

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 2484/07.7JFLSB.P2

Relator: MARIA DOLORES DA SILVA E SOUSA

Sessão: 03 Dezembro 2014

Número: RP201412032484/07.7JFLSB.P2

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REC PENAL

Decisão: PROVIMENTO PARCIAL

CRIME DE PORNOGRAFIA DE MENORES

PERDA DE INSTRUMENTO DO CRIME

Sumário

I - A perda de objectos, incluindo os instrumentos do crime dependa da verificação do pressuposto formal: a utilização do instrumento numa actividade criminosa e do pressuposto material: a perigosidade do instrumento.

II - Essa perigosidade deve ser avaliada, considerando o objecto em si mesmo e em concreto tendo em conta as circunstancias do caso, o que pode implicar uma conexão entre a perigosidade do objecto e uma referencia ao próprio agente por ter especiais qualidade para tornar algo anódino para o homem comum em algo letal.

Texto Integral

Proc. n.º 2484/07.7JFLSB.P2

Matosinhos

Acordam, em conferência, no Tribunal da Relação do Porto.

2ª secção criminal.

I-Relatório.

No Processo Comum Singular com o n.º 2484/07.7JFLSB do 2º Juízo de competência criminal do Tribunal Judicial de Matosinhos foi submetido a julgamento o arguido B..., com os demais elementos identificativos constantes da sentença de fls. 824 a 833.

A sentença de 14.03.2014, depositada no mesmo dia tem o seguinte

dispositivo:

«Tudo visto e ponderado, atentas as disposições legais citadas e as considerações expendidas, decide-se:

a) **Condenar** o arguido C..., pela prática em autoria material de um crime de pornografia de menores, p. e p. pelo art. 176º, nº4, por referência ao nº1, al.

b), na pena de 180 dias de multa, à taxa diária de € 6,00;

b) **Condenar** o arguido B..., pela prática em autoria material de um crime de pornografia de menores, p. e p. pelo art. 176º, nº4, por referência ao nº1, al.

b), na pena de 150 dias de multa, à taxa diária de € 6,00;

c) **Condenar** os arguidos no pagamento das custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 2 UC para cada um deles.

d) Ao abrigo do disposto no art. 109º, nº1 do Cód. Penal, declarar perdidos a favor do Estado, os seguintes objectos apreendidos nos autos:

- o disco rígido externo de marca “Seagate”, modelo “.....”, com o número de série “.....”;

- o computador de marca “Fujitsu” e respectivo disco rígido de marca “Samsung”, modelo “.....”, com o número de série “.....”;

- o disco rígido externo, de marca “Maxtor”, modelo “.....”, com o número de série “.....”;

- o computador de secretária pertencente ao arguido B... e respectivo disco rígido de marca “Maxtor”, modelo “.....”, número de série “.....”;

- o disco rígido externo de marca “Maxtor”, modelo “.....”, com o número de série “.....”»

*

Inconformado, o arguido B... interpôs recurso, apresentando a motivação de fls. 838 a 866 que remata com as seguintes conclusões:

I - É imputada ao Recorrente a prática de um crime de pornografia de menores, p. e p. pelo artigo 176.º, n.º 4, por referência ao n.º 1, alínea b) do Código Penal;

II - Com base na factualidade descrita na sentença, e tida como provada, o arguido veio a ser condenado.

III - Nos autos não foi formulado qualquer pedido de indemnização civil, pelo que inexistem danos, a título de anos patrimoniais ou não-patrimoniais, pelo que a questão se resume à pretensa conduta criminosa e pena de multa objecto de condenação.

Absolutamente inconformado, o arguido interpõe novamente o presente recurso.

IV - Assim, como resulta da Sentença recorrida, a qual, de resto, em nada de substancial altera a proferida anteriormente, a convicção do tribunal assentou

essencialmente na prova recolhida na fase de investigação, sendo que apenas uma das testemunhas se limitou a referenciar, vaga e superficialmente, o pretendo conteúdo da prova coligida na fase de investigação, sendo certo que o arguido negou – e continua a negar – a prática dos factos descritos.

V - Para além dos factos descritos em v), x), z), aa), ab), ac) a ad), os demais factos não podem ser tidos como provados, face à prova produzida, e às declarações prestadas pelo arguido e por uma das testemunhas constantes da acusação.

VI - Não foi produzida prova documental, técnica ou testemunhal suficiente e verosímil sobre os factos descritos em g), h), i), j), l, e m);

VII - Ao contrário do que seria expectável, **e processualmente exigível**, em nenhuma das sessões da audiência de discussão e julgamento foi visualizada o conteúdo da prova reunida pelo Ministério Público, donde se encontra gravemente prejudicado o princípio da imediação.

VIII - Com efeito, durante o julgamento não foram visualizadas as imagens, ouvidas ou reproduzido o conteúdo dos ficheiros informáticos em crise, inexistindo qualquer contacto directo entre o julgador e esses meios de prova na fase de julgamento.

IX - Desta forma, o arguido foi confrontado com as imagens recolhidas durante a investigação, pelo que a convicção do tribunal não podia ter sido fundamentada de acordo com o sustentado na Sentença, pelo que, por essa via, a decisão recorrida padece de vício grave, a qual deve conduzir à nulidade do julgamento, o que desde já se peticiona, para os devidos e legais efeitos.

X - A confrontação do tribunal com a prova recolhida é imperativo legal, sendo que é na audiência de julgamento que a mesma deve ser produzida e examinada, de molde a permitir às partes a discussão oral e a sujeição ao princípio do contraditório.

XI - Do que antecede, **é manifesto que tal vício é conducente à declaração de nulidade do julgamento, e de todos os actos praticados posteriormente, o que desde já se peticiona**, com as consequências legais, isto, pelo facto do tribunal *a quo* não ter respeitado os princípios da imediação, contraditoriedade e oralidade da audiência;

XII - A prova constante dos autos nunca foi exibida ao arguido, sendo certo que não teve oportunidade de se pronunciar sobre a mesma, tanto mais que vem descrita e apresentada de forma vaga e genérica, como é fácil de constatar da leitura dos artigos considerados provados (g), h), i), j), l, m, n) e o).

XIII- **É manifesto que a Sentença é nula, e assim deve ser declarada, por violação, entre outros, do artigo 321º do CPP;**

XIV - A prova produzida não permite a condenação do arguido nos termos

promanados;

XV - **Do depoimento da única testemunha que revelou algo saber (Sr.^a Inspectora E...)** como flúi do que se encontra gravado em suporte digital, 04.30 a 04.45 (o conteúdo não foi visualizado no local de apreensão, sendo certo que esta inspectora não participou na busca feita em casa do aqui recorrente); 07.30 a 08:20; 14:50 a 16:00; 16.10 a 17:40; 18:15 a 19:30; 19:45 a 21:30; 21:45 a 24:04; 24:20 a 26:00 (**depoimento da testemunha E...**), não podemos deixar de ficar com as maiores dúvidas sobre qual o verdadeiro conteúdo do pretendo download de ficheiro proibido efectuado pelo arguido, **pois que a testemunha de nada se recordou associado à pretensa prática criminosa do arguido**, resultado directo de actuação voluntária deste, ou mesmo se o referido download e presença em parte do material informático que lhe foi apreendido terá sido resultado da falta de habilidade e destreza no seguimento de outros downloads de filme se ficheiros de música que o mesmo confessou fazer com recurso à internet.

