



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.610 - BA (2010/0063754-4)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : JUSCELINO LEMOS SANTOS JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : LAWRENCE ALLEN STANLEY
ADVOGADO : JUSCELINO LEMOS SANTOS JÚNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS. PUBLICAÇÃO DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE (ART. 241 DO ECA). CONDUTA PRATICADA ANTES DA REDAÇÃO DADA PELAS LEIS N. 10.764/2003 E 11.829/2008, QUE ALTERARAM O DISPOSITIVO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME. CONVICÇÃO AMPARADA EM AMPLO CONTEXTO PROBATÓRIO. PERÍCIAS REALIZADAS EM SITES EM QUE AS FOTOS FORAM PUBLICADAS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONCEITO DE PORNOGRAFIA INFANTIL. INEXISTÊNCIA. INCUMBÊNCIA DO INTÉRPRETE DA NORMA. PLEITOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E DE REGIME INICIAL ABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA. DEBATE DOS TEMAS PELA CORTE DE ORIGEM. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O magistrado singular baseou-se em amplo conjunto fático-probatório decorrente de perícias realizadas nos sítios eletrônicos em que as fotos de crianças e adolescentes foram publicadas para se convencer de que a conduta atribuída ao paciente configura o crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na figura "publicar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente", antes da redação dada pelas Leis n. 10.764/2003 e 11.829/2008.

2. Alcançar conclusão diversa, no sentido de que as imagens publicadas, da forma como o foram, não configuram o crime importaria no reexame fático-probatório dos autos, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*.

3. Inexiste no ordenamento jurídico norma penal não incriminadora explicativa que esclareça o conceito de pornografia infantil ou infanto-juvenil, razão pela qual a previsão contida no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pelas Leis n. 10.764/2003 e 11.829/2008, não se limita à criminalização somente da conduta de publicar fotos de crianças e adolescentes totalmente despidas. Cabe ao intérprete da lei, buscando a melhor aplicação da norma ali contida, diante do caso concreto, analisar se a conduta praticada pelo paciente se amolda à prevista no dispositivo em questão, de modo que nada impede que se analise, além das fotos, isoladamente, o contexto em que elas estão inseridas (publicadas).

4. Deve o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA).

5. Dos documentos constantes dos autos, observa-se que foram publicadas na internet fotos de crianças e adolescentes seminuas, algumas de roupas de banho, outras mostrando partes do corpo e outras em poses relativamente sensuais, situação que reforça a impossibilidade de mudança do convencimento a respeito da conduta imputada ao paciente.

6. Evidenciado que o Tribunal de origem não se manifestou a respeito dos pleitos de fixação da pena-base no mínimo legal e de imposição do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, torna-se inviável o conhecimento originário dos temas por esta Corte Superior de Justiça, por configurar indevida supressão de instância.

7. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 19 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.610 - BA (2010/0063754-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de **Lawrence Allen Stanley**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Narram os autos que o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia condenou o paciente, como incurso no art. 241, *caput*, da Lei n. 8.069/1990, às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 26 dias-multa (fls. 14/39 – Autos n. 2002.16034-7).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que negou provimento ao recurso, mantendo a condenação imposta ao sentenciado (fls. 97/115):

PENAL. PEDOFILIA OU PEDOSEXUALIDADE. REPRODUÇÃO FOTOGRÁFICA. FOTOGRAFAR OU PUBLICAR FOTOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM POSE ERÓTICAS. INSERÇÃO EM REDE BBS/INTERNET DE COMPUTADORES. CRIME. ART. 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM A REDAÇÃO DITADA PELA LEI 10.764, DE 2003. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA.

1. A pedofilia, ou pedosexualidade, é um transtorno da preferência sexual, sendo definido como a preferência por criança (pessoa com até 12 anos de idade) ou por adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos de idade) - art. 1º do Estado da Criança e do Adolescente. Pelo Código Internacional de Doenças da Décima Conferência de Genebra é a pedofilia um transtorno mental (CID-10, F65.4), o que não significa que o acusado seja doente mental ou tenha o desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

2. Aquele que fotografa ou publica (ação múltipla), em rede BBS (Bulletin Board System) ou internet (rede de redes que se comunicam através do protocolo TCP/IP), crianças ou adolescentes em poses eróticas, comete o crime previsto no art. 241 da Lei 8.069, de 10 de julho de 1990, com a redação ditada pelo art. 4º da Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003 (crime de ação múltipla).

