

Voto nº 25/2008 - WG

PROCESSO MPF nº 1.00.000.004367/2008-11

ORIGEM: 9ª VARA FEDERAL CRIMINAL DE SÃO PAULO / SP

Processo recebido em 20.05.2008.

EMENTA

PROCEDIMENTO CRIMINAL. SUPOSTA PRÁTICA DE “PORNOGRAFIA” PELA INTERNET. ART. 241 DO ECA. ARQUIVAMENTO REQUERIDO COM BASE NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. *NULLUM CRIMEN SINE LEGE STRICTA* (TIPICIDADE FECHADA). INSISTÊNCIA NO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO.

1. A legislação brasileira atual não criminaliza o que tem sido chamado pelos estudiosos do tema de 'terceira geração de pornografia infantil', que abrange as imagens no estilo fantasia, a exemplo de cartoons, desenhos animados, pinturas e toda a forma de material visual descrevendo cenas de sexo com adolescentes, mas que não se confundem com fotografias, o que as torna facilmente distinguíveis de cenas reais.
2. “Dessa forma, ampliar a figura do tipo penal do artigo 241 do ECA para abranger, além da divulgação de fotos reais de crianças na prática de atos sexuais ou com conotação sexual, também imagens do tipo fantasia, implica no emprego de interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu (in malam partem) em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade, pedra de toque do direito penal.”
3. “Argumenta-se pela necessidade de ponderação entre a extremidade e pouca eficácia da medida a ser adotada na continuidade das investigações – a realização de um pedido de cooperação judiciária com os Estados Unidos, ensejando a mobilização do aparato judiciário de dois países – e a pequena gravidade da conduta apurada, se comparada aos casos envolvendo crianças e não bonecos de ficção, como no caso em tela.”
4. Voto pela insistência no arquivamento.

1. Trata-se de procedimento administrativo instaurado a partir de pedido de quebra de sigilo de dados telemáticos requerido com vistas a promover a identificação do responsável pela publicação de **desenhos** de crianças e/ou adolescentes em posição de prática sexual, em *site* de relacionamento, na rede mundial de computadores.

2. A Procuradora da República Adriana Scordamaglia requereu o arquivamento do presente procedimento, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

“A legislação brasileira atual não criminaliza o que tem sido chamado pelos estudiosos do tema de 'terceira geração de pornografia infantil', que abrange as imagens no estilo fantasia, a exemplo de cartoons, desenhos animados, pinturas e toda a forma de material visual descrevendo cenas de sexo com crianças, mas que não se confundem com fotografias, o que as torna facilmente distinguíveis de cenas reais.

Dessa forma, ampliar a figura do tipo penal do artigo 241 do ECA para abranger, além da divulgação de fotos reais de crianças na prática de atos sexuais ou com conotação sexual, também imagens do tipo fantasia, implica no emprego de interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu (in malam partem) em flagrante violação ao princípio da estrita legalidade, pedra de toque do direito penal.”

3. A MM^a. Juíza Federal Mônica Aparecida Bonavina Camargo, discordando das razões invocadas membro do *Parquet*, por entender que o termo pornografia era aquilo que atingisse o senso moral comum, remeteu os autos ao Procurador-Geral da República, para fins do art. 28 do CPP.

II.

4. Em que pese a invocação da autoridade judicial do art. 227 da Constituição da República, que dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente, e a definição do termo “pornografia” como sendo o que atinge o *homo medius*, a manifestação judicial esbarra no princípio da tipicidade fechada. É a lei que estabelece a fato humano como típico, culpável e punível, e não o senso comum da sociedade.

5. Um dos pilares do direito penal garantista é a existência de tipos penais “cerrados”, ou seja, que não admitem interpretação extensiva ou analógica para determinar que outra conduta se subsuma à regra típica.

6. Nesse sentido, necessárias são as lições de Eugenio Raul Zaffaroni (Manual de Direito Penal Brasileiro, P.170-171), *verbis*:

“a) Em princípio rejeitamos a 'interpretação extensiva', se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo de resistência semântica da letra da lei, porque isso seria analogia.

b) Não aceitamos nenhuma regra apodítica dentro dos limites semânticos do texto. É correto quando se diz “onde a lei não distingue não se deve distinguir”, isto é correto desde que se acrescente 'salvo que haja imperativos racionais que nos obriguem a distinguir e, claro está, sempre que a distinção não aumente a punibilidade saindo dos limites do texto.

c) Há casos em que a análise da letra da lei dá lugar a duas interpretações possíveis: uma, mais ampla e outra, mais restrita da punibilidade. Isso é observado sem superar o plano exegético. Assim, a expressão “coisa”, prevista no artigo 155 do Código Penal, pode ser interpretado em

sentido ordinário (amplo) ou civil (restrito). Nesses casos é quem entra o princípio *in dubio pro reo*: sempre teremos de inclinar-nos a entendê-las em sentido restritivo, e de acordo com esse sentido, ensaiar nossas construções. Não obstante, esse princípio não tem um valor absoluto, porque bem pode ocorrer que o sistema entre em choque com a expressão entendida em seu sentido restrito, e se harmonize com seu sentido amplo, o que, em tal caso, poderemos fazê-lo, porque tem caráter absoluto o princípio da racionalidade da ordem jurídica, que é próprio pressuposto de nossa atividade científica.”

7. Ou seja, em respeito ao garantismo, no qual um dos pilares é a *nullum crime sine lege stricta et certa* (nesse sentido: Luigi Ferrajoli, em *Direito e Razão*), não há como falar na interpretação extensiva do tipo do art. 241 do ECA, no escopo de amoldar a conduta ao preceito primário, que diz “*cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente*”, não pictogramas (cartoons).

8. Assim, o fato de “representar” pessoas, não significa cenas obscenas envolvendo pessoas, exigência necessária para a configuração do crime definido no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo que se impõe o reconhecimento da atipicidade da conduta perpetrada.

III.

9. Ante o exposto, voto pela insistência no arquivamento.

Brasília, 02 de junho de 2008.

Wagner Gonçalves

Subprocurador-Geral da República
Coordenador e Membro Titular – 2ª CCR

Decisão:

Acolhido por unanimidade o voto do Relator. Participaram da votação o Dr. Wagner Gonçalves, Coordenador, a Dra. Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque e a Dra. Ana Maria Guerrero.

Sessão 441ª de 02.06.2008. Publicado no DJ nº 142, Seção I, de 25/07/2008; págs. 5 a 6.

/GF/T