

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.543.267 - SC (2015/0169043-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : W DE O R
ADVOGADOS : GIANCARLO CASTELAN E OUTRO(S)
PAULO CÉSAR SCHMITT
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SESSÃO DE JULGAMENTO. PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADOR QUE NÃO ESTEVE PRESENTE NO INÍCIO DO JULGAMENTO E SE DECLAROU APTO PARA PROFERIR O VOTO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA CRIANÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. ALTO VALOR PROBATÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CRIME DE FOTOGRAFAR CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 240 DA LEI N. 8.069/1990). CRIME DE ARMAZENAR FOTOGRAFIAS DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 241-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). PORNOGRAFIA INFANTIL. ART. 241-E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFINIÇÃO INCOMPLETA. TIPOS PENAIIS ABERTOS. ENFOQUE NOS ÓRGÃOS GENITAIS, AINDA QUE COBERTOS, E POSES SENSUAIS. SEXUALIDADE EXPLORADA. CONOTAÇÃO OBSCENA E FINALIDADE SEXUAL E LIBIDINOSA. MATERIALIDADE DOS DELITOS.

1. De acordo com entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, não há falar em nulidade se o Desembargador que não esteve presente no início do julgamento, quando da sessão de leitura do relatório e sustentação oral, declara sua aptidão para proferir o voto com respaldo em previsão do próprio Regimento Interno do Tribunal local.

2. Em não havendo a impugnação de todos os fundamentos autônomos contidos no acórdão recorrido, considerados suficientes, por si só, para manter o julgado impugnado, tem incidência o óbice da Súmula 283/STF.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.

4. A reforma do aresto impugnado, que concluiu pela efetiva comprovação da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal descritos na

Superior Tribunal de Justiça

exordial acusatória, demandaria o necessário reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado no julgamento do recurso especial por esta Corte Superior de Justiça, que não pode ser considerada uma terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada, a teor do enunciado nº 7 da súmula deste Sodalício.

5. A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance.

6. É típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas - ainda que cobertos por peças de roupas -, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica.

7. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento após a renovação de julgamento e o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao recurso especial, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília, 03 de dezembro de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.543.267 - SC (2015/0169043-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : W DE O R
ADVOGADOS : GIANCARLO CASTELAN E OUTRO(S)
PAULO CÉSAR SCHMITT
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de recurso especial, interposto por W. DE O. R. com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Extraí-se dos autos que o ora recorrente foi denunciado, em 08/02/2012, como incurso nas sanções do art. 217-A, *caput*, c/c art. 71, ambos do Código Penal; art. 240 da Lei nº 8.069/90 c/c art. 71 do Código Penal; art. 241-B da Lei nº 8.069/90 (crimes de estupro de vulnerável, de fotografar cena pornográfica e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico), nos termos abaixo:

1. Do crime de estupro de vulnerável

Durante os anos de 2006 e 2009, no estúdio fotográfico localizado na (...), Bairro Centro, Florianópolis/SC, o denunciado W. de O. R., com o objetivo de saciar sua lascívia, praticou, de forma reiterada, ato libidinoso consistente em acariciar os seios e a vagina da vítima E.T.M., quando esta possuía 9 (nove) anos, prática que perdurou até os seus 12 (doze) anos de idade.

Nessas ocasiões, o denunciado W. realizava em seu estúdio, sempre na ausência de pessoa responsável, diversos ensaios fotográficos com a vítima, a pretexto de participar de seleção para campanhas publicitárias. Foi assim que, em inúmeros ensaios que realizou com a vítima, o denunciado W., após pedir para a vítima tirar suas roupas para as fotos, ordenava que a vítima E.T.M. sentasse em seu colo e acariciava seus seios e sua vagina.

Quando investia, de modo libertino, contra a vítima, o denunciado ordenava-lhe que não revelasse os fatos a terceiros sob pena de lhe matar e matar sua família. O denunciado, assim, conseguiu constrangê-la a sucumbir a seus caprichos lúbricos.

Assim, o denunciado W. de O. R., com insaturável concupiscência, e com o mesmo *modus operandi*, constrangeu, de forma continuada, durante o lapso temporal de aproximadamente quatro anos, a vítima E.T.M., praticando atos libidinosos, conforme ora descritos.

2. Do crime de fotografar cena pornográfica

Durante os anos de 2009 e 2010, no estúdio fotográfico localizado na (...), Bairro Centro, Florianópolis/SC, o denunciado W. de O. R. fotografou, de forma reiterada, cenas pornográficas, envolvendo a adolescente V.F.G., a qual possuía aproximadamente 12 (doze) e/ou 13 (treze) anos de idade na época dos fatos, conforme Termo de Declaração às fls. 7/9.

As fotografias eram tiradas pelo denunciado W. a pretexto de

apresentação dessas fotos para agência de propagandas, ocasião em que o denunciado W. convidava a vítima V.F.G. para participar e realizar "book's fotográficos". Nesses ensaios, o denunciado W. fotografava a vítima, ordenando que esta baixasse a blusa e a parte de baixo da vestimenta, mostrando seus seios e sua genitália. Para lograr êxito no intento, o denunciado W. afirmava para a vítima que ela não precisava constranger-se pois aquelas poses eram normais durante um ensaio fotográfico e que ela poderia confiar nele pois eram amigos.

Dessa forma, o denunciado W. fotografou, por diversas vezes, a vítima V.F.G., com suas partes íntimas desnudadas, tendo, inclusive, em uma oportunidade, dado um objeto vibrador de formato cilíndrico para a vítima colocar no interior de sua calcinha, argumentando que com aquilo a vítima ficaria mais relaxada para realizar as fotos.

Da mesma forma como relatado anteriormente, o denunciado W. realizava os ensaios fotográficos sozinho com a vítima, porquanto afirmava para essa que a presença de seus pais no estúdio era muito prejudicial para o resultado final do trabalho.

3. Do crime de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico

No dia 29 de outubro de 2010, por volta das 9h30min, no interior da residência e do estúdio fotográfico localizados nesta Capital, (...), Bairro Centro, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão nos locais, constatou-se que o denunciado W. de O. R. armazenava nos discos rígidos dos computadores de sua propriedade (HD números de série 9QZ65HA5, S1RLJ60Z608335 e S0E9J1BLA00223), imagens de conteúdo pornográfico envolvendo criança e/ou adolescente, conforme Termos de Apreensão das fls. 22/23 e atestado por meio do Laudo Pericial das fls. 71/129.

Em primeiro grau de jurisdição, o Juízo sentenciante declarou extinta a punibilidade do denunciado quanto ao delito insculpido no art. 217-A, *caput*, c/c art. 71, ambos do Código Pena, em razão da ocorrência da decadência no oferecimento de queixa-crime; condenou o acusado por infração ao art. 240 do ECA, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão no regime inicial semiaberto; e o absolveu da imputação do art. 241-B da Lei nº 8.069/90, ante a ausência de identificação nos autos das vítimas e comprovação das suas idades, consoante fundamentação seguinte:

3- Do crime do art. 241 -B da Lei 8.069/90

O artigo em comento determina que:

"Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

"Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

Pois bem, da análise do caderno processual tenho que a materialidade do crime em apuração não restou devidamente comprovada.

Em que pese o laudo pericial de fls. 73/122 registrar que: "foram encontrados arquivos com conteúdo sugestivo 'à pornografia infantil" e ainda que "Foram encontradas, com características de terem sido tiradas em estúdio fotográfico, fotos de crianças e adolescentes em poses sensuais, com

Superior Tribunal de Justiça

alguma conotação sexual" não restou devidamente comprovada a idade das meninas fotografadas.

Ora, não havendo a identificação das vítimas, tampouco a comprovação das suas idades, inviável a caracterização da materialidade do crime em análise.

Extraí-se da doutrina de Guilherme de Souza Nucci: "A figura delitiva surge quando abrange menores de dezoito anos. Por isso, é fundamental analisar se não houve erro do agente quanto à idade das pessoas retratadas ou. filmadas." (Lei Penais e Processuais Penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. p. 264).

Ora, no caso em análise, o Ministério Público afirma, em sede de alegações finais, que "duas das adolescentes que aparecem nas imagens fotográficas (fls. 77/104) foram devidamente identificadas, conforme documentos juntados às presentes alegações finais, os quais demonstram que possuíam, na época dos fatos, no máximo, 15 (quinze) anos de idade." Entretanto, não foi juntada aos autos a documentação mencionada, não constando a comprovação da idade das vítimas.

O inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal dispõe que o juiz deverá absolver o acusado se for reconhecida a insuficiência de provas para a condenação.

Esse princípio, mais conhecido como "in dubio pro reo", prega que, no caso de dúvidas, deve-se julgar em benefício do acusado.

Guilherme de Souza Nucci leciona o seguinte: "Prova insuficiente para a condenação: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu - in dubio pro reo. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição." (in Código de Processo Penal Comentado, 2008, p. 689).

Assim sendo, ante a ausência da prova da materialidade do crime em tela, não resta outra alternativa senão absolver o acusado da presente imputação. (fls. 335/336)

Diante desse desate, o réu e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negado provimento ao apelo da defesa e dado provimento ao apelo ministerial, para condenar o ora recorrente às penas de 17 (dezessete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 27 (vinte e sete) dias-multa, no regime inicial fechado, por infração ao art. 214 c/c art. 224, "a", e art. 71, todos do Código Penal, art. 241-B e art. 240, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A título de ilustração, confira-se a ementa do acórdão:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE FOTOGRAFAR CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 240 DA LEI N. 8.069/1990 C/C ART. 71 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO MINISTERIAL. IRRESIGNAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO POR ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO AO ANTIGO DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DATA DO FIM DA SÉRIE DELITIVA NÃO

PRECISA. LEI VIGENTE AO TEMPO DOS FATOS. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL PRATICADOS PELO AGENTE. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE DA GENITORA DA VÍTIMA COMPROVADA. AUSÊNCIA DE FORMALIDADE. REPRESENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PREENCHIDA. PRECEDENTES DO STJ. MÉRITO.

MATERIALIDADE DO FATO QUE MUITO NÃO SE PODE EXIGIR, EM RAZÃO DE NÃO DEIXAR VESTÍGIO. CONTATO FÍSICO DIRETO COMPROVADO. AUTORIA PACIFICADA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA FIRMES E COERENTES, CORROBORADOS PELA FALA DE SUA GENITORA E AVÓ MATERNA. VERSÃO DEFENSIVA ANÊMICA. CRIMES DESTE JAEZ NORMALMENTE COMETIDOS NA CLANDESTINIDADE. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* INAPLICÁVEL À ESPÉCIE. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA.