XVI - **E quanto às demais testemunhas arroladas pela acusação (3) mormente o Inspector F..., este nada revelou saber pois que, também esta testemunha de nada se recordou associado à pretensa prática criminosa do arguido.**

XVII - Sobre isto, recorde-se o seguinte: No material apreendido ao Recorrente apenas foram encontrados dois ficheiros de imagem e som, sendo que um deles não possui qualquer identificação sobre o teor e conteúdo específico, **e muito menos possibilita perceber a idade dos intervenientes uma vez que a qualidade da gravação a que o arguido teve acesso é péssima** (ficheiro "A-Incesto-mãe Filha da Puta Ajuda marido.avi")

XVIII - Não se percebe, assim, como é possível concluir pela prova de tal acusação, como vem defendido no ponto J. da Sentença recorrida.

XIX - O ficheiro que determinou a investigação e serviu de inspiração aos autos, denominado genericamente como Vicky, vem associado e apresentado com som respeitando a trechos que acompanham as imagens do mesmo atribuídas a banda rock com grande influência essencialmente na década de 90 do século passado, conhecida por Guns, n, Roses, sendo facilmente reconhecidas faixas musicais dos compactos lançados no início dessa década, a que foram atribuídos os nomes Use Your Illusion I e Use Your Illusion II, respectivamente.

XX - Na audiência de julgamento não foi possível de apurar, **pois que o Tribunal nem sequer determinou a visualização e verificação desse conteúdo**, se o som desse ficheiro foi determinante para que, aleatoriamente, entre outros de conteúdo semelhante, o recorrente tenha logrado o download

daquele.

XXI - É altamente provável, de acordo com a testemunha E..., bem como da testemunha F..., que tal facto tenha determinado e influenciado decisivamente o inadvertido download. De resto, tal testemunha assumiu frontalmente a forte possibilidade que existe, em quem faz download de ficheiros na internet, e da probabilidade efectiva em, inadvertidamente (as testemunhas usam o termo **por engano**) de tal ter sucedido. E assim foi!;

XXII- De resto, é a mesma testemunha que, confrontada com a situação de ao se efectuar a busca pelo termo, como comumente acontece ao usar o sítio da Internet GOOGLE, essa possibilidade suceder. Confrontada ainda com a circunstância de usando-se o termo **QUEEN**, a mesma referiu que a busca é susceptível de incluir itens na selecção que abranja matéria relativa a **DRAGQUEEN**, e vice-versa.

XXIII - Ora, é neste ponto que o testemunho da mesma foi assaz revelador, pois que, quanto à matéria de facto e conteúdo das gravações a mesma desconhecia o exacto interior.

XXIV - **Atente-se na circunstância de, desde 26 de Junho de 2007 a 05 de Fevereiro de 2009 (período de cerca de 20 meses) apenas terem sido encontrados na posse do Recorrente 2 ficheiros de imagem e som, o que deveria obrigar a concluir que o Recorrente nunca visou a posse de tais ficheiros, como sempre alegou e defendeu.**

XXV - E, quanto aos ficheiros de cuja posse indevida se acuda o arguido, diga-se o seguinte:

- dos 2 ficheiros de imagem e som, **apenas 1 permite visualizar imagens de pornografia com menores;**
- os 19 ficheiros de imagem são de péssima qualidade e não permitem identificar a idade de qualquer dos intervenientes;
- as 29 miniaturas de ficheiros / denominados de thumbnails, a maioria dos mesmos não permite perceber quem são os intervenientes / participantes, muito menos as idades.

XXVI - Tais razões, por certo, hão-de ter determinado que a acusação já dissesse, **genericamente**, em que era possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de 18 anos;

Fica porém por responder o seguinte:

Quantas crianças é possível visualizar?

Quantos adultos aparecem nas gravações?

De que idade seriam aqueles?

XXVII - Perpassa por toda a acusação crime, e veio vertida na Sentença em crise, cuja fundamentação não se encontra devidamente verificada, por quem quer que fosse, tanto mais que nenhum dos ficheiros foi publicamente

visualizado, que alguma vez tenha sido determinada a idade de quaisquer dos intervenientes para determinar o seu estatuto face à lei.

Com se apurou?

De que forma?

Por que meios?

Com recurso a que técnica?;

Não se logrou aferir e apurar das referidas idades, revelando tal uma grave omissão por parte do tribunal a quo, **que deve determinar a nulidade de tudo quanto processado, e, a final, a absolvição do arguido.**

XXVIII- Pelo que concluir que o arguido sabia que a sua conduta era proibida por lei é um erro, ou, no mínimo, presunção abusiva.

XXIX - O arguido, ora Recorrente, não sabia que efectuava download de ficheiros-proibidos por lei, nem a acusação logrou provar que o tenha feito intencionalmente, apenas que usou um determinado programa denominado por *eMule*, tendo descarregado sucessiva e aleatoriamente diversos filmes e ficheiros contendo musica, actuando com a máxima naturalidade, a mesma que qualquer outra pessoa usaria, tanto mais que todos os ficheiros que possuía estavam disponíveis a qualquer usuário do material informático que possuía, como se logrou provar.

XXX - Como o arguido sempre afirmou desde as declarações iniciais prestadas em fase de inquérito, o mesmo não teve qualquer intuito em descarregar tais ficheiros da internet, desconhecendo o modo de funcionamento do programa *eMule*, muito menos de proceder à subsequente partilha dos mesmos na internet, tendo tal sucedido inadvertidamente, e por tais ficheiros se encontrarem agregados a outros de conteúdo diverso.

XXXI - Como se encontra reproduzido nos autos, o principal ficheiro em causa terá sido descarregado para o computador do arguido na data de 26 de Junho de 2007, sendo que na data em que ocorreu a busca e apreensão de material ao mesmo já tinham passado 20 meses, o que torna tal ficheiro num facto isolado, exclusivo e excepcional na conduta do recorrente;

XXXII - Daqui resulta que, a condenação do arguido, para mais nos exactos termos em que vem exarado na Sentença, nos merece reparo e estranheza, havendo manifesta necessidade de ver substituída tal decisão por outra que absolva o recorrente, *in totum*.

Na verdade, o depoimento da única testemunha que algo sabia, foi absolutamente incapaz de forma coerente e harmoniosa, indicar qualquer facto que explique a pretensa actuação do arguido.

XXXIII - Cotejando os factos provados, verdade é que o tribunal *a quo* não pode ter ficado convencido da prática de qualquer deles uma vez que, não tendo visualizado a prova, os depoimentos das testemunhas também não

lograram corroborar tal prova.

XXXIV - A acusação crime sustentou-se, a título principal, na prova recolhida, sem ter efectuado qualquer análise crítica à mesma, nem sobre a bondade dos indícios recolhidos pelos serviços da polícia judiciária, sendo que existe manifesta contradição entre a prova recolhida e os testemunhos prestados, que, em síntese, nada sabiam sobre a mesma.

XXXV - Do que antecede, de harmonia com o princípio "in dubio pro reo" consagrado no Artigo 32.º da CRP, tendo sido incorrecta a decisão que recaiu sobre a matéria de facto, no que toca, essencialmente aos pontos g), h), i), j), l), m),n) e o), tidos como provados, tal factualidade deveria ter sido dada como não provada. XXXVI - Sem prejuízo das nulidades apontadas à decisão em apreço, alterada que seja nesse sentido a decisão sobre a concreta matéria de facto, deve o arguido ser, consequentemente, absolvido.

