

Processo nº 819/2013

(Autos de recurso penal)

Data: 29.05.2014

Assuntos : Crime de “venda, exposição e exibição públicas de material pornográfico e obsceno”.

Princípio da legalidade.

Pornografia.

Pudor público.

Moral pública.

SUMÁRIO

1. “Pornografia” é a representação de elementos de cariz sexual explícito, sobretudo quando considerados obscenos, em textos, fotografias, publicações, filmes ou outros suportes, com o objectivo de despertar o desejo sexual.
2. Não é de considerar “pornográfico” o anúncio em que se publicita

o serviço de mensagens e em que se apresenta a imagem de uma jovem em fato de banho, (“bikini”).

3. O “artigo” em questão pode ser “inconveniente”, “desagradável”, “de mau gosto”, (ou até “sensual”), porém, não se apresenta susceptível de ofender (em “grau elevado” e com “intensidade”) os “sentimentos gerais da moralidade sexual”.

O relator,

José Maria Dias Azedo

Processo nº 819/2013

(Autos de recurso penal)

ACORDAM NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

Relatório

1. B (B), arguida com os sinais dos autos, respondeu em processo sumário no T.J.B., vindo, a final, a ser condenada pela prática de um crime de “venda, exposição e exibição públicas de material pornográfico e obsceno”, p. e p. pelos artºs 1º, 2º e 4º, n.º 1, da Lei n.º 10/78/M, na pena de 3 meses de prisão suspensa na sua execução por 2 anos; (cfr., fls.

36 a 39 que como as que se vierem a referir, dão-se aqui como reproduzidas para todos os efeitos legais).

*

Inconformada com o assim decidido, a arguida recorreu.

Motivou para, em sede de conclusões e em síntese, afirmar que a decisão recorrida padecia de “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão”, considerando ainda que na mesma se cometeu erro de interpretação e aplicação – violação – do art. 2º, n.º 1 da mencionada Lei n.º 10/78/M, e que excessiva era a pena que lhe tinha sido imposta; (cfr., fls. 54 a 58).

*

Respondendo, pugna o Ministério Público pela improcedência (ou rejeição) do recurso; (cfr., fls. 67 a 69).

*

Admitido o recurso, com efeito e modo de subida adequadamente fixados, (cfr., fls. 40), vieram os autos a esta Instância.

*

Remetidos os autos a vista do Ministério Público nos termos do art. 407º do C.P.P.M., juntou agora o Ilustre Procurador Adjunto douto Parecer, pugnando igualmente pela total confirmação da decisão recorrida; (cfr., fls. 96 a 97).

*

Nada parecendo obstar, cumpre decidir.

Fundamentação

2. Vem a arguida recorrer da sentença prolatada pelo M^{mo} Juiz do T.J.B. que a condenou nos termos atrás já retratados, imputando à decisão recorrida o vício de “insuficiência da matéria de facto provada para a decisão”, considerando ainda que na mesma se cometeu erro de

interpretação e aplicação – violação – do art. 2º, n.º 1 da mencionada Lei n.º 10/78/M.

Ponderando nas “questões” trazidas à nossa apreciação, mostra-se adequado consignar o que segue.

O caso dos autos é (em tudo) idêntico a outros recentemente apreciados por este (mesmo Colectivo deste) T.S.I., e no âmbito do qual se veio a entender (por maioria) que a conduta dos (a) arguidos não integrava o crime que lhes era imputado e pelo qual foi a ora recorrente condenada; (cfr., os Acórdãos de 24.10.2013, Proc. n.º 523/2013, de 07.11.2013, Proc. n.º 612/2013, de 12.12.2013, Proc. n.º 685/2013 e de 23.01.2014, Proc. n.º 832/2013, este último, em que também era arguida e recorrente a que nestes autos tem esta qualidade).

Não se ignora também que, outro entendimento existe, e que obviamente, se respeita, (cfr., v.g., os Acs. de 23.01.2014, Processos n.º 597/2013, 719/2013 e 766/2013, e de 20.03.2014, Proc. n.º 117/2014).

Porém, motivos não tendo nós para alterar o entendimento

assumido, (não obstante nova reflexão sobre a questão), acompanha-se, de perto, o que se expôs nos citados arestos, (mostrando-se também irrelevante apreciar o imputado “vício da decisão da matéria de facto”).