PLEITO CONDENATÓRIO NAS SANÇÕES DO ART. 241-B DO ECA (ARMAZENAMENTO DE FOTOGRAFIAS PORNOGRÁFICAS ENVOLVENDO CRIANÇAS OU ADOLESCENTES). MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO COMPROVADAS. CONTEXTO DOS FATOS. ENFOQUE DAS FOTOGRAFIAS À REGIÃO GENITAL. CONOTAÇÃO OBSCENA. EXPLORAÇÃO DA SEXUALIDADE DAS INFANTES. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS NESTE PONTO.

PLEITO DEFENSIVO PELA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 240 DO ECA (FOTOGRAFIAR CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE), EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. FOTOGRAFIAS COM ÓRGÃO SEXUAL EXPLICITAMENTE VISÍVEL. DECLARAÇÕES DA OFENDIDA TAXATIVAS NA DELEGACIA E EM JUÍZO, CORROBORADAS PELOS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL. DELITO COMETIDO NA CLANDESTINIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA QUE DETÉM ESPECIAL RELEVÂNCIA. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Irresignada, a defesa interpôs embargos infringentes que, também por maioria, não foram providos em aresto assim sintetizado:

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME DE ARMAZENAR FOTOGRAFIAS DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. PORNOGRAFIA INFANTIL. ÓRGÃOS GENITAIS. ROUPAS DE BAIXO.

Constitui cena de pornografia infantil (art. 241-E do ECA) a exibição do órgão genital de criança, mesmo que coberto por trajes íntimos, se a retratação tem finalidade primordialmente sexual. O armazenamento de imagens que representam tal cenário é conduta típica (art. 241-B do ECA).

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Na sequência foram ainda opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. MAGISTRADO QUE NÃO ACOMPANHOU O RELATÓRIO E OS DEBATES. ESCLARECIMENTO SUFICIENTE PARA PROFERIR VOTO (RITJSC, ART. 131).

Não há nulidade no julgamento do acórdão embargado se Desembargador que não assistiu o relatório, os debates iniciais e a sustentação oral considerar-se suficientemente esclarecido para proferir voto, ainda que tal circunstância não tenha sido consignada na certidão de julgamento.

EMBARGOS REJEITADOS.

Nas razões do recurso especial (fls. 660/718), aponta o recorrente violação dos artigos 563 do CPP, 225, 214, *caput*, c/c art. 224 "a" (redação anterior a lei 12.015/2009), do Código Penal, 240 e 241-B da Lei n. 8.069/90.

Alega, inicialmente, a ocorrência de nulidade absoluta no julgamento dos embargos infringentes ao argumento de que um dos Desembargadores que negaram provimento ao recurso da defesa "não acompanhou o relatório do feito, a sustentação oral procedida pela defesa, nem o início dos debates, estando presente apenas na sessão do dia 30.07.2014, quando o julgamento já estava em curso, votando pelo desprovimento dos Embargos Infringentes, não havendo registro em Ata de que sua Excelência se dava por esclarecido para julgar, conforme determina o Regimento Interno do Tribunal de Justiça."

Sustenta, outrossim, a ilegitimidade ativa do Ministério Público, pois a conduta delituosa foi iniciada antes da vigência da Lei nº 12.015/2009 e "não restou comprovado quando teria cessado a suposta conduta do recorrente e, por isso, estaríamos diante da redação antiga do artigo 225 do Código Penal", em que "o crime em questão (ato libidinoso - atentado violento ao pudor) somente se procedia mediante queixa ou representação."

Em acréscimo, argumenta que a prova da hipossuficiência foi produzida somente após a publicação da sentença em cartório, sendo manifesta a ilegitimidade do *Parquet*. No ponto, afirma que "os novos documentos trazidos pelo recorrido são estranhos à lide principal e, além de acarretaram prejuízo ao recorrente, não foram levados a conhecimento do r. magistrado de primeiro grau que proferiu a decisão, sendo que a análise dos mesmos pelo e. Tribunal, em fase recursal, ocasionou supressão de instância e prejuízo ao contraditório." Assevera, ainda, que "toda a prova foi produzida na fase de instrução processual obedecendo ao princípio do contraditório e da ampla defesa e, eventual deficiência desta deve se resolver em favor do recorrente, uma vez que não pode

Superior Tribunal de Justiça

o recorrido, depois de julgado o processo, produzir nova prova no sentido de surpreender a defesa com a finalidade de reformar a decisão judicial."

Por outro lado, em relação à alegada ofensa ao artigo 214 do Código Penal (redação anterior à reforma de 2009), aduz que "nos autos somente se tem, de forma isolada e fantasiosa, a palavra da vítima E.T.M., sem qualquer outro documento ou testemunho que corrobore que o recorrente tenha praticado a infração", sendo frágeis a autoria e a materialidade. Argumenta que haveria "inúmeras contradições no depoimento da suposta vítima" e que "a reavaliação da prova se mostra necessária, pois o conjunto probatório afigura-se extremamente frágil para alicerçar uma condenação pelo cometimento do crime de atentado violento ao pudor."

Além disso, quanto ao delito previsto no artigo 241-B da Lei nº 8.069/90, ressalta que, "ainda que o laudo pericial de fls. 73/122 registre que foram encontradas fotografias de modelos, não restou comprovada, no decorrer da instrução processual, a idade das modelos" e que "as fotografias não envolvem cenas de modelos em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, muito menos a exibição de órgão genitais de uma criança ou adolescente."

Assevera, a propósito, que "somente nos casos em que ocorre atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou a exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente é que pode ser caracterizada as infrações imputadas ao recorrente." Conclui, nessa linha, que, "inexistindo qualquer documento probante de que as fotografias contenham cena de sexo explícito com a exposição de órgão genital, data venia, contrária a lei é a decisão da Seção Criminal do Tribunal *a quo*."

Por fim, no que toca ao crime do artigo 240 da Lei nº 8.069/90, sustenta que "a lei penal extravagante (8.069/90), ao contrário do que restou afirmado no acórdão do Tribunal a quo, tratou de definir o conceito de cena de sexo explícito ou pornografia, sendo que, somente nos casos em que ocorre atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou a exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente é que pode ser caracterizada a infração em que restou condenado o recorrente." Nessa linha, entende que não restou caracterizada a materialidade do delito, pois "as fotografias encontradas nos computadores do recorrente somente mostram fotografias de modelos em poses sensuais, todavia, sem qualquer cena de sexo explícito ou pornográfica, muito menos demonstram nudez ou órgão genitais."

Colaciona, a esse respeito, precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá segundo o qual o crime previsto no artigo 240 do ECA exige fotografias em que haja "atividade sexual explícita, seja real ou simulada" ou a "exibição dos órgãos genitais da adolescente." Na mesma linha, cita julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que firmou entendimento de que o delito tipificado no artigo 241-B da Lei nº 8.069/90 exige a exibição efetiva dos órgãos genitais dos adolescentes para fins

Superior Tribunal de Justiça

primordialmente sexuais."

Apresentadas as contrarrazões (fls. 753/763) e admitido o recurso, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do apelo raro (fls. 780/782).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.543.267 - SC (2015/0169043-1)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SESSÃO DE JULGAMENTO. PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADOR QUE NÃO ESTEVE PRESENTE NO INÍCIO DO JULGAMENTO E SE DECLAROU APTO PARA PROFERIR O VOTO. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA CRIANÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. ALTO VALOR PROBATÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CRIME DE FOTOGRAFAR CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 240 DA LEI N. 8.069/1990). CRIME DE ARMAZENAR FOTOGRAFIAS DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 241-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). PORNOGRAFIA INFANTIL. ART. 241-E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFINIÇÃO INCOMPLETA. TIPOS PENAIIS ABERTOS. ENFOQUE NOS ÓRGÃOS GENITAIS, AINDA QUE COBERTOS, E POSES SENSUAIS. SEXUALIDADE EXPLORADA. CONOTAÇÃO OBSCENA E FINALIDADE SEXUAL E LIBIDINOSA. MATERIALIDADE DOS DELITOS.

1. De acordo com entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, não há falar em nulidade se o Desembargador que não esteve presente no início do julgamento, quando da sessão de leitura do relatório e sustentação oral, declara sua aptidão para proferir o voto com respaldo em previsão do próprio Regimento Interno do Tribunal local.
2. Em não havendo a impugnação de todos os fundamentos autônomos contidos no acórdão recorrido, considerados suficientes, por si só, para manter o julgado impugnado, tem incidência o óbice da Súmula 283/STF.
3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.
4. A reforma do aresto impugnado, que concluiu pela efetiva comprovação da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal descritos na exordial acusatória, demandaria o necessário reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado no julgamento do recurso especial por esta Corte Superior de Justiça, que não pode ser considerada uma terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada, a teor do enunciado nº 7 da súmula deste Sodalício.
5. A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do

Superior Tribunal de Justiça

Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance.

6. É típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas - ainda que cobertos por peças de roupas -, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica.

7. Recurso especial improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cumpre, por primeiro, analisar a suposta ocorrência de nulidade em razão da participação, no julgamento dos embargos infringentes, de desembargador que "não acompanhou o relatório do feito, a sustentação oral procedida pela defesa, nem o início dos debates, estando presente apenas na sessão do dia 30.07.2014, quando o julgamento já estava em curso."

Ao analisar a questão, o Tribunal *a quo*, rejeitando os embargos de declaração opostos em face do acórdão que apreciou os embargos infringentes, consignou o seguinte:

De fato, o Exmo. Des. Getúlio Corrêa não participou da primeira sessão de julgamento dos embargos infringentes (fl. 549), e não houve registro, na certidão da fl. 550, de que ele tenha se dado por esclarecido (como dispõe o art. 131 do Regimento Interno desta Corte).

Isso não significa, todavia, que o julgamento deve ser repetido - pois, como o próprio Desembargador mencionou nesta sessão (do dia 26.11.14), Sua Excelência considerou-se suficientemente esclarecido dos debates, e apto a proferir seu voto (como o fez).

É importante destacar que há fator de distinção entre o presente caso e aquele retratado no precedente do Superior Tribunal de Justiça mencionado à fl. 577 (HC 62107, Rei. Min. Nilson Naves - j. 18.9.08). No precedente, a norma regimental (do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia) que regula a matéria tinha (pois foi alterada pelo Assento 21/10) o seguinte teor:

Art. 402. Não participarão do julgamento os desembargadores que não tenham ouvido o relatório ou assistido aos debates, salvo quando, não

Superior Tribunal de Justiça

tendo havido sustentação oral, se derem por esclarecidos.

A norma aplicável aqui tem a redação sutilmente distinta:

Art. 131 - Não participarão do julgamento os desembargadores que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos.

