

ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS
PORNOGRAFIA INFANTIL

JORGE DE ALMEIDA CABRAL
PORTUGAL / 2003

I – INTRODUÇÃO

Desde há mais de um ano que em Portugal a Pedofilia está na ordem do dia. Discurso, Palestras, Seminários, Conferências, Entrevistas, Notícias, Informação e Desinformação, nunca o País tinha sido tão duramente confrontado com a realidade. Porque são reais e quotidianos os abusos sexuais infantis, existe turismo sexual, a prostituição juvenil é visível e a utilização de crianças na pornografia, não é uma ocorrência rara.

Perante tais práticas, toda a intervenção penal deve ser criteriosamente ponderada, tendo a noção clara dos limites e respectiva eficácia sem ceder a um certo irracionalismo, que parece ver na repressão penal a panaceia infalível para a resolução de tão complexos problemas, cujas causas se inserem numa variada gama de factores, nos quais a desigualdade cada vez mais gritante entre as pessoas e as nações, ocupa relevante papel.

II – O CRIME NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

A) Antecedentes

O Código Penal Português vigente, corresponde a uma revisão profunda do Código Penal de 1982, operada em 1995, a qual alterou radicalmente, todo o preceituado relativo aos crimes sexuais. Efectivamente o Código Penal de 1982, talvez devido ao longo período de gestação, nasceu já ultrapassado. Enquadrados no capítulo intitulado “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da

vida social”, pertencente ao título III – “Dos crime contra valores e interesses da vida em Sociedade”, não foram substanciais as alterações em relação ao então quase centenário Código de 1886. Continuou a existir o crime de atentado ao pudor, entendendo-se este como “o sentimento geral de moralidade sexual”. Neste crime cabiam praticamente todas as agressões sexuais, que não concretizassem cópula vaginal, razão porque o abuso sexual sobre alguém do sexo masculino, maior ou menor, só podia integrar aquele crime, o mesmo se passando com o abuso sobre pessoas do sexo feminino por via anal.

Recorde-se que a pena prevista não excedia os 3 anos de prisão. Veemente reacção popular mereceu então, uma decisão do Tribunal da Comarca da Guarda, que condenou por este crime um homem, que repetidamente praticou coito anal com uma criança de dois anos. Por outro lado e de acordo com a própria inserção sistemática, os preceitos legais encontravam-se recheados de expressões de pendor moralizante, como “acto contrário ao pudor”, “ganho imoral da prostituta”, “moralidade sexual”, “desencaminhar menor”...

Quanto aos delitos que constituem objecto da nossa intervenção, é evidente que o Código não lhes fazia qualquer referência expressa. Integrariam também eles, o crime de atentado ao pudor, desde que se considerasse o acto praticado, violador “em grau elevado”, dos “sentimentos gerais de moralidade sexual”.

B) O Código na Actualidade

Perante um Código fora do tempo, a revisão de 1995, visou implementar um Diploma mais moderno e “de raiz democrática nos

parâmetros de um estado de Direito”¹. Não é pois de estranhar, que as principais alterações se efectuassem precisamente na esfera dos crimes sexuais. Como se pode ler no Dec-Lei¹ que aprovou a revisão, deslocaram-se os “crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra os valores e interesses em sociedade” para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo sob a epígrafe “Dos Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual”, “abandonando-se a concepção moralista ... em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”¹. Na verdade, o Diploma revisto afastou do seu âmbito qualquer alusão ao sentimento de pudor, à moralidade sexual, ao escândalo público, querendo significar que, o que unicamente passou a estar em causa é a liberdade sexual, sendo assim fiel ao princípio de que a intervenção do Direito Penal só se justifica, quando estiverem em causa bens jurídicos fundamentais, que não possam ser defendidos de outra forma. Nesse sentido, o objectivo primordial do Direito Penal Sexual, não pode ser outro, senão a protecção do bem jurídico – liberdade sexual, vector indispensável da categoria ampla liberdade. Sejamos porém, no mínimo prudentes. A ideia de que é possível a neutralização ética do direito penal sexual é porém um mito, até porque a “recusa de um direito penal eticizante é plenamente compatível com a aceitação de um direito penal eticizado”². Sendo ilegítima a intervenção para validar normas morais, não é curial retirar a conclusão, de que as condutas incriminadas não sejam dotadas de alguma valoração ética, pois é evidente, que nesta matéria não podemos deixar de fora “critérios culturais ou sociais impregnados de

