



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ

GABRIELA RANKEL FERREIRA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE PORNOGRAFIA
INFANTIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E
A TUTELA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Ponta Porã – MS

2021

GABRIELA RANKEL FERREIRA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A TUTELA DOS
DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Me. Carolina Lückemeyer Gregorio.

Ponta Porã – MS

2021

GABRIELA RANKEL FERREIRA

**A CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A TUTELA DOS
DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Me. Carolina
Lückemeyer Gregorio
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof. Me. Marko Edgard Valdez
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof.^a Me. Lysian Carolina Valdes
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Ponta Porã-MS, 09 de dezembro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha orientadora, Carolina, por todo o auxílio que me deu durante a elaboração deste trabalho. Sua sensibilidade e seu conhecimento com relação ao tema foram de grande ajuda para que ele pudesse ter tomado a forma que tomou.

Agradeço também aos meus pais, Jorge e Silvana, que me deram a oportunidade de estar concluindo a graduação, fazendo o possível para me dar todo o suporte que precisei até hoje.

Deixo aqui também um agradecimento ao meu grupo de amigos da faculdade: Camila, Isabelle, João Paulo, Renan, Richerd e Vinicius. Eles tornaram essa jornada mais leve, me ajudaram quando precisei e com toda a certeza influenciaram no meu crescimento.

Além desses, agradeço também aos demais amigos, uns de longa data, que presenciaram minha vida acadêmica e compartilharam comigo experiências que guardarei com muito carinho pelo resto da vida (vocês sabem quem são).

Por fim, deixo um agradecimento às pessoas com quem compartilhei experiência durante os quatro anos de estágio que fiz durante a graduação. Cada lugar e cada colega foram extremamente importantes para que eu pudesse me desenvolver pessoalmente e profissionalmente.

“As consequências de nossos atos são sempre tão complexas, tão diversas,
que prever o futuro é uma tarefa realmente difícil.”

Alvo Dumbledore

(Harry Potter e o Prisioneiro de Azkaban – J. K. Rowling)

FERREIRA, Gabriela Rankel. **A criminalização da posse de pornografia infantil no ordenamento jurídico brasileiro e a tutela dos direitos da criança e do adolescente**. 83 p. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas de Ponta Porã – MS, Ponta Porã, 2021.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar a criminalização da posse de pornografia infantil e as dissidências doutrinárias acerca do tipo penal previsto no art. 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a relação dessa criminalização com a tutela dos direitos da criança e do adolescente. Os objetivos da pesquisa consistem em, inicialmente, verificar o conceito de pornografia infantil, suas formas de disseminação e as características de seus consumidores, analisando em que ponto a questão da pedofilia está relacionada ao tema. Em seguida, serão trazidos alguns dispositivos internacionais sobre a posse de pornografia infantil e a introdução do crime no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a necessidade de se garantir os direitos dos menores e os limites de intervenção do Direito Penal. Por fim, serão trazidas discussões acerca da criminalização da posse de pornografia infantil, com posições de autores que a criticam e a defendem. O trabalho envolveu uma pesquisa de natureza básica, sendo utilizadas revisões bibliográficas que trazem tópicos relevantes para a discussão do tema em questão, a fim de conhecer de forma mais aprofundada e compreender no que consiste e quais são as controvérsias acerca da importância e da efetividade da criminalização da posse de pornografia infantil. A abordagem é qualitativa, por meio de entendimentos e posições conflitantes que envolvem um tipo de interação humana, de forma que foi feita uma análise exploratória acerca do material teórico pesquisado, a fim de coletar argumentos e hipóteses que envolvem o tema abordado. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, partindo-se da premissa de que é necessário conferir uma proteção eficaz às crianças e aos adolescentes, até chegar às discussões acerca da necessidade e da efetividade da criminalização da posse de pornografia infantil.

Palavras-chave: Pornografia infantil. Posse. Estatuto da Criança e do Adolescente. Pedofilia.

FERREIRA, Gabriela Rankel. **The criminalization of possession of child pornography in the Brazilian legal system and the protection of the rights of children and adolescents.** 83 p. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas de Ponta Porã, Ponta Porã, 2021.

ABSTRACT

The present work aims to address the criminalization of the possession of child pornography and the doctrinal disagreements about the criminal type provided for in art. 241-B, of the Child and Adolescent Statute, and the relationship of this criminalization with the protection of the rights of children and adolescents. The research objectives consist of, initially, verifying the concept of child pornography, its forms of dissemination and the characteristics of its consumers, analyzing at what point the issue of pedophilia is related to the theme. Then, some international provisions on the possession of child pornography and the introduction of crime in the Brazilian legal system will be brought forward, as well as the need to guarantee the rights of minors and the limits of intervention of the Criminal Law. Finally, discussions will be brought about the criminalization of the possession of child pornography, with the positions of authors who criticize and defend it. The work involved a research of a basic nature, using bibliographic reviews that bring relevant topics to the discussion of the subject in question, in order to know more deeply and understand what it consists of and what are the controversies about the importance and effectiveness of criminalization of the possession of child pornography. The approach is qualitative, through conflicting understandings and positions that involve a type of human interaction, so that an exploratory analysis of the researched theoretical material was carried out, in order to collect arguments and hypotheses that involve the topic addressed. The research method used was deductive, starting from the premise that it is necessary to provide effective protection to children and adolescents, until reaching discussions about the need and effectiveness of criminalizing the possession of child pornography.

Key words: Child pornography. Possession. Child and Adolescent Statute. Pedophilia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PORNOGRAFIA INFANTIL, INTERNET E PEDOFILIA.....	14
2.1 CONCEITO DE PORNOGRAFIA INFANTIL.....	14
2.2 O USO DA INTERNET POR MENORES DE IDADE E A DISSEMINAÇÃO DA PORNOGRAFIA INFANTIL POR MEIO DO AMBIENTE VIRTUAL	21
2.3 OS CONSUMIDORES DE PORNOGRAFIA INFANTIL E A PEDOFILIA	26
2.3.1 Os consumidores de pornografia infantil.....	26
2.3.2 O consumo de pornografia infantil e a pedofilia	27
3 A CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS BASILARES NA PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES	33
3.1 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL EM ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL	33
3.1.1 Principais documentos referentes à proteção de crianças e adolescentes em relação à posse de pornografia infantil em âmbito internacional.....	34
3.1.1.1 A Convenção Sobre Direitos da Criança.....	34
3.1.1.2 O Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança Sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil.....	34
3.1.1.3 A Convenção Europeia Sobre Crimes Cibernéticos	35
3.1.1.4 A Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia	37
3.2 A PORNOGRAFIA INFANTIL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.829/08 E A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL	38
3.2.1 O bem jurídico tutelado	45
3.3 PRINCÍPIOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A PROTEÇÃO CONTRA A PORNOGRAFIA INFANTIL.....	49
3.3.1 A Doutrina da Proteção Integral.....	49

3.3.2 Princípio da Prioridade Absoluta	51
3.3.3 Princípio do Interesse Superior	53
3.4 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL E A INTERFERÊNCIA DO DIREITO PENAL	54
3.4.1 Princípios da Intervenção Mínima e da Subsidiariedade	55
3.4.2 Princípio da Ofensividade	56
3.4.3 Princípio da Proporcionalidade	57
4 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL E OS DEBATES ACERCA DO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 241-B, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	59
4.1 A DIFERENÇA ENTRE O MERO ACESSO AO CONTEÚDO PORNOGRÁFICO INFANTIL E A POSSE	60
4.2 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL E OS DEBATES ACERCA DE SUA CRIMINALIZAÇÃO	63
4.3 O CONSUMO DE PORNOGRAFIA INFANTIL E A SUA INFLUÊNCIA NA PRÁTICA DE DELITOS SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

A punição da mera posse de coisas deve estar fundamentada na proteção a um bem jurídico tutelado. Os delitos de posse podem ser entendidos como uma criminalização de uma conduta futura, com o objetivo de evitar danos que podem ocorrer ou ainda evitar a perpetuação de um dano já causado.¹

Claus Roxin,² ao definir os crimes de posse, afirma:

O domínio corporificado na posse se expressa, de um modo geral, na realização ou não de determinadas atividades. Presente a relevância jurídico-penal da posse, torna-se claro que o possuidor não apenas conservará, cuidará e utilizará a coisa, mas também omitirá seu descarte ou sua destruição. Contudo, esses são unicamente momentos parciais do exercício da posse como manifestação autônoma da personalidade, que não se reduz a realizar ou não determinados movimentos corporais.

A criminalização da pornografia infantil passou a ser inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente com a entrada em vigor do referido diploma legal, em 1990, onde já se previa os tipos penais de produção e divulgação de material pornográfico infantil. Antes do ECA, a tipificação relacionada a material pornográfico estava disposta apenas no Código Penal, em seu artigo 234, que trata do tipo penal de escrito ou objeto obsceno, abrangendo vítimas em geral, não havendo a especificação de vítimas menores de idade.³

O tema da pornografia infantil possui várias ramificações, como a questão da repressão ao crime, a prevenção, o estudo dos tipos penais em si, a questão do consentimento de menores⁴ etc. Dificilmente tratar sobre uma delas não exigirá ao menos uma menção sobre outras. Isso acaba tornando as discussões mais complexas, além da própria matéria de estudo em si, sendo que, dependendo da abordagem, poucos trabalhos são encontrados.

A criminalização da pornografia infantil é inserida no ECA como sendo uma forma de o Estado punir uma prática que vem sendo intensamente disseminada, principalmente no meio virtual, podendo causar grandes danos físicos e psicológicos em pessoas que ainda se encontram em situação de desenvolvimento.

¹ MORAIS, Felipe Soares Tavares. Internet, Pornografia e Infância: a Criminalização da Posse de Pornografia Infantil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, v. 64, p. 105-133, 2017, p. 123. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Felipe_Soares_Tavares_Morais.pdf>. Acesso em: 6 mai 2021.

² ROXIN, Claus. Crimes de Posse. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 12, pp. 36-55, jan/abr 2013, p. 9. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7339>>. Acesso em: 13 nov 2021.

³ ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. **Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil**. Revista dos Tribunais, vol. 890. São Paulo, 2009, pp. 444-470, p. 445.

⁴ Aqui, ressalta-se que o termo “menor” será por diversas vezes utilizado neste trabalho, mas não fará referência ao menor em “situação irregular” definido pelo Código de Menores de 1979, mas sim apenas para se referir a crianças e adolescentes, como uma forma de maior praticidade ao abordar esses indivíduos.

Com a Lei nº 10.764/03, houve alteração nos tipos legais acima mencionados, aumentando a pena da produção e abrangendo, de forma explícita, a divulgação de pornografia infantil através da internet. Em seguida, a Lei nº 11.829/08, criada após os trabalhos da CPI da Pedofilia, aumentou novamente a pena da produção, bem como da divulgação, além de criar novos tipos penais, como a posse de pornografia infantil, a produção de pornografia infantil simulada e o aliciamento de crianças para fins libidinosos.⁵

Dessa forma, seguindo critérios de especialidade, os tipos penais envolvendo atos obscenos, ou pornografia, conforme passou a ser chamado, passaram a ser tipificados no ECA quando envolvem vítimas menores de idade.

O delito de posse, que será o objeto principal desta pesquisa, está tipificado no art. 241-B, tendo por finalidade criminalizar a aquisição, a posse e o armazenamento de material pornográfico infantil. Observa-se que essa tipificação não se relaciona com os crimes de produção e distribuição, os quais são tipificados separadamente, também não havendo menção à mera visualização desse conteúdo. O tipo penal não prevê a conduta culposa, ou seja, o agente deve estar consciente do conteúdo pornográfico.

Quanto à denominação do crime em si, ressalta-se que, por mais que o tipo penal preveja três núcleos distintos, por mera praticidade e seguindo a mesma linha dos trabalhos estudados nesta pesquisa, o artigo em questão será referido como o crime de “posse”, apenas.

O objetivo deste trabalho é identificar quais os riscos que a posse de pornografia infantil traz para a sociedade e para a integridade física e psicológica de crianças e adolescentes, uma vez que, ao se analisar as possíveis consequências que esse delito pode causar, surge a necessidade de verificar como o consumo desse tipo de conteúdo afeta o seu usuário, ou seja, quais são as implicações que isso traz para o estímulo da exploração sexual infantil, bem como a necessidade de se criar este tipo penal como forma de tutelar os direitos da criança e do adolescente.

Para isso, a fim de melhor compreender o tema, serão abordadas no primeiro capítulo questões como o próprio conceito de “pornografia infantil”, delimitando a sua abrangência, bem como a influência da internet na disseminação e a facilidade de aquisição desse tipo de conteúdo através do ambiente virtual. Em seguida, serão feitas considerações acerca da pedofilia, ou transtorno pedofílico, como forma de apontar qual a relação que essa parafilia tem com o consumo de pornografia infantil.

⁵ ASSUNÇÃO E SILVA, op. cit., p. 446.

Com relação à abrangência do conceito de “pornografia infantil”, informa-se, desde já, que o presente trabalho cingirá suas considerações apenas sobre a posse de pornografia real, onde existem crianças e adolescentes reais presentes no conteúdo pornográfico, a fim de maior delimitação do tema, de modo que discussões sobre a pornografia infantil simulada merecem ser apresentadas em um trabalho específico para tal.

No segundo capítulo, serão abordados documentos internacionais que passaram a tratar sobre a posse de pornografia infantil e a dispor sobre condutas que poderiam ser criminalizadas pelos países signatários, em razão da preocupação acerca da rápida disseminação dessa prática no mundo online, que passou a violar direitos de menores em todos os cantos do mundo.

Em seguida, serão feitas considerações sobre a introdução do crime de posse no ordenamento jurídico brasileiro, que se deu através dos trabalhos da CPI da Pedofilia, a qual foi criada com os objetivos de compreender no que consiste o transtorno pedofílico e os crimes que dele decorrem, como identificar o uso da internet para a prática desses crimes e os métodos para combatê-los, visando, ainda, aprimorar a legislação referente ao tema.⁶

Em razão da criação de um novo tipo penal, também é necessário identificar qual seria o bem jurídico tutelado, discussão essa um tanto quanto controversa, mas que vários autores acabam por identificar a autodeterminação sexual como um bem que deve ser protegido quando se trata de crianças e adolescentes. Essa autodeterminação se refere ao desenvolvimento natural da sexualidade, sem influências que podem acelerar o processo e tornar tal experiência traumatizante para o menor.⁷

Em seguida, serão abordados alguns principais princípios referente aos direitos da criança e do adolescente, dispostos tanto na Constituição Federal como no Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de se relacionar a razão pela qual a posse passou a ser criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de garantir esses direitos e preservar a integridade física e psíquica de menores de idade, considerados seres mais vulneráveis em razão da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme o disposto no art. 6º, do Estatuto.⁸

⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. **Relatório final**. Brasília, 2010, p. 6. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/RELATORIOFinalCPIPEDOFILIA.pdf>>. Acesso em: 18 mai 2021.

⁷ LEITE, Inês Ferreira. **A tutela penal da liberdade sexual**. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais. II Curso Pós-Graduado de aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova. Universidade de Lisboa. 2011, pp. 11-12. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual>. Acesso em: 19 ago 2021.

⁸ 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. (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança

Em seguida, serão feitas considerações acerca de alguns princípios do Direito Penal e a necessidade de sua interferência na sociedade, estabelecendo critérios para a repressão e a prevenção de delitos, assim como estabelecendo limites na atuação do Estado frente à liberdade do indivíduo.

Por fim, no terceiro capítulo, serão trazidas diversas considerações acerca da viabilidade e da necessidade da criminalização de mera posse de pornografia infantil, de modo que serão trazidos tanto críticas como posicionamentos a favor deste tipo penal, visando sempre relacionar a sua efetividade frente aos direitos da criança e do adolescente, assim como as limitações ao poder punitivo estatal impostas pelo Direito Penal.

Destarte, serão trazidos pontos relevantes para a discussão dessa criminalização, como a influência que o seu consumo da pornografia infantil tem na eventual prática de abusos sexuais concretos contra crianças e adolescentes, o aproveitamento dessa violação de vulneráveis pelo consumidor, a necessidade de proteção ao bem jurídico tutelado, bem como a própria prevenção do crime em razão da posse ilegítima desses materiais.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é identificar as discussões doutrinárias acerca da criminalização da posse de pornografia infantil no Brasil, relacionando-a com a tutela dos direitos da criança e do adolescente, a fim de discutir a importância e os impactos do tratamento jurídico do ordenamento brasileiro dado à posse de material de cunho sexual envolvendo os menores.

Para isso, é necessário que se compreenda de que forma a pornografia infantil pode ser produzida e exposta, bem como quais são as condutas que se enquadram nas tipificações penais, para que então seja possível identificar qual tipo de material pode incriminar o usuário que o detém, passando-se a analisar e compreender, em seguida, quais os riscos que essa posse traz no desenvolvimento de crianças e adolescentes e a necessidade de uma tutela penal efetiva por parte no Estado na proteção destes seres.

A relevância dessa pesquisa pode ser constatada ao se verificar o estudo da efetividade de uma norma jurídica em tutelar direitos garantidos constitucionalmente, que acabam por prevalecer sobre outros dispostos na Constituição Federal, sem, contudo, retirar-lhes a sua importância.

e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 mai 2021.

2 PORNOGRAFIA INFANTIL, INTERNET E PEDOFILIA

Para melhor compreensão do tema a ser abordado neste trabalho, é fundamental que se tenha uma noção de alguns conceitos iniciais, que serão essenciais para que se compreenda toda a dinâmica da pesquisa.

Inicialmente, o trabalho abordará a abrangência do termo “pornografia infantil” e tudo o que pode ser enquadrado neste conteúdo, a fim de que não se dê demasiada amplitude no entendimento deste conceito e, conseqüentemente, acabe por se considerar como criminosa uma conduta que, na realidade, não está inclusa na legislação brasileira.

Em seguida, será feita uma breve exposição de como esse conteúdo pornográfico infantil pode ser encontrado e disponibilizado atualmente, considerando toda a expansão da era digital a nível mundial, que possibilitou uma comunicação muito mais eficiente entre pessoas que se encontram a milhares de quilômetros de distância, permitindo o compartilhamento de imagens, vídeos e sons, de forma de que a pornografia acompanhou essa evolução tecnológica, sendo mais fácil de ser encontrada em ambientes virtuais.

Por fim, serão feitas considerações sobre o perfil dos consumidores da pornografia infantil, a fim de que se analise a possibilidade de se identificar padrões de comportamentos que indiquem a propensão de determinado indivíduo a consumir este tipo de conteúdo, incluindo a questão da pedofilia como sendo um transtorno que pode impulsionar este consumo e será abordada eventualmente durante o desenvolvimento deste trabalho.

2.1 CONCEITO DE PORNOGRAFIA INFANTIL

Para que se possa delimitar o alcance legislativo da criminalização da posse de pornografia infantil, é importante que se compreenda o que pode ser entendido como “pornografia” e o que vem a ser entendido como “infantil”.

Inicialmente, importante destacar a origem do termo “pornografia”. Nas palavras de Spencer Toth Sydow:⁹

A palavra pornografia advém do grego “pornographos”, e tem significado literal de “escrito que tem por argumento a meretriz” ou “escrito sobre a prostituição”. [...] A conduta pornográfica envolvendo adolescentes ou crianças e que o legislador buscou coibir em nada se aproxima com a idéia de prostituição.

⁹ SYDOW, Spencer Toth. “Pedofilia virtual” e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 1, mai/ag 2009, p. 57. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7216>>. Acesso em: 13 nov 2021.

Observa-se, portanto, que a pornografia infantil não analisa só a questão da prostituição, podendo remeter, inclusive, apenas a atos consentidos, mas abrange todo ato de cunho sexual envolvendo crianças e adolescente, independentemente da idade do menor, conforme se passará a expor.

Em uma diferenciação do que pode ser considerado pornográfico e o que pode ser considerado obsceno, Leopoldo Stefano Louveira¹⁰ traz conceitos que traduzem o alcance dessas expressões. O obsceno, primeiramente, pode ser entendido como tudo o que traz uma reação de desgosto ou desconforto, de modo que as pessoas, ao se depararem com um conteúdo que contém expressões desta natureza, sendo sexual ou não, reagem com um sentimento de repulsa.

O Código Penal brasileiro dedica uma parte do título VI, referente aos crimes contra a dignidade sexual, para tratar do ultraje público ao pudor, estando estruturado em dois tipos penais: ato obsceno (art. 233) e escrito ou objeto obsceno (art. 234).

Damásio de Jesus e André Estefam¹¹ ao abordarem a evolução do que seria considerado “pudor”, prelecionam:

A moralidade sexual, ou pudor público, possui conceito variável no tempo e no espaço. Assim, por exemplo, se uma moça se vestisse, ao tempo da promulgação do CP, com um biquíni de pequenas proporções, sem dúvida que o pudor da sociedade seria atingido, o mesmo não ocorrendo hoje, em face da evolução dos costumes. Se alguém se apresenta despido em um campo de nudismo, o pudor daquele grupo não restará afetado, o mesmo não se podendo dizer se alguém andar nu por uma das ruas do centro da cidade de São Paulo. O pudor público é, assim, conceito variável, dependendo dos costumes do grupo social. Para se averiguar, portanto, se o objeto jurídico tomado pelo legislador ao definir os crimes capitulados sob o título “Do Ultraje Público ao Pudor” foi violado, é necessário proceder-se a uma pesquisa no grupo social dentro do qual o fato foi perpetrado. Somente após se aferir qual o sentimento de moralidade sexual vigente em determinada sociedade, em determinado período de sua história, é que se poderá verificar se o pudor público foi ou não lesado.

Com relação à moralidade, Louveira.¹² destaca que os pensamentos, por mais que sejam imorais, não podem ser punidos pelo Estado, sendo que tal legitimidade surge apenas quando estes pensamentos são exteriorizados, causando um dano passível de intervenção estatal.

¹⁰ LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. **A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 79.

¹¹ JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-Aa do CP**. Atualização André Estefam – Direito penal vol. 3. 24 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 176.

¹² LOUVEIRA, op. cit., pp. 22-23.

No crime de ato obsceno, tipificado no art. 233, do CP, tem-se como finalidade a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que o ato é praticado contra a vontade da vítima. Nesse sentido, Luiz Regis Prado,¹³ ao tratar deste tipo penal:

A palavra “*obsceno*” é oriunda do latim *ob* ou *obs* (a causa de) e *coemum*, tradução do grego *koinón* (imundo). *Ato obsceno*, elemento normativo extrajurídico ou empírico-cultural, representa, assim, uma conduta positiva do agente, com conteúdo sexual, atentatória à liberdade sexual, em menosprezo à vontade da vítima. São atos de conteúdo objetivamente lúbricos: por exemplo, exibição de órgão genital, prática de masturbação, bolinação em público, chispada (ou *streaking* – andar ou correr desnudo).