Vejamos.

— Consagrando um dos princípios fundamentais do Direito Penal, o “princípio da legalidade”, prescreve o art. 1º do C.P.M. que:

“1. Só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática.

2. Só pode ser aplicada medida de segurança ao estado de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento.

3. Não é permitido o recurso à analogia para qualificar um facto como crime ou definir um estado de perigosidade, nem para determinar a pena ou medida de segurança que lhes corresponde”.

No mesmo sentido preceitua o art. 29º da L.B.R.A.E.M., onde,

como um dos “direitos fundamentais dos residentes” – extensivo a “não residentes” por força do art. 43º - estatui que:

“Nenhum residente de Macau pode ser punido criminalmente senão em virtude de lei em vigor que, no momento da correspondente conduta, declare expressamente criminosa e punível a sua acção”.

Comentando o dito “princípio da legalidade”, considera Figueiredo Dias que: *“o princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta significa que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos. Neste sentido se tornou célebre a afirmação de v. Liszt segundo a qual a lei penal constitui a “magna Charta do criminoso”. Tem-se argumentado que, sendo assim, a lei penal*

representa uma espécie de carta de alforria para o agente mais hábil, mais refinado e (às vezes) mais rico e poderoso, numa palavra (própria da ciência criminológica), para o agente dotado de maior “competência de acção”. Será verdade. Mas importa fazer neste contexto duas precisões: a primeira é a de que um tal agente não é, em definitivo, um “criminoso” se não for como tal considerado por uma sentença passada em julgado (supra, 6.º Cap., §41 e ss.); a segunda a de constituir este, apesar de tudo, um razoável preço a pagar para que possa viver-se numa democracia que proteja minimamente o cidadão do arbítrio, da insegurança e dos excessos de que de outro modo inevitavelmente padeceria a intervenção do Leviathan estadual”; (in “Direito Penal, Parte Geral”, Tomo I, pág. 168 a 169, onde o referido Professor dá exemplos da aplicação prática do mencionado princípio, merecendo destaque o recentemente ocorrido nas Filipinas, em que um cidadão difunde a partir desse País um vírus informático, (“I Love You”), com danos no mundo inteiro, tendo porém ficado impune dada a inexistência, ao tempo, de um tipo legal de crime na ordem jurídica do país que previsse e punisse tal conduta).

Também, em comentário ao C.P.M. – in “C.P.M. Anot.” pág. 1 e

2 – e em relação ao mesmo “princípio da legalidade ou tipicidade” afirmam L. Henriques e S. Santos que: “*é necessário que o comportamento humano coincida formalmente com a descrição feita em norma incriminadora para que possa integrar uma infracção penal.*”

Pouco importa que alguém haja cometido um facto anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do minimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com as suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina, social: se esse facto escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte objecti e a parte subjecti, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal (cfr. NELSON HUNGRIA – Comentários ao Código Penal Brasileiro, Vol. I, 15)”

Constata-se assim que o “princípio da legalidade (de intervenção) penal” – que de algum modo já encontrava expressão na “Magna Carta Libertatum” (de 1215) e mais tarde no “Bill of Rights” (de 1689) – quer dizer, antes de mais, que um facto não é crime, e então, não é penalmente punível, se como tal não estiver qualificado em lei (anterior à sua

prática).

Dito isto, avancemos.

— Nos termos do art. 1º da Lei n.º 10/78/M:

“1. É proibido afixar ou expor em montras, paredes ou em outros lugares públicos, pôr à venda ou vender, exibir, emitir ou por outra forma dar publicidade a cartazes, anúncios, avisos, programas, manuscritos, desenhos, gravuras, pinturas, estampas, emblemas, discos, fotografias, diapositivos, filmes, e em geral quaisquer impressos, instrumentos de reprodução mecânica e outros objectos ou formas de comunicação audio-visual de conteúdo pornográfico ou obsceno.

2. Ressalvam-se a exposição e a venda de objectos e meios referidos neste artigo, no interior de estabelecimentos que, especialmente licenciados, se dediquem exclusivamente a este tipo de comércio, em termos a regulamentar.