¹ Dec- Lei Nº 48/95, de 15 de Março

² Reforma do Código Penal, Colóquio Parlamentar, Rui Pereira, Pág. 45, Lisboa 1995

conteúdos morais”³, o que se torna ainda mais visível, quando em causa se encontram atentados sexuais cometidos contra crianças e adolescentes.

O Código Penal em vigor, dentro do Capítulo V, autonomizou uma secção para abranger os delitos sexuais cometidos contra menores, intitulando-a “Crimes contra a Autodeterminação Sexual” – Secção II, epigrafando a I de Crimes contra a Liberdade Sexual e a III de Disposições Comuns.

A concentração numa só secção dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes considera-se correcta, porém, a titulação usada, pode dar lugar a confusões. Liberdade Sexual e Autodeterminação Sexual, representam exactamente a mesma realidade. A ser necessário, o que duvidamos, diferenciar os interesses tutelados, teria sido mais correcto, optar por outra designação. Também o Código Penal Espanhol, após a revisão de 1999, denominou o Título VIII do Livro II de Delitos Contra la Libertad y Indemnidad Sexuales, mas não diferenciou a liberdade sexual da indemnidade sexual, o que seria criticável e erróneo.

Elenca a Secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, os seguintes:

- Abuso sexual de crianças (Art.º 172)
- Abuso sexual de menores e dependentes (Art.º 173)
- Actos sexuais com adolescentes (Art.º 174)
- Actos homossexuais com adolescentes (Art.º 175)
- Lenocínio e tráfico de menores (Art.º 176);

³ Muñoz Conde, Francisco , Derecho Penal Parte Especial, Pág. 396, Valencia 1993

cuja formulação de 1995 já foi alterada, primeiro em 1998, depois em 2001, encontrando-se neste momento na Assembleia da República, seis Projectos de Lei, dos quais novas modificações irão surgir.

As alterações nesta matéria, não ocorreram apenas em Portugal, decorrendo dos múltiplos e variados instrumentos internacionais, quer da O.N.U., quer da U.E., que nos últimos anos, vêm insistindo na luta contra a criminalidade sexual sobre menores. Designadamente a Acção Comum do Conselho da U.E., de 24 de Fevereiro de 1997, relativa ao tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças, impôs a adaptação dos direitos internos, dando origem a importantes reformas nos diversos países europeus. Assim, em Itália, a Lei N.º 269, de 3 de Agosto de 1998, sobre a exploração da prostituição, da pornografia, do turismo sexual em prejuízo de menores, como novas formas de redução à escravatura, em França a Lei N.º 468/98, de 17 de Junho e na Alemanha a 6ª Lei da Reforma do Direito Penal, que entrou em vigor em 1 de Abril de 1998.

C) O Abuso Sexual de Crianças

Art.º. 172:

1- Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos;

2- Se o agente tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos;

3- Quem:

a) Praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos;
ou

- b) Actuar sobre o menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espectáculo ou objecto pornográfico;
 - c) Utilizar menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos; ou
 - d) Exibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio os materiais previstos na alínea anterior;
 - e) Detiver materiais previstos na alínea c), com o propósito de os exibir ou ceder;
- é punido com pena de prisão até 3 anos.

