

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 925/18.7TELSB.L1-9

Relator: ANTÓNIO CARNEIRO DA SILVA

Sessão: 28 Outubro 2021

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PARCIALMENTE PROVIDO

CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES

ACTUAÇÃO DOLOSA

ERRO SOBRE PROIBIÇÕES

CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DO FACTO

Sumário

I-A aplicação de uma sanção penal no plano ético apenas se justifica se de alguma forma for possível ligar o facto objectivamente típico à vontade do agente, sendo que a lei penal portuguesa historicamente agrupa sob os conceitos de dolo e negligência as várias possibilidades de estabelecer essa conexão, conceitos de grau e estrutura diversos, cuja diferença essencialmente reside na maior ou menor ligação entre o facto objectivamente típico e a vontade do agente, maior no caso da conduta dolosa; menor no caso da conduta negligente, pelo que a actuação dolosa ocorre quando o agente representa o conjunto de factos que integram a descrição típica enquanto modelo objectivo de conduta reprovado pelo Direito Penal, realidade habitualmente designada como elemento cognitivo do dolo, liga a sua vontade à verificação desse conjunto de factos, e tem consciência da contrariedade da sua conduta face ao dever-ser jurídico-penal;

II- Quando na decisão recorrida, se afirma que o arguido desconhecia ser a sua conduta proibida e punida por lei, esta é completamente omissa quanto ao enquadramento da situação no nº 1 do artigo 16º ou no nº 1 do artigo 17º, ambos do Código Penal, e, conseqüentemente, nem sequer se pronuncia quanto à censurabilidade penal de tal desconhecimento e à eventual punição pelo desconhecimento censurável, sendo que a análise de tais questões se impunha sendo até de conhecimento officioso;

III-Tendo o tribunal a quo deixado de se pronunciar quanto a questões que manifestamente devia ter apreciado, terá de ser considerada nula a sentença proferida nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 379º do Código de Processo Penal.

Texto Integral

Acordam, em Conferência, os Juízes desta 9ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa

I-RELATÓRIO

No Juízo Local Criminal de Sintra (Juiz 3) do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste, no âmbito do processo comum singular nº 925/18.7TELSB, o arguido AA, devidamente identificado nos autos, foi submetido a julgamento pela prática, em autoria material e na forma consumada, de um crime agravado de pornografia de menores, previsto e punido pela conjugação das normas consagradas na alínea c) do nº 1 do artigo 176º e no nº 7 do artigo 177º, ambos do Código Penal, tendo a final sido proferida sentença que decidiu pela sua absolvição.

Inconformado com a decisão absolutória, veio o Ministério Público interpor recurso, terminando a motivação com as seguintes conclusões (transcrição):

1-O tribunal absolveu o arguido por considerar não se encontrarem integralmente provados os factos do tipo subjectivo, sobraçando desde logo os factos constantes do elemento intelectual;

2-O dolo encontra-se descrito de forma muito genérica, sendo a acusação omissa quanto à intenção de distribuição ou partilha do conteúdo em apreço (elemento volitivo do dolo);

3-Não se encontrando integralmente provados os factos do tipo subjectivo do crime imputado (dolo) é manifesto que o arguido não pode deixar de ser absolvido do crime;

4-O crime previsto no artigo 176º do Código Penal prevê entre outras as condutas objectivas de divulgação de material com conteúdo pornográfico relativo a menores;

5-Por sua vez nos termos do artigo 14º do Código Penal as referidas condutas

são punidas a título doloso;

6-Da acusação constam os elementos relativos ao facto objectivo de partilha de ficheiros;

7-Igualmente constam que o arguido tinha conhecimento do carácter e conteúdo pornográfico dos mesmos;

8-Que agiu livre voluntária e conscientemente com conhecimento da ilicitude da sua conduta;

9- Inexiste portanto qualquer omissão na acusação, uma vez que a actuação livre e voluntária se refere ao acto de partilha;

10-A sentença não efectuou uma correcta interpretação e aplicação do artigo 14º do Código Penal;

11-Devendo ser revogada e substituída por outra que proceda à condenação do arguido.

O recurso foi admitido por despacho proferido a 23 de Junho de 2021, a subir de imediato, nos próprios autos e com efeito suspensivo.

Pelo arguido foi apresentada resposta, na qual, em súmula, pugna pela improcedência do recurso e, conseqüentemente, pela manutenção do decidido em 1ª instância.

Remetidos os autos a este Tribunal da Relação de Lisboa, pelo Exmº. Procurador-Geral Adjunto foi lavrado parecer, no qual, em súmula, declara aderir à argumentação do recorrente.

Cumprido o preceituado no nº 2 do artigo 417º do Código de Processo Penal, pelo arguido/recorrido foi mantido o teor das suas anteriores alegações.