XXXVII - Revelador do bom carácter do arguido, o qual bastamente demonstrado no decurso das sessões da audiência de discussão e julgamento, este não veio a ser sujeito a nenhuma medida acessória, tendo sido revelador da sua boa personalidade, plena inserção social e excelente carácter pessoal e profissional tudo quanto disse e revelou a testemunha G...;

XXXVIII - O tipo subjectivo do crime só pode ser preenchido no caso de dolo, sendo essencial para tal as características da própria vítima e a conformação do dolo do agente. Ora, o arguido não actuou de forma dolosa.

XXXIX - Estamos em crer que o tribunal *a quo* obliterou parte importante da prova produzida, ao não fazer apelo às regras de experiência comum, e à necessária conclusão que é natural, quando se trata de descarregar múltiplos ficheiros de servidores que se desconhecem na internet, haver a possibilidade de algum desses poder ter conteúdo ilícito, que a mera ordem mecânica de descarregar, sem visualização prévia, não permite indagar sobre o teor específico do mesmo.

XL - Da prova produzida não pode, assim, concluir-se que o arguido tenha alguma vez actuado com a gravidade exigida para a incriminação legal, até porque, na pior das hipóteses, o mesmo terá descarregado tais ficheiros de forma negligente.

XLI - Assim, e no que tange à determinação da medida da pena, o tribunal *a quo* não fez a necessária ponderação da realidade, pelo que, em qualquer caso, a pena aplicada ao arguido é demasiado gravosa, pois que não há relato - pelo contrário - de qualquer outros eventos semelhantes ocorridos antes ou posteriormente.

XLII - Ainda assim, mesmo que apenas por mera hipótese se conceba a manutenção da condenação do Recorrente, sempre a medida da pena é manifestamente excessiva devendo sempre ser computada em mínimos legais.

XLIII - A realidade socioeconómica do arguido era muito precária, estando agravada nesta precisa data, pois que o mesmo foi confrontado com situação de despedimento no início do corrente ano de 2013, protestando juntar declaração dos serviços da Segurança Social logo que tal esteja devidamente reportado.

XLIV - A condenação do arguido na pena de 150 (cento e cinquenta) dias de multa à taxa diária de € 6,00, em função dos rendimentos e encargos que o arguido suporta, é manifestamente exagerada, bastando para tal que o tribunal a quo tivesse sopesado os valores que a título vencimento auferia, com a gama de despesas que o mesmo suporta, o que obriga a ajuda diária e sistemática de seus pais (facto provado AB) e que, nesta fase, não lhe permitem viver de forma condigna - Vide gratia factos provados V), X), Z), AA e AB.

XLV - A condenação ainda determinou que fosse declarado a perda de bens a favor do Estado, nos termos do artigo 109º, n.º1 do CP, decisão que, com a devida vénia, é uma aberração.

XLVI - Apesar do diminuto grau de ilicitude, que alastrou à consequente punição, *considerar-se que é ostensiva a sua aptidão para o cometimento de ilícitos criminais da mesma natureza, **sendo certo que os mesmos ocorreram há mais de 7 anos, e inexistiu qualquer relato do arguido ter sido alvo de procedimento criminal por tal factologia***, é decisão

demasiado penalizadora, que o arguido não merece, e que faz reverter a favor do estado diverso material informático de que muito carece o Recorrente - atente-se os factos provados relativos à condição socioeconómica do mesmo;

XLVII - Naquelas datas, boa parte dos aparelhos apreendidos tinham sido adquiridos muito recentemente, sendo certo que a maioria não continha conteúdo ilícito, servindo como instrumento de trabalho do recorrente.

XLVIII - No caso concreto, não se encontra provada nem suficientemente justificada a perda a favor do estado, pois que não se encontra provada a perigosidade ou risco elevado de poderem tais aparelhos de serem utilizados para a prática de novos crimes, pois que, a ser assim, a solução ideal - dir-se-ia aberrante - seria condenar o arguido na pena acessória de impossibilidade de utilização de meios informáticos e acesso à internet.

XLIX - De acordo com o melhor entendimento, para que seja considerada a perda de objectos a favor do Estado, é ainda necessário que tal tenha sido requerido na acusação, com indicação das razões de facto e de direito, de forma a viabilizar-se o princípio do contraditório - vide gratia Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Maio de 2002, proferido no Processo n.º 611/02-3.ª SASTJ, n.º 61, 68;

L - Nos presentes autos tal não sucedeu, sendo o conteúdo da sentença,

também na parte circunscrita a essa decisão, uma absoluta surpresa para o recorrente.

LI - Assim, é mister que para que tal declaração não seja objecto de reparo, é necessário que ofereçam risco para a segurança e ordem pública, atentas as qualidades intrínsecas de tais coisas, sendo que no caso apenas vem declarada a possibilidade, ou que, saliente-se, é manifestamente parco em face da indispensabilidade de justificar o risco elevado.

LII - Neste sentido o seguinte Acórdão: "*Só podem ser declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tenham servido ou estivessem destinados a servir para a prática de- um facto ilícito, típico e seja possível prognosticar que esses objectos podem colocar em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou que oferecem sério risco de serem utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.*" - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Janeiro de 2012, proferido no Processo n.º 323/09.3GACNF, in <http://www.dgsi.pt>.

LII - Pensa-se, assim, que o Tribunal *a quo*, confundiu aptidão com risco, pois que, a sustentar-se a tese defendida pelo mesmo, raríssimas seriam as situações em que a aptidão não existisse, tornando regra a perda de instrumentos e objectos a favor do Estado, aplicando-se, assim, quase sempre o n.º 1 do aludido artigo 109.º do CP.

Termina pedindo o provimento do recurso e a absolvição do arguido.

*

O Mº Pº junto do Tribunal *a quo* respondeu, conforme fls. 649 a 668, pugnado e pela manutenção do decidido.

O recurso foi admitido para este Tribunal da Relação do Porto, por despacho constante de fls. 670.

Nesta Relação, o Ministério Público emitiu parecer concordando com a resposta do MP junto do tribunal da primeira instância.

Foi cumprido o artigo 417º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

*

II- Fundamentação.

Como é jurisprudência assente, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso - vícios decisórios e nulidades referidas no artigo 410.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Penal - é pelas conclusões que o recorrente extrai da motivação apresentada, em que sintetiza as razões do pedido (artigo 412.º, n.º 1, do CPP), que se delimita o objecto do recurso e os poderes de cognição do Tribunal Superior.

1.-Questões a decidir

Face às conclusões extraídas pelo recorrente da motivação apresentada, pela

ordem em que são enunciadas, são as seguintes as questões a apreciar e decidir:

- Nulidade do julgamento e da subsequente sentença por violação dos princípios da imediação, contraditoriedade e oralidade.
- Impugnação da matéria de facto- demais factos para além dos factos descritos em v), x), z), aa), ab), ac) e ad).
- Pena: medida e quantitativo.
- Perda de objectos do crime.

*

2. Factualidade.

Segue-se a enumeração dos factos provados, não provados.

«1. Factos provados

A. Desde pelo menos o dia 26 de Junho de 2007, o arguido C... foi procedendo ao download de ficheiros, em formato vídeo e de imagem, através da utilização de dos programas de partilha de ficheiro da internet, denominados “e mule” e “Limewire”, nos quais é possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de 18 anos despidos e a manter contactos de natureza sexual com indivíduos maiores de idade.

B. No dia 5 de Fevereiro de 2009, o arguido C... tinha na sua posse, na sua residência sita na Rua ..., nº..., casa ., ..., Matosinhos, vários dispositivos de armazenamento de dados informáticos onde estavam guardados aquele tipo de ficheiros.