4- Quem praticar os actos descritos nas alíneas a), b), C) e D) do número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

Além de ser automatizada como já se referiu, toda uma secção para os crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, os n.ºs 1 e 2 do preceito, consagram o abuso sexual, como a prática de acto sexual de relevo (n.º 1) ou de cópula, coito anal e coito oral (n.º 2), os mesmos actos previstos nos artigos 163º (Coacção Sexual) e 164º (Violação) nos quais é exigido o uso de violência, ameaça grave ou a colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir, com o objectivo da prática sexual⁴.

Ora, os crimes de coacção sexual e de violação são também aplicáveis quando a vítima tiver menos de 14 anos, sendo nestes casos a pena agravada nos termos do Art.º. 177º/ n.º 4 – um terço nos

⁴ Artº. 163º/nº1 – Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Artº. 164º/nº2 – Quem por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

seus limites mínimo e máximo. É óbvio que a violação de uma criança constitui também um abuso sexual de criança, tendo porém a Lei, por via da previsão da agravação, afastado a hipótese do concurso efectivo. Como, perante determinada situação concreta, optar entre os Artºs 163 e 164, e os nºs 1 e 2 do Art.º. 172. É nosso entendimento que os dispositivos legais não são claros, e têm dado origem a algumas confusões. Pensamos mesmo que certos casos julgados como abusos sexuais de criança o deveriam ter sido como crimes de coacção sexual ou de violação. Se compararmos a Lei Portuguesa com a Lei Italiana, vemos que nesta, a situação foi bem diferenciada, pois existindo também um crime autónomo “Atti sessuali con minorenne” – Artº 609, quater, o mesmo exclui expressamente do seu campo de aplicação, as hipóteses previstas no Artº. 609 bis, a violência, a ameaça ou o abuso de autoridade, que integram este crime – “Violenza Sessuale”.

Utilizar, face à Lei Portuguesa, critérios assentes no uso da violência ou falta de consentimento para escolher entre os Artºs 163, 164 e o 172/nºs 1 e 2, não nos parece correcto. Efectivamente, não podemos olvidar que um número significativo de abusos sexuais, têm como vítimas crianças com menos de 5 anos, razão porque falar de violência, resistência ou consentimento, não faz qualquer sentido⁵.

O Artº. 172, debaixo da mesma designação “abuso sexual de crianças”, inclui diversas condutas, consubstanciando a protecção do menor de 14 anos face a qualquer acto de conotação sexual, coactivo ou não, cometido na criança, perante a criança ou com utilização da criança.

É hoje pacífico, quer na Doutrina, quer na Jurisprudência, que o bem jurídico tutelado, consiste quando em causa estiverem menores,

também na liberdade sexual, ligada ao desenvolvimento do menor designadamente na esfera sexual ⁶, isto é, tal desenvolvimento deve processar-se em liberdade, sem intromissões, que a Lei presume nocivas à formação da personalidade e assumpção da própria sexualidade. Trata-se da protecção penal das crianças “de modo tal que seja o jovem a fixar os próprios padrões e valores, à medida que caminhe para a maturidade”⁷. Não é a castidade ou a virgindade que estão em causa, ao contrário do assinalado por Figueiredo Dias⁸, nem uma pretensa inocência, não sendo também inteiramente correcto afirmar como Teresa Beleza o faz, que a lei presume que “abaixo de certa idade”... a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual⁹. O que a lei presume, é que nessas idades, actos de natureza sexual serão prejudiciais ao desenvolvimento do menor, quando da desigualdade etária se deduzir a ideia de abuso. Ora ao Estado incumbe proteger as crianças, com vista ao seu desenvolvimento integral, de acordo com o Art.º. 69/nº1 da Constituição, razão porque é incontestável a legitimidade de intervenção do direito penal nesta matéria. Será porém abusiva qualquer intromissão, quando a ideia de abuso se não coloque, por via da similitude da idade dos intervenientes. De aplaudir é assim, a norma ínsita no Artº 609 - quater do Código Penal Italiano, que refere expressamente, a não punibilidade da prática sexual não violenta entre menores, desde que a diferença de idade não seja superior a três anos, e o mais novo tenha mais de treze anos¹⁰.

