

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANGELA VICENTE DE BARROS

**PEDOFILIA: UM CONCEITO PARA ALÉM DO DIREITO - A POSSIBILIDADE DE
TIPIFICAR A POSSE DE REVISTAS EM QUADRINHOS JAPONESAS COMO
CRIME DE PEDOFILIA**

FLORIANÓPOLIS

2014

MARIANGELA VICENTE DE BARROS

**PEDOFILIA: UM CONCEITO PARA ALÉM DO DIREITO - A POSSIBILIDADE DE
TIPIFICAR A POSSE DE REVISTAS EM QUADRINHOS JAPONESAS COMO
CRIME DE PEDOFILIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2014

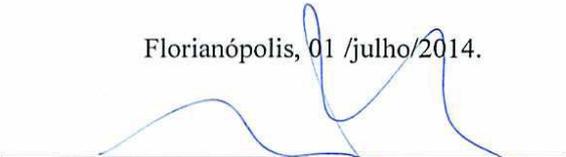


Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

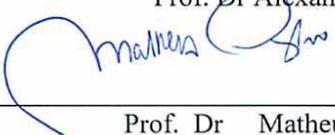
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada PEDOFILIA: UM CONCEITO PARA ALÉM DO DIREITO- A POSSIBILIDADE DE TIPIFICAR A POSSE DE REVISTAS EM QUADRINHOS JAPONESAS COMO CRIME DE PEDOFILIA, elaborada pela acadêmica Mariângela Vicente de Barros defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,7 (noze vírgula sete), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

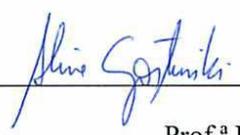
Florianópolis, 01 /julho/2014.



Prof. Dr Alexandre Morais da Rosa



Prof. Dr Matheus Felipe de Castro



Profª Esp. Aline Gostinski

AGRADECIMENTOS

Ninguém consegue percorrer uma longa estrada sozinho. Sempre existirão aqueles que enxugam o suor e as lágrimas durante a caminhada.

Agradeço a DEUS por ser autor e sustento da minha vida.

A minha eterna gratidão aos meus pais, por serem coautores da minha vida, protagonistas de todos os momentos e os melhores entendedores da frase: “Não posso tenho que estudar”.

O meu agradecimento especial ao meu orientador, Alexandre Morais da Rosa, que um dia foi cliente, depois professor, agora orientador e oxalá amigo pela estrada da vida. Com você aprendi a ser mais humana. Obrigada também por nunca ter dito o quanto difícil seria o caminho até colocar a primeira toga.

Agradeço os meus irmãos: Maurício e Maurina, e também aos seus respectivos cônjuges.

Agradeço aos sobrinhos: Luana, Barbara, Nikolas, Luan, Isabela.

Meu agradecimento ao amigo Francisco (Chicão), por não ficar bravo todas as vezes que eu brigo com ele: quando ele quer atenção e eu só quero estudar.

Agradeço enormemente as amigas: Andréa Marta, e Maria Inês. A Déa amiga desde a adolescência, por muitas vezes pensa ser minha mãe brigando comigo. A Mari sempre dividindo a minhas angústias e ajudando a fechar as feridas. Ambas farmacêuticas também e sempre me apoiaram em todas as loucuras da vida.

Agradeço a Aline Gostinski pela paciência de ter me ajudado durante a execução deste trabalho, principalmente me ensinando a ter paciência e a Aline Bozza, querida amiga por todas as vezes que choramos juntas no facebook enquanto a ansiedade por ter terminar o bendito TCC sufocava os nossos dias.

A todos os professores da minha vida: a minha primeira professora Dona Isabel, a todos os professores do CCJ/UFSC, não nomearei nenhum para não despertar ciúme nos demais. Entretanto, vocês são responsáveis por uma das maiores mudanças da minha vida.

Ao meu Amor, por ter paciência de me ensinar que a vida não é feita apenas de momentos, eu chego lá.

Agradeço também a todos que sempre me criticaram quando resolvi sacudir a vida. Posso até não chegar onde eu quero. Mas estou tendo a coragem de tentar. O sonho sem a tentativa de vivê-lo é uma frustração impossível. Prefiro perder o jogo, mas ter o prazer de dizer que tentei e continuo de cabeça erguida. Isto não me faz melhor que ninguém, mas a vida é curta demais e a minha eu quero viver com emoção.

“As nuvens mudam sempre de posição, mas são sempre nuvens no céu. Assim devemos ser todo dia, mutantes, porém leais com o que pensamos e sonhamos; lembre-se, tudo se desmancha no ar, menos os pensamentos”.

Paulo Beleki

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso de graduação pretende discutir o tema pedofilia. A abordagem parte da definição do termo pedofilia, apresentando na sequência a visão da Psicologia, da Psiquiatria e do Direito; trabalhando a diferenciação entre pedófilo e agressor sexual. Mostra o enfrentamento do tema no ordenamento jurídico, em especial no tocante à Constituição Federal, Código Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando ainda do sistema probatório, dentro do processo penal. Apresenta o conceito, o histórico e a classificação dos Mangás, e começa uma análise jurídica das mesmas para caracterizá-las, ou não, como material pornográfico infantil.

Palavras Chave: Pedofilia. Pornografia Infantil. Mangás.

ABSTRACT

This conclusion work degree course aims to discuss the topic pedophilia. The approach of the definition of pedophilia, with the following view of Psychology, Psychiatry and Law; working to differentiate between pedophile and sex offender. Shows the approach to the theme in the legal system, especially in relation to the Federal Constitution, the Penal Code and the Child and Adolescent, treating even the evidential system within the criminal process. Introduces the concept, history and classification of Manga, and begins a legal analysis of the same to characterize them, or not, as child pornography.

Keywords: Pedophilia. Child Pornography. Manga.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Mangá Shoujo	34
Figura 2 – Mangá Mahou Shoujo	35
Figura 3 - Mangá Shounen-ai	35
Figura 4 – Hentai	36
Figura 5 - Hentai.....	36
Figura 6 - Hentai.....	37
Figura 7 - Hentai.....	37
Figura 8 – Mangá Mecha.....	38
Figura 9 – Mangá Ecchi.....	38
Figura 10 - Mangá Ecchi	39
Figura 11 – Mangá Lolicon	39
Figura 12 - Mangá Lolicon.....	40
Figura 13 - Mangá Lolicon.....	40
Figura 14 - Mangá Lolicon.....	41
Figura 15 – Mangá Shotacon.....	41
Figura 16 - Mangá Shotacon	42
Figura 17 - Mangá Shotacon	42
Figura 18 – Mangá Shonen.....	43
Figura 19 - Mangá Shonen	43

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PEDOFILIA: UM CONCEITO PARA ALÉM DO DIREITO	11
2.1	A ORIGEM DO TERMO PEDOFILIA	11
2.2	A ABORDAGEM DA PEDOFILIA DENTRO DA PSICOLOGIA	12
2.3	A ABORDAGEM DA PEDOFILIA PARA A PSIQUIATRIA	13
2.4	A ABORDAGEM DA PEDOFILIA DENTRO DO DIREITO	14
3	A LEI BRASILEIRA E A PEDOFILIA	16
3.1	ORIGEM DA PEDOFILIA DENTRO DO DIREITO BRASILEIRO	16
3.2	A PEDOFILIA E A TIPIFICAÇÃO LEGAL	19
3.3	O REGIME PROBATÓRIO NOS CRIMES DE ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES	29
4	A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS MANGÁS	34
4.1	CONCEITO E DIVERSOS TIPOS DE MANGÁS	34
4.2	HISTÓRICO DOS MANGÁS.....	44
4.3	O ENFRENTAMENTO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS MANGÁS	44
4.4	COMO DECIDE O TRIBUNAL- ESTUDO DO CASO C. A. G	47
4.4.1	Dos fatos	47
4.4.2	Análise da sentença	49
4.4.3	Análise do acórdão	52
5	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS	59
	ANEXO A - SENTENÇA DO PROCESSO N. 02311023555-2 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	64
	ANEXO B – ACÓRDÃO DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	75

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se ao estudo do tema pedofilia, tentando esclarecer os paradigmas que o fazem parte do tema, além de apresentar subsídios para a possível associação da pedofilia com as revistas japonesas em quadrinhos, os chamados Mangás. Na verdade, um tipo específico da revista em quadrinhos mangás chamado de hentais.

Há uma associação costumeira da palavra pedofilia a qualquer tipo de abuso sexual a crianças e adolescentes. Entretanto, este tipo de associação que acaba usando a palavra pedofilia como o sinônimo desses abusos, marginaliza não somente o agressor, mas também o pedófilo que necessita de um cuidado diferenciado.

A estrutura desta monografia é composta por três capítulos: o primeiro tenciona definir o termo pedofilia. Começando pela etimologia do termo, passando pela Psicologia, Psiquiatria e finalmente o Direito. A palavra pedofilia vem do grego e significa amor a criança. A Psicologia diz que pedofilia é uma doença mental, que deve ser tratada, já a Psiquiatria classifica pedofilia como transtorno da sexualidade; o Direito porém, não conceitua pedofilia, mas apresenta normas a coibir os abusos sexuais a crianças e adolescentes.

O segundo capítulo apresenta a visão do abuso sexual no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro com uma rápida abordagem histórica a respeito da evolução dos direitos das crianças e adolescentes do início da nossa história até hoje. Discorre este capítulo sobre a tipificação dos abusos sexuais no ordenamento jurídico brasileiro, partindo do topo da pirâmide jurídica (Constituição Federal) até chegar a base (Estatuto da Criança e do Adolescente), discutido ainda o sistema probatório.

No terceiro capítulo há a conceituação dos mangás, seu histórico, e uma breve discussão a cerca da possibilidade da sua classificação como pornografia infantil e a possibilidade de sua posse ser classificada como crime por ferir o Estatuto da Criança e Adolescente. Por fim, este terceiro capítulo apresenta um estudo de um caso com o intuito de demonstrar de forma prática a importância do tema proposto.

2 PEDOFILIA: UM CONCEITO PARA ALÉM DO DIREITO

2.1 A ORIGEM DO TERMO PEDOFILIA

A conceituação da palavra pedofilia é necessária para mudar os preconceitos a respeito do tema. Preconceitos dificultam um debate de cunho científico. Se por um lado a ciência como um todo não se sente a vontade para debater o tema, por outro, cada vez mais ele acaba sendo manchete nos noticiários e jornais. O grande problema é que ao se usar a palavra pedofilia como sinônimo de agressão sexual, acaba-se criando do repúdio não somente ao agressor sexual de crianças e adolescentes, mas também ao pedófilo.

De acordo com Moreira, “Etimologicamente a palavra Pedofilia vem do grego *pedos* que significa criança, mais *phyla* que é relativo ao amor.”¹ Já o Dicionário Aurélio (online), apresenta o significado do termo pedofilia como sendo um substantivo masculino que significa atração sexual de adultos por crianças.² O Dicionário Online de Português (online) define pedofilia como sendo “uma psicopatologia que se caracteriza pelo distúrbio capaz de fazer uma pessoa adulta sentir-se atraída sexualmente por crianças”³. O Dicionário Michaelis (online) define pedofilia como sendo tão somente “amor as crianças”⁴.

Em uma campanha de combate a prática de pedofilia, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, assim definiu o termo pedofilia:

Pedofilia é o interesse sexual de adultos por crianças e adolescentes pré-pubescentes. Na internet, a pedofilia consiste em produzir, publicar, fornecer ou vender pornografia infantil pela rede mundial de computadores. Também significa usar, a internet com a finalidade de aliciar crianças ou adolescentes para atividades sexuais.⁵

A definição, utilizada pelo Ministério Público de Santa Catarina, sintetiza o tema, tornando-o compreensível para a maioria das pessoas, porém, quando associa o termo pedofilia ao aliciamento de crianças e pornografia infantil, acaba unindo conceitos que devem ser tratados separadamente. A pedofilia não pode ser tratada simplesmente como crime.

¹ MOREIRA, Ana Selma. **Pedofilia aspectos jurídicos e sociais**. Leme: Cronus, 2010. p.99.

² PEDOFILIA. In: DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. c2014a. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Pedofilia.html>>. Acesso em: 19 maio 2014.

³ PEDOFILIA. In: DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. c2014b. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/pedofilia/>>. Acesso em: 19 maio 2014.

⁴ PEDOFILIA. In: DICIONÁRIO ELETRÔNICO MICHAELIS. c2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=pedofilia>>. Acesso em: 19 maio 2014.

⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Crianças e adolescentes tem direito a proteção, inclusive na Internet**: orientações para navegar na web com mais segurança. [2011]. Folder. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/campanhas/folder_pedofilia_completo_com_apoio_sed_sin_ep_com_marca_corte.pdf>. Acesso em: 19 maio 2014.

A popularização do tema ultrapassa os limites científicos passando para a esfera social. Há um uso indiscriminado do termo pedofilia: qualquer conduta e violência sexual contra crianças e adolescentes acaba sendo chamada de pedofilia. Mas, nem todo pedófilo é um agressor sexual, sendo também o inverso verdadeiro. Um indivíduo pode ser um agressor sexual sem ser portador do transtorno chamado pedofilia. Bittencourt explica que: “o perverso mantém uma relação com o objeto como se este não fosse faltoso e sim idêntico à sua fantasia, como se não houvesse interdições e leis”.⁶

2.2 A ABORDAGEM DA PEDOFILIA DENTRO DA PSICOLOGIA

A pedofilia é abordada, na psicologia, como uma doença mental, que faz o portador sentir atração sexual por crianças ou adolescentes. A palavra pedofilia, portanto, não deve estar associada à idéia de crime, e à necessidade de castigo. O portador desta doença mental necessita de tratamento e não castigo.⁷

A libido de um indivíduo é uma ânsia dirigida para determinado fim, podendo ser uma força naturalmente boa ou má ao mesmo tempo. Dessa forma, um indivíduo pode ser portador de patologia sexual e não a desenvolver, ou nem mesmo ser diagnosticado durante toda a sua vida.⁸

Diferentemente do que se acredita um pedófilo pode controlar os seus desejos, mantendo-os em segredo, sem nunca compartilhá-los com ninguém ou satisfazer o seu desejo sexual por crianças durante toda a vida, mesmo tendo contato com crianças.

É difícil determinar o que faz com que o pedófilo acabe abusando de uma criança. Mas, a hipótese que melhor explica este comportamento de passagem da fantasia para o ato de abuso argumenta ser esta passagem motivada, principalmente, por uma situação de grande estresse. Por outro lado os abusadores sexuais possuem motivações diferentes para praticar os seus crimes e dificilmente estas motivações possuem origem em transtornos formais de preferência sexual.⁹

⁶ BITTENCOURT, Elisabeth. Sempre foi assim. A lei do desejo : o incesto e a pedofilia. **Revista Bergasseq**, Rio de Janeiro, v. 19, 2012. p.113.

⁷ HUSS, Mathew T. **Psicologia Forense**: pesquisa, pratica clinica e aplicações. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.143.

⁸ LYRA, Sonia Regina. Pedofilia- O Fascínio do horror. **Jornal Universidade**, n. 127, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ichthysinstituto.com.br/artigos_detalhe.asp?ID=51>. Acessado em: 20 de maio de 2014.

⁹ SERAFIM, Antônio Pádua et al. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Rev. psiquiatr. clín.**, São Paulo, v. 36, n. 3, 2009. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rpc/article/viewFile/17252/19265>. Acesso em: 20 maio 2014.

De acordo com a teoria psicanalítica de Freud, a pedofilia pode apresentar duas variantes. A primeira, a chamada pedofilia estruturada, conclui que o indivíduo é pedófilo por um desenvolvimento anormal de sua sexualidade, vendo na criança ou adolescente um alvo de afeto não apenas um objeto libidinoso. Já a segunda variação, a chamada pedofilia oportuna, é aquela em que o pedófilo não tem afeto pela criança ou adolescente, mas vê neles um objeto sexual em potencial, aproveita-se do acaso para praticar atos libidinosos.¹⁰

2.3 A ABORDAGEM DA PEDOFILIA PARA A PSIQUIATRIA

A psiquiatria classifica a pedofilia como um tipo de transtorno da sexualidade. Neste sentido, França explica que os transtornos da sexualidade são:

distúrbios qualitativos ou quantitativos do instituto sexual, fantasias ou comportamentos recorrentes e intensos que ocorrem de forma inabitual, também chamados de parafilias, podendo existir como sintoma numa perturbação psíquica, como intervenção de fatores orgânicos glandulares e simplesmente como questão da referência sexual.¹¹

Os chamados transtornos da sexualidade são também chamados de parafilias. As parafilias são transtornos sexuais caracterizadas por intensas fantasias sexuais, de natureza repetitiva e causam angústia aos seus portadores.¹²

A pedofilia demonstra uma dimensão íntima do desejo humano colocando a prova os ressentimentos e a vergonha, em especial quando se promovem enunciados no campo do perverso.¹³

O indivíduo portador de pedofilia manifesta um comportamento a um nível psicosssexual imaturo, principalmente em virtude do medo e da dúvida a respeito de si mesmo. O pedófilo sente-se rejeitado, fracassado em suas relações heterossexuais com adultos. A sua expressão sexual é assim liberada nas crianças. Essa expressão pode representar o desejo que

¹⁰ LIMA, Antônio Henrique Maia. **Pedofilia: concepções psicanalíticas sob uma perspectiva freudiana.** [2014]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13554&revista_caderno=3>. Acesso em: 7 jun. 2014.

¹¹ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 2013.

¹² KAPLAN, Haroldl. **Compendio de psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica.** 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p.635.