Como se vê, a norma regimental daquela Corte determinava (à época) que, se um magistrado não acompanhou a sustentação oral, ele não poderia participar da votação mesmo que se desse por esclarecido. Não é o que dispõe o Regimento Interno deste Tribunal, que possibilita que um desembargador tome parte no julgamento caso se julgue apto a proferir voto, ainda que não tenha assistido o relatório e/o início dos debates.

A presente hipótese assemelha-se mais àquela retratada em outro precedente, também da Corte da Cidadania:

II - DE ACORDO COM O REGIMENTO DO TRIBUNAL LOCAL, O JUIZ QUE NÃO ASSISTIU AO RELATÓRIO E A SUSTENTAÇÃO ORAL PODE VOTAR, DESDE QUE SE CONSIDERE ESCLARECIDO, ASSEGURADO A RENOVAÇÃO DA SUSTENTAÇÃO, REQUERENDO-A A PARTE (ART. 187, IV) (RMS 4.377, Rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar-j. 26.9.94).

Assim, porque não se verifica nulidade, os aclaratórios não são dignos de acolhimento.

Inviável, por fim, manifestação a respeito do disposto no art. 563 do Código de Processo Penal - porque é dispensável a perquirição acerca do prejuízo quando constatado que inexistente qualquer inobservância procedimental.

E, ao assim decidir, a Corte local adotou entendimento consentâneo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não há falar em nulidade se o julgador que não esteve presente na sessão de leitura do relatório e sustentação oral declara sua aptidão para proferir o voto, em atenção à respectiva previsão do Regimento Interno do Tribunal de origem, como se colhe do seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 288, ART. 299, CAPUT, C/C PARÁGRAFO ÚNICO E § 2º DO ART. 297, ART. 312, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE RENOVAÇÃO DA SUSTENTAÇÃO ORAL. INDEFERIMENTO. VOTO DE JUIZ QUE NÃO ESTEVE PRESENTE NA SESSÃO EM QUE HOUVE A LEITURA DO RELATÓRIO E A REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÕES ORAIS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Tendo o em. Juiz Federal Convocado, que não esteve presente na sessão em que houve a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, declarado sua aptidão para o proferimento de voto, em conformidade com o Regimento Interno da e. Corte a quo, não resta caracterizado constrangimento ilegal em razão do indeferimento do pedido da defesa de renovação da sustentação oral (Precedentes).

Superior Tribunal de Justiça

Ordem denegada.
(HC 152.107/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,
julgado em 03/08/2010, DJe 20/09/2010)

Na mesma linha de raciocínio, confira-se recente precedente deste Colegiado, de minha relatoria:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. JULGAMENTO ADIADO E RETOMADO POR JUIZ CONVOCADO. RENOVAÇÃO DA SUSTENTAÇÃO ORAL. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 609 E 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. DEPÓSITO DE MERCADORIA PROIBIDA. CONTRABANDO. TIPICIDADE. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ERRO DE TIPO. REEXAME DE PROVA. RESPONSABILIDADE PENAL. REEXAME DE PROVA. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Inexiste nulidade se o julgamento é adiado e retomado por Juiz Convocado que não esteve presente na leitura do relatório e sustentação oral mas que analisou as notas taquigráficas e refutou no seu voto todas as questões suscitadas em tribuna e declarou sua aptidão para julgar.

(...)

(REsp 1383034/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 17/12/2014)

Por outro lado, no que se refere à legitimidade para ajuizamento da presente ação penal, em que se imputou ao recorrente a prática do delito de atentado violento ao pudor contra criança em data anterior ao advento da Lei nº 12.015/2009, registrou o Tribunal *a quo* que:

De fato, venia, a acusação não logrou êxito em demonstrar, com a certeza necessária, a data na qual os abusos tiveram fim, ou que tenham efetivamente avançado o dia 10/08/2009, data da vigência do diploma retro referido (Lei 12.015/2009), mas restou, entretanto, suficientemente assentada nos autos a ausência de condições dos pais da vítima em prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis ao sustento da família, a representação da genitora da ofendida, e ainda, que os delitos foram perpetrados contra criança (o início da série delitiva), o que demonstra, sim, a legitimidade do Ministério Público para deflagrar a ação.

A ofendida E. T. M., ouvida sob proteção do Provimento 14 da CGJ, disse, na fase embrionária, que "a declarante se recorda de ter sofrido com esses atos de L. R., quando a declarante tinha aproximadamente uns 9 anos até 11-12 anos" (fl. 70). Em juízo, afirmou que esteve no estúdio fotográfico por umas dez vezes, de 2006 a 2009. Disse que hoje está com quinze anos e na época que cessaram os abusos estava com "onze, dez, doze" (CD de fl. 164).

Perante o magistrado, a avó de E., A. Â. S. T., afirmou que as sessões de foto se iniciaram em 2007 ou 2008, não se recordando bem ao certo, tendo ido de 6 a 8 vezes lá, o que durou "menos de dois anos e mais do que um ano", em intervalos de 3 a 6 meses (CD de fl. 213).

É cediço que com a vigência da Lei n. 12.015/2009 ocorreu profunda mudança nas disposições dos delitos contra a dignidade sexual. Sob a égide da legislação anterior, a ação penal privada era a regra. Havia duas exceções: uma nos casos em que a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo, sem privação de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, cuja ação seria pública condicionada à representação; e outra, se o crime tivesse sido cometido com abuso de pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, cuja ação seria pública incondicionada.

Isso posto, urge consignar que a prova colacionada dá conta em demonstrar a falta de condições da família da vítima, bem como a representação da genitora da ofendida, documentos estes apenas juntados em sede de razões de apelação com o único fim de preservar a identidade da vítima, ouvida que foi sob os auspícios do Provimento 14 da CGJ.

É certo que às fls. 69-70 a testemunha n. 1 sequer é identificada como "E. T. M.", o que, por óbvio, realizou-se para resguardar o reconhecimento da ofendida, de maneira que se presume, também, que por esta razão não foram juntados o boletim de ocorrência e as declarações de sua genitora na fase policial, apenas nas razões de apelação.

De qualquer sorte, o que ficou comprovado nos autos é que os documentos foram, de fato, confeccionados à época - já existiam -, não sendo colacionados aos autos com o intuito único, repita-se, de preservar a identidade da vítima.

Cumprido esclarecer também que, consoante previsão expressa do art. 231 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: "salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo", perfeitamente válido os documentos acostados aos autos pelo Parquet na oportunidade das razões recursais.

(...)

Na jurisprudência, é este também o sentido que vem se decidindo. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 594.209/SC, da relatoria do Min. Cezar Peluso, decidiu que o Tribunal "pode conhecer da força de documentos tardios, se entender necessária à decisão do recurso, tendo por limite apenas o respeito ao contraditório e à ampla defesa", e fez consignar a ressalva de que referidos princípios constitucionais estão atendidos com a simples abertura de prazo para contrarrazões, visto que "não há formalidade por observar em tais situações, bastando, para efeito de observância das garantias processuais da defesa, intimação para manifestação oportuna da parte interessada".

Esse posicionamento também foi adotado pela Suprema Corte no julgamento do AgReg em RE n. 592.670/RS e do HC n. 693.148/RJ, embora versem sobre situações distintas.

O mesmo entendimento se extrai de julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.101.620/SP, REsp 400.052/RS, e HC 88.765/SP), e de Tribunais pátrios, dentre eles, os dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

(...)

Desta forma, oportunizada à defesa manifestação quanto aos documentos novos acostados, no momento das contrarrazões, perfeitamente válida a prova juntada aos autos em sede recursal, deverão esta sem sombra de dúvidas, ser sopesada em busca da verdade substancial.

(...)

A vítima, quando compareceu à Delegacia para prestar declarações, encontrava-se "na presença de sua representante legal" (fl. 69). A comunicação e formalização da *notitia criminis* encontra-se no boletim de ocorrência, juntado em sede de razões recursais, datado do ano de 2010 (fl. 329), período em que a genitora da vítima veio a saber da ocorrência do crime, bem como o seu autor.

A falta de condições da família da ofendida pode ser auferida no decorrer do processo, pelas declarações prestadas pela mesma nas fases policial e judicial, bem como a fala de sua avó em juízo, e ainda pelos documentos juntados às fls. 328-363, que atestam a ausência de recursos da genitora da vítima de prover as despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis ao sustento da família.

(...)

De mais a mais, "a finalidade da representação nos crimes contra os costumes não é acautelar os interesses do réu, mas os do ofendido" (Apelação Criminal n. 2010.044266-3, de Presidente Getúlio, rel. Des. Torres Marques, j. 1º/02/2011), tanto que a alteração legislativa foi nesse sentido, e para isso, trouxe o novel parágrafo único do art. 225 do Código Penal: "Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável".

É, ademais, a direção para qual a doutrina majoritária e a jurisprudência já vinha caminhando. E também o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto ao art. 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente, in verbis: "Os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada", que em crimes contra a liberdade sexual da criança, mesmo sem o resultado de lesão grave ou morte, é dispensada a representação, sendo a ação penal pública incondicionada.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já assentou:

PENAL E PROCESSUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDO CONTRA CRIANÇA. LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL. TITULARIDADE QUEIXA. AUSÊNCIA. DECADÊNCIA. PUNIBILIDADE. EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Afasta-se o caráter particular inerente à titularidade da ação penal em hipótese de atentado violento ao pudor quando a criança ofendida vive na companhia do suposto agressor, em situação de dependência econômica, esta evidenciada por relação de emprego havida entre o paciente e a mãe da vítima (arts. 225, § 1º, inciso I, e 226, inciso II, do Código Penal).

O evidente conflito entre o interesse do menor incapaz e a disposição contrária de seu representante legal implica a nomeação de curador especial, nos termos do art. 33 do CPP e 142. parágrafo único, da Lei nº 8 069/90

A persecução penal de crime cometido contra criança e/ou adolescente menor de 14 (catorze) anos dar-se-á por ação pública incondicionada, à luz do disposto no art. 227 da Lei nº 8.069/90, porquanto desprovidas de validade, diante da imperatividade dos dispositivos constitucionais (arts. 1º, 3º, 5º e 227, CRFB), as normas do art. 225 do Código Penal.

É descabida a alegação de extinção da punibilidade pela

Superior Tribunal de Justiça

decadência do direito de representação, em se tratando de ação penal de iniciativa pública incondicionada. Recurso ao qual se nega provimento (RHC 14.924/GO, rel. Min. Paulo Medina, SEXTA TURMA. j. 15/03/2007, DJ 09/04/2007 p. 265)

Portanto, sob o prisma da interpretação histórica, atrelada às diretrizes hermenêuticas sistemática e teleológica, na hipótese que se apresenta, pois, a ação penal independe de representação, em razão de ter sido perpetrada contra menor de 14 anos, no início da série delitiva, sobre o que já se discorreu, o que faz do Ministério Público instituição legítima deflagrar a demanda penal em apreço.