C. Com efeito, no disco rígido externo de marca “Seagate”, modelo “.....”, com o número de série “.....”, bem como, no disco rígido de marca “Samsung”, modelo “.....”, com o número de série “.....”, existente no portátil “Fujitsu” a si pertencente, o arguido tinha guardado na directoria “C:\incoming2\NovaPasta\11VDS” o ficheiro “Vicky - pedofilia 13 anos 01 [pedo preteen 13 yo lolita].MPG”, o qual é composto por um vídeo onde se pode visualizar uma criança do sexo feminino, com uma idade inferior a 14 anos, a manter relações de cópula e de coito oral com um indivíduo maior de idade, podendo ver-se também este indivíduo a introduzir um objecto, de formato de um pénis, no ânus da menor.

D. Acresce que, o arguido C... tinha na sua posse 486 (quatrocentos e oitenta e seis) ficheiros do tipo de imagens onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos de idade e jovens menores de idade completamente despidos e/ou a manter contactos de natureza sexual com indivíduos maiores de idade, as quais se encontravam guardadas nas directorias “C:\incoming2” e “C:\As minhas imagens\FOTOS” do referido disco rígido externo de marca “SEAGATE”.

E. O arguido C... tinha ainda na sua posse 35 (trinta e cinco) ficheiros do tipo

vídeo, 195 (cento e noventa e cinco) ficheiros compactados com extensão “.rar.” (que contém imagens), 19 (dezanove) ficheiros compactados com extensão “.zip.” (que contém imagens), onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos de idade, completamente nuas e/ou a manter contactos de natureza sexual com indivíduos maiores de idade, todos guardados nas directorias “C:\incoming2\Nova Pasta\11 VDS” e “C:\incoming2\Incoming” do mesmo disco rígido externo”.

F. Em data não concretamente apurada, o arguido apagou 4696 (quatro mil seiscentos e noventa e seis) ficheiros do tipo imagens, onde se podia visualizar crianças menores de 14 anos ou jovens menores de 18 anos completamente nuas, as quais, no dia 5 de Fevereiro de 2009, ainda estavam em sua posse, porquanto as mesmas se encontravam no espaço não alocado do referido disco rígido, designadamente aquele que contém ficheiros apagados.

G. Desde pelo menos o dia 26 de Junho de 2007, o arguido B... foi procedendo ao download de ficheiros, em formato vídeo e imagem, através da utilização do programa de partilha de ficheiro da internet denominado “e mule”, nos quais é possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de 18 anos despidos e a manter contactos de natureza sexual com indivíduos maiores de idade.

H. No dia 5 de Fevereiro de 2009, o arguido B... tinha em sua posse, na sua residência sita na Rua ..., nº..., .º - ., na ..., Matosinhos, vários dispositivos de armazenamento de dados informáticos, onde estavam guardados aquele tipo de ficheiros.

I. De facto, no disco rígido externo, de marca “Maxtor”, modelo “.....”, com o número de série “.....”, o arguido tinha guardado, na directoria “C:\eMule0.47c\Incoming\19” o ficheiro “Vicky - pedofilia 13 anos 01 [pedo preteen 13 yo lolita BDSM bondage ropes]”, o qual é composto por um vídeo onde se pode visualizar uma criança do sexo feminino, com uma idade inferior a 14 anos, a manter relações de cópula e de coito oral com um indivíduo maior de idade, podendo ver-se também este indivíduo a introduzir um objecto, de formato de um pénis, no ânus da menor.

J. O arguido tinha ainda em sua posse um ficheiro denominado “A-Incesto-mãe Filha da Puta Ajuda Marido.avi”, no qual é possível visualizar jovens menores de idade nus e a auto acariciarem-se, o qual se encontrava gravado na directoria “C:\Users\B...\Downloads\emule\Incoming” do disco rígido de marca “Maxtor”, modelo “.....”, número de série “.....”, contido no computador da sua secretária.

L. O arguido B... tinha também na sua posse 19 (dezanove) ficheiros em formato de imagens, onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de idade completamente despidos e/ou em práticas sexuais, os

quais foram gravados na directoria “C\Mule0.47c\Incoming\19” do disco rígido externo de marca “Maxtor”, modelo “.....”, com o número de série “.....”.

M. O mesmo arguido tinha ainda no referido disco rígido externo, 29 (vinte e nove) miniaturas de ficheiros (thumbnails) onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de 18 anos em práticas sexuais.

N. Os arguidos agiram de forma livre, deliberada e consciente, com o propósito concretizado de proceder ao download através da internet, através dos programas de partilha de ficheiros na internet “emule” e Limewire”, de imagens e vídeos onde figurassem crianças menores de 14 anos e jovens menores de idade completamente nus ou em práticas sexuais com adultos, ficheiros esses que os arguidos tinham à sua disposição para visualizarem e, desse modo, satisfazerem a sua lascívia e libido.

O. Sabiam os arguidos que tais condutas eram proibidas e penalmente punidas.

Mais se provou que:

P. O arguido C... exerce a profissão de ajudante electricista, ao serviço da empresa “H...”, com sede em ..., auferindo um vencimento mensal de € 485,00.

Q. É casado, sendo que a esposa se encontra desempregada, auferindo € 419,00 mensais a título de subsídio de desemprego.

R. Tem uma filha de 4 anos de idade a seu cargo.

S. O agregado familiar reside numa casa arrendada, pagando mensalmente de renda a quantia de € 250,00.

T. Despende ainda cerca de € 250,00 mensais no pagamento de uma prestação relativa à aquisição de um automóvel.

U. Tem como habilitações literárias o 9º ano de escolaridade.

V. O arguido B... exerce a profissão de técnico de alarmes ao serviço da empresa “I...”, com sede na ..., auferindo um vencimento mensal de € 575,00.

X. É divorciado e tem dois filhos de 11 e 7 anos de idade, respectivamente, que vivem com a respectiva progenitora.

Z. Paga mensalmente € 250,00 a título de alimentos devidos aos filhos menores.

AA. O arguido reside em casa própria, pagando mensalmente cerca de € 400,00 a título de amortização do empréstimo contraído para a sua aquisição.

AB. Conta com o apoio dos seus pais.

AC. Tem como habilitações literárias o 12º ano de escolaridade.

AD. Nenhum dos arguidos tem antecedentes criminais.

2. Factos não provados

Inexistem factos não provados com relevo para a decisão da causa.

*

3.- Apreciação do recurso.

3.1.- Nulidade do julgamento e da subsequente sentença por violação dos princípios da imediação, contraditoriedade e oralidade.

Sustenta o recorrente nas suas conclusões VIII a XIII que durante o julgamento não foram visualizadas as imagens, ouvido ou reproduzido o conteúdo dos ficheiros informáticos em causa, inexistindo qualquer contacto directo entre o julgador e esses meios de prova na fase de julgamento. E que, por isso, o arguido também não foi confrontado com as imagens recolhidas durante a investigação, pelo que a convicção do tribunal não podia ter sido fundamentada como foi, e por essa via, a decisão recorrida padece de vício grave, que deve conduzir à nulidade do julgamento. Defende, que a confrontação do tribunal com a prova recolhida é imperativo legal, sendo que é na audiência de julgamento que a mesma deve ser produzida e examinada, de molde a permitir às partes a discussão oral e a sujeição ao princípio do contraditório. Sustenta ainda que é manifesto que tal vício é conducente à declaração de nulidade do julgamento, e de todos os actos praticados posteriormente, o que desde já se peticiona, pelo facto do tribunal *a quo* não ter respeitado os princípios da imediação, contraditoriedade e oralidade da audiência; Por fim, diz que a prova constante dos autos nunca foi exibida ao arguido, sendo certo que não teve oportunidade de se pronunciar sobre a mesma, tanto mais que vem descrita e apresentada de forma vaga e genérica, como é fácil de constatar da leitura dos artigos considerados provados (g), h), i), j), l, m, n) e o). Termina, afirmando que é manifesto que a Sentença é nula, e assim deve ser declarada, por violação, entre outros, do artigo 321º do CPP; Vejamos.