Embora ato obsceno se revista de natureza sexual, nem toda conduta amolda-se ao tipo legal, tais como o ato de micção, a ventosidade intestinal, a dejeção, o casual nudismo em praia ou em praça pública (diante de eventual e fortuita pessoa) etc. Tem-se que ato obsceno vem a ser todo ato lúbrico ou libidinoso que tem implícito uma referência à tendência subjetiva com a qual se realiza a conduta. Esta tendência lasciva consiste em excitar ou satisfazer impulso sexual próprio ou alheio.

Sendo assim, pode-se dizer que certos atos obscenos poderão ser tolerados de acordo com o grau de aceitação social sobre eles.¹⁴ Logo, torna-se compreensível a dificuldade em se precisar o conceito de obsceno, considerando que os padrões culturais de uma determinada sociedade estão em constante transformação, razão pela qual algo que pudesse ser considerado obsceno tempos atrás pode não ser considerado obsceno em tempos atuais e vice-versa.

Com relação ao delito de escrito ou objeto obsceno, Prado¹⁵ discorre:

O sentido da expressão “objeto obsceno” como elemento normativo extrajurídico, está condicionado à concepção ético-cultural em vigor na sociedade, em certa época. Por escrito ou objeto obsceno (material pornográfico), deve-se entender a obra (realizada sobre qualquer suporte material) que represente, em contradição aos critérios gerais da comunidade, condutas sexuais graves de modo lascivo, lúbrico ou impudico, desprovidas de conteúdo artístico, científico ou cultural.

Observa-se, analisando estes tipos penais, que o conceito de obsceno se torna vago, uma vez que não existe um padrão do que pode ir contra ao aceitável pela moral e pela decência, o que pode resultar em situações que se enquadram no que o Louveira.¹⁶ denomina de “zona cinzenta”. Além do mais, ele se transforma de tempos em tempos de acordo com as mudanças de hábitos e valores em determinada época, razão pela qual é necessário que se faça uma análise do caso concreto para que se constate o grau de obscenidade de determinado conteúdo, a ponto de considerá-lo aceitável ou não. Contudo, a despeito da discussão acerca da

¹³ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte especial – artss. 121 a 249 do CP, volume 2**. 3. Ed. Disponível em: Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 616.

¹⁴ LOUVEIRA, op. cit., p. 82.

¹⁵ PRADO, op. cit., p. 620.

¹⁶ LOUVEIRA, op. cit., p. 80.

constitucionalidade do art. 234 entre os doutrinadores,¹⁷ em razão da falta de justificção para a tipificação penal, sua apresentação se mostra necessária apenas para se diferenciar mais a fundo o obsceno em si da pornografia, o que nem sempre consegue ser feito facilmente.

É claro que, quando se trata da presença de crianças ou adolescentes em todos os núcleos dos artigos 233 e 234, do Código Penal, pelo princípio da especialidade, aplica-se o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, os tipos penais previstos no art. 240 ao 241 – 241-D.

Dito isso, passa-se à análise do conceito de “pornografia infantil”, uma vez que a definição deste termo será importante para compreender o tipo penal a ser estudado.

Louveira¹⁸ afirma que a pornografia pode ser entendida como todo material de cunho sexual que tenha como finalidade a estimulação da libido daquele que tem o contato com o seu conteúdo. Ela se associa com a ideia de nudez ou representação de ato sexual, podendo causar um estímulo em quem a consome. Um conteúdo de cunho pornográfico pode ser expresso através de imagens, sons, vídeos, textos ou qualquer outra forma que provoque no indivíduo um prazer relacionado ao sexo.

Dessa forma, analisando-se os conceitos de pornografia e obscenidade, não se pode deixar de mencionar a existência de conteúdos que traduzem trabalhos puramente artísticos ou científicos. O Estado, ao criar tipos penais a fim de proteger bens jurídicos relevantes socialmente, deve tomar o cuidado de não se ocupar em criminalizar condutas que não demonstrem certa lesividade a um determinado grupo de pessoas, ou à sociedade em geral. Julio Fabbrini Mirabete,¹⁹ ao tratar do obsceno, menciona essa distinção:

Discute-se, quanto ao crime em apreço, o problema da obra artística, sendo sutil e contestada a diferença entre um livro realista ou um nu pintado, que podem ser considerados obras de arte. E um escrito ou pintura obscenos. Entendem uns que a arte nunca pode ser obscena e outros que não justifica ela a obscenidade. Segundo Fragoso, “o simples propósito obsceno não basta, assim, como não desculpa o propósito superior, se a obra ofende grosseiramente o pudor público. É necessário, porém, que se revele o propósito, na obra, de excitar a sensualidade e a luxúria e o sentido pornográfico não pode ser aferido por uma ou outra passagem de um relato, sendo necessária uma apreciação em conjunto. “a impudicícia de um detalhe particular”, diz Maggire, 590, “não pode obscurecer a obra inteira, que seja iluminada de pureza e nobreza de propósitos”. De qualquer forma, a obra literária, artística ou

¹⁷ A título de exemplo, Bitencourt pontua: “A nosso juízo, essa superada infração penal devia, de há muito tempo, ter sido extirpada do direito positivo brasileiro, especialmente a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, que tenta eliminar toda a forma de censura às atividades artísticas e culturais”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. Coleção Tratado de direito penal volume 4.** 14 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 247).

¹⁸ LOUVEIRA, op. cit., p. 82.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP – volume 2.** Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. 36 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Atlas, 2021, p. 520.

científica deve ser apreciada, para os fins de incriminação, de acordo com o seu momento histórico.

Nota-se, portanto, a polêmica que envolve o assunto, uma vez que obras artísticas e científicas podem causar diferentes impactos em seus espectadores, os quais podem ser mais conservadores, repudiando a prática, ou mais liberais, não entendendo pela necessidade de censura de determinadas representações de cunho sexual, prezando pela liberdade de expressão. Neste ponto, torna-se relevante a análise da intenção do produtor daquele conteúdo ao divulgar uma representação de atos sexuais ou nudez, seja para fins artísticos, científicos ou meramente sexuais.

Por sua vez, tratando da pornografia infantil, Louveira²⁰ a conceitua como sendo um material de conotação sexual que tenha a capacidade de, ao menos potencialmente, ofender o livre desenvolvimento de crianças e adolescentes, devendo ter idoneidade suficiente para provocar um efeito danoso ao desenvolvimento dos indivíduos incapazes. O autor ainda acrescenta que “só se poderá falar na elaboração de pornografia infantil quando houver nítido caráter lascivo, provocativo, instigativo, voltado ao exclusivo escopo de estímulo da libido das pessoas destinatárias desses documentos”.

Segundo Inês Ferreira Leite,²¹ a pornografia infantil tem sido entendida como “qualquer representação, por qualquer meio de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.”

No âmbito global, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU, apresenta, em seu art. 2º, alínea “c”,²² o conceito de pornografia infantil como sendo “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em actividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.”

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente,²³ em seu artigo 241-E, após tipificar todas as condutas delituosas envolvendo a produção, distribuição e posse de pornografia infantil, disciplina qual tipo de conteúdo pode ser considerado pornográfico:

²⁰ LOUVEIRA, op. cit., pp. 128-129.

²¹ LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia – repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 54.

²² Organizações das Nações Unidas – ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em 03 set 2021.

²³ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 mai 2021.

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.

Do artigo em questão, depreende-se que, tanto a representação real de atos sexuais envolvendo crianças e adolescentes, como a representação simulada, são consideradas conteúdos pornográficos cuja posse, objeto central deste trabalho, é passível de responsabilização do indivíduo na esfera penal. Contudo, apesar de a pornografia infantil simulada receber um tipo penal específico, no artigo 241-C, do ECA, ressalta-se, como já mencionado, que a presente monografia centrará os seus estudos na posse de pornografia infantil envolvendo situações reais entre crianças e adolescentes, limitando, portanto, o alcance do artigo 241-B, do referido estatuto.

Trazendo essas interpretações para a realidade jurídica brasileira, seguem, como exemplo, trechos do voto da relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura no REsp nº 1.543.267/SC (2015/0169043-1)²⁴, apresentando um entendimento abrangente sobre o conceito de pornografia infantil, sendo que não é necessário que a vítima esteja com os seus órgãos genitais expostos, bastando a finalidade sexual do conteúdo:

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

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

(...), o artigo 241-E traz uma norma penal explicativa, que não incrimina condutas ou determina a sua impunidade, mas, sim, procura aclarar o conteúdo dos tipos penais. No dispositivo em questão, o legislador define o que se compreende pela expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica”: qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas (visíveis), reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. A definição não é completa, pois não abarca todas as situações de encenação que ensejam representação de pornografia infanto-juvenil, necessitando de uma valoração cultural pelo intérprete, o que caracteriza os novos tipos penais como abertos. (grifo nosso - Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Coordenador Munir Cury. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1099)

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

A criança ou adolescente não precisa só estar nua, mas pode estar, p. ex com as vestes íntimas. Foi o que acertadamente mencionou a procuradora Patrícia Carneiro Tavares:

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Recurso Especial nº 1543267/SC – 0008331-06.2015.8.24.0000**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 03/12/2015. Data de Publicação: DJe 16/02/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1457585&num_registro=201501690431&data=20160216&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 19 set 2021.

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

(...)

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

(STJ. Sexta Turma. Recurso Especial nº 1543267/SC – 0008331-06.2015.8.24.0000. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 03/12/2015. Data de Publicação: DJe 16/02/2016)

Dessa forma, percebe-se que, analisando-se a literalidade do art. 241-E, do ECA, a pornografia infantil estaria apenas caracterizada se houvesse a participação da criança ou adolescente em cena de atividade sexual explícita ou a exibição de seus órgãos genitais, sendo que, conforme o entendimento ora citado, seu conceito foi expandido a fim de garantir maior proteção a estes indivíduos mais vulneráveis.

Neste ponto, cabe fazer um adendo: conforme observa Laura Lowenkron,²⁵ relatos escritos ou verbais que narram práticas de abuso sexual infantil reais não seriam considerados crime. Ou seja, quando um indivíduo abusa sexualmente de um menor de idade e passa a relatar para um terceiro tal abuso cometido, a busca pela materialidade do delito se concentraria na prática de crime de estupro de vulnerável ou ainda algum outro delito sexual tipificado no Código Penal, não havendo que se falar, nestes casos, em crimes envolvendo pornografia

²⁵ LOWENKRON, Laura. **A cruzada antipedofilia e a criminalização das fantasias sexuais**. Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana. ISSN 1984-6487, n. 15. Dec. 2013, pp. 37-61, p. 53.

infantil, uma vez que a intenção do agente estaria concentrada no abuso em si, e não na divulgação de pornografia.

Com relação à idade da vítima, o Estatuto trata de maneira equivalente tanto crianças, consideradas até os doze anos de idade incompletos, como adolescentes, considerados dos doze anos completos até os dezoito anos incompletos, não havendo diferenciação de penas acerca da idade das vítimas, bem como inexistindo qualquer ressalva da possibilidade de consentimento por parte de adolescentes quando ao fornecimento de material pornográfico no qual constem, em tese, como vítimas, assunto este que será abordado posteriormente.

Portanto, a despeito de o termo “infantil” remeter apenas a crianças, quando se trata da pornografia, ele se estende aos adolescentes, como uma forma de simplificá-lo ao abranger todos os indivíduos que podem ser considerados vítimas dos tipos penais referentes a ela.²⁶

Além das discussões sobre o tema e da subjetividade ao se considerar um conteúdo como pornográfico, é necessário analisar como esse material é produzido e como as crianças ou adolescentes aparecem, devendo sempre estar presente a potencial ofensa ao livre desenvolvimento do menor. Portanto, conforme já foi observado, a finalidade desse material também é um aspecto importante a ser analisado, uma vez que uma imagem contendo nudez de um menor de idade, por exemplo, por ser utilizado para fins meramente didáticos.

Esse material, atualmente, é facilmente disponibilizado no ambiente virtual através da internet, o que de certa forma potencializa a sua procura e a sua produção, razão pela qual este assunto deverá ser mais bem tratado no próximo tópico.

2.2 O USO DA INTERNET POR MENORES DE IDADE E A DISSEMINAÇÃO DA PORNOGRAFIA INFANTIL POR MEIO DO AMBIENTE VIRTUAL

Considerando o vasto meio virtual a que a sociedade está exposta nos dias atuais, com a utilização de equipamentos eletrônicos no dia a dia para o trabalho, comunicação e lazer, não é difícil de se imaginar que os conteúdos pornográficos também tenham migrado em grande escala para esse ambiente.

Em uma visão geral, a internet trouxe grandes benefícios para a sociedade, uma vez que tornou a comunicação muito mais eficiente, conectando pessoas nos quatro cantos do mundo através da troca de mensagens de texto ou de conteúdo audiovisual, bem como permitiu que as

²⁶ O art. 2º, do ECA, faz a distinção entre criança e adolescente: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”. (BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 03 set 2021.

informações chegassem em todos os continentes. Os equipamentos foram sendo modernizados e passaram a ter valores mais acessíveis. Crianças e adolescentes passaram a ter a tecnologia presente em todo o seu desenvolvimento. Tanto que, atualmente, é comum observar que, ao chegar em um estabelecimento, uma reunião, no local de serviço, nas faculdades e nas escolas, haverá pessoas utilizando celulares, muitas vezes até de forma excessiva.

Para ilustrar a situação, cita-se uma pesquisa feita em parceria entre as agências de marketing digital *We Are Social* e *Hootsuite*,²⁷ a qual revelou que, em janeiro de 2021, cerca de 4,66 bilhões de pessoas no mundo usavam a internet. No Brasil, os resultados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE,²⁸ revelaram que, no ano de 2019, a Internet era utilizada em 82,7% dos domicílios brasileiros.

Contudo, essa revolução tecnológica também passou a gerar riscos para a vida privada dos indivíduos, surgindo novas formas de criminalidade, abarcando não apenas crimes que possam ser cometidos apenas por meio da internet, mas também os mais variados crimes tradicionais, sendo que alguns destes passaram a ser mais facilmente praticados através do ambiente virtual, ainda que não haja contato direto entre o autor e a vítima.²⁹

Dentre tais crimes, estão os relacionados à pornografia infantil, tipificados no ECA. A tendência é que esse tipo de conteúdo não seja tão facilmente disponibilizado, uma vez que seus produtores e consumidores pretendem manter ao máximo o anonimato ao acessá-lo para não serem responsabilizados pelos crimes envolvendo a pornografia infantil.

Para se ter uma noção da dimensão do problema, a *SaferNet* Brasil,³⁰ associação que tem como uma de suas finalidades o enfrentamento à pornografia infantil, divulgou dados revelando que, no ano de 2020, foram recebidas, através de sua Central de Denúncias, 98.244 denúncias anônimas de pornografia infantil, cujo conteúdo foi encontrado em 46.019 páginas distintas, hospedadas em 7.629 domínios diferentes, sendo que os endereços de IPs (*Internet Protocol address*) foram atribuídos a 60 países em seis continentes. No Brasil, foram identificadas 764 páginas em 199 domínios.

²⁷ WE ARE SOCIAL. **Digital 2021: The latest insights into the ‘state of digital’**. Jan/2021. Disponível em: <<https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital/>>. Acesso em: 16 mai 2021.

²⁸ IBGE. **Uso de internet, televisão e celular no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 16 mai 2021.

²⁹ MORAIS, op. cit., p. 109.

³⁰ SAFERNET BRASIL. **Indicadores**. Disponível em: <<https://indicadores.safernet.org.br/index.html>>. Acesso em: 18 mai 2021.

Dessa forma, passa-se a fazer um panorama geral dos locais onde esse material pode ser encontrado no ambiente virtual.

A internet passou a ser mundialmente difundida com mais facilidade através do desenvolvimento da rede *World Wide Web* (WWW), desenvolvido pelo cientista Tim Berners-Lee, onde a comunicação alcançou a maior parte das redes mundiais. A partir daí, viu-se maior facilidade em transmitir áudios, vídeos e imagens por meio de um navegador.³¹

Com o aumento do acesso às redes, percebeu-se que a Internet era uma ferramenta útil para o ramo comercial, inclusive o comércio de ilícitos, envolvendo drogas, armas e até mesmo o tráfico de pessoas. Este ambiente ficou conhecido como *Deep Web*.

A *SurfaceWeb* é a parte da internet mais utilizada pelos usuários, tanto pela facilidade de acesso como pelo tipo de conteúdo que ela proporciona. Os sites contidos na *SurfaceWeb* são facilmente localizados, pois apresentam um único *host* (um servidor e um endereço de IP), podendo, portanto, serem facilmente identificados em investigações policiais.³² É nesse local onde são encontradas as redes sociais, como o *Facebook*, o *Instagram* e o *Whatsapp*, além de mecanismos de pesquisa, como o *Google*, bem como sites de compartilhamento de vídeos, como o *Youtube*.

Por sua vez, a *Deep Web* se trata de uma rede oculta, onde a dificuldade em acessar o seu conteúdo é maior. Nela, os usuários conseguem se beneficiar do anonimato e da privacidade durante o acesso, além de não serem impedidos pela censura que muitas vezes a *SurfaceWeb* pode trazer.³³ Muito utilizada em atividades ilícitas, a *Deep Web* permite que o conteúdo acessado não seja rastreado, de forma a possibilitar que seus usuários não sejam descobertos.

Existe ainda uma ramificação da *Deep Web*, a *Dark Web*, onde o acesso é ainda mais restrito, sendo que as suas páginas só podem ser acessadas através de *softwares* específicos que tenham permissão para carregá-las.³⁴ É nesse espaço onde a pornografia infantil é encontrada em grande escala, uma vez que, sendo várias as condutas relacionadas a ela consideradas crime, não só no Brasil, mas em diversos países, é de interesse tanto dos produtores e disseminadores desse conteúdo, assim como dos consumidores, que não sejam identificados para não responderem penalmente por seus atos.

³¹ PINHEIRO, Débora Hiromi Mouta. **O crime de pornografia infantil na *deep web*: medidas legais para o combate e proteção infantojuvenil.** Graduação em Direito. Universidade da Amazônia. Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ. Belém, 2018, p. 30.

³² *Ibid.*, p. 31.

³³ PINHEIRO, op. cit., p. 33.

³⁴ *Id.*

Segundo Calderon, *apud* Pinheiro,³⁵ as principais configurações que levam a *Dark Web* a fomentar o anonimato seriam a dinamização das páginas, a existência de conteúdos privados que apenas podem ser acessados por meio de pagamento, a criptografia, conteúdos em formatos que não conseguem ser identificados, bem como a utilização de moedas virtuais criptografadas. Dessa forma, o acesso se torna mais restrito, sendo que o usuário necessita ter um certo conhecimento do sistema para acessá-lo.

Entretanto, engana-se quem acredita que é apenas nesse ambiente que se pode encontrar um vasto conteúdo de pornografia infantil. As próprias redes sociais, hoje tão difundidas e cada vez mais presente na vida de jovens, acaba também por estar presente na vida de crianças e adolescentes que, se não monitorados devidamente, podem facilmente se tornar vítimas de crimes sexuais.

Acerca da pesquisa anteriormente citada do uso da internet pelos brasileiros feita pelo IBGE,³⁶ dos 82,7% domicílios brasileiros que utilizam a internet, também ficou constatado um aumento do percentual de uso por brasileiros com dez anos ou mais de idade. Em 2018, o percentual fixado foi de 74,7%. Em 2019, de 78,3%. O aumento do uso por pessoas de 10 a 13 anos aumentou de 75% para 77,7%, e o uso por pessoas de 14 a 19 anos aumentou de 88,6% para 90,2%. Ainda, do total de pessoas com 10 anos ou mais de idade, 95,7% afirmaram que que a principal finalidade do uso da internet seria para a troca de mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos.

Desta pesquisa, pode-se observar como o uso da internet por crianças e adolescentes tomou uma proporção extremamente elevada. Dessa forma, depreende-se que, com a utilização da internet de forma massiva por estes indivíduos, os consumidores de pornografia infantil possuem em mãos um ambiente propício para obter até mesmo da própria vítima um conteúdo pornográfico, uma vez que ela pode acabar sendo persuadida a enviar conteúdos com conotação sexual, seja por imagens, vídeo, textos ou áudios, através de salas de bate-papo, *e-mails* ou mensagens trocadas por aplicativos, como o *Whatsapp*, *Facebook* e *Instagram*.

Nesse ínterim, uma pesquisa do CETIC (TIC Kids Online Brasil),³⁷ realizada em todo o Brasil com crianças e adolescentes entre os nove e dezessete anos de idade, no ano de 2019,

³⁵ Ibid., p. 34.

³⁶ IBGE. **Uso de internet, televisão e celular no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 16 mai 2021.

³⁷ CETIC.BR. TIC – Kids Online Brasil. **Indicadores**. Crianças e Adolescentes. Tabelas de proporções, totais e margens de erro amostral para download. 2019. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2019/criancas/G5/>>. Acesso em: 7 set 2021.

constatou que 15% das crianças e adolescentes entre os nove e dezessete anos viram imagens ou vídeos de conteúdo sexual, 18% de onze a dezessete anos receberam mensagens de conteúdo sexual, bem como 11% da mesma faixa etária afirmaram já terem recebido solicitação de envio de foto ou vídeo em que apareciam nus.

Ademais, a mesma pesquisa demonstrou que 41% de crianças e adolescentes entre os nove e dezessete anos de idade já tiveram contato na internet com quem não conheciam pessoalmente,³⁸ sendo que 20% já chegou a encontrar pessoalmente alguém que conheceram na internet.³⁹

Outra pesquisa realizada pela CETIC (TIC Domicílios),⁴⁰ no ano de 2020, revelou que o uso da internet durante a pandemia do Coronavírus (Covid-19) aumentou, principalmente em razão da migração de atividades consideradas essenciais para o ambiente virtual. Dessa forma, com a suspensão de atividades presenciais, as escolas passaram a migrar suas atividades para o ambiente online, sendo que muitas crianças passaram a ter um maior contato com a internet.

A dificuldade em se conhecer uma pessoa virtualmente é que o indivíduo que está por trás das telas pode facilmente se valer de seu anonimato e se passar por outro indivíduo para atrair a atenção de seres que ainda estão em situação de desenvolvimento e que, se não monitorados devidamente, podem acabar sendo influenciados a enviarem materiais de cunho pornográfico para alguém que sequer sabem de onde estão se comunicando, muito menos com quem estão lidando, podendo tal ato inclusive culminar em um encontro presencial e consequentemente em um abuso sexual.