Da leitura das razões do recurso especial, contudo, verifica-se que não houve a devida insurgência do ora recorrente contra todos os fundamentos do acórdão acima reproduzidos, embora fossem, por si só, suficientes para mantê-lo. Dessarte, não há como deixar de aplicar ao caso a Súmula 283/STF, que dispõe que "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles."

A propósito, cumpre trazer à baila os seguintes acórdãos desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. PENSÃO DE EX-COMBATENTE. ÓBITO DO INSTITUIDOR NA VIGÊNCIA DAS LEIS N°S. 3.765/60 E 4.242/63.

1. A falta de combate a fundamento específico da decisão agravada justifica a impossibilidade de análise do recurso especial, ante o óbice da Súmula 283/STF.

(...)

(AgRg no AREsp 535.551/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO INTERPOSTO. SÚMULA 126/STJ. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

3. Apesar das alegações do recorrente, não houve impugnação de

Superior Tribunal de Justiça

fundamentos autônomos contidos no aresto recorrido, os quais devem ser considerados aptos, por si só, para manter o julgado impugnado, o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.

(...)

(AgRg no REsp 1457252/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 26/06/2015)

No que toca à alegação da defesa de fragilidade da prova da autoria e da materialidade, que estaria embasada apenas na palavra "isolada e fantasiosa" da vítima, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido de que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas.

Nesse sentido, confirmam-se alguns dos inúmeros precedentes desta Corte Superior de Justiça acerca do tema:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. ESTUPRO CONTINUADO. TESES DE FRAGILIDADE DA PROVA E DE NÃO CONFIGURAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE REEXAME DA PROVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. É imprópria a via do habeas corpus para a análise das alegações de fragilidade das provas para a condenação, bem como de não configuração da continuidade delitiva, por demandarem a análise aprofundada do material cognitivo produzido nos autos, inviável em sede de habeas corpus. Precedentes.

3. Nos crimes sexuais, a palavra da vítima ganha especial relevo, tendo em vista sobretudo o modus operandi empregado na prática desses delitos, cometidos, via de regra, às escondidas. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 206.730/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 17/03/2015)

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVANTE IMPORTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DECOTE DO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. O Tribunal local, ao analisar os elementos constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável em continuidade delitiva.

2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei

federal, pugnando pela absolvição ou o mero redimensionamento da pena referente à continuidade delitiva não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise vedado a esta Corte Superior de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima adquire especial importância, mormente porque quase sempre ocorrem na clandestinidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 578.515/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ESTUPRO. VÍTIMA COM DEFICIÊNCIA MENTAL. DEPOIMENTO E LAUDO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A comprovada vulnerabilidade da vítima (portadora de retardo mental) - oriunda da sua incapacidade de entender a ilicitude das circunstâncias, o que a tornou menos resistente à investida - não lhe retira a capacidade de narrar os acontecimentos e macular a condenação do agente pelo delito de estupro.

2. Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos. Precedentes.

3. Mostra-se inviável a desconstituição do julgado, como pretendido pelo impetrante, sobretudo considerando-se que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, exatamente como verificado nos autos.

4. A decretação da nulidade dos julgados anteriormente proferidos demandaria, em verdade, dilação probatória, o que é vedado na apreciação do habeas corpus.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 227.449/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OITIVA DA VÍTIMA MEDIANTE "DEPOIMENTO SEM DANO". CONCORDÂNCIA DA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Esta Corte tem entendido justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do "depoimento sem dano", em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).

2. A oitiva da vítima do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), em audiência de instrução, sem a presença do réu e de seu defensor não inquina de nulidade o ato, por cerceamento ao direito de defesa, se o advogado do acusado aquiesceu àquela forma de inquirição, dela não se insurgindo, nem naquela oportunidade, nem ao oferecer alegações finais.

Superior Tribunal de Justiça

3. Além da inércia da defesa, que acarreta preclusão de eventual vício processual, não restou demonstrado prejuízo concreto ao réu, incidindo, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, que acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes.

4. A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos (AgRg no AREsp 608.342/PI, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015).

5. No caso, além do depoimento da vítima, o magistrado sentenciante, no decreto condenatório, considerou o teor dos testemunhos colhidos em juízo e o relatório de avaliação da menor realizado pelo Conselho Municipal para formar seu convencimento.

6. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 45.589/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015)

No caso em análise, a Corte local concluiu que restou incontroversa a prática dos atos libidinosos descritos na exordial acusatória, nos termos abaixo:

É hialina, pois, tanto a prova documental (boletim de ocorrência) acostada aos autos bem como a prova oral colhida durante a instrução do feito (depoimentos da vítima e testemunhas de acusação), as quais dão conta da ocorrência do injusto e de sua autoria, em nenhum momento derruídas pela defesa.

As palavras seguras da ofendida na fase judicial, narrando com detalhes as circunstâncias do caso, em conformidade com suas declarações na fase policial, conforme já salientado, e corroboradas pela prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, não deixam dúvidas a respeito da conduta reprovável do acusado, destinadas à satisfação de sua lascívia.

Consequentemente, é imperiosa a condenação do acusado, pois não colacionou o defensor nenhuma prova que afastasse a acusação contra seu defendido, nem logrou êxito em afastar as fortes provas contra ele apuradas. As testemunhas arroladas pela defesa, Adriana Monteiro, Ana Paula Giordano Domingues, Edione Giordano Domingues, Daniel Cravo da Silveira e Shirley Colerauz Pezzatto nada puderam esclarecer acerca dos fatos, sendo meramente abonatórias, incapazes de modificar o desfecho de todo o processado. Afirmaram em síntese que foram fotografadas pelo acusado e nunca ocorreu qualquer situação que pudessem desconfiar da idoneidade de W.

Dessarte, a reforma do aresto impugnado demandaria o necessário reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado no julgamento do recurso especial por esta Corte Superior de Justiça, que não pode ser considerada uma terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada, a teor do enunciado nº 7 da súmula deste Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

- Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 557, caput e § 1º-A, do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal - CPP, que permite ao relator dar provimento, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

- **Perquirir sobre a existência de provas suficientes para a condenação implica a incursão nos elementos fático-probatórios da lide, providência inadmissível na via do recurso especial. Súmula n. 7/STJ.**

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 676.186/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 18/05/2015)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA EM GRAU DE APELAÇÃO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO LASTREADO NO PERCUCIENTE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS. TESE DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ACOLHIMENTO NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 7/STJ E 279/STJ.

O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários. (Súmula 07/STJ e Súmula 279/STF).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 485.996/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 17/03/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ACÓRDÃO A QUO QUE FIRMA QUE A PROVA COLHIDA NÃO CONFERE CERTEZA ACERCA DA AUTORIA DO CRIME, TAMPOUCO DA EXISTÊNCIA DO DELITO EM SI. REVISÃO. INVIABILIDADE. TEMA QUE DEMANDA REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Se a Corte de origem, soberana na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu que a prova colhida não confere certeza acerca da autoria, tampouco da existência do delito em si, inviável entender de modo distinto sem reexaminar a prova dos autos, providência inviável na via especial (Súmula 7/STJ).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 442.193/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 06/03/2015)

Superior Tribunal de Justiça

Por outro lado, insurge-se o recorrente em face de sua condenação como incurso nas penas do artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (por fotografar cena pornográfica de adolescente), pois "não restou comprovada, no decorrer da instrução processual, a idade das modelos" e "as fotografias não envolvem cenas de modelos em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, muito menos a exibição de órgão genitais de uma criança ou adolescente."

Em complemento, aduz que tampouco restou caracterizada a materialidade do delito previsto do artigo 240 da Lei nº 8.069/90 (crime de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente), ao argumento de que "somente nos casos em que ocorre atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou a exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente é que pode ser caracterizada a infração em que restou condenado o recorrente."

Antes de adentrar na análise do mérito da questão, cumpre asseverar que, conforme consignado pelo acórdão recorrido, "a acusação trouxe a identificação de duas das adolescentes retratadas, as quais contavam com 15 anos à época em que o material foi apreendido" (fl. 575). Desse modo, a alegação de ausência de demonstração nos autos da idade das modelos encontra óbice no enunciado da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Em atenção à previsão da Constituição Federal de que a "lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" (art. 27, § 4º, CF), o legislador tipificou no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA algumas condutas com o fim de tutelar sua dignidade sexual, bem como sua integridade física, psíquica e também moral.

Para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet, a Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, incorporou novos tipos penais ao ECA.

No caso em exame, o ora recorrente foi condenado como incurso nas sanções dos artigos 240 e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela referida Lei, por fotografar e armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo crianças e adolescentes:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo

Superior Tribunal de Justiça

explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Cinge-se, portanto, a controvérsia à subsunção dos fatos apurados nos presentes autos às referidas normas, a fim de se verificar se as fotografias realizadas pelo réu, bem como as armazenadas em seu computador, constituem cena pornográfica.

Acerca do conceito de pornografia infantil, já estabelecia o artigo 2º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, adotado desde 25 de maio de 2000 pela Assembleia das Nações Unidas e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004, que:

Art. 2º. (...)

c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.

Na mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a alteração promovida pela Lei nº 11.829, de 2008, incluiu a definição do conceito de "cena pornográfica" em seu artigo 241-E :

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, como os ora em análise, sem contudo restringir-lhes o alcance.