3. Sem prejuízo de outras restrições que vierem a ser estabelecidas em diploma regulamentar, a concessão da licença especial será obrigatoriamente condicionada ao seguinte:

- a) Proibição de qualquer forma de propaganda;
- b) Proibição de venda a ou através de menores de 18 anos de idade;
- c) Proibição de instalação de tais estabelecimentos nas Ilhas e a menos de 300 metros de templos, estabelecimentos de ensino e de parques e jardins infantis;
- d) Prévio pagamento de contribuição industrial, cuja taxa será equivalente a trinta vezes da fixada para a 1.ª classe da rubrica 332 da Tabela Geral das Indústrias e Comércio anexa ao Regulamento da Contribuição Industrial em vigor”.

E, sob a epígrafe “Conceito de pornografia” preceitua o art. 2º que:

“1. Para efeitos desta lei, são considerados pornográficos ou obscenos os objectos ou meios referidos no artigo anterior que contenham palavras, descrições ou imagens que ultrajem ou ofendam o pudor público ou a moral pública.

2. São designadamente compreendidas neste conceito:

a) A representação ou descrição de actos sexuais ou a exposição dos órgãos genitais, num contexto de pura exibição sexual;

b) A exploração de formas de perversão sexual, bem como a de situações sexuais, através do recurso a técnicas de sobre excitação visual e/ou sonora"; (sub. nosso).

No caso dos autos, entendeu o M^{mo} Juiz a quo que a conduta da arguida constituía o crime que pelo Ministério Público lhe era imputado, dado que entendeu que: (1) o objecto (“anúncios”) pela mesma distribuído tinha conteúdo “pornográfico e/ou obsceno”; e (2) dado (também) que provado tinha ficado o elemento subjectivo do ilícito em questão.

Sem mais demoras, vejamos da “natureza do anúncio”.

Pois bem, – ainda que a questão não deixe de comportar (necessariamente) algum “subjectivismo”, como naturalmente acontece com os juízos de valor, e não se olvidando aqui Paula Findlen, in “O sentido político e cultural mais antigo”, texto integrado na Colectânea de

ensaios organizada por Lynn Hunt e intitulada “A invenção da pornografia. A obscenidade e as origens da modernidade. 1500 - 1800”, São Paulo, Hedra, 1999, que considera ser impossível estar inteiramente seguro sobre o que é pornografia quando se escreve sobre a sua história, ou ainda, Henry Miller que, num ensaio escrito por ocasião da proibição do seu “Trópico de Cancer”, afirmou que “não é possível encontrar a obscenidade em qualquer livro ou em qualquer quadro, pois ele é tão somente uma qualidade do espírito daquele que lê ou daquele que olha” – cremos que, (pelo menos, para a generalidade das pessoas), com a expressão “pornografia”, e mais concretamente, o adjetivo “pornográfico”, quer-se qualificar algo de “imoral”, “impuro”, “indecente”, “sujo”, “indecoroso”, “impúdico”, “lascivo”, “imundo”, “grosseiro”...

Em conformidade com o “Grande Dicionário de Língua Portuguesa”, “pornografia” é a “representação de elementos de cariz sexual explícito, sobretudo quando considerados obscenos, em textos, fotografias, publicações, filmes ou outros suportes, com o objectivo de despertar o desejo sexual”, sendo, por sua vez, “obsceno” o que é “contrário à decência e ao pudor”, o que “provoca vergonha, nojo ou

repulsa”; (cfr., pág. 1100 e 1126, podendo-se, sobre o tema, e com interesse, ver a atrás mencionada “Colectânea”, onde se dá nota que a pornografia surgiu na Europa a partir do Renascimento, sendo caracterizada pela “difusão de imagens e palavras que feriam o pudor, fazendo da representação explícita do sexo a sua pedra de toque”).

Retidas estas noções, continuemos.

Em causa estando uns “anúncios” que a arguida distribuía, importa, antes de mais, atentar se, em conformidade com o estatuído no art. 2º, n.º 1, atrás transcrito, continham os mesmos “*imagens que ultrajem ou ofendam o pudor público ou moral pública*”.

Ora, o “pudor” é normalmente entendido como o sentimento de vergonha ou timidez causado por algo que fere a sensibilidade ou a moral de uma pessoa, podendo também ser entendido como o mal-estar causado pela nudez ou por questões relacionadas com a sexualidade.