3. A objetividade do crime de fotografar ou publicar crianças ou adolescentes em poses eróticas - art. 241 do ECA - é o respeito à imagem, à liberdade sexual e ao domínio do corpo da criança e do adolescente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos; adolescente é aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade - art. 2º do Estatuto da Criança e do adolescente. Pessoas que ainda estão em condição de desenvolvimento.

5. A consumação na modalidade fotografar ocorre com o simples fato de fotografar cena erótica envolvendo criança ou adolescente. Não se exige que alguém tenha acesso à fotografia, basta fotografar. Na ação de publicar é necessário que a fotografia seja vista, ainda que por uma só pessoa. A publicação pode dar-se por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet. Aquele que publica as fotos pode não ser o mesmo que fotografou.

Aqui, o impetrante alega constrangimento ilegal consistente na manutenção da condenação do paciente, bem como na fixação da pena-base acima do mínimo legal e na imposição do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena. Sustenta a atipicidade da conduta imputada ao acusado, sob o fundamento de que a conduta atribuída pelas instâncias ordinárias não se amolda ao tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que, antes da edição da Lei n. 10.764/2003, para a configuração do crime previsto no referido dispositivo, seria necessário fotografia contendo sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente, o que no caso dos autos não ocorreu. Aduz que afirmar que as fotos tiradas pelo sentenciado possuem "contexto pedófilo" configura uma ampliação do tipo penal que ofende a legalidade estrita.

Alega o impetrante, ainda, ausência de fundamentação na fixação da pena-base, que deve ser fixada no mínimo legal, e ilegalidade consistente na fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, o qual deverá observar o art. 33, § 2º, c, do Código Penal, e não a gravidade abstrata do crime.

Postula, então, o deferimento de medida liminar para que seja assegurado ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do mérito do presente *writ*.

No mérito, requer a concessão da ordem, a fim de que seja declarada a absolvição do paciente ou, alternativamente, sejam fixados a pena-base no mínimo legal e o regime inicial aberto de cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida pelo eminente Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), em 26/4/2010 (fl. 279).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial e, na parte conhecida, pela denegação da ordem (fls. 286/291):

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. MUDANÇA DE REGIME PRISIONAL E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL *A QUO*.

1- O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é admissível apenas em situações excepcionais, nos casos em que a conduta é veemente atípica ou quem que não há a menor plausibilidade na autoria apontada.

2. As questões referentes a alteração de regime e fixação de regime aberto não foram objeto de análise pela Corte *a quo*, o que impede sejam, desde logo, analisadas por esse Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

Parecer pelo *conhecimento parcial* da ordem e, nesse passo, por sua *denegação*.

O impetrante pediu a reconsideração da decisão indeferitória do pedido liminar (fls. 331/332).

Em 13/3/2012, o Ministro Presidente Ari Pargendler determinou a redistribuição dos autos (fl. 334), que foram recebidos em meu gabinete em 16/3/2012.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.610 - BA (2010/0063754-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A

insurgência principal deste *writ* consiste em considerar, ou não, as fotos publicadas pelo paciente em sítio eletrônico de sua propriedade como o crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pela Lei n. 10.764/2003, uma vez que o impetrante alega ter sido dada uma espécie de interpretação extensiva ao dispositivo ao se considerar que as fotos, conforme tiradas, configuram pornografia, porquanto não possuem, segundo o impetrante, conotação sexual, não configurando, portanto, o crime em apreço.

À época da prática do crime (2002), o art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente possuía a seguinte redação:

Art. 241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
Pena - reclusão de um a quatro anos.

Em sentença prolatada em 25/7/2003, o magistrado singular assim fundamentou a adequação da conduta atribuída ao paciente à prevista no citado dispositivo (fls. 20/27):

[...]

Sistematizando o raciocínio desenvolvido, analisarei a subsunção, ou não, da conduta denunciada em cada um dos núcleos previstos.

Fotografar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Embora assumida pela defesa, em seu arrazoado final, como da autoria do denunciado, apenas, as fotografias de fls. 163/164, a leitura conjunta dos autos - seus testemunhos e laudos - com anexo apenso I, demonstram que dita autoria pode ser estendida, pelo menos, aquelas outras fotos de fls. 112, 113, 345, 347.

Cumpre, pois, verificar o enquadramento daquele material dentro do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adjetivo conceitual previsto no tipo sub *examem*.

Deste modo é que, analisando individualmente, ditas fotografias, certo o fato de não retratarem qualquer cena de sexo explícito.

Do mesmo modo, se consideradas individualmente e, no âmbito familiar, em princípio, não se adequariam aquelas à qualificação pornográfica.

