



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

***PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL: O BEM JURÍDICO EM
QUESTÃO***

TÁSSIA PUGA CARDOSO BRABO DE CARVALHO
Coimbra
2014



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

***PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL : O BEM JURÍDICO EM
QUESTÃO***

Dissertação de Mestrado em Direito com Especialização na área de Ciências Jurídico Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Doutora Anabela Miranda Rodrigues

Coimbra
2014

*Aos meus pais:
Pelo amor, confiança e dedicação.*

*“Não existe revelação mais nítida da alma
de uma sociedade do que a forma como
esta trata as suas crianças.”*

Nelson Mandela

RESUMO

O presente trabalho é estimulado pela reflexão acerca da pornografia infantil virtual, no entanto, antes de elucidar sobre a temática principal, abordaremos inicialmente com um breve-histórico dos crimes sexuais contra menores e as legislações dos Estados português e brasileiro. No desenvolvimento do trabalho, procuraremos analisar o crime de pornografia infantil dando um enfoque para a pedopornografia virtual. Sobre isso, não economizamos esforços para que o leitor possa compreender os diversos aspectos a respeito da pornografia infantil virtual, seus conceitos, características, legislações e entendimentos doutrinários. Afirmar que esgotamos essa temática seria muita pretensão, pois esse ilícito é demasiadamente complexo por se tratar de um crime sexual envolvendo menores que, com o uso de novas tecnologias, diversas formas e maneiras foram criadas para saciar desejos de pedófilos ocasionando uma luta mundial contra a pornografia infantil. O reflexo de tantas mudanças foram apreciados em doutrinas com entendimentos diversos no que tange às mudanças legislativas, aplicabilidade de acordos internacionais e, é claro, a violabilidade do bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito Sexual; Crianças; Pornografia Infantil; Pedófilia; Internet; Pedófilo.

ABSTRACT

This work is stimulated by reflections on virtual child pornography, however, before elucidating on the main theme, first will handle on a brief-history of sexual crimes against minors and the laws of Portuguese and Brazilian states. In developing this work, we seek to analyze the crime of child pornography giving a focus to the virtual child pornography. About it, we did not save efforts to enable the reader to understand the various aspects regarding virtual child pornography, concepts, features, laws and doctrinal understandings. Claiming that this theme would be exhausted much pretension, because this offense is too complex because it is a sex crime involving minors, with the use of new technologies, various shapes and forms were created to satiate desires of pedophiles causing a global fight against child pornography. The reflection of so many changes were appreciated in doctrines with different understandings, with legislative changes, applicability of international agreements and, of course, the legal asset.

KEYWORDS: Criminal Law, Sexual Rights, Children, Child Pornography, Pedophilia, Internet, Pedophile.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
-----------------	---

CAPÍTULO I – DIREITO PENAL SEXUAL E O MENOR

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
2. DIREITO PENAL SEXUAL NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA.....	14
2.1. BREVE HISTÓRICO.....	14
2.2. TIPOS LEGAIS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES.....	18
3. DIREITO PENAL SEXUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	26
3.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA.....	26
3.2. TIPOS LEGAIS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES.....	29

CAPÍTULO II – PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL

1. CONCEITO.....	41
2. SUJEITOS.....	44
2.1. SUJEITO PASSIVO.....	44
2.1.1. Criança real.....	46
2.1.2. Criança virtual e criança aparente.....	47
2.2. SUJEITO ATIVO.....	50
2.2.1. Distinção ente o pedófilo, abusador e traficante.....	51
2.2.2. Castração química.....	58
2.2.2.1. Voluntária ou obrigatória.....	59
3. BEM JURÍDICO PROTEGIDO.....	63
4. CARACTERÍSTICAS.....	66

CAPÍTULO III – ANÁLISE CRÍTICA DA EFICÁCIA DE PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO NA PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL

1. ANÁLISE DA DECISÃO QUADRO DE 2004 E A MUDANÇA DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS DE 2007.....	72
2. BEM JURÍDICO.....	7
5	
3. A MORAL E O DIREITO.....	76
4. PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO (PODOPORNOGRAFIA VIRTUAL VERSUS ARTE).....	78
5. OUTRAS POLÊMICAS ENVOLVENDO A PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL.....	83
CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca compreender essa nova incriminação, analisando sua criação, desenvolvimento, publicação e críticas, respeitando as diversas ideias dos doutrinadores.