Também a “moral” é usualmente considerada como o conjunto dos costumes e opiniões de um indivíduo ou de um grupo social respeitantes

a um determinado comportamento, ou como o conjunto de normas de conduta consideradas mais ou menos absoluta e universalmente válidas.

Note-se também que aquando do debate na Assembleia Legislativa de Macau do projecto-lei que depois de aprovado veio a constituir a Lei n.º 10/78/M, (depois de se afirmar que a “intenção da lei era só uma: combater eficazmente a pornografia”), e numa tentativa de precisar o sentido e alcance dos “conceitos” aqui em questão, teve o seu então Presidente, (Dr. Carlos Assumpção), oportunidade de enfatizar que *“pudor público” não se refere a um sentimento de vergonha que certas pessoas têm ou a sentimento de vergonha individual, mas sim, a um sentimento de vergonha da média das pessoas em determinada época e em dada sociedade. Também o conceito de “moral pública” é um conceito da média das pessoas, das suas concepções ético-sociais, que em dado momento vigoram em dada sociedade*; (cfr., “Colectânea de Leis Penais Avulsas” Vol. 1, pág. 114).

E, nesta conformidade, sem prejuízo do muito respeito por opinião em sentido diverso, cremos que o presente recurso merece provimento.

Com efeito, e como provado ficou, foi a arguida surpreendida na via pública e à porta de um casino com um maço de “cartões” – anúncios – que se preparava para distribuir a transeuntes, onde se publicitava a prestação de “serviços de massagens”, e em que surgia a fotografia de jovens (algumas) da cintura para cima e em fato de banho (“bikini”); (cfr., fls. 6 a 9).

E, assim sendo, cremos pois que não é a dita factualidade subsumível ao estatuído no art. 2º, n.º 1 da Lei n.º 10/78/M.

Os “anúncios” em questão podem (certamente) ser considerados “inconvenientes”, “desagradáveis” ou até de “mau gosto”, (pois que até se anuncia a existência de “massagistas” de várias nacionalidades e com idades compreendidas entre os 18 a 25 anos).

Todavia, não nos parece que os mesmos anúncios sejam “pornográficos” ou “obscenos” e que “*ultrajam ou ofendam o pudor público ou moral pública*”, nos termos em que estes devam ser entendidos.

De facto, a apresentação das jovens, (algumas em fato de banho), não parece que seja de tal forma “chocante” para se considerar que verificado está o condicionalismo descrito no aludido art. 2.º, n.º 1.

Com efeito, para tal, afigura-se-nos que necessário seria que as “imagens” em causa fossem “de cariz sexual explícito” e susceptíveis de ofender, (“violar”), em “grau elevado” e com (alguma) “intensidade”, os “sentimentos gerais da moralidade sexual”, o que não cremos ser o caso.

Importa não olvidar que os “valores” em questão não se alteram apenas em consequência da sua “localização geográfica”, “usos e costumes”, sendo que o mesmo também sucede com o “decorrer dos tempos” e com a normal e natural evolução de concepções sobre o que é aceitável, (tolerável), e não o é; (tenha-se presente, por exemplo, a polémica das calças e da mini-saia no vestuário feminino).

Aliás, no caso, mostra-se também relevante ter em atenção que a dimensão dos anúncios é pouco superior a de 1 “cartão de visita”, (próximo do tamanho de um maço de cigarros), e que a imagem das jovens neles representadas ocupava cerca de um terço do seu tamanho,

portanto, do tamanho de uma caixa de fósforos.

Poder-se-á, eventualmente, considerar também que as imagens são “sensuais”, e que tem uma certa “carga sexual”.

Porém, tal, em nossa opinião, não constitui “pornografia” ou “obscenidade”, nem parece poder implicar a consideração no sentido de serem “pornográficas” ou “obscenas”, ou “ultrajantes do pudor ou moral pública”.

Note-se que pronunciando-se também sobre a “nudez feminina” e em questão análoga à ora em apreciação, em Ac. de 27.11.1964 – há quase “meio século” – teve a Relação de Lisboa oportunidade de julgar improcedente um recurso onde em causa estavam (também) 3 imagens frontais de 3 senhoras desnudadas da cintura para cima, considerando que as mesmas, ainda que “inconvenientes e ferindo as regras da decência”, não eram obscenas ou susceptíveis de ferir o pudor público; (cfr., “Jurisprudência das Relações”, T. V, pág. 883).