⁵ Gersão, Eliana, “Crimes Sexuais contra Crianças”, in “Infância e Juventude”, Lisboa 1997.

⁶ Dias, Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Pág. 442 e segts, Coimbra 1999

⁷ Silva Pereira, Margarida, in Revista “sub Judice”, Pág. 21, Lisboa 1996

⁸ Actas e projecto de Revisão, Pág. 261, Lisboa 1993

⁹ Pizarro Beleza, Teresa, O conceito Legal de Violação, Pag. 56, Lisboa 1995

¹⁰ “ Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609 – bis compie atti sessuali con un minorenne che abbia completo gli anni tredici, se la differenza di età tra soggetti non è superiore a tre anni”

Clarificado o bem jurídico protegido, subjacente às condutas elencadas no preceito, o que podemos discutir é se todas visam proteger o mesmo interesse, consubstanciando abusos sexuais de crianças.

Na esteira de Figueiredo Dias¹¹, para quem o n.º 1 assume, perante o n.º 3 “o lugar de uma espécie de crime fundamental”, concordamos que as condutas descritas nas alíneas a), b) e c) do n.º 3, podem vir a afectar o desenvolvimento do menor, muito embora não aceitemos a possibilidade de interpretação, de termos como “conversa obscena” ou “espectáculo pornográfico” sem o recurso aos critérios sócio-culturais vigentes imbuídos de uma dimensão obviamente moral¹².

D) O Exibicionismo

A alínea a) descreve uma conduta exibicionista a qual pode ser integrada por diversos comportamentos de cariz sexual, desde o clássico “homem da gabardine” que de surpresa exhibe o pénis, até aqueles que se masturbam em locais públicos, pretendendo chocar a vítima e alimentando muitas vezes a fantasia que o ocasional observador ficará sexualmente excitado. De referir que o Código Penal Português pune também o exibicionismo perante adultos – Artº. 171º, mas aí como crime de resultado “quem importunar outrem”, enquanto perante crianças se trata de um delito de mera actividade.

¹¹ Obra citada, Pag. 542.

¹² Mouraz Lopes, José, Os crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual, Pag. 82, Coimbra 1998.

E) Actuação sobre o Menor

Da alínea b) consta a actuação sobre o menor. Actuar sobre o menor pressupõe integrá-lo numa “cena” de conotação sexual, satisfazendo interesses que podem não ter esse caríz. Repare-se que no anteprojecto do Código, o texto acrescentava “com o fim de o excitar sexualmente”, frase que foi retirada, pelo que será irrelevante a motivação.

A conversa obscena terá que incidir sobre sexo, circunstância que no entanto não será suficiente, sob pena de inclusão de qualquer explicação de carácter pedagógico. Obsceno significa indecoroso, lascivo, luxurioso, pelo que o teor da conversa deverá tratar a sexualidade dessa forma, sendo a actuação apta a prejudicar o desenvolvimento da criança. O mesmo se pode afirmar do escrito, espectáculo ou objecto pornográfico, meios de actuação sobre o menor, os quais terão de ser idóneos à excitação sexual da vítima.

F) Utilização de Menores na Pornografia

A alínea d) prevê a utilização de menores de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos. O Conceito de Pornografia, tem evidentemente de ser equacionado em função de determinado contexto sócio-cultural. Significativa foi a influência da noção de pornografia adoptada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que caracteriza uma obra como pornográfica, quando tomada em conjunto sobressaia um interesse meramente libidinoso, seja potencialmente

ofensiva porque se desvie dos padrões vigentes do comportamento sexual e não possua qualquer mérito ou valor literário, artístico ou científico. É óbvio que tais características permitem uma interpretação demasiado flutuante, não só pelo apelo aos padrões do comportamento sexual, mas também porque julgar o valor de uma obra implica um juízo subjectivo. Creio que a obra pornográfica deve ser dirigida a provocar excitação sexual e considero que, o carácter pornográfico da obra, não assenta tanto no que mostra, mas como mostra. A pornografia dissocia a sexualidade da afectividade, reduzindo a actividade sexual apenas ao genital.

No Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 25 de Maio de 2000, assinado por Portugal em 6 de Setembro do mesmo ano, define-se Pornografia Infantil como “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou quaisquer representações dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”. Um dos Projectos-Lei, apresentado na Assembleia da República, pelo Partido Popular¹³, propõe a inclusão de definição semelhante no Código Penal. No conceito proposto, apenas é substituída a expressão “actividades sexuais” por “actos sexuais de relevo”. Face à extensão, como o conceito de acto sexual de relevo tem vindo a ser interpretado nos Tribunais Portugueses, um beijo, um “apalpão”, uma carícia já foram considerados, parece-me demasiado ampla uma tal noção. A fotografia, o filme ou a gravação, para serem considerados pornográficos necessitam de representar actividades,

¹³ Projecto-Lei N°216 / IX, de 30 de Janeiro de 2003.

posturas, comportamentos, de natureza sexual indubitável, sem a qual a expressão pornográfica deixa de ter sentido.

Assim, a cópula, o coito anal, o coito oral, a masturbação própria ou alheia, a introdução de objectos no anus ou na vagina

Filmar uma criança nua pode excitar sexualmente quem o faz, mas a obra não constitui um filme pornográfico. Que o normativo abrange também actividades sexuais simuladas parece inquestionável, pois não perde por essa via o carácter pornográfico, nem deixa de constituir conduta idónea à lesão do bem jurídico em causa.

Não nos esqueçamos que o interesse tutelado comum a todo o Artº. 172 é o desenvolvimento livre do menor, designadamente na esfera sexual. A utilização do menor em Pornografia, consentida ou não consentida, possui virtualidade para poder vir a prejudicar esse desenvolvimento. Não é porém apenas esse o interesse em questão. A intimidade da criança é sempre devassada, devendo mesmo nas hipóteses de prática consensual, considerar-se o consentimento como irrelevante, face à idade das vítimas.

Se a utilização consentida integra claramente a tipificação, a coactiva pelo uso da violência ou da ameaça grave, de acordo com o previsto nos Artºs 163 e 164, pode consubstanciar os crimes de coacção sexual ou de violação. Outras situações não se encontram abarcadas pelo preceito em análise.

Assim, se alguém filma uma criança, sem que esta dê conta, a masturbar-se, ou grava a prática sexual de dois menores, na ignorância destes, comete o crime de devassa da vida privada, previsto no Artº. 193, atentando contra a intimidade / privacidade da vítimas.

Questões diversas são as situações denominadas de pornografia técnica e de pseudopornografia. Na primeira, utilizam-se adultos que

aparentam ser menores, oferecendo ao espectador imagens de falsos menores na prática de actividades sexuais. Face à Lei Portuguesa e de acordo com o bem jurídico tutelado, tais condutas não são penalizáveis. Assim não sucede na Lei Francesa, que em conformidade com as alterações introduzidas pela Lei Nº 468/98, de 17 de Junho, passou a penalizar como pornografia de menores as imagens pornográficas que mostram pessoas com aspecto de menores, a não ser que se encontre estabelecido que tais pessoas contavam mais de dezoito anos à data da gravação. Tal como Tamarit Sumalla, também consideramos que a inversão do ónus da prova “não é aceitável do ponto de vista do necessário respeito aos princípios da legalidade e da presunção de inocência”¹⁴.