¹³ HISGALI, Fani. **Pedofilia: um estudo psicanalítico.** São Paulo: Iliminuras, 2007. p.19. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=zXbjDdzkqMQC&pg=PA53&lpg=PA53&dq=parafilias+e+pedofilia&source=bl&ots=7ECA93fwRc&sig=iPcjRtCJBz8C4PDvTXb4pvL52ow&hl=pt-BR&sa=X&ei=CLZ6U5THAuWxsATKgoCYCw&ved=0CFEQ6AEwBA#v=onepage&q=parafilias%20e%20pedofilia&f=false>>. Acesso em: 1 maio 2014.

tinha na infância em relação a si mesmo, a escolha narcisista e ou seu inverso levando a agressão ou violência ante a criança seduzida.¹⁴

A psiquiatria explica que o foco parafilico na pedofilia está na atividade sexual com crianças em idade pré púbere - aquelas que possuem no máximo treze anos de idade. O pedófilo deve ter pelo menos dezesseis anos de idade e precisa ser pelo menos cinco anos mais velho que a criança ou adolescente. A pedofilia inicia-se geralmente na adolescência, mas pode também manifestar-se na meia idade. A pedofilia caracteriza-se por fortes elementos compulsivos, especialmente por uma atração quase sempre exclusiva por meninos, mas pode haver pedófilos que sentem atração por meninas. Entretanto, a reincidência da atração do pedófilo por meninos é duas vezes maior que a atração por meninas.¹⁵

Provavelmente baseando-se no fato da maior incidência de interesse dos pedófilos por meninos, a psiquiatria coloca que a pedofilia é uma variante da homossexualidade na qual os impulsos homossexuais estão dirigidos a crianças.¹⁶

A pedofilia pode ser exclusiva ou não exclusiva. A chamada pedofilia exclusiva caracteriza-se quando os adultos sentem atração apenas por crianças. Já a chamada pedofilia não exclusiva é aquela que os indivíduos sentem atração também por adultos.¹⁷

A incidência da pedofilia é mais comum entre indivíduos adultos do sexo masculino com problemas de relacionamento sexual, principalmente por serem portadores de complexo ou sentimentos de inferioridade. A personalidade de um pedófilo é quase sempre tímida, o que faz com que se sintam impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com indivíduos adultos.¹⁸

2.4 A ABORDAGEM DA PEDOFILIA DENTRO DO DIREITO

A pedofilia propriamente dita é um transtorno do comportamento sexual que, a princípio, pode ficar restrito à fantasia. O ato de violar, abusar e explorar sexualmente uma criança é crime, mas os indivíduos que praticam estes atos também devem ser acompanhados por tratamentos psicológicos e psiquiátricos.

Quando o pedófilo resolve sair do mundo das suas fantasias e colocar em prática os seus desejos mais profundos ele, automaticamente, insere-se no grupo dos criminosos. No

¹⁴ KOLB, L.; ALVES, S. R. P. **Psiquiatria Clínica**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p.472.

¹⁵ CATALDO NETO, Gabriel José Chittó; GAUNER, Nina Rosa Furtado (Org.). **Psiquiatria para estudantes de medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p.493.

¹⁶ KOLB; ALVES, 1986, p.472.

¹⁷ CATALDO NETO; GAUNER, 2003, p.493

¹⁸ FRANÇA, 2013, p.278.

entanto, apenas a privação de liberdade desse sujeito não vai tirar a criança de seu alvo. É preciso tratar o fenômeno com medidas que abranjam a complexidade e o padrão de repetição que marca a trajetória do pedófilo¹⁹.

O ordenamento jurídico não prevê o crime de pedofilia. Logo, de acordo com o princípio da legalidade, não há no Brasil crime de pedofilia.

O conceito de Estado de Direito e o princípio da legalidade estão diretamente relacionados. Num Estado de Direito, criado para retirar o poder absoluto da mão do soberano, exige-se a subordinação a lei. O princípio da legalidade é o mais importante princípio para o Direito penal.²⁰

Desta forma é possível entender que o Direito não pune a pedofilia e sim a agressão sexual a crianças. O legislador até agora não tipificou a pedofilia. Tutela-se a dignidade sexual e moral das crianças proibindo a prática de prostituição, abuso, pornografia infantil até porque se baseando nos estudos das ciências do comportamento estaria colocando como crime uma enfermidade.

¹⁹ FALEIROS, Eva T Silveira; RADICCHI, Lis Célia Arantes. Pedofilia Adoecimento e crime. **Revista Jurídica Consulex**, ano XV, n. 315, 28 fev. 2000.

²⁰ GRECCO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p.93

3 A LEI BRASILEIRA E A PEDOFILIA

3.1 ORIGEM DA PEDOFILIA DENTRO DO DIREITO BRASILEIRO

A preocupação com a proteção da criança e do adolescente, pelo Estado Brasileiro, começou apenas no império. Na constituinte de 1823, José Bonifácio apresentou um projeto, que tratava dos menores mas a preocupação maior era a manutenção da mão-de-obra escrava. Este projeto não considerava a criança escrava como sujeito de Direito.²¹

Entretanto, tanto a Constituição do Império de 1824 quanto a Constituição de 1891, foram omissas em relação ao problema das crianças desassistidas. Em 1890, o Código Penal da República, ensaia um cuidado com os menores, a medida que afirma não serem criminosos os menores de nove anos, e os maiores de nove anos e menores de quatorze anos desde que não possuíssem um completo discernimento. Em sua redação o código penal apresenta como atenuante da pena o fato do crime ser praticado por menor, mas possuía também um artigo que previa o recolhimento do menor se não possuísse trabalho.²²

Já o Decreto nº.439 de 1890, determinou as bases para a organização dos serviços de assistência à infância desvalida, seguido pelo Decreto n.658, de 12 de agosto do mesmo ano que estabeleceu o “Regulamento para o Asilo de Meninos Desvalidos”²³.

A Lei nº 4242 de 5 de janeiro de 1921, trouxe disposições típicas de um código de menores: a definição de abandono, a suspensão ou mesmo a perda do pátrio poder e determinava, para esses casos, processos especiais. Foi a partir desta lei que o menor de catorze anos passa a ser considerado improcessável e irresponsável por seus atos. Ainda em 1921, Mello Mattos apresentou um projeto de Código de Menores. Somente em 1º de Dezembro de 1926, o Decreto nº. 5.083, aprovou o Projeto Mello Mattos, que trazia nos seus dispositivos a concepção moderna de pátrio poder, isto é, considerava bivalente a tutela do menor, de modo que o poder do pai sobre o filho passou a ser regulado; e o Estado poderia intervir sobre esta relação.²⁴

O primeiro Juizado de Menores do Brasil foi criado a partir da autorização do Decreto nº 16.275, em 1924. Entretanto as instituições criadas a partir do decreto 16.272 não

²¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p.11

²² Ibidem, p.19.

²³ Ibidem, p.19.

²⁴ Ibidem, p.25.

resolveram o problema das crianças e adolescentes, houve superlotação, não possuíam as mínimas condições de higiene e os menores ficaram no mais completo abandono²⁵.

O artigo 1º do Decreto nº 5083/26, autorizava a criação de um código de menores. A tarefa da redação do código de menores foi delegada a Mello Mattos, que terminando o projeto, tendo sua aprovação, foi transformado no Decreto n.17.943 de 12 de outubro de 1927, dando origem ao primeiro Código de menores da América Latina²⁶.

A preocupação constitucional com os direitos das crianças e adolescentes começou com a Constituição de 1934. Na Constituição de 1937, houve a preocupação com a proteção das crianças em especial as mais carentes. A Constituição de 1967, garantiu a assistência à maternidade e à infância; instituiu o ensino obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais para as crianças de 7 a 14 anos. A emenda constitucional de 1969, acrescenta também o direito de acesso à educação também as crianças excepcionais.²⁷

A lei n.º 1964, criou a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor, sendo a ela incorporado o patrimônio e as atribuições do serviço nacional de assistência.²⁸,

Em 10 de Outubro de 1979, ano internacional da criança, com a lei 6697 surge o código de menores de 1979. O objetivo deste código de menores era prestar proteção a menores de dezoito anos em situação irregular.²⁹

O Código de Menores de 1979 trouxe um dispositivo de intervenção do Estado sobre a família, abrindo caminho para o avanço da política de internatos-prisão. O princípio de destituição do pátrio poder, baseado no estado de abandono, através da sentença de abandono, possibilitou ao Estado recolher crianças e jovens em situação de irregular e condená-los ao internato até a maioridade.³⁰

O Código de Menores de 1979 é um instrumento de controle social da criança e do adolescente vítima da omissão e transgressão da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos. O código de menores, Lei n. 6697/79, se propôs no contexto sócio-econômico em que vivia o país, no qual eram pungentes as estatísticas sobre crianças e

²⁵ Ibidem, p.23.

²⁶ Ibidem, p.26.

²⁷ Ibidem, p.23.

²⁸ FUNDAÇÃO TELEFÔNICA. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.** [201-]. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

²⁹ FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **História.** [200-]. Disponível em: <<http://www.fundac.ba.gov.br/index.php/historia>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

³⁰ PAES, Janiere Portela Leite. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e adolescente: avanços e retrocessos.** 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-c%C3%B3digo-de-menores-e-o-estatuto-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-avan%C3%A7os-e-retrocessos>>. Acesso em: 21 maio 2014.

adolescentes carentes, abandonados, desassistidos ou dados à prática de atos anti-sociais, atualizar o conceito dos direitos dos menores, bem como a criação de novas garantias, ante as profundas transformações ocorridas no corpo social entre 1927 (Código Mello Mattos) e 1979.³¹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as crianças e adolescentes começaram a ser melhor assistidos, sendo reconhecidos uma série de novos direitos³².

O artigo 6º da Constituição Federal estende os direitos sociais-a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social- também à maternidade, a infância e, a assistência aos desamparados.³³

No artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, há a proibição de trabalho noturno ao menor de dezoito anos de idade e proibição do trabalho insalubre ou perigoso ao menor. Traz também a proibição expressa do menor de catorze anos de trabalhar. É facultado, entretanto, aos maiores de catorze e menores de dezesseis, o trabalho na condição de aprendiz.³⁴

O caput do artigo 227 da Constituição Federal, diz ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar á criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.³⁵

O grande marco da Constituição Federal de 1988, em relação as crianças e adolescentes foi reconhecê-los como sujeitos de Direitos. A Constituição Federal trouxe a preocupação da situação dentro da família. Especialmente para proteger a criança e adolescente da violência familiar: quer por violência sexual, quer por agressão física, quer por violência moral. Cabe ao Estado desempenhar papel para que seja evitada qualquer violência especialmente a criança e ao adolescente³⁶.

Por fim em 1990 foi sancionada a lei nº8069, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este Estatuto significou para o Direito da Criança e do adolescente uma verdadeira revolução por adotar a doutrina da proteção integral. Essa nova postura tem como

³¹ VERONESE, 1999, p.38.

³² Ibidem, p.44.

³³ Ibidem, p.44.

³⁴ Ibidem, p.44.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2014.

³⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012. p. 558.

alicerce acreditar que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais. Estes direitos próprios e essenciais são necessárias por se tratar de pessoas em desenvolvimento necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral.³⁷

3.2 A PEDOFILIA E A TIPIFICAÇÃO LEGAL

Ao iniciar o estudo da tipificação legal dos crimes de abuso sexual cometidos contra crianças e adolescentes se faz necessário começar pela Constituição Federal.

A Constituição Federal em seu artigo 227, § 4º diz expressamente: “A lei punirá severamente todo abuso, violência e exploração sexual da criança e adolescente”³⁸.

Trata-se de uma norma bastante clara e simples, bastava ela para que as crianças fossem protegidas dos agressores sexuais. Por outro lado, não respeitar esta norma é passar violar o mais simples direito da criança: o de ser simplesmente criança. Jamais um adulto pode exigir que uma criança pratique atos sexuais: práticas sexuais devem ser praticadas apenas por indivíduos que já possuam consciência do que representa o ato sexual, e, principalmente por escolha da pessoa.

Analisando o Código Penal³⁹ encontramos a previsão de seis tipos penais para punir os agressores sexuais das crianças e adolescente. São eles:

1. Estupro de Vulnerável, tipo penal previsto no Artigo 217 A do código Penal Brasileiro:

Artigo 217 A: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14(catorze) anos:

Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou doença mental não tem o necessário discernimento para praticado ato ou que, por qualquer outra causa não pode oferecer resistência.

§ 2º- VETADO

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena: reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena- reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A principal intenção do legislador aqui foi preservar a integridade moral e também física da criança, reservando o direito a um desenvolvimento saudável. Do código penal, este é o tipo que mais se aproxima da noção que, *a lato sensu*, se tem do que é pedofilia. Se o

³⁷ VERONESE, 1999, p.100.

³⁸ BRASIL, 1988.

³⁹ BRASIL. **Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

Direito considerasse pedofilia como sendo um crime – conforme já visto o legislador ainda não teve esta pretensão- assim seria tipificado. Isto porque este tipo penal trata da prática de alguém que concretiza seus desejos sexuais com uma criança. Mas, o estuprador de vulnerável pode ser tanto um pedófilo quanto um perverso agressor sexual de crianças. Lembrado que apesar da tênue linha a separar as duas definições ela existe. Sendo que é possível haver um agressor sexual de crianças que não seja pedófilo.

2. Corrupção de Menores, tipo penal previsto no artigo 218 do código penal Brasileiro:

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:
Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

O legislador aqui criminaliza o sujeito ativo quando a vítima contar com idade inferior a catorze anos. Este tipo penal também pode ser chamado de lenocínio – lenocínio é atividade de ajudar a libidinagem de outrem ou conseguir tirar proveito da libidinagem de outro.⁴⁰ A gravidade deste tipo penal reside no fato do corruptor usar da fragilidade e da fantasia de uma criança para conseguir que ela seja instrumento de satisfação sexual de outro. A conduta fere a dignidade humana transformando uma criança em um instrumento de prazer para outro.

3. Satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente previsto no artigo 218 do código penal brasileiro

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:
Pena- reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos

Com este artigo pretende alcançar a proteção do desenvolvimento e a evolução saudável da personalidade do menor, para que, em sua fase adulta. De forma que possa tornar-se adulto livre de traumas psicológicos sobre seu comportamento sexual.⁴¹

Da mesma forma do tipo anterior, Há a preocupação em resguardar a integridade moral da criança.

⁴⁰ BITTENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.1184

⁴¹ Ibidem, p.1194

4. Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou vulnerável, tipo penal previsto no artigo 218 B:

Art. 218- B Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato o, facilitá-la impedir ou dificultar que a abandone:

Pena: reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas

I- Quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo:

II- O proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso Ii do §2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cessação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Neste tipo penal há uma inovação legislativa, com a reforma legislativa, houve o abandono do termo corrupção de menores, passando a criminalizar condutas libidinosas praticadas contra menores de 18 anos.

Este artigo é uma releitura do artigo que trata de rufianismo. A interpretação a ser dada é: em caso de necessidade material crianças e adolescentes acabam sendo alvo fácil para os facilitadores da prostituição.

5. Tráfico internacional de pessoa para fim de prostituição, tipo penal previsto no artigo 231 do Código penal brasileiro:

ART. 231 Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§1º Incorre na mesma pena daquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoas traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§2º A pena é aumentada da metade se:

I- A vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

III- A vítima por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para prática do ato

IV - Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

V - há emprego de violência grave ameaça ou fraude

§ 3º Se o crime é cometido com o intuito de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Este tipo penal é bastante importante na proteção m grande importância quando se fala em proteger a criança e o adolescente. É coerente dizer que o verbo traficar lembra que a

conduta está sendo praticada contra a vontade da pessoa. Este tipo está intimamente ligado à escravidão humana que é totalmente condenável. A escravidão fere totalmente a dignidade da pessoa humana privando a pessoa do direito fundamental à liberdade, cerceando o escravo da dignidade humana.

Sob a ótica da criança e do adolescente o tipo penal possui uma agravante se for praticado a alguém menor de 18 anos.

6. Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, tipo penal previsto no artigo 231-A do Código penal:

Art. 231-A Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual;

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I- A vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II- A vítima por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para prática do ato; Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

III- Há emprego de violência, grave ameaça ou fraude

§3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Da mesma forma que o tipo penal do artigo 231 do Código penal, há a preocupação em proteger as pessoas do tráfico humano. No artigo 231-A protegendo do tráfico interno de pessoas, prevê uma agravante para o caso da conduta ser praticada contra criança e adolescente. Mais uma vez o legislador se preocupou com a integridade moral da criança.

Além da constituição federal e do Código penal Brasileiro, há também a preocupação com a integridade da criança e do adolescente no Estatuto da Criança e do Adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente⁴² traz normas para proteger de forma integrada a criança e o adolescente, inclusive contra o abuso e exploração sexual da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do adolescente reflete a Convenção sobre os Direitos da Criança e adolescente adotada em assembleia geral das nações unidas em 20 de novembro de 1989. O Brasil é signatário da referida convenção e esta foi recepcionada em nosso

⁴² BRASIL. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e de outras providências. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

ordenamento pelo Decreto n.º 99710 de 22 de novembro de 1990⁴³ e traz em seu texto um conjunto de direitos das crianças e adolescentes entre outros o direito a família, a educação, a saúde. Sobre proteger de abusos sexuais as crianças e adolescentes diz a Convenção sobre os Direitos da Criança e adolescente em seu artigo 34:

Art. 34

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.

Os dispositivos que tratam do abuso sexual a crianças e adolescentes no Estatuto da Criança e Adolescente são:

1. Divulgação de foto pornográfica de criança ou adolescente pela internet, tipo previsto no artigo 241 Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:⁴⁴
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

É importante observar a literalidade do tipo penal. Ele tipifica a venda ou exposição a venda de fotografia , vídeo que contenha cena de sexo.

Da análise do tipo explica Sydow⁴⁵

O art.241 especialmente tipificou a conduta de venda ou exposição de fotografias e vídeos contendo cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo a criança ou adolescente. [...] Nesse sentido o legislador foi mais além e apontou como punível a conduta que envolva qualquer outra espécie de registro que contenha material inapropriado. [...].

No mesmo sentido inovou o legislador inovou o legislador em equivaler a conduta do 241”caput” aquele que assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas” bem como aquele que assegura, por qualquer meio, o acesso na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias cenas ou imagens produzidas” respectivamente incisos II e III do §1º do

⁴³ BRASIL. **Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁴⁴ BRASIL, 1990a.

⁴⁵ SYDOW, Spencer Toth. Pedofilia virtual e considerações críticas sobre a lei 11829/08. **Revista Liberdades**, maio/ago. 2009. p. 52. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/1/artigo3.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2014.

artigo 241. Ocorre que., por força do parágrafo único do Código Penal, não havendo disposição expressa na lei, o delito equiparado em tela somente existirá na modalidade dolosa.

Em outras palavras, os serviços informáticos de armazenamento utilizado a favor da perversão sexual se e somente se intencionalmente assegurarem os meios e os serviços para armazenamentos de tal natureza.