A facilidade de se manter o anonimato nas redes dificulta, inclusive, a atuação de órgãos no combate aos crimes envolvendo a pornografia infantil. Nas palavras de Morais:⁴¹

As razões apontadas como molas propulsoras da propagação da pornografia infantil através da internet são as maiores dificuldades de identificação dos produtores e difusores deste material, associadas à extrema facilidade de acesso dos consumidores. Em língua inglesa, há quem fale em uma engrenagem triplíce (*triple A engine*): *anonymity* (anonimato), *availability* (disponibilidade) e *affordability* (acessibilidade econômica).

³⁸ CETIC.BR. TIC – Kids Online Brasil. **Indicadores**. Crianças e Adolescentes. Tabelas de proporções, totais e margens de erro amostral para download. 2019. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2019/criancas/G13/>>. Acesso em: 7 set 2021.

³⁹ Ibid. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2019/criancas/G14/>>. Acesso em: 7 set 2021.

⁴⁰ CETIC.BR. TIC Domicílios. **Indicadores**. Domicílios. Tabelas de proporções, totais e margens de erro amostral para download. 2020. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>>. Acesso em: 15 nov 2021.

⁴¹ MORAIS, op. cit., p. 110.

Mas quem são as pessoas que consomem a pornografia infantil? Será que existe alguma forma de identificá-las? Existiria um padrão de comportamento por estes indivíduos? Tais questionamentos merecem ser refletidos em sequência.

2.3 OS CONSUMIDORES DE PORNOGRAFIA INFANTIL E A PEDOFILIA

Quando se trata de pornografia infantil, um ponto muito relevante e que causa vários questionamentos é sobre a eventual existência de um perfil de quem consome esse tipo de conteúdo. E dentro desta indagação, surge outro tópico ainda mais delicado e cheio de controvérsias: a pedofilia. Dessa forma, este tópico visará abordar a possibilidade de identificar algumas características em comum entre os consumidores de pornografia infantil, bem como de que forma a pedofilia está relacionada com esse consumo.

2.3.1 Os consumidores de pornografia infantil

Inicialmente, deve-se ter em mente que, dadas as características peculiares de cada ser humano, é difícil estabelecer um padrão de personalidade do indivíduo que consome pornografia infantil. No entanto, alguns traços podem se apresentar mais marcantes. Raquel Amaro Martins,⁴² em sua dissertação de mestrado na universidade de Porto, em Portugal, cujo objeto é a diferença entre ofensores sexuais de crianças na internet e agressores sexuais por contato, cita uma pesquisa realizada por Babchisin et. al., a qual revela que os ofensores sexuais na internet, ou seja, consumidores de pornografia infantil, tendem a ser pessoas mais novas e solteiras. Ademais, também foi identificado que os consumidores da pornografia apresentaram resultados mais elevados de indicadores antissociais, além de elevada imaturidade, baixa autoestima, dificuldades na procura de prazer e isolamento social. Também apresentaram uma barreira psicológica maior ao agir contra seus impulsos sexuais. Citando Faust et. al. e Webb et. al.,⁴³ a autora traz que os ofensores apresentam menos condenações sexuais anteriores e apresentam menor probabilidade de reincidência.

Por fim, citando Merdian,⁴⁴ a autora relata que os consumidores apresentam menos distorções cognitivas em relação ao sexo e à criança, além de justificarem menos seus comportamentos e invocarem menos a naturalidade do direito à satisfação sexual.

⁴² MARTINS, Raquel Amaro. **Abuso sexual de crianças: Diferenças entre agressores sexuais por contacto e ofensores por pornografia infantil**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Medicina da Universidade de Porto. Porto, 2017, p. 17.

⁴³ MARTINS, op. cit., pp. 17-20.

⁴⁴ Ibid., p. 20.

Entretanto, por mais que existam pesquisas capazes de indicar determinados comportamentos de um certo grupo de pessoas, neste caso, envolvendo o consumo de pornografia infantil, deve-se sempre considerar que tais pesquisas não trazem um resultado absoluto, mas apenas tentam agrupar estes indivíduos como uma forma de identificar algum padrão de comportamento mais recorrente, o que poderia inclusive auxiliar na forma como se deve tratar essas pessoas, bem como na prevenção do consumo compulsivo de pornografia infantil.

Analisando indivíduos portadores de transtorno pedofílico, Jorge Trindade⁴⁵ afirma que “podem apresentar comportamentos imprevisíveis e, embora possam revelar uma série de características psicológicas e comportamentais comuns entre si, compõem um conjunto muito amplo e diversificado de indivíduos que agem com diferentes práticas e de variegadas maneiras.” Dessa forma, a própria identificação desses sujeitos é um desafio para os estudiosos, sendo que a relação do consumo de pornografia infantil com a pedofilia será abordada em sequência.

2.3.2 O consumo de pornografia infantil e a pedofilia

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM- 5),⁴⁶ da Associação Americana de Psiquiatria, classifica a pedofilia como sendo uma parafilia, termo este que “representa qualquer interesse sexual intenso e persistente que não aquele voltado para a estimulação genital ou para carícias preliminares com parceiros humanos que consentem e apresentam fenótipo normal e maturidade física”. Transtorno parafilico, por sua vez, seria uma “parafilia que está causando sofrimento ou prejuízo ao indivíduo ou uma parafilia cuja satisfação implica dano ou risco de dano pessoal a outros”.⁴⁷ A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10)⁴⁸ insere a pedofilia no grupo de transtornos de preferência sexual (CID 10 – F65.4).

Dessa forma, cabe dizer que a legislação brasileira não pune meros desejos, apenas atos que refletem a exteriorização desses desejos, os quais acabam por atingir algum bem jurídico relevante e que merece ser tutelado pelo Estado. Logo, a pedofilia em si não é punida, mas sim

⁴⁵ TRINDADE, Jorge. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais** / Jorge Trindade, Ricardo Breier. 3ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23.

⁴⁶ American Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]: DSM-5 / [American Psychiatric Association; tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento... et. al.]; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli... [et. al.]. 5 ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 685.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ **CID10**. Busca de CID10. Disponível em: <[https://cid10.com.br/%5Ebuscadescr\\$query=pedofilia](https://cid10.com.br/%5Ebuscadescr$query=pedofilia)>. Acesso em: 15 set 2021.

atos que podem ser considerados consequências dessa preferência sexual por crianças, como o estupro de vulnerável, bem como os crimes envolvendo a pornografia infantil.

Portanto, é importante diferenciar a pedofilia dos crimes nos quais ela está presente, pois existem discussões sobre qual seria o melhor tratamento a ser dado pela legislação ao lidar com crimes cometidos por indivíduos portadores desse transtorno.

O DSM-5⁴⁹ também traz os critérios para se diagnosticar o transtorno pedofílico, quais sejam: a) presença de fantasias sexualmente excitantes, impulsos sexuais ou comportamentos intensos e recorrentes envolvendo atividade sexual com crianças ou crianças pré-púberes (em geral, 13 anos ou menos) pelo período mínimo de seis meses; b) a exteriorização desses impulsos sexuais, ou até mesmo a existência de grande sofrimento ou dificuldades interpessoais causadas por eles; c) idade mínima de 16 anos do portador, devendo este ser no mínimo cinco anos mais velho que a criança. O manual ainda destaca que não se deve incluir, nesses casos, um indivíduo no fim da adolescência que se relaciona sexualmente com pessoa de 12 ou 13 anos de idade.

Frisa-se que o mero diagnóstico que atesta o indivíduo como sendo um “pedófilo” não significa que necessariamente ele vá apresentar comportamentos criminosos, pois a parafilia, por si só, não traz a certeza de que o indivíduo irá exteriorizar seus desejos, praticando delitos sexuais contra menores de idade. Por outro lado, não se pode afirmar que todo abusador de menores de idade apresenta o transtorno pedofílico, pois ele pode agir movido apenas por apresentar uma relação de proximidade com a vítima, ou até mesmo por apresentar uma vantagem etária e econômica sobre ela, agindo independentemente deste transtorno.⁵⁰

Feitas essas constatações, partimos para o próximo ponto, que seria o tratamento dos indivíduos portadores desse transtorno. Como ficaria a responsabilidade penal no caso de eventual crime cometido sob influência da pedofilia?

Segundo as lições de Cezar Roberto Bitencourt,⁵¹ a culpabilidade pode ser entendida como um juízo individualizado que atribui uma responsabilidade penal, apresentando-se como um fundamento e como um limite do poder punitivo do Estado, a fim de que se imponha uma pena justa. Ao desmembrar este conceito, o autor ainda destaca:⁵²

⁴⁹ American Psychiatric Association, op. cit., p. 698.

⁵⁰ CHILDHOOD. **Pedofilia é igual a abuso sexual?**. Publicado em 18/09/2015. Disponível em: <<https://childhood.org.br/pedofilia-e-igual-a-abuso-sexual>>. Acesso em: 21 set 2021.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral: arts. 1 a 120** – v. 1. 27 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 213.

⁵² Ibid., p. 32.

Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, significa um juízo de valor que permite atribuir responsabilidade pela prática de um fato típico e antijurídico a uma determinada pessoa para a consequente aplicação de pena. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência de ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade, e que deverão ser necessariamente valorados para, dependendo do caso, afirmar ou negar a culpabilidade pela prática do delito. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Uma das causas excludentes de culpabilidade definidas no Código Penal brasileiro é a inimputabilidade. Segundo Bitencourt⁵³, a imputabilidade é a “capacidade de culpabilidade”, ou seja, a aptidão do sujeito para ser culpável. Quem não tem a capacidade suficiente para entender as consequências de seus atos, seja por questão de maturidade ou por alterações psíquicas, não pode ser considerado culpado e, conseqüentemente, responsabilizado penalmente.

O art. 26, *caput*,⁵⁴ do diploma legal supramencionado, define como inimputável aquele que “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Logo, não possuindo essas características, o indivíduo será considerado imputável e poderá, em tese, responder penalmente pela sua conduta.

Referido dispositivo afirma que o indivíduo inimputável será isento de pena, ou seja, não estará sujeito a uma pena privativa de liberdade. Dessa forma, o inimputável deverá ser submetido à medida de segurança, nos termos do art. 97, do Código Penal, que poderá ser a internação ou o tratamento ambulatorial, nos termos do art. 96. O semi-imputável, por sua vez, poderá ser submetido, a depender das circunstâncias, a uma pena privativa de liberdade, ou a uma medida de segurança, conforme dispõe o art. 98.

Mas o indivíduo que age impulsionado pelo transtorno pedofílico saberia que estaria cometendo algo ilícito? E, mesmo sabendo de sua condição, teria a capacidade de controlar os seus atos?

Naturalmente, existem comportamentos que se esperam de um indivíduo, a depender da cultura na qual ele está inserido, da época, do seu desenvolvimento físico e psicológico. Isso tudo é analisado para aferir o grau de culpabilidade em suas condutas. O problema começa

⁵³ BITENCOURT, op. cit., p. 230.

⁵⁴ BRASIL. **Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 set 2021.

quando o indivíduo apresenta uma disfunção cerebral, afetando as condutas naturalmente esperadas.

Segundo Jorge Trindade, *apud* Lowenkron,⁵⁵ existem três esferas na qual a pedofilia pode ser enquadrada: como doença mental, o que tornaria o sujeito inimputável; como perturbação mental, o que tornaria o sujeito semi-imputável; ou ainda como doença moral, não retirando a responsabilidade do sujeito, tornando-o plenamente responsável por seus atos. Nesse prisma, o autor, traz o problema central envolvendo o tratamento dado a pessoas portadoras do transtorno pedofílico:

Segundo o autor, existe uma tendência universal de considerar pedófilos imputáveis, ou seja, plenamente capazes de entender o caráter lícito ou ilícito dos atos que pratica e de determinar-se de acordo com esse entendimento (TRINDADE, 2010, p. 85). Por isso, o “pedófilo criminoso” é entendido como alguém que deve ser responsabilizado por seus crimes, ou seja, que deve ser punido. Ao mesmo tempo, reconhece-se que o aparato punitivo é ineficaz e impotente ou, ao menos, insuficiente para avaliar sua periculosidade e controlar sua predisposição intrínseca à reincidência, o que requer um diagnóstico médico e a aplicação de medidas de contenção complementares à pena - e não alternativa a ela, como prevê a legislação vigente relativa à aplicação de “medida de segurança”.

Dessa forma, percebe-se que existe a possibilidade de o pedófilo ter a consciência de que seu desejo é inadequado e não ceder a eles, por mera escolha, não chegando, portanto, a abusar sexualmente de crianças e adolescentes. Outros, por sua vez, podem acabar não conseguindo controlar seus impulsos.

Neste ponto, Trindade ressalta que esses indivíduos geralmente têm a capacidade de entender as consequências de suas condutas, inclusive a sua ilicitude, o que seria diferente, entretanto, da capacidade de se comportar de acordo com tal entendimento.⁵⁶

De todo modo, grande parte dos abusadores sexuais não são diagnosticados como pedófilos, praticando abusos sexuais simplesmente pelo fato de desejarem a violação da vítima, sem possuir uma predileção por crianças e adolescentes. Nesse sentido, Louveira:⁵⁷

Nessa classe específica de agressores sexuais, percebe-se até um grau maior de reprovabilidade, visto que agem de modo consciente e com o intuito próprio de atingir a dignidade sexual das vítimas, independentemente se são adultas, adolescentes ou crianças. Para esses casos, a atração preferencial por menores impúberes – traço comum àqueles acometidos pela parafilia em questão – acaba não sendo o motivo

⁵⁵ LOWENKRON, Laura. **O monstro contemporâneo – a construção social da pedofilia em múltiplos planos**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Programa de pós-graduação em antropologia social do Museu Nacional. Rio de Janeiro, 2012, pp. 142-143.

⁵⁶ TRINDADE, op. cit., p. 85.

⁵⁷ LOUVEIRA, op. cit., p. 246.

determinante da agressão sexual, senão a vontade livre de submeter o ofendido aos seus caprichos sexuais.

Sendo assim, surge o questionamento sobre qual seria a melhor maneira de lidar com os comportamentos pedofílicos, ao mesmo tempo em que se busca tutelar os direitos dos menores impúberes. Seguindo o sistema penal brasileiro, Louveira⁵⁸ explicita as três formas possíveis de tratamento para o indivíduo que mantém a posse de pornografia infantil:

Diante desse quadro, teríamos, em regra, três possibilidades: i) aplicar a letra fria da lei submetendo o portador dessa grave parafilia às sanções penais, claro que após o devido processo legal; uma vez cumprida a pena, voltaria ao convívio social; diante da gravidade do quadro psíquico do agente, reconhecer a sua inimputabilidade, aplicando-lhe medida de segurança por tempo indeterminado (art. 26 do CP); ou então iii) se ele detiver parcial ausência de capacidade de entender o caráter criminoso de seus atos, haveria redução de pena (nos moldes do artigo 26, parágrafo único, do Diploma Penal).

Considerando que a pedofilia é classificada como uma parafilia, surgem, por essa razão, discussões acerca da real efetividade do aprisionamento de indivíduos diagnosticados que cometem abusos sexuais. Percebe-se que ainda não foi possível chegar a um consenso se a melhor alternativa realmente seria apenas a aplicação de pena privativa de liberdade, ou apenas a aplicação de uma medida de segurança (com tratamento psicológico/psiquiátrico), nos termos da legislação pátria vigente, ou ainda uma cumulação destes dois institutos.

Para Trindade,⁵⁹ existe uma certa limitação ao tratamento terapêutico da pedofilia, principalmente quando se trata de pedófilos crônicos, por exemplo. Além disso, o portador do transtorno pode, ainda, apresentar outros transtornos, como a dependência de álcool e drogas, o que pode agravar a sua condição. O autor ainda acrescenta que:

[...] os pedófilos não estabelecem vínculo emocional verdadeiro, instrumento fundamental para o tratamento psicológico. Falta-lhes sinceridade. Em geral, eles recorrem à mentira e ao ludíbrio. Carecem de empatia e de cooperatividade. Seus interesses costumam ser limitados. Como regra, não apresentam sentimento de culpa e são egossintônicos, faltando-lhes aquele desconforto emocional interior necessário para a mudança. Não possuem motivação. São sedutores e envolventes e transportam esse tipo de funcionamento para a relação terapêutica. Além disso, interrompem o tratamento tão logo alcançam algum benefício secundário. [...]

Tais dificuldades apontadas pelo autor reforçam a ideia de que o tratamento terapêutico talvez não seria suficiente para lidar com portadores de transtorno pedofílico, razão pela qual a

⁵⁸ LOUVEIRA, op. cit., p. 247.

⁵⁹ TRINDADE, op. cit., p. 50.

prevenção, por meio de conscientização dos menores, assim como das escolas e seus familiares, é fundamental para evitar a prática de abusos sexuais.⁶⁰

Não obstante, surge a possibilidade de encarar o “pedófilo” como alguém que necessita de tratamento médico, independente da pena aplicada⁶¹. É claro que, por mais que tratar da pedofilia em si não seja o foco desta pesquisa, é importante que se entenda, ao menos que brevemente, como essa parafilia é tratada, a fim de que se compreenda como pode ser dado o tratamento a pessoas diagnosticadas que consomem, de maneira compulsiva, conteúdo pornográfico infantil.

Feitas tais considerações, o importante, ressalta-se, é entender que nem todo consumidor de pornografia infantil pode ser considerado pedófilo, bem como nem todo pedófilo necessariamente será consumidor de pornografia infantil, ou ainda um agressor sexual.

Contudo, dado o enorme avanço da internet e a infiltração da pornografia infantil nesse meio, com consumidores prevalecidos de anonimato e da facilidade de acesso a conteúdos pornográficos, viu-se a necessidade em aprimorar a legislação referente a este tema, sendo que, no ano de 2008, o ECA sofre uma alteração nos seus tipos penais na tentativa de fortalecer o combate à pornografia infantil, estando a posse inclusa nessa mudança, o que passará a ser abordado no próximo capítulo deste trabalho.

⁶⁰ TRINDADE op. cit., p. 50.

⁶¹ LOUVEIRA, op. cit., p. 251.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS BASILARES NA PROTEÇÃO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Compreender como se deu a criminalização da posse de pornografia infantil no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios que fundamentam o Estatuto da Criança e do Adolescente, é de fundamental importância para se analisar, posteriormente, as posições referentes a essa criminalização.

Analisar qual seria o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 241-B, do ECA, à luz de seus princípios, em consonância com os princípios do Direito Penal, auxiliam na formação da base para que, posteriormente, debates sobre essa criminalização possam ser analisados.

Portanto, neste capítulo serão abordados, inicialmente, dispositivos internacionais que tratam dos crimes envolvendo a pornografia infantil, em especial a posse, bem como a sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, serão feitas considerações sobre o bem jurídico tutelado no âmbito da pornografia infantil, assim como serão apresentados os principais princípios do ECA e do Direito Penal que possibilitam fundamentar a criminalização da posse.

3.1 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL EM ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL

Com a imersão da tecnologia na vida dos seres humanos e a facilidade de se comunicar por meio do ambiente virtual, diversos países do mundo se viram na necessidade de incluir em suas respectivas legislações normas que visam a proteção do indivíduo com relação à sua privacidade nas redes e também contra os eventuais crimes consequentes dessa rápida interação.

A pornografia infantil não ficou de fora nas abordagens sobre os crimes cibernéticos e a criminalização da posse também passou a ser discutida tanto em âmbito nacional quanto internacional. Dessa forma, neste tópico serão abordados alguns documentos importantes referentes a essa criminalização, até a sua efetiva inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.1 Principais documentos referentes à proteção de crianças e adolescentes em relação à posse de pornografia infantil em âmbito internacional

3.1.1.1 A Convenção sobre Direitos da Criança

A Convenção sobre Direitos da Criança foi instituída pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, tornando-se um importante documento que trouxe garantias universais a crianças e adolescentes. Essa Convenção foi responsável por criar princípios gerais e trouxe uma visão da criança como sujeito de direitos, tornando-se o maior instrumento em âmbito internacional voltado exclusivamente para as crianças, garantindo direitos como a vida, ao harmonioso desenvolvimento, a livre expressão e o melhor interesse da criança.⁶²

Em seu artigo 34⁶³, a Convenção trata da proteção à criança contra a exploração sexual, dentre elas, a pornografia infantil:

Artigo 34

Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Para tanto, os Estados Partes devem adotar, em especial, todas as medidas em âmbito nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

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

Percebe-se que este documento, além de ser um marco na proteção à criança e ao adolescente de forma global, já trouxe menção à pornografia infantil como uma das formas de exploração sexual infantil, devendo os Estados Partes adotarem medidas de proteção contra qualquer forma de exploração.

3.1.1.2 O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil

Em vigor internacional desde 18 de janeiro de 2002 e ratificado no Brasil em 27 de fevereiro de 2004, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil foi criado com o objetivo de

⁶² MENDES, Inês Sofia Cera. **Pornografia infantil: novos problemas face ao paradigma da pornografia virtual?** Mestrado em Direito. Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito. Lisboa, 2017, p. 16.

⁶³ Organizações das Nações Unidas – ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. ONU, 2000. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.>. Acesso em 04 out 2021.

complementar a Convenção sobre os Direitos da Criança, a fim de auxiliar os Estados Partes na adoção de medidas adequadas à proteção da criança e do adolescente, com relação à venda de menores, à prostituição infantil e a pornografia infantil.⁶⁴

Este protocolo, em seu artigo 2º, alínea c,⁶⁵ traz o que pode ser entendido como “pornografia infantil”, ou seja, pornografia infantil seria “qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”.

Percebe-se que este conceito é o mesmo adotado pelo ECA em seu artigo 241-E, sendo que o Brasil, por ratificar o protocolo, preferiu seguir essa mesma linha de entendimento.

O artigo 3º,⁶⁶ por sua vez, determina que os Estados Partes deverão tipificar criminalmente diversas condutas envolvendo a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, este último tema disposto na alínea c, a qual traz os atos de “produção, distribuição, difusão, importação, exportação, oferta, venda ou posse para os anteriores fins de pornografia infantil”.

Com relação à posse de pornografia, a Convenção indica a sua criminalização quando o indivíduo mantém sob sua posse conteúdo pornográfico para os fins dispostos na alínea c do artigo 2º, ou seja, para fins predominantemente sexuais.⁶⁷

3.1.1.3 A Convenção Europeia sobre Crimes Cibernéticos

A Convenção Europeia sobre Crimes Cibernéticos (*Convention on Cybercrime*),⁶⁸ também conhecida como Convenção sobre o Cibercrime ou Convenção de Budapeste, adotada pelo Conselho da Europa em Budapeste, em 23 de novembro de 2001, tornou-se referência mundial no combate à pornografia infantil. Essa convenção, ainda não aderida pelo Brasil, foi criada com a finalidade de acompanhar os avanços tecnológicos e a necessidade de proteção de dados que são fornecidos através da internet.

⁶⁴ Organização das Nações Unidas – ONU. **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil**. ONU, 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm>. Acesso em: 31 out 2021.