A propósito do tema, leciona Eduardo Luiz Michelan Campana que:

(...), o artigo 241-E traz uma norma penal explicativa, que não incrimina condutas ou determina a sua impunidade, mas, sim, procura aclarar o conteúdo dos tipos penais. No dispositivo em questão, o legislador define o que se compreende pela expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica": qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais

explícitas (visíveis), reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. **A definição não é completa, pois não abarca todas as situações de encenação que ensejam representação de pornografia infanto-juvenil, necessitando de uma valoração cultural pelo intérprete, o que caracteriza os novos tipos penais como abertos.** (grifo nosso - *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Coordenador Munir Cury. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1099)

Do mesmo sentir é o escólio de Válder Kenji Ishida, que entende que não é obrigatória que a criança ou adolescente esteja nua para que consumados os delitos de pornografia infantil:

A criança ou adolescente não precisa só estar nua, mas pode estar, p. ex com as vestes íntimas. Foi o que acertadamente mencionou a procuradora Patrícia Carneiro Tavares: "A *prima facie* e, em uma interpretação puramente literal, poder-se-á entender que o delito do art. 240 do ECA só ocorreria no caso de fotografias ou filmes em que as crianças ou adolescentes estivessem despidos. Entretanto, tal não é a interpretação cabível, posto que, se assim fosse, não seria típico a fotografia dos seios de uma criança, já que estes, literalmente falando, não são 'órgãos genitais' ou, para piorar, só se consideraria a ocorrência deste delito, no caso de crianças ou adolescentes do sexo feminino, caso tenhamos uma ultrassonografia dos seus ovários, já que os 'órgãos genitais' femininos, literalmente falando, repita-se, são internos. **A meu sentir, a melhor interpretação que se pode dar ao dispositivo do art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, atendendo à *mens legis*, é a de que o legislador quis se referir a 'zonas erógenas', também não condicionando a incidência do tipo aberto do art. 240 do ECA à nudez das vítimas. Assim, o tipo penal do art. 240 do ECA terá incidência não só no caso de fotografias de crianças desnudas, mas também nos casos em que a nudez não é expressa,** como no caso presente, em que as crianças foram fotografadas 'de calcinha' e, EM POSIÇÕES QUE EVIDENCIAM A FINALIDADE SEXUAL do paciente, perfazendo, assim, o elemento subjetivo do injusto, ou 2º dolo, do tipo penal. Este 2º dolo, aliás, é o que distingue as meras 'fotografias familiares' das pornográficas, já que, para que se complete o tipo penal do art. 240 do ECA, em sua combinação com o art. 241-E, do mesmo Estatuto, além do 1º dolo de fotografar ou praticar qualquer outra conduta do referido tipo misto alternativo, mister a ocorrência do 2º dolo, consistente na finalidade sexual exigida expressamente pelo art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente. (grifos nossos - *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 622/623).

A questão já foi inclusive objeto de apreciação por esta Sexta Turma, embora na análise de caso anterior ao advento da Lei nº 11.829/2008, tendo sido utilizado raciocínio que entendo deva ser mantido mesmo após a definição legal de "cena pornográfica."

Superior Tribunal de Justiça

Na oportunidade, concluiu este Colegiado que "deve o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos e, por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA)" (HC 168.610/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10/05/2012).

Em sendo assim, considerando que o conceito de pornografia infanto-juvenil pode abarcar hipóteses em que não haja a exibição explícita do órgão sexual da criança e do adolescente, é de rigor a manutenção do acórdão recorrido que, feita a ressalva quanto a entendimento divergente de Guilherme de Souza Nucci (para quem a tentativa de clarificar a redação dos tipos penais acabou por delimitar a sua incidência), concluiu que a definição de material pornográfico acrescentada pelo artigo 241-E do ECA não restringiu a abrangência do termo:

A exemplo da célebre frase do Juiz da Suprema Corte Norte-Americana Potter Stewart - que, no julgamento do caso *Jacobellis v. Ohio*, em 1964, disse ser incapaz de definir o que significa pornografia, mas que a reconhece quando a vê (<http://en.wikipedia.org/wiki/I_know_it_when_I_see_it>, acesso em 28.3.14), o conceito de "material pornográfico" é de difícil limitação genérica. E justamente por essa intrínseca dificuldade de definição é que o Legislador acrescentou o art. 241-E ao Estatuto da Criança e do Adolescente: não para restringir a abrangência do termo - a despeito do posicionamento de Guilherme de Souza Nucci (cf. Leis penais e processuais penais comentadas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 2. p. 141) mas para assegurar que determinadas imagens, que poderiam não ser consideradas como pornografia se as pessoas nelas retratadas fossem adultas, constituem material pornográfico caso envolvam menores.

Especialmente em razão do objeto juridicamente tutelado pela norma do art. 241-B da Lei 8.069/90 - "a proteção à formação moral de crianças e adolescentes" (ibid., p. 135) decorrente, inclusive, da imposição da norma do art. 227, caput, da Constituição Federal, é que tal diferenciação é lícita.

A própria regra de hermenêutica do art. 6º do Estatuto Menorista ("na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento") dispõe a necessidade de interpretação sistemática no que concerne aos regramentos presentes em tal lei.

E, sistematicamente - cenário em que "o intérprete deve colocar a norma em relação com o conjunto de todo o Direito vigente e com as regras particulares de Direito que têm pertinência com ela" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 34. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 197) não há razão para estabelecer distinção entre as duas hipóteses (exposição nua dos genitais e exposição dos genitais cobertos por calcinha): as fotografias, independentemente do fato de que as roupas íntimas cobrem, por vezes de modo ineficaz, os órgãos genitais das meninas, são capazes de ofender o bem juridicamente tutelado.

Ressalta-se que não se está diante da situação aventada nas razões

Superior Tribunal de Justiça

("onde o legislador restringe não cabe ao intérprete ampliar", fl. 531). Não é caso de interpretação extensiva - que é, a propósito, admitida (cf. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 91) em que se dá conotação mais abrangente a termo que, semanticamente, é limitado (como. v. g., estender o conceito de "órgão sexual" aos seios). Trata-se de interpretação sistemática da expressão "exibição de órgão genital".

Ou, como apontou o Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge:

Assim, também não assiste razão ao embargante quando sustenta que o art. 241-E do ECA não pode ser interpretado, pois, como norma explicativa que é, visa esclarecer o conceito de "cena de sexo explícito ou pornografia" e não delimita o âmbito de sua aplicação, mesmo porque, impossível uma definição perfeita para o tipo. Ademais, e como ocorre no caso em tela, "a pornografia pode envolver atividades sexuais implícitas e poses sensuais, sem a expressa mostra dos órgãos genitais, constituindo situações igualmente inadequadas (Leis penais e processuais comentadas / Guilherme de Souza Nucci. - 6.ed. rev. atual, e ref. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 136) (fls. 541-542).

E, no que toca ao enquadramento dos fatos ao delito tipificado no artigo 241-B da Lei nº 8.069/90, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, competente pela análise do conteúdo fático e probatório do presente feito, concluiu pela natureza pornográfica das fotografias realizadas. Salientou a Corte Estadual que, embora as adolescentes retratadas não estivessem nuas, restaria clara a exploração de sua sexualidade com conotação nitidamente obscena e pornográfica:

A materialidade do delito vem assentada pelos termos de apreensão (fls. 22-23) e pelo laudo pericial (fls. 71-129).

Quanto à autoria do apelante, também não há dúvidas.

Analisando as fotografias em questão e, em especial, o contexto em que foram apreendidas, verifica-se que se trata de conteúdo pornográfico e vexatório. Isso porque retratam adolescentes usando vestidos, com as roupas íntimas à mostra, sendo que muitas fotos enquadram única e exclusivamente essas partes do corpo das infantes, atribuindo às seqüências conotação obscena e licenciosa, certamente capaz de motivar o indivíduo com pedofilia.

Repita-se que embora referidas fotografias não retratem cenas de sexo, e as adolescentes não estejam nuas, indiscutível o contexto sexual em que estavam inseridas, haja vista as demais condutas imputadas ao acusado. Ademais, as fotos assumem manifesta conotação pornográfica, na medida em que exploram a sexualidade das infantes retratadas.

Acrescente-se a isso o fato de que a própria defesa reconheceu que as adolescentes foram fotografadas em "poses sensuais".

Assim, analisando os fatos e a redação do art. 241-B do ECA, tipificado o crime na modalidade "armazenar fotografia que contenha cena pornográfica envolvendo adolescente".

(...)

Superior Tribunal de Justiça

Posto isso, considerando a necessidade de interpretação conjunta dos arts. 6º, 241-B e 241-E do ECA, e a finalidade precípua desse diploma de proteger o adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, entende-se que os fatos de subsomem ao crime de armazenamento de fotografia pornográfica envolvendo adolescente, razão pela qual a condenação do acusado é imperativa, ressalvando que embora tenham sido apreendidas diversas fotografias e que duas vítimas tenham sido identificadas, trata-se de crime único.

Da mesma forma, em relação ao delito previsto do artigo 240 da Lei nº 8.069/90, entendeu a Corte local que as imagens armazenadas teriam incontroverso cunho sexual, tendo como foco os órgãos genitais das vítimas, ainda que não expostos:

O Relator, como se vê, inclinou-se no sentido de reconhecer a atipicidade da conduta porque nas fotografias armazenadas nos computadores do Embargante não "houve efetiva exposição de órgão genital", mas apenas dos trajes íntimos.

Nesse ponto, todavia, a análise do conjunto probatório passa-me impressão distinta.

As imagens, efetivamente, retratam meninas expondo a roupa de baixo, por vezes de modo quase despretensioso (fl. 77), por vezes de modo ostensivo (fls. 103-104). Mas boa parte das imagens não têm na calcinha o motivo fotográfico.

E isso é facilmente verificável às fls. 105-120, em exame às posições que a menor assumiu para o retrato - com pernas amplamente abertas sentada (fl. 116) e em decúbito frontal (fl. 114) - e aos *close-ups* da genitália das infantês (fls. 108, 109 e 113).

Em nenhuma das imagens as menores aparecem despidas ou expõem, de modo desnudo, seus órgãos genitais. Mas isso não significa que as fotografias, como produzidas, não representem a "exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais" (art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente). A simples sobreposição de uma tímida faixa de tecido sobre as partes íntimas da menina à fl. 108 não ofusca o fato de que a fotografia teve seu sexo como foco - e que, por vezes, essa tira de tecido teve praticamente nenhuma utilidade em esconder-lhe a genitália (fls. 109, 111, 113 e 115).

Não se sugere que a representação fotográfica de uma infante em trajes íntimos tenha, invariavelmente, a conotação de pornografia infantil. Mas as imagens armazenadas no computador do Acusado não trazem retratações cândidas de menores com uma eventual aparição de roupas de baixo, nem consistem em coleção artística (de questionável moralidade) de fotografias que tenham, como motivo principal, calcinhas de crianças indiscutível contexto sexual - que contrasta grotesca e sordidamente com inocência das modelos selecionadas.

(...)

Por todo o exposto, tem-se que as fotografias, como asseverado pela douda maioria, retratam cena pornográfica envolvendo menores e, por isso, a condenação pela prática do delito previsto no art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser mantida.