No exame preliminar considerou-se que o objecto do recurso interposto deveria ser conhecido em conferência (uma vez que não foi requerida a realização da audiência e não é necessário proceder à renovação da prova nos termos do artigo 430º do Código de Processo Penal).

Colhidos os vistos legais e realizada a conferência a que alude o artigo 419º do Código de Processo Penal, cumpre decidir.

**

*

II-Fundamentação

Como é sabido, o teor das conclusões que o recorrente extrai da motivação que apresenta, onde sintetiza as razões de discordância com o decidido e resume o pedido (nº 1 do artigo 412º 3º nº 3 do artigo 417º, ambos do Código de Processo Penal), delimita o objecto do recurso e fixa os limites do horizonte cognitivo do Tribunal Superior, sem prejuízo das questões que devem ser conhecidas oficiosamente (como sucede com os vícios a que alude o nº 2 do artigo 410º, ou no nº 1 do artigo 379º, ambos do Código de Processo Penal - acórdão para uniformização de jurisprudência nº 7/95, de 19 de Outubro de 1995, publicado no Diário da República, I série, de 28 de Dezembro de 1995).

Assim, atentas as conclusões do recorrente, as seguintes questões são colocadas à apreciação deste tribunal, enunciadas por ordem de precedência lógico-jurídica:

A)-(in)existência de omissão na acusação da qual tenha decorrido a decisão de absolvição, e, na afirmativa, acerto de tal decisão;

B)-errada aplicação ao caso da norma consagrada no artigo 14º do Código Penal.

Delimitado o objecto do recurso, importa conhecer a factualidade em que assenta a decisão impugnada.

Factos Provados (transcrição)

1-O arguido acedeu no dia 28 de Fevereiro de 2018, às 18h32m26

UTC, e quando se encontrava na sua residência sita na Rua

....., em Mem Martins, ao seu perfil na rede social Facebook

....., com o ID..... e ao qual se encontrava associado o número de telefone 9..... e o endereço de correio electrónico

.....@hotmail.com.

2-Nessas circunstâncias de tempo e de lugar e através do mencionado perfil na rede social, o arguido partilhou ficheiro em formato vídeo onde se visualizavam duas crianças, com idades entre os 9 e os 10 anos, na prática de relações sexuais de cópula com um indivíduo de sexo feminino de idade

adulta.

3-Tal partilha foi efectuada com MM, utilizador do perfil, na mesma rede social, “.....”.

4-Bem sabia o arguido que o ficheiro continha cenas de pornografia infantil em que participavam crianças que sabia terem idade inferior a catorze anos.

5-O arguido actuou de forma livre e voluntária.

6-O arguido não tem antecedentes criminais registados.

7-Encontra-se actualmente desempregado.

8-Vive com o filho, de anos de idade, estudante, em casa arrendada, pelo valor mensal de € 354,82, encontrando-se com as rendas em atraso.

9-Subsistem com a pensão do filho por morte da mãe, no valor de €100,00, e com o abono de família, no valor de € 50,00, beneficiando ainda da ajuda pontual dos sobrinhos que se encontram a residir em Londres.

10-De habilitações literárias tem o 8º ano de escolaridade.

**

*

Factos Não Provados(transcrição)

Com relevância para a boa decisão da causa, não se provou que:

A)-O arguido tenha actuado de forma consciente, bem sabendo ser a sua conduta proibida e punida por lei.

**

*

A)

Com todo o devido respeito, atento o conteúdo material da decisão recorrida verdadeiramente não se compreende esta questão suscitada pelo recorrente – como decorre da simples leitura da sentença proferida em 1ª instância, aí não se disse que o fundamento da absolvição decorria de eventual deficiência da descrição na acusação do elemento subjectivo típico, designadamente de uma suposta omissão quanto à alegação da específica intenção de distribuição ou partilha do conteúdo pornográfico.

Antes se deixou totalmente claro ser «(...) a exigência do preenchimento do tipo subjectivo (...) uma decorrência do princípio da culpa ou da responsabilidade subjectiva, o qual estabelece que a imputação a um agente de factos criminalmente relevantes assenta num nexó subjectivo na modalidade de dolo ou de negligência, conforme previsto nos artigos 14º e 15º

do Código Penal», pelo que, «(...) não se encontrando integralmente provados os factos conformadores do tipo subjectivo do crime imputado (o dolo)», impunha-se a absolvição.