Quanto à pseudopornografia na qual se manipulam imagens de menores reais, em cenas de pornografia nas quais eles não intervieram, a questão oferece algumas dúvidas. Morales Prats e Tamarit Sumalla^{15,16}, face ao nº 1 do Artº. 189 do Código Penal Espanhol, opinam que tais condutas integram a previsão, contrariamente ao defendido por Orts Berenguer¹⁷.

Efectivamente utilizam-se menores para os fins constantes no preceito, mas como e em que medida, o bem jurídico – desenvolvimento sexual daqueles menores foi afectado?

Não nos parece que a previsão ínsita na alínea c) do nº 3 do Artº. 172 do Código Penal Português abranja as hipóteses consideradas.

¹⁴ Tamarit Sumalla, José M., La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual, Pag. 47, 2000.

¹⁵ Prats, Morales, Comentario al Artº. 189, Pag.189.

¹⁶ Obra citada, Pag. 144.

¹⁷ Orts Berenguer, Enrique e Suarez-Mira Rodriguez, Carlos, Los Delitos contra la Libertad y Indemnidad Sexuales, Pág. 255, Valencia 2001.

G) *Tráfico e Detenção de Pornografia Infantil*

A alínea d) fala em exhibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio. E digamos desde já, que o meio – Internet, não pode deixar de estar incluído na previsão legal, como correctamente julgou recentíssimo Acórdão proferido no Tribunal de Benavente, cuja cópia me foi gentilmente cedida pela Sr^a. Dr^a. Juíza Sónia Kietzmann, nossa ilustre companheira nesta Jornada.

É verdade que um Projecto-Lei pendente, visa consagrar expressamente na Lei a referência a suportes informáticos, o que não parece absolutamente necessário. Introduzida esta alínea em 1998, pretendeu-se punir autonomamente a exibição e a transmissão mesmo gratuita do material pornográfico, sabendo-se que tal material é objecto de elevado intercâmbio não comercial. Dir-se-á tal como Figueiredo Dias que se trata de tutelar um interesse demasiado longínquo, pois a lesão do bem jurídico já foi consumada, quando se utilizaram as crianças nas gravações pornográficas. Na verdade, não parece ser o desenvolvimento daqueles menores a estar em causa, nem parece curial ter incluído tais comportamentos num artigo, epigrafado de abuso sexual de crianças. Se não é a liberdade nem a autodeterminação sexual, a criminalização “não pode deixar de ser iluminada por um bem jurídico supra - individual”, como escreve Figueiredo Dias ⁽¹⁸⁾.

Em 2001, mais uma alínea foi acrescentada, punindo a detenção do material pornográfico com o propósito de o exhibir ou ceder, norma praticamente igual à constante no Código Espanhol, Artº 189/nº1 – b)

2º §. Ainda não se trata de punir a simples detenção, mas a mesma com intenção de exhibir ou ceder. Estamos assim perante a criminalização de um acto preparatório. A semelhança com o que se passa para diferenciar o consumo do tráfico de droga é flagrante. Como aferir da mencionada intenção. Um pedófilo, consumidor deste classe de material, pode coleccionar centenas ou milhares de vídeos, e não ter a mínima intenção de os mostrar, ao contrário de alguém possuidor de meia dúzia que se prepara para os vender. Dada a evidente dificuldade de determinação do acto delituoso, admitimos como Orts Berenguer¹⁹ que esta norma incriminadora apenas deve ser aplicada nos casos em que o agente possuidor do material anteriormente gravado, se encontra em fase de ultimação do mesmo, desde que constatada a possibilidade de difusão com alguma envergadura.

Face aos comportamentos em análise, sustentam alguns, estarmos em presença de um crime estruturalmente semelhante ao delito de receptação. Também aqui teríamos um delito prévio, aproveitamento do mesmo e violação sucessiva do mesmo bem jurídico.