O primeiro capítulo desta dissertação foi dividido em uma análise da evolução histórica, já que o direito sexual foi uma das áreas do direito penal que mais se modificaram. Destacamos o Estado português e brasileiro, tratando da evolução histórica, das incriminações do direito sexual do menor.

Posteriormente, apresentaremos um estudo a respeito da pornografia infantil, dando ênfase à virtual por ser tema central desta dissertação. Nesse tópico, trataremos dos sujeitos, as diferentes ações realizadas no crime em questão, seus tratamentos, características e uma breve análise de outros ordenamentos.

Temos, ainda, a destacar que, junto às benfeitorias que a rede de computadores nos trouxe, ilícitos penais cometidos, utilizando internet, também acompanham o avanço tecnológico. O aproveitamento da internet para a divulgação e uso de materiais de pornografia infantil fez com que os Estados, tomassem medidas a fim de coibir esse ato. Mas o uso do computador não se restringe ao meio utilizado para traficar imagens de caráter sexual envolvendo criança, também é utilizado para criar imagens de pornografia, chamada de pornografia infantil virtual.

Finalmente, as razões, pelas quais, esse trabalho seria incompleto se não houvesse um estudo que abordasse os diversos posicionamentos doutrinários à cerca da pornografia infantil virtual, onde analisaremos o bem jurídico dessa nova incriminação, discorrendo sobre a liberdade de expressão, a moral no direito penal sexual e alguns princípios norteadores do direito penal.

CAPÍTULO I - DIREITO PENAL SEXUAL E O MENOR

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para falar dos crimes sexuais é necessário primeiramente apresentar a evolução, mostrar as mudanças, analisar a sociedades e a legislação de ontem e de hoje. E nessa história, as organizações e convenções que tinham o propósito de garantir com prioridade os direitos das crianças e dos adolescentes foram de total importância.

O desejo internacional em assegurar a proteção e assistência aos menores não é recente. A união entre as nações, a fim de garantir direitos fundamentais e priorizar o cuidado com crianças e os adolescentes ensejou a criação de várias declarações e a realização de congressos todos com o mesmo intuito.

Em 1919, foi fundada a Liga das Nações, uma organização internacional criada em plena Primeira Guerra Mundial com o objetivo de manter a paz e resolver conflitos, utilizando a mediação e a arbitragem. Não era uma organização armada e, para punir os Estados que desobedecessem algum acordo, eram aplicadas sanções econômicas e militares. Tiveram importantes decisões impedindo inclusive ataques entre países.

Em Genebra, no ano de 1924, a Liga das Nações criou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, também conhecida como Declaração de Genebra¹. Determinava que “a criança deve ser protegida independente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença; deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritual.

¹ Instituiu os direitos das crianças para que essas possuíssem um desenvolvimento material, moral e espiritual. Previa a assistência em circunstâncias de fome, doença, incapacitação e para crianças órfãs.

Continuava dizendo que “a criança deve ser alimentada, tratada, auxiliada e reeducada; (...) A criança deve ser colocada em condições de, no momento oportuno, ganhar sua vida, deve ser protegida contra qualquer exploração...”

Vendo a impossibilidade de evitar a Segunda Guerra Mundial, a Liga das Nações extinguiu-se. Posteriormente, com o fim da guerra e a vontade de ajudar principalmente as vítimas desse conflito armado, surgiu a Organização das Nações Unidas, conhecida como ONU², cujo objetivo central é zelar pela paz.

Mais precisamente em 1945, foi criada a ONU, tendo como participantes 193 países-membros, todos com os objetivos de: “manter a paz e a segurança internacional; desenvolver relações amistosas entre as nações; realizar a cooperação internacional para resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, promovendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; ser um centro destinado a harmonizar a ação dos povos para a consecução desses objetivos em comum”.