A grande preocupação é tutelar a integridade moral da criança e adolescente, não permitindo que sejam instrumentalizados pela lascívia de adultos e a preocupação de não instrumentalizar a criança ou adolescente. O corpo de uma criança ou adolescente não deve servir para satisfazer a lascívia de um adulto. A criança não possui o entendimento necessário sobre o que realmente está acontecendo. Ela deve ser protegida deste tipo

2. Divulgação de foto pornográfica de criança ou adolescente pela internet, tipo prevista no artigo 241-A do Estatuto da Criança e adolescente:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de três (três) a seis (seis) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

Sobre este artigo comenta Sydow⁴⁶:

Acreditamos que o legislador, na criação desse tipo, tratou de tipificar as condutas de modo especial por conta de se saber que o “mercado negro” da pornografia infantil não é necessariamente aberto e nem de fácil acesso, do mesmo modo como os “snuff movies”: não raro, ao invés de disponibilizar os materiais em tela na rede, os agentes trocam fotos, filmes e materiais sem necessariamente disponibilizá-los na rede e sem vender. As tratativas podem ocorrer fora dos meios informáticos e estes comumente utilizados somente para a troca, por meio de emails ou mensagens instantâneas, sem que obrigatoriamente haja publicidade ampla

Há novamente a tutela da integridade moral da criança e adolescente. A consumação da conduta ocorre com a oferta, troca, disponibilização, transmissão, distribuição, publicação ou divulgação. A transmissão de material pornográfico infantil é conduta permanente,

⁴⁶ Ibidem, p. 52.

permanecendo a construção enquanto houver a conduta. Nos demais casos, o crime é instantâneo. Admite-se a tentativa.⁴⁷

Neste sentido ensina Ishida:⁴⁸

A lei 11829/08 criou verdadeira condição objetiva de punibilidade ao exigir como condição de punição, a omissão do responsável legal pela prestação de serviço, oficialmente notificado que deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito. A condição objetiva de punibilidade não impede que o fato seja típico, antijurídico e culpável e nem o oferecimento da denúncia porque não se trata de condição de procedibilidade. Na verdade, oferecida a denúncia e no momento da sentença, o juiz não pode prolatar uma sentença de mérito e sim uma sentença terminativa de mérito. Isso faltando essa condição.

Exemplificando, o site de relacionamento permite o acesso de imagens de pornografia infantil. Descoberta a permissão, a autoridade encarregada da investigação (polícia judiciária ou Ministério Público) oficia ao representante legal do site de relacionamento para que no prazo de cinco dias, retire tal conteúdo. Embora o crime já tenha se consumado, quis o legislador oferecer uma oportunidade para o representante legal retificar o erro cometido. A questão é similar à retratação até a fase de sentença no crime de falso testemunho. (art.342,§2º, do CP).

3. Guarda de Material pornográfico envolvendo criança ou adolescente, tipo penal previsto no artigo 241 B do Estatuto da Criança e adolescente

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 um (um) a quatro (quatro) anos, e multa. § 1º A pena é diminuída de um (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo.

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por:

I – agente público no exercício de suas funções;

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo;

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

Acrescido ao Estatuto pela lei n. 11829/98, o artigo inova tipificando também a guarda de material pornográfico. O objetivo principal é coibir a ação dos agressores sexuais.

⁴⁷ ISHIDA, Valter kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p 548.

⁴⁸ Ibidem, p. 543.

Acredita o legislador que o porte de material com pornografia infantil possa estimular alguém a praticar agressão sexual contra uma criança. Ou ainda, é um indício que o portador dos materiais com pornografia infantil seja um agressor sexual.

Em seu parágrafo §1º, há a previsão de diminuição de pena se for uma quantidade pequena de material pornográfico. Entretanto, não há a definição da quantificação da pequena quantidade.

Já nos § 2º e 3º explica Sydow⁴⁹:

Os parágrafos segundo e terceiro do tipo apresentam casos especiais em que o delito do artigo 241-B não se tipifica por conta de haver-se dado uma impressão legal temporária para o armazenamento de tal sorte de material para que a conduta seja devidamente apurada e os indícios de materialidade devidamente preservados. Assim, o agente público no exercício de suas funções, o membro de entidade, legalmente constituída, que inclua entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes aqui discutidos e o representante legal e os funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio da rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Jurídico, poderão proceder ao armazenamento para encaminhamento à justiça.

4. Montagem de foto pornográfica de criança ou adolescente, tipo previsto no artigo 241 C do Estatuto da Criança e do adolescente:

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Com a lei 11.829, de 25 de novembro de 2008, os reclamos da doutrina quanto à montagem de imagem foram atendidos. Pois com o avanço das alterações fotográficas através de programas de computador a alteração de imagens não mais se limitou aos profissionais da fotografia, alcançando pessoas comuns. Em se tratando da criança e do adolescente, essa montagem traria problemas quanto ao seu desenvolvimento psíquico. Anteriormente havia verdadeira lacuna da lei diante do princípio da taxatividade.⁵⁰

Desta forma explica Ishida⁵¹

O parágrafo único pune aquele que vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput do artigo. Vender é fornecer para outro a imagem

⁴⁹ SYDOW, 2009, p. 55.

⁵⁰ ISHIDA, 2011, p. 554.

⁵¹ Ibidem, p. 526.

mediante a cobrança de um preço. Expor á venda é mostrar a imagem a fim de vende-la. Adquirir é obter propriedade da imagem. Possuir é estar com a imagem. Armazenar significa guardar o material, dando a idéia de guardar, por exemplo, em CD De imagens. A tentativa é admitida nesse caso.

Pune o legislador o pedófilo de Internet que busca nos mais variados sites de pedofilia infantil, fotos ou registro de montagem de imagens de criança ou adolescente. Se a imagem for verdadeira, o crime é do art. 241-B.

Ou seja, o parágrafo único do tipo penal reforça o desejo do legislador de proteger a integridade moral da pessoa.

Neste sentido ainda coloca Sydow⁵²:

O artigo 241-C também preocupa pois torna típica a ação de participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual apenando o agente com um a três anos de reclusão e multa. O direito penal passa a considerar relevante e penalmente punível a conduta que não utiliza criança ou adolescente mas insinua a sua participação em cena de sexo explícito.

5. Assédio à criança, tipo penal disposto no artigo 241-D do Estatuto da Criança e a adolescente:

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso⁵³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Neste tipo penal há a preocupação de se tutelar a integridade moral da criança. Não prevê a necessidade de se praticar o ato libidinoso bastando apenas expor a criança a perigo⁵⁴.

Desta forma de acordo com Ishida⁵⁵:

O dolo do crime é a vontade livre e consciente de aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança ou adolescente. O dolo específico ou modernamente o tipo subjetivo do tipo consiste na finalidade de praticar ato libidinoso. Ato libidinoso é retratado de forma genérica, abrangendo a conjunção carnal ou qualquer ato que vise ao atendimento da libido. Assim, se há simples assédio sem a vontade libidinoso, a conduta é atípica.

Sobre o artigo aponta Sydow⁵⁶:

⁵² SYDOW, 2009, p. 55.

⁵³ BRASIL, 1990a.

⁵⁴ ISHIDA, 2011, p. 558.

⁵⁵ Ibidem, p. 557.

⁵⁶ SYDOW, 2009, p. 53.

O artigo 241-D também nos parece desvirtuar as funções do direito penal. Partindo-se da concepção de que a rede mundial de computadores é um ambiente de risco, assim como o mundo real, mas potencializado, cabem aos pais buscar restringir o uso da informática quanto a seus filhos. Há notoriedade a cerca dos fatos de que conteúdos pornográficos de todo estilo permeiam a rede. Assim, a criança ou adolescente que ingressa num ambiente de sexualidade exacerbada como salas de bata papo e comunidades virtuais será, como qualquer outro usuário, assediado e instigado. A anonimidade virtual leva o delinqüente a buscar satisfação de sua sexualidade ou sua fantasia e a presença de criança em certos ambientes com conseqüente ofensa chega a poder ser interpretada como uma concorrência culpas: do defensor e do genitor que não cumpriu com deveres de cuidado do filho.”

6. Definição do sexo explícito

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.

Este artigo faz uma verdadeira interpretação ao fornecer o conceito de cena de sexo explícito ou cena pornográfica. A cena de sexo explícito fica caracterizada com a atividade sexual explícita, podendo ser real ou simulada. Na verdade sexo explícito seria a atividade sexual real porque a simulada consistiria em cena erótica. Por sua vez, a própria lei fala em cena pornográfica como aquele em que há exibição dos órgãos genitais de criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.⁵⁷

Baseado no velho paradigma, que prevê o endurecimento da pena como sendo capaz de inibir novos casos de crimes, no dia catorze de Maio de 2014 o plenário da Câmara de Deputados aprovou o projeto de lei 7.220⁵⁸, o qual previa a transformação em crime hediondo da pratica de prostituição ou exploração sexual contra crianças ou adolescentes.

Em 21 de Maio de 2014, a presidente Dilma Rouseff, sancionou em 21 de Maio de 2014, a lei 12978⁵⁹. Esta lei transforma em hediondo a prática de prostituir criança ou adolescente ou contra elas praticar crime de exploração sexual.

⁵⁷ ISHIDA, 2011, p. 559.

⁵⁸ NASCIMENTO, Alfredo. **Projeto de Lei: 7220/214**. Altera o nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=607589&ord=1>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

⁵⁹ BRASIL. **Lei Nº 12.798, de 21 de maio de 2014**. Altera o nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12978.htm#art2>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Antes da modificação legislativa a Lei 8072/90⁶⁰, já tipifica outros dez crimes graves, entre eles o estupro de crianças e adolescentes menores de 14 anos e pessoas vulneráveis.⁶¹ Como crime hediondo, o crime de praticar prostituição contra criança ou adolescente ou explorar sexualmente criança ou adolescente e acordo com a lei que diz o que são crimes hediondos eles são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança.

3.3 O REGIME PROBATÓRIO NOS CRIMES DE ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A prova processual serve principalmente para garantir a paridade de armas dentro do processo penal e provar a existência de um delito. Como o Direito penal não possui coerção direta, não possui atuação nem realidade concreta fora do processo. Para que haja uma pena é necessário também que haja além do injusto típico o devido processo penal. A aplicação da pena depende da existência do delito e também da existência do devido processo legal.⁶²

O processo penal, entretanto, não pode ser visto apenas como instrumento de vingança, ele deve garantir tanto o contraditório e a ampla defesa para evitar que inocentes sejam punidos. Não é possível o Estado agir somente para servir a uma vingança privada.

A prova para o juiz é sempre uma atividade recognitiva: é através da prova que o juiz irá conhecer os fatos ocorridos e se convencer da veracidade deles. Desta forma a prova para o juiz é sempre indireta.⁶³

O processo penal deve assim ser um instrumento de retrospectão, na tentativa de uma melhor reconstrução de determinado fato histórico. As provas precisam ser os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato passado⁶⁴

A palavra prova tem sua origem do latim *probatio* que significa verificação, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Assim os meios de prova devem ter por

⁶⁰ BRASIL. Lei Nº 8.072, de 21 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

⁶¹ FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/>>. Acesso em: 1 maio 2014.

⁶² LOPES JR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais - UNISUL - IPAN - REDE LFG. [20--]. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD1379C4CD2C6%7D_022.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.535.

⁶⁴ Ibidem, p.535.

objetivo verificar, examinar, reconhecer os fatos passados para dar suporte ao devido processo legal.⁶⁵

É necessário lembrar que o processo deve ser entendido como o mecanismo de se importar as informações para o campo da decisão judicial. Através do regime de provas, o Estado estipula quais as modalidades de produção de informações.⁶⁶

A função da prova no processo, portanto, é reconstruir os fatos ocorridos que compõem o delito penal. As provas no processo penal são importantes para constituir a verdade sobre os fatos. Muitas vezes a busca pela verdade acaba sendo exagerada.

A grande mentira do processo penal é a verdade real. A verdade real é um mito que está intimamente relacionada como sistema inquisitório.⁶⁷

O sistema inquisitório tem a sua origem no tribunal eclesiástico da inquisição, cuja função era investigar e punir os hereges pelos membros do clero. Nele o juiz detém a função de acusar, julgar e defender o acusado. As provas são taxativas e a confissão é a rainha das provas. O juiz busca confirmar o que ele já reconhece como verdadeiro.

No sistema acusatório há a separação entre as funções de acusar, julgar e defender o acusado. O juiz não é mais o gestor da prova, ele passa a ser imparcial e apenas julga, não produz prova e não defende o réu.

No processo acusatório a verdade não é fundante, pois a luta para o convencimento do juiz deve ser das partes e não uma missão do juiz. O processo acusatório assume desta forma a sentença como livre convencimento do juiz. O duelo de discursos entre as partes marca primordialmente a diferença entre o sistema acusatório e inquisitório.⁶⁸

No sistema misto há duas fases: a primeira fase é da investigação preliminar, tem nítidas características inquisitórias em que o procedimento é presidido pelo juiz, que também é o gestor da prova. A segunda fase é a judicial ou processual, trata-se de uma segunda fase porque a gestão da prova ainda cabe ao juiz.

O princípio da verdade real tem como objetivo legitimar eventuais desejos das autoridades públicas, além de buscar justificar a iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. No Brasil, desde a constituição federal de 1988, não deveria mais existir a busca da verdade real.⁶⁹

⁶⁵ NUCCI, Guilherme Lopes. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. 2011. p. 384.

⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

⁶⁷ LOPES JUNIOR, 2012, p. 546.

⁶⁸ Ibidem, p. 574.

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugenio Paccelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 327.

A verdade real está relacionada com a estrutura do sistema inquisitório;, com a busca da verdade a qualquer custo e com o juiz vingador. A verdade real acaba servindo aos juízes que mantêm uma postura de vingadores dentro do processo penal. E prejudica a imparcialidade e impessoalidade na decisão dos processos. Então acaba sendo montada uma estrutura que precisa legitimar o poder de coação.⁷⁰

Muitas vezes para construir a verdade real são aceitas provas ilegais. A prova ilegal é o gênero do qual a prova ilegítima e a prova ilícita são espécies.

A prova ilegítima é aquela que deriva da violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição reside unicamente na esfera processual. As provas ilegítimas são introduzidas no processo, infringindo o direito processual.

A prova ilícita por sua vez, viola o direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre fora do processo.⁷¹ A ofensa ao direito ocorre no momento em que a prova é colhida.

Provas ilícitas por derivação são os meios probatório que, não obstante produzidos validamente em momento posterior encontram-se afetados pelo vício da ilicitude original.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”⁷² Ou seja, a inadmissibilidade de provas ilícitas por já ter previsão legal deveria cessar o debate a respeito do tema. Este princípio constitucional tem a responsabilidade de permitir o direito a liberdade e da ampla defesa no processo legal.⁷³

Se quaisquer meios de provas fossem admitidos não seria possível provar a inocência do acusado. Afinal o processo penal não pode ser instrumento para vinganças, para contentamento da opinião pública. O processo deve servir principalmente para que o acusado consiga provar a sua inocência. Se realmente for culpado o processo deve sido movido por práticas dentro da legalidade.

O juiz precisa apreciar a ilicitude da prova. Da mesma forma deve determinar o desentranhamento das provas ilícitas dos autos, antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação de defesa escrita, desde que, a prova tenha sido juntada num momento anterior.⁷⁴

⁷⁰ LOPES JUNIOR, 2012, p. 575.

⁷¹ Ibidem, p. 593.

⁷² BRASIL, 1988.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Cidade: Impetus, 2013. p. 36.

⁷⁴ OLIVEIRA, 2011, p. 345.

No sistema probatório, meio de prova é tudo aquilo que serve para comprovar a veracidade dos fatos alegados pelas partes. Os meios de prova não devem ser taxativos, ou seja, não precisam estar exemplificados de maneira exaustiva pelo legislador. São meios de provas: prova pericial, interrogatório, prova testemunhal, reconhecimento de pessoas, prova documental, indícios,

A prova pericial pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segundo a lei, apenas seria possível a partir de conhecimentos específicos. Desta forma, somente pessoas devidamente habilitadas poderão produzi-las.⁷⁵

O interrogatório é o ato processual que dá ao acusado a oportunidade dele se dirigir ao juiz diretamente para apresentar a sua versão dos fatos.⁷⁶ É no interrogatório que o imputado pode saber em qual condição presta declarações, ele deve estar acompanhado de advogado e ainda pode reservar-se o direito de falar somente em juízo. O imputado possui o direito de silêncio que “está expressamente previsto no art 5º, LXIII, da Constituição Federal”.⁷⁷

A testemunha age sob o compromisso de ser imparcial e dizer apenas a verdade. O grande problema é que a testemunha dirá a verdade que ela construiu, o que não quer dizer que seja exatamente aquilo que aconteceu. Quando alguém fala a verdade que conhece, não necessariamente está sendo imparcial ou dizendo a verdade. A verdade dita é a verdade que ela tomou conhecimento, mas também é a verdade construída por suas percepções.⁷⁸

A prova testemunhal é bastante utilizada no processo penal. No processo penal qualquer pessoa pode ser testemunha, mesmo crianças, menores e até incapazes. A maior abertura para a produção da prova testemunhal está associada ao grau de certeza que se quer conseguir.⁷⁹

O reconhecimento de pessoas e de coisas é um procedimento que visa identificação de pessoas de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades..⁸⁰

Quando ocorre o reconhecimento de pessoas é importante atentar para dois aspectos: o número de pessoas e as semelhanças físicas. Apesar do código não se referir ao número de

⁷⁵ OLIVEIRA, 2011, p. 429.

⁷⁶ LOPES JUNIOR, 2012, p. 612.

⁷⁷ Ibidem, p. 637.

⁷⁸ NUCCI, 2011.

⁷⁹ OLIVEIRA, 2011, p. 434.

⁸⁰ Ibidem, p. 417.

peças que devem participar recomenda-se que seja pelo menos cinco pessoas. É importante que as pessoas que vão participar do reconhecimento tenham características.⁸¹

A acareação é um procedimento baseado no constrangimento de pessoas que já prestaram depoimento para esclarecer aspectos que tem objetivo intimidar as testemunhas. Servindo apenas para mostrar o temor entre e uma testemunha e outra e a lei ainda prevê a possibilidade entre o acusado e as testemunhas. Neste sentido, a acareação deveria apenas ser feita entre as testemunhas. Pode ser realizada tanto na fase de investigação quanto na fase de instrução criminal.⁸²

Acareação significa colocar os acusados frente a frente. A acareação pode ser usada tanto na fase policial como judicial.⁸³,

A primeira barreira ao falar da prova documental é o conceito de documento. No processo penal, segundo o art. 232 do Código de Processo Penal, documentos são “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.⁸⁴

Quando se fala em documentos é necessário uma flexibilização do conceito dependendo do conteúdo que com ele se quer mostrar. O mais importante para fins probatórios é a originalidade daquilo que se pretende demonstrar. Assim deve-se, então, entender como documento qualquer manifestação materializada por meio de grafia, de símbolos, de desenhos e, enfim, que seja uma forma ou expressão de linguagem ou de comunicação, em que seja possível compreensão de seu conteúdo.

Indícios são todas as circunstâncias conhecidas e provadas que servem de base para que através de método indutivo e raciocínio lógico se pode chegar a outro fato.⁸⁵

Os indícios sozinhos não tem a força de provar nenhum fato, mas em sintonia com outros elementos probatórios possuirá valor igual.⁸⁶

O objetivo principal da busca é encontrar pessoas ou objetos. A apreensão é a medida que segue a busca. É uma medida de natureza cautelar que visa acautelar o material probatório.⁸⁷

A busca é uma medida instrumental que tem como objetivo a encontrar pessoas ou coisas. Já a apreensão, trata-se de uma medida cautelar probatória, pois seu objetivo é garantir a prova.⁸⁸

⁸¹ LOPES JUNIOR, 2012, p. 682.