Ou seja, a hipótese de deficiente construção da acusação por falta de alegação da específica intenção de distribuição e/ou partilha, feita constar quase como que *de passagem* na fundamentação de direito [hipótese com a qual, diga-se, de todo não se concorda. Isto porque, estando em causa o preenchimento do tipo-de-ilícito consagrado na alínea c) do nº 1 do artigo 176º do Código Penal, na extensão literal do preceito não se detecta a indicação, como requisito típico, de qualquer elemento subjectivo adicional ao dolo genérico, pelo que a prática do crime a que se refere este tipo-de-ilícito bastar-se-á com o simples e geral conhecimento e vontade de realização do tipo de crime por parte do agente a que se refere o artigo 14º do Código Penal (cfr, a este propósito, a posição do Prof. Figueiredo Dias no “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Coimbra Editora, Tomo I, 1999, página 548, em anotação ao artigo 172º do Código Penal, que na data abrangia o tipo-de-ilícito em apreço). E este elemento subjectivo genérico manifestamente integra (basta ler) o despacho acusatório], não fundou a decisão de absolvição.

Pelo que, concorde-se ou não com essa hipótese (e com ela, já se disse, não concordamos), a sua análise é irrelevante para aferir quanto ao acerto do decidido.

B)

Escusado seria dizê-lo, o princípio enunciado no artigo 13º do Código Penal tem na sua base a afirmação da essencialidade do elemento ético no campo do Direito Penal - «Eticamente só parece poder censurar-se alguém por aquilo que, do ponto de vista da vontade, fez culposamente: tudo o resto, tudo o que o agente *nada podia* do ponto de vista da vontade, pode ser lamentado ou objectivamente desaprovado, mas não lhe pode ser imputado como culpa. *Culpa é a censurabilidade do comportamento humano por o culpado ter querido actuar contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele.* Nisto reside justamente o seu livre-arbítrio» [Prof. Figueiredo Dias, in “Liberdade, Culpa, Direito Penal”, Coimbra Editora, 3ª edição, 1995, página 22].

Portanto, a aplicação de uma sanção penal no plano ético apenas se justifica se de alguma forma for possível ligar o facto objectivamente típico à vontade do agente.

E a lei penal portuguesa historicamente agrupa sob os conceitos de dolo e negligência as várias possibilidades de estabelecer essa conexão, conceitos de grau e estrutura diversos, cuja diferença essencialmente reside na maior ou menor ligação entre o facto objectivamente típico e a vontade do agente – maior no caso da conduta dolosa; menor no caso da conduta negligente.

Actuação dolosa ocorre quando o agente representa o conjunto de factos que integram a descrição típica enquanto modelo objectivo de conduta reprovado pelo Direito Penal (realidade habitualmente designada como *elemento cognitivo* do dolo), liga a sua vontade à verificação desse conjunto de factos (ligação que pode assumir as

3 graduações a que se referem os números do artigo 14º do Código Penal, comumente denominada de *elemento volitivo* do dolo), e tem consciência da contrariedade da sua conduta face ao dever-ser jurídico-penal [que a doutrina tem identificado como *elemento emocional* do dolo, independentemente de querelas doutrinárias quanto à integração deste elemento ainda no tipo-de-ilícito, ou autonomizando-o enquanto tipo-de-culpa].

Na decisão recorrida fez-se constar que o recorrido partilhou determinado ficheiro com terceiro (pontos 2- e 3- da matéria de facto provada), actuando de forma livre e voluntária (ponto 5- da matéria de facto provada), bem conhecendo o conteúdo do que estava a partilhar (ponto 4- da matéria de facto provada) – ou seja, claramente demonstrou-se que o arguido agiu tendo presente o conjunto de factos que integram o tipo-de-ilícito objectivo, e a eles livremente dirigiu a sua vontade, do que resulta indiscutível a verificação dos elementos cognitivo e volitivo do dolo.

A consciência de a conduta praticada ser penalmente típica é que, pelo contrário, não logrou prova (ponto único dos factos não provados) – e foi a não demonstração deste elemento emocional do dolo que justificou a absolvição, na medida em que os elementos integradores do conceito não se mostravam reunidos, e o tipo-de-ilícito em presença apenas é punível na forma dolosa (artigo 13º do Código Penal).

Ora, a solução encontrada manifestamente não contende com a regra legal que se retira dos artigos 13º e 14º do Código Penal – só nos casos expressamente previstos é possível a punição da conduta negligente; o tipo-de-ilícito a que se refere a alínea c) do nº 1 do artigo 176º do Código Penal não

é um desses casos; e não está demonstrado que a conduta do recorrido reúna todos os pressupostos legalmente fixados para a afirmação da actuação dolosa.

A censura a fazer à decisão recorrida, salvo sempre melhor opinião, reside num outro ponto.

Como se disse, não há qualquer dúvida, por um lado, que a partilha do ficheiro levada a cabo pelo arguido preenche o tipo-de-ilícito objectivo a que se refere a alínea c) do nº 1 do artigo 176º do Código Penal; por outro, que o arguido intencionalmente realizou tal partilha, embora sem a consciência da proibição jurídico-penal de assim actuar.

Ora, o erro sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo - nº 1 do artigo 16º do Código Penal.