Com o passar dos anos, a necessidade de assegurar direitos e garantias fundamentais das crianças, fez com que, a ONU, em 1946, criasse um órgão só para cuidar dos menores, passando a chamar de *United Nations Children's Fund* (UNICEF)³.

E em 1959, foi aprovada, pela Resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças⁴, com o objetivo de garantir direitos fundamentais às crianças, destacando 10 princípios: I – A igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade; II – Direito à

² Cfr. www.onu.org.br

³ Com objetivo de proporcionar, respeitar e proteger os direitos humanos integralmente de cada criança e de cada adolescente, a ONU fundou, no dia 11 de dezembro de 1946, o *United Nations Children's Fund* (UNICEF). Presente em 191 Estados, este órgão nasceu para cuidar das crianças vítimas da segunda guerra, mas com o passar dos anos, seus trabalhos foram direcionados às crianças que vivem em países pobres, que sofrem com a falta de água, comida, saneamento e, na maioria das vezes, estão doentes por causa dessa dura realidade.

⁴ No dia 20 de novembro de 1959, foi aprovado por unanimidade, por 79 nações membros a Declaração dos Direitos da Criança da ONU, que é nada mais, do que um reflexo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembléia Geral da ONU.

especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social; III - Direito a um nome e uma nacionalidade; IV- Direito à alimentação, moradia e assistência médica adequada a criança e a mãe; V- Direito à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente; VI- Direito ao amor e à compreensão por parte dos pais e da sociedade; VII – Direito à educação gratuita e ao lazer infantil; VIII- Direito a ser socorrido em primeiro lugar, em caso de catástrofes; IX- Direito de ser protegido contra o abandono e a exploração no trabalho; X – Direito a crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

Foram adotados dois pactos importantes na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966: o primeiro chamado de Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁵, nesse merecem destaque os artigos 23⁶ e 24⁷; e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁸ que trata das crianças em seu artigo 10^o, n^o 3^o.

Em se tratando do continente Americano, em 1969, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, foi assinado o Pacto de São José da

⁵ No dia 16 de dezembro de 1966, foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200^a (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas.

⁶ “Artigo 23^o, §1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado. §2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família. §3. Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos. §4. Os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se as disposições que assegurem a proteção necessárias para os filhos”.

⁷ “Artigo 24^o, §1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. §2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. §3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.”

⁸ Através da resolução 2200^a (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, foi exposto a assinatura, ratificação e adesão, entrando em vigor dia 03 de janeiro de 1976.

⁹ “Artigo 10^o - Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: (...) 3. Medidas especiais de proteção e de assistência devem ser tomadas em benefício de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação alguma derivada de razões de paternidade ou outras. Crianças e adolescentes devem ser protegidos contra a exploração econômica e social. O seu emprego em trabalhos de natureza a comprometer a sua moral ou a sua saúde, capazes de pôr em perigo a sua vida, ou de prejudicar o seu desenvolvimento normal deve ser sujeito à sanção da lei. Os Estados devem também fixar os limites de idade abaixo dos quais o emprego de mão-de-obra infantil será interdito e sujeito às sanções da lei.”

Costa Rica¹⁰, dentre outros, traz o artigo 19º que estabelece ser dever do Estado, sociedade e família zelar pelos direitos da criança.

Já a ONU declarou o ano de 1979 como o Ano Internacional da Criança, e determinou a elaboração de um documento para resguardar todos os direitos da criança. O resultado desse trabalho foi concluído após uma década, aprovado, por unanimidade, na Assembleia Geral da ONU, entrando em vigor no ano de 1990, pela Resolução 44/25, sendo declarada como Convenção sobre os Direitos da Criança.

Os países que ratificaram a Convenção têm o dever de garantir aos menores todos os direitos elencados, adotando e incorporando-os em suas leis, criando também mecanismos para fiscalizar a aplicação desses. O artigo 3.1 estabelece: “todas as ações relativas às crianças. Levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Dessa maneira, Michel Bonnet afirma que a maior problemática discutida “era definir direitos universais para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, socioeconômicas e culturais da infância nas diversas nações”¹¹.