⁸² OLIVEIRA, 2011, p. 437.

⁸³ LOPES JUNIOR, 2012, p. 694.

⁸⁴ Ibidem, p. 696.

⁸⁵ ISHIDA, Valter Kenji. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p.140

⁸⁶ PRADO, Luis Regis. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁸⁷ OLIVEIRA, 2011, p. 442.

4 A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS MANGÁS

4.1 CONCEITO E DIVERSOS TIPOS DE MANGÁS

A palavra mangá é formada pela união de dois ideogramas MAN (humor) e GÁ (grafismo). Traduzida para o português, o mangá significa caricatura ou desenho engraçado.⁸⁹

Os mangás são histórias em quadrinhos japoneses que durante várias décadas vem sendo produzidas e impressas em massa para um público que lê compulsivamente: o japonês. Os mangás retratam o imaginário, mas também mostram o cotidiano.⁹⁰

No Japão são publicados originariamente em papel jornal. Dentro dos diversos tipos existentes de mangás, vale destacar:

1. SHOUJO: trata de um tipo mangá com história nipônica feito para garotas⁹¹. A figura 1 apresenta uma imagem deste tipo de mangá.

Figura 1 - Mangá Shoujo



Fonte: Yaya Kiryuu (2013).

⁸⁸ LOPES JUNIOR, 2012, p. 701.

⁸⁹ SATO, Cristiane A. **O que é mangá?** 1993. Disponível em: <http://www.culturajaponesa.com.br/?page_id=141>. Acesso em: 22 maio 2014.

⁹⁰ ADRIAN, Nelson. **Mangás.** 2013. Disponível em: <<http://www.primeiroconceito.com.br/site/?p=3849>>. Acesso em: 22 maio 2013.

⁹¹ FERNANDES, Lucie. **Dez mangás shoujo para conferir.** 2013. Disponível em: <<http://nossosromancesadolescentes.blogspot.com.br/2013/06/indicamos-dez-mangas-shoujos-para.html>>. Acesso em: 22 maio 2014.

2. MAHOU SHOUJO: pertence a um sub gênero de mangá shoujo. A principal característica são garotas com poderes mágicos. A figura 2 mostra um exemplo deste tipo de manga.

Figura 2 – Mangá Mahou Shoujo



Fonte: Central de Mangás (2014).

3. SHOUNEN-AI: gênero de mangás que retratam relações românticas entre homens. É usado para demonstrar o lado romântico entre dois homens.⁹² A figura 3 mostra um exemplo ilustrativo do mangá Shounen-ai.

Figura 3 - Mangá Shounen-ai



Fonte: Tohru-Kun (2011).

⁹² SHONEN-AI. In: URBAN DICTIONARY. 2005. Disponível em:
<<http://www.urbandictionary.com/define.php?term=shonen-ai>>. Acesso em: 22 maio 2014.

4. HENTAI: no oriente, a palavra Hentai significa metamorfose, pornografia ou perversão sexual; nunca é usado para referir a atividade sexual "normal", nem qualquer entretenimento de sexo explícito. No Japão a palavra hentai pode ser usada como um adjetivo que significa aquele que é compulsivo por sexo. Quando a palavra hentai é utilizada como adjetivo, não é investida de uma conotação suja e doentia⁹³. As figuras 4, 5, 6 e 7 apresentam exemplos de hentai.

Figura 4 – Hentai



Fonte: Caçadora de Imagens (2011).

Figura 5 - Hentai



Fonte: Caçadora de Imagens (2011).

⁹³ <http://www.fanmysu.com.br/2013/03/o-que-e-hentai.html>. Acesso em: 22 maio 2014..

Figura 6 - Hentai



Fonte: Caçadora de Imagens (2011).

Figura 7 - Hentai



Fonte: Caçadora de Imagens (2011).

5. MECHA: Neste tipo de mangá os personagens principais são caracterizados por robôs gigantes. A palavra mecha é a forma abreviada, em japonês, da palavra ocidental mechanic ou mechanical.⁹⁴ (Figura 8).

⁹⁴ MECHA. In: WIKIPEDIA. 2014. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Mecha>>. Acesso em: 1 maio 2014.

Figura 8 – Mangá Mecha



Fonte: Mangá Host (2014).

6. ECCHI: A palavra ecchi significa, em japonês, indecente. São mangás que possuem humor sexual bem moderado. No Ocidente, é utilizado para designar mangás com conteúdo erótico. Na maior parte dos casos, as histórias apresentam momentos humorísticos de caráter sexual ou nudez, mas não há a prática de ato sexual explícito.⁹⁵ (Figuras 9 e 10)

Figura 9 – Mangá Ecchi



Fonte: Mangá Host (2014).

⁹⁵ GÊNEROS de animes. c2014. Disponível em: <<http://www.japones.net.br/generos-de-animes/>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

Figura 10 - Mangá Ecchi



Fonte: Mangá Host (2014).

7. KEMONO: É um tipo de mangá, cujos protagonistas são animais.⁹⁶, ou humanos com características de animais.
8. LOLICON: são mangás do tipo hentais que apresentam a representação de crianças do sexo feminino em cenas pornográficas ou em ato de sexo explícito.⁹⁷ (Figuras 11, 12, 13 e 14).

Figura 11 – Mangá Lolicon



Fonte: Salikawood (2012a).

⁹⁶ OTOME, Tamy Itsumo. **O que é Kemono?** 2009. Disponível em: <<http://tamyitsumootome.blogspot.com.br/2009/06/o-que-e-kemono.html>>. Acesso em: 1 maio 2014.

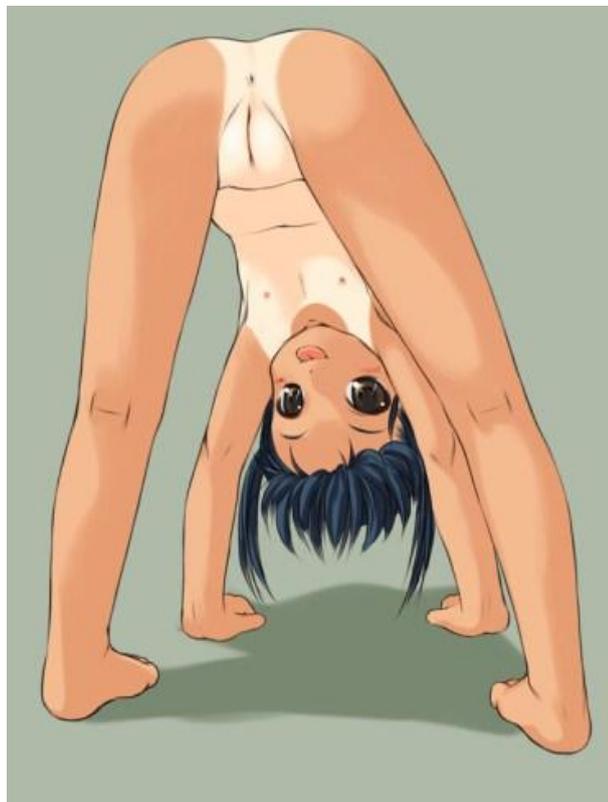
⁹⁷ KEKA, Domme. **Lolicon sem censura.** 2008. Disponível em: <<http://www.seuprazer.net/category/hentai/lolicon-hentai>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

Figura 12 - Mangá Lolicon



Fonte: Fonte: Salikawood (2012a).

Figura 13 - Mangá Lolicon



Fonte: Fonte: Salikawood (2012a).

Figura 14 - Mangá Lolicon



Fonte: Salikawood (2012a).

9. SHOTACON: são mangás do tipo hentais que a apresentação a representação de crianças do sexo masculino em cenas pornográficas ou mesmo em sexo explícito.⁹⁸ (Figura 15, 16 e 17).

Figura 15 – Mangá Shotacon



Fonte: Salikawood (2012b).

⁹⁸ KEKA, 2008.

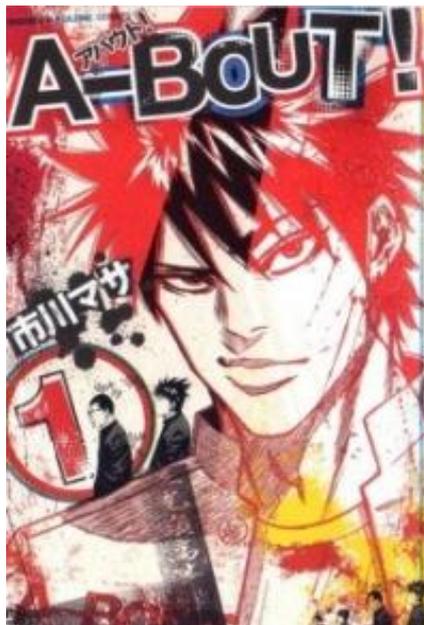
10. SHONEN: A palavra Shonen significa rapaz. O público alvo são os jovens do sexo masculino. São histórias com ação e humor. Alguns possuem personagens femininas, entretanto estas personagens precisam ser atraentes.⁹⁹ (Figuras 18 e 19).

Figura 18 – Mangá Shonen



Disponível em: Manga Host (2014).

Figura 19 - Mangá Shonen



Fonte: Mangá Host (2014).

⁹⁹ REIS, Math; YORU, Hime. **O que é Shounen?** [20--]. Disponível em: <<http://blog-shounen.blogspot.com.br/p/oque-e-shounen.html>>. Acesso em: 21 maio 2014.

4.2 HISTÓRICO DOS MANGÁS

Foi no período de Nara, no século VIII d.c, que surgiram os primeiros rolos de pintura japonesas. , a estas pinturas era dado o nome de *emakimono*; nesta época as pinturas e textos para serem lidos eram desenroladas. Já no século XII surgem os *emakimonos* na forma genuína japonesa.¹⁰⁰

Durante o período Edo (1603-1868) os rolos foram substituídos por livros, e as estampas, inicialmente, passaram a ser destinadas a ilustração de romances e poesias. Entre 1814 e 1834, Katsushika Hokusai, artista radicado em Nagoya, criou a palavra mangá- significando “ desenhos irresponsáveis”- para nomear a série de caricaturas que ele produziu no decorrer daquelas duas décadas.¹⁰¹

O atual formato dos desenhos sofreu influência ocidental, principalmente a dos Estados Unidos. Foi sob a ocupação americana, logo após a segunda guerra mundial, que um artista chamado Osama Tezuka influenciado por Walt Disney dá vida ao mangá moderno. Por isso, os traços faciais dos personagens de Osama Tezuka são bastante semelhantes aos desenhos de Walt Disney. Comparando o estilo dos dois desenhos, é possível salientar o exagero nos olhos, sobrancelhas, nariz e boca para dar expressividade ao personagem. Os movimentos das histórias são introduzidos com linhas que dão impressão de velocidade. Uma das grandes diferenças entre os mangás e as revistas em quadrinhos ocidentais é a ordem de leitura. Nos mangás, a ordem de leitura destas revistas é inversa a ocidental: faz -se a leitura do mangá de trás para frente. Outra característica que diferencia os mangás das revistas em quadrinhos ocidentais, em especial as revistas de Walt Disney, é que o meio da revista, na grande maioria das vezes, é em preto e branco.¹⁰²

Provavelmente devido ao grande número de imigrantes, São Paulo foi um dos primeiros pólos de produção de mangás fora do Japão.

4.3 O ENFRENTAMENTO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS MANGÁS

No Japão, país onde surgiram os mangás, a legislação também não prevê que os mangás constituem pornografia infantil. Ao contrário até 2011, os mangás hentai eram

¹⁰⁰ REBOUÇAS, Fernando. **Origem dos mangás**. [2014]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/autor/fernando-reboucas/2/>>. Acesso em: 21 maio 2014.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² MANGÁ. [201-]. Disponível em: <<http://www.portaldarte.com.br/manga.htm#histmanga>>. Acesso em: 1 maio 2014.

vendidos sem nenhum problema, nem restrição quanto a faixa etária, a que se destinavam os vários tipos de mangás existentes. Entretanto, em 2011 foi aprovada uma lei que proíbe a venda de mangás e animes que possuam pornografia infantil ou cenas de violência a crianças.. O chamado Decreto para o desenvolvimento juvenil saudável, regulamenta a produção e venda de quadrinhos e animes (são os desenhos animados japoneses com as mesmas características dos mangás). A intenção do legislador foi preservar as crianças da corrupção moral¹⁰³.

Sendo o Japão o único país do grupo do G7 (Canadá, França, Itália, Alemanha, Estados Unidos da América, Japão, Reino Unido e Rússia) que ainda não possui leis severas para acabar com a pornografia infantil, o Japão vem sofrendo sérias pressões para que criminalize a pornografia infantil. Em função disto há um projeto de lei proposto pelo Partido Democrático Liberal em maio de 2013, que visa proibir a pornografia infantil real. A lei prevê como punição uma fiança de um milhão de ienes, aproximadamente dez mil dólares e até um ano de encarceramento. Mas, o projeto de lei deixa fora ¹⁰⁴, não os mangás.

Nos Estados Unidos, uma lei anterior a 2009, prevê como crime produzir ou possuir qualquer material “artificial” que represente pedofilia. Desde então qualquer cidadão que estiver na posse deste tipo de material será processado pelas leis de pedofilia. O primeiro americano preso por esta lei foi Christopher Handley, um colecionador de mangás que foi enquadrado na nova lei de pedofilia. Apesar de não ter sido encontrado nenhum outro tipo de material que lembre-se pedofilia na casa do Christopher Handley ele na época enfrentaria quinze anos de prisão.¹⁰⁵

Falar em qualificação jurídica dos mangás no Brasil é um debate que acaba extrapolando o mundo jurídico. Isto porque, o Estatuto da Criança e Adolescente, que criminaliza a pornografia infantil não enquadra em nenhum inciso a posse de desenhos que representem crianças nuas ou mesmo em sexo explícito. Pelo contrário, o artigo 241 do Estatuto da Criança e Adolescente, apenas tipifica se na imagem houver mente a imagem de uma criança ou adolescente. Imagem de criança não significa um desenho. Ou seja, há falta de previsão legal para poder dizer que os mangás são de fato material de pornografia infantil.

¹⁰³ JAPÃO proíbe ‘imagens reais’ com pornografia infantil, mas permite em desenhos. 2014. Disponível em: <<http://onlyanimes.net/noticias/animes-1/lei-aprovada-no-japao-que-proibe-animes-ou-mangas-que-tenham-hentai-ou-violencia-2531.html>>. Acesso em: 1 maio 2014.

¹⁰⁴ LEI aprovada no Japão que proíbe animes ou mangas que tenham hentai ou violência. 2011. Disponível em: <<http://www.mundo-nipo.com/sociedade/06/06/2014/japao-proibe-imagens-reais-com-pornografia-infantil-mas-permite-em-desenhos/>>. Acesso em: 1 maio 2014.

¹⁰⁵ HOMEM é acusado de pedofilia por colecionar mangás. 2009. Disponível em: <<http://ambrosia.virgula.uol.com.br/homem-e-acusado-de-pedofilia-por-colecionar-mangas/>>. Acesso em: 1 maio 2014.

A discussão sobre a qualificação jurídica dos mangás é difícil principalmente porque para dizer que se trata de material pornográfica há a necessidade de previsão legal. No Brasil não há na legislação previsão para tratar mangá como pornografia infantil. Apesar de lembrar muito crianças, os mangás são apenas representações gráficas, ou seja, mero desenho.

Entretanto, cabe lembrar que o Brasil é signatário depositário do Protocolo Facultativo a convenção sobre os Direitos da criança referente à venda de crianças, à prostituição, recepcionado no ordenamento nacional pelo Decreto 5007 de 2004¹⁰⁶. Assim diz o artigo 2º do Protocolo Facultativo a Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição:

ARTIGO 2º

Para os propósitos do presente Protocolo:

- a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas, em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação;
- b) Prostituição infantil significa o uso de uma criança em atividades sexuais em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação;
- 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.

O referido protocolo em seu artigo 2º define pornografia infantil como sendo “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais e simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais”.¹⁰⁷

Trata-se de uma questão hermenêutica. Lendo o dispositivo que depois de ser recepcionado passa a integrar o nosso ordenamento jurídico pode-se interpretar a qualificação jurídica dos mangás(hentais) de duas formas.

A primeira é simplesmente dizer que como a norma não trata de desenhos em quadrinhos, os mangás (hentais) não constituem material de pornografia infantil. O que é necessário ponderar é que mesmo não sendo pornografia infantil, a leitura deste tipo de literatura pode despertar os desejos mais profundos. A segunda vai necessitar de uma interpretação mais extensiva usando a expressão “qualquer representação” para dizer que desenhos em quadrinhos lembram na realidade crianças e que por isso os mangás (hentais) são sim material de pornografia infantil.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto Nº 5.007, de 8 de março de 2004. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

¹⁰⁷ BRASIL, 2004.

Talvez, os que sustentam a possibilidade de tipificar os mangás (hentais), como pornografia infantil, tenham a preocupação de afastar as conseqüências que a posse deste material pode ter. Ou até mesmo acreditando que a posse deste tipo de material serve de indicio para concluir que o possuidor deste material é um pedófilo ou até mesmo um agressor sexual

Neste sentido escreve Sydow (2009,53)¹⁰⁸ a respeito da motivação do legislador ao escrever o artigo 241-B:

Em verdade, pareceu-nos que o que preocupava o Estado não era a fantasia ou alestramento do material, mas sim as conseqüências e os estímulos gerados pelo material trocado. [...] há uma lacuna entre o desejar e o praticar. Contudo, parece ter sido positivada a idéias de que imagens de natureza sexual com crianças ou adolescentes servem de estímulo para a continuidade de consumo e criação de tais material.

4.4 COMO DECIDE O TRIBUNAL- ESTUDO DO CASO C. A. G.

4.4.1 Dos fatos

O caso trata da prisão de um suposto “pedófilo” por porte de material pornográfico infantil e mangás.

Aconteceu que o IP 201.22.84.143 utilizado por C.A.G, foi selecionado como alvo 21 na Operação Tapete Persa. Esta operação foi deflagrada a partir da noticia de crime com origem em buscas na rede eDonkey2000, a partir da Alemanha. A eDonkey2000¹⁰⁹ é uma rede de P2P, criada pela empresa alemã Metamachine para a transferência de grandes arquivos ultrapassando o limite dos gigabytes, sua utilização é para compartilhar arquivos grandes e difíceis de se obter na internet. O objetivo da operação era localizar pessoas que tivessem recebido arquivos contendo vídeos de pornografia infantil com o titulo “lavi” e “(kingpass) cameraman shoots girls 10 yo &cums on her PTHC-G- Another cule little Moscoow Girl. Mpg).