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Id.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ Council of Europe. **Convention on Cybercrime**. Budapest, 2001. Disponível em <<https://rm.coe.int/1680081561>> Acesso em: 4 out 2021.

Em seu preâmbulo,⁶⁹ a Convenção destaca o seu objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional”.

No que concerne à pornografia infantil, ela prevê diversos tipos penais relacionados, dentre eles a posse, os quais estão elencados em seu artigo 9º:⁷⁰

Artigo 9º - Infracções relacionadas com pornografia infantil

1. Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer como infracção penal, em conformidade com o seu direito interno, as seguintes condutas, quando cometidas de forma intencional e ilegítima:

- a) Produzir pornografia infantil com o objectivo da sua difusão através de um sistema informático;
- b) Oferecer ou disponibilizar pornografia infantil através de um sistema informático;
- c) Difundir ou transmitir pornografia infantil através de um sistema informático;
- d) Obter pornografia infantil através de um sistema informático para si próprio ou para terceiros;
- e) Possuir pornografia infantil num sistema informático ou num meio de armazenamento de dados informáticos.

Em seguida, é feita a definição de “pornografia infantil”:⁷¹

2. Para efeitos do n.º 1, a expressão “pornografia infantil” inclui qualquer material pornográfico que represente visualmente:

- a) Um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito;
- b) Uma pessoa que aparente ser menor envolvida num comportamento sexualmente explícito;
- c) Imagens realísticas que representem um menor envolvido num comportamento sexualmente explícito;

3. Para efeitos do n.º 2, a expressão “menor” inclui qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos. Uma Parte, pode, no entanto, exigir um limite de idade inferior, que não será menos que 16 anos.

4. Cada Parte pode reservar-se o direito de não aplicar, no todo ou em parte, o disposto nos n.ºs 1, alínea d), e e)., 2, alíneas b) e c).

Interessante notar que a Convenção flexibiliza a criminalização da obtenção e posse de pornografia infantil através de um sistema informático, bem como a pornografia infantil simulada, que abrange as alíneas *b* e *c* do §2º. Dessa forma, exige-se que sejam punidos apenas as condutas de produzir, oferecer ou tornar disponível e distribuir material pornográfico infantil.

O Brasil, entretanto, optou por criminalizar a posse, bem como a pornografia infantil simulada, sendo que estes tipos penais foram introduzidos no ECA com a Lei nº 11.829/08.

⁶⁹ Organização das Nações Unidas – ONU. **Convenção sobre o Cibercrime**. ONU, 2000. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf>. Acesso em 4 ou 2021.

⁷⁰ Id.

⁷¹ Id.

3.1.1.4 A Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia

A Diretiva 2011/92/UE, que substituiu a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho da União Europeia, foi adotada em 2011 e tratou da luta contra a exploração sexual infantil, destacando também a questão da pornografia infantil, expondo, em seu preâmbulo, no art. 2º, alínea c⁷², que ela pode ser entendida como:

- i) materiais que representem visualmente crianças em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais;
- ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais;
- iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou
- iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais;

Com relação à pena aplicada, o art. 5º da Diretiva⁷³ dispõe, no item 2, que “a aquisição ou posse de pornografia infantil é punível com uma pena máxima de prisão não inferior a um ano”. Também se viu a necessidade de criminalizar o mero acesso ao conteúdo pornográfico, sendo que o item 3, do mesmo artigo,⁷⁴ dispõe que a “obtenção de acesso a pornografia infantil com conhecimento de causa e por meio das tecnologias da informação e da comunicação é punível com uma pena máxima de prisão não inferior a um ano”.

Por fim, cabe destacar ainda os itens 7 e 8 do art. 5º⁷⁵, que tornam opcionais a criminalização das condutas em que a pessoa que exhibe seus órgãos sexuais aparenta ser uma criança e restar comprovado que possui dezoito anos de idade ou mais, bem como imagens pornográficas reais envolvendo menores de dezoito anos cuja posse se encontra com um indivíduo, sendo o produtor ou não do conteúdo, que pretende mantê-las apenas para seu uso privado, sem a intenção de difundi-las:

- 7. Cabe aos Estados-Membros decidir se o presente artigo se aplica aos casos de pornografia infantil referidos no artigo 2.o, alínea c), subalínea iii), se a pessoa que aparenta ser uma criança tiver de facto 18 anos de idade ou mais no momento da representação.

⁷² Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Directiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093>>. Acesso em 8 out 2021.

⁷³ Id.

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Id.

8. Cabe aos Estados-Membros decidir se os n. 2 e 6 do presente artigo se aplicam aos casos em que se comprove que o material pornográfico (na acepção do artigo 2.º, alínea c), subalínea iv), é produzido e está na posse do produtor apenas para seu uso privado, na medida em que não tenha sido utilizado para a sua produção material pornográfica (na acepção do artigo 2.º, alínea c), subalíneas i), ii) ou iii), e desde que o acto não comporte risco de difusão desse material.

Dessa forma, percebe-se que, tanto na Diretiva, quanto na Convenção sobre o Cibercrime, existe a possibilidade de não se criminalizar a conduta de possuir pornografia infantil, sendo que, nesta última, a não criminalização da posse se restringiria quando a suposta vítima for maior de idade, ou quando a posse de pornografia real não tiver como finalidade posterior a distribuição deste conteúdo.

3.2 A PORNOGRAFIA INFANTIL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.829/08 E A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL

A despeito dos documentos internacionais acima mencionados, ainda que haja ratificação pelo Brasil, é necessário que se implemente na legislação interna de cada país os dispositivos que lhe são pertinentes referente ao tema, considerando as orientações estabelecidas em cada documento internacional ratificado. Portanto, o Brasil precisou incluir em seu conjunto normativo os tipos penais que considerou adequados para um combate mais eficiente à pornografia infantil. Essa inclusão se deu através da Lei nº 11.829/08, resultado dos trabalhos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, a CPI da Pedofilia.

A CPI da Pedofilia, como ficou conhecida, foi instaurada diante da urgência verificada pelos parlamentares brasileiros em encontrar medidas que surtisse mais efeito no combate à exploração sexual infantil, especialmente com a sua fácil disseminação pelo ambiente virtual. Em seu relatório final,⁷⁶ consta a seguinte justificativa de sua instauração pelos senadores responsáveis:

A pedofilia é um transtorno da sexualidade, um padrão de comportamento sexual anormal observado em todas as classes sociais, raças e níveis educacionais. Difícil de ser tratada, pois tanto o abusador quanto o abusado demandam tratamento intensivo e longo, que além de dividir famílias – alguns acusam o abusador, enquanto outros creditam a prática parafilica à própria vítima – implicam gastos governamentais (não apenas com o tratamento psiquiátrico, mas também físico, em consequência, muitas vezes, do espancamento associado à prática sexual) e prejuízos de ordem comportamental, devido a irreparável separação da criança do seio familiar. Via de regra, a criança chegará à fase adulta com consequências emocionais gravíssimas, tornando-se deprimida, insegura, com problemas de relacionamento íntimo. Cotidianamente, a imprensa noticia casos isolados, que tornar-se-iam inviáveis de serem analisados numa comissão parlamentar de inquérito. Todavia, a operação da

⁷⁶ RELATÓRIO FINAL, op. cit., pp. 5-6.

Polícia Federal deflagrada no dia 20 de dezembro do corrente, intitulada Operação Carrossel, cujo objetivo é reprimir a prática da pedofilia na rede mundial de computadores e que abarcará 14 Estados da Federação e o Distrito Federal, o que consubstancia a maior operação dessa natureza já realizada no País e que constitui objeto da CPI ora proposta, haja vista a melhor condição de investigação e sistematização de dados.

A partir dos resultados da operação referida, aparecerão imagens e informações que, com certeza, chocarão a sociedade brasileira, mas que, concomitantemente, constituirão subsídios para despertar a maior atenção dos órgãos governamentais para que seja aprimorada a legislação pertinente, e também meios para educar e prevenir a sociedade sobre essa sórdida prática que é a pedofilia

O resultado dessa CPI foi a criação da Lei nº 11.829/08, que alterou a legislação referente à pornografia infantil disposta no ECA, conferindo nova redação aos crimes definidos nos arts. 240 e 241, bem como descrevendo novos tipos penais nos arts. 241-A aos 241-E, alcançando desde a produção até a posse e a aquisição deste tipo de material.⁷⁷

A posse e a compra de material pornográfico infantil também passaram a ser criminalizadas, sendo este tipo penal introduzido no art. 241-B, o qual merece inteira transcrição:⁷⁸

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

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

§ 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.

⁷⁷ RELATÓRIO FINAL, op. cit., p. 201.

⁷⁸ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 mai 2021.

Observa-se que o tipo penal em questão prevê apenas a modalidade dolosa, com a intenção do agente de obter o material pornográfico, ou com apenas a assunção do risco de possuir. Dessa forma, necessita-se comprovar que a aquisição foi feita de forma consciente, além de se verificar a possibilidade de erro quanto à idade das pessoas que constam nesse conteúdo.⁷⁹

A criminalização da posse se deu com o objetivo de chegar até o último indivíduo dessa cadeia criminosa: o consumidor. Dessa forma, não bastaria apenas reprimir a conduta de quem produz e comercializa este tipo de produto, uma vez que isso só se dá em razão da procura existente por ele. Logo, punir quem adquire, possui ou armazena seria essencial, aos olhos dos parlamentares, considerando que o consumo está diretamente relacionado com os demais tipos penais.

Inicialmente, acerca da inovação dos crimes referentes à pornografia infantil, destaca-se a fala do Diretor-Presidente da *SaferNet* Brasil, Thiago Nunes de Oliveira Tavares, no dia 2 de abril de 2008, ao sugerir a nova redação do ECA concernente a esta matéria:⁸⁰

No tocante à legislação referente à pornografia infantil na Internet (PIIN), sugerimos que seja levada em consideração a necessidade de:

Núcleos Verbais (*caput do 241 do ECA*):

Produção: fotografar, filmar, produzir, montar digitalmente, ou permitir que seja.

Distribuição: distribuir, disseminar, comercializar, importar, exportar, apresentar, divulgar, publicar, oferecer, vender, tornar disponível, mostrar, independente de ser endereçado para um ou mais de um indivíduo, independente de possuir fins comerciais.

Posse: ter sob sua posse com intenção de distribuir.

Fomento da demanda: comprar, adquirir, realizar download e/ou buscar intencionalmente; intermediar transações financeiras e/ou comerciais de pornografia infanto-juvenil.

Conteúdo:

Desenhos, cenas, montagens, imagens, fotografia ou pseudofotografia ou qualquer outra representação gráfica, envolvendo criança ou adolescente, ou indivíduos fingindo sê-los, em atividades sexuais explícitas reais, simuladas ou manipuladas digitalmente, bem como qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais; O objeto da representação gráfica poderá ser criança ou adolescentes que exista no mundo “real” - passível, portanto, de identificação - bem como criança ou adolescente criados digitalmente (fictícios). Essa previsão legal é de extrema importância, uma vez que a sanção penal não poderá depender de prova acerca da existência real da criança ou adolescente presente na imagem. Sons e textos envolvendo criança ou adolescente em atividades sexuais, ou sons ou textos que façam apologia ao crime tipificado. *Child* erótica: representações gráficas que, mesmo não envolvendo crianças e adolescentes em atividades sexuais, as representam em contexto voltado para a exploração sexual infantojuvenil.

Caracterização do meio:

Via qualquer tipo de comunicação, independente do meio utilizado, incluindo a Internet, telefonia celular, salas de bate-papo, fóruns eletrônicos, serviços de

⁷⁹ MORAIS, op. cit., p. 119.

⁸⁰ RELATÓRIO FINAL, op. cit., pp. 179-181.

mensagens instantâneas, ou quaisquer outros sistemas de compartilhamento de informações.

Inquérito policial / Direito Processual Penal:

Incluir mudanças no procedimento investigatório em consonância com a *Convention on Cybercrime* do Conselho da Europa (2001).

Previsão legal para provedores e canais de denúncias:

Outro ponto que merece especial atenção é a previsão, no texto legal, de um excludente de ilicitude em relação à preservação de provas e evidências pelos provedores e canais de denúncia. O provável sujeito ativo do crime não poderá ser considerado culpado se provar que foi necessário para ele(a) armazenar a(s) imagem(ns) para propósitos de investigação criminal. Este dispositivo visa legitimar e proteger as equipes de suporte e atendimento dos provedores de conteúdo bem como o trabalho dos canais de denúncias. No momento em que a posse de conteúdo referente à pornografia infantil passa a constituir crime, torna-se necessário revestir de legalidade a atividade dos provedores de conteúdo e dos canais de denúncia; caso contrário, estes poderiam eventualmente estar cometendo crime ao receber, processar e encaminhar as denúncias recebidas. [...]

Nota-se que, a fim de não inserir a tipificação da posse de forma tão generalizada no ordenamento jurídico, houve a preocupação em proteger determinados indivíduos e entidades que precisam armazenar o conteúdo pornográfico, em um primeiro momento, a fim de encaminhá-lo às autoridades competentes para posterior tomada de providências.

Acerca da discussão da posse, na mesma reunião, o Diretor apresenta argumentos que justificam a sua criminalização:⁸¹

SR. THIAGO NUNES DE OLIVEIRA TAVARES (DIRETOR DA SAFERNET BRASIL): Infelizmente sim, Senador. A posse de pornografia infantil ela já foi criminalizada, praticamente, em toda a Europa, nos Estados Unidos, e em boa parte dos países asiáticos, mas, infelizmente, no Brasil ainda não. E a consequência disso é que as operações da Polícia Federal são operações de busca e apreensão, uma vez que não há flagrante. O investigado portando esse tipo de conteúdo não comete crime no Brasil, ele só comete se ele publicar, distribuir, apresentar esse conteúdo de alguma forma, ou seja, se ele repassar esse conteúdo. Se ele, meramente, consumir, manter em seus arquivos isso ainda não configura crime no Brasil, de modo que o ônus da prova recaí sobre a polícia, ou seja, os computadores apreendidos, as mídias apreendidas na Operação Carrossel e também na Operação Azahar em 2006 essas mídias e esses computadores terão de ser periciados e caberá à perícia o ônus de provar que aquele conteúdo foi repassado, que aquele conteúdo foi distribuído, de alguma forma. Caso a perícia não consiga comprovar essa distribuição por meio do laudo pericial, de acordo a Legislação Brasileira, esse conteúdo, por mais absurdo que seja, terá que ser devolvido a seus donos, porque é um fato atípico não previsto na legislação em vigor.

Em 2006 foi feito um estudo internacional que contou com a participação de 46 países e de instituições como a Interpol e muitas embaixadas e representações diplomáticas que procurou mapear as principais lacunas existentes na legislação desses países, no que se refere à pornografia infantil na Internet, e o Brasil não preenche os chamados cinco requisitos básicos em termos legislativos para a repressão desse crime.

Dos cinco requisitos básicos o Brasil só preenche dois que é ter uma legislação específica, embora, repleta de lacunas que criminaliza a distribuição da pornografia infantil e também a previsão de o uso do computador para a distribuição desses conteúdos.

⁸¹ RELATÓRIO FINAL, op. cit., pp. 345-347; 350.

SR. RELATOR SENADOR DEMÓSTENES TORRES (DEM-GO): Os outros três?

SR. THIAGO NUNES DE OLIVEIRA TAVARES (DIRETOR DA SAFERNET BRASIL): Os outros três não há uma definição da Legislação Brasileira do que vem a ser pornografia infantil, ou seja, qual é o conceito jurídico da pornografia infantil, inexistente. A posse, a simples posse, a posse intencional não está criminalizada e também não há nenhuma lei em vigor no Brasil que regulamente a atividade dos provedores de acesso e de serviços à rede Internet e, portanto, não há obrigação legal para que essas empresas informem ao Ministério Público ou à Polícia Federal os casos de pornografia infantil reportados pelos seus usuários.

Além dessas cinco lacunas básicas, além, dessas três lacunas estruturais nós temos a ausência de tipificação para a conduta de quem fomenta a demanda desse tipo de conteúdo, ou seja, de quem consome, de quem adquire, de quem compra esse conteúdo pela Internet, de quem realiza downloads ou busca intencionalmente esse tipo de conteúdo.

E, tampouco, inexistente na Legislação Brasileira previsão legal que estabeleça algum critério de responsabilização, ainda que civil ou administrativa, para as instituições financeiras que realizam, que fazem a intermediação financeira entre comprador e vendedor de pornografia infantil pela Internet.

Nos Estados Unidos, como eu mencionei anteriormente, existe uma coalizão formada e acordos formais já estabelecidos que prevêm, por exemplo, o cancelamento unilateral do cartão de crédito daquele usuário que utiliza o seu cartão de crédito para comprar pornografia infantil por meio de Internet. E também existe uma previsão para que a empresa, a bandeira do cartão de crédito, a empresa responsável pelo cartão forneça, notifique a polícia acerca daquela transação financeira ilegal, aquela transação financeira que teve como principal objetivo adquirir pornografia infantil por meio da Internet e, portanto, fomentar a demanda desse tipo de conteúdo.

E como nós sabemos, pela lei da oferta e da demanda, sempre que existe demanda vai existir oferta e a oferta, nesse caso, implica no abuso e na exploração sexual de mais e mais crianças para que mais e mais fotos e vídeos sejam produzidos para que sejam comercializados em, aproximadamente, 3.200 sites comerciais que vendem pornografia infantil por meio da Internet.

Nós temos um mapeamento da evolução desses portais. Essa é uma representação visual da nossa base de dados com informações georreferenciadas produzidas a partir dos dados de IP e de WHOIS dos servidores que estão sendo utilizados para hospedar páginas da pornografia infantil e de crimes de ódio.

[...]

SR. RELATOR SENADOR DEMÓSTENES TORRES (DEM-GO): Nós temos uma informação, depois nós queremos passar para V. S^a, porque nós temos uma legislação, talvez não seja completa, mas como ela se originou aqui na CPI da Exploração Sexual Infanto-Juvenil ela criminaliza, de certa forma, a conduta. Ela saiu daqui, foi para a Câmara, voltou e já está com o parecer favorável da Relatora, ou seja, se nós apressarmos, ainda que não seja a perfeição, nós podemos deixar a perfeição para o decorrer... Mas se nós apressarmos poderíamos ter aí, digamos, dentro de um mês, no máximo, porque vai para o Presidente da República a criminalização dessas condutas. Porque diz o art. 241 passa a ser “apresentar, portar, fotografar, filmar, produzir, comprar, vender, fornecer, divulgar ou publicar por qualquer meio de comunicação, inclusive, rede mundial de computadores, Internet cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo criança ou adolescente”. Quer dizer, é claro que até pelo que nós discutimos é muito mais amplo, mas eu acho que assim acudiria, imediatamente, e, principalmente, as necessidades que tem V. S^a, o Brasil, a Polícia Federal.

SR. THIAGO NUNES DE OLIVEIRA TAVARES (DIRETOR DA SAFERNET BRASIL): V. Exa está correto. Eu chamaria atenção apenas para o fato de que é necessário quando se inclui a posse como crime é necessário que haja uma previsão de exclusão de ilicitude para os provedores que são obrigados a armazenar esse conteúdo para que possa ser utilizado na instrução do inquérito ou do procedimento de investigação criminal e também os canais de denúncia que acessam o conteúdo e redigem as notícias crime.

Essa previsão, Senador Demóstenes, está incluída nessa... Eu chamo atenção na apresentação para essa previsão, uma vez que criminalizada a posse a conduta de quem preserva a prova para fornecê-la mediante uma ordem judicial pode estar incluída, pode se caracterizar como crime.

Com relação às penas cominadas, discutiu-se acerca da gravidade de cada conduta e da ponderação entre elas a fim de que cada pena fosse proporcional à gravidade do delito. Dessa forma, a produção do material pornográfico, por ser considerada a conduta mais grave, possuiria a pena mais elevada, sendo que a posse possuiria uma pena mais branda, pois não violaria diretamente a integridade física e psíquica do menor:⁸²

Ao sopesar os crimes que deveriam ter tratamento equivalente e os que mereceriam menor reprovabilidade penal, chegou à seguinte gradação:

As condutas relacionadas à produção do material deveriam ser as mais severamente apenadas, pois seriam as responsáveis por infligir, de maneira direta e imediata, sofrimento físico e psicológico à criança e ao adolescente, submetendo-os à degradante confecção do material pornográfico.

A essas condutas foi equiparada a de vender ou expor à venda, pois, além de, na prática, estarem comumente associadas, é a comercialização o principal indutor daquela fase. A ganância, ao lado da crueldade, constitui o motor da indústria da pornografia infantil.

Em um grau inferior de gravidade, foram colocadas as condutas relativas à divulgação do material, nas quais prepondera, como bem jurídico atingido, a imagem da vítima e sua incolumidade psíquica, do que sua liberdade sexual.

Finalmente, na última fase da cadeia está o consumidor desse material que, se não frui dos benefícios econômicos dessa indústria, alimenta-a, se não financeiramente, com demandando ativamente o material.

No último elo da cadeia está quem produz montagens ou simulações computadorizadas que usem a imagem de uma criança para gerar uma cena pornográfica. A menor reprovabilidade da conduta decorreria do fato de que, na origem, não houve a efetiva violência sexual contra criança ou adolescente, mas mera utilização ilícita de sua imagem. Nesse mesmo nível estariam todos os que integram a cadeia, seja ao comercializar, distribuir ou meramente possuir tal material.

Após os trabalhos da CPI, foi criado o projeto de lei 250/2008, com a finalidade de alterar a legislação do ECA, no qual foi introduzido o art. 241-B. Como justificativa, argumentou-se os avanços da criminalidade envolvendo exploração sexual de crianças e adolescentes através da internet.

Durante a leitura do projeto, em 17 de junho de 2008, o Senador Demóstenes Torres ponderou sobre a exclusão da ilicitude na questão da posse se existir a finalidade de comunicar às autoridades competentes a descoberta de material pornográfico:⁸³

SENADOR DEMÓSTENES TORRES (DEM-GO): Exatamente. “III) Empregada ou representante legal de provedor de serviço da Internet, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, membro do Ministério Público

⁸² RELATÓRIO FINAL, op. cit., pp. 353-354.

⁸³ Ibid., p. 366.

ou do Poder Judiciário.” Nas hipóteses do § 3º e nas hipóteses do § 2º, deverão os sujeitos referidos manter sob sigilo o material encaminhado. Isso leva: 1) à criminalização da posse de material pedófilo, que é sugerida pela convenção de Budapeste do Conselho da Europa; 2) foi prevista, ao mesmo tempo, uma causa de diminuição de pena, se de pequena quantidade o material com fim de evitar excessos punitivos; 3) além do mais, previu-se uma causa de exclusão da ilicitude se a posse tiver a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência de crimes relacionados à pedofilia, com especificação dos sujeitos aptos a usufruírem da justificação legal. Porque, se não, o próprio pedófilo pode dizer: “Olha, não, eu estou aqui, mas para comunicar à autoridade”. Então, ficou bem ressalvado, aqui, que não entra.