Para complementar a Convenção foram adotados os Protocolos Facultativos sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados¹² e sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil¹³, merecendo destaque o artigo 1º e 2º, b) e c), que estabelece: “Artigo 1º - Os Estados Partes deverão proibir a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, conforme disposto no presente Protocolo. Artigo 2º -Para

¹⁰ O Brasil ratificou a Convenção, depois de mais de vinte anos, através do Decreto nº 678, de novembro de 1992.

¹¹ BONNET, Michel. *Convention on the Rights of Child*. In: *Second Asian Regional Conference on Child Abuse and Neglect*, 1988, pág. 71.

¹² Foi adotado em Nova York, no dia 25 de maio de 2000, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Foi ratificada por 130 países, incluindo Portugal e o Brasil. (www.unicef.org)

¹³ Em 25 de maio do ano de 2000, foi adotado pela Assembleia Geral das Nações, até o momento 132 Estados ratificaram, incluindo o Brasil e Portugal. (www.unicef.org)

os fins do presente Protocolo: (...) b) Prostituição infantil significa a utilização de uma criança em atividades sexuais mediante remuneração ou qualquer outra retribuição; c) Pornografia infantil significa 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”.

De grande importância foi a Decisão Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da União Europeia, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, onde conclui que a “exploração sexual de crianças e a pornografia infantil constituem graves violações dos direitos humanos e do direito fundamental da criança a uma educação e um desenvolvimento harmonioso”. Tratando em seu artigo 2º das Infrações relativas à exploração sexual de crianças.

Podemos destacar também a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual¹⁴, a recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, de 3 de fevereiro de 2009, referente à luta contra a exploração sexual de criança e a pornografia infantil e a Directiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativo à luta contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e a pornografia de infantil, que substituiu a Decisão-Quadro de 2004/68/JAI do Conselho.

2. DIREITO PENAL SEXUAL NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

2.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICO- LEGISLATIVA

¹⁴ Assinada pelo Estado Português no dia 25 de outubro de 2007, entrando em vigor no dia 01 do julho de 2010, onde destacaremos o artigo 19 – Crimes relativos à prostituição.

Para estudar o surgimento do crime de pornografia infantil virtual primeiramente analisaremos a evolução do direito penal sexual em Portugal. Começamos pelas Ordenações Afonsinas¹⁵, Ordenações Manuelinas¹⁶ e Ordenações Filipinas¹⁷ e constatamos que a pena aplicada ao crime de perversões sexuais era a pena de morte, executada com a morte na fogueira.¹⁸

Avançando na história da legislação portuguesa, em 1852, o Código Penal tinha o viés de tutelar o pudor público, em que a honestidade ou virgindade era visível já no título do capítulo IV que tinha como nome de: “Crimes contra a honestidade”, puniam-se os crimes de atentado ao pudor, estupro, violação, rapto, ultraje à moralidade pública, ultraje público ao pudor, dentre outros.

Acompanhando a mesma ideia, a revisão do Código Penal, em 1886, continuou protegendo a moral e os bons costumes, não contendo, portanto, um bem jurídico definido.

Seguidamente, há de se notar, com a entrada do Código Penal de 1982,¹⁹ uma mudança na denominação de “crimes contra os costumes” para

¹⁵ Afirma Gome, que foi finalizada em 1446, lembrando que outros autores afirmam que foi apenas no ano de 1447 (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; Bianchini, Alice. Direito Penal, volume I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 153).

¹⁶ Destaca Gomes: “Em 1505, D. Manuel I, o Venturoso, mandou revisar as Ordenações Afonsinas. (...) Em dezembro de 1512 foi pulicado o livro I das novas Ordenações e em novembro de 1513 o livro II. Mas o que tudo indica só de março a dezembro de 1514 é que foi feita uma primeira edição completa dos cinco livros das Ordenações Manuelinas. Há autores que afirmam eu em 1512 ou 1513 foi a compilação impressa pela primeira vez e em 1514 nova edição foi tirada, com correções e acréscimos. (Idem, pág. 154).

