, neste sentido, Miha Šepec, "Revenge Pornography or Non-Consensual Dissemination of Sexually Explicit Material as a Sexual Offence or as a Privacy Violation Offence", in *International Journal of Cyber Criminology*, Vol 13, Issue 2 July – December 2019, disponível em: <https://www.cybercrimejournal.com/MihaSepecVol13Issue2IJCC2019.pdf>.

¹³ Ém que a vítima é coagida, "chantageada", pressionada, em virtude de posição de poder do agressor, ou ameaça de utilização de imagens de nudez, atos ou relações sexuais da vítima, que o agressor tem em sua posse – vide, José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, *Ob. cit.*, p. 258.

¹⁴ Por *grooming* entende-se a actuação de adultos que, através das tecnologias de informação e comunicação, propõem a uma criança um encontro, com a finalidade de cometer crimes de natureza sexual – Cfr. Conclusões do colóquio "As Crianças e a Internet, uso seguro, abuso e denúncia, promovido pela PGR, 4-10-2013. P. 2, disponível em http://eibcrimine.pgr.pt/documentos/conclusoes_coloquio.pdf.

¹⁵ Disponível in www.dgsi.pt.

pornográfico em que utilize menor, e ainda, a daquele que adquira esse material com o propósito de o distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder". A estes atos juntam-se ainda as condutas definidas e punidas nos números 4, 5 e 6 do mesmo preceito legal.

"As condutas que preenchem o tipo objetivo são multifacetadas. Grosso modo podem agrupar-se em atos de utilização de menores, atos de aquisição ou produção de pornografia de menores, atos de detenção ou acesso, e atos de exibição ou divulgação de pornografia infantil"¹⁶.

Da leitura conjugada do citado tipo legal, percorrendo os vários números que o compõe, transparece uma escala de valoração ou de proteção da vítima, entre as várias modalidades de ação típica, que vai desde a utilização direta de menor ou o seu aliciamento para espetáculo pornográfico [al. a) do n.º 1], ao ato de assistir, facilitar, ou disponibilizar, acesso a espetáculo pornográfico [n.º 6], variando a sanção consoante a gravidade do dano causado à vítima ou a especial vulnerabilidade desta, ou a intensidade de lesão do bem jurídico tutelado.

Dessa análise verifica-se que o legislador pune mais severamente o agente do crime de pornografia de menores que pratique as modalidades de ação típica previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do art.º 176.¹⁷, do que o agente do crime de pornografia de menores que pratique os atos descritos nas al. c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor¹⁸, ou do que aquele que, 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 1¹⁹, ou, ainda, do que aquele que, 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 menores²⁰.

Ou seja, o legislador, ao fixar as molduras penais estatuídas no citado normativo, atendeu ao princípio de que a gravidade das penas deve ser proporcional à gravidade das infrações, refletindo na norma vários níveis de gravidade, diferenciados com uma maior ou menor severidade da punição, não se vendo razões, nem a exposição de motivos o fundamenta suficientemente, para, no agravamento das penas que vier a estatuir-se, se alterar essa forma escalonada de proteção pela qual a lei em vigor optou.

¹⁶ Acórdão STJ, de 19-02-2020, disponível em www.jurisprudencia.csm.org.pt.

¹⁷ Para o qual se prevê uma moldura penal abstrata de 1 a 5 anos de prisão.

¹⁸ Para o qual se prevê uma punição até 2 anos de prisão (art.º 176.º, n.º 4).

¹⁹ Para o qual se prevê, igualmente, uma punição até 2 anos de prisão (art.º 176.º, n.º 5).

²⁰ Para o qual se prevê uma punição até 3 anos de prisão (art.º 176.º, n.º 6).

A este propósito é esclarecedor o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 23-06-2020, onde se escreveu o seguinte: «(...) sendo o crime de pornografia de menores um crime de perigo (perigo abstrato), norteado por uma lógica de perigo, o ato de divulgar ou partilhar os ficheiros em causa (modalidade do art.º 176.º, n.º 1, al. c), do C.P.) representa um estágio mais avançado dessa lógica de perigo. (...) Daí que a pena prevista para esse comportamento seja superior à prevista para a mera detenção, que representa tão só um estágio menos avançado de agressão ao bem jurídico (modalidade do art.º 176.º, n.º 5, do C.P.)»²¹.