Não oferecendo dúvidas a existência de um delito prévio, custa-nos a admitir que se trate do mesmo bem jurídico, pelo menos, face ao desenho actual plasmado no Código Penal Português. Por outro lado, não podemos esquecer que, contrariamente ao que sucede nestes casos, constitui requisito fundamental no crime de receptação a intenção de obter uma vantagem patrimonial. A norma em análise é como já dissemos semelhante à espanhola. Ao contrário desta porém, comina exactamente a mesma pena – prisão até três anos, aplicável a todas as hipóteses contempladas no nº3, o que nos parece incorrecto.

¹⁸ Obra citada, pág 548.

¹⁹ Obra citada, pág.258.

H) Agravação da Pena

O nº 4 do Artigo, prevê uma pena superior, 6 meses a 5 anos, para quem praticar os actos descritos nas alíneas a), b), c) e d) do nº 3. com intenção lucrativa. Compreende-se que a pornografia infantil e a pedofilia, se podem enquadrar numa actividade comercial lucrativa. Não vislumbramos porém a hipótese do parafílico exibicionista actuar movido por interesse pecuniário.

Todo o Artigo 172º, abrange apenas os actos praticados contra menores de 14 anos (abuso sexual de crianças). A protecção é porém alargada a menores com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos, vítimas das mesmas condutas, mas apenas e só quanto a menores dependentes (confiados para a educação ou assistência), sendo neste caso as penas previstas, significativamente mais baixas, conforme o disposto no Artº. 173º²⁰.

²⁰ Artº. 173 – (Abuso Sexual de menores dependentes)

1 – Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos nos números 1 ou 2 do Artº. 172º. Relativamente a menor entre 14 a 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2 – Quem praticar acto descrito nas alíneas do nº 3 do Artº 172º, relativamente a menor compreendido no número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano.

III – ALGUMAS DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS

a) Aumento significativo das molduras penais

As actuais penas previstas parecem equilibradas não se vislumbrando qualquer necessidade do seu agravamento que num dos Projectos se aproxima da pena cominada para o crime de homicídio quando é certo que não será por essa via que a questão minimamente se atenuará. A Pedofilia enquanto Parafilia deve ser tratada, implementando-se programas de recuperação dos transgressores sexuais, ao invés de longos e inúteis encarceramentos que nada resolverão, mas tão somente satisfarão uma população cada vez mais confusa e desinformada.

b) O prazo de prescrição

Concorda-se com o alargamento do prazo prescricional, desde que não se exagere, pois sabendo nós que a maioria dos abusos sexuais ocorrem no seio da família é natural que surjam simples vindictas sem qualquer sustentação probatória.

c) Qualificação como crimes públicos dos delitos sexuais praticados contra menores

A ser aprovada esta proposta será obviamente de aplaudir. As múltiplas alterações sofridas no art.º 177, conduziram a uma situação ambígua na qual a classificação semi-pública do crime assume uma natureza atípica e intermédia pois o M.P. pode dar início ao processo segundo o interesse da vítima menor de 16 anos. O crime é aliás público no C.P.Espanhol – art.º 191.

d) Também merece a nossa inteira concordância a elevação da idade para os 18 anos na protecção penal no crime de lenocínio, como sucede nos Códigos Penais Espanhol e Italiano. Aliás não faz sentido que em conformidade com a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, o Estado esteja obrigado a intervir nas situações de exploração sexual e prostituição de Menores e depois não conceda a respectiva protecção penal.

e) A criminalização da simples detenção de Pornografia Infantil

Quando se fala em material pornográfico envolvem-se fotografias, filmes, vídeos, gravações, etc., etc., o que nalguns casos levará à impraticabilidade da perseguição penal, criando uma norma de direito penal simbólico. Por outro lado, não nos podemos esquecer que o Bem Jurídico tutelado consiste na Liberdade Sexual, entendida esta em ligação com o desenvolvimento do Menor, designadamente na sua próxima sexualidade sem intromissões abusivas, para que seja ele próprio a fixar e determinar o seu comportamento em liberdade. Ora não podemos entender, como é que alguém que hoje possui um filme de pornografia infantil rodado nos anos 30 do século passado, pode estar a lesar o desenvolvimento dos que hoje são anciãos ou porventura já morreram, tanto mais que se pretende incluir a nóvel incriminação no art.º 172, o qual tem como epígrafe “Abuso Sexual de Crianças”. Tal como Ferré Olivé, também consideramos que “não podemos perder de vista o interesse jurídico tutelado, e recordar que não é missão do Direito Penal traçar as linhas morais da humanidade, mas sim tentar resolver importantes conflitos sociais”.

