



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.472 - MG (2010/0118056-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : IGOR TAMASAUSKAS E OUTROS
ADVOGADO : IGOR TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : C E MI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. FOTOGRAFAR PORNOGRAFIA INFANTIL. ART. 241 DO ECA, NOS TERMOS DA LEI 10.764/2003. ATIPICIDADE DA CONDUTA DE FOTOGRAFAR. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO INTEGRAL DA NORMA. ORDEM DENEGADA.

1. A alteração na redação do art. 241 do ECA pela Lei 10.764/2003, não descriminalizou a conduta de fotografar pornografia infantil. Precedente do STJ.

2. Embora o termo "fotografar" não constasse, literalmente, do *caput* do art. 241 do ECA - redação dada pela Lei 10.764/2003 -, a mera interpretação gramatical se mostraria suficiente para a compreensão do real sentido jurídico da norma em exame.

3. Ao intérprete, contudo, cabe considerar também a finalidade e o sistema (jurídico) no qual a norma está inserida, é a chamada interpretação integral, na qual o procedimento interpretativo passa obrigatoriamente, e nessa ordem, pela observação gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica.

4. O termo "produzir fotografias", portanto, como definido pela Lei 10.764/2003, e em vigor ao tempo da conduta imputada ao paciente, deve ser considerado tal qual "fotografar"; expressões, inclusive, sinônimas, segundo os dicionários da língua portuguesa *Aurélio* e *Houaiss*.

5. Neste contexto, buscar na expressão "produzir fotografia" significado diverso a "fotografar", além de ilógico, diverge de forma radical do viés sistêmico da norma que ampara e protege crianças e adolescentes, tanto em sua face histórica (sempre fotografar pornografia infantil foi considerado crime) quanto teleológica (conduta repudiada pela sociedade).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ART. 226 DO CP. UTILIZAÇÃO CONCOMITANTE DE DUAS CAUSAS. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. LIMITAÇÃO. RAZÕES RECURSAIS. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devido processo legal.

2. Verificando-se que, efetivamente, a Corte de origem não apreciou a questão relativa à possibilidade da aplicação concomitante de duas causas de aumento da pena (art. 226, I e II, do CP), tendo em vista que sequer foi alvo de insurgência nas razões recursais ofertadas, inviável a análise da impetração aqui aforada, sob pena de supressão de instância.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de junho de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.472 - MG (2010/0118056-0)

IMPETRANTE : IGOR TAMASAUŠKAS E OUTROS
ADVOGADO : IGOR TAMASAUŠKAS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : C E MI (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de C. E. M. I., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos da Apelação Criminal nº 1.0702.07.372548-4/001.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado, em coautoria, à pena de 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, e 200 (duzentos) dias-multa pela prática dos delitos previstos no art. 214, c/c art 224, "a", e art. 226, I e II, por 3 vezes, na forma do art. 69, todos do CP, e art. 241 do ECA, por 4 vezes, na forma do art. 69 do CP, sendo, no mesmo *decisum*, absolvido da acusação do delito do art. 213, c/c art. 14, II, ambos do CP, com fulcro no art. 386, VI, do CPP.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento para, reconhecer a continuidade delitiva (art. 71 do CP) para os delitos de cada espécie, reduzindo-lhe as penas para um total de 20 (vinte) anos, 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantendo, contudo, a pena de multa.

Sustentam os impetrantes que o paciente é alvo de constrangimento ilegal porquanto atípica a conduta denunciada de "fotografar atos libidinosos de crianças", uma vez que na época dos fatos (anos de 2006 e 2007) o art. 241 do ECA, com redação da Lei 10.764/2003, não previa a ação de "fotografar", caracterizando violação ao princípio da reserva legal - conduta não prevista em lei.

Alegam, ademais, que o paciente sofre outro constrangimento ilegal decorrente da aplicação concomitante de duas causas de aumento prevista no art. 226 do Código Penal.