Remetido ao Presidente da República, o projeto foi sancionado na íntegra em 25 de novembro de 2008 e publicado no Diário Oficial da União do dia 26 de novembro do mesmo ano, resultando na Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008.⁸⁴

Conforme o exposto, observa-se que a CPI da Pedofilia foi o resultado de um grande avanço de crimes sexuais contra crianças e adolescentes cometidos na internet. O aumento do uso da internet e das redes sociais, apesar de ter os seus benefícios, exigiu um cuidado maior dos responsáveis pelos menores no uso por estes de aparelhos eletrônicos, exigindo maior monitoramento e conscientização sobre o uso saudável do ambiente virtual. Contudo, o Estado se viu na necessidade de reprimir legalmente crimes que passaram a surgir no meio tecnológico, bem como crimes já existentes que passaram a ser cometidos em grande escala nesse ambiente, dada a facilidade de comunicação.

Interessante destacar que, apesar do nome dado à CPI e das diversas manifestações favoráveis à tipificação da pedofilia no ordenamento jurídico brasileiro, o resultado das reuniões acabou por não enquadrar essa parafilia como crime. Conforme já fora exposto no primeiro capítulo, o que existe são crimes relacionados à pedofilia, mas ela não é considerada um crime em si. Sendo assim, por mais que possa ter sido empregado, por vezes, de forma inadequada, o termo “pedofilia” na CPI abrange os crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes, dando-se uma ênfase aos crimes de pornografia infantil difundidos na internet.⁸⁵

Seguindo orientações de diplomas internacionais, a posse de conteúdo pornográfico infantil passou a ser criminalizada no Brasil como uma forma de conferir maior proteção às crianças e aos adolescentes, uma vez que são considerados seres mais vulneráveis e que estão em situação de desenvolvimento. Dessa forma, apesar das críticas à CPI e dos novos crimes

⁸⁴ BRASIL. **Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111829.htm>. Acesso em: 19 nov 2021.

⁸⁵ LOWENKRON, op. cit., p. 97.

inseridos no ECA, interpretar essa criminalização à luz de seus princípios pode auxiliar na compreensão da inclusão deste tipo penal na legislação brasileira.

Antes de analisar os principais princípios que auxiliam nessa compreensão, faz-se necessário compreender qual seria o bem jurídico tutelado nos crimes de pornografia infantil e, em especial, a posse desse conteúdo.

3.2.1 O bem jurídico tutelado

Segundo Ricardo Breier,⁸⁶ o crime de posse de pornografia infantil, apesar de estar inserido dentro de uma legislação especial, compreende os crimes contra a dignidade sexual dispostos no Código Penal brasileiro, em seu título VI, o qual apresenta diversos crimes que tutelam direitos garantidos a qualquer ser humano, e não apenas a crianças.

Por sua vez, Louveira⁸⁷ afirma existir uma diferenciação entre os crimes contra a dignidade sexual e os crimes praticados contra menores. Nestes, deve ser considerado dano causado pelo ato sexual precoce com relação à intervenção no desenvolvimento sexual natural do menor.

Apesar das controvérsias sobre sua conceituação, tem-se que bem jurídico pode ser entendido como um interesse pertinente ao homem que necessita de proteção pelo Estado, como o direito à vida, à saúde, à liberdade etc. Apenas os interesses mais relevantes e passíveis de grave violação poderiam ser considerados bens jurídicos.⁸⁸

Acerca da definição de bem jurídico, Prado,⁸⁹ trazendo as lições de Fragoso, afirma:

[...] o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma.⁶⁷

Por sua vez, Bitencourt⁹⁰ acrescenta:

[...] defendemos que a exegese do Direito Penal está estritamente vinculada à dedução racional daqueles bens essenciais para a coexistência livre e pacífica em sociedade. O

⁸⁶ BREIER, Ricardo. **Direitos Humanos e pedofilia: da violência real à virtual**, p. 28. Disponível em: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF3/01826_Direitos%20humanos%20e%20pedofilia.pdf>. Acesso em: 7 mai 2021.

⁸⁷ LOUVEIRA, op. cit., p. 111.

⁸⁸ BITENCOURT, op. cit., p. 22.

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1**. 3. Ed. Disponível em: Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 355.

⁹⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 23.

que significa, em última instância, que a noção de bem jurídico-penal é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. A proteção de bem jurídico, como fundamento de um *Direito Penal liberal*, oferece, portanto, um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, “será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum”³⁵. O bem jurídico deve ser utilizado, nesse sentido, como *princípio interpretativo* do Direito Penal num Estado Democrático de Direito e, em consequência, como o ponto de partida da estrutura do delito.

Quando se trata de abuso sexual infantil, não há que se falar em capacidade para se compreender o ato sexual, não tendo a criança o poder de escolha, mesmo em casos em que supostamente não há violência⁹¹ (lembrando que, na legislação brasileira, entende-se que o adolescente menos de catorze anos de idade não tem capacidade suficiente para consentir com o ato sexual por livre e espontânea vontade).

Dessa forma, a liberdade sexual da criança e do adolescente pode ser entendida como uma liberdade futura, que poderá ser exercida quando atingirem a maturidade suficiente, de forma natural, para compreenderem o ato sexual e desenvolverem a autodeterminação na área da sexualidade.⁹²

Sobre a liberdade sexual e a autodeterminação, Inês Ferreira Leite:⁹³

O conceito de autodeterminação parece significar um pouco mais que o de liberdade. A liberdade será um estado, mas a autodeterminação é um caminho ao qual estão subjacentes, não só a inexistência de obstáculos ou restrições para o exercício da liberdade, mas também a existência de condições que permitam uma livre formação da vontade. No entanto, parece-nos que o conceito de autodeterminação não poderá ser separado da noção de liberdade. Quanto muito, podemos dizer que a autodeterminação corresponde a uma das concretizações e manifestações da liberdade em sentido amplo²⁹. Sem autodeterminação não podemos falar na existência de verdadeira liberdade: a liberdade, nestes casos, será mera aparência³⁰. O usufruto de uma liberdade plena implica mais do que a possibilidade formal de se optar por um dos caminhos já prévia e definitivamente traçados. Pressupõe assim que o indivíduo possa não só escolher, mas construir o caminho ou caminhos por onde pretende progredir. A autodeterminação corresponde então ao processo de formação de uma vontade que deverá ser livre, esclarecida e autêntica, sendo uma componente indispensável e parte integrante da própria ideia de liberdade³¹.

A autodeterminação sexual pode ser entendida, portanto, como o desenvolvimento natural da sexualidade, sem a intervenção de outras pessoas, principalmente adultos, tendo o

⁹¹ BREIER, op. cit., p. 29.

⁹² LOUVEIRA, op. cit., p. 112.

⁹³ LEITE, Inês Ferreira. **A tutela penal da liberdade sexual**. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais. II Curso Pós-Graduado de aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova. Universidade de Lisboa. 2011, pp. 7-8. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual>. Acesso em: 19 ago 2021.

adolescente a capacidade de passar a compreender o ato sexual e a escolher praticá-lo, sendo essa escolha manifestada através de uma vontade livre, sem interferências. A autora ainda acrescenta:⁹⁴

Sendo certo que as crianças são, naturalmente, mais frágeis e vulneráveis a influências negativas⁴⁵, certo é também que ser criança e estar em crescimento implica que se esteja a percorrer um longo e progressivo caminho na formação da personalidade e da vontade individual. O que se pretende com a tutela da liberdade sexual das crianças é que este processo decorra de forma natural, sem pressas ou sobressaltos e, essencialmente, sem influências perturbadoras ou traumatizantes para o menor⁴⁶. Seria impensável que a criança pudesse construir a sua personalidade sexual de forma saudável, estando isolada num ambiente asséptico, sozinha e sem sofrer nenhum tipo de influências⁴⁷, pois a própria noção de construção sugere que a criança se socorra de elementos existentes à sua volta, de vivências e de experiências que servirão para sedimentar as bases da sua personalidade e moldar, fortalecendo, o seu carácter e as suas estruturas emocionais e psicológicas⁴⁸.

Dessa forma, a autora esclarece que o crescimento da criança é resultado da influência de fatores externos, sendo que as pessoas com as quais ela convive são fundamentais no desenvolvimento de sua personalidade. É claro que o desenvolvimento da vida sexual também sofre influências. Contudo, é a violência a esse desenvolvimento sexual natural que não pode ser tolerada, ou seja, atos tendentes a acelerar esse processo que não raras vezes causam traumas que chegam a perdurar até a vida adulta.

Assim, dada a condição de indivíduo em situação de desenvolvimento, reconhece-se a maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes a fim de que se conceda maior proteção, se comparado aos adultos, com relação não só ao seu desenvolvimento sexual, mas sim em todas as esferas de sua vida.⁹⁵

Com relação ao bem jurídico protegido nos crimes de pornografia infantil, Louveira⁹⁶ pondera:

É que o exercício da liberdade sexual pressupõe e depende antes de tudo da plena capacidade de autodeterminação sexual. E é essa capacidade da autodeterminação que deve ser salvaguardada, de forma que, quando atingida a sua plenitude, o jovem – independentemente do sexo, possa exercer por si só o direito de exprimir-se sexualmente em liberdade.

O bem jurídico protegido, nessas hipóteses, é o bem-estar psíquico do menor e do incapaz, interesse este que abrange o direito de obter um adequado processo de formação, compreendido como um interesse primordial dos sujeitos individuais envolvidos, e que surge antes da compreensão (da própria) consciência) do fenômeno da sexualidade. A ideia aqui é salvaguardar o desenrolar da livre construção psicológica dos menores, vedando-se ingerências estranhas aos seus interesses.

⁹⁴ LEITE, op. cit., pp. 11-12.

⁹⁵ LOUVEIRA, op. cit., p. 113.

⁹⁶ Ibid., pp. 113-114.

Por fim, com relação à liberdade sexual, o autor faz uma análise de duas interpretações:⁹⁷

Ainda sobre a abrangência da chamada “liberdade sexual” dos menores, vale apontar dois aspectos comumente invocados para o exame jurídico da questão: i) a interpretação de que menores e incapazes (enfermos, por exemplo) gozam de liberdade sexual, porém a lei presume, de forma absoluta, que eles não estão facultados a exercê-la, tratando-se de clara ficção jurídica; e ii) compreender que ditos indivíduos não dispõem de liberdade sexual, à exata medida que é pressuposto da liberdade uma determinada capacidade de conhecimento e vontade, traços de personalidade de que eles ainda não desfrutam em razão da situação objetiva em que se encontram, não sendo, pois, este o interesse jurídico protegido, senão a intangibilidade sexual.¹⁸⁵

De todo modo, conclui-se que o menor precisará atingir uma certa idade para obter a liberdade sexual (catorze anos, de acordo com a lei brasileira), sendo que, de modo geral, o objetivo é não interferir no seu desenvolvimento sexual natural.

Quando se trata da posse de pornografia infantil, questiona-se até que ponto a detenção de material pornográfico envolvendo um menor de idade afetaria o seu livre desenvolvimento. Neste ponto, questão muito controvertida se identifica entre o Código Penal brasileiro e o ECA, uma vez que, nos termos do art. 217-A, do CP, a vulnerabilidade é entendida até os catorze anos de idade incompletos (não obstante o artigo 218, do Código Penal, criminalize a corrupção de menores de 18 e maiores de 14 anos, sendo que o art. 218-B também aborda o envolvimento de menores com a prostituição ou outra forma de exploração sexual), sendo que, ao se analisar o crime de posse de pornografia infantil tipificado no ECA, este considera, de forma igual, vítimas até os dezoito anos de idade incompletos.⁹⁸

Apesar de a discussão dessa incongruência não ser o foco desta pesquisa, uma vez que dentro deste assunto estão inseridas questões como a própria finalidade do material pornográfico, pois o adolescente maior de catorze anos poderia, de forma voluntária, disponibilizar um material pornográfico no qual supostamente apareceria como vítima a uma pessoa específica com a qual se relaciona amorosamente, ou, por outro lado, disponibilizar este conteúdo para uma rede de pornografia com fins lucrativos⁹⁹, é interessante observar como o

⁹⁷ LOUVEIRA, op. cit., p. 119.

⁹⁸ Ibid., pp. 182-183.

⁹⁹ Felipe Soares Tavares Morais faz essa observação, ao afirmar que faz sentido a proibição da posse de pornografia envolvendo adolescentes que já possuem maturidade sexual, se nesse contexto houvesse qualquer vantagem patrimonial, o que estaria atrelado à prostituição e ao lenocínio, resultando em uma corrupção da vontade do adolescente. Por outro lado, não faria sentido punir a mera posse, fora desse contexto, envolvendo adolescente maior de catorze anos, uma vez que já haveria a maturidade para manter relações sexuais, razão pela qual a mera gravação desse ato, ponderando-se os dois atos, não deveria ser considerada crime. (MORAIS, Felipe Soares Tavares. Internet, Pornografia e Infância: a Criminalização da Posse de Pornografia Infantil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, v. 64, p. 105-133, 2017, p. 115).

ECA tenta proteger ao máximo os menores de idade quando o assunto envolve a sua sexualidade, ainda que sofra críticas em determinados pontos, como este apresentado.

Desse modo, as questões envolvendo a posse e a sua interferência nos direitos das crianças serão mais bem trabalhados no terceiro capítulo. Antes disso, necessária é a abordagem dos princípios do ECA que regem o ordenamento jurídico da infância e da juventude, bem como alguns princípios do Direito Penal que servem de orientação na criminalização de condutas e que afetam bens jurídicos considerados relevantes na sociedade.

3.3 PRINCÍPIOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A PROTEÇÃO CONTRA A PORNOGRAFIA INFANTIL

Nas palavras de Andréa Rodrigues Amin,¹⁰⁰ os princípios “expressam valores relevantes e fundamentais as regas, exercendo uma função de integração sistêmica, são os valores fundamentantes da norma”. Os princípios do ECA são de suma importância para delinear o tratamento dado em situações específicas a crianças e adolescentes, de modo a garantir os seus direitos explícitos tanto no Estatuto quanto na Carta Magna brasileira.

Compreender os princípios do ECA, neste ponto da pesquisa, é importante para se analisar até que ponto deve chegar o legislador ao incriminar condutas para garantir a prioridade em assegurar os interesses dos menores, sem que isso entre em conflito com os princípios do Direito Penal e a ideia de intervenção mínima do Estado na conduta humana.

Dessa forma, serão trazidos os principais princípios que formam a base da legislação infanto-juvenil, relacionando-os com o crime de posse de pornografia infantil como uma forma de compreender a finalidade do legislador ao criar tal tipo penal.

3.3.1 A Doutrina da Proteção Integral

Segundo Andréa Rodrigues Amin,¹⁰¹ a doutrina da proteção integral “é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeito de direito”. A doutrina da proteção integral fundamenta a estrutura do ECA e é a partir dela que se ramificam os seus demais princípios.

¹⁰⁰ **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos** / Andréa Rodrigues Amin... [et al.]; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 67.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 60.

No âmbito constitucional, a proteção integral é reconhecida no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹⁰²:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à 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.

Este artigo trata a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, os quais deverão ser assegurados de forma prioritária, considerando a sua situação de pessoa em desenvolvimento. Ele prevê uma responsabilidade solidária entre a família, a sociedade e o Estado, ou seja: a família será responsável pelo desenvolvimento físico e psíquico do menor, a sociedade será responsável pela sua inclusão de forma harmônica no meio coletivo, e o Estado será responsável pela criação de políticas públicas que os amparem e permitam a sua inserção no meio social.¹⁰³ Percebe-se, portanto, que a família tem responsabilidade direta pelo crescimento da criança, mas é fundamental que a sociedade esteja apta a recebê-la e que o Estado providencie as condições necessárias para o seu desenvolvimento junto à família.

A proteção integral substituiu a doutrina da situação irregular do Código de Menores de 1979, que tratava do menor privado de seus direitos básicos e que se encontrava em situação de vulnerabilidade física e psíquica.¹⁰⁴ Essa doutrina não previa direitos e garantias aos menores, mas apenas previa formas de reparar problemas em situações específicas que a criança e o adolescente enfrentavam no seu desenvolvimento. Em razão disso, havia dificuldade em se exigir do Poder Público a garantia dos direitos básicos dos menores, uma vez que não estavam previstos.¹⁰⁵

Nestes termos surgiu o ECA, promulgado em 1990, com um conjunto de artigos que, conforme já traz o seu art. 1º,¹⁰⁶ dispõem “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Os arts. 4º e 5º, por sua vez, trazem a literalidade do art. 227, da Constituição Federal, no que concerne aos direitos garantidos.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 nov 2021.

¹⁰³ ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente : Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo** / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépoire, Rogério Sanches Cunha. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 29.

¹⁰⁴ Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, op. cit., p. 63.

¹⁰⁵ Ibid., p. 64.

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

Dessa forma, percebe-se que a proteção integral acaba sendo um princípio que norteia todo o Estatuto, inclusive se tornando o ponto de partida para os demais princípios. Apesar de os direitos garantidos serem os mesmos direitos garantidos na Constituição a todos os cidadãos, surgiu a necessidade de se destacar as necessidades dos menores, justamente por se encontrarem em situação de desenvolvimento. Nesse sentido, Luciano Alves Rossato:¹⁰⁷

[...] o *metaprincípio da proteção integral* orienta a prescrição de direitos às pessoas em desenvolvimento e impõe deveres à sociedade, de modo a consubstanciar um *status* jurídico especial às crianças e aos adolescentes. Mesmo sendo “pessoa em desenvolvimento”, têm, a criança e o adolescente, direito de manifestarem oposição⁵² e exercerem seus direitos em face de qualquer pessoa, inclusive seus pais. A proteção integral revela, pois, que crianças e adolescentes são “titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”, indicando-se um “conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto”.⁵³ Nesse sentido, as pessoas em desenvolvimento têm o direito de que os adultos façam coisas em favor delas, isso porque “trata-se de uma situação real baseada em uma condição existencial ineliminável: o filhote humano (...) é incapaz de crescer por si; durante um tempo muito mais longo do que aquele de outras espécies não humanas, ele precisa de adultos que o alimentem, o criem, o eduquem, e estes adultos, inevitavelmente, têm instrumentos de poder, de autoridade, em relação aos pequenos. Isto vale não apenas no que tange à relação entre filhos menores e pais, os primeiros e mais diretos protetores, como, também na relação entre crianças e outros adultos, de regra, os pais”.⁵⁴

A doutrina da proteção integral está presente na criminalização da posse de pornografia infantil ao se verificar a vulnerabilidade da criança e do adolescente frente a um material pornográfico que, por muitas vezes, a depender da idade da vítima e do seu consentimento, é registrado durante uma violência sexual.

Na tentativa de proteger ao máximo o livre desenvolvimento sexual dos menores, visando o seu crescimento saudável livre de violência e exploração, a posse, que naturalmente acompanha o consumo desse conteúdo, acaba sendo criminalizada na tentativa de evitar a sua perpetuação e também a sua demanda, vez que a produção acaba por estar diretamente relacionada com o consumo.

3.3.2 Princípio da Prioridade Absoluta

O princípio da prioridade absoluta, disposto no art. 227, da CF, e art. 4º, do ECA, estabelece que as crianças e os adolescentes terão prioridade em todas as áreas de seu interesse, como, por exemplo, âmbito judicial, extrajudicial e social, sendo que essa preferência deve ser respeitada em razão de estar expressa na Constituição.¹⁰⁸

¹⁰⁷ ROSSATO, op. cit., p. 30.

¹⁰⁸ Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, op. cit., p. 69.

O princípio da prioridade absoluta, segundo Rossato¹⁰⁹, assim, como a proteção integral, são considerados “metaprincípios”, pois estão dispostos na Constituição Federal e no ECA e servem como orientação e como meio de interpretação dos demais princípios que compõem o sistema protetivo da criança e do adolescente.

Essa necessidade de dar prioridade aos interesses dos menores surgiu, apesar de todos os cidadãos serem considerados iguais, para garantir interesses que sejam considerados mais relevantes para o progresso da sociedade, que depende do pleno crescimento de crianças e adolescentes.¹¹⁰ Lógico seria considerar que crianças bem desenvolvidas são capazes de estruturar uma sociedade bem desenvolvida.

O parágrafo único, do art. 4º, do ECA,¹¹¹ exemplifica de que forma essa prioridade absoluta pode ser garantida:

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A primeira alínea garante prioridade no atendimento de crianças em alguma situação de urgência, como em situações de resgate ou calamidade pública. A segunda, prioridade nos atendimentos públicos ofertados. Por sua vez, a terceira e a quarta estabelecem prioridade no oferecimento de políticas públicas pelo Estado em detrimento das demais.

Importante salientar que essa prioridade absoluta deve sempre estar acompanhada de uma razoabilidade ao se estabelecer qual interesse deve ser considerado mais importante, a depender do caso concreto. Andréa Amin¹¹² exemplifica a situação:

Claro que, como toda norma, esta deverá ser aplicada dentro dos limites do razoável. No primeiro exemplo, havendo condições de aferir que o adulto corre risco de morte e a criança tem condições de aguarda na fila o próximo transplante, teremos na balança dois direitos indisponíveis, vida e saúde, que devem ser tutelados com a razoabilidade peculiar na busca da efetividade das normas. Ou seja, por óbvio que o adulto deverá

¹⁰⁹ ROSSATO, op. cit., p. 34.

¹¹⁰ Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, op. cit., p. 70.

¹¹¹ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 mai 2021.

¹¹² Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, op. cit., p. 75.

ser transplantado, pois não é lícito que o preciosismo e apego à norma se renuncie ao bom senso. Não foi esse o objetivo da lei.

A discricionariedade do Poder Público também estará limitada na formulação e na execução das políticas sociais públicas, pois há determinação legal em se assegurar primazia para políticas públicas destinadas direta ou indiretamente à população infantojuvenil.

No mesmo sentido, Simone Franzoni Bochnia, *apud* Guilherme de Souza Nucci:¹¹³

“[...] Vale ressaltar que não há desrespeito à igualdade de todos, muito pelo contrário, há sim o respeito pela diferença entre os sujeitos de direito, pois elas são a própria exigência da igualdade. A igualdade por sua vez consiste em tratar, igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na proporção que se desiguam. No caso em tela, é notória a diferença de condições entre criança e adolescente e os demais sujeitos de direito. É neste sentido que a Constituição Federal tratou de ‘compensar’ a desigualdade com busca na igualdade, não ferindo de forma alguma o princípio da igualdade, porque leva em consideração a condição especial – a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. A condição peculiar da criança e do adolescente refere-se à fragilidade natural desses sujeitos de direito, por estarem em crescimento. Faticamente aparece a vulnerabilidade de crianças e adolescentes em relação aos adultos como geradora fundante de um sistema especial de proteção”[...]