Acontece que o Ip 201.22.84.143 acessou o sistema de compartilhamento eDonkey2000 em 19 de novembro de 2008 entre 10:06 hs e 15:59 hs.

Assim narra a peça acusatória constante da sentença:

¹⁰⁸ SYDOW, 2009, p. 53.

¹⁰⁹ EDONKEY. In: WIKIPEDIA. 2013. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/EDonkey>>. Acesso em: 29 maio 2014.

Com subsídio nessas informações, no dia 27 de julho de 2010 foi realizada busca na residência do denunciado, situada na [...], que resultou na apreensão de 4 HD's e 182 mídias de computador (CD/DVD), sendo que desses bens o HD Hitachi Deskstar 0A35415BA27270C84 e as mídias foram arrecadados no quarto do denunciado C. A. G. (fls. 118/120).

Os equipamentos e mídias foram submetidos à perícia (Laudos n. 124/2011 [fls. 157, 164 – cd's/dvd's]; n. 257/2011 [fls. 172/184]), ocasião em que não ficou demonstrado o compartilhamento de arquivos contendo pornografia infantil. Porém, foram encontrados arquivos desta natureza armazenados no equipamento apreendido no quarto do denunciado C. A. G., conforme descrito no Laudo 257/2011, que através de pesquisas pelas palavras-chave usualmente encontradas em arquivos contendo pedofilia (por exemplo, 'pedo', 'pthc', 'chid', 'ninfeta', 'abuse', 'torture', etc) encontrou 7 (sete) ocorrências com imagens inequívocas de pornografia infantil, reproduzidas na fl. 174 do referido Laudo Pericial.

Dessarte, o denunciado C. A. G. possuía e armazenava, por fotografia e vídeo (mídias de computador), cenas de sexo explícito e pornografia envolvendo crianças ou adolescentes.

Além disso, dentre as imagens armazenadas no HD Hitachi Deskstar 0A35415BA27270C84 e nas mídias localizadas no quarto do denunciado, também foram encontrados inúmeros desenhos em quadrinhos conhecidos por "Hentai", associados à palavra "lolicon", os quais evidenciam cenas de sexo explícito e também cenário de pornografia, envolvendo homens adultos e crianças, de ambos os sexos, como se nota nas 12 imagens impressa na fl. 175 (Laudo n. 257/2011).

Dessa forma, o denunciado C. A. G. possuía e armazenava material simulando a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, produzido por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual (equipamento e mídias de computador).

Durante a instrução processual, foram oitivadas 3 testemunhas arroladas pela acusação e na sequência foi realizado o interrogatório do acusado (fls. 241-246).

Assim narra o relatório da sentença:

Em alegações finais, o Ministério Público afirmou que ficou comprovado na instrução probatória que o acusado armazenava arquivos contendo imagens explícitas de pedofilia e desenhos japoneses - *hentais* - que, conforme parecer exarado pelo Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público Catarinense, caracterizam o crime catalogado no artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. Requereu, pois, fosse julgada totalmente procedente a denúncia, para condenar o acusado nas sanções do artigo 241-B e artigo 241-C c/c artigo 241-E da Lei 8.069/90 (fls. 251-261).

A defesa, por sua vez, argumentou que o acusado "baixava" listas com vários arquivos pornográficos, sem conferir o conteúdo de cada um, o que os peritos, em seus testemunhos, disseram ser possível. Arguiu que, dessa forma, a acusação não provou o dolo empregado pelo acusado, no armazenamento consciente do material proibido. Pleiteou, assim, a absolvição como medida de direito e de justiça ou, alternativamente, na hipótese de condenação em relação ao art. 241-B, seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 1º, dda Lei 8.069/90 (fls. 264-271).

O juiz da 4ª vara criminal da capital julgou improcedente a denúncia e absolveu C. A. G. “da imputação dos crimes descritos no art. 241-B e 241-C, do ECA.”¹¹⁰

O Ministério público recorreu e o réu foi condenado por infração do artigo 241-B com pena de 1 (um) ano e dois meses de reclusão e 12 (doze) dias. Assim diz o acórdão:¹¹¹

A culpabilidade – reprovabilidade da conduta do agente – é normal à espécie. Não possui antecedentes nem há indicativo de má conduta social. Não há elementos para apurar a personalidade. O motivo do delito é comum à modalidade criminosa. As circunstâncias são negativas, visto que além das fotografias o réu armazenava, como melhor alinhado, aquelas outras imagens que simulavam cena de sexo envolvendo crianças ou adolescentes. As consequências do crime são normais à espécie, e não há de se falar em participação da vítima.

Assim, fixa-se a pena-base do apelado em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, a qual resulta definitiva ante a ausência de agravantes, atenuantes, e causas de especial aumento ou redução de pena.

Fixa-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena, em observância ao art. 33, § 2º, "c", do CP.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, faz jus o apelado à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juiz da Execução Penal.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para condenar o apelado por infração ao art. 241-B do ECA.

Desta forma faz-se necessário analisar as decisões judiciais.

4.4.2 Análise da sentença

Da sentença é possível destacar:

Na fundamentação, o magistrado destaca no item 1 para o erro de se procurar uma verdade real no processo penal Assim o diz: ‘A verdade real é empulhação ideológica que serve para “acalmar” a consciência de acusadores e julgadores’¹¹². Reforça portanto a idéia de que a verdade real é a verdade que o julgador buscará para poder justificar a decisão que ele já pré julgou antes mesmo de verificar a culpabilidade através das provas apresentada. No mesmo item destaca ainda que:

As únicas garantias existentes são:a) um processo como procedimento em contraditório; b) processo acusatório, entre partes, sem atividade probatória do juiz, com as garantias constitucionais (presunção de inocência, etc; c) decisão fundamentada por parte dos órgãos julgadores. A legitimidade desta decisão decorre, também e fundamentalmente, da sua concordância com a Constituição.¹¹³

¹¹⁰ Sentença em anexo.

¹¹¹ Acórdão em anexo.

¹¹² Sentença em anexo.

¹¹³ Sentença em anexo.

Depreende-se que a partir da constituição de 1988, não há possibilidade de se admitir um processo penal que não seja democrático onde o juiz forma o seu conhecimento a partir das provas apresentadas, e não busca provas para justificar sua prévia decisão.

No item 2 da fundamentação destaca o magistrado:

No processo penal democrático, o conteúdo do Inquérito Policial está maculado pela ausência de contraditório, sendo utilizável exclusivamente para análise das questões prévias (condições da ação e pressupostos processuais aplicáveis). Enfim é absolutamente antidemocrática a utilização dos elementos do inquérito Policial para efeitos de condenar o acusado.¹¹⁴

Reforça o magistrado a importância do contraditório no Processo penal. É através do contraditório que com igualdade de armas pode ser garantido a ampla defesa ao réu. Neste sentido assim colocam Lopes Jr. e Rosa¹¹⁵:

Invertendo-se a lógica do *senso comum teórico dos Juristas*, o processo é procedimento realizado por meio do *contraditório* e, especificamente no *Processo Penal*, entre os jogadores Ministério Público e/ou querelante, e efetiva presença do acusado com defesa técnica, mediados pelo julgador. Por isso a necessidade de se entender o exercício da *jurisdição* a partir da estrutura do *processo como procedimento em contraditório*, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola, especialmente no tocante ao *princípio do contraditório* e o papel do juiz na condução do feito.

Nesse pensar, o *contraditório* precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações dos jogadores/partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se comunicação entre os jogadores, mediada pelo Estado julgador. Rompe-se, com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, Ministério Público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o *status* de contraditório. É preciso mais. Exige-se a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do *caso penal*, na via intersubjetiva e entendendo o processo como um *acontecimento* semântico.

Somente com o contraditório o é capaz de garantir um eficaz meio de defesa ao réu.

No item 3, do fundamento da sentença, o magistrado destaca a fragilidade probatória no caso em estudo. Diz o relatório:

Conforme esclareceu o delegado Roberto de Oliveira Cardoso, ao ser realizada a apreensão do computador do acusado, bem como das mídias móveis, “ no momento não foi localizado esse vídeo (vicky) e o perito viu que tinha muito hentai. Com base na suspeita do perito de que poderia estar presente conteúdo pornográfico envolvendo crianças e/ou adolescentes em meio ao grande volume de arquivos encontrados, confiscou –se a unidade HD do acusado bem como 182 mídias de

¹¹⁴ Sentença em anexo.

¹¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Contraditório no processo penal não é amor mas é tão complexo quanto**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto>.> Acesso em: 14 jun. 2014.

computador (cd/DVD). [...] produzidos laudos periciais, [...] foram encontrados, entre todo o material analisado, 7 fotografias de uma adolescente praticando atos sexuais e outras 20 imagens (desenhos) que indicavam cenas de pornografia infantil, mas criadas por computador.

Destaca o magistrado a pequena quantidade de arquivos contendo pornografia infantil em relação à quantidade armazenada nas 182 mídias e no HD. Apesar da previsão legal do artigo 241 C que prevê crime nos casos de posse de pornografia infantil, a quantidade encontrada foi muito pequena.

Já no item 3.1 o magistrado concede ao réu o benefício da dúvida, diz o magistrado:

Resta, portanto, a dúvida. Sendo assim, não havendo quaisquer outros elementos no sentido de comprovar a intenção (dolo) do agente em armazenar os citados arquivos, a absolvição do acusado na imputação descrita no artigo 241-B, da Lei 8069, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal c/c art. 20 do Código Penal, é a medida que se impõe.¹¹⁶

No item 3.2, o magistrado justifica que a maior parte do material encontrado, de acordo com o delegado Rodrigo de Oliveira Cardoso, quando da realização da busca e apreensão foi encontrada uma grande quantidade de desenhos, o que seria indicio da presença de pornografia infantil. Aproveita o relatório para expressar a sua posição contrária a criminalização da reprodução dos hentais. Utiliza-se da obra de Heloisa Helena Quaresma, reproduzindo trecho da obra da autora em que a autora afirma que não é obra de arte que poderá eu reproduzindo o pensamento dela contrário a em que afirma não ser qualquer obra de arte que será enquadrado no artigo no artigo 241 C do Estatuto da Criança e do Adolescente. Explica o magistrado que

A criminalização da reprodução do hentai- ainda que este tipo de representação artística possa ser reprovável para alguns para efeito penal viola o principio da legalidade estrita, mormente considerando a ausência de influencia direta no alegado estímulo à sexualidade.¹¹⁷

Complementando o raciocínio expõe o magistrado: “Assim proceder seria criminalizar o ato por considerá-lo moralmente reprovável, já que a conduta, por si só, não gera prejuízo à qualquer criança ou adolescente”.¹¹⁸

Assim em síntese a sentença absolveu o réu por três razões principais.

A primeira, a prova utilizada para iniciar o processo foi utilizada de maneira equivocada. Primeiro houve falta de materialidade, pois os arquivos procurados não foram

¹¹⁶ Sentença em anexo.

¹¹⁷ Sentença em anexo.

¹¹⁸ Sentença em anexo.

encontrados. O que foi encontrado foram outros tipos de arquivos. Acabaram usando estas provas conseguidas de maneira ilegítima e ilícita.¹¹⁹

A segunda razão baseia-se no fato de a quantidade de arquivos com pornografia infantil que existiam no acervo do réu era muito pequeno -apenas sete arquivos – quantidade pequena em relação a quantidade de arquivos que o réu possuía em sua casa. Aqui se observa a livre convicção do juiz levando em consideração a proporcionalidade. Se o réu fosse realmente alguém viciado em pornografia infantil a quantidade de arquivos com material pornográfico que ele teria seria muito maior.

E a terceira razão é que não se pode equiparar a posse de hentai a conduta de posse de pornografia infantil. Por falta de previsão legal, os artigos do Estatuto da Criança e Adolescente não prevê a posse de desenhos que lembrem crianças apenas falam em pornografia infantil.

A sentença é o resultado de um processo em que o importante são as regras da Constituição Federal de 1988. Desde a promulgação da Constituição de 1988 o processo penal deve dar espaço ao contraditório e a ampla defesa.

As provas devem servir primeiro para provar a inocência do réu e não para condená-lo.

4.4.3 Análise do acórdão¹²⁰

A decisão colegiada aceitou as provas ilegítimas usadas para incriminar o réu. Dentro do processo penal que deve ser democrático desde a Constituição Federal de 1988, jamais poderiam ser admitidas o uso de provas ilícitas e ilegítimas principalmente porque acarretaria um prejuízo para o acusado. A respeito da admissibilidade das provas apresentadas no processo assim diz o acórdão:

Diante disso, necessário aquilatar da prova produzida se há elementos suficientes a comprovar o elemento subjetivo dos tipos penais em voga – dolo –, porquanto a materialidade delitiva ficou comprovada por meio do laudo pericial criminal federal (fls. 157/165); e a autoria, pelas declarações do réu que confirmou a propriedade das mídias e dos arquivos armazenados.¹²¹

¹¹⁹ LOPES JUNIOR, 2012, p. 593.

¹²⁰ Acórdão em anexo.

¹²¹ Acórdão em anexo.

Neste sentido assim coloca Ishida (2011,553)¹²², a respeito de prova ilícita em processo tendo como tipo penal o artigo 241-B:

A subtração de material pornográfico de cofre de consultório de dentista não se presta à prova do crime em questão por se tratar de prova ilícita (originária de furto), consoante decisão do STF, REXT. 251.445-GO, Rel. Min, Celso de Mello: "Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico, pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (TRJ163/682-RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.

Ainda do acórdão depreende-se a diferença de interpretação a respeito da quantidade de arquivos com pornografia infantil arrolados pelas provas. Enquanto na sentença o magistrado afirma ser pequena a quantidade de arquivos encontrados dada a proporção total de arquivos com pornografia adulta, no acórdão o órgão colegiado interpreta como sendo relevante a quantidade de arquivos encontrada no HD e mídias do réu. Assim diz o acórdão:

Ademais, compulsando as mídias de fls. 163 e 184 observa-se que a totalidade de imagens, entre fotografias e desenhos, é bastante superior àquelas sete referidas pelos peritos que inequivocadamente são de crianças ou adolescentes. Ou seja, ainda que algumas das imagens não possam servir à comprovação dos delitos, por apresentarem similitude àquelas outras pela conotação sexual infantilizada, são fortes elementos a demonstrar a intenção do agente em armazenar todo o material encontrado em seu poder. Diante disso, solução outra não há senão reconhecer a suficiência de provas quanto ao dolo e reformar a sentença nesse particular, porquanto demonstrada a prática delitiva descrita na denúncia¹²³

A respeito da tipicidade há divergência quanto a sentença de primeiro grau. Na sentença o magistrado afastou totalmente a possibilidade de tipificar a reprodução de hentai, pois em sua argumentação afirma que tipificar em sua decisão a posse dos hentaís seria criminalizar por achar moralmente reprovável. Já na decisão colegiada: "Todavia, a par da discussão sobre a (a)tipicidade da conduta de armazenar desenhos simulando cenas de sexo

¹²² ISHIDA, 2011, p. 554.

¹²³ Acórdão em anexo.

envolvendo crianças e adolescente, impende consignar que as ações informadas pela acusação configuram crime único¹²⁴

Ainda no que toca a materialidade do artigo 241-B, Sydow (2009,53)¹²⁵, afirma:

O artigo 241- B é preocupante, de constitucionalidade duvidosa e viola princípios como a ofensividade e da presunção de inocência de inocência. Pela tipificação gerará punição a conduta de 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. Mesmo que o indivíduo não tenha qualquer intuito de divulgar, trocar, publicar, comercializar o material obtido, mesmo que o indivíduo não tenha produzido, participado, dirigido a peça, a mera conduta de curiosidade ou interesse pela sexualidade perversa, gerará o poder de punir do Estado.

Por fim, o órgão colegiado fixou uma pena –base de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, resultante das atenuantes previstas em lei, iniciando-se em regime aberto de acordo com o art. 33 §2º, “c” do CP.

O caso do Sr. C.A.i ilustra a discussão a respeito da qualificação jurídica dos mangás. O Sr C.A.G colecionador de material pornográfico, enquanto baixava os materiais pornográficos de adultos, acabou baixando equivocadamente poucos arquivos contendo material pornográfico infantil e arquivos contendo hentais (mangás). O seu IP foi rastreado e por estar em posse de poucos arquivos com hentais e pornografia infantil encontrados na sua casa e foi processado e acabou condenado.

Este caso é muito parecido com o caso do americano que foi preso por portar uma única revista de hentai, sendo que ele era colecionador de mangás. Em ambos os casos o julgador não pode sustentar a sua decisão apenas pautado na materialidade do caso.. E no caso em estudo não há a materialidade, demonstrado perfeitamente pela sentença proferida Porque interpretando o artigo 241 C do Estatuto da Criança e adolescente o verbo “simular” não significa “desenhar”. O verbo simular significa no tipo em questão fazer montagens de fotografias com programas de informática.

Justificando a posição de que os hentais não constituem crime de pornografia infantil por falta de previsão legislativa é importante recordar os fatos históricos. O ano de publicação da lei 11.829 que inclui o artigo 241 C ao Estatuto da Criança e do Adolescente é 2008. O uso da rede mundial de computadores começou a abranger um número muito maior de usuários a partir do ano 2000. Quando aumentaram, bastante os casos de crimes cibernéticos.

¹²⁴ Acórdão em anexo.

¹²⁵ SYDOW, 2009, p. 53.

Dentre os materiais são compartilhados na rede mundial de computadores uma parte é pornografia adulta mas também há muito compartilhamento de pornografia infantil. O site jornal de notícias¹²⁶, por exemplo, afirma que a organização britânica Internet Watch Foundation identificou no ano de 2010 mais de 18 mil endereços e domínios na Internet com conteúdo sexual envolvendo crianças. Se em cada site ou domínio destes existir fotos ou filmes de 50 (cinquenta) crianças é fácil concluir o número absurdo de crianças sendo utilizadas.

Devido ao suposto anonimato oferecido pela rede mundial de computadores, houve a suposição que a internet era um ambiente sem leis. É nesse contexto que surge a necessidade de regulamentação e também a lei 11.829 de 25 de novembro de 2008 cujo principal especialmente preocupada com a montagem de imagens.

Não há, portanto como dizer que os hentais são materiais de pornografia infantil, principalmente porque no Brasil não há previsão legal.

¹²⁶ IDENTIFICADOS mais de 18 mil sites na net com pornografia infantil. 2011. Disponível em: <http://www.jn.pt/paginainicial/sociedade/interior.aspx?content_id=1806331>. Acesso em: 1 maio 2014.

5 CONCLUSÃO

A palavra pedofilia significa amor às crianças. No senso comum, a palavra pedofilia está intimamente ligada ao crime de abuso sexual. O pedófilo é confundido com o agressor sexual. Esta confusão em nada protege as crianças ou adolescentes dos agressores sexuais e ainda prejudica o tratamento dos pedófilos.