Superior Tribunal de Justiça

Desse modo, restando incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias realizadas e armazenadas pelo réu, com enfoque nos órgãos genitais das adolescentes - ainda que cobertos por peças de roupas -, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica, é de rigor a manutenção da condenação do ora recorrente como incurso nas penas dos artigos 240 e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois efetivamente caracterizada a materialidade dos delitos.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial.**

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2015/0169043-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.543.267 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083310620158240000 023110204959 20130777046 20130777046000100
20130777046000200 23110204959

PAUTA: 27/10/2015

JULGADO: 27/10/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : W DE O R

ADVOGADOS : GIANCARLO CASTELAN E OUTRO(S)
PAULO CÉSAR SCHMITT

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **GIANCARLO CASTELAN**, pela parte RECORRENTE: W DE O R

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguardam os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.543.267 - SC (2015/0169043-1)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: São cinco os temas discutidos no presente recurso especial: nulidade do julgamento dos embargos infringentes, tendo em vista a participação, quando de sua conclusão, de desembargador que não havia, na primeira assentada, presenciado nem a leitura do relatório e voto nem a sustentação oral; ilegitimidade do Ministério Público, considerando que, quando dos fatos, exigia-se queixa ou representação e nenhuma delas teria ocorrido no caso concreto; e não ocorrência dos crimes descritos nos arts. 214 do Código Penal e 240 e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Subscrevo as razões do voto da eminente Relatora quanto aos três primeiros pontos acima indicados – nulidade do julgamento dos embargos infringentes, ilegitimidade do Ministério Público e não ocorrência do crime previsto no art. 214 do Código Penal.

Porém, não vejo como acompanhá-la no que se refere aos arts. 240 e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A ocorrência dos crimes ali descritos está diretamente ligada ao conceito de "cena de sexo explícito ou pornográfica".

Esse conceito se encontra presente no art. 241-E do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que define "cena de sexo explícito ou pornográfica" como qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

Ou seja, só será crime fotografar *situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais* (art. 240) e armazenar fotografia que contenha *situação que envolva*

Superior Tribunal de Justiça

criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (art. 241-B).

No caso concreto, e isto é incontroverso, as fotografias, como destacado no próprio acórdão recorrido, *retratam adolescentes usando vestidos, com as roupas íntimas à mostra, sendo que muitas fotos enquadram única e exclusivamente essas partes dos corpos das infantes, não retratando cenas de sexo nem estando as adolescentes nuas (fl. 576).*

A questão, portanto, é saber se o conteúdo destas fotos se incluem no conceito de cena de sexo explícito ou pornográfica expresso no art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sexo explícito, no caso, não há, como expressamente afirmado pelo acórdão. E, além do mais, acredito que sua definição não exija maiores debates.

A discussão, pelo que percebo, limita-se a saber a extensão da expressão 'pornográfica', cuja definição, realmente, pode ser mais custosa, já que carregada de uma forte dose de subjetividade – o que é pornográfico para alguns para outros pode não ser.

Para a eminente Relatora, a *definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei n. 11.829/2008, como os ora em análise, sem contudo restringir-lhes o alcance.*

E seguindo esse raciocínio, concluiu que *o conceito de pornografia infanto-juvenil pode abarcar hipóteses em que não haja a exibição explícita do órgão sexual da criança e do adolescente.*

Penso, contudo, de forma diferente.

Hoje, bem ou mal, existe um dispositivo legal – o 241-E do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente – que delimita o que deve ser, para efeitos daquela lei, considerado como "cena de sexo explícito ou pornográfica". E nessa definição – que inclui apenas situações que envolvam crianças ou adolescentes em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente pra fins primordialmente sexuais – não encontramos hipótese como a descrita nestes autos, fotografia de adolescentes em roupas íntimas sem a exposição de seus órgãos genitais.

Para mim, precisa é a lição de Nucci:

[...] pretendendo evitar contratempos em matéria de interpretação, define o legislador o que vem a ser a cena de sexo explícito ou pornográfico. É um conceito amplo, que, embora possível de captação pela vivência cultural, tornou-se legalmente explicitado. Entretanto, a busca pela definição perfeita não foi atingida. A pornografia pode envolver atividades sexuais implícitas e poses sensuais, sem a expressa mostra dos órgãos genitais, constituindo situações igualmente inadequadas. **Entretanto, não há previsão, para tanto, no art. 241-E. Infelizmente, a tentativa de tornar mais clara a redação dos tipos penas incriminadores trouxe a redução do contexto de pornografia. Teria sido melhor permitir a interpretação dos operadores do Direito em relação às cenas de sexo explícito e, sobretudo, à cena pornográfica.**

(Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2ª ed., São Paulo: Forense, 2015, pág. 755)

Não vejo como condenar o recorrente por ação não prevista expressamente como crime, ainda mais quando diante de um texto legal que tem como objetivo justamente definir quais são as hipóteses de cenas pornográficas. Se o legislador, ao definir cenas pornográficas, não incluiu aquelas em que a adolescente aparece apenas de roupas íntimas, sem a exposição de seus órgãos genitais, não vejo como o operador do direito possa fazê-lo.

Interessante é o comentário de Josiane Rose Petry Veronese e Mayra Silveira sobre o objetivo da inclusão do art. 241-E no Estatuto da Criança e do Adolescente:

De todos os dispositivos acrescentados pela nova Lei, o art. 241-E guarda uma peculiaridade. **Antes de sua inclusão ao texto estatutário, a carga de subjetividade facultada ao operador jurídico era demasiada, sendo-lhe até permitido classificar determinada cena como pornográfica ou não.**

A expressão 'sexo explícito' é de evidente cunho objetivo, no entanto o 'conteúdo pornográfico', salvo quando muito grosseiro, poderia facilmente ser justificado enquanto arte.

As margens interpretativas e as zonas de penumbra foram abolidas, listando o legislador situações que, por força do art. 241-E, possuem conteúdo pornográfico quais sejam: 1) cena de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, com a participação de criança ou adolescente; 2) cena que exiba os órgãos genitais da criança ou do adolescente para fins primordialmente sexuais.

(Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pags. 517/518 – grifo nosso)

Assim, pedindo vênias à eminente Relatora, **dou provimento** ao recurso especial apenas para absolver o recorrente dos crimes previstos nos arts. 240 e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2015/0169043-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.543.267 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083310620158240000 023110204959 20130777046 20130777046000100
20130777046000200 23110204959

PAUTA: 27/10/2015

JULGADO: 10/11/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : W DE O R

ADVOGADOS : GIANCARLO CASTELAN E OUTRO(S)
PAULO CÉSAR SCHMITT

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior dando parcial provimento ao recurso, sendo acompanhado pelo Sr. Ministro Nefi Cordeiro, e o voto do Sr. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP) negando-lhe provimento, e diante da circunstância de não haver o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz participado da sessão inaugural em que houve sustentação oral, a Sexta Turma, por unanimidade, decidiu, à míngua de quórum, enviar os autos ao Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz para prosseguir no julgamento, sendo facultada renovação da sustentação oral em data oportunamente comunicada aos interessados.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.543.267 - SC (2015/0169043-1)

VOTO-DESEMPATE

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Histórico

O recorrente foi denunciado como incurso nos arts. 217-A, *caput*, c/c o art. 71, ambos do Código Penal (estupro de vulnerável); 240 da Lei n. 8.069/1990, c/c o art. 71 do Código Penal (fotografar cena pornográfica) e 241-B da Lei n. 8.069/1990 (armazenar fotografias de conteúdo pornográfico), nos seguintes termos:

[...] 1. Do crime de estupro de vulnerável

Durante os anos de 2006 e 2009, no estúdio fotográfico localizado na (...), Bairro Centro, Florianópolis/SC, o denunciado W. de O. R., com o objetivo de saciar sua lascívia, praticou, de forma reiterada, ato libidinoso consistente em acariciar os seios e a vagina da vítima E.T.M., quando esta possuía 9 (nove) anos, prática que perdurou até os seus 12 (doze) anos de idade.

Nessas ocasiões, o denunciado W. realizava em seu estúdio, sempre na ausência de pessoa responsável, diversos ensaios fotográficos com a vítima, a pretexto de participar de seleção para campanhas publicitárias. Foi assim que, em inúmeros ensaios que realizou com a vítima, o denunciado W., após pedir para a vítima tirar suas roupas para as fotos, ordenava que a vítima E.T.M. sentasse em seu colo e acariciava seus seios e sua vagina.

Quando investia, de modo libertino, contra a vítima, o denunciado ordenava-lhe que não revelasse os fatos a terceiros sob pena de lhe matar e matar sua família. O denunciado, assim, conseguiu constrangê-la a sucumbir a seus caprichos lúbricos.

Assim, o denunciado W. de O. R., com insaturável concupiscência, e com o mesmo *modus operandi*, constrangeu, de forma continuada, durante o lapso temporal de aproximadamente quatro anos, a vítima E.T.M., praticando atos libidinosos, conforme ora descritos.

2. Do crime de fotografar cena pornográfica

Durante os anos de 2009 e 2010, no estúdio fotográfico localizado na (...), Bairro Centro, Florianópolis/SC, o denunciado W. de O. R. fotografou, de forma reiterada, cenas

pornográficas, envolvendo a adolescente V.F.G., a qual possuía aproximadamente 12 (doze) e/ou 13 (treze) anos de idade na época dos fatos, conforme Termo de Declaração às fls. 7/9.

As fotografias eram tiradas pelo denunciado W. a pretexto de apresentação dessas fotos para agência de propagandas, ocasião em que o denunciado W. convidava a vítima V.F.G. para participar e realizar "book's fotográficos". Nesses ensaios, o denunciado W. fotografava a vítima, ordenando que esta baixasse a blusa e a parte de baixo da vestimenta, mostrando seus seios e sua genitália. Para lograr êxito no intento, o denunciado W. afirmava para a vítima que ela não precisava constranger-se pois aquelas poses eram normais durante um ensaio fotográfico e que ela poderia confiar nele pois eram amigos.

Dessa forma, o denunciado W. fotografou, por diversas vezes, a vítima V.F.G., com suas partes íntimas desnudadas, tendo, inclusive, em uma oportunidade, dado um objeto vibrador de formato cilíndrico para a vítima colocar no interior de sua calcinha, argumentando que com aquilo a vítima ficaria mais relaxada para realizar as fotos.

Da mesma forma como relatado anteriormente, o denunciado W. realizava os ensaios fotográficos sozinho com a vítima, porquanto afirmava para essa que a presença de seus pais no estúdio era muito prejudicial para o resultado final do trabalho.

3. Do crime de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico

No dia 29 de outubro de 2010, por volta das 9h30min, no interior da residência e do estúdio fotográfico localizados nesta Capital, [...], Bairro Centro, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão nos locais, constatou-se que o denunciado W. de O. R. armazenava nos discos rígidos dos computadores de sua propriedade (HD números de série 9QZ65HA5, S1RLJ60Z608335 e S0E9J1BLA00223), imagens de conteúdo pornográfico envolvendo criança e/ou adolescente, conforme Termos de Apreensão das fls. 22/23 e atestado por meio do Laudo Pericial das fls. 71/129.

Após regular instrução processual, o Juiz de Direito **declarou** extinta a punibilidade do denunciado quanto ao delito insculpido no art. 217-A do Código Penal, em razão da ocorrência da decadência no oferecimento de queixa-crime; **condenou-o** como incurso no art. 240 do ECA, a 4 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto; e o **absolveu** da imputação do art. 241-B do ECA, ante a ausência de identificação nos autos das vítimas e

comprovação das suas idades.