Intimamente relacionado com a proteção integral, o princípio da prioridade absoluta prevê, como o próprio nome já diz, prioridade no atendimento de crianças e adolescentes em diversos planos. Quando se trata da pornografia infantil, essa prioridade pode ser visualizada de forma clara na medida em que se reconhece o indivíduo menor de idade como estando em situação peculiar de desenvolvimento e, dependendo do caso, conforme analisado acima, ter os seus interesses priorizados em detrimento dos demais. Nesses interesses estariam inclusos o desenvolvimento sexual natural, livre de violência e intervenções precoces, conforme já exposto na discussão sobre o bem jurídico tutelado no presente caso.

3.3.3 Princípio do Interesse Superior

O princípio do interesse superior, também conhecido como princípio do melhor interesse, visa garantir os direitos fundamentais a que estão sujeitos a criança e o adolescente, devendo toda decisão priorizar esses direitos. Diferentemente do que se possa imaginar, garantir o melhor interesse da criança não significa necessariamente que o julgador irá definir o destino do menor da forma que acha ser mais adequado ao seu desenvolvimento, mas sim aplicar o que de fato garante a sua dignidade de forma plena.¹¹⁴

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 27.

¹¹⁴ Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, op. cit., p. 78.

Quando uma criança ou adolescente se encontra em situação de risco, é necessário que se pondere qual ato será o mais adequado para garantir que ele continue se desenvolvendo saudavelmente, ainda que isso implique em sacrificar alguns de seus direitos.

Nesse sentido, Rossato:¹¹⁵

[...] sempre que for necessário, o postulado normativo do *interesse superior da criança* será acionado, servindo como norte para a aplicação de todos os princípios e regras referentes ao direito da criança e do adolescente. Ele apresenta-se como um exame de razoabilidade quanto à aplicação de uma ou outra norma jurídica, ou quanto à não aplicação de normas positivas, sempre com o objetivo de garantia do *melhor interesse* da pessoa em desenvolvimento.

O princípio do interesse superior da criança pode ser percebido com clareza, inclusive, no inciso IV do parágrafo único do art. 100, do ECA:¹¹⁶

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

Da mesma forma que nos outros princípios, o interesse superior da criança deve ser considerado ao não se permitir que um conteúdo pornográfico no qual conste como vítima seja difundido e consumido em larga escala a fim de perpetuar essa violação à sua integridade física e psíquica, devendo essa prioridade de seus interesses ser considerada quando se criminaliza alguma conduta que viole seus direitos.

3.4 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL E A INTERFERÊNCIA DO DIREITO PENAL

Quando se trata da criminalização de condutas, o Direito Penal traz alguns princípios que são de fundamental importância para se entender os limites do poder punitivo estatal.

¹¹⁵ ROSSATO, op. cit., p. 32.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 15 mai 2021.

Essenciais na interpretação do Direito Penal, os princípios também servem para assegurar os direitos fundamentais das pessoas, de forma a orientar a aplicação da lei penal conforme a Constituição.¹¹⁷ Nestes termos, Luiz Regis Prado,¹¹⁸ ao abordar os princípios penais:

Os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de *fundamento* e de *limite* à responsabilidade penal.

É importante compreender os princípios do Direito Penal, junto aos princípios do ECA, para que se analise o alcance da criminalização da posse de pornografia infantil, sendo que ambas as disciplinas devem caminhar em sintonia. Dessa forma, serão abordados alguns princípios que fazem parte da doutrina penal pátria e que estão fortemente relacionados com os posicionamentos acerca da viabilidade da criminalização da posse de pornografia infantil, os quais serão abordados no próximo capítulo.

3.4.1 Princípios da Intervenção Mínima e da Subsidiariedade

Nas palavras de Bitencourt,¹¹⁹ o princípio da intervenção mínima, ou princípio da *ultima ratio*, “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.”

O autor ainda acrescenta que, havendo outras formas de se tutelar um bem jurídico, tanto no âmbito cível como no administrativo, a essas deve ser dada prioridade, sendo que o Direito Penal apenas deve atuar quando essas outras áreas não forem suficientes para garantir a tutela desses bens considerados importantes na sociedade.¹²⁰

Esse princípio reforça a ideia de que a aplicação da pena deve ter fundamento, ou seja, deve realmente surtir algum efeito na repressão do cometimento de um crime. A criminalização em excesso acaba por retirar a eficácia da lei penal na repressão de delitos. Sobre o tema, Prado¹²¹ comenta:

¹¹⁷ PRADO, op. cit., p. 126.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 27.

¹²⁰ Id.

¹²¹ PRADO, op. cit., p. 148.

Decorrente da ideia da necessidade de pena (pena inútil – inadequada à devida salvaguarda de bem jurídico – é pena ilegítima), sua aplicação afasta o Direito Penal nas hipóteses em que não seja considerado meio idôneo, adequado ou eficaz para a prevenção do delito. Todavia, assinala-se, a partir do critério da racionalidade ética, que a questão da eficácia não pode depender do puro arbítrio legislativo no estabelecimento dos objetivos de tutela penal, mas deve exigir-se prévia justificação dos conteúdos sobre quais têm incidência e pretende ser efetiva.

Derivado da intervenção mínima, o princípio da subsidiariedade traz a ideia de que, restando ineficientes outras formas de punição, o Direito Penal deve atuar a fim de reprimir comportamento que lesam bem jurídicos relevantes. A criminalização de condutas consideradas insignificantes ofende a liberdade e a dignidade humana dos indivíduos.¹²²

Dessa forma, observa-se que condutas meramente consideradas imorais, mas que não violam diretamente um bem jurídico relevante, não devem fazer parte da legislação penal. A despeito de a pornografia, no geral, ser um tema eivado de questões morais, quando se trata de menores, principalmente menores impúberes, deve-se ter maior cautela ao se analisar os tipos penais, a fim de se identificar até que ponto o bem jurídico tutelado está sendo violado e até que ponto a repressão de uma conduta resultará na efetiva redução de sua prática.

3.4.2 Princípio da Ofensividade

Intimamente relacionado com os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade, o princípio da ofensividade traz a ideia de que uma conduta só deve ser penalmente tipificada se existe um perigo concreto e que efetivamente cause dano a um bem jurídico tutelado. Dessa forma, o perigo apresentado pela conduta humana deve ser real, uma vez que, não o sendo, haveria também violação ao princípio da intervenção mínima.¹²³

Esse princípio também pretende evitar que o Estado intervenha de forma exagerada na vida privada do indivíduo, punindo-o por condutas consideradas irrelevantes ao se analisar a proporção do dano causado.¹²⁴

Segundo afirma Bitencourt¹²⁵, o princípio da ofensividade apresenta efeito em dois planos:

[...] no primeiro, *servir de orientação à atividade legiferante*, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, *servir de critério*

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts 1º a 120 do código penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 76.

¹²³ BITENCOURT, op. cit., p. 31.

¹²⁴ NUCCI, op. cit., p. 78.

¹²⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 70.

interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

Constata-se, nesses termos, que o *princípio da ofensividade* (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: a) *função político-criminal* — esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) *função interpretativa ou dogmática* — esta finalidade manifesta-se *a posteriori*, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concreto*, a norma penal elaborada. [...]

O princípio da ofensividade deve, portanto, ser analisado em conjunto com o princípio da intervenção mínima e o da subsidiariedade, uma vez que se deve considerar a proporção da lesividade do bem jurídico tutelado, ou seja, se essa lesividade está realmente apta a violar um interesse jurídico relevante.

3.4.3 Princípio da Proporcionalidade

Pelo princípio da proporcionalidade, deve existir, segundo Prado,¹²⁶ um “liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso”. Esse princípio traz a necessidade de se estabelecer uma pena proporcional ao delito praticado, atendendo-se para a finalidade da pena em reprimir o crime.

O autor ainda traz a divisão da proporcionalidade, que pode ser considerada abstrata, relacionada à pena cominada ao delito, e concreta, relacionada à pena aplicada ao autor do crime.¹²⁷

[...] no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstrata* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. Em resumo, a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

Dessa forma, a gravidade da infração penal cometida irá determinar o alcance da pena, bem como a sua devida individualização, garantia esta prevista expressamente, inclusive, na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVI.¹²⁸

¹²⁶ PRADO, op. cit., p. 151.

¹²⁷ Ibid., p. 152.

¹²⁸ Art. 5º [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov 2021.)

Feitas essas considerações sobre os princípios do ECA e do Direito Penal, passa-se, no próximo tópico, às discussões e posições acerca do crime de posse de pornografia infantil, analisando-se o bem jurídico protegido pela incriminação desta conduta e as violações aos direitos da criança e do adolescente que tanto a posse, assim como o armazenamento e a aquisição deste conteúdo podem se tornar prejudiciais no seu desenvolvimento.

4 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL E OS DEBATES ACERCA DO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 241-B, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O crime de posse de pornografia infantil possui uma tipificação específica no Estatuto da Criança e do Adolescente e não está relacionado com a produção ou com a distribuição desse conteúdo. Este tipo penal, conforme já foi observado, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como forma de atingir todas as pessoas que, de alguma forma, fazem parte dessa cadeia criminosa, incluindo o consumidor, que representa a demanda desse material.

Dessa forma, para se caracterizar o crime de posse, necessita haver um conteúdo pornográfico infantil, conforme as discussões apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho, conteúdo este que será utilizado para uso pessoal do consumidor, também devendo estar presente o dolo do agente, ou seja, a consciência de que detém a posse desse material.¹²⁹

O tipo penal em questão apresenta os núcleos de “adquirir”, “possuir” e “armazenar”. A aquisição pode ser feita tanto gratuitamente como mediante alguma retribuição. A posse seria a detenção, de modo geral, do material. O armazenamento seria a acumulação ou manter em depósito esse material,¹³⁰ o que também está relacionado, principalmente, ao uso de dispositivos eletrônicos. Vale ressaltar, como já mencionado, que esses núcleos penais abrangem não só o conteúdo disponível na internet, por mais que, nos tempos atuais, grande parte esteja disponibilizada no meio virtual justamente pela maior facilidade de acesso. De forma geral, os verbos “possuir” e “armazenar” são muito semelhantes, sendo que podem ser considerados atos de posse tanto a guarda desse material em fotos e vídeos, como em *pen drives*, CDs, caixa de correio eletrônico etc.¹³¹

Com relação ao mero acesso ao material pornográfico, interessante notar que tal conduta não foi criminalizada na legislação brasileira, de modo que esse assunto será mais bem abordado no primeiro tópico deste capítulo.

¹²⁹ LOUVEIRA, op. cit., p. 165.

¹³⁰ ROSSATO, op. cit., p. 302.

¹³¹ MORAIS, op. cit., p. 120.

4.1 A DIFERENÇA ENTRE O MERO ACESSO AO CONTEÚDO PORNOGRÁFICO INFANTIL E A POSSE

Existe uma certa diferença entre apenas acessar um conteúdo pornográfico infantil e deter a posse desse material. O mero acesso não implica, necessariamente, que o consumidor irá armazená-lo de alguma forma, principalmente em algum aparelho eletrônico, como computador ou celular.

A lei brasileira não incrimina a conduta de acesso à pornografia infantil, e isso, por vezes, pode dificultar os trabalhos dos agentes estatais que investigam esse tipo de crime. A fim de ilustrar essa situação, Louveira¹³² cita questões trazidas por José Mouraz Lopes, o qual afirma que a mera consulta ao material pornográfico afastaria, nos termos da legalidade, o caráter ilícito da conduta. Por vezes, a mera visualização poderia ocasionar uma descarga automática do conteúdo para o dispositivo do consumidor e, nestes casos, haveria uma dificuldade em se comprovar o dolo do agente em armazenar esse conteúdo. O autor ainda cita a visão de Boldova Pasamar,¹³³ o qual defende que o simples *download* do conteúdo pornográfico para a sua visualização não caracterizaria a posse se o consumidor deixasse de guardar esse material para visualizá-lo posteriormente.

Dessa forma, pode-se compreender que a finalidade em se criminalizar a posse seria a tentativa de impedir que o material armazenado fosse difundido. A facilidade em disponibilizar esse material, em razão do armazenamento, tornaria esta conduta mais grave do que o mero acesso. Por outro lado, se o indivíduo se utilizasse do mero acesso de forma constante, sem, contudo, valer-se da posse ou armazenamento, não seria punido em razão de ausência de previsão legal, o que não faria sentido, conforme menção de Camila Garcia da Silva por Louveira,¹³⁴ uma vez que as vítimas estariam sendo violadas cada vez que o conteúdo fosse exibido.

Neste ponto, importante mencionar também a questão da possibilidade de punição pela tentativa de acesso ao material pornográfico infantil. Cláudia Canto Condack,¹³⁵ ao tratar da possibilidade de incriminação da tentativa, exemplifica-a com uma situação na qual o indivíduo “pede a um amigo que lhe ceda, temporariamente (afastando assim o dolo de adquirir), algumas fotos envolvendo pornografia infantil, sendo a correspondência interceptada pela autoridade policial [...]”.

¹³² LOUVEIRA, op. cit., p. 167.

¹³³ Id.

¹³⁴ Ibid, pp. 168-169.

¹³⁵ Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, op. cit., p. 1291.

Por sua vez, Louveira,¹³⁶ ao abordar a questão, afirma que a mera busca pelo material não deveria ser punida se não houvesse o efetivo acesso, uma vez que se estaria, dessa forma, punindo meros atos preparatórios, os quais não são punidos pelo Direito Penal, sendo que tal conduta seria considerada irrelevante do ponto de vista penal.

De todo o modo, a tentativa no tipo penal do art. 241-B é punida, por se tratar de crime plurissubsistente,¹³⁷ sendo que, a depender do caso, o fato pode ser considerado atípico. A questão pode ser controversa e acaba se socorrendo de entendimentos jurisprudenciais.

Outra questão interessante de se analisar seria a descarga automática de material pornográfico no dispositivo do indivíduo sem que este tivesse agido com voluntariedade na sua aquisição. Dependendo do local acessado no ambiente virtual, pode ocorrer, sem que haja a vontade do agente, o redirecionamento automático para páginas contendo este tipo de conteúdo. Nesses casos, deve-se atentar para a prova do dolo do agente, que pode ser verificada de algumas formas, como observa Louveira:¹³⁸

Sem embargo de tais dificuldades, é essencial apurar, sempre que possível e seguindo os ditames do devido processo legal, o real móvel do agente, por meio de um trabalho de levantamento de elementos indiciários, de ordem objetiva, que apontem para a consciência livre da conduta de posse. Então, por exemplo, a quantidade de arquivos, a forma de armazenamento, a organização topográfica de documentos digitais em pastas com nomes sugestivos (*porn kids* ou expressões que tais), histórico de acessos e visualizações, anterior compartilhamento comprovado pericialmente, todas essas condutas serão avaliadas como suficientes (ou não) a configurar o elemento subjetivo do tipo no caso concreto.

A título de ilustração, colaciona-se entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:¹³⁹

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 241-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADQUIRIR, POSSUIR OU ARMAZENAR MATERIAL PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. SENTENÇA ABSOLUTORIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ACESSO AO SITE E VISUALIZAÇÃO. DOWNLOAD AUTOMÁTICO. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SEGREDO DE JUSTIÇA. AFASTAMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente criminaliza as condutas 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”. 2. Comprovado, por meio de perícia técnica, que o “download” e armazenamento da imagem de uma criança com as nádegas expostas no computador

¹³⁶ LOUVEIRA, op. cit., p. 170.

¹³⁷ Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos, op. cit., p. 1291.

¹³⁸ LOUVEIRA, op. cit., p. 172.

¹³⁹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. **Apelação Criminal nº 07071886720198070001 DF 0707188-67.2019.8.07.0001**. Relator: Silvanio Barbosa dos Santos. Data de Julgamento: 16/04/2020. Data de Publicação: PJe 27/04/2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 nov 2021.

utilizado pelo réu ocorreram automaticamente pelo navegador de internet, sem a ação ou intervenção do acusado, não há falar em condenação do acusado como incurso no artigo 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A conduta de acessar sites que veiculam conteúdo de pornografia infantil e visualizar as imagens, embora gravemente reprovável, não se amolda a quaisquer figuras típicas penais, impondo-se a manutenção da absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. 4. Segredo de justiça afastado, de ofício. Recurso desprovido. (TJ-DF 07071886720198070001 DF 0707188-67.2019.8.07.0001, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 16/04/2020, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 27/04/2020).

Como se observa, a 2ª Turma Criminal do Tribunal reconheceu a atipicidade da conduta por não haver previsão legal que criminalizasse a mera visualização do conteúdo pornográfico na internet. Além disso, entendeu-se pela ausência de dolo do agente ao possuir tal material, uma vez que a descarga automática em seu dispositivo eletrônico resultaria, no caso em questão, em ausência do elemento volitivo de deter para si o conteúdo.

Conforme já mencionado no segundo capítulo, durante a CPI da Pedofilia, o diretor da *SaferNet* Brasil, Thiago Nunes de Oliveira Tavares, comentou sobre a necessidade de incluir novos tipos penais, mencionando, ainda, o mero acesso ao conteúdo pornográfico e a possibilidade dessa criminalização:¹⁴⁰

SR. THIAGO NUNES DE OLIVEIRA TAVARES (DIRETOR DA SAFERNET BRASIL): Os outros três não há uma definição da Legislação Brasileira do que vem a ser pornografia infantil, ou seja, qual é o conceito jurídico da pornografia infantil, inexistente. A posse, a simples posse, a posse intencional não está criminalizada e também não há nenhuma lei em vigor no Brasil que regulamente a atividade dos provedores de acesso e de serviços à rede Internet e, portanto, não há obrigação legal para que essas empresas informem ao Ministério Público ou à Polícia Federal os casos de pornografia infantil reportados pelos seus usuários. Além dessas cinco lacunas básicas, além, dessas três lacunas estruturais nós temos a ausência de tipificação para a conduta de quem fomenta a demanda desse tipo de conteúdo, ou seja, de quem consome, de quem adquire, de quem compra esse conteúdo pela Internet, de quem realiza downloads ou busca intencionalmente esse tipo de conteúdo. E, tampouco, inexistente na Legislação Brasileira previsão legal que estabeleça algum critério de responsabilização, ainda que civil ou administrativa, para as instituições financeiras que realizam, que fazem a intermediação financeira entre comprador e vendedor de pornografia infantil pela Internet. Nos Estados Unidos, como eu mencionei anteriormente, existe uma coalizão formada e acordos formais já estabelecidos que prevêm, por exemplo, o cancelamento unilateral do cartão de crédito daquele usuário que utiliza o seu cartão de crédito para comprar pornografia infantil por meio de Internet. E também existe uma previsão para que a empresa, a bandeira do cartão de crédito, a empresa responsável pelo cartão forneça, notifique a polícia acerca daquela transação financeira ilegal, aquela transação financeira que teve como principal objetivo adquirir pornografia infantil por meio da Internet e, portanto, fomentar a demanda desse tipo de conteúdo. E como nós sabemos, pela lei da oferta e da demanda, sempre que existe demanda vai existir oferta e a oferta, nesse caso, implica no abuso e na exploração sexual de mais e mais crianças para que mais e mais fotos e

¹⁴⁰ RALATÓRIO FINAL, op. cit., p. 127.

vídeos sejam produzidos para que sejam comercializados em, aproximadamente, 3.200 sites comerciais que vendem pornografia infantil por meio da Internet. [g.n]

Contudo, no final dos trabalhos, os parlamentares optaram apenas por tipificar penalmente a aquisição, a posse e o armazenamento, não fazendo menção à visualização por meio da internet. Isso acaba por demonstrar uma falha na proteção aos menores, uma vez que o indivíduo pode acessar o conteúdo diversas vezes, sem obter a posse, e não ser punido, ao passo que um possuidor que visualizou o conteúdo apenas uma vez, mas o manteve consigo, certamente terá praticado um fato típico.

Dessa forma, apenas os núcleos do tipo penal do art. 241-B podem ser punidos, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, razão pela qual o mero acesso, no ordenamento jurídico brasileiro, não é criminalizado.

4.2 A POSSE DE PORNOGRAFIA INFANTIL E OS DEBATES ACERCA DE SUA CRIMINALIZAÇÃO

A criminalização da pornografia infantil passou a fazer parte da legislação brasileira com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, sendo que tal diploma legal foi uma marco no reconhecimento dos menores como sujeitos de direitos, trazendo a doutrina da proteção integral e diversos princípios que os reconhecem, o que foi muito significativo no reconhecimento das garantias desses indivíduos, diferentemente do Código de Menores, de 1979, que tratava do menor em “situação irregular”.¹⁴¹

Conforme já mencionado no início deste trabalho, a pornografia infantil traz diversas áreas de discussões e, por se tratar de um tema considerado delicado e por vezes complicado de se debater, é cercada de posicionamentos que se contrapõem.

A criminalização da posse possui alguns detalhes que são debatidos entre vários autores e, neste tópico, serão expostos, de forma objetiva, os principais pontos observados que servem tanto como críticas quanto como justificativas para este tipo penal.

As dificuldades em se comprovar o dolo do agente em pretender comercializar futuramente o conteúdo pornográfico possuído é, inicialmente, um dos principais pontos no meio do debate da criminalização da posse. Alguns posicionamentos apontam no sentido de que, se o possuidor não detém essa vontade, não deveria ser punido por crime algum.

¹⁴¹ JUNCAL, Regina Geni Amorim. Direito e moral: discussão sobre a criminalização do consumo de pornografia infantil através de uma perspectiva garantista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 25, vol. 137. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2017, pp. 63-87, p. 64.

Norma Bouyssou, *apud* Louveira,¹⁴² afirma que a mera posse, sem a finalidade de comercialização ou difusão não deveria ser criminalizada, em razão de o possuidor não ter participação direta da violação dos menores, uma vez que o conteúdo apenas foi parar em suas mãos, a não ser que reste comprovado que o possuidor encomendou tal material.

Para Assunção e Silva,¹⁴³ a criminalização da posse de pornografia infantil refletiria uma prevenção do legislador a fim de evitar que o possuidor divulgue tal material. Essa possibilidade tornaria o tipo penal em questão um delito de perigo abstrato, o que, em tese, violaria o princípio da presunção de inocência.

Por sua vez, Louveira entende que a incriminação da posse baseada nessa justificativa refletiria uma mera punição do perigo que essa conduta poderia ocasionar, não havendo, em um primeiro momento, de fato um dano. O autor, ao justificar seu posicionamento, afirma:¹⁴⁴

As consequências desse modo de pensamento são evidentes: ao antecipar de maneira significativa a abrangência da relevância penal, acaba sendo inevitável que o tipo penal se colore de significados que exprimem inegável julgamentos de cunho moral acerca do consumidor desse tipo de material pornográfico.