Na acusação de fls. 389 a 395, consta como prova da acusação, a testemunhal ali invocada; pericial: exames forenses de fls. 216 a 349, bem como respectivos CD de Suporte; Documental: Informação da K... de fls. 35; informação da L... de fls. 43; Auto de busca e apreensão de fls. 130 e 131; Auto de busca e apreensão de fls. 132 e 133.

Pretende o recorrente que durante o julgamento não foram visualizadas as imagens, ouvido ou reproduzido o conteúdo dos ficheiros informáticos em crise, inexistindo qualquer contacto directo entre o julgador e esses meios de prova.

Dispõe o artigo 355º do CPP, sob a epígrafe “Proibição de valoração de provas”

1 - Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência.

2 - Ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em actos

processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes.

Por sua vez, dispõe o Artigo 356.º, sob a epígrafe “Leitura permitida de autos e declarações”

1 - Só é permitida a leitura em audiência de autos:

a) Relativos a actos processuais levados a cabo nos termos dos artigos 318.º, 319.º e 320.º; ou

b) De instrução ou de inquérito que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas.

No Código de Processo Penal, o princípio da imediação encontra-se consagrado no artigo 355.º do C.P.P., o qual estabelece que não são utilizáveis as provas que não tiverem sido produzidas em audiência, com ressalva das provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição são permitidas (artigos 356.º e 357.º, do C.P.P.).

Vem sendo entendido que para além dos autos processuais enumerados nos artigos 356º a 357º, também é permitida a valoração da prova documental constante do processo, aqui se incluindo o certificado de registo criminal, o relatório social, os autos de exames, revistas, buscas, apreensões e intercepções telefónicas, independentemente da sua leitura, visualização ou audição em audiência, quando indicada como meio de prova na acusação deduzida, quando referenciada no requerimento acusatório, quando contraditada pelo arguido em fase anterior ao processo ou quando se conclua que o arguido a conhece ou tem a obrigação de conhecer – vide Oliveira Mendes, in Código de Processo Penal Comentado, págs. 114 a 116.

Por outro lado, a mesma valoração oficiosa de documentos constantes do processo desde o inquérito é permitida, ainda que não indicados como meio de prova, desde que examinados em audiência – vide Acórdão do TC n.º 110/11, de 02.03.2011.

O critério subjacente a este entendimento é assegurar o contraditório e a defesa do arguido. Exercício do contraditório que pode ser cabalmente exercido, se os documentos, exames, revistas, buscas, etc, foram arrolados como prova na acusação, pois que, o arguido tem conhecimento da sua existência e apercebe-se do seu potencial probatório, podendo antecipar contra ele a sua defesa. Ou, no caso de não indicação como prova na acusação, a sua submissão, pelo tribunal, ao contraditório em audiência, com a confrontação do arguido com eles, assegurando deste modo a defesa do arguido.

Com efeito, o que deixamos exposto vai de encontro ao decidido pelo Tribunal Constitucional quer no Acórdão do TC, citado, quer no Acórdão do TC. n.º 87/99, onde se decidiu que a interpretação conjugada dos artigos 127.º, 355.º

e 165.º, n.º 2, do C.P.P., segundo a qual a formação da convicção com documentos juntos com a acusação, constantes dos autos, não lidos nem explicados na audiência, não viola o princípio do contraditório, «quer na modalidade do princípio da oralidade, quer da imediação».

Atente-se à ressalva que a lei estabelece à obrigação de exame das provas em audiência, no n.º 2, do art. 355º, citado: «Ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes.»

Ora nos termos do art. 356º, nº 1 e sua alínea b), do CPP, é permitida a leitura em audiência de autos de instrução ou de inquérito que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas.

Neste sentido, v. g., o Ac. STJ de 15 de Outubro de 2003, Proc. 1882/03-3.ª,

Rel. Conselheiro Henriques Gaspar - *«No plano da investigação, das diligências realizadas segundo as leges artis para a procura, recolha e reunião de elementos de prova no inquérito destinados a fundamentar a decisão de deduzir acusação ou de arquivamento, são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei; no plano do julgamento, com as regras sobre a produção da prova em audiência, e a consideração e valoração da prova para fundamentar a convicção do juiz, apenas podem servir as provas produzidas ou examinadas em audiência, como dispõe o artº 355º, nº 1, do CPP, ressalvando-se, nos termos do nº 2, as provas contidas em actos processuais cuja leitura em audiência seja permitida, nos termos dos arts. 356º e 357º do mesmo diploma.»*

Assim, como vimos, na acusação este meio de prova foi expressamente indicado, a audiência de julgamento teve o seu enfoque nas buscas efectuadas nos factos que foram recolhidos através desses exames, pelo que se o arguido, em algum momento, achou que tinha relevância para a descoberta da verdade a visualização dos ficheiros constantes nos CD's de suporte, poderia tê-lo requerido no julgamento.

O arguido nunca o fez, pelo que não faz qualquer sentido vir, agora, em sede de recurso, apesar de conhecedor da prova constante dos autos e provinda do inquérito, dizer que não teve a oportunidade de a rebater.

Assim, entendemos que não se verifica nestes autos qualquer violação do princípio do contraditório, da imediação e oralidade, encurtamento inadmissível das possibilidades de defesa do arguido, ou mais latamente, do *due process of law*, já que lhe foram asseguradas todas as possibilidades de contrariar a acusação e a prova nela carregada. Não se verifica qualquer nulidade da sentença ou do julgamento.

Improcede, assim a questão.

*

3.2.- Impugnação da matéria de facto - - Impugnação da matéria de facto- demais factos para além dos factos descritos em v), x), z), aa), ab), ac) e ad).

Sustenta o recorrente nas suas conclusões, que para além dos factos descritos em v), x), z), aa), ab), ac) e ad), os demais factos não podem ser tidos como provados, face às declarações do arguido e de uma das testemunhas de acusação. Defende que não foi produzida qualquer prova documental, técnica ou testemunhal suficiente e verosímil sobre os factos descritos em g), h), i), j), l) e m) e tem como assaz revelador o facto de a testemunha, Inspectora E... desconhecer o conteúdo das gravações. Sendo que, diz, as demais testemunhas, nomeadamente o Inspector F..., de nada se recordou associado à pretensa prática criminosa do arguido.

Vejamos, então, o reexame da matéria de facto.

Atento o disposto no artigo 428.º, n.º 1, do Código Processo Penal, as Relações conhecem de facto e de direito, acrescentando o artigo 431.º que *“Sem prejuízo do disposto no artigo 410.º, a decisão do tribunal de 1ª instância sobre matéria de facto pode ser modificada: a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que lhe serviram de base; b) Se a prova tiver sido impugnada, nos termos do n.º 3, do artigo 412.º; ou c) Se tiver havido renovação da prova.”*

Assim e de acordo com o artigo 412.º, n.º 3, *“Quando impugne a decisão proferida sobre matéria de facto, o recorrente deve especificar: a) Os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados; b) As concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida; c) As provas que devem ser renovadas”*.