FINALIZANDO

Constituindo a pornografia infantil um problema transnacional só pode ser atenuado através da harmonização legislativa. De outra forma, existirão sempre paraísos virtuais que possibilitarão a transmissão e difusão das imagens pornográficas a nível mundial. Será imperioso encontrar o ponto de equilíbrio entre a liberdade de informação e os interesses da criança no que concerne à privacidade, dignidade e desenvolvimento da personalidade.

Questões como a idade do menor utilizado, o próprio conceito de pornografia infantil, a necessidade de tutela da simples detenção de material pornográfico, a pornografia técnica e a pseudo- pornografia infantil, devem ser debatidas na busca do mais amplo consenso, sem o qual não se logrará qualquer resultado.

É porém óbvio, que problemas como a pornografia infantil, mas também o turismo sexual e a prostituição, não devem ser encarados apenas, nem sequer preferencialmente numa óptica de repressão penal. A eficácia da intervenção do Direito Penal face a tão complexas questões está muito longe de ser demonstrada.

A miséria, o desemprego, a destruturação familiar, o abandono físico e afectivo, a marginalização, o fracasso da escola, a demissão parental, aliados numa sociedade individualista e egoísta, do lucro e da ostentação, na qual o ter substituiu o ser e onde o que parece é, propiciarão sempre uma legião de crianças e adolescentes, imaturos e vulneráveis, prontas a ser filmadas ou prostituídas.

Combater essas causas passa pela educação, pela socialização, pela integração comunitária, pela erradicação dos guetos, pelo apoio e reabilitação das famílias, pela implementação de uma verdadeira política da menoridade, impondo antes de mais, a construção de uma Sociedade de Inclusão, de Liberdade e de Solidariedade.

Jorge de Almeida Cabral

Catania, 16 de Maio de 2003

BIBLIOGRAFIA

- Abusos sexuais em crianças e adolescentes, Contributos do 1º Seminário Nacional, Lisboa 1997
- Alves, Sénio Manuel dos Reis, crimes Sexuais, Coimbra 1995
- Beleza, Teresa Pizarro, Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra, Lisboa 1990
- Beleza, Teresa Pizarro, O Conceito Legal de Violação, Lisboa 1995
- Dias, Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Coimbra 1999
- Diez Ripolles, José Luis, La Protección de la Libertad Sexual, Barcelona 1985
- Ferré Olivé, Juan Carlos, Pornografía Infantil en Internet, Universidade da Catânia, Itália
- Gersão, Eliana, “Crimes Sexuais contra Crianças”, in “Infância e Juventude”, Lisboa 1997

- Mouraz Lopes, José, Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual, Coimbra 1998
- Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, Valencia 1993
- Orts Berenguer, Enrique e outro, Los Delitos contra la Libertad Y Indemnidad Sexuales, Valencia 2001.
- Orts Berenguer, Eurique e Roig Torres, Margarita, Delitos Informaticos y Delitos Comuns Cometidos através de la Informatica, Valencia 2001
- Orts Berenguer, Eurique, Delitos Contra la Libertad Sexual, Valencia 1995
- Pereira, Margarida Silva, in “Sub Júdice”, Lisboa 1996
- Prats, Morales, Comentario al Artº. 189
- Tamarit Sumalla, José M., La Protección del Menor frente al Abuso y Explotación Sexual, 2000