O autor defende, portanto, que a punição, nestes termos, estaria puramente revestida de conceitos morais, ou seja, haveria a preocupação de punir a pedofilia a qualquer custo, ainda que a norma não demonstrasse efetivamente uma proteção aos direitos da criança e do adolescente.

O autor, dessa forma, refuta a ideia de que o tipo penal em comento poderia diminuir a demanda de pornografia infantil, ao mesmo tempo em que puniria condutas consideradas reprováveis. Entretanto, no seu ponto de vista, essa justificativa não bastaria para que se criasse um tipo penal.¹⁴⁵

Reforçando essa visão, ao abordar a pedofilia, Assunção e Silva¹⁴⁶ afirma que “não devem ser punidas manifestações sintomáticas de personalidade perigosa. A pessoa deve ser punida pelo que faz, não pelo que é”.

Por outro lado, Mariana Tavares¹⁴⁷ afirma que, nos crimes de perigo abstrato, não há a necessidade de que o perigo seja presumindo, bastando que se demonstre uma ofensa social,

¹⁴² LOUVEIRA, op. cit., pp. 175-176.

¹⁴³ ASSUNÇÃO E SILVA, op. cit., p. 457.

¹⁴⁴ LOUVEIRA, op. cit., p. 176.

¹⁴⁵ Ibid., p. 178.

¹⁴⁶ ASSUNÇÃO E SILVA, op. cit., p. 462.

¹⁴⁷ TAVARES, Mariana Isabel Biguino. **Pornografia de menores: um crime parcialmente moralista?**. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2019. p. 58.

respeitando os princípios da ofensividade e da subsidiariedade. A intervenção penal, portanto, seria legítima nesse caso, na tentativa de impedir a exploração sexual de menores e punir os produtores desse conteúdo.

Da mesma forma, entende Moraes¹⁴⁸ que “a posse de pornografia infantil se traduz num aproveitamento ilegítimo de um abuso sexual ou da intimidade sexual de uma pessoa em desenvolvimento, cuja vulnerabilidade autoriza a tutela penal”.

De todo modo, conforme ressalta Ferreira Leite,¹⁴⁹ o crime de perigo abstrato necessita de uma justificativa acerca de sua necessidade, a fim de respeitar o princípio da intervenção mínima, considerando a relação entre a necessidade da norma e o bem jurídico tutelado.

Já com relação ao reforço do sofrimento da vítima, Louveira¹⁵⁰ afirma que deve ser abordado, neste ponto, o direito à proteção da imagem da vítima. Afirma que, com relação a vítimas maiores de dezoito anos que têm sua intimidade sexual exposta, principalmente por meio das redes sociais, não haveria a necessidade da tutela penal, sendo que questão poderia ser apenas resolvida no âmbito cível, por meio de reparação indenizatória.

Nessa visão, portanto, não haveria um bem jurídico a se tutelar diretamente, sendo o tipo penal da posse desnecessário se analisado perante os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade.¹⁵¹

Neste ponto, o autor contrasta os princípios do Direito Penal com os direitos da criança e do adolescente ora garantidos, tanto na Constituição Federal quanto na legislação especial (ECA), entendendo que a moral presente na sociedade tem grande influência no tipo penal em comento. Justificando tal posicionamento, o autor afirma:¹⁵²

[...] Afinal, convenha-se, aceitar a incriminação de um comportamento apenas por causa da pressão da opinião pública em extirpar a pedofilia da realidade social, sem observar os critérios de ofensividade, da exclusiva proteção de bens jurídicos ou da esfera de autonomia individual dos cidadãos – tudo em nome de uma perigosa antecipação da tutela para atos desprovidos de dano a terceiros – pode ensejar a institucionalização do famigerado Direito Penal do Autor.

Contudo, apesar do que entende o autor, não se pode negar que a pornografia infantil também está relacionada com outras formas de exploração sexual, como a prostituição infantil e o tráfico de crianças para fins sexuais, uma vez que o tráfico para fins sexuais demandaria a

¹⁴⁸ MORAIS, op. cit., p. 124.

¹⁴⁹ LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia – repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 72.

¹⁵⁰ LOUVEIRA, op. cit., pp. 180-181.

¹⁵¹ Ibid., p. 184.

¹⁵² Ibid., p. 186.

prostituição, o que estaria relacionada com a produção de conteúdo pornográfico infantil.¹⁵³ Dessa forma, a incriminação da posse se faria legítima em razão do benefício que o possuidor teria em detrimento de crianças que estariam sendo exploradas sexualmente.

Outra questão abordada no crime de posse é a comparação deste tipo penal com o crime de receptação. Sobre essa comparação, Alexandre Assunção e Silva¹⁵⁴ explica:

[...] O receptor, ao comprar ou receber o bem furtado ou roubado, estimula a prática de crimes contra o patrimônio. De igual modo, quem adquire pornografia infantil estimula diretamente a prática dos crimes de produzir, vender e divulgar tal material (que produzem lesão direta a bens jurídicos relevantes). A conduta de adquirir pornografia infantil é uma espécie de crime de receptação.

Na receptação, tipificada no artigo 180, do Código Penal, o agente se beneficia de um delito anteriormente cometido. O possuidor de pornografia infantil impulsionaria a sua produção, do mesmo modo que o receptor impulsionaria um delito patrimonial, como furto ou roubo.¹⁵⁵

Nesse viés, Prado¹⁵⁶ leciona que, quando se trata da receptação, embora seja imprescindível a prática de um crime anterior, “há plena autonomia no plano processual, de forma que a ação penal no crime de receptação independe de apuração do crime anterior, bastando a prova a sua existência”, sendo que o próprio parágrafo 4º, do art. 180, do Código Penal, preceitua a punibilidade da receptação, ainda que não seja conhecido o autor do crime anterior.

Logo, assemelhando-se à receptação, a aquisição de pornografia infantil exigiria o cometimento de um crime anterior, como a produção, a venda e a divulgação desse conteúdo, estando relacionada diretamente com esses crimes, porém com tipo penal e sanção próprios.

Com relação à perpetuação do crime presente na receptação, o mesmo aconteceria com a posse de pornografia infantil. Citando a posição de Gimbernat Ordeig, Louveira¹⁵⁷ esclarece a ideia de que cada vez que o possuidor consome novamente o conteúdo pornográfico, estaria perpetuando a violência cometida contra o menor, da mesma forma que estaria contribuindo para a expansão de uma rede criminosa que aufere lucro às custas da violação de direitos da criança e do adolescente.

¹⁵³ LANDINI, Tatiana Savoia. **Envolvimento e distanciamento na produção brasileira de conhecimento sobre pornografia infantil na internet**. Revista São Paulo em Perspectiva, v. 21, n. 2, pp. 80-88, jul/dez 2007, p. 83.

¹⁵⁴ ASSUNÇÃO E SILVA, op. cit., p. 453.

¹⁵⁵ LOUVEIRA, op. cit., p. 188.

¹⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 249 do CP, volume 2**. 3. Ed. Disponível em: Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 459.

¹⁵⁷ LOUVEIRA, op. cit., p. 193.

Já com relação ao ato específico de possuir, Assunção e Silva¹⁵⁸ defende que a conduta não significa necessariamente que o consumidor teve contato com quem produziu o conteúdo pornográfico, uma vez que, com a predominância da disseminação da pornografia no ambiente virtual, o acesso e o armazenamento desse material podem ser feitos de maneira autônoma, sem necessidade de haver a posse. Por outro lado, o número de acesso às páginas da *web* com conteúdo pornográfico fica registrado, de modo que, quanto maior o acesso, mais vantajoso para o seu administrador mantê-la ativa. Contudo, conforme já mencionado no início deste capítulo, o mero acesso à pornografia infantil e a sua posse ou armazenamento são condutas diferentes, de modo que a primeira não é criminalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, na visão do autor, no mero acesso não haveria um claro estímulo à produção de pornografia, diferentemente da aquisição.

O autor ainda aprofunda a questão, exemplificando a situação:¹⁵⁹

A situação é semelhante à de alguém que encontra fotos pornográficas de menores na rua, sem saber de onde vieram. Se apenas olhar as fotos e deixá-las onde estavam, não terá praticado crime. Porém, se resolver guardá-las consigo, terá praticado o crime do art. 241-B. Mas nem na primeira conduta nem na última pode-se dizer que houve um ato que estimulou a prática do crime de produzir material pornográfico, pois não houve liame subjetivo entre quem produziu ou divulgou o material pornográfico e quem o guardou.

Contudo, a despeito dessa posição, Louveira¹⁶⁰ reconhece que, com a divulgação do material pornográfico infantil, é inegável que “o ato de copiar, imprimir ou guardar tal material acaba perpetuando o anterior dano ao bem jurídico tutelado”. Dessa forma, ainda que não haja lesão aparente, o indivíduo estaria se aproveitando de um dano à integridade física e psíquica do menor já ocorrido.

Além do delito de receptação, existem autores que também comparam a posse de pornografia infantil com a posse de drogas para consumo. Assunção e Silva,¹⁶¹ ao observar esses dois delitos, afirma que tanto o consumo da droga quanto o de pornografia são capazes de estimular a prática de crimes. Contudo, o autor lembra que o uso da droga é “despenalizado” pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o usuário está sujeito a advertência e prestação de serviços à comunidade, por exemplo. Sendo assim, defende que o consumidor de pornografia infantil também não deveria sofrer penas severas, mas ser submetido a tratamento e a medidas socioeducativas.

¹⁵⁸ ASSUNÇÃO E SILVA, op. cit., pp. 454-455.

¹⁵⁹ ASSUNÇÃO E SILVA, op. cit., p. 455.

¹⁶⁰ LOUVEIRA, op. cit., p. 196.

¹⁶¹ ASSUNÇÃO E SILVA, op. cit., p. 454.

Por sua vez, Roxin,¹⁶² ao abordar essa comparação entre a posse de pornografia infantil e a posse de drogas para consumo, afirma que, na pornografia infantil, diferentemente da posse de drogas, não existe a finalidade de se apreender o objeto do crime para não prejudicar o seu adquirente, sendo que já houve a violação de direitos de um terceiro, no caso, o menor. O autor ainda entende que, na luta contra as drogas, existe a tentativa de enfraquecer o mercado com a finalidade de se combater redes comerciais consideradas inacessíveis, sendo que, com a pornografia infantil, houve o abuso sexual concreto de crianças e adolescentes.

No mesmo sentido, Inês Ferreira Leite:¹⁶³

Numa perspectiva meramente naturalista, o consumidor é aquele que inicia todo o processo de abuso sexual de crianças. É porque existe quem esteja disposto a pagar para consumir material pornográfico que contenham imagens de crianças que surgem verdadeiras associações especializadas na produção e distribuição de tal material. Produção esta que envolve, no mínimo, a prática de crimes sexuais contra crianças, mas que também envolverá, em muitos casos, o sequestro ou mesmo homicídio destas crianças.

Ainda com relação a essa cadeia criminoso, Mariana Tavares¹⁶⁴ pontua que:

[...] O consumidor para além de se aproveitar o material ilícito incita monetariamente para a produção de mais materiais pornográficos envolvendo menores, incentivando uma indústria de abusos. Não poderemos aceitar a criminalização da posse como meio de reprimir os instintos pedófilos. Não é o facto de serem criadas fantasias obscenas por quem detenha uma fotografia que torna este ato inapropriado e ilegal, mas sim a ligação inegável existente entre esse material e o abuso sexual.

A autora ainda acrescenta que é lícita a criminalização simplesmente pelo fato de o possuidor se aproveitar de eventuais abusos sexuais cometidos contra os menores, afirmando que “não se trata de uma consideração meramente moralista ou reprovada socialmente. Para além de fomentar a indústria do abuso sexual ou do uso do menor há um benefício para o possuidor.”¹⁶⁵

Outro argumento favorável à criminalização seria a influência da pornografia no aliciamento sexual de crianças e adolescentes na internet, prática esta conhecida como *grooming*, na qual o indivíduo passa a se relacionar com o menor de forma a criar uma certa intimidade, com a finalidade de persuadi-lo a enviar conteúdos de cunho sexual (prática esta conhecida como *sexting*), ou ainda de persuadi-lo a marcar um encontro presencial, vindo a

¹⁶² ROXIN, op. cit., p. 16.

¹⁶³ LEITE, op. cit., p. 60.

¹⁶⁴ TAVARES, op. cit., p. 52.

¹⁶⁵ Id.

concretizar o abuso de forma direta. Nesse caso, o uso da pornografia infantil pode ser feito pelo agente para induzir o menor a uma situação na qual ele se sinta familiarizado e confortável com o fato de manter relações sexuais, de modo que isso ressalta o risco que esse tipo de conteúdo causa.¹⁶⁶

Poder-se-ia dizer, ainda, que a criminalização da posse violaria direitos como a liberdade de expressão, a qual não pode ser reprimida sem fundamento.¹⁶⁷ Neste ponto, existe a ponderação entre os direitos fundamentais da criança e o direito fundamental da liberdade de expressão garantidos constitucionalmente.

Ao se analisar tais direitos, deve-se considerar que o possuidor estaria se beneficiando de crime cometidos contra menores por produtores desse conteúdo e eventuais abusadores diretos. Ao pagar, por exemplo, pelo material pornográfico, o consumidor estaria contribuindo para o lucro e também para a expansão da divulgação pelos produtores, o que acabaria por resultar no aumento da procura.¹⁶⁸

Abordando o bem jurídico tutelado, Morais¹⁶⁹ defende que a mera posse já é capaz de violar a imagem e a intimidade do menor, de modo que a tutela penal é válida para defender os interesses de um indivíduo considerado vulnerável. Por sua vez, tratando-se da autodeterminação sexual, o autor afirma que existe a necessidade de se proteger o livre desenvolvimento sexual do menor, sem interferências agressivas como a produção de pornografia, garantindo, assim, proteção à sua integridade física e psíquica. Dentro da integridade psíquica, por exemplo, pode-se citar a perpetuação do conteúdo pornográfico em diversas partes do mundo, sendo que a vítima, ao tomar conhecimento disso, jamais terá a certeza de que o material algum dia será extinto. Isso porque, ainda que seja excluído de sua fonte, não se sabe quantas pessoas armazenaram o arquivo em seus dispositivos e por quanto tempo eles ficaram armazenados. Dessa forma, a vítima terá que conviver com esse trauma durante o resto de sua vida, sendo revitimizada a cada vez que o conteúdo é reproduzido.

Por todo o exposto, é de se considerar que movimentos descriminalizantes ganham cada vez mais força entre estudiosos da Criminologia, sob o argumento de que apenas condutas realmente danosas a bens jurídicos devem ser punidas pelo Direito Penal. Apesar de existirem diversos tipos penais que, atualmente, são bastante criticados quando à sua necessidade, existem

¹⁶⁶ MORAIS, op. cit., p. 126.

¹⁶⁷ TAVARES, op. cit., p. 46.

¹⁶⁸ Ibid., pg. 53.

¹⁶⁹ MORAIS, op. cit., pp. 127-128.

direitos e bens jurídicos que, por ora, aparentemente, apenas o Direito Penal consegue proteger.¹⁷⁰

A Criminologia, de forma suscinta, estuda o crime de forma mais aprofundada. Nos dizeres de Shecaira¹⁷¹, ela se ocupa “do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito e, para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar”. Para o autor, ela se diferencia do Direito Penal na medida em que seu objetivo é “conhecer a realidade para explicá-la”, ao passo que o Direito Penal “valora, ordena e orienta a realidade”.

Dessa forma, trazendo uma visão criminológica para a posse de pornografia infantil, haveria a necessidade de estudar, além do crime em si, o próprio autor, com todos os fatores psicológicos que influenciam no consumo, a vítima (menor de 18 anos), e como a sociedade lida com o crime.

Apresentados esses posicionamentos, passa-se agora a analisar uma questão muito suscitada que envolve a posse de pornografia infantil: o estímulo do consumo ao cometimento de delitos sexuais contra crianças e adolescentes.

4.3 O CONSUMO DE PORNOGRAFIA INFANTIL E A SUA INFLUÊNCIA NA PRÁTICA DE DELITOS SEXUAIS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Tratar sobre o consumo de pornografia infantil pode trazer diversos debates, conforme já exposto acima, mas um ponto que pode trazer dúvidas seria a possibilidade de a pornografia influenciar na prática de abusos sexuais contra menores.

Afinal, sabe-se que, por mais imoral que sejam as fantasias sexuais contra crianças, o mero pensamento não pode ser punido, de modo que resta o questionamento acerca da possibilidade de se exteriorizar esse pensamento através do consumo de pornografia infantil.¹⁷²

Inicialmente, cabe ressaltar que, durante as pesquisas realizadas para a elaboração deste trabalho, pouco se encontrou acerca do delito de posse de pornografia infantil. Apesar de existirem diversas áreas a serem abordadas no amplo tema que é a pornografia infantil, os debates sobre a posse ainda não são tão visíveis, ainda que o tipo penal tenha sido instituído no ordenamento pátrio há mais de uma década.

¹⁷⁰ Ibid., op. cit., p. 106.

¹⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 45.

¹⁷² JUNCAL, op. cit., pp. 74-75.

Inclusive, ao tratar sobre o assunto, Tatiana Savoia Landini¹⁷³ menciona uma justificativa para a quantidade pequena de pesquisas disponibilizadas na internet sobre pornografia infantil:

Há envolvimento (no sentido eliasiano) muito grande. Pesquisadores dessa área conhecem os olhares de estranhamento que lhes são dirigidos. Pesquisar pornografia infantil significa mexer com um emaranhado de temas ainda tabus em nossa sociedade: a sexualidade (adulta, infantil e juvenil); a pornografia e o desejo (expressões dessa mesma sexualidade); a violação da criança e do adolescente (portanto, a violação de nosso ideal de inocência).

Dessa forma, a autora reconhece que existe muita dificuldade em estudar o assunto, uma vez que os próprios pesquisadores podem se deixar levar pelas emoções e pelas convicções pessoais.

Portanto, as pesquisas que serão citadas neste tópico, apesar de serem encontradas em trabalhos publicados no Brasil, foram feitas em outros países, de modo que elas servirão apenas para instigar o debate sobre a criminalização da posse.

Pode-se citar vários motivos pelos quais um indivíduo consome a pornografia infantil. Citando a pesquisa de Wostley e Smallbone, Louveira¹⁷⁴ traz três tipos de usuários: a) os lúdicos, que visitam as páginas da *web* apenas por curiosidade ou por mero entretenimento; b) os usuários em situação de risco, que acabam por desenvolver o interesse pela pornografia infantil diante da facilidade que a internet proporciona para acessar esse tipo de conteúdo; c) os compulsivos sexuais, que realmente possuem um interesse sexual por menores de idade e por isso buscam esse conteúdo.

Com relação à motivação do consumo, autor ainda traz outro tipo de classificação desses consumidores, dividindo-os em quatro grupos:¹⁷⁵

i) interessados sexualmente em crianças impúberes (pedófilos) ou em adolescentes (hebéfilos), que se utilizam da pornografia para saciar suas fantasias sexuais; *ii)* usuários de pornografia sem limites, que são pessoas que estão permanentemente procurando novos e diferentes estímulos sexuais; *iii)* indivíduos com curiosidade sexual, que apenas baixam algumas poucas imagens para satisfazer sua inquietação e *iv)* pessoas interessadas em obter lucro (vantagem econômica) por meio da venda e distribuição dessas imagens e vídeos ou então do estabelecimento de *sites* que requerem uma contribuição financeira para se fazer o download do conteúdo pornográfico infantil.

¹⁷³ LANDINI, op. cit., p. 85.

¹⁷⁴ LOUVEIRA, op. cit., p. 199.

¹⁷⁵ Id.

Cabe aqui ressaltar o que já foi abordado na primeira parte deste trabalho, acerca das características dos consumidores de pornografia infantil. Como se observa, não existe um padrão específico de comportamento para se definir um consumidor de pornografia. O que existe são estudos que analisam os comportamentos mais visíveis dos seus usuários, não significando que todo consumidor irá apresentá-los. Além disso, deve-se lembrar que nem todos os consumidores podem ser considerados pedófilos, sendo que, apesar de a pedofilia necessitar de um diagnóstico específico, não há como se padronizar o comportamento de cada indivíduo, considerando a individualidade de cada ser humano.

Quando se fala na influência ou instigação que o consumo da pornografia infantil pode trazer no cometimento de abusos sexuais, uma das situações objetivadas com a criminalização da posse seria a prevenção desses abusos, uma vez que, se o consumo provoca o estímulo, ainda que apenas em parte dos consumidores, haveria a necessidade de criminalizá-lo como uma forma de evitar que esse conteúdo chegue nas mãos de potenciais abusadores.

É claro que, a depender do caso, a pressão sofrida pela sociedade, da consciência da gravidade do delito e o próprio autocontrole são fatores que podem evitar que o consumidor progrida do mero consumo para o abuso sexual. Contudo, a facilidade de comunicação através da internet possibilita que os consumidores compartilhem entre si experiências vividas com a pornografia infantil e até mesmo com abusos sexuais, de forma que não se exclui a possibilidade de influência não apenas pelo consumo, mas também por esse contato entre os consumidores.¹⁷⁶

Contrária a essa tese da influência, a “tese da catarse” defende que o consumo da pornografia infantil seria capaz de aliviar o desejo sexual por menores de idade. Dessa forma, o consumo da pornografia infantil poderia ser capaz de prevenir o cometimento de abusos, uma vez que o indivíduo se utilizaria do material pornográfico para que não viesse a exteriorizar suas vontades.¹⁷⁷

Quando a este argumento, é importante lembrar que, ainda que exista a possibilidade de o indivíduo se utilizar da pornografia infantil como forma de tratamento de seus impulsos sexuais, haveria a necessidade de um acompanhamento individualizado de cada consumidor por profissionais capacitados que atestassem essa possibilidade de tratamento e monitorassem o uso da pornografia, de forma que ela não implicasse em um efeito reverso ou simplesmente não surtisse nenhum efeito no tratamento do indivíduo.

¹⁷⁶ LOUVEIRA, op. cit., p. 203.

¹⁷⁷ Ibid., p. 204.

Com relação aos estudos realizados nessa área, destaca-se um estudo realizado por Seto e Eke,¹⁷⁸ os quais pesquisaram 201 indivíduos condenados por crimes de pornografia infantil, sendo que, dentre eles, apenas um que fora condenado por apenas crimes de pornografia infantil veio a abusar posteriormente de um menor durante o período de acompanhamento, o que não reforçaria a ideia de que consumidores de pornografia infantil são propensos a cometer crimes sexuais contra crianças e adolescentes.