Acrescenta-se no seu n.º 4 que *“Quando as provas tenham sido gravadas, as especificações previstas nas alíneas b) e c) do número anterior fazem-se por referência ao consignado na acta, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 364, devendo o recorrente indicar concretamente as passagens em que se funda a impugnação.”* Ou de acordo com jurisprudência fixada, basta para efeitos do disposto no artigo 412º, n.º3 al. b) do CPP *«a referência às concretas passagens/excertos das declarações que, no entendimento do recorrente, imponham decisão diversa da assumida, desde que transcritas»* na ausência de consignação na acta do início e termo das declarações.

Para se proceder à revisão da factualidade apurada em julgamento, deve o recorrente indicar os factos impugnados, a prova que impõe decisão diversa, identificando ainda o vício revelado pelo julgador aquando da sua motivação na livre apreciação da prova. Convém, no entanto, ter presente que o reexame da matéria de facto não visa a realização de um novo julgamento, mas apenas sindicatá-lo aquele que foi efectuado, despistando e sanando os eventuais erros

procedimentais ou decisórios cometidos e que tenham sido devidamente suscitados em recurso (ac. STJ de 22.06.2006 Rec. n.º 1426/06).

Por outro lado, o recurso sobre a matéria de facto não pressupõe uma reapreciação pelo tribunal de recurso de todos os elementos de prova que foram produzidos e que serviram de fundamento à sentença recorrida, mas somente a reapreciação da razoabilidade da convicção formada pelo tribunal “a quo”, a incidir sobre os pontos de factos impugnados e com base nas provas indicadas pelo recorrente (ac. do STJ de 10.01.2007). Daí que o reexame esteja sujeito ao ónus de impugnação, sendo através da impugnação que se fixam os pontos de controvérsia e se possibilita o seu conhecimento pelo Tribunal da Relação (ac. STJ de 08.11.2006).

Como é sabido nos termos do artigo 127.º, do CPP, o tribunal aprecia a prova de acordo com a sua livre convicção e as regras da experiência, sem prejuízo de diferentes disposições da lei.

Por tudo isto, o princípio da livre apreciação das provas não tem carácter arbitrário nem se circunscreve a meras impressões criadas no espírito do julgador, estando antes vinculado às regras da experiência e da lógica comum, bem como às provas que não estão subtraídas a esse juízo, sendo imprescindível que este seja motivado, estando ainda sujeito aos princípios estruturantes do processo penal, como o da legalidade das provas e “*in dubio pro reo*”. Assim a decisão da matéria de facto só é susceptível de ser alterada, em sede de recurso, quando o juízo (vertido na motivação) correspondente ao julgamento dessa matéria corresponda, de um modo objectivo, a um juízo desrazoável ou mesmo arbitrário da apreciação da prova produzida.

O Tribunal *a quo* motivou a decisão de facto do seguinte modo:

«3. Motivação da matéria de facto

O tribunal fundou a sua convicção com base na análise crítica das declarações prestadas pelos arguidos e depoimentos das testemunhas inquiridas em sede de audiência de julgamento, conjugados que foram com a exegese dos exames forenses de fls. 216 a 349 e respectivos CD de suporte, informação prestada pela “K...” a fls. 35, informação prestada pela “L...” a fls. 43 e autos de busca e apreensão de fls. 130 a 131 e 132 a 133.

O arguido C... confirmou ter instalados no seu computador os programas “eMule” e “Limewire”, através dos quais efectuava downloads de filmes, imagens e de ficheiros de música.

Relativamente aos ficheiros em causa nos autos, designadamente aqueles que contém filmes e imagens de menores nus e/ou envolvidos em práticas de natureza sexual, afirmou não os ter “descarregado” da internet de forma intencional, admitindo que os mesmos acompanhassem ficheiros “normais”, com outros conteúdos.

Afirmou recordar-se vagamente de ter visualizado ficheiros de tal jaez, tendo-os apagado quase na totalidade, sendo que, os que não apagou, não visualizou. O arguido B..., a exemplo do anterior, referiu que procedia à importação de uma multiplicidade de ficheiros, mas que nunca descarregou material contendo imagens ou filmes com menores de idade.

Por ter uma internet “lenta” (J... ADSL), procedia à descarga contínua de ficheiros, durante um longo período de tempo, sendo certo que, por vezes, os ficheiros se apresentavam “corrompidos”.

Confirmou que, nessas descargas, se apercebeu da existência de ficheiros de “pedofilia”, embora não os conseguindo identificar em concreto.

Ambos os arguidos afirmaram desconhecer que a simples detenção de tais ficheiros, consubstanciava a prática de um ilícito criminal, sustentando tal afirmação no facto de nenhum dos ficheiros que lhes foram encontrados estarem ocultos ou dissimulados.

Ora, a versão apresentada pelos arguidos no que concerne à intencionalidade na descarga dos ficheiros em causa nos autos e ao desconhecimento da ilicitude das condutas não pode merecer credibilidade.

Com efeito, dos exames forenses levados a efeito aos computadores e suportes digitais do arguido C..., apurou-se que o mesmo tinha instalados os programas “eMule” e “Limewire”, e que tinha armazenados em diversos suportes:

- na directoria “C:\incoming2\NovaPasta\11VDS” o ficheiro “Vicky - pedofilia 13 anos 01 [pedo preteen 13 yo lolita].MPG”, o qual é composto por um vídeo onde se pode visualizar uma criança do sexo feminino, com uma idade inferior a 14 anos, a manter relações de cópula e de coito oral com um indivíduo maior de idade, podendo ver-se também este indivíduo a introduzir um objecto, de formato de um pénis, no ânus da menor;

- 486 (quatrocentos e oitenta e seis) ficheiros do tipo de imagens onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos de idade e jovens menores de idade completamente despídos e/ou a manter contactos de natureza sexual com indivíduos maiores de idade, as quais se encontravam guardadas nas directorias “C:\incoming2” e “C:\As minhas imagens\FOTOS”;

- 35 (trinta e cinco) ficheiros do tipo vídeo, 195 (cento e noventa e cinco) ficheiros compactados com extensão “.rar.” (que contém imagens), 19 (dezanove) ficheiros compactados com extensão “.zip.” (que contém imagens), onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos de idade, completamente nuas e/ou a manter contactos de natureza sexual com indivíduos maiores de idade, todos guardados nas directorias “C:\incoming2\Nova Pasta\11 VDS” e “C:\incoming2\Incoming” do disco rígido externo que lhe foi apreendido, e ainda que,

- em data não concretamente apurada, apagou 4696 (quatro mil seiscentos e

noventa e seis” ficheiros do tipo imagens, onde se podia visualizar crianças menores de 14 anos ou jovens menores de 18 anos completamente nuas, as quais, no dia 5 de Fevereiro de 2009, ainda estavam em sua posse, porquanto as mesmas se encontravam no espaço não alocado do referido disco rígido, designadamente aquele que contém ficheiros apagados.

Ora, tal quantidade de ficheiros é absolutamente incompatível com qualquer situação de descarga fortuita revelando, pelo contrário, um especial interesse por material (vídeos e imagens) do conteúdo dos que foram encontrados, tanto mais que, grande parte dos ficheiros não foi apagado, mantendo-se completamente acessível ao utilizador (o arguido).

No que concerne ao arguido B..., se é certo que o número de ficheiros encontrados é bem menor, a verdade é que aqueles que lhe foram encontrados, permitem retirar a mesma conclusão acima enunciada.

