



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

DIREITO PENAL I

3.º ANO NOITE / 2024-2025

Regência: Prof.ª Doutora Teresa Quintela de Brito/Colaboração: Doutor Ricardo Tavares da Silva e Dr. André Jorge Neves

Exame 2.ª Época – Coincidências: 18 de fevereiro de 2025

Duração: 120 minutos

Realidade e representação

Venâncio conseguiu ter acesso, pelo *Facebook*, à digitalização de desenhos feitos por uma criança, **Sónia**, durante as férias de Verão que esta passou com a sua família no Algarve. Entre esses desenhos, contavam-se representações dos seus irmãos, menores, a brincar sem roupa na praia.

Venâncio era membro de uma rede pedófila que distribuía imagens de crianças na *Internet*. Vendeu a digitalização dos desenhos feitos por **Sónia** a várias pessoas, fazendo bastante dinheiro com isso.

A rede foi desmontada pela Polícia Judiciária e **Venâncio** veio a ser acusado da prática do crime de pornografia de menores, previsto e punido no artigo 176.º do CP. Mais especificamente, quanto à distribuição das digitalizações dos desenhos feitos por **Sónia**, foi acusado da prática do crime previsto e punido no número 4 do referido artigo, por referência à alínea c) do n.º 1 do mesmo preceito.

1. Durante o julgamento, **Venâncio** invocou a inconstitucionalidade material do artigo 176.º/4, defendendo que o tribunal não poderia aplicar esse artigo por força do disposto no artigo 204.º, da CRP, pelo não o deveria punir pela prática desse crime. Nomeadamente, arguiu que não há razões para punir como pornografia de menores condutas que não envolvem a utilização de crianças reais.

Venâncio tem razão? (4,5 valores)

2. **Venâncio** arguiu, ainda, que, mesmo que o artigo 176.º/4, do CP, não seja desconforme com a CRP, o que ele fez não corresponde ao descrito nessa disposição legal, pois os desenhos, feitos por uma criança, não eram suficientemente realistas nem, sequer, pornográficos, embora tivessem sido bastante procurados.

Pode o juiz punir **Venâncio** pelo crime descrito nessa disposição? Responda tendo em consideração as normas e os princípios relativos à interpretação em Direito Penal. (4,5 valores)

3. No período decorrido entre os factos referidos e o julgamento, o artigo 176.º/4 foi alterado, passando a estatuir uma pena máxima de 1 ano de prisão. Porém, já durante o julgamento, voltou à versão inicial, com a punição máxima de 2 anos de prisão.

Pode o juiz aplicar este novo regime ao facto praticado por **Venâncio**? Responda tendo em consideração as normas e os princípios relativos à aplicação da lei penal no tempo. (4 valores)

4. **Julião**, cidadão português residente em França, foi um dos adquirentes das digitalizações dos desenhos distribuídas por **Venâncio**, pretendendo exibí-las numa reunião com amigos.

É a lei portuguesa aplicável ao facto praticado por **Julião**? Como e com base em que critérios e fundamentos? Responda tendo em consideração o disposto no artigo 176.º/4, por referência à alínea *d*) do respectivo n.º 1, bem como as normas e os princípios relativos à aplicação da lei penal no espaço. (5 valores)

Apreciação Global (correção da linguagem, sistematização e nível de fundamentação das respostas, capacidade de síntese e clareza de ideias): 2 valores.

Tópicos

1.

O problema a tratar diz respeito ao conceito material de crime: pretende saber-se se a norma incriminadora contida no artigo 176.º/4 do CP é materialmente válida, à luz dos parâmetros constitucionais, inquirição que não se reduz a saber se foram respeitados os trâmites orgânico-formais impostos pela CRP.

Para quem subscreva a teoria do bem jurídico, uma conduta tem dignidade penal se consistir numa ofensa a um bem jurídico com assento constitucional. Exige-se, portanto, que não só seja identificado um bem jurídico a partir de disposições constitucionais, como, também, que exista um nexo de ofensividade entre a conduta incriminada e esse bem jurídico.

Ora, a conduta incriminada no artigo 176.º/4 do CP não mostra ser ofensiva no sentido da lesão de qualquer bem jurídico – nomeadamente, a autodeterminação sexual de menores (ou a sua privacidade e intimidade; ou, mesmo, a sua dignidade) –, pelo simples facto de não estarem implicadas vítimas reais. A disposição referida diz respeito à utilização de material pornográfico com representação realista, o que não é produtor de qualquer dano com relevância penal.

Porém, a mesma teoria do bem jurídico admite que o nexo entre a conduta e o bem jurídico seja mais fraco do que um nexo de ofensividade sob a forma de lesão desse bem jurídico, podendo consistir num mero nexo de perigosidade. É este nexo que fundamenta as incriminações nos chamados ‘crimes de perigo’. Assim, condutas que possibilitem a produção de danos, sem elas mesmas os produzirem, terão, em algumas circunstâncias (bens jurídicos de elevado valor e especiais exigências de prevenção), dignidade penal.