Os autores ressaltam, contudo, que tiveram acesso apenas a registros oficiais, sem ter o acesso a dados sobre variáveis psicológicas que permitissem compreender os condenados por crimes de pornografia infantil.¹⁷⁹

Analisando esse estudo, Morais¹⁸⁰ menciona uma questão complexa de se analisar estudos voltados à prática de abusos sexuais, que são as chamadas “cifras negras”, pois nem todos os abusos chegam ao conhecimento das autoridades, o que por si só dificulta a obtenção de dados precisos que relacionem o consumo de pornografia infantil com o consequente abuso.

Nesse ponto, Trindade afirma que o medo e a culpa impostos à criança impedem que ela relate a terceiros o abuso sofrido:¹⁸¹

[...] devido a essas formas de pressão a cifra identificada de crianças vítimas de abuso sexual é sempre menor do que o número de casos reais. Estima-se que casos não denunciados constituem um dado de obscuras proporções, porque a criança é vítima do silêncio. Do silêncio que circunda a condição de ser criança, mas também do silêncio que assinala a circunstância de ser vítima, ambos portadores de discursos desacreditados. Ambos – crianças e vítimas – são sujeitos fora do poder e, nesse sentido, marginais.

Morais¹⁸² ainda cita outro estudo realizado por Seto, no qual o objetivo central seria analisar se o consumo da pornografia infantil poderia auxiliar no diagnóstico da pedofilia. Nesse estudo, das 685 pessoas pesquisadas, 100 já haviam sido acusadas criminalmente pelo consumo de pornografia infantil, sendo que destes, 43 haviam contra si registros de crimes sexuais contra uma criança.

¹⁷⁸ SETO, Michel C.; EKE, Angela W. The criminal histories and later offending of child pornography offenders. **Sexual abuse: a journal of research and treatment**, vol. 17, n. 2, pp. 201-210, april 2005, p. 208. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/7770076_The_Criminal_Histories_and_Later_Offending_of_Child_Pornography_Offenders>. Acesso em: 12 nov 2021.

¹⁷⁹ Id.

¹⁸⁰ MORAIS, op. cit., p. 125.

¹⁸¹ TRINDADE, op. cit., pp. 63-64.

¹⁸² MORAIS, op. cit., p. 125.

Outra pesquisa feita por Babchishin et al.,¹⁸³ em análise a vários estudos disponibilizados, concluiu que criminosos considerados pedófilos que têm acesso a computadores são os mais propensos a consumirem pornografia infantil. Contudo, o consumo de pornografia infantil seria um baixo indicador para o cometimento de crimes sexuais se o indivíduo tiver acesso limitado a crianças, bem como se tiver barreiras psicológicas que o impeçam de cometer abusos sexuais. O estudo destaca, porém, que deve ser considerada a possibilidade da prática concomitante de abusos sexuais e consumo de pornografia infantil por um indivíduo.¹⁸⁴

É claro que tais estudos não são capazes de afirmar que o consumo de pornografia infantil necessariamente influencia na prática de um abuso sexual. Apesar de poder criar no consumidor fantasias e percepções, podendo, inclusive, acelerar desejos sexuais que já estavam sendo instigados,¹⁸⁵ ainda não são claras as consequências que esse consumo pode causar.

Nesse ponto, ao tratar dos estudos na área, Mariana Tavares¹⁸⁶ ressalta outro problema:

É bastante improvável que estes indivíduos, quando questionados, admitam a prática de crimes que tenham praticado pelos quais não tenham sido condenados ou, uma vez submetidos a terapia, terão tendência para desvalorizar as razões e circunstâncias dos próprios acontecimentos.

Com relação à ideia de que a posse de pornografia infantil reforça instintos pedófilos, a autora ainda defende que o Direito Penal só deve intervir quando há uma efetiva lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, seguindo os princípios da subsidiariedade e da ofensividade, sob pena de se incriminar uma conduta apenas por convicções puramente morais.¹⁸⁷

¹⁸³ BABCHISHIN, Kelly M.; HANSON, R. Karl; VANZUYLEN, Heather. **Online child pornography offenders are different: a meta-analysis of the characteristics of online and offline sex offenders against children.** Archives of Sexual Behavior. Published online: 14 March 2014, p. 8. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/260809955_Online_Child_Pornography_Offenders_are_Different_A_Meta-analysis_of_the_Characteristics_of_Online_and_Offline_Sex_Offenders_Against_Children>. Acesso em: 12 nov 2021.

¹⁸⁴ BABCHISHIN, Kelly M.; HANSON, R. Karl; VANZUYLEN, Heather. **Online child pornography offenders are different: a meta-analysis of the characteristics of online and offline sex offenders against children.** Archives of Sexual Behavior. Published online: 14 March 2014, p. 15. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/260809955_Online_Child_Pornography_Offenders_are_Different_A_Meta-analysis_of_the_Characteristics_of_Online_and_Offline_Sex_Offenders_Against_Children>. Acesso em: 12 nov 2021.

¹⁸⁵ KINGSTON, Drew A. et al. **Pornography use and sexual aggression: the impact of frequency and type of pornography use on recidivism among sexual offenders.** Aggressive Behavior, vol. 34, pp. 1-11, 2008, p. 9. Disponível em: <https://www.academia.edu/27347441/Pornography_use_and_sexual_aggression_the_impact_of_frequency_and_type_of_pornography_use_on_recidivism_among_sexual_offenders>. Acesso em: 12 nov 2021.

¹⁸⁶ TAVARES, op. cit., p. 49.

¹⁸⁷ Ibid., p. 51.

O que pode se compreender, contudo, com a criminalização da posse, seria justamente essa possibilidade, que por vezes se concretiza, de que um menor de idade venha a ser abusado em razão da pornografia infantil. Aliando-se esse argumento à própria violação da intimidade e da intangibilidade sexual dos menores, da demanda e da perpetuação do dano sofrido já mencionados, tem-se aos olhos do legislador, fundamento suficiente para que a mera posse de pornografia infantil seja criminalizada.

De todo o modo, independente da fragilidade dos estudos focados nesse tema, Inês Ferreira Leite¹⁸⁸ faz uma ressalva:

A justificação para a censura penal das condutas associadas à pedopornografia não deverá encontrar-se numa qualquer presunção de perigosidade de ocorrências de futuros abusos sexuais. Nem se deverá presumir que os consumidores de pedopornografia sejam abusadores de menores. Estas condutas consistem sempre de um aproveitamento de material proibido, o qual teve na sua origem a prática e um crime grave. Este será o ponto mais importante na análise desta questão.

Sendo assim, a possibilidade de instigar impulsos sexuais que podem ser exteriorizados, o aproveitamento a violações de direitos já ocorridos, a influência na produção de conteúdo pornográfico e a possibilidade de divulgação são os principais argumentos que levaram à inserção do art. 241-B, no ECA, de modo que são considerados, primeiramente, a garantia dos direitos da criança e do adolescente e a necessidade de proteção desses indivíduos considerados mais vulneráveis no âmbito constitucional.

¹⁸⁸ LEITE, op. cit., p. 60.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet foi responsável por conectar pessoas no mundo todo, trazendo benefícios imensuráveis em diversas áreas, como na educação, na informação, no lazer etc. O número de indivíduos que acessam o ambiente virtual, apesar de já ser alto, tende a crescer ainda mais, uma vez que o mercado online se mostrou lucrativo, bem como eficiente no aspecto profissional e educacional, principalmente em situações em que o ser humano se vê obrigado a utilizá-lo com maior frequência.

Contudo, em razão desse alto número de acessos, é de se esperar que atividades criminosas também passassem a frequentar esse ambiente, o que aconteceu com a pornografia infantil. Os indivíduos envolvidos com práticas criminosas viram na internet uma oportunidade de expandir seus negócios, ao mesmo tempo em que precisam tomar cuidado para não serem identificados, razão pela qual passaram a utilizar de ambientes denominados *Deep Web* e *Dark Web*. Além disso, conforme foi exposto, as redes sociais estão cada vez mais presentes na vida das pessoas, sendo que crianças e adolescentes também acompanham esse crescimento e passam a utilizá-las, por vezes sem ter o discernimento necessário dos riscos que a exposição na *web* pode causar.

Isso facilita os consumidores e produtores de pornografia infantil a encontrarem esse tipo de material, que pode ser disponibilizado, por exemplo, para compras em sites específicos, ou ainda de forma gratuita através do aliciamento desses menores.

Em razão do alto número de conteúdo pornográfico infantil no ambiente virtual, parlamentares do Brasil instauraram uma CPI, denominada “CPI da Pedofilia”, a fim de discutirem acerca dos crimes dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente referente a esse tema, onde foram criados alguns tipos penais, dentre eles o disposto no art. 241-B, que trata da aquisição, da posse e do armazenamento de material pornográfico infantil.

Conforme foi apresentado, a mera posse de pornografia infantil traz algumas discussões acerca da própria viabilidade da inserção desse tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

A intervenção do Estado na vida privada do indivíduo se justifica, neste caso, para tutelar os direitos da criança e do adolescente e, mais especificamente, a liberdade e a intangibilidade sexual dos menores. Além disso, criminalizar a posse tem como um de seus principais fundamentos atingir a produção desse conteúdo, considerando que o consumidor influencia para que o mercado continue gerando renda para os produtores, de modo a aumentar

a prática da exploração sexual infantil. Complementando esse raciocínio, Mariana Tavares¹⁸⁹ observa que:

A criminalização da posse torna mais difícil – ou pelo menos assim se crê – a exposição dos indivíduos que se submetem ao risco para obterem este material e assim haverá uma diminuição da procura, prejudicando o lucro obtido pelos produtores e distribuidores, levando à quebra deste mercado, nomeadamente à exploração infantil.

É claro que a legislação não consegue acompanhar de forma rápida as mudanças tecnológicas e, atualmente, não são apenas nos ambientes mais “profundos” da internet que esse tipo de conteúdo pode ser encontrado. E isso, talvez, poderia ser um argumento de que a lei seria ineficiente ao tentar barrar esse tipo de prática.

Como foi visto, o Direito Penal deve se ocupar com a tutela de bens jurídicos que são realmente considerados importantes na sociedade. Dessa forma, alguns autores acreditam que punir a mera posse de pornografia infantil não seria uma forma de realmente garantir os direitos da criança e do adolescente, principalmente ante a possibilidade remota de esse conteúdo influenciar um eventual abuso sexual, sendo que a moral sexual da sociedade teria influenciado demasiadamente na criação deste tipo penal.

Neste ponto, deve-se considerar o grande impacto que a discussão da pedofilia causa, tanto na sociedade em geral como entre os próprios pesquisadores dessa área. Afinal, além da repulsa que esse tipo de prática provoca, bem como das discussões que envolvem a forma mais correta de se tratar o transtorno pedofilico, as quais, aparentemente, ainda não trouxeram um resultado objetivo, a questão envolvendo as próprias pesquisas referentes à pornografia infantil são complexas, uma vez que, pela delicadeza do tema e pelo possível envolvimento emocional dos pesquisadores dessa área, são encontrados poucos trabalhos que trazem dados capazes de constatar a instigação concreta do consumo de pornografia infantil sobre a prática de abusos sexuais.

Com relação aos dados acima mencionados, observou-se a dificuldade em se comprovar essa instigação, o que naturalmente já se espera, considerando que cada ser humano possui suas peculiaridades, sendo que alguns podem ser influenciados, outros não, alguns podem portar o transtorno pedofilico, outros não. Tais pesquisas servem apenas para constatar probabilidades e, ainda, demonstrar que, por menor que seja o risco, ele ainda está presente.

De qualquer forma, a Lei nº 11.829/08 trouxe uma grande inovação na legislação referente à pornografia infantil, trazendo tipos penais que já eram discutidos em âmbito

¹⁸⁹ TAVARES, op. cit., p. 55.

internacional, como uma forma de tentar frear a exploração sexual infantil. Criminalizar apenas a produção e a distribuição, aos olhos do legislador, não seria suficiente para reduzir a quantidade de conteúdo pornográfico infantil disponibilizado na internet, uma vez que, existindo a demanda pelos consumidores, a produção, de alguma forma, continuaria.

A proteção de crianças e adolescentes está amplamente disposta no ECA, em diversas esferas. O Estatuto trouxe uma nova forma de enxergar estes seres mais vulneráveis, colocando-os como sujeitos de direitos e conferindo certa prioridade em garantir esses direitos.

A doutrina da proteção integral, a prioridade absoluta e o melhor interesse são princípios basilares do ECA que influenciam em toda a abordagem do Estatuto, tanto quando se trata de educação, saúde, relações familiares, como quando se trata de atos infracionais e crimes cometidos contra os menores.

Visando esses princípios, ainda que não descartando a existência de princípios do Direito Penal, como os abordados neste trabalho, criou-se uma norma, dentre várias outras, que objetiva proteger a integridade física e psíquica dos menores diante de uma prática que vem sendo intensamente disseminada.

Isso se deve ao fato de que, ao lidar com o desenvolvimento sexual deste grupo em específico, naturalmente surge maior preocupação acerca da prevenção e do combate às práticas que atentam contra a dignidade de crianças e adolescentes, que acabam por estar em uma posição mais vulnerável com relação aos seus agressores sexuais. Essa vulnerabilidade dificulta que as vítimas consigam defender os seus direitos, pois muitas vezes sequer conseguem identificá-los e compreendê-los, sem entender, portanto, que estão sendo violadas. Logo, dá-se prioridade ao bem-estar destes seres e, constatando-se um risco ao seu desenvolvimento, direitos como a liberdade de expressão acabam se submetendo à proteção integral.¹⁹⁰

Por isso é relevante a identificação do bem jurídico tutelado, a fim de que se entenda qual o real sentido da norma incriminadora. É claro que não se pretendeu esgotar todo o assunto neste trabalho, uma vez que ele possui várias ramificações e questões que ainda são um mistério até para os pesquisadores.

O objetivo, entretanto, foi trazer discussões que ainda permeiam a necessidade da existência de um tipo penal criado no ano de 2008 no Brasil, mas que ainda pouco se fala sobre seus impactos. O desafio de tratar o tema vai muito além de questões incriminadoras, considerando o envolvimento de um transtorno cuja discussão acerca do tratamento na área penal ainda não foi pacificada pelos estudiosos.

¹⁹⁰ PINHEIRO, op. cit., p. 22.

Dessa forma, não são apenas estudos de dados em registros públicos que precisam ser analisados, mas sim estudos individualizados sobre cada indivíduo que consome esse tipo de material, a fim de que ao menos se compreenda melhor como são seus pensamentos, impulsos e vontades. Além da repressão, o consumo de pornografia infantil está muito relacionado com a prevenção, tanto das vítimas, que necessitam de orientação acerca da periculosidade de exposição nas redes, como dos autores, que por vezes podem apresentar comportamentos que podem ser controlados.

REFERÊNCIAS

American Psychiatric Association. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais** [recurso eletrônico]: DSM-5 / [American Psychiatric Association; tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento... et. al.]; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli... [et. al.]. 5 ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ASSUNÇÃO E SILVA, Alexandre. **Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil**. Revista dos Tribunais, vol. 890. São Paulo, 2009, pp. 444-470.

BABCHISHIN, Kelly M.; HANSON, R. Karl; VANZUYLEN, Heather. **Online child pornography offenders are different: a meta-analysis of the characteristics of online and offline sex offenders against children**. Archives of Sexual Behavior. Published online: 14 March 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/260809955_Online_Child_Pornography_Offenders_are_Different_A_Meta-analysis_of_the_Characteristics_of_Online_and_Offline_Sex_Offenders_Against_Children>. Acesso em: 12 nov 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral: arts. 1 a 120 – v. 1**. 27 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____, Cezar Roberto. **Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. Coleção Tratado de direito penal volume 4**. 14 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov 2021.

_____. **Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 set 2021.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 mai 2021.

_____. **Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Diário Oficial da União, Brasília, 28 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111829.htm>. Acesso em: 19 nov 2021.

_____. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia. **Relatório final**. Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/RELATORIOFinalCPIPEDOFILIA.pdf>>. Acesso em: 18 mai 2021.

BREIER, Ricardo. **Direitos Humanos e pedofilia: da violência real à virtual**. Disponível em: <http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF3/01826_Direitos%20humanos%20e%20pedofilia.pdf>. Acesso em: 7 mai 2021.

CETIC.BR. TIC Kids Online Brasil. **Indicadores**. Crianças e Adolescentes. Tabelas de proporções, totais e margens de erro amostral para download. 2019. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2019/criancas>>. Acesso em: 7 set 2021.

_____. TIC Domicílios. **Indicadores**. Domicílios. Tabelas de proporções, totais e margens de erro amostral para download. 2020. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>>. Acesso em: 15 nov 2021.

CHILDHOOD. **Pedofilia é igual a abuso sexual?**. Publicado em 18/09/2015. Disponível em: <<https://childhood.org.br/pedofilia-e-igual-a-abuso-sexual>>. Acesso em: 21 set 2021.

CID10. Busca de CID10. Disponível em: <[https://cid10.com.br/%5Ebuscadescr\\$query=pedofilia](https://cid10.com.br/%5Ebuscadescr$query=pedofilia)>. Acesso em: 15 set 2021.

Council of Europe. **Convention on Cybercrime**. Budapest, 2001. Disponível em <<https://rm.coe.int/1680081561>> Acesso em: 4 out 2021.

Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos / Andréa Rodrigues Amin... [et al.]; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. 12 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

IBGE. **Uso de internet, televisão e celular no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>>. Acesso em: 16 mai 2021.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-Aa do CP**. Atualização André Estefam – Direito penal vol. 3. 24 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUNCAL, Regina Geni Amorim. Direito e moral: discussão sobre a criminalização do consumo de pornografia infantil através de uma perspectiva garantista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 25, vol. 137. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2017, pp. 63-87.

KEMP, Simon. Digital 2021: the latest insights into the ‘state of digital’. **We are social**. 2021. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital>>. Acesso em: 16 mai 2021.

KINGSTON, Drew A. et al. **Pornography use and sexual aggression: the impact of frequency and type of pornography use on recidivism among sexual offenders**. *Aggressive Behavior*, vol. 34, pp. 1-11, 2008. Disponível em: <https://www.academia.edu/27347441/Pornography_use_and_sexual_aggression_the_impact_of_frequency_and_type_of_pornography_use_on_recidivism_among_sexual_offenders>. Acesso em: 12 nov 2021.

LANDINI, Tatiana Savoia. Envolvimento e distanciamento na produção brasileira de conhecimento sobre pornografia infantil na internet. **Revista São Paulo em Perspectiva**, v. 21, n. 2, pp. 80-88, jul/dez 2007.

LEITE, Inês Ferreira. **A tutela penal da liberdade sexual**. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais. II Curso Pós-Graduado de aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova. Universidade de Lisboa. 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/263276823_A_Tutela_Penal_da_Liberdade_Sexual>. Acesso em: 19 ago 2021.

_____. **Pedofilia – repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

LOUVEIRA, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone. **A esfera da vida privada do cidadão como limite à interferência do direito penal: a questão da pornografia infantil**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

LOWENKRON, Laura. A cruzada antipedofilia e a criminalização das fantasias sexuais. Sexualidad, Salud y Sociedad - **Revista Latinoamericana**. ISSN 1984-6487, n. 15. Dec. 2013, pp. 37-61.

_____. **O monstro contemporâneo – a construção social da pedofilia em múltiplos planos**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Programa de pós-graduação em antropologia social do Museu Nacional. Rio de Janeiro, 2012.

MARTINS, Raquel Amaro. **Abuso sexual de crianças: Diferenças entre agressores sexuais por contacto e ofensores por pornografia infantil**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Medicina da Universidade de Porto. Porto, 2017.

MENDES, Inês Sofia Cera. **Pornografia infantil: novos problemas face ao paradigma da pornografia virtual?** Mestrado em Direito. Universidade de Lisboa. Faculdade de Direito. Lisboa, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP – volume 2**. Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. 36 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAIS, Felipe Soares Tavares. Internet, Pornografia e Infância: a Criminalização da Posse de Pornografia Infantil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, v. 64, pp. 105-133, 2017. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255811/Felipe_Soares_Tavares_Morais.pdf>. Acesso em: 6 mai 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts 1º a 120 do código penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 76.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 5. ed. Disponível em: Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Organização das Nações Unidas – ONU. **Convenção sobre o Cibercrime**. ONU, 2000. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf>. Acesso em 4 ou 2021.

_____. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca.>>. Acesso em 03 set 2021.

_____. **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Pornografia Infantil**. ONU, 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm>. Acesso em: 31 out 2021.

Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Directiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho. **Jornal Oficial da União Europeia**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011L0093>>. Acesso em 8 out 2021.

PINHEIRO, Débora Hiromi Mouta. **O crime de pornografia infantil na deep web: medidas legais para o combate e proteção infantojuvenil**. Graduação em Direito. Universidade da Amazônia. Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ. Belém, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. 1.** 3. Ed. Disponível em: Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 249 do CP, volume 2.** 3. Ed. Disponível em: Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo** / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure, Rogério Sanches Cunha. 12 ed. Disponível em: Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROXIN, Claus. Crimes de Posse. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 12, pp. 36-55, jan/abr 2013. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7339>>. Acesso em: 13 nov 2021.

SAFERNET BRASIL. **Indicadores**. Disponível em: <<https://indicadores.safernet.org.br/index.html>>. Acesso em: 18 maio 2021.

SETO, Michel C.; EKE, Angela W. The criminal histories and later offending of child pornography offenders. **Sexual abuse: a journal of research and treatment**, vol. 17, n. 2, pp. 201-210, april 2005. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/7770076_The_Criminal_Histories_and_Later_Offending_of_Child_Pornography_Offenders>. Acesso em: 12 nov 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **Recurso Especial nº 1543267/SC – 0008331-06.2015.8.24.0000**. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 03/12/2015. Data de Publicação: DJe 16/02/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1457585&num_registro=201501690431&data=20160216&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 19 set 2021.

SYDOW, Spencer Toth. “Pedofilia virtual” e considerações críticas sobre a Lei 11.829/08. **Revista Liberdades**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 1, mai/ag 2009. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7216>>. Acesso em: 13 nov 2021.

TAVARES, Mariana Isabel Biguino. **Pornografia de menores: um crime parcialmente moralista?**. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Lisboa, 2019.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. **Apelação Criminal nº 07071886720198070001 DF 0707188-67.2019.8.07.0001**. Relator: Silvanio Barbosa dos Santos. Data de Julgamento: 16/04/2020. Data de Publicação: PJe 27/04/2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 13 nov 2021.

TRINDADE, Jorge. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais** / Jorge Trindade, Ricardo Breier. 3ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WE ARE SOCIAL. **Digital 2021: The latest insights into the ‘state of digital’**. Jan/2021. Disponível em: <<https://wearesocial.com/uk/blog/2021/01/digital-2021-the-latest-insights-into-the-state-of-digital/>>. Acesso em: 16 mai 2021.