Na verdade, o arguido tinha na sua posse:

- no disco rígido externo, tinha guardado na directoria “C:\eMule0.47c\Incoming\19” o ficheiro “Vicky - pedofilia 13 anos 01 [pedo preteen 13 yo lolita BDSM bondage ropes]”, o qual é composto por um vídeo onde se pode visualizar uma criança do sexo feminino, com uma idade inferior a 14 anos, a manter relações de cópula e de coito oral com um indivíduo maior de idade, podendo ver-se também este indivíduo a introduzir um objecto, de formato de um pénis, no ânus da menor;
- um ficheiro denominado “A-Incesto-mãe Filha da Puta Ajuda Marido.avi”, no qual é possível visualizar jovens menores de idade nus e a auto acariciarem-se, o qual se encontrava gravado na directoria “C:\Users\B...\Downloads\emule\Incoming” do disco rígido de marca “Maxtor”;
- 19 (dezanove) ficheiros em formato de imagens, onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de idade completamente despidos e/ou em práticas sexuais, os quais foram gravados na directoria “C:\Mule0.47c\Incoming\19” do disco rígido externo de marca “Maxtor”;
- 29 (vinte e nove) miniaturas de ficheiros (thumbnails) onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de 18 anos em práticas sexuais.

Quanto ao desconhecimento do carácter ilícito da detenção de tal material, não pode a versão apresentada pelos arguidos proceder.

Com efeito, além da massiva difusão de informação nos meios de comunicação social, relacionada com a apreensão de material de semelhante jaez e consequente identificação e detenção dos respectivos usuários, a simples visualização, ainda que por breves instantes, dos ficheiros em causa nos autos, permite aferir do carácter chocante, aberrante e ilícito das imagens e vídeos neles contidos, o que não pode passar despercebido a qualquer cidadão de

mediana inteligência.

Os depoimentos dos inspectores da Polícia Judiciária, E... (que interveio na busca realizada em casa do arguido C...) e F..., permitiu ao Tribunal perceber o modo como foi iniciada a investigação e as diligências que, subsequentemente, foram levadas a cabo, e bem assim, o modo como são difundidos os ficheiros em apreço, com especial enfoque no ficheiro “Vicky”. Da conjugação da prova produzida em sede de audiência de julgamento não subsistem pois, quaisquer dúvidas, de que os arguidos praticaram os factos que lhes são imputados no libelo acusatório.

A testemunha G..., arrolada pelo arguido B..., depôs sobre a sua personalidade e inserção social e profissional.

A prova da situação social, profissional e económica dos arguidos, fundou-se nas declarações pelos mesmos prestadas em sede de audiência de julgamento, que mereceram credibilidade, nesta parte.

A prova da ausência de antecedentes criminais, fundou-se na exegese dos CRC de fls. 427 e 428.»

Em primeiro lugar, cumpre referir que o recorrente não cumpre os ónus que lhe são impostos, porquanto faz uma impugnação genérica de todos os factos, que não sejam os factos descritos em v), x), z), aa), ab), ac) e ad) e do mesmo passo faz também uma argumentação genérica e não ponto por ponto, como lhe é imposto, sem motivar a razão, ou esgrimir os argumentos, relativos a cada facto, e decorrentes das declarações da testemunha e do arguido [sendo que em relação a este último não situou as partes que interessam ao seu ponto de vista, no suporte informático da gravação da audiência - (CD)] que impõe decisão diversa.

E toda a sua argumentação, se remete para generalidades e perguntas (que coloca a este Tribunal) que devia ter colocado a si próprio na audiência de julgamento de primeira instância e providenciar pela sua resposta nessa mesma audiência.

O Recurso não visa esclarecer o recorrente sobre matérias que da sua perspectiva deviam ter sido esclarecidas na audiência de julgamento. O Recurso visa apenas analisar a justiça da decisão, a sua conformidade com o provado.

E quanto a isso, em face da audição do depoimento das testemunha E... e leitura dos autos de exame forense de fls. fls. 216 a 349, informação prestada pela “PT” a fls. 43 (de onde decorre que o IP em 26.06.2007, às 12.50 GMT estava a ser usado numa ligação cujo username está registado em nome de B...) e autos de busca e apreensão de fls. 130 a 131, não foi apresentada qualquer prova que imponha decisão diversa.

Decorre dos exames forenses de fls. 216 a 349 (vide também fls. 367 a 370)

que o recorrente tinha na sua posse, nas circunstâncias de tempo e lugar descritas na sentença, um ficheiro, formato vídeo, denominado “*Vicky - pedofilia13anos01[pedo preteen yo Lolita BDSM Bondage ropes]*» cd. fls. 299; um ficheiro, também em formato vídeo, denominado «*A- Incesto-mãe Filha da Puta Ajuda marido. Avi*» (cg de fls. 254), neste ficheiro é possível visualizar-se jovens ou menores de idade nus e a auto acariciarem-se; e dezanove ficheiros (cd fls. 299), contendo imagens de abuso sexual de crianças; e ainda vinte e nove miniaturas de ficheiros (*thumbnails*) (cd fls. 299), onde é possível visualizar crianças menores de 14 anos e jovens menores de 18 anos em práticas sexuais.

Se efectivamente não existe a certidão de nascimento de cada menor, a visualização dos ficheiros, pela puerilidade dos menores envolvidos permite logo perceber que se trata de pessoas menores de idade. Por outro lado, basta atentar no nome do ficheiro Vicky, para logo saber que se trata de rapariga com idade de 13 anos de idade e de um ficheiro pedófilo, como disse a Sr^a Inspectora da PJ, E..., já que as letras “yo”, querem dizer “years old”, e as denominações, “Pedofilia”, “Bondage ropes”(fetiche sexual onde se tira prazer do facto de amarrar e imobilizar o parceiro, no caso, com cordas) e mesmo a denominação BDSM - Bondage and Discipline; Dominance and Submission; Sadism and Masochism – são tudo designações usualmente designadas em pedofilia e procuradas pelos usuários.

Por outro lado, a pretensão do recorrente que descarregou o ficheiro Vicky como sendo música, por dizer que em fundo se ouve música dos Guns and Roses, não tem qualquer consistência, visto o nome do ficheiro Vicky e as já referidas denominações do mesmo, todas comumente usadas no mundo da pedofilia, não poderem ser inadvertidamente descarregadas (por não conter as mesmas palavras de pesquisa) através de uma pesquisa de música dos “Guns and Roses” e ainda porque neste tipo de aplicações não há descargas automáticas. A Sr^a Inspectora disse assim: “Não é possível que tenha confundido o ficheiro como sendo música dos Guns and Roses, pois quem descarregou aquilo (referindo-se ao ficheiro) introduziu uma das palavras que o nome do ficheiro contém”, o que nos convence da descarga intencional efectuada pelo recorrente que, aliás, não mereceu credibilidade na versão que deu dos factos, pois até disse que apagou os ficheiros que detectou conter estes conteúdos quando no exame efectuado ao material que lhe foi apreendido não há qualquer registo de apagamento de ficheiros dessa índole, ao contrário do que acontece em relação ao exame do material do arguido não recorrente.

Pelo exposto, da conjugação, do depoimento da referida Inspectora da PJ, E..., que ouvimos na íntegra, que explicou como foi feita a monitorização

internacional da rede, onde as autoridades alemãs detectaram dois IP portugueses a partilhar imagens contendo abuso sexual de crianças, o que comunicaram às autoridades portuguesas, que localizaram esses IP e identificaram os titulares e, portanto as pessoas que estavam por trás dessa partilha, como sendo os dois arguidos, a que se seguiram as buscas, devidamente documentadas e apreensão de material, que depois de examinado comprovou conter ficheiros de pedofilia, nenhuma prova existe que imponha diversa decisão.

Pelo exposto improcede a questão, fixando-se a matéria de facto constante como provada e não provada pelo tribunal *a quo*.