Entretanto, e aí vamos adentrar na seara prevista no segundo núcleo do tipo penal em comento - **publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente** -, quando inseridas em um contexto claramente sexual, o material fotográfico em comento pode assumir outro formato.

No caso concreto, restou demonstrado pelo Laudo de Exame em Local de Internet (fls. 79/85), fartamente instruído com o material de fls. 86/233, ser esta a hipótese dos autos.

Senão vejamos.

Foi solicitada a realização da perícia supracitada, em princípio, nos sites www.alessandrasmile.com. e www.minimodels.org, sendo o acusado proprietário deste último, conforme por ele mesmo declarado em interrogatório.

Embora aquele segundo site estivesse "fora do ar" no momento dos exames, a perícia realizada naqueloutro alessandrasmile.com - que por inúmeras vezes remete seu visitante para aqueloutro site acionado -, revelou-se esclarecedora, na medida em que firmado pelos peritos que seu conteúdo sugeria "pedofilia, disponibilizando imagens, oferecendo produtos (livros, CD, DVD, etc) e permitindo conexões com outras páginas da internet, algumas das quais com cenas de sexo explícito, envolvendo, aparentemente, crianças e/ou adolescentes".

Imediatamente adiante, continua aquele laudo:

"O site <http://minimodels.org>, no momento dos exames estava fora com suas informações e conteúdo indisponíveis ('fora do ar'). No entanto, muitas de suas propagandas (em formato de banners), que sugerem a presença de crianças brasileiras, encontram-se inseridas em páginas com chamadas de forte apelo erótico, pornográfico e pedófilo." (fls. 84).

Cotejando a documentação anexa ao referido laudo, não se pode olvidar da sua propriedade quando nos deparamos com a impressão da página "portal" do site alessandrasmile.com, bem como das páginas eletrônicas pertencentes aos vários outros sites que têm seus atalhos (links) ali enxertados.

Nesse contexto, não há como se negar a assunção de um caráter sexual às fotografias analisadas no início da fundamentação deste *decisum*, quando se percebe estarem inseridas no meio de chamadas para sites de cunho explicitamente pedófilos/sexuais (v. 91/101).

Frise-se que tal conclusão, lógica, advém de uma análise em conjunto do panorama em que se encontram aludidas fotografias, não havendo aí qualquer interpretação extensiva da norma penal em epígrafe - art. 241 do ECA, conforme faz crer o combativo defensor do acusado em suas razões finais.

Aliás, não deve e nem pode o julgador restringir-se a interpretar a letra fria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei, ao contrário, o ofício de julgar requer que se extraia naquele ato o significado e a extensão da norma em relação à realidade - conforme distende o Profº Damásio de Jesus em sua obra Direito Penal, Parte Geral, Ed. Saraiva, Parte Geral, 1º volume, 15ª edição, completando a seguir:[...]

Incontesti o fato de que no contexto em que inseridas, as multi citadas fotografias - à luz dos ensinamentos supra invocados -, possuem conotação pornográfica na medida em que exploram o lado sexual das crianças ali retratadas, quando vistas em meio a textos e imagens ligadas a pedofilia.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, assim consignou (fls. 106/112):

[...]

3. Da existência de contradição entre a motivação e parte dispositiva da sentença

Alega o apelante existir contradição entre o dispositivo e a motivação na sentença.

Não entendo assim. Ao fundamentar seu *decisum* o magistrado *a quo* disse que (fls. 960/968):

[...]

No dispositivo o Juiz *a quo*, em consonância com o as razões expendidas na fundamentação, condenou o apelante nas sanções do art. 241 da Lei n. 8.069/90. Tudo dentro de uma linha lógica e coerente, razão pela qual não se pode falar em contradição.

E como bem disse a ilustre Procuradora Regional da República, Maria Célia Mendonça, nas contra-razões (fls. 1.157):

Irretocável o entendimento adotado pelo Juiz sentenciado nos sentido de que as fotografias reconhecidas pelo réu como sendo de sua autoria e juntadas aos autos, isoladamente, não possuem apelo sexual, todavia, quando inseridas num contexto libidinoso, como nos sites em que foram extraídas, assumem um feitiço lascivo e, portanto, devem ser consideradas aptas a ensejar a responsabilidade penal do apelante.

4. Mérito

A materialidade e autoria restaram comprovadas.

O laudo do exame em local de internet de fls. 79/85 concluiu que (fls. 79/85):

[...]