É o caso da conduta incriminada no artigo 176.º/4 do CP. A sua *ratio* consiste em prevenir futuros e eventuais atos de natureza sexual que envolvam menores. Enquanto crime de perigo abstrato, pressupõe que o manuseamento de material pornográfico com representação realista de menores é suscetível de estimular a libido de potenciais agentes pedófilos. Essa já é a razão de ser, inclusivamente, das incriminações contidas no número 1 do mesmo artigo. Torna-se irrelevante que não sejam usadas crianças reais, bastando que as representações sejam convincentes o suficiente para produzir os mesmos efeitos que se pretende prevenir com a incriminação do 176.º/1.

Neste sentido, conclui-se que a incriminação contida no artigo 176.º/4 do CP está de acordo com os parâmetros de constitucionalidade, sendo materialmente válida. Obviamente, fica reservada a possibilidade de se negar a constitucionalidade dos próprios crimes de perigo, e mais especificamente, dos crimes de perigo abstrato.

2.

O problema a tratar diz respeito às fronteiras da interpretação em Direito Penal. Mais concretamente, há que saber se qualificar os desenhos feitos por **Sónia** como representações realistas e como material pornográfico, com a consequência de se aplicar o art. 176.º/4 do CP à conduta realizada por **Venâncio**, constitui ou não um incumprimento da proibição de analogia consagrada no artigo 3.º/1 do CP, uma das expressões do princípio da legalidade (artigo 29.º/1 e 3 da CRP: corolário da lei estrita).

Este problema pressupõe que já se tenha adotado, de antemão, como critério de demarcação entre interpretação (permitida) e analogia (proibida), o sentido possível das palavras, como é o caso de Maria Fernanda Palma (que opera a distinção noutros termos: entre analogia permitida e analogia proibida). Pretende saber-se, precisamente, se o

significado das expressões ‘representação realista’ e ‘material pornográfico’ ainda inclui a referência aos desenhos feitos por uma criança e representando crianças a brincar (se bem que nuas). É de lembrar que, para Castanheira Neves, o significado das palavras é, inversamente, o resultado da interpretação, apresentando um critério de demarcação diferente (recorrendo-se, essencialmente, à *ratio* da incriminação).

Relativamente ao carácter realista da representação, certamente que haverá uma graduação entre representações hiper-realistas, indiscerníveis de fotografias, e representações não tão realistas mas ainda suficientemente próximas da realidade que justifiquem a sua qualificação como representações realistas. A dificuldade está em estabelecer a fronteira para lá da qual já não se estará perante uma representação realista. Alguns autores, como Figueiredo Dias, perante esta dificuldade, regressam ao critério da *ratio legis*, se bem que restrito à determinação do significado das palavras nos casos hermenêuticamente mais difíceis. No caso, seguindo esse critério, se a representação for apta a estimular a libido do potencial agente pedófilo, ativando-se as razões preventivas subjacentes ao art. 176.º, será uma representação realista. Para quem se mantenha fiel ao critério do significado das palavras, sempre se pode defender que é realista a representação com um grau elevado de fidelidade face à realidade representada. Nestes termos, os desenhos de **Sónia**, se forem os de uma criança pequena com uma habilidade artística normal, não serão realistas.

Relativamente ao carácter pornográfico do material representado, o número 8 do mesmo art. 176.º pretende avançar com uma definição. O conteúdo dos desenhos encontra correspondência com a parte final da disposição referida, já que são representados, presume-se, órgãos sexuais. Porém, exige-se, no início do número 8, que o material represente o que representa mas com fins sexuais, o que não é o caso (as crianças estavam a brincar na praia). Porventura, a disposição exigirá, sim, que o material seja usado com fins sexuais, ainda que a representação propriamente dita não seja intrinsecamente sexual, o que já é o caso. Aceitar-se-á qualquer solução por parte do aluno, desde que devidamente fundamentada.

Indispensável será que, na hipótese de se assumir que o significado das expressões envolvidas não abrange os desenhos de **Sónia**, a punição de **Venâncio** pela prática do crime previsto no art. 176.º/4 constituirá uma violação da proibição de analogia contida no art. 1.º/3.

3.

O problema a tratar diz respeito à aplicação da lei penal no tempo. Mais especificamente, coloca-se a questão de saber se deverá ser aplicada a lei intermédia entre a lei em vigor no momento da prática do facto e a lei em vigor no momento do julgamento (que é a mesma do *tempus delicti*), por aplicação do art. 2.º/4 do CP (obrigação de aplicação retroativa da lei posterior de conteúdo mais favorável). Pois, dir-se-á, contra essa aplicação, que, no cômputo geral, nada mudou, sendo de aplicar, afinal, o número 1 do referido artigo, em articulação com o art. 3.º (aplicação da lei em vigor no momento da prática do facto).