Argumentam, que o art. 68, parágrafo único do CP prevê, nas hipóteses de concurso de causas de aumento da parte especial, a possibilidade do juiz limitar-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a um só aumento, e concluem que, *"apesar do artigo legal prever a possibilidade de atuação nesse sentido, entende-se que se trata de um **dever**"* (e-STJ fl. 10).

Afirmam, outrossim, que somente com necessária fundamentação o entendimento do art. 68 do CP poderia ser afastado, fato que, segundo a impetração, não ocorreu nem na sentença nem no acórdão.

Pretendem, portanto, a concessão da ordem para afastar, por atipicidade, a condenação do paciente pela conduta denunciada - "fotografar atos libidinosos de crianças" - e a redução da pena com a aplicação somente de (1) uma causa de aumento do art. 226 do CP para o crime de atentado violento ao pudor.

Documentação juntada aos autos (e-STJ fls. 16 a 49).

Informações prestadas (e-STJ 82 a 84).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou (e-STJ fls. 160 a 165) pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 177.472 - MG (2010/0118056-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, buscam os impetrantes, inicialmente, o reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente - fotografar crianças na prática de atos libidinosos -, ao argumento de que na época dos fatos (anos de 2006 e 2007), não haveria previsão legal que tipificasse tal ato.

Não vislumbro, porém, razão ao presente argumento, senão vejamos:

O ECA, em sua redação original, assim tipificava a conduta denunciada:

*Art. 241. **Fotografar** ou publicar cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente:*

Pena - reclusão de um a quatro anos.

Com a alteração trazida pela Lei 10.764/2003, a norma penal passou a ter a seguinte redação:

*Art. 241. Apresentar, **produzir**, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, **fotografias** ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente:*

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo;

II - assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma deste artigo;

III - assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo.

§ 2º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos:

I - se o agente comete o crime prevalecendo-se do exercício de cargo ou função;

II - se o agente comete o crime com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial.

Atualmente, com a alteração introduzida pela Lei 11.829/2008, temos:

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

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

Pois bem.

No caso concreto, embora o termo "**fotografar**" não constasse, literalmente, do *caput* do art. 241 do ECA - redação dada pela Lei 10.764/2003 -, a mera interpretação gramatical se mostraria suficiente para a compreensão do real sentido jurídico da norma em exame.

Contudo, ao intérprete cabe considerar também a finalidade e o sistema (jurídico) no qual a norma está inserida, é a chamada **interpretação integral**, na qual o procedimento interpretativo passa obrigatoriamente, e nessa ordem, pela observação gramatical, lógica, sistemática, histórica e teleológica.

Daí, o termo "**produzir fotografias**", como definido pela Lei 10.764/2003, e em vigor ao tempo da conduta imputada ao paciente, deve ser considerado tal qual "**fotografar**"; expressões, inclusive, sinônimas, segundo os dicionários da língua portuguesa *Aurélio* e *Houaiss*:

*Aurélio : **fotografar** -> "reproduzir pela **fotografia** a imagem de";*

*Houaiss : **fotografar** -> "reproduzir (pessoa, objeto, paisagem etc) por **processo fotográfico**".*

Vale gizar, em tempo, que os termos **produzir** e **reproduzir**, ainda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segundo o dicionário da língua portuguesa *Houaiss*, possuem, também, um significado comum, qual seja, "*dar origem a, gerar*".

Neste contexto, portanto, buscar na expressão "**produzir fotografia**" significado diverso a "**fotografar**", além de ilógico, diverge de forma radical do viés sistêmico da norma que ampara e protege as crianças e os adolescentes, tanto em sua face histórica (sempre fotografar pornografia infantil foi considerado crime) quanto teleológica (conduta repudiada pela sociedade).

Desse modo, não há falar em atipicidade da conduta de "fotografar" diante da redação do art. 241 do ECA, nos termos da 10.764/2003.

Tal tema, aliás, já foi examinado por esta Corte Superior de Justiça, em caso similar:

RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. NÃO CONHECIMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 240 E 241 DO ECA. ATIPICIDADE NÃO CARACTERIZADA.