Com a popularização do uso da internet os crimes ligados a pornografia infantil são cada vez mais frequentes. Isto porque arquivos com pornografia infantil são divulgados rapidamente. Há uma significativa diferença entre o pedófilo e o agressor sexual que muitas vezes não é portador de pedofilia.

O primeiro capítulo deste trabalho apresentou o conceito de pedofilia. Originária do grego, a palavra pedofilia significa amor às crianças. A psicologia aborda pedofilia como sendo um distúrbio comportamental, onde o pedófilo sente atração por crianças em geral pré-púberes, ou seja, com menos de treze anos de idade. Este distúrbio pode estar ligado a um grande complexo de inferioridade, que dificulta o pedófilo manter um relacionamento heterossexual. A psiquiatria classifica pedofilia como parafilia, ou seja, distúrbio sexual no qual o indivíduo não consegue controlar a atração que sente por crianças. Para o Direito não existe o crime de pedofilia, pois não existe crime sem que uma lei o defina. Na verdade para o Direito não existe nem a palavra pedofilia.

O segundo capítulo apresentou a evolução histórica legislativa da proteção as crianças desde o império com uma simples menção ao menor até o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que destaca-se pela proteção integral a criança e adolescente. A mudança que ocorreu em toda a legislação foi no sentido de reconhecer a criança e adolescente como sujeito de direito. O capítulo abordou os dispositivos legislativos que determinam a proteção da criança e do adolescente e seus direitos como o direito a ter uma família, educação, saúde, moradia e lazer. Listou os tipos penais que penalizam os agressores para proteger as crianças. Por ultimo o capítulo faz um estudo do sistema probatório nos crimes de pedofilia.

O terceiro capítulo apresentou um estudo sobre as revistas japonesas chamadas mangás, abordando o conceito e tipos de mangás, seu histórico, discutiu o enfrentamento jurídico, faz estudo do caso do Sr Cristiano Alfredo Guiradelli. Os mangás são as revistas em quadrinhos japonesas, que fazem parte do folclore do povo nipônico. Os mangás surgem do imaginário, mas também retratam o cotidiano. Dentre os vários tipos de mangás destacam-se os que constituem o objeto estudo deste trabalho os hentais. Os hentais são mangás que

apresentam em seu enredo estórias de cunho erótico envolvendo personagens que representam crianças e adolescentes. Os mangás (hentais) são, pois, o objeto de estudo deste trabalho. Em toda a legislação brasileira não há nenhum tipo penal no Direito Brasileiro que criminalize a compra, venda, posse e guarda dos mangás (hentais). O que é mostrado nos mangás (hentais) são desenhos, não crianças.

O artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente ¹²⁷ ao definir cena de sexo explícito ou pornográfica ,inclui as situações reais ou simuladas. Não há possibilidade de incluir desenhos no entendimento do que seja simulada. O entendimento mais coerente é que a vontade do legislador tenha sido criminalizar como simulação as montagens de imagens feitas por programas de informática e que depois rapidamente são enviadas para vários usuários da rede de computadores.

Diferentemente dos Estados Unidos que já tipifica a posse de matérias semelhantes aos mangás (hentais) como crime, o Brasil não possui nenhuma lei que tipifique a posse de mangás (hentais). Por outro lado mesmo nos Estados Unidos a lei que condena a posse destes materiais acaba sendo injusta, pois não leva nenhum outro fator em relevância para condenar alguém pela posse de mangás (hentais) nto que, o primeiro americano condenado por esta prática era um colecionador de mangás e possuía um único exemplar.

No Brasil a falta da tipificação penal acaba levando cada juiz a interpretar unicamente conforme a sua vontade, a exemplo do caso do Sr C. A. G. Ele ,um viciado em pornografia de adultos, acabou sendo condenado em segunda instância por portar poucos arquivos de pornografia infantil e mangás (hentais)

De forma objetiva o Sr C.A.G não deveria ter sido condenado com relação a posse dos mangás (hentais) por falta de materialidade. Não há na legislação brasileira nenhum dispositivo que incrimine a posse de mangás (hentais), isso porque de maneira conclusiva a forma simulada a que se refere o artigo 241 E do Estatuto da criança não significa desenhos. A forma simulada está sim relacionada com montagem de fotos, não de desenhos.

Se os mangás (hentais) forem considerados material de pornografia infantil, os desenhos animados deveriam ser censurados pelo conteúdo repleto de violência que apresentam. Ao assistir desenhos animados com cena de violência na televisão, por exemplo, o que fica codificado para a criança é que o mais forte sempre prevalece. Nos desenhos animados infantis não há espaço ao diálogo entre os personagens, a forma de resolver conflitos é sempre através da violência

¹²⁷ BRASIL, 1990a.

O grande problema que pode ocorrer é o uso dos mangás (hentais) por abusadores sexuais para atrair crianças. Grande número de sites consultados durante a pesquisa, por exemplo, apresentavam crianças (ou simulações) despidas, também sumiram da rede de forma bastante rápida.

Atualmente ser denunciado como pedófilo acaba penalizando o acusado da mesma forma que eram penalizadas as pessoas na época da inquisição – a denuncia acabava levando os acusados à morte na fogueira. Ou também como acontece na narrativa da obra *O caso dos denunciante invejosos*¹²⁸, em que a denuncia levou inocentes a serem julgados e condenados por nazismo logo após a segunda guerra mundial. E no Brasil a mídia tem mostrado o assassinato de pessoas inocentes por populares por serem suspeitas. O fato é preocupante: ser denunciado e condenado por porte de pornografia infantil, pedofilia na linguagem comum, acaba estigmatizando o individuo por toda a vida.

¹²⁸ DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejosos**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REFERÊNCIAS

ADRIAN, Nelson. **Mangás**. 2013. Disponível em:

<<http://www.primeiroconceito.com.br/site/?p=3849>>. Acesso em: 22 maio 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

BITTENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Elisabeth. Sempre foi assim. A lei do desejo : o incesto e a pedofilia. **Revista Bergasseq**, Rio de Janeiro, v. 19, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2014.

BRASIL. **Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.

BRASIL. **Decreto Nº 5.007, de 8 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm>. Acesso em: 28 maio 2014.

BRASIL. **Decreto Nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças. 1990b. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

BRASIL. **Lei Nº 12.798, de 21 de maio de 2014**. Altera o nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12978.htm#art2>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõem sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. 1990a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

BRASIL. **Lei Nº 8.072, de 21 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 26 maio 2014.

CAÇADORA DE IMAGENS. **Imagens – Hentai**s. 2011. Disponível em: <<http://caadoradeimagens.blogspot.com.br/2011/07/imagens-hentais.html>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

CATALDO NETO, Gabriel José Chittó; GAUNER, Nina Rosa Furtado (Org.). **Psiquiatria para estudantes de medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CENTRAL DE MANGÁS. **Mahou shoujo madoka magika**. [2014]. Disponível em: <<http://centraldemangas.com.br/mangas/info/mahou-shoujo-madoka-magika>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejoso**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EDONKEY. In: WIKIPEDIA. 2013. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/EDonkey>>. Acesso em: 29 maio 2014.

FALEIROS, Eva T Silveira; RADICCHI, Lis Célia Arantes. Pedofilia Adoecimento e crime. **Revista Jurídica Consulex**, ano XV, n. 315, 28 fev. 2000.

FERNANDES, Lucie. **Dez mangás shoujo para conferir**. 2013. Disponível em: <<http://nossosromancesadolescentes.blogspot.com.br/2013/06/indicamos-dez-mangas-shoujos-para.html>>. Acesso em: 22 maio 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara koogan, 2013.

FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **História**. [200-]. Disponível em: <<http://www.fundac.ba.gov.br/index.php/historia>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

FUNDAÇÃO TELEFÔNICA. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. [201-]. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/>>. Acesso em: 1 maio 2014.

GÊNEROS de animes. c2014. Disponível em: <<http://www.japones.net.br/generos-de-animes/>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HISGALI, Fani. **Pedofilia**: um estudo psicanalítico. São Paulo: Iluminuras, 2007. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=zXbjDdzkqMQC&pg=PA53&lpg=PA53&dq=parafilias+e+pedofilia&source=bl&ots=7ECA93fwRc&sig=iPcjRtCJBz8C4PDvTXb4pvL52ow&hl=ptBR&sa=X&ei=CLZ6U5THAuWxsATKgoCYCw&ved=0CFEQ6AEwBA#v=onepage&q=parafilias%20e%20pedofilia&f=false>>. Acesso em: 1 maio 2014.

HOMEM é acusado de pedofilia por colecionar mangás. 2009. Disponível em: <<http://ambrosia.virgula.uol.com.br/homem-e-acusado-de-pedofilia-por-colecionar-mangas/>>. Acesso em: 1 maio 2014.

<http://www.fanmysu.com.br/2013/03/o-que-e-hentai.html>. Acesso em: 22 maio 2014. Página não acessa.

HUSS, Mathew T. **Psicologia Forense: pesquisa, pratica clinica e aplicações**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

IDENTIFICADOS mais de 18 mil sites na net com pornografia infantil. 2011. Disponível em: <http://www.jn.pt/paginainicial/sociedade/interior.aspx?content_id=1806331>. Acesso em: 1 maio 2014.

ISHIDA, Valter kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

JAPÃO proíbe ‘imagens reais’ com pornografia infantil, mas permite em desenhos. 2014. Disponível em: <<http://onlyanimés.net/noticias/animés-1/lei-aprovada-no-japao-que-proibe-animés-ou-mangas-que-tenham-hentai-ou-violencia-2531.html>>. Acesso em: 1 maio 2014.

KAPLAN, Haroldl. **Compendio de psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica**. 7. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p.635.

KEKA, Domme. **Lolicon sem censura**. 2008. Disponível em: <<http://www.seuprazer.net/category/hentai/lolicon-hentai>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

KOLB, L.; ALVES, S. R. P. **Psiquiatria Clínica**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

LEI aprovada no japão que proíbe animés ou mangas que tenham hentai ou violência. 2011. Disponível em: <<http://www.mundo-nipo.com/sociedade/06/06/2014/japao-proibe-imagens-reais-com-pornografia-infantil-mas-permite-em-desenhos/>>. Acesso em: 1 maio 2014.

LIMA, Antônio Henrique Maia. **Pedofilia: concepções psicanalíticas sob uma perspectiva freudiana**. [2014]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13554&revista_caderno=3>. Acesso em: 7 jun. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de Direito Processual Penal**. Cidade: Impetus, 2013.

LOPES JR, Aury. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais - UNISUL – IPAN – REDE LFG. [20--]. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/jp/i/f/%7B34561569-847D-4B51-A3BD1379C4CD2C6%7D_022.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Contraditório no processo penal não é amor mas é tão complexo quanto**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

LYRA, Sonia Regina. Pedofilia- O Fascínio do horror. **Jornal Universidade**, n. 127, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ichthysinstituto.com.br/artigos_detalhe.asp?ID=51>. Acessado em: 20 de maio de 2014.

MANGÁ HOST. **Mangás**. 2014. Disponível em: < <http://br.mangahost.com/mangas>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

MANGÁ. [201-]. Disponível em: <<http://www.portaldarte.com.br/manga.htm#histmanga>>. Acesso em: 1 maio 2014.

MECHA. In: WIKIPEDIA. 2014. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Mecha>>. Acesso em: 1 maio 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Crianças e adolescentes tem direito a proteção, inclusive na Internet: orientações para navegar na web com mais segurança**. [2011]. Folder. Disponível em: <http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/cao/cij/campanhas/folder_pedofilia_completo_com_apoio_sed_sinep_com_marca_corte.pdf>. Acesso em: 19 maio 2014.

MOREIRA, Ana Selma. **Pedofilia aspectos jurídicos e sociais**. Leme: Cronus, 2010.

NASCIMENTO, Alfredo. **Projeto de Lei: 7220/214**. Altera o nome jurídico do art. 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondo o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. 2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=607589&ord=1>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

NUCCI, Guilherme Lopes. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Paccelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

OTOME, Tamy Itsumo. **O que é Kemono?** 2009. Disponível em: <<http://tamyitsumootome.blogspot.com.br/2009/06/o-que-e-kemono.html>>. Acesso em: 1 maio 2014.

PAES, Janiere Portela Leite. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e adolescente: avanços e retrocessos**. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-c%C3%B3digo-de-menores-e-o-estatuto-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-avan%C3%A7os-e-retrocessos>>. Acesso em: 21 maio 2014.

- PEDOFILIA. In: DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. c2014a. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Pedofilia.html>>. Acesso em: 19 maio 2014.
- PEDOFILIA. In: DICIONÁRIO ELETRÔNICO MICHAELIS. c2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=pedofilia>>. Acesso em: 19 maio 2014.
- PEDOFILIA. In: DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. c2014b. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/pedofilia/>>. Acesso em: 19 maio 2014.
- PRADO, Luis Regis. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- REBOUÇAS, Fernando. **Origem dos mangás**. [2014]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/autor/fernando-reboucas/2/>>. Acesso em: 21 maio 2014.
- REIS, Math; YORU, Hime. **O que é Shounen?** [20--]. Disponível em: <<http://blog-shounen.blogspot.com.br/p/oque-e-shounen.html>>. Acesso em: 21 maio 2014.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.
- SALIKAWOOD. **Lolicon**. 2012a. Disponível: <<http://salikawood.wordpress.com/lolicon/#jp-carousel-1128>>. Acesso em: 14 jun. 2014.
- SALIKAWOOD. **Shotacon**. 2012b. Disponível: <<http://salikawood.wordpress.com/category/downloads/mangas-shotacon/>>. Acesso em: 14 jun. 2014.
- SATO, Cristiane A. **O que é mangá?** 1993. Disponível em: <http://www.culturajaponesa.com.br/?page_id=141>. Acesso em: 22 maio 2014.
- SERAFIM, Antônio Pádua et al. Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Rev. psiquiatr. clín.**, São Paulo, v. 36, n. 3, 2009. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rpc/article/viewFile/17252/19265>. Acesso em: 20 maio 2014.
- SHONEN-AI. In: URBAN DICTIONARY. 2005. Disponível em: <<http://www.urbandictionary.com/define.php?term=shonen-ai>>. Acesso em: 22 maio 2014.
- SYDOW, Spencer Toth. Pedofilia virtual e considerações críticas sobre a lei 11829/08. **Revista Liberdades**, maio/ago. 2009. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/1/artigo3.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2014.
- TOHRU-KUN. **Eros Fansub**. 2011. Disponível em: <<http://www.erosfansub.com/t595-manga-shonen-ai-bukiyouna-silent>>. Acesso em: 14 jun. 2014.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.
- YAYA KIRYUU. **Hana Mangás Shoujo**. [2013]. Disponível em: <<http://animess2shoujos.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

**ANEXO A - SENTENÇA DO PROCESSO N. 02311023555-2 DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

Vistos para sentença.

I – Relatório.

O representante do Ministério Público em exercício nesta Comarca ofereceu denúncia contra **C. A. G.**, já qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do art. 241-B e 241-C, c/c art. 241-E, todos da Lei n. 8.069/90, tendo em vista os atos delituosos assim narrados na peça acusatória:

O Ip (*internet protocols*) 201.22.84.143, utilizado pelo denunciado **C. A. G.**, foi selecionado como ALVO 24 na Operação Tapete Persa, deflagrada a partir de notícia de crime com origem em buscas na rede eDonkey2000, de compartilhamento de arquivos P2P, realizadas na Alemanha (Landeskriminalamt Baden-Württemberg), as quais selecionaram usuários do sistema de compartilhamento de vídeos contendo imagens de pornografia infantil, com título "1.avi" e "*((kingpass)) Cameramanshoots girl 10yo &cumsonher PTHC – G- AnotherCute Little Moscow Girl.mpg*" (gl. 3/18). O referido IP acessou esse sistema de compartilhamento no dia 19.11.2008, entre 10h06min e 15h59min.

Com subsídio nessas informações, no dia **27 de julho de 2010** foi realizada busca na residência do denunciado, situada na Rua Professora Maria Madalena Moura Ferro, n. 109, Estreito, nesta cidade, que resultou na apreensão de 4 HD's e 182 mídias de computador (CD/DVD), sendo que desses bens o HD Hitachi Desktar 0A35415BA27270C84 e as mídias foram arrecadados no quarto do denunciado **C. A. G.** (fls. 118/120).

Os equipamentos e mídias foram submetidos à perícia (Laudos n. 124/2011 [fls. 157,164 – cd's e dvd's]; n. 257/2011 [fls. 172/184]), ocasião em que não ficou demonstrado o compartilhamento de arquivos contendo pornografia infantil. Porém, foram encontrados arquivos desta natureza armazenados no equipamento apreendido no quarto do denunciado **C. A. G.**, conforme descrito no Laudo 257/2011, que através de pesquisas pelas palavras-chave usualmente encontradas em arquivos contendo pedofilia (por exemplo, 'pedo', 'pthc', 'child', 'ninfeta', 'abuse', 'torture', etc) encontrou 7 (sete) ocorrências com imagens inequívocas de pornografia infantil, reproduzidas na fl. 174 do referido Laudo Pericial.

Dessarte, o denunciado **C. A. G.** possuía e armazenava, por fotografia e vídeo (mídias de computadores), cenas de sexo explícito e pornografia envolvendo crianças ou adolescentes.

Além disso, dentre as imagens armazenadas no HD

Hitachi Desktar 0A3515BA27270C84 e nas mídias localizadas no quarto do denunciado, também foram encontrados inúmeros desenhos em quadrinhos conhecidos "Hentai", associados à palavra "lolicon", os quais evidenciam cenas de sexo explícito e também cenário de pornografia, envolvendo homens adultos e crianças, de ambos os sexos, como se nota nas 12 imagens impressas na fl. 175 (Laudo n. 257/2011).

Dessa forma, o denunciado **C. A. G** possuía e armazenava material simulando a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, produzido por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual (equipamento e mídias de computador).

A peça informativa, iniciada por intermédio de Portaria, está instruída com auto circunstanciado de busca e apreensão (fls. 118-120) e laudos periciais nº 124/2011, 257/2011 e 266/2011 (fls. 157-164, 172-184 e 185-191, respectivamente), bem como termos de declaração (fls. 145-147).

A denúncia foi recebida (fls. 228-229).

Citado, o acusado apresentou defesa preliminar (fls. 233-234).

Durante a instrução processual, foram oitivadas três testemunhas arroladas pela acusação e na sequência foi realizado o interrogatório do acusado (fls. 241-246).

Em alegações finais, o Ministério Público afirmou que ficou comprovado na instrução probatória que o acusado armazenava arquivos contendo imagens explícitas de pedofilia e desenhos japoneses - *hentais* - que, conforme paracer exarado pelo Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público Catarinense, caracterizam o crime catalogado no artigo 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente. Requereu, pois, fosse julgada totalmente procedente a denúncia, para condenar o acusado nas sanções do artigo 241-B e artigo 241-C c/c artigo 241-E da Lei 8.069/90 (fls. 251-261).