Irresignados, o réu e o *Parquet* estadual interpuseram apelação, ocasião em que o Tribunal de origem, após negar provimento ao apelo defensivo, deu provimento ao apelo ministerial, para condenar o ora recorrente às penas de 17 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso nos arts. 214 c/c o art. 224, "a", e 71, todos do Código Penal, 241-B e 240, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O réu, então, interpôs embargos infringentes que, por maioria, não foram providos, sob o argumento de que "constitui cena de pornografia infantil (art. 241-E do ECA) a exibição do órgão genital de criança, mesmo que coberto por trajes íntimos, se a retratação tem finalidade primordialmente sexual. O armazenamento de imagens que representam tal cenário é conduta típica (art. 241-B do ECA)".

A defesa opôs embargos de declaração, ocasião em que a Corte local os rejeitou porque "não há nulidade no julgamento do acórdão embargado se Desembargador que não assistiu o relatório, os debates iniciais e a sustentação oral considerar-se suficientemente esclarecido para proferir voto, ainda que tal circunstância não tenha sido consignada na certidão de julgamento".

O réu interpôs **recurso especial** (fls. 660-718), com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sustentando a violação dos arts. 563 do Código de Processo Penal, 225, 214, *caput*, c/c o art. 224, "a", todos do Código Penal, 240 e 241-B do ECA.

Sustenta a **nulidade do julgamento dos embargos infringentes**, pois um dos Desembargadores que negaram provimento ao recurso da defesa não acompanhou o relatório do feito, a sustentação oral procedida pela defesa, nem o início dos debates, estando presente apenas na sessão do dia 30/7/2014, quando o julgamento já estava em curso, votando pelo desprovimento dos Embargos Infringentes, não havendo registro em ata de que se dava por esclarecido para julgar, conforme determina o Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Aponta a **ilegitimidade do Ministério Público**, visto que a conduta foi iniciada antes da vigência da Lei n. 12.015/2009 e que "o crime em questão (ato libidinoso - atentado violento ao pudor) somente se procedia mediante queixa ou representação". Aduziu que a prova da hipossuficiência foi produzida somente após a publicação da sentença em cartório, *in verbis*: "os

novos documentos trazidos pelo recorrido são estranhos à lide principal e, além de acarretarem prejuízo ao recorrente, não foram levados a conhecimento do r. magistrado de primeiro grau que proferiu a decisão, sendo que a análise dos mesmos pelo e. Tribunal, em fase recursal, ocasionou supressão de instância e prejuízo ao contraditório".

Argumenta, em relação à alegada **ofensa ao art. 214 do Código Penal**, que "nos autos somente se tem, de forma isolada e fantasiosa, a palavra da vítima E.T.M., sem qualquer outro documento ou testemunho que corrobore que o recorrente tenha praticado a infração", sendo frágeis a autoria e a materialidade. Argumenta que haveria "inúmeras contradições no depoimento da suposta vítima" e que "a reavaliação da prova se mostra necessária, pois o conjunto probatório afigura-se extremamente frágil para alicerçar uma condenação pelo cometimento do crime de atentado violento ao pudor."

Ressalta, **quanto ao delito previsto no art. 241-B da Lei n. 8.069/1990**, que, "ainda que o laudo pericial de fls. 73/122 registre que foram encontradas fotografias de modelos, não restou comprovada, no decorrer da instrução processual, a idade das modelos" e que "as fotografias não envolvem cenas de modelos em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, muito menos a exibição de órgão genitais de uma criança ou adolescente."

Consigna que "somente nos casos em que ocorre atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou a exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente é que pode ser caracterizada as infrações imputadas ao recorrente", concluindo que, "inexistindo qualquer documento probante de que as fotografias contenham cena de sexo explícito com a exposição de órgão genital, data venia, contrária à lei é a decisão [...] do Tribunal *a quo*."

Por fim, **em relação ao crime do art. 240 do ECA**, aduz que "a lei penal extravagante (8.069/90), ao contrário do que restou afirmado no acórdão do Tribunal *a quo*, tratou de definir o conceito de cena de sexo explícito ou pornografia, sendo que, somente nos casos em que ocorre atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou a exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente é que pode ser caracterizada a infração em que restou condenado o recorrente". Sustenta a ausência de adequação típica, pois "as fotografias encontradas nos computadores do recorrente somente mostram fotografias de modelos em poses sensuais, todavia, sem qualquer cena de sexo explícito ou pornográfica, muito menos demonstram nudez ou órgão genitais".

No que tange à **divergência jurisprudencial**, o recorrente aduz

que o acórdão impugnado "[julgou] de forma contrária ao entendimento jurisprudencial de outros Tribunais de Justiça, em especial do Amapá e de São Paulo, porquanto os dois acórdãos fundamentam que não há violação aos delitos previstos no artigo 240 e 241 - B do ECA, quando não vislumbrado qualquer cena de sexo explícito ou pornográfica que contenha nudez".

A relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, negou provimento ao recurso especial, sob os argumentos de que **(a)** "não há [...] nulidade se o Desembargador que não esteve presente no início do julgamento, quando da sessão de leitura do relatório e sustentação oral, declara sua aptidão para proferir o voto com respaldo em previsão do próprio Regimento Interno do Tribunal local"; **(b)** há incidência do óbice da Súmula n. 283 do STF, visto que a ausência de "impugnação de todos os fundamentos autônomos contidos no acórdão recorrido, considerados suficientes, por si só, para manter o julgado impugnado"; **(c)** a palavra da vítima, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, tem alto valor probatório, considerando que delitos dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas; **(d)** há incidência do enunciado n. 7 da súmula deste Sodalício, visto que "a reforma do aresto impugnado, que concluiu pela efetiva comprovação da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal descritos na exordial acusatória, demandaria o necessário reexame de matéria fático-probatória"; **(e)** "a definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei n. 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance"; e, por fim, **(f)** "é típica a conduta de fotografar cena pornográfica (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias de conteúdo pornográfico envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas - ainda que cobertos por peças de roupas -, e de poses nitidamente sensuais, em que explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica".

Após o voto da relatora, pediu vista o Ministro Sebastião Reis Júnior, que deu provimento ao recurso especial apenas para absolver o recorrente dos crimes previstos nos arts. 240 e 241-B do ECA, sob o argumento de que, "hoje, existe um dispositivo legal - o 241-E do próprio ECA - que delimita o que deve ser, para efeitos daquela lei, considerado como "cena de sexo explícito ou pornográfica". E nesta definição - que inclui apenas situações

que envolvam crianças ou adolescentes em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais - não encontramos hipótese como a descrita nestes autos - fotografia de adolescentes em roupas íntimas sem a exposição de seus órgãos genitais".

Prosseguindo no julgamento, o Ministro Nefi Cordeiro acompanhou o voto do Ministro Sebastião Reis Júnior, enquanto o Ministro Ericson Maranhão negou provimento ao recurso.

Diante de minha ausência na sessão em que houve sustentação oral, a Sexta Turma, por unanimidade, decidiu, à míngua de quórum, enviar-me os autos para prosseguir no julgamento.

Renovada a sustentação oral, nesta sessão, profiro meu voto.

II. Delineamento da questão de direito

Aderindo integralmente ao substancioso voto da Ministra relatora, entendo apenas ser importante consignar alguns pontos quanto à adequação típica das condutas do recorrente em relação aos crimes previstos nos arts. 240 e 241-B do ECA.

Os arts. 240 e 241-B do ECA tem a seguinte redação desde a edição da Lei n. 11.829/2008:

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, **cena de sexo explícito ou pornográfica**, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

[...]

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha **cena de sexo explícito ou pornográfica** envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. [...]

[...]

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou **exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins**

primordialmente sexuais.

Os dispositivos de lei tratam da produção, reprodução, armazenamento etc. de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Conforme visto acima, o art. 241-E do ECA define cena pornográfica como a "**exibição** dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais".

Como visto, a Ministra relatora, no que foi acompanhada pelo Ministro Ericson Marinho, entendeu que, no caso vertente, há tipicidade da conduta, uma vez que é "incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas", [...] "ainda que cobertos por peças de roupas".

Por outro lado, o Ministro Sebastião Reis Junior, no que foi acompanhado pelo Ministro Nefi Cordeiro, afastou a adequação típica da conduta por entender que a "fotografia de adolescentes em roupas íntimas sem a exposição de seus órgãos genitais" não pode ser considerada cena pornográfica.

III. Conceito de pornografia

A descrição contida nos artigos em comento (cena de sexo explícito ou pornográfica) expõe, ao referir-se simplesmente à "cena pornográfica", a limitação linguística do texto legal, visto que esse conceito articula implicitamente inúmeras outras ideias, entre elas nudez, sexualidade, transgressão e libido (excitação decorrente do desejo ou prazer sexual).

De fato – no mesmo sentido da feliz citação da relatora, quando lembrou "da célebre frase do Juiz da Suprema Corte Norte-Americana Potter Stewart - que, no julgamento do caso *Jacobellis v. Ohio*, em 1964, disse ser incapaz de definir o que significa pornografia, mas que a reconhece quando a vê" – Paula Findlen consigna que "é impossível estar inteiramente seguro sobre o que é definido como pornografia quando se escreve sua história" (FINDLEN, Paula. O sentido político e cultural mais antigo. In: HUNT, Lynn. (org.) A invenção da pornografia - *A obscenidade e as origens da modernidade, 1500-1800*. São Paulo: Hedra. 1999. p. 54). Certo é que, não obstante a representação do erotismo "possa ser encontrada em muitos, senão em todos,

tempos e lugares, **a pornografia como categoria legal e artística** parece ser um conceito tipicamente ocidental", decorrente de um longo processo histórico, **caracterizado pelo conflito entre os produtores de conteúdo e as diversas instâncias de regulação**, sobretudo o Estado.

Uma cena de nudez pode não ser pornográfica. Por exemplo, uma fotografia do corpo humano em um livro de medicina, com o objetivo de demonstrar detalhes fisiológicos, ou uma escultura (como o *David*, de Michelângelo), cuja finalidade é exaltar a beleza e a perfeição não só do corpo, mas do ser humano, partindo de um ponto de vista antropocêntrico.