A doutrina tende a conferir relevância à lei intermédia. Figueiredo Dias, por exemplo, argumenta que é essa a lei que deve ser aplicada para não serem frustradas as expectativas eventualmente criadas, pela mesma, no agente. Porém, a aplicar-se a lei intermédia (no caso, a versão do art. 176.º/4 que pune com uma pena máxima de 1 ano de prisão), tal ocorrerá no âmbito do art. 2.º/4, que não tutela a não-frustração de expectativas. Com base nesse argumento, ter-se-ia de aplicar a lei em vigor no momento na prática do facto, de acordo com o artigo 2.º/1, que pune o facto com uma pena máxima de 2 anos de prisão.

A argumentação a favor da aplicação da lei intermédia tem de passar pelos fundamentos

subjacentes à imposição de retroactividade *in melius*: a auto-vinculação do Estado ao seu próprio Direito, a (des)igualdade na aplicação da lei e a (des)necessidade da pena. O art. 2.º/4 pretende evitar que quem cometa o mesmo crime após a desagravação da pena saia beneficiado relativamente a quem o tenha praticado antes. No caso, evitar-se-á que quem cometa o crime previsto no art. 176.º/4 após a alteração da pena para um máximo de 1 ano de prisão saia beneficiado relativamente a quem o tenha cometido quando esse máximo era de 2 anos. Nomeadamente, quando já não se justifica esta última, segundo as ponderações do legislador democrático que, apesar da sua curta duração não deixam de o auto-vincular e de o limitar.

Já se a versão do 176.º/4, na qualidade de lei em vigor no momento da prática do facto, for preterida a favor da versão posterior por força do art. 2.º/4, na qualidade de lei em vigor no momento do julgamento, esta não pode ser aplicada retroativamente por imposição do art. 2.º/1, agora *a contrario* (proibição de retroatividade *in pejus*). Novamente, faça-se o paralelismo com quem cometa o crime após a primeira alteração legislativa mas antes da segunda.

Em suma, o agente tem de ficar numa situação igual a quem cometa o mesmo tipo de crime posteriormente, caso a pena (concreta) seja inferior. Na constelação de casos em apreço, deverá ser-lhe aplicada a lei intermédia de conteúdo mais favorável, assim como deverá ser-lhe aplicada uma lei posterior a esta última, se lhe for ainda mais favorável.

4.

O problema a tratar diz respeito à aplicação da lei penal no espaço. Como o facto não foi praticado em Portugal (a ação ocorreu fora do território português: arts. 7.º do CP, e 5.º da CRP), não se pode aplicar a lei portuguesa por via do princípio da territorialidade (art. 4.º do CP). Só resta a hipótese de a mesma se aplicar por via de um dos princípios complementares, que conferem fundamento às soluções vertidas no n.º 1 do art. 5.º.

Correndo as várias alíneas, constata-se que o artigo do CP em questão, o 176.º, se encontra referido na alínea *d*). O princípio subjacente a esta alínea é o princípio da universalidade: certos tipos de crimes consideram-se dignos de perseguição penal pelo Estado português, independentemente do lugar da prática do facto, em função do interesse da comunidade internacional na sua repressão, por atentarem contra bens jurídicos que a mesma considera fundamentais.

Resta analisar se estão preenchidas as condições que surgem descritas nos incisos que se seguem, alternativos entre si.

Julião é português, pelo que se encontra preenchida uma das condições descritas no segundo inciso (também elas alternativas). O terceiro inciso não está preenchido porque não existem vítimas (porventura, existirão vítimas potenciais). O inciso *i*) também não se verifica porque este pressupõe que o agente seja voluntariamente encontrado em Portugal, e não possa ser extraditado ou entregue, inclusive por não haver sido requerida a sua extradição ou entrega. Ora, Julião não se encontra em Portugal.

Assim, para Portugal poder julgar Julião ao abrigo do inciso *ii*) da al. *d*) do n.º 1 do art. 5.º do CP, terá de solicitar a França a sua entrega para efeitos de procedimento criminal, ao abrigo do art. 1.º, da Lei n.º 65/2003.

Verifica-se a condição exigida pelo seu art. 2.º/1: Portugal (o Estado-Membro requerente) pune o facto em causa com pena não inferior a 12 meses de prisão. Se, por hipótese, o Estado-Membro requerido não punir o crime em causa, e admitindo que este transpôs a Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, nos mesmos termos que Portugal, então, França não entregará Julião sem controlo da dupla incriminação nos termos do art. 2.º/2,

al. d), da LMDE, por o crime em causa não ser punido em Portugal com pena de prisão não inferior a 3 anos.

Mesmo admitindo que se verifica a dupla incriminação exigida pelo art. 2.º/3, da LMDE, França poderá sujeitar a entrega de Julião a Portugal para julgamento à condição de este ser devolvido ao Estado-Membro da execução para cumprimento da pena que lhe venha a ser aplicada no país em que reside, por razões de prevenção especial positiva (cfr. art. 13.º/1, al. b), da LMDE). Ou seja, se for mais favorável à sua socialização o cumprimento da pena no país da residência, onde, por hipótese, se encontra o seu suporte familiar e social.