*

3.3.- Pena: medida e quantitativo.

Sustenta o recorrente que a pena aplicada é demasiado gravosa e excessiva devendo ser computada nos mínimos legais.

Ora, atentos os factos provados, uma vez que o arguido não confessou os factos, não demonstrou arrependimento, sendo a ilicitude elevada, o dolo directo, bastaria que o arguido tivesse um ficheiro comprovadamente descarregado intencionalmente para que fosse condenado, mas o arguido tinha vários ficheiros e a pena de multa que lhe vem aplicada situa-se (no intervalo da moldura abstractamente aplicada de 10 a 360 dias - artigo 47º, n.º1 do CP) dentro do segundo terço e a menos de metade do limite máximo daquela moldura abstracta, pelo que se nos afigura que a pena de multa imposta não peca por excessiva, antes se mostra necessária e adequada às elevadas exigências de prevenção geral que o caso impõe e proporcional à culpa do recorrente.

No que respeita, ao quantitativo diário aplicável a cada dia de multa, tendo em atenção o disposto no art. 47, n.º 2, do Código Penal, entendemos que quantia diária de 6€ se mostra proporcionada a uma situação económica com um rendimento ainda que próximo do salário mínimo, sem deixar de se ter em atenção que o intervalo de variação abstractamente aplicável se situa entre 5 e 500€, de onde sobressai a ideia de que o limite mínimo só deve ser aplicado a pessoas que vivam no limiar da indigência, o que não é seguramente o caso do arguido. Veja-se a este propósito o Acórdão da Relação de Coimbra de 23.01.2008, Proc. 932/05 «a multa não é um simulacro da punição», (cf. Colectânea de Jurisprudência, *on line*); sendo que é entendimento corrente que a taxa diária da multa deve ser fixada de forma que represente um sacrifício real para o condenado, para que mantenha a sua característica de verdadeira pena, pois de outro modo não será possível, através da sua aplicação, realizar as finalidades da punição.

Pelo exposto, entendemos ser de manter a pena aplicada.

Uma última nota para referir o seguinte: é claro que a pena de multa é ainda uma pena. E, sendo uma pena uma das suas características não é ser suave, mas um sacrifício ou privação que acarreta para o condenado. Dizendo de outro modo, toda a pena deve ter, tem de ter, um conteúdo aflitivo para o condenado. O legislador, tendo em mente essa característica da pena de multa e as dificuldades que, a mesma, acarreta ou pode acarretar para o dia-a-dia do condenado, previu o seu pagamento em prestações, nos termos do artigo 47º, n.º3, do CP, num prazo que pode ir até dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão. Ora, se o pagamento imediato e de uma só vez de uma multa que se cifra na quantia global de (150 x 6€) 900,00,00€, pode ser um grande sacrifício para as receitas e despesas do recorrente, o seu pagamento em prestações será certamente suavizado, sem deixar de implicar um sacrifício sempre implícito na ideia de pena, como dissemos. Improcede a questão colocada.

*

3.5.- Perda de objectos do crime.

Sustenta o recorrente, nas suas conclusões que para que seja considerada a perda de objectos a favor do Estado, é necessário que tal tenha sido requerido na acusação de forma a viabilizar-se o princípio do contraditório. Sendo ainda necessário para que tal declaração não seja objecto de reparo que os objectos ofereçam risco para a segurança e ordem públicas.

Vejamos.

De acordo com o disposto no art. 109, n.º1 do CP *“são declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos”*.

A perda de objectos é exclusivamente determinada por necessidades de prevenção geral (visando inculcar a ideia de que o crime não compensa) e de prevenção especial (com o propósito de contrariar o perigo de repetição criminosa). Tanto engloba os instrumentos do crime (quer os que serviram quer os que estavam destinados a servir para a prática do crime) como os produtos do crime (objectos criados pela actividade criminosa). Daqui decorre que o pressuposto formal da perda de instrumentos e produtos é o da utilização dos instrumentos numa actividade criminosa.

O pressuposto material da perda é a perigosidade dos objectos. Questão é saber sob que ponto de vista deve ser avaliada a perigosidade referida: se sob o ponto de vista objectivo da coisa em si mesma considerada, ou antes sob o

ponto de vista subjectivo, mais rigorosamente, sob o ponto de vista do relacionamento entre a coisa e um determinado sujeito.

O ponto de vista objectivo impõe-se como ponto de partida, visto que não é fácil, determinar com clareza os critérios em função dos quais um objecto, em si insignificante do ponto de vista da sua perigosidade, se torna um objecto perigoso em função da pessoa que se o detém. Quando um objecto em si anódino (ex. lençol, ou lápis) se torna *hoc sensu* perigoso, por detido por um indivíduo perigoso, declarar a perda nesse caso, significaria procurar atalhar à perigosidade do agente e não à perigosidade do objecto - finalidade do instituto -.

Portanto o critério primeiro que justifica a perda é o da perigosidade do objecto em si mesmo considerado (a sua natureza), independentemente da pessoa que o detém.

Contudo tal perigosidade deve ser avaliada em concreto (tendo em conta as circunstâncias do caso), o que pode implicar uma conexão entre a perigosidade do objecto e uma referência ao próprio agente, por ter especiais qualidades para tornar algo anódino para o homem comum em algo letal (ex: do uso dos fertilizantes para fabricar bombas. - Vide, neste sentido, Figueiredo Dias, in As Consequências Jurídicas do Crime, pág. 617 a 622.

Posto isto, levando também em atenção que o arguido é primário e nunca foi condenado por crimes deste tipo, afigura-se-nos que no caso concreto oferecem perigosidade apenas os ficheiros informáticos onde se encontram alocados/gravados os ficheiros de pedofilia descriminados nos autos, e já não os restantes sistemas informáticos, pois que não contendo ficheiros de pornografia de menores afastam eventual perigosidade resultante do uso de ficheiros de partilha.

Assim, com o referido entendimento entende-se declarar perdidos a favor do Estado:

Disco rígido 3.5 tipo SATA de marca “Maxtor”, modelo “.....”, número de série “.....”, de 250 GB de capacidade conyido no computador de secretária de marca Asus, sem modelo e n.º de série visíveis.

Caixa externa, Marca ARGOSY, modelo “.....”, n.º de série, contendi disco rígido de marca “Maxtor”, modelo “.....”, com o número de série “.....”, de 160GB de capacidade.

Com a restituição ao recorrente dos restantes objectos apreendidos, por não oferecem perigosidade.

Conclui-se, pois, pela procedência parcial desta última questão.

*

III- Decisão.

Acordam os Juízes da 2ª Secção criminal deste Tribunal da Relação do Porto,

em conceder parcialmente provimento ao recurso com a alteração da declaração de perdimento dos objectos apreendidos ao arguido, nos seguintes termos:

Declaram-se perdidos a favor do Estado:

Disco rígido 3.5 tipo SATA de marca “Maxtor”, modelo “.....”, número de série “.....”, de 250 GB de capacidade conyido no computador de secretária de marca Asus, sem modelo e n.º de série visíveis.

Caixa externa, Marca ARGOSY, modelo “.....”, n.º de série, contendi disco rígido de marca “Maxtor”, modelo “.....”, com o número de série “.....”, de 160GB de capacidade.

Os demais objectos apreendidos devem ser entregues ao arguido, a pedido.

No mais mantém-se a sentença sob escrutínio.

Sem custas.

*

Notifique.

*

Foi observado o disposto no artigo 94º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Porto, 03 de Novembro de 2014

Maria Dolores Silva e Sousa (Relatora)

Fátima Furtado (Adjunta)