O conceito de nudez é delineado pela Organização Mundial de Saúde como um aspecto central da vida do ser humano, envolvendo a atividade sexual, as identidades de gênero, a orientação sexual, a intimidade e a reprodução (World Health Organization. *Providing the foundation for sexual and reproductive health – A record of achievement*. Genebra, 2008), constituído por meio de "uma série de interações entre os fatores biológico, social, psicológico, político, cultural, ético, legal, religioso, histórico e espiritual" (International Planned Parenthood Federation. *Sexual Rights: An IPPF Declaration*. Londres, 2008). Assim, a nudez pode até mesmo estar inserida em um contexto de "sexualidade", **mas, ainda assim, não estaremos no campo da pornografia.**

Portanto, **nem a nudez nem a sexualidade definem algo como pornográfico.** Elas podem, eventualmente, ser utilizadas como uma de muitas ferramentas para expressar a pornografia, **mas não a definem.**

A **pornografia** diz respeito à manifestação de forças profundas, que encontram expressão na agitação e nas ideias perturbadoras próprias de quem **transgride** (cf. HUNT, Lynn (org.). *A invenção da pornografia. A obscenidade e as origens da modernidade, 1500-1800*. São Paulo: Hedra. 1999, p. 39 e 45). A pornografia viola a sensibilidade porque cria – no plano psicológico – um **mundo sexual autônomo, onde prevalecem os desregramentos da imaginação e o excesso erótico.**

Susan Sontag, ao explicar a pornografia de Sade e os princípios de sua dramaturgia – "**da pessoa como 'coisa' ou 'objeto'**", do corpo como máquina e da orgia como um inventário das possibilidades esperançosas e infinitas de várias máquinas em colaboração umas com as outras" (SONTAG, Susan. *A Vontade Radical*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987, p. 62) –, aponta que o método do autor se valia da criação de uma **dimensão psicológica em que o agente viola a obrigação moral (e, aqui, jurídica!) de inibir os já**

mencionados desregramentos da imaginação e o excesso erótico (esse, sempre desprovido de afeto).

Henry Miller, ao defender da censura corrente nos anos 1930 o seu livro "Trópico de Câncer", externou igual pensamento: "não é possível encontrar a obscenidade em qualquer livro, em qualquer quadro, pois ela é tão-somente uma **qualidade do espírito daquele que lê ou daquele que olha**" (MILLER, Henry. "Obscenity and the Law of Reflection" apud MORAES, Eliane Robert. *O efeito obsceno*. Núcleo de Estudos de Gênero – Pagu, <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n20/n20a04.pdf>). E completamos: a obscenidade é uma **qualidade também do espírito daquele que escreve, pinta, fotografa ou filma**.

Portanto, a afirmação de que a "fotografia de adolescentes em roupas íntimas sem a exposição de seus órgãos genitais" não pode ser considerada cena pornográfica contradiz potencialmente muito do que já foi pensado e escrito sobre o assunto.

Isso pode ser melhor explicado ao descrevermos como a pornografia cria um mundo sexual autônomo, caracterizado por desregramentos e excessos, que viola a sensibilidade própria do padrão humanístico. Uma das respostas reside no fato de que as **peessoas que buscam essa dimensão psicológica procuram um radical estímulo sexual**.

E a liberação dessa reação sexual extrema exige, em regra, a ausência de "emoções diretamente afirmadas" (ausência de literalidade), justamente **para que o consumidor de pornografia possa, em sua mente, encontrar espaço para a sua versão da narrativa pornográfica**. Por isso, quando o fato narrado já vem "pronto" e o leitor não precisa reconstruir a história com a sua versão, "torna-se mais difícil ser [ele] estimulado pelo próprio fato". Em outras palavras, além do aspecto grosseiro, usualmente inerente à cena pornográfica, **há também a pornografia em sua versão sutil, subentendida**.

Susan Sontag, de novo, nos esclarece, ao explicar, didaticamente, como funciona a mente do pornógrafo:

[...] Na maioria das comédias, a graça reside precisamente na disparidade entre o sentimento atenuado ou anestesiado e um acontecimento ultrajante. A pornografia opera de uma maneira semelhante. O resultado produzido por um tom inexpressivo, pelo que aparece ao leitor em um estado mental comum como a inacreditável sub-reação dos agentes eróticos às situações em

que são situados, não é a liberação da risada. **Em vez disso, é a liberação da reação sexual, originalmente voyeurista, mas que, é provável, necessita ser assegurada por uma identificação direta subjacente com um dos participantes do ato sexual.** A insipidez emocional da pornografia não constitui, portanto, nem uma falência de talento artístico, nem um indício de desumanidade básica. **O estímulo de uma resposta sexual no leitor exige isso. Apenas na ausência de emoções diretamente afirmadas pode o leitor de pornografia encontrar espaço para suas próprias respostas. Quando o fato narrado já vem revestido com os sentimentos explicitamente declarados do autor, pelos quais o leitor pode ser despertado, torna-se então mais difícil ser estimulado pelo próprio fato.**

[...] (SONTAG, Susan. *A Vontade Radical*. São Paulo: Cia. das Letras. 1987, p. 64)

Ao mesmo tempo, Catharine MacKinnon e Andrea Dworkin definem a pornografia como representação gráfica da subordinação das mulheres (também de crianças, homens ou transsexuais) de forma **sexualmente** explícita, por retratos ou palavras, incluindo um ou mais dos seguintes elementos, entre outros: 1) as mulheres são apresentadas de formas desumanizadas como objetos sexuais; 2) as mulheres são apresentadas em posturas de submissão sexual, servilismo ou em exibição; 3) as mulheres exibem partes do seu corpo (incluindo os órgãos genitais mas sem se limitar a eles) de modo que sejam reduzidas às partes (MACKINNON, C. e DWORKIN, A. In *Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 326.).

Como se vê, na mesma linha do defendido nesse livro emblemático da luta feminista estadunidense, pela características de algumas fotos, **o enquadramento (em close) centralizado no interior das pernas das vítimas evidencia a sua desumanização (sua representação como objetos sexuais), bem como a sua postura de submissão sexual e exibição, tudo a tornar clara a intenção sexual das imagens.**

Outra não é a dicção da doutrina citada no voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, tanto de Eduardo L. M. Campana (a definição de cena pornográfica necessita de uma "valoração cultural pelo intérprete, o que caracteriza os novos tipos penais como abertos", quanto de Válder Ishida ("a melhor interpretação que se pode dar ao dispositivo do art. 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, atendendo à *mens legis*, é a de que o

legislador quis se referir a 'zonas erógenas', também não condicionando a incidência do tipo aberto do art. 240 do ECA à nudez das vítimas. Assim, o tipo penal do art. 240 do ECA terá incidência não só no caso de fotografias de crianças desnudas, mas também nos casos em que a nudez não é expressa, como no caso presente, em que as crianças foram fotografadas 'de calcinha' e, em posições que evidenciam a finalidade sexual do paciente...").

IV. Interpretação da palavra exibição nos limites do seu campo semântico – Inexistência de analogia ou interpretação extensiva

Finalmente, ao se interpretar o vocábulo "exibição" (relativo ao verbo "exibir"), descrito no art. 241-E do ECA ("exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais") para definir **cena pornográfica**, não se está a falar, necessariamente, de uma **reprodução explícita** de órgãos genitais, mas sim de se "tornar (algo) visível ou perceptível a outrem", conforme o sentido atribuído pelo Dicionário Houaiss.

E tornar perceptível não se limita ao ato de mostrar explicitamente, mas transcende rumo à possibilidade de se "conhecer por intuição ou perspicácia" (verbete "perceptível" no Dicionário Houaiss).

Portanto, seguindo-se o verbete "perspicácia" no Dicionário Houaiss, o art. 241-E do ECA refere-se a algo que, para ser percebido, pode exigir "agudeza de espírito" ou "sagacidade".

Trata-se de interpretação do vocábulo "exibir" absolutamente dentro dos limites do seu campo semântico.

Por conseguinte, concluo que, conforme visto acima, o art. 241-E do ECA, **ao definir cena pornográfica** como a "exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais", **não só prescinde da nudez, como, por vezes, lhe renega completamente.**

V. Proteção integral à criança

Vale ainda ressaltar que a **proteção integral à criança**, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de

nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, *caput*, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.

Preceitua o art. 34 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução n. 44/25 da ONU, em 20/11/1989, e internalizada no ordenamento jurídico nacional mediante o Decreto Legislativo n. 28/1990, *in verbis*:

Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou **materiais pornográficos**.

A necessidade de integral proteção a crianças e adolescentes também se justifica pela preocupação mundial com a disseminação da pedopornografia, fenômeno que vem ocupando a atenção dos países centrais.

Daí a necessidade de não descurar, em casos como o que ora julgamos, dos riscos que fotografias digitalizadas de crianças e adolescentes em posições adrede sensualizadas caiam nas mãos de redes internacionais de poedofilia.

Sobre isso Roberta Bruzzone – criminóloga e psicóloga forense italiana, professora da Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" e da l'Università Nicolò Cusano – explica que "é preciso abandonar a idéia de que o pedófilo apenas troca fotos feitas por ele mesmo. Hoje em dia, **os arquivos têm valor de mercado, o qual pode chegar a milhares de dólares**, dependendo da idade, etnia e ato sexual praticado pelas vítimas". Ao acompanhar a atuação do Estado italiano no combate à pedofilia, sobretudo por meio do Centro Nacional para o Combate da Pedopornografia, Bruzzone sustenta que o tráfico de imagens dessa natureza hoje é controlado por diversas entidades mafiosas, por meio de páginas de internet que ficam fora do alcance dos internautas normais, não aparecendo em motores de busca

(<http://www.ansa.it/legalita/notizie/regioni/calabria/2014/06/26/>, disponível em 27/11/2015).

VI. Conclusão e dispositivo

Concluo a análise do caso vertente – em que o acórdão ora impugnado consignou que "constitui cena de pornografia infantil (art. 241-E do ECA) a exibição do órgão genital de criança, mesmo que coberto por trajes íntimos, se a retratação tem finalidade primordialmente sexual" – acompanhando a Ministra relatora, para entender, à luz do princípio da proteção integral à criança, que há tipicidade da conduta imputada ao recorrente, sob o argumento de que **o conceito de cena pornográfica, a depender do caso concreto, dispensa a nudez.**

Finalmente, levo à consideração da relatora, em nome da preservação da intimidade das vítimas, a necessidade de lacrar os arquivos de imagem de fls. 95-138.

Assim, acompanho a relatora para **negar provimento ao recurso especial.**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2015/0169043-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.543.267 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00083310620158240000 023110204959 20130777046 20130777046000100
20130777046000200 23110204959

PAUTA: 27/10/2015

JULGADO: 03/12/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : W DE O R

ADVOGADOS : GIANCARLO CASTELAN E OUTRO(S)
PAULO CÉSAR SCHMITT

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. **GIANCARLO CASTELAN**, pela parte RECORRENTE: W DE O R

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento após a renovação de julgamento e o voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz negando provimento ao recurso especial, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.