Fica caracterizada a impossibilidade de análise da caracterização do crime de concussão e da existência de concurso material com relação ao crime previsto no art. 240 do ECA; havendo necessidade de reexame de provas, inadmissível em face de recurso especial.

*Violação dos arts. 240 e 241 do ECA. **Não se pode falar em violação dos dispositivos referidos, pois a alteração da redação dos mesmos pela Lei 10.764 não exclui o delito de fotografar crianças e adolescentes, mas ampliou o rol que configura o crime.***

Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp 704.744/RN, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 26-4-2005, publicado no DJ 23-5-2005, p. 342)

Nenhum constrangimento ilegal, portanto, a ser sanado neste ponto.

De outra banda, no que se refere à alegada ilegalidade na dosimetria da sanção imposta ao paciente, em relação à aplicação concomitante de duas causas de aumento prevista no art. 226 do Código Penal, a impetração tampouco merece ser conhecida.

De início, cumpre esclarecer que a revisão da pena imposta pelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante reiteradamente vem decidindo este Superior Tribunal de Justiça.

In casu, verifica-se que o paciente foi condenado à reprimenda de 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, e 200 (duzentos) dias-multa pela prática dos delitos previstos no art. 214, c/c art 224, "a", e art. 226, I e II, por 3 vezes, na forma do art. 69, todos do CP, e art. 241 do ECA, por 4 vezes, na forma do art. 69 do CP

Contra essa decisão, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, ao qual foi dado parcial provimento para, reconhecer a continuidade delitiva (art. 71 do CP) para os delitos de cada espécie, reduzindo-lhe as penas para um total de 20 (vinte) anos, 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantendo, contudo, a pena de multa.

Contudo, da leitura do acórdão objurgado, observa-se que as questões referentes à adoção somente de uma das causas de aumento da pena insertas no art. 226 do CP não foram alvos de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre estes tópicos, evitando-se, com tal medida, a ocorrência de indevida supressão de instância.

Ressalte-se que a apelação criminal interposta pelo paciente não veiculou, em suas razões, qualquer inconformismo relativo à adoção de duas causas de aumento da pena insertas no art. 226 do CP, cingindo-se a requerer, em relação ao tema, apenas o decote da causa de aumento do art. 226, inciso II, do CP, diante de sua alegada situação de padrasto da vítima, consoante se verifica do relatório acostado às fls. e-STJ 19.

A propósito, o Tribunal Estadual assim se manifestou sobre o tema objeto do recurso (e-STJ fl. 26):

Quanto ao pedido de decote da majorante do art. 226, II, do CP, requerido pelo apelante Carlos Eduardo Martins Ivancko, dv, também sem razão a defesa, pois sua condição de padrasto e detentor de autoridade sobre a vítima restou comprovada nos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De mais a mais, o efeito devolutivo do recurso de apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o **iter procedimental** - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.)*

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (op. cit. p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal (art. 3º do CPP), devolve para o Órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

limites da impugnação (excetuando-se, naturalmente, as matérias de ordem pública, examináveis de ofício), o Tribunal impetrado não tratou da questão mencionada - adoção de apenas uma das causas de aumento da pena insertas no art. 226 do CP -, mormente porque se encontra no âmbito de uma das inúmeras possíveis teses defensivas, que devem, por óbvio, ser arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, observando-se o indispensável contraditório.

Inviável, pois, o exame da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de configuração da indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

A propósito:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. CONDENAÇÃO: PENA DE 3 ANOS DE DETENÇÃO. APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA, ATIPICIDADE DA CONDUTA, NULIDADES. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. FALTA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o tema, não pode o Superior Tribunal de Justiça analisá-lo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes do STJ.

[...]

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada." (HC 85.356/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 7/12/2009).

Diante do exposto, **conhece-se parcialmente do writ** e, nesta extensão **denega-se a ordem**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0118056-0

HC 177.472 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 10702073725484

EM MESA

JULGADO: 21/06/2011
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALOÍSIO FIRMO GUIMARÃES DA SILVA

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : IGOR TAMASASKAS E OUTROS
ADVOGADO : IGOR TAMASASKAS E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : C E M I (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.