A defesa, por sua vez, argumentou que o acusado "baixava" listas com vários arquivos pornográficos, sem conferir o conteúdo de cada um, o que os peritos, em seus testemunhos, disseram ser possível. Arguiu que, dessa forma, a acusação não provou o dolo empregado pelo acusado, no armazenamento consciente do material proibido. Pleiteou, assim, a absolvição como medida de direito e de justiça ou, alternativamente, na hipótese de condenação em relação ao art. 241-B, seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 1º, dda Lei 8.069/90 (fls. 264-271).

É o breve relatório.

II – Fundamentação.

1. A decisão no processo penal não é ato de conhecimento, mas sim de compreensão, em que os sujeitos incidentes, no evento semântico denominado sentença, realizam uma fusão de horizontes, para usar a gramática de Gadamer. Neste contexto, diante da apresentação de uma hipótese fático-descritiva pela acusação, procede-se a um debate em contraditório, entre

partes, nos quais os ônus são compartilhados. O resultado da produção válida de significantes será composta em uma decisão judicial, a qual não se assemelha, nem de longe, ao mito ultrapassado da verdade real. A verdade real é empulhação ideológica que serve para "acalmar" a consciência de acusadores e julgadores. O que existe é a produção de significantes e uma decisão no tempo e espaço. As únicas garantias existentes são: a) um processo como procedimento em contraditório; b) processo acusatório, entre partes, sem atividade probatória do juiz, com as garantias constitucionais (presunção de inocência, etc.); c) decisão fundamentada por parte dos órgãos julgadores. A legitimidade desta decisão decorre, também e fundamentalmente, da sua concordância com a Constituição.

2. Destaque-se, por básico, que a *pseudo-prova* produzida no "Inquérito Policial" somente pode servir para análise da condição da ação, ou seja, dos elementos necessários para o juízo de admissibilidade positivo da ação penal. No mais, não há qualquer possibilidade de valoração democrática, no Processo Penal constitucionalizado, por ser ela desprovida das garantias processuais. A recente reforma do Código de Processo Penal, dando nova redação ao art. 155, ao indicar a possibilidade de seu uso é flagrantemente inconstitucional. É que quando de sua produção ainda não existia acusação formalizada, despreza o defensor – além de alguns ainda negarem a publicidade dos atos, embora sumulada a situação – e, ademais, viola a garantia de que seja produzida em face de juiz imparcial, sob contraditório. Decorrência direta do princípio da publicidade é a conclusão de somente as provas produzidas (*significantes*) em face do contraditório é que podem ser levadas em consideração nos debates e também na decisão judicial. Os elementos indiciários não devem adentrar validamente no debate porque, por evidente, não havia acusação quando colhida, violando, dentre outros, o princípio da publicidade. Logo, as declarações prestadas naquele momento são – para se utilizar o estatuto probatório italiano, perfeitamente aplicável ao brasileiro –, absolutamente *inutilizáveis*, conforme lição de Paolo Tonini: "*O termo inutilizabilidade descreve dois aspectos do mesmo fenômeno. Por um lado, indica o 'vício' que pode conter um ato ou um documento; por outro lado, ilustra o 'regime jurídico' ao qual o ato viciado é submetido, ou seja, a não possibilidade de ser utilizado como fundamento de uma decisão do juiz. A inutilizabilidade é um tipo de invalidade que tem a característica de atingir não o ato em si mas o seu 'valor probatório'. O ato pode ser válido do ponto de vista formal (por exemplo, não é eivado de nulidade), mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja, servir de fundamento para a decisão do juiz*". No Processo Penal democrático, o conteúdo do Inquérito Policial está maculado pela ausência de contraditório, sendo utilizável exclusivamente para análise das questões prévias (condições da ação e pressupostos processuais aplicáveis). Enfim, é absolutamente antidemocrática a utilização dos elementos do Inquérito Policial para efeito de condenar o acusado. Claro que se for consultar Damásio, Mirabete e Capez, todos dirão da validade, pois ainda não fizeram o giro democrático que a Constituição de 1988 preconiza!

3. Trata-se de ação penal pública incondicionada, na qual imputa-se ao acusado **C. A. G.** a prática do disposto nos artigos 241-B e 241-C, c/c art. 241-E, todos da Lei n. 8.069/90.

3.1. A Polícia Federal, através de seu Grupo Especial de Combate de Ódio e à pornografia Infantil na internet (GECOP), desenvolveu, em caráter nacional, a denominada Operação Tapete Persa, com o objetivo de localizar usuários da rede mundial de computadores que possuíssem material contendo cenas de crianças e/ou adolescentes em contexto sexual. De acordo com o depoimento do delegado [REDACTED] a ação consistia no monitoramento dos indivíduos, utilizando protocolos de internet (IP), que tivessem compartilhado um arquivo específico contendo pornografia

infantil, cujo nome era "Vicky".

Dentre os "alvos" detectados pela investigação, identificou-se o IP correspondente ao do acusado C.A.G. Com base nesta identificação, foi feito pedido de busca e apreensão do aparelho de informática relacionado ao IP, o qual foi deferido pela Justiça Federal. Conforme esclareceu o delegado [REDACTED], ao ser realizada a apreensão do computador do acusado, bem como das mídias móveis, *"no momento não foi localizado esse vídeo (Vicky) e o perito viu que tinha muito hentai"*. Com base na suspeita do perito de que poderia estar presente conteúdo pornográfico envolvendo crianças e/ou adolescentes em meio ao grande volume de arquivos encontrados, confiscou-se a unidade HD do acusado, bem como 182 mídias de computador (cd/dvd), conforme se observa no termo de busca e apreensão de fls. 118-120, para análise pericial. Produzidos laudos periciais, (fls. 157-164, 172-183, 185-191) foram encontrados, entre todo o material analisado, 7 fotografias de uma adolescente praticando atos sexuais e outras 20 imagens (desenhos) que indicavam cenas de pornografia infantil, mas criadas por computador.

A tese defensiva foi no sentido de que estes arquivos teriam sido baixado por equívoco, em meio aos demais materiais eróticos do acusado. Ao ser interrogado, o acusado respondeu que baixava o conteúdo pornográfico através de programas de compartilhamentos de arquivos P2P (edonkey, utorrent). Narrou que, para fazer a escolha dos arquivos que iria baixar, digitava nos sistemas de buscas termos genéricos referentes à pornografia - "xxx", "VickyVette", "Sylvia Saint", etc – e, diante da listagem de itens relacionados ao termo pesquisado, *"colocava o primeiro, ai (apertava) shift e selecionava o último e deixava baixando aquilo lá"*. Explicou que, por pesquisar utilizando termos muito amplos, acabava por baixar arquivos com conteúdo distinto daquilo que inicialmente procurava, os quais deletava por não ser do seu gosto. Asseverou que, entretanto, como a quantidade de arquivos que baixava era muito grande, muitas vezes *"não conferia arquivo por arquivo"*, apenas os gravava em suas mídias móveis para que a sua unidade HD tivesse mais espaço para mais conteúdo.

O Ministério Público, por sua vez, alegou que o fato do acusado ter transferido o material pedófilo para uma mídia móvel seria um indício de sua intenção de armazená-lo. Caso contrário, teria-o excluído como fazia com outros arquivos que não era de seu interesse, conforme o próprio acusado afirmou em seu interrogatório. Tenho, contudo, que, como assinalou a defesa, a hipótese de que o acusado pudesse ter baixado por equívoco o material impróprio é verossímil e indica, pelo menos, a dúvida acerca do elemento subjetivo. Em depoimento, o perito Alexandre Tadeu das Neves afirmou que *"pode ocorrer da pessoa baixar por erro"* e ao ser perguntado se, hipoteticamente, seria possível uma pessoa regravar em cd ou dvd um arquivo que acabara de baixar, respondeu positivamente. Da mesma forma o Policial Federal [REDACTED] assinalou que *"existe a possibilidade de baixar sem saber o conteúdo"*. Aliás, os usuários desse modelo atual, advindo da *internet*, demonstra que ao se baixar imagens da web, ainda mais no volume encontrado com o acusado, é bem possível – diria, ademais, comum – que venham imagens ilegais.

Cabe sublinhar, pois, que a quantidade de fotografias contendo cenas de sexo envolvendo criança/adolescente – 7 imagens – é muito pequena em relação à totalidade de material pornográfico presente nas mídias e indicado na operação. Numerosidade apontada pelo delegado [REDACTED] ao comentar que *"ele (o acusado) tinha bastante, cento e poucos DVDs de (conteúdo erótico) 'adulto'"*. O fato de as poucas imagens estarem no contingente maior, sem destaque, destoa da prática usual de

crimes dessa ordem, nos quais a preparação e o armazenamento é específico. O perito [REDACTED] explicou que, "em geral, o usuário verifica se o que ele baixou era realmente o que ele queria". No entanto, não logrou êxito a acusação em demonstrar que o acusado agiu de acordo com esta generalidade e não do modo o qual arguiu, carga probatória que lhe competia. Resta, portanto, a dúvida. Sendo assim, não havendo quaisquer outros elementos no sentido de comprovar a intenção (dolo) do agente em armazenar os citados arquivos, a absolvição do acusado da imputação descrita no artigo 241-B, da Lei n. 8.069, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, c/c art. 20 do Código Penal, é a medida que se impõe.

3.2. Já, em relação à imputação da prática do contido no art. 241-C, da Lei n. 8.069, cabe breve discussão a respeito da simulação de pornografia infantil em desenhos. **Heloísa Helena Quaresma**, profissional competente e que se dedica a refletir sobre Direito e Cinema, ao analisar a película "SerbianFilm", explicita a origem da tipificação presente no ECA, especialmente no art. 241-C, a qual não é de se desprezar:

Mas passemos a analisar do ponto jurídico: A SerbianFilm ofende o art. 241-C do ECA[1]? Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008) Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa Uma primeira leitura indica que sim, pois é uma simulação o que se passa na cena que se converteu no nó górdio do debate sobre a censura ao filme. Mas tal simulação é pornográfica? A intenção do diretor foi promover, estimular, incitar ou fazer apologia da pedofilia? Sua intenção foi criar material pedófilo? Ou ainda a simulação tem como personagem criança determinada? Aí é que entra a discussão sobre os limites do art. 241-C do ECA, que proíbe a simulação de atos pedo-pornográficos. Penso que, em linha com as liberdades de expressão artística, este artigo não pretendeu proibir simulações desta ordem em produções artísticas, científicas, literárias e pedagógicas (inclusive para medicina legal e outras ciências forenses). Quando começou o “pode-não-pode” em torno do filme imediatamente lembrei do pano de fundo de “O povo contra Larry Flint” (1996), de Milos Forman. A película retrata a tentativa de censura a revista pornográfica Hustler. Tudo a ver. Embora o Brasil não seja signatário da Convenção de Budapeste[2], o art. 241-C do ECA, produto da CPI da Pedofilia, inspirou-se no seutexto e corresponde ao art. 9º, §2º, ‘c’, desatratado, a ver:

Article 9 – Offences related to child pornography
1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct:

a producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;
 b offering or making available child pornography through a computer system;
 c distributing or transmitting child pornography through a computer system;
 d procuring child pornography through a computer system for oneself or for another person;
 e possessing child pornography in a computer system or on a computer-data storage medium.

2 For the purpose of paragraph 1 above, the term “child pornography” shall include pornographic material that visually depicts:

a a minor engaged in
 b a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;
 c realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

Da exposição de motivos da Convenção de Budapeste (itens 100 e 101) se extrai o seguinte esclarecimento:

“100. A ‘sexually explicit conduct’ covers at least real or simulated: a) sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital or oral-anal, between minors, or between an adult and a minor, of the same or opposite sex; b) bestiality; c) masturbation; d) sadistic or masochistic abuse in a sexual context; or e) lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a minor. It is not relevant whether the conduct depicted is real or simulated.

101. The three types of material defined in paragraph 2 for the purposes of committing the offences contained in paragraph 1 cover depictions of sexual abuse of a real child (2a), pornographic images which depict a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct (2b), and finally images, which, although ‘realistic’, do not in fact involve a real child engaged in sexually explicit conduct (2c). This latter scenario includes pictures which are altered, such as morphed images of natural persons, or even generated entirely by the computer.”

Destaco a frase “Não importa se o ato é real ou simulado“. Chamo atenção ainda para o fato de que, segundo a mens legislatoris, haverá simulação mesmo se as imagens forem inteiramente geradas em computador. Portanto, aparentemente, a cena de “Um Filme Sérvio” se encaixaria na moldura do art. 241-C, do ECA, e no art. 9º, §2º, ‘c’, da Convenção de Budapeste (CETS 185). Porém, não me parece que isto tenha ocorrido, em função do elemento subjetivo. A simulação (ou representação, como queiram) só caracteriza o crime do art. 241-C do ECA quando o objetivo do agente é a alimentação ou a promoção da subcultura pedo-pornográfica e ainda assim quando a simulação atinja criança ou

adolescente determinados.

A tensão entre a luta contra a pornografia e a pedofilia e a liberdade de expressão é tão evidente que, ao ratificar a Convenção de Budapeste em 2007, os Estados Unidos apresentaram reserva exatamente ao art. 9º, § 2º, letra ‘b’ e ‘c’, declarando que só os aplicariam se em harmonia com a Constituição dos EUA: “The United States of America, pursuant to Articles 9 and 42 of the Convention, reserves the right to apply paragraphs (2) (b) and (c) of Article 9 only to the extent consistent with the Constitution of the United States as interpreted by the United States and as provided for under its federal law, which includes, for example, crimes of distribution of material considered to be obscene under applicable United States standards.”. A Islândia também se reservou o direito de não aplicar o art. 9º, §2º, ‘b’ e ‘c’, do tratado, caminho também seguido pelo Reino Unido. Por sua vez, a Dinamarca ofereceu reserva a esse mesmo artigo 9º, mas para afastar apenas a aplicação da letra ‘b’, que diz respeito a material pornográfico de que participe uma pessoa que “pareça ser” menor. Uma terceira situação veio com a reserva da França, que declarou que não aplicaria a letra ‘b’ do art. 9º da Convenção, se ficasse provado no caso concreto que a pessoa em questão tinha realmente mais de 18 anos na data do ato. Ao que parece, o Brasil, sem ser membro da Convenção de Budapeste, introduziu na legislação penal um tipo penal que concretiza o art. 9º daquele tratado sem reservas. A alteração normativa do ECA data de 2008 e era de se esperar que surgisse o momento de discutir a constitucionalidade do tipo penal do art. 241-C da Lei 8.069/90. Nos Estados Unidos, polêmica muito semelhante à atual foi levada à Suprema Corte. No caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (2002), a Suprema Corte considerou inconstitucional um artigo do CPPA – Child Pornography Prevention Act (1996) que proibia “any visual depiction” que “is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct.” O tribunal entendeu que a regra violava a Primeira Emenda e ofendia o direito ao “free speech”. A ACLU e outras entidades civis norte-americanas intervieram nessa causa como *amicus curiae*. Eis aqui a manifestação que ajudou a Suprema Corte americana a posicionar-se pela inconstitucionalidade da restrição legal do CPPA. Tal decisão parece coerente com a interpretação dos legisladores convencionais. Conforme o item 102 da exposição de motivos da Convenção de Budapeste: “102. In the three cases covered by paragraph 2, the protected legal interests are slightly different. Paragraph 2(a) focuses more directly on the protection against child abuse. Paragraphs 2(b) and 2(c) aim at providing protection against behaviour that,

while not necessarily ceating harm to the ‘child’ depicted in the material, as there might not be a real child, might be used to encourage or seduce children into participating in such acts, and hence form part of a subculture favouring child abuse.“
Em suma, não será qualquer ficção ou “obra de arte” que poderá ser enquadrada no referido tipo penal. Ficarão de fora da moldura típica as representações e as simulações artísticas, científicas e médicas, entre outras, isto é, aquelas cuja finalidade não seja servir de suporte para encorajar crianças ou adolescentes a tomar parte em ações sexuais (a classificação indicativa no Brasil reduz drasticamente este risco) tampouco sirvam para seduzi-las, assim como aquelas que não se prestem a estimular direta e concretamente adultos a praticar abuso sexual
infanto-juvenil.
A pornografia infantil, no contexto do ECA, é crime por duas simples razões: vitimiza crianças e adolescentes reais; estimula ou encoraja a vitimização de crianças e adolescentes. Na mera simulação (pornografia simulada ou virtual, por oposição à pornografia real), só uma das razões pode estar presente. Esta segunda razão nem sempre ocorre; e não se pode presumir que toda simulação ou representação o faça, especialmente quando a obra de ficção (no caso, um filme) claramente não integra o gênero pornô nem tem propósito inflamatório, de incitação ou de
apologia.

Como todo tipo penal, o art. 241-C do ECA deve ser interpretado restritivamente. Porém, não podemos deixar de observar a genética dessa norma incriminadora. A exposição de motivos do PLS 250/2008, que se converteu na Lei 11.829/2008 e que introduziu o art. 241-C no ECA, menciona expressamente seu
 objetivo:

“O presente projeto de lei sintetiza o equilíbrio alcançado nas discussões realizadas pelo grupo de trabalho da CPI da Pedofilia no Senado Federal, e preenche as lacunas legislativas existentes com base na experiência acumulada pelos representantes de diversas instituições, quais sejam: Ministérios Públicos Estaduais e Federal, Departamento de Polícia Federal, APDH na internet (SaferNet Brasil), acadêmicos e especialistas na matéria, ouvidos em diversas audiências públicas realizadas. O projeto também busca harmonizar a legislação brasileira com as diretivas e convenções do Conselho da Europa e os tratados e protocolos internacionais sobre a matéria, ratificados pelo Brasil.”

Portanto, temos de ler o art. 241-C do ECA no contexto da Convenção de Budapeste. E este contexto fica muito claro na exposição de motivos da própria Convenção.
Fico, portanto, com a constitucionalidade do tipo penal (art. 241-C, ECA), mas com esta leitura restritiva. Somente assim podemos harmonizar a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente com a liberdade de expressão. Qualquer censura é odiosa e a pedofilia é hedionda. Neste tema e em tudo

relacionado ao “mundo do crime”, tudo está e começa em nossas cabeças. No mais, esta discussão toda é muito sprski, algo incompreensível.

[1] ECA. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90 que dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.

[2] BUDAPESTE. Convenção sobre Cibercriminalidade do COE, 2001.

ARAS, Vladimir. Um Filme que não serve. Disponível em: [www.http://blogdovladimir.wordpress.com/2011/08/15/um-filme-que-nao-serve/](http://blogdovladimir.wordpress.com/2011/08/15/um-filme-que-nao-serve/). Acesso em 18.08.2011.