De facto, como se escreve no Acórdão do TC n.º 298/2005²², “O legislador (...) há-de (...) ter em conta que a ideia de necessidade da pena leva implicada a da sua adequação e proporcionalidade. Ou seja: na previsão das penas, deve ele procurar uma justa medida - uma adequada proporção - entre as penas e os factos a que elas se aplicam: a gravidade das penas deve ser proporcional à gravidade das infracções”. É o que resulta também do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, que condiciona a legitimidade das restrições de direitos à necessidade, adequação e proporcionalidade das mesmas.

3.7. Posto isto, e perante as alterações gizadas pelo presente projeto, uma primeira observação que cumpre fazer será a de que a pena de 1 a 8 anos de prisão que se propõe para o n.º 6 do art.º 176.º, a manter-se o quadro legal atual, poderá revelar-se desadequada e desproporcional em relação à punição prevista para outros tipos de crime, desde logo para o crime de pornografia de menores previsto no n.º 1 do mesmo preceito legal, onde atualmente, como se viu, estão tipificadas as condutas mais gravosas deste tipo incriminador.

Efetivamente, com a formulação proposta, pode ser mais severamente punido o agente que assiste conteúdos pornográficos envolvendo a participação de menores, do que aquele que utiliza diretamente o menor em espetáculo pornográfico, em filme, fotografia ou gravação pornográficos.

De igual modo, em termos de limite máximo da moldura penal abstrata, aos factos integráveis no proposto n.º 6 caberia uma pena superior à prevista, por exemplo, para o crime de violação previsto no art.º 164.º, n.º 1, ou para o crime de homicídio privilegiado ou de infanticídio, punidos, respetivamente, com penas de prisão de 1 a 6 anos e de 1 a 5 anos,

²¹ Proc. n.º 8225/18.6191.SB.I:1, disponível em www.jurisprudencial.csm.org.pt, também citado por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, *Ob. cit.*, p. 279.

²² Diário da República n.º 144/2005, Série II, de 2005-07-28.

aparecendo assim no projeto as condutas naquele previstas sobrevalorizadas também em relação a estes crimes.

Mais, nos casos em que os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 do art.º 176.º sejam qualificados por força do n.º 7 do mesmo preceito legal, para os quais se propõe um pena de 3 a 10 anos de prisão, a substancial agravação dos limites mínimos e máximos das molduras penais proposta no projeto em análise²³, a manter-se o quadro legal atual, poderá, igualmente, revelar-se desadequada e desproporcional em relação às qualificativas estatuídas nos n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito legal, onde se pune com pena de 1 a 8 anos de prisão quem praticar os atos descritos no n.º 1 profissionalmente ou com a intenção lucrativa, e quem praticar os atos descritos nas al.s a) e b) do n.º 1 recorrendo a violência ou ameaça grave.

Passaria, pois, a punir-se com maior severidade, por exemplo, o agente que, com intenção lucrativa, visualiza conteúdos pornográficos de menores ou assiste a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores — condutas a que corresponderá, segundo a proposta do presente projeto, a pena de 3 a 10 anos de prisão —, do que aquele que, com a mesma intenção, utilizar diretamente menor em espetáculo pornográfico ou recorrer para tal a violência ou ameaça grave para coagir a vítima a atividade lesiva da sua autodeterminação sexual.

Por outro lado, nos casos em que seja aplicável a agravação a que alude o n.º 7, a vingar a alteração proposta — que agrava, como já se referiu, a pena aplicável aos atos descritos nos n.ºs 5 e 6 do art.º 176.º para o mínimo de 3 anos e o máximo de 10 anos de prisão —, passaria a punir-se com a mesma severidade as condutas aí previstas e o crime de violação previsto no n.º 2 do art.º 164.º, o que estaria em desconformidade com a gravidade das infrações.