¹⁷ No Estado Português foi ratificado em 29.01.1643, o Código Filipino (Idem, pág. 156). As punições contidas no Livro V tinham como viés reprimir as condutas sexuais, alguns exemplos: “Título XIII: Dos que cometem pecado de sdomia e com alimárias; Título XIV: Do Infiel, que dorme com alguma Cristã, e o cristão, que dorme com Infiel; Título XVII: Dos que dormem com suas parentas, e afins; Título XXIII: Do que dorme com mulher virgem, ou viúva honesta por sua vontade; Título XXV: Do que dorme com mulher casada; Título XXXIV: Do homem, que se vestir em trajes de mulher, ou mulher em trapos de homem e dos que trazem máscaras”.

¹⁸ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980, pág. 27 a 60.

¹⁹ Aprovado pelo artigo 1º do Decreto-Lei n. 400 82, de 23 de setembro.

“Dos crimes sexuais”²⁰. Mesmo com a substituição da nomenclatura, mínima foi a transformação, pois as ideologias morais ainda predominavam na legislação. Deve-se pontuar, que houve uma transferência desses crimes para o campo de crimes contra a pessoa, aplicando, assim, o princípio da liberdade individual.

Podemos concluir que uma real mudança foi trazida pelo Código Penal de 1995, salientando que a maior transformação desse código foi na área dos crimes sexuais. Ao citar essa real importância nos crimes sexuais, a autora Teresa Beleza disse que eles podem: “contribuir para uma análise jurídico-antropológica da nossa contemporaneidade”²¹.

A mudança, dessa vez, não ficou só na nomenclatura, uma alteração no bem jurídico pôde ser notada, o que antes era atribuído à moral e aos bons costumes deu lugar ao crime sexual na esfera individual, pessoal. Desse modo, o autor Rui do Carmo apresentou a nova forma trazida pelo Código Penal de 95 dos crimes de caráter sexual: “Está, assim, excluída qualquer conotação moralista, desde logo porque é hoje claro que estes crimes protegem bens jurídicos pessoais e não uma qualquer concepção de moralidade sexual.”²²

O Capítulo V cujo tema é “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, do Código Penal de 95 era dividido em duas secções: I crimes contra a liberdade sexual; II crimes contra a autodeterminação sexual.

²⁰ Na Europa outros códigos também se modificavam neste mesmo sentido, como no caso do Código Penal Francês que passou a utilizar a nomenclatura “*agression ou d’ atteinte sexuelle*” deixando apenas na história francesa o termo atentado ao ultraje e ao pudor. (VÉRON, MICHEL. *Droit Penal Spécial* apud apud MAGALHÃES, Marcia Cristina Alexandre de. *O factor idade nos crimes sexuais*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, 2009, pág. 03)

²¹ BELESA, Teresa, Pizarro. *A regulação jurídica da sexualidade no código penal: da laicização dos bons costumes à ortodoxia da liberdade*. apud MAGALHÃES, Marcia Cristina Alexandre de. *O factor idade nos crimes sexuais*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, 2009, pág. 04.

²² CARMO, Rui; ALBERTO, Isabel; GUERRA, Paulo. *O abuso sexual de menores – uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, pág. 39.

Para estabelecer um raciocínio claro, passaremos por uma breve explanação do anseio do legislador português ao dividir o capítulo V. Na primeira parte, ele pretendeu repreender as ações que ofendam a liberdade do sujeito, abrangendo todas as pessoas neste momento; na II secção, criminalizar o comportamento que atinge o desenvolvimento sexual de pessoas vulneráveis; convém frisar que estamos tratando de crianças e adolescentes, pois estão na sua formação sexual devendo, portanto, proteger o livre desenvolvimento da personalidade do menor no campo sexual.

Destaca-se que a própria Constituição da República Portuguesa em seu artigo 18, n.º 2 ressalva: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” demonstrando a obrigatoriedade em separar a moral e o direito sexual.

Nessa mesma revisão, com exceção, os crimes contra a autodeterminação sexual passaram a ter natureza semi-pública, mesmo quando praticados contra menores de 14 anos.

A ação conjunta realizada no âmbito da União Europeia, no combate à pedofilia contribuiu na elaboração da reforma do Código Penal de 98, conforme o artigo 172, alínea c), d) e e).