Tratando de idêntica questão também o Prof. Beleza dos Santos já

escreveu (na “Revista de Legislação e Jurisprudência” n.º 54º, pág. 401 e n.º 55º, pág. 3 e seguintes) que *“não se podem considerar ultrajantes da moral pública quaisquer palavras escritas ou desenhos que sejam simplesmente inconvenientes, que, ferindo apenas as regras da decência, não são no entanto obscenas, não atingem o pudor público”*.

Não se olvida igualmente que muitos valores culturais e usos e costumes, perduram no tempo, mantendo-se (muitas vezes) inalterados por longos períodos, e que, como é óbvio, “tudo tem um limite”.

Todavia, como cremos já ter deixado consignado, e sem se deixar de ter em conta que Macau pretende ser uma “cidade internacional”, que até já acolheu várias “exposições de produtos para adultos”, a última das quais no passado mês de Dezembro, (e que aqui ao lado, nas praias de HAI NAO se pratica o naturalismo – nudismo), afigura-se de considerar que as imagens aqui em causa não parecem (suficientemente) “chocantes”, “fortes” ou “intensas” para se dar como preenchido o elemento objectivo do ilícito criminal previsto no art. 1º da aludida Lei n.º 10/78/M.

Aliás, as mesmas afiguram-se mesmo menos “ofensivas” que muitas outras publicadas em diários locais, a propósito da publicitação, (nomeadamente), de “casas de massagens” e outros “estabelecimentos de diversão nocturna”, (ou até como simples meio de ilustrar notícias), onde as representadas surgem (bastante) mais “expostas”, em posturas menos “recatadas”, e em imagens de maior dimensão, não se conhecendo, pelo menos até ao momento, qualquer rumor no sentido de alguém se ter considerado pelas mesmas (moralmente) ofendido.

É óbvio que com o exposto não se quer dizer que “vale tudo”, ou quiçá, que sendo a Lei n.º 10/78/M da “década de 80”, que está “caduca”, sendo hoje de se tolerar a pornografia.

Não. Não se pretende – de forma alguma – dizer que se deve abandonar a “censura” (penal) à pornografia.

Todavia, (e vale a pena aqui repetir), não se pode olvidar que em direito penal vigora o princípio fundamental da legalidade e tipicidade, e, como em tudo na vida, as “coisas tem de ser vistas com peso, conta e medida” e sem injustificados dramatismos ou empolgamentos.

Consigna-se também que nem da acusação constava, nem tão pouco do julgamento em 1ª Instância resultou provada outra matéria, nomeadamente, quanto a uma eventual “actividade relacionada com a prostituição” que, em nossa opinião, e seja como for, não se mostra relevante para o “tipo de ilícito” em questão.

Da mesma forma, não se mostra de considerar “relevante” o facto (presumido) de as massagens serem prestadas – se é que eram – por “jovens em fato de banho”, pois que não nos parece que tal circunstância constitua “pornografia” para efeitos do preceito legal aqui em questão.

Assim, e evidente se nos afigurando igualmente que verificadas também não estão as “circunstâncias” do n.º 2 do mesmo artigo, já que as imagens em questão também não “*representam ou descrevem actos sexuais, expondo órgãos genitais, num contexto de pura exibição sexual*”, (e independentemente do demais, nomeadamente, dos imputados vícios da matéria de facto), há pois que revogar a decisão recorrida.

Tudo visto, resta decidir.

Decisão

3. Em face do exposto, acordam conceder provimento ao recurso, absolvendo-se a arguida do crime pelo qual foi condenada.

Sem custas, (dada a isenção do Ministério Público).

Honorários ao Exmo. Defensor Oficioso no montante de MOP\$2.000,00.

Macau, aos 29 de Maio de 2014

(Relator)

José Maria Dias Azedo

(Segunda Juiz-Adjunta)

Tam Hio Wa

(Primeiro Juiz-Adjunto)

Chan Kuong Seng (vencido, por entender que deve ser mantida a

decisão condenatória ora recorrida, na esteira de posição jurídica já veiculada mormente no Acórdão de 23/1/2014, do Processo n.º 719/2013).