Observa-se, ainda, para melhor ponderação, que a punição proposta para o n.º 6 do art.º 176.º poderá criar assimetrias de difícil justificação em relação a outros crimes atualmente sancionados com a mesma pena, como sucede, a título de mero exemplo, com o crime previsto no art.º 171.º, n.º 3, al. s b) e c).

Vale tudo por dizer que, embora se aceite a necessidade de agravamento das molduras penais relativas às novas formas de abuso e de exploração sexual de crianças e jovens, cada vez mais facilitadas pela utilização das tecnologias de informação e comunicação, não deve, contudo, o legislador olvidar que a modificação das molduras penais que se vier a

²³ Passando a previsão abstrata de punibilidade de “até 5 anos” de prisão para pena de prisão de 3 a 10 anos.

operar deverá ser vista em bloco, sob pena de se gerarem disparidades nada aconselháveis do ponto de vista da coerência do sistema penal.

3.8. As mesmas considerações podem ser feitas, *mutatis mutandis*, em relação às alterações visadas para os crimes de aliciamento de menores para fins sexuais [art.º 176.º A, n.º 2]²⁴ e de organização de viagens para fins de turismo sexual com menores [art.º 176.º-B, n.º 1]²⁵, para os quais são propostas penas de prisão 2 a 8 anos, quando comparados com os crimes acima mencionados.

É certo, há que reconhecê-lo, que as penas atualmente estatuídas para este tipo de crimes são brandas, face à dimensão dos fenómenos e à gravidade das condutas que se visam reprimir, bem como às elevadíssimas necessidades de prevenção que se fazem sentir, o que justifica uma reação penal mais severa por parte do legislador. Contudo, tendo presente o que acima se deixou dito e por razões de coerência do ordenamento jurídico, afiguram-se algo exageradas as penas propostas no projeto sob análise, havendo, pois, que harmonizá-las com o quadro sancionatório previsto para outros crimes, muito em particular para o crime de pornografia de menores.

Em acréscimo, nunca esquecendo que a gravidade das penas deve ser proporcional à gravidade das infrações, faz-se também notar que, embora se dê como assente, pelo maior perigo que acarreta para a lesão do bem jurídico tutelado pela norma, que a moldura penal abstrata prevista para o n.º 2 do art.º 176.º-A deve ser mais pesada do que a estabelecida para o n.º 1 desse mesmo preceito legal, afigura-se, todavia, questionável a assimetria que se irá consagrar entre eles caso venha a vingar a proposta em apreço.

3.9. Cumpre, por fim, observar que o agravamento das penas conforme proposto no presente projeto de lei — que prevê para todas as modalidades de ação típica previstas nos normativos em apreciação, com exceção do n.º 4 do art.º 176.º e n.º 1 do art.º 176.º-A, a aplicação de penas iguais ou superiores a 5 anos de prisão — permitirá ao juiz, se considerar insuficientes ou inadequadas outras medidas de coação, por força do disposto no art.º 202.º, n.º 1, al. b), e no art.º 1, al. j), ambos do Código de Processo Penal, impor ao agente destes

²⁴ Atualmente punido com pena de prisão até 2 anos. Crime de mera atividade, onde cabe a mera tentativa de combinar um encontro com um menor com os fins ilícitos descritos no tipo de ilícito – cfr. acórdão do TRJ, 18-02-2019, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ Tipo legal recentemente aditado pela Lei n.º 40/2020, de 18 de agosto, que pune as condutas descritas no n.º 1 com pena de prisão até 3 anos.

crimes a medida cautelar de prisão preventiva, a qual, como bem é referido na exposição de motivos, pode revelar-se em muitos casos a única medida de coação adequada para impedir a continuação da atividade criminosa.

**

4. Conclusão

O projeto legislativo em causa dá corpo a legítimas opções de política legislativa, sobre as quais não compete ao CSM pronunciar-se.

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

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

 **Graça Maria
Andrade Paula
Pissarra**
Adjunta

Assinado de forma digital por Graça Maria
Andrade Paula Pissarra
e05054637ab48db92b38391e5d9d9ee20fc8e32
Dados: 2021.03.08 19:26:05