De grande importância, foi a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho da Europa, de 22 de dezembro de 2003, ela veio abordar a luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.²³

Por fim, todos devem salvaguardar os direitos das crianças (artigos 36º, n.º5 e 69º, n.º 1) trazidos na Constituição da República Portuguesa que são os direitos ao desenvolvimento intelectual, à sua personalidade, intimidade e protecção, de acordo com artigo 26º, n.º 1, da C.R.P, expõe Gomes Canotilho ao falar do direito ao desenvolvimento da personalidade “ a possibilidade de

²³ Substituída pela Directiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011, ainda não transposta para o ordenamento português.

interiorização autónoma da pessoa ou o direito a auto-afirmação em relação a si mesmo, contra quaisquer imposição heterônomas.”²⁴

2.2. TIPOS LEGAIS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

Neste momento, o estudo será pautado nos comportamentos correspondentes ao Capítulo V – Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, em sua secção II - Dos crimes contra a autodeterminação sexual do Código Penal Português, que representam os artigos 171º a 176º.

Contudo, destacamos que a análise do crime de pornografia infantil será superficialmente tratado neste momento, pois este tema é objeto de pesquisa em todos os capítulos.

A) Artigo 171º - Abuso sexual de crianças

Tendo como base as legislações criminais da Suíça²⁵, Alemanha²⁶ e Áustria²⁷, o abuso sexual infantil surgiu pela primeira vez no Código Penal de 1995, mas em 1982 já podia ser visto um esboço no artigo 205º-2 que tratava do atentado ao pudor, com violência, independente dos meios empregados

²⁴ CANOTILHO, Gomes e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 467 e 468.

²⁵ Artigo 187º- Sexueller Handlungen mit kindern (MAGALHÃES, Marcia Cristina Alexandre de. *O factor idade nos crimes sexuais*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, 2009, pág.22).

²⁶ Artigo 176º - Sexueller Missbrauch von kindern (*Idem*, pág.22).

²⁷ Artigo 207º - Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (*Idem*, pág.22).

contra menor de 14 anos. A redação hoje encontrada é fruto da Lei 59/2007 de 4 de setembro.

Ao explanar o abuso sexual, em sua obra, Paulo sintetiza: “Falar de Abuso Sexual é de falar de maus tratos, na sua forma mais carnal e sentida, com toda certeza. Neste jaez, a vítima do abusador sexual é ofendida no seu supremo direito à integridade física e moral, vê comprometimento o seu direito a um integral desenvolvimento físico, afectivo e social (direito à alegria de viver os “verdes anos” sem atropelos impostos, sem vivências sexuais precoces não consentidas), vê-se impedida no seu absoluto direito de viver como criança o tempo de ser criança, sem “comer etapas da vida” e sem responsabilidade, remorsos ou culpabilidades prematuras...”.²⁸

Esse como os outros artigos propostos na Secção II dos Crimes contra a autodeterminação sexual, tem por objetivo proteger as pessoas menores de 14 anos que estão ainda em formação na esfera sexual, sendo assim uma atenção especial para aqueles que ainda estão em uma fase inicial da vida sexual, uma das mais graves violações dos direitos humanos.

No nº 1 deste artigo a prática ilícita descrita pune a prática de ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou mesmo quem leva o menor a praticar com outra pessoa, tendo como pena de prisão a de 1(um) ano a 8 (oito) anos. É modalidade mais grave desse artigo, tendo como punição a pena de prisão de 3 (três) a 10 (dez) anos se este ato resultar em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal (de objetos ou partes do corpo).

Lutar para combater essa prática é fundamental, visto que, o silêncio só colabora com o abuso, deixando a vítima cada vez mais fraca e sob poder do criminoso. Relatar esse crime não é difícil, pois a maior parte da sociedade tem conhecimento prévio do ato ilícito, mas aceitar e partir para coibir, caso um fato ocorra com pessoas próximas e que os adultos sejam amigos ou mesmo parentes se utilizem de indefesas crianças para satisfazer seus desejos, causa

²⁸ CARMO, Rui; ALBERTO, Isabel; GUERRA, Paulo. *O abuso sexual de menores – uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, pág. 43.

uma certa dificuldade, para acreditar que tal fato tão desumano pode ocorrer ao nosso lado.