As inúmeras fotos retiradas do site <http://www.alessandrasmiles.com>, assim como as propagandas do site minimodels.com cujo proprietário é o apelante, e o apenso do laudo pericial de fls. 87/232, corroboram com as demais provas apresentadas nos autos.

Perante à autoridade judicial, o recorrente afirmou que (fls. 495):

[...]

P S da N e M S A localizaram duas fotos nos sites eletrônicos e depuseram em juízo.

Disse P (590/591):

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O crime para consumir-se não exige real ofensa à imagem, diante da publicação. Considera-se dano à imagem abstratamente considerada.

A pedofilia, ou pedosexualidade, é um transtorno da preferência sexual, sendo definido como a preferência por criança (pessoa com até 12 anos de idade incompletos) e adolescente (pessoa entre 12 e 18 anos) - art. 2º do Estado da Criança e do Adolescente. pelo Código Internacional de Doenças da Décima Conferência de Genebra é a pedofilia um transtorno mental (CID - 10, F65.4), o que não significa que o agente seja um doente mental ou tenha desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

O art. 4º da Lei 10.764, de 12 de novembro de 2003, deu nova redação ao art. 241 da Lei 8.069, de 10 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA). A redação passou a ser a seguinte:

[...]

A divulgação ou publicação pode ser feita, inclusive pelo Bulletin Board System - BBS, um pequeno sistema acessado via linha discada, restrito a um grupo de usuários locais. Este sistema oferece, muitas vezes, vários serviços, como por exemplo: grupos de discussões, murais de aviso; repositório de software público, etc. Atente-se que os BBSs possuem acesso à *internet*. (*sic*) *internet* (rede de redes que se comunicam através do protocolo TCP/IP).

Publicar é tornar público, tornar acessível a qualquer pessoa. Assim, publicar fotografias eróticas de crianças ou adolescentes constitui o crime previsto no art. 241 do ECA.

[...]

A objetividade do crime de fotografar ou publicar crianças ou adolescentes em poses eróticas - art. 241 do ECA - é o respeito à imagem, à liberdade sexual e ao domínio do corpo da criança e do adolescente.

[...]

Conforme se vê, as instâncias ordinárias basearam-se em amplo conjunto fático-probatório, decorrente de perícias realizadas nos sítios eletrônicos em que as fotos de crianças e adolescentes foram publicadas, para se convencer de que a conduta atribuída ao paciente configura o crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na figura "publicar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente".

Assim, alcançar conclusão diversa – no sentido de que a conduta imputada ao paciente não se amolda ao tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pela Lei n. 10.764/2003 – importaria no reexame fático-probatório dos autos, providência inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRODUZIR, REPRODUZIR, DIRIGIR, FOTOGRAFAR, FILMAR OU REGISTRAR, POR QUALQUER MEIO, CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRAFIA, ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. Hipótese em que as instâncias ordinárias, através de análise detida do acervo de provas, entenderam como incontroversa a prática dos delitos pelos acusados.

II. Se a condenação se encontra lastreada em amplo quadro probatório, a pretensão de absolvição por ausência de dolo, ou a de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos, considerando que os recorrentes em momento algum infirmam as teses da acusação, implica em reexame de matéria fático-probatória dos autos, impossível de ser satisfeita na via especial, em face do óbice da Súmula 07/STJ, que veda a incursão em questões de índole puramente subjetivas, já submetidas à apreciação nas instâncias ordinárias.

III. Recurso não conhecido.

(REsp n. 1.162.880/AC, Ministro Gilson Dipp, DJe 19/12/2011 – grifo nosso)

Ainda que assim não fosse, inexistente no ordenamento jurídico uma norma penal não incriminadora explicativa que esclareça o conceito de pornografia infantil ou infanto-juvenil, razão pela qual, ao contrário do que quer fazer crer o impetrante, a previsão contida no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da redação dada pelas Leis n. 10.764/2003 e 11.829/2008, não se limita à criminalização somente de condutas de publicar fotos de crianças e adolescentes totalmente despidas.

Cabe ao intérprete da lei, buscando a melhor aplicação da norma ali contida, diante do caso concreto, analisar se a conduta praticada pelo paciente se amolda à prevista no dispositivo em questão, de modo que nada impede que se analise, além das fotos, isoladamente, o contexto em que elas estão inseridas (publicadas).

Para isso, deve o magistrado se valer dos meios de interpretação colocados à sua disposição para adequar condutas, preencher conceitos abertos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e, por fim, buscar a melhor aplicação da norma de acordo com a finalidade do diploma em que ela está inserida, que, no caso dos autos, é a proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Confira-se o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Nesse sentido:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.
(HC n. 177.472/MG, Ministro Jorge Mussi, DJe 1º/8/2011 – grifo nosso)

Carlos Maximiliano, em sua eterna obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ensina que:

[...]