Mas age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se O erro não lhe for censurável (nº 1 do artigo 17º do Código Penal), porque, se o for, aplica-se a punição pelo crime doloso, que poderá ser especialmente atenuada (nº 2 do artigo 17º do Código Penal).

A linha de fronteira entre estas 2 realidades tem sido estabelecida pela jurisprudência dos nossos tribunais superiores por referência ao nível de sedimentação na comunidade da dimensão axiológica da concreta conduta em presença [cfr, por todos, o decidido pelo Tribunal da Relação do Porto no seu acórdão de 25 de Fevereiro e 2015, disponível em www.dgsi.jtrp.pt/ - o erro sobre a ilicitude ou sobre a punibilidade que exclui o dolo apenas se deve e pode referenciar aos crimes cuja punibilidade não se pode presumir conhecida de todos os cidadãos; aos crimes cuja punibilidade se pode presumir ser conhecida de todos os cidadãos, o eventual erro sobre a ilicitude só pode ser subsumível ao artigo 17º do Código Penal, caso em que a culpa apenas é afastada se a falta de consciência da ilicitude do facto decorrer de erro não censurável].

E, escusado seria recordá-lo, consoante enquadrada numa ou noutra hipótese legal, uma conduta poderá sofrer resposta radicalmente diversa do sistema de justiça penal.

Ora, no caso, a decisão recorrida, afirmando que o arguido desconhecia ser a sua conduta proibida e punida por lei, é completamente omissa quanto ao

enquadramento da situação no nº 1 do artigo 16º ou no nº 1 do artigo 17º, ambos do Código Penal, e, conseqüentemente, nem sequer se pronuncia quanto à censurabilidade penal de tal desconhecimento e à eventual punição pelo desconhecimento censurável.

E entende-se manifesto que a análise de tais questões se impunha (ou seja, era de conhecimento officioso) a partir do momento em que o tribunal *a quo* considerou inexistir consciência da ilicitude da conduta por parte do arguido, desde logo porque se tratam de questões relativas à existência ou inexistência do crime, à punibilidade ou não punibilidade do arguido e à determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (artigo 124º do Código de Processo Penal), sendo certo considerar-se evidente que nos mantemos no mesmo *pedaço-de-vida* enquanto objecto do processo com os limites definidos pela acusação e pela posição do arguido sobre aquela manifestada em audiência de julgamento, relativamente a tal objecto se formando caso julgado material após transitar em julgado a decisão final que o venha a apreciar – não carecerá de fundamentação a afirmação de ser impossível novo julgamento do aqui recorrente (nº 5 do artigo 29º da Constituição da República Portuguesa), em outro processo, pela partilha do mesmo ficheiro pornográfico em causa nos autos, para determinação da censurabilidade do seu desconhecimento quanto à norma consagrada na alínea c) do nº 1 do artigo 176º do Código Penal.

Logo, tendo o tribunal *a quo* deixado de se pronunciar quanto a questões que manifestamente devia ter apreciado, é nula a sentença proferida [alínea c) do nº 1 do artigo 379º do Código de Processo Penal].

Nulidade que é de conhecimento officioso, atenta a actual concreta redacção do nº 2 do artigo 379º do Código de Processo Penal [as nulidades da sentença devem ser *arguidas* ou *conhecidas* em recurso, devendo o tribunal supri-las] dada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, rectificada pela declaração de rectificação nº 105/2007, de 09 de Novembro – esta tem sido a orientação pacífica da jurisprudência dos nossos tribunais superiores na matéria [cfr, por todos, o decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 13 de Janeiro de 2010, disponível em www.dgsi.jstj.pt], considerando-se por isso ter caducado a doutrina do assento nº 180/92, de 06 de Maio (publicado no Diário da República, I série-A, de 06 de Agosto de 1992).

E, por isso, compete ao tribunal *a quo* supri-la – nº 2 do artigo 379º e nº 4 do artigo 414º, ambos do Código de Processo Penal.

**

*

III-Dispositivo

Pelo exposto, acordam os Juízes que integram a 9ª secção deste Tribunal da Relação de Lisboa em:

a)-declarar a nulidade da sentença proferida nos autos, por omissão de pronúncia, nos termos previstos na alínea c) do nº 1 do artigo 379º do Código de Processo Penal;

b)- determinar o suprimento de tal nulidade pelo tribunal *a quo*, que deverá proferir nova sentença que aprecie a aplicabilidade ao caso das normas consagradas nos artigos 16º e 17º do Código Penal, daí extraindo as necessárias consequências.

*

Sem custas - artigos 513º e 522º do Código de Processo Penal.

Notifique.

Lisboa, 28/10/2021

António Carneiro Silva - (Relator)

Simone Abrantes de Almeida Pereira - (Adjunta)