Desse modo, o legislador quer proteger o crescimento físico e psicológico daqueles que estão em uma fase inicial, ainda desenvolvendo todas as suas áreas, inclusive no campo sexual, sendo assim o bem jurídico protegido a autoderminação sexual.

A National Conference on Child Abuse and Neglect considera o abuso sexual infantil o “contacto ou interações entre uma criança e um adulto quando a criança é utilizada para satisfação do abusador ou de outra pessoa. Pode ser cometido entre menores desde que o agressor seja significativamente mais velho do que a vítima ou quando está numa posição de poder ou controlo sobre a outra criança.”.

Deve-se, lembrar, que o afastamento da moral e dos bons costumes também foi objeto de mudanças neste artigo. Uma questão necessária a ser pontuada é a respeito do sujeito passivo, e o legislador foi bem claro ao apontar a criança menor de 14 anos, independente do sexo desta; de sua vontade ou mesmo iniciação sexual, sendo assim, sempre será considerado crime o ato com menor de 14 anos.²⁹

O ilícito penal ainda vem punir quem importunar menor de 14 anos, praticando diante dela atos de carácter exibicionista ou constranger a contato de natureza sexual, com pena de prisão até 3 anos e de 6 (seis) meses a 5 (cinco) anos quem praticar esses atos com intenção lucrativa.³⁰

²⁹ Para não existir qualquer tipo de dúvida quanto ao bem jurídico aqui protegido é o entendimento do STJ: “aos 14 anos, a lei fornece uma proteção absoluta aos menores no que concerne ao seu desenvolvimento e crescimento sexuais. A lei protege-os inclusivamente, deles próprios, considerando irrelevante o eventual consentimento que prestem para a prática de actos sexuais.” (Acórdão do STJ de 19-10-2000, processo 2546/200-5º; SASTJ nº 44, pág. 87).

³⁰ A respeito desses atos descrito, Figueiredo Dias ressalta: “Relativamente ao **conteúdo do** **actos mencionados no nº 3**, diga-se desde já que também estes actos, nas suas diversas componentes, devem ser interpretados em função do(s) bem(ns) jurídicos(s) protegidos(s) e não como conceitos ainda impregnados de referências morais. Quem assim pense ignora a recente conclusão da ciência psicológica, segundo a qual o desenvolvimento sexual da criança pode ser mais duramente prejudicado pela sua manifestações pornográficas”.(DIAS, Jorge de

O mesmo artigo considera também como crime quem atuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico aplicando como pena de prisão até 3 (três) anos, aplicando aos que agem com intenção lucrativa a pena de 6 (seis) meses a 5 (cinco) anos.

B) Artigo 172º - Abuso sexual de menores dependentes

O legislador, ao introduzir esse ilícito em 1995 no Código Penal Português, teve como fontes os artigos 188º da legislação Suíça³¹, 174º da Alemanha³² e 212º da Áustria.³³

Recentemente, inserido no Código penal Português, esse artigo sofreu alterações pela Lei 65/1998 e pela Lei 59/2007, sendo essas: o artigo antes era previsto no artigo 173º; outra mudança é que a prática com menor de 16 a 18 anos que tinha como requisito “com abuso da função que exerce ou da posição que detém”, equiparando os menores de 14 anos a 18 anos; mais uma modificação é que o crime passou a ter natureza pública; e o nº 3 que passou a admitir a pena de prisão com a alternativa à pena de multa.

Trata-se, assim, da proteção à autodeterminação sexual como no artigo anterior e a liberdade sexual, chamado por Figueiredo Dias de “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”³⁴.

O ponto chave desse ilícito é a inversão de papéis, pois quem tinha o dever de educar, dar assistência e obtinha uma relação de confiança abusou³⁵

Figueiredo. Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, tomo I, artigos 131º a 201º. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 836.)

³¹ Artigo 188º - Sexueller Handlungen mit Abhängigen (MAGALHÃES