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. A análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

[...]

(*Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª ed., pág. 5)

Rogério Greco, citando Manoel Messias Peixinho, afirma que:

[...] não há norma suficientemente clara que prescinda da interpretação e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo. Assim, para decidir se determinado texto é claro ou obscuro, bem como para decidir se determinada controvérsia é contemplada ou não por certa norma, é imprescindível, evidentemente, uma operação intelectual. Pois bem, o nome dessa operação é justamente o que se conhece por interpretação.

[...]

(*Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 12ª ed., pág. 31)

Ademais, dos documentos constantes dos autos, observa-se que foram publicadas fotos de crianças e adolescentes seminuas, algumas de roupas de banho, outras mostrando partes do corpo e outras em poses relativamente sensuais (fls. 212/274), em sites de conteúdo pedófilo, segundo perícia realizada, razão pela qual não vislumbrei nenhuma viabilidade de mudança do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

convencimento a respeito da conduta imputada ao paciente.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. COMPROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. ACÓRDÃO, NO PONTO, SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO. QUANTIDADE DE CRIMES.

1. Não se conhece do *writ* no que toca à alegada semi-imputabilidade do paciente, posto que a matéria não foi alvo da manifestação da Corte a quo;

2. Quanto à alegada negativa de autoria das fotos, inexecutável se faz sua análise na via escolhida, posto que em sede de *habeas corpus*, devido à sua natureza jurídico-constitucional, não se comporta incursão no conjunto probatório para a solução da quaestio;

3. Assim, também, quanto à afirmada ilegalidade cometida quando da fixação da pena-base, eis que, para tanto, estar-se-ia a demandar novo juízo valorativo em relação às circunstâncias judiciais tomadas em conta para sua exasperação, operação, aliás, devidamente realizada pela Corte a quo;

4. Em relação ao caráter pornográfico das fotos juntadas aos autos, ainda que viável fosse a formação de novo juízo sobre o tema, as cópias constantes do presente *writ*, em que aparecem meninos nus e seminus, não deixam quaisquer dúvidas sobre sua licenciosidade;

5. Este Superior Tribunal tem se manifestado, reiteradamente, no sentido de que o aumento relativo à continuidade delitiva deve guardar compatibilidade com a sua extensão, relativamente ao número de infrações; assim, praticada a conduta cinco vezes, é de se majorar a pena em um terço e não em dois terços como fez a Corte a quo;

6. *Writ* que se conhece parcialmente e, no ponto, concede-se parcialmente a ordem, tão-somente para reduzir a majoração provocada pela continuidade delitiva para um terço.

(HC n. 43.060/SP, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 10/4/2006 – grifo nosso)

No tocante aos pleitos de fixação da pena-base no mínimo legal e de imposição de regime inicial aberto de cumprimento da pena, melhor sorte não socorre o paciente.

É que o Tribunal de origem não se manifestou satisfatoriamente sobre a questão, razão pela qual o conhecimento originário do tema por esta Corte Superior de Justiça configuraria indevida supressão de instância.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE. INTERROGATÓRIO. MATÉRIA NÃO ARGUIDA OU DEBATIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. ESTABELECIMENTO DO REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

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." (AgRg no HC 120.475/MG, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 4.10.2010).

2. Constatando-se que o tema aduzido na impetração não foi apreciado pelo Tribunal de origem, fica inviabilizado o exame da matéria nesta Casa de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia.

4. Em tais hipóteses, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas.

5. Na linha do entendimento sumulado por esta Corte e pelo Supremo Tribunal, configura constrangimento ilegal o estabelecimento de regime prisional mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta à paciente.

(HC n. 224.410/SP, Ministro Og Fernandes, DJe 7/3/2012 – grifo nosso)

Em face do exposto, **conheço parcialmente** da impetração e, na parte conhecida, **denego** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 168.610 - BA (2010/0063754-4)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sra. Presidente, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0063754-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 168.610 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2002160347 200233000160347

EM MESA

JULGADO: 19/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JUSCELINO LEMOS SANTOS JÚNIOR

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO

PACIENTE : LAWRENCE ALLEN STANLEY

ADVOGADO : JUSCELINO LEMOS SANTOS JÚNIOR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes Previstos no Estatuto da criança e do adolescente

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nesta parte, denegou a ordem, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.