Conforme o depoimento do delegado [REDACTED], ao ser realizada a busca e apreensão na casa do acusado, o perito não localizou o arquivo objeto da Operação Tapete Persa, realizada pela Polícia Federal, mas encontrou grande quantidade de desenhos, "a maior parte era de desenho animado, hentai", o que seria um indício da presença de pornografia infantil.

De acordo com o parecer técnico do Centro de Apoio da Infância e Juventude, citado pelo Ministério Público em suas alegações finais, o jornalista Eduardo Peret classifica o *hentai* como sendo um estilo de "anime e mangá que são, claramente, voltados para (ou possuidores de) uma temática sexual mais intensa, seja ela explícita (com cenas de sexo) ou implícita (com diálogos e elementos visuais de sensualidade, mas sem cenas de sexo)". O *hentai*, pois, engloba toda a produção, em estilo japonês, que envolva temática sexual. A partir daí existem os subgrupos, com suas temáticas específicas. Dentre elas, coloca o parecer técnico:

Há também as culturas *lolicon*(ou *rorikon*, 'Lolita complex') e *shotacon*('young boy complex'). Ambas capitalizam o desejo por meninos e meninas jovens. De acordo com Shigematsu (1999), citando Agaki (1993), este desejo não está relacionado com a criança propriamente dita, mas com o senso de *kawaii* ('fofura') do personagem, uma percepção integrada à cultura japonesa e comumente associada à situações sexuais, a inspiração não é em crianças reais ou representação de desejo por crianças reais, mas sim uma atração pelas qualidades implícitas na juventude: doçura, inocência, fofura, delicadeza, etc.. Assim, não configuraria pornografia infantil no sentido mais próprio da expressão, pois não teria embasamento ou representação na realidade nem inspiração no desejo real por crianças.

Observa-se, pois, que não há uma associação direta e necessária entre o *hentaie* a pedofilia. Como expõe o parecer técnico, "uma mudança neste sentido - uma possível criminalização do *lolicon* e *shotacon* - implicaria em mudança na forma como o povo japonês vê o *kawaii* e sua própria inspiração sociocultural, tornando o assunto muito mais complexo do que o normalmente esperado. Tal alteração levaria o Japão de encontro ao padrão ocidental". No entanto, a ligação entre os elementos é comumente feita, como se percebe no depoimento do policial [REDACTED], que respondeu, ao ser perguntado sobre o significado de *hentai*, que "isso é uma palavra estrangeira que, bem, se tu for

procurar na internet o significado dela pode vir estar relacionada a diversas coisas. Pela minha experiência profissional dentro da Polícia Federal, em outras situações similares também foi encontrado pedofilia associada à palavra hentai". Como a própria testemunha relata, o conceito de *hentai* seria propriamente o de material pedófilo, mas uma indução construída pela rotina. Interrogado, o acusado afirmou que, ao realizar pesquisa por arquivos com a palavra *hentai*, "*vinha cachorro, gato, galinha, vinha com tudo*".

Assim, não é possível concluir se a intenção do acusado era buscar imagens que simulassem crianças e/ou adolescentes em contextos sexuais ou se as baixou por engano. Aqui também o fato de terem sido detectados apenas 12 (denúncia) e 20 (fls. 174-175) arquivos reforça a plausibilidade da segunda hipótese. Se a testemunha [REDACTED] foi categórica em afirmar "*eu me lembro de ter muito, bastante quantidade mesmo relacionada a desenho*", era se se esperar que a perícia encontrasse um volume muito maior de conteúdo classificado como relevante para o caso. Da mesma forma, portanto, não logrou êxito a acusação em demonstrar a intenção do acusado em armazenar aqueles desenhos que simulavam cenas de sexo envolvendo crianças e/ou adolescentes.

Com efeito, não se pode equiparar, para fim do art. 241-C – ainda mais quando o Brasil não subscreveu a Convenção de Budapeste, por ausência de previsão legal expressa – o que parece mas não é. Cabe dizer que o princípio da legalidade orienta o Direito Penal, de modo que é indevida a "equiparação" de fotos, filmagens e afins que manipulam crianças/adolescentes reais para incluí-las em situações sexuais com aquelas em que são reproduzidas "crianças" e "adolescentes" ficícios. A criminalização da reprodução do *hentai* – ainda que este tipo de representação artística possa ser reprovável para alguns – para efeito penal viola o princípio da legalidade estrita, mormente considerando a ausência de influência direta no alegado estímulo à sexualidade.

Sobre a legalidade estrita, discorre **Leonardo Schmitt de Bem**, em artigo denominado "Princípio da legalidade e Direito Penal":

A norma incriminadora, além de **precisa**, deve ser **determinada**, no sentido de revestir uma **taxatividade**. Tal técnica, com efeito, obsta a aplicação da **analogia incriminadora** por parte do juiz, ou seja, a aplicação da lei a fatos não previstos, porém semelhantes aos previstos, sob a base de uma mesma *ratio*. Sobre a taxatividade, inclusive, uma última observação é necessária. Por evidente, se quanto mais determinada é a lei criminal menos espaço há à analogia, não pode o legislador conferir ao magistrado uma "carta branca" para este efetuar a aplicação direta da analogia, ou seja, não se pode legislar um tipo legal de crime prevendo a analogia expressa. A segunda frente do princípio da legalidade se refere às conseqüências da prática de uma ação criminosa. Com Beccaria se infere que "somente as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis não podia ser senão da pessoa do legislador, pois representante de toda a sociedade por meio de um contrato social". Significa que o **princípio da legalidade penal** também carrega consigo uma "exigência de garantia" que se deduz da fórmula "não há pena sem prévia cominação legal.

Logo, quando o art. 241-C do ECA estabeleceu o tipo deixou evidenciado que a adulteração, montagem ou modificação deve se dar em face de uma referência real, não se podendo "equiparar", por ser parecido, ao *hentai*, pois assim aceitar seria aplicar analogia *in malan parte*. Ainda que a representante do Ministério Público junte posições nesse sentido, com a devida vênia, não se pode alargar a interpretação do artigo em testilha, a qual deve ser restritiva.

Neste sentido, assenta-se que o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é "*a dignidade e respeito da criança e do adolescente eis que eles integram a cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual*", conforme **Rita de Cássia Lopes da Silva**. Por tal motivo é que a conduta de representar um personagem com feições de criança ou adolescente, sem que, no entanto, tal personagem seja a reprodução de um ser humano real, não pode ser enquadrada como ilícito penal. Assim proceder seria criminalizar o ato por o considerar moralmente reprovável, já que a conduta, por si só, não gera prejuízo à qualquer criança ou adolescente, perfazendo-se em uma verdadeira "punição do pensamento" ("pensar criminoso", "crimeideia" ou "crimpensar", conforme idealizado por **George Orwell** no romance "1984").

Desta feita, seja pela ausência de dolo na conduta do agente, seja pela demonstração de que o material armazenado pelo acusado não corresponde àquele descrito no tipo penal em comento, resta absolvido.

III - Dispositivo.

Por tais razões, **JULGO IMPROCEDENTE** a denúncia de fls. II-IV, para **ABSOLVER** o acusado **C. A. G.**, já qualificado nos autos, da imputação dos crimes descritos no art. 241-B e 241-C, do ECA, com base, respectivamente, no art. 386, incisos VII e III, do Código de Processo Penal. Sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, archive-se.

Florianópolis (SC), 31 de janeiro de 2012.

Alexandre Morais da Rosa

ANEXO B – ACÓRDÃO DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelação Criminal n. 2013.014545-2, da Capital

Relator: Des. Torres Marques

APELAÇÃO CRIMINAL. ARMAZENAR FOTOGRAFIA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM CENA DE SEXO OU PORNOGRÁFICA (ART. 241-B DO ECA) E ARMAZENAR MATERIAL MONTADO QUE SIMULE CENA DE SEXO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 241-C DO ECA). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A DEMONSTRAR O DOLO DO AGENTE EM ARMAZENAR OS MATERIAIS. RECONHECIMENTO, CONTUDO, DE CRIME ÚNICO. CONDENAÇÃO PELO DELITO MAIS GRAVE (ART. 241-B DO ECA). RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.014545-2, da comarca da Capital (4ª Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado C. A. G.:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para condenar o apelado por infração ao art. 241-B do ECA. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 9 de abril de 2013.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital (4ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público denunciou C. A. G. por infração aos arts. 241-B e 241-C c/c art. 241-E, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme se infere da inicial:

O IP (*Internet protocols*) 201.22.84.143, utilizado pelo denunciado C. A. G., foi selecionado como ALVO 24 na Operação Tapete Persa, deflagrada a partir de notícia de crime com origem em buscas da rede eDonkey2000, de compartilhamento de arquivos P2P, realizadas na Alemanha (Landeskriminalamt Baden-Württemberg), as quais selecionaram usuários do sistema de compartilhamento de vídeos contendo imagens de pornografia infantil, com título "*I.Avi*" e "*((Kingpass)) Cameramanshoots girl 10yo & cumsonher PTHC -G- AnotherCute Little MoscowGirl.mpg*" (fl. 3/18). O referido IP acessou esse sistema de compartilhamento no dia 19.11.2008, entre 10h06min e 15h59min.

Com subsídio nessas informações, no dia 27 de julho de 2010 foi realizada busca na residência do denunciado, situada na [...], que resultou na apreensão de 4 HD's e 182 mídias de computador (CD/DVD), sendo que desses bens o HD Hitachi Deskstar 0A35415BA27270C84 e as mídias foram arrecadados no quarto do denunciado C. A. G. (fls. 118/120).

Os equipamentos e mídias foram submetidos à perícia (Laudos n. 124/2011 [fls. 157, 164 – cd's/dvd's]; n. 257/2011 [fls. 172/184]), ocasião em que não ficou demonstrado o compartilhamento de arquivos contendo pornografia infantil. Porém, foram encontrados arquivos desta natureza armazenados no equipamento apreendido no quarto do denunciado C. A. G., conforme descrito no Laudo 257/2011, que através de pesquisas pelas palavras-chave usualmente encontradas em arquivos contendo pedofilia (por exemplo, 'pedo', 'pthc', 'chid', 'ninfeta', 'abuse', 'torture', etc) encontrou 7 (sete) ocorrências com imagens inequívocas de pornografia infantil, reproduzidas na fl. 174 do referido Laudo Pericial.

Dessarte, o denunciado C. A. G. possuía e armazenava, por fotografia e vídeo (mídias de computador), cenas de sexo explícito e pornografia envolvendo crianças ou adolescentes.

Além disso, dentre as imagens armazenadas no HD Hitachi Deskstar 0A35415BA27270C84 e nas mídias localizadas no quarto do denunciado, também foram encontrados inúmeros desenhos em quadrinhos conhecidos por "Hentai", associados à palavra "lolicon", os quais evidenciam cenas de sexo explícito e também cenário de pornografia, envolvendo homens adultos e crianças, de ambos os sexos, como se nota nas 12 imagens impressa na fl. 175 (Laudo n. 257/2011).

Dessa forma, o denunciado C. A. G. possuía e armazenava material simulando a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica, produzido por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual (equipamento e mídias de computador).

Finda a instrução criminal, a denúncia foi julgada improcedente e o réu C. A. G. foi absolvido das imputações descritas nos arts. 241-B e 241-C, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com fulcro no art. 386, III e VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado (fl. 287), o representante do Ministério Público recorreu da sentença.

Em suas razões (fls. 293/304), alegou que a materialidade, a autoria e o dolo do agente ficaram comprovados. Aduziu, ainda, que a conduta perpetrada pelo acusado ofende o bem jurídico tutelado pela norma, que protege integralmente a criança e o adolescente. Pugnou, assim, pela condenação do réu nos termos da inicial acusatória.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 306/322), ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto (fls. 329/346), pelo provimento do recurso.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo representante do Ministério Público contra sentença que absolveu C. A. G. das imputações relativas aos delitos descritos nos arts. 241-B e 241-C do ECA, com fulcro no art. 386, III e VII, do CPP.

Extrai-se dos autos que a autoridade policial federal, no curso de operação de combate à pedofilia, tomou conhecimento de que o IP utilizado pelo réu havia compartilhado/acessado na internet determinado material relacionado à pornografia infantil.

Diante disso, foi realizada busca e apreensão na residência do acusado, oportunidade em que foram encontrados armazenados em seu computador e em outras mídias diversos arquivos pornográficos, dentre os quais imagens de pornografia infantil (art. 241-B do ECA) e desenhos simulando crianças e adolescentes em situação pornográfica (art. 241-C do ECA).

Após a instrução criminal e absolvição do réu, o representante do Ministério Público recorreu da sentença. Argumentou que ficou comprovado o dolo na conduta do acusado em armazenar aqueles arquivos e que, em relação ao delito descrito no art. 241-C, do ECA, o fato de as imagens serem de crianças e adolescentes fictícios não arreda a tipicidade do delito.

Diante disso, necessário aquilatar da prova produzida se há elementos suficientes a comprovar o elemento subjetivo dos tipos penais em voga – dolo –, porquanto a materialidade delitiva ficou comprovada por meio do laudo pericial criminal federal (fls. 157/165); e a autoria, pelas declarações do réu que confirmou a propriedade das mídias e dos arquivos armazenados.

O acusado, em juízo (CD de fl. 246), confirmou que tinha por hábito baixar vários arquivos de cunho pornográfico da internet e que não era incomum deixar seu computador conectado à rede durante uma semana inteira enquanto efetuava a baixa dos arquivos. Referiu que em razão dessa circunstância muitas vezes não sabia qual o conteúdo dos materiais que foram efetivamente baixados e copiados para as mídias, haja vista a grande quantidade. Contudo, confirmou que em certa ocasião um dos arquivos copiados era um filme gay, motivo

pelo qual, por não gostar do conteúdo, o apagou.

Os peritos da polícia federal ouvidos perante a autoridade judiciária, [REDACTED], explanaram sobre o conteúdo do material encontrado no computador e nas mídias de propriedade do acusado, bem como o comportamento dos usuários que procuram tipo de arquivo.

O primeiro informou (CD de fl. 246) que eles, regra geral, buscam vários arquivos ao mesmo tempo na internet e depois conferem o arquivo recebido e decidem se vão armazená-lo ou não. Esclareceu que, de fato, um arquivo pode ser baixado por erro, mas que a decisão de armazená-lo posteriormente não guarda essa característica, até porque, caso seja baixado um material que não seja de seu interesse ele será apagado para não ocupar espaço. Explicou que após serem baixados, os arquivos ficam em pastas provisórias e, somente depois, são gravados em outras pastas ou mídias. Referiu que ao assim agir o réu queria manter o material armazenado.

O segundo, por sua vez, além de confirmar a existência de grande quantidade de material de cunho pornográfico nas mídias, destacou que, no momento da apreensão dos bens do réu, constava na lista de baixados vários arquivos com menções de *lollicon* e *hentai*, além de outras expressões similares relacionadas à fotografia de crianças e adolescentes em cenas pornográficas. Por fim, registrou que a pessoa que baixa arquivos com essas nomenclaturas tem noção do conteúdo.

Para corroborar, o Delegado Federal [REDACTED] asseverou em juízo (CD de fl. 246) que os órgãos internacionais identificaram endereços de usuários que compartilhavam material pornográfico infantil através da internet, pelo que chegaram à residência do acusado. Informou que ao realizarem busca e apreensão não encontraram o arquivo que gerou a suspeita por parte daqueles órgãos; porém, perceberam a existência de outros arquivos envolvendo crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito.

Diante, pois, do acervo probatório acima delineado, não há dúvidas sobre o dolo do agente, porquanto a intenção de armazenar o material objeto do crime ficou assente quando ele os salvou em mídias externas, tirando-os, então, do HD de seu computador.

O próprio acusado, apesar de tentar demonstrar a ignorância sobre a existência das imagens, deixou escapar que quanto não gostava do conteúdo do arquivo extraído da internet, o deletava, consoante ocorreu quando baixou um filme pornográfico gay.

Ademais, compulsando as mídias de fls. 163 e 184 observa-se que a totalidade de imagens, entre fotografias e desenhos, é bastante superior àquelas sete referidas pelos peritos que inequivocadamente são de crianças ou adolescentes. Ou seja, ainda que algumas das

imagens não possam servir à comprovação dos delitos, por apresentarem similitude às aquelas outras pela conotação sexual infantilizada, são fortes elementos a demonstrar a intenção do agente em armazenar todo o material encontrado em seu poder.

Diante disso, solução outra não há senão reconhecer a suficiência de provas quanto ao dolo e reformar a sentença nesse particular, porquanto demonstrada a prática delitiva descrita na denúncia.

Todavia, a par da discussão sobre a (a)tipicidade da conduta de armazenar desenhos simulando cenas de sexo envolvendo crianças e adolescente, impende consignar que as ações informadas pela acusação configuram crime único.

Assim versa o art. 241-B do ECA:

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) anos a 4 (quatro) anos, e multa.

O art. 241-C, por seu turno, possui a seguinte redação:

Simular, a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Extrai-se da leitura dos tipos penais em voga que a ação delitiva objurgada é única e consiste em armazenar material relacionado à pedofilia.

Ocorre que, no caso concreto, a natureza do material armazenado é que diferencia os dois delitos. Entendeu o legislador por punir com maior gravidade aquele que armazena vídeo, fotografia ou outra forma de registro envolvendo criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica do que aquele que armazena aqueles mesmos materiais, mas que tenham sido simulados por adulteração, montagem ou modificação.

Ou seja, a segunda conduta, que preserva o mesmo bem jurídico é subsidiária e, por conseguinte, viável o reconhecimento de crime único, porquanto perpetradas no mesmo contexto fático, tal como se dá, por exemplo, quando se está diante de portes de arma de uso permitido e uso restrito. *Mutatis mutandis*:

POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DELITOS PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO. CRIME ÚNICO RECONHECIDO. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.039001-0, de Capinzal, j. 20/7/2010).

Assim, condena-se o apelado por infração art. 241-B do ECA, pelo que se passa à aplicação da reprimenda.

A culpabilidade – reprovabilidade da conduta do agente – é normal à espécie. Não possui antecedentes nem há indicativo de má conduta social. Não há elementos para apurar a personalidade. O motivo do delito é comum à modalidade criminosa. As circunstâncias são negativas, visto que além das fotografias o réu armazenava, como melhor alinhado, aquelas outras imagens que simulavam cena de sexo envolvendo crianças ou adolescentes. As consequências do crime são normais à espécie, e não há de se falar em participação da vítima.

Assim, fixa-se a pena-base do apelado em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, a qual resulta definitiva ante a ausência de agravantes, atenuantes, e causas de especial aumento ou redução de pena.

Fixa-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena, em observância ao art. 33, § 2º, "c", do CP.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, faz jus o apelado à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juiz da Execução Penal.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para condenar o apelado por infração ao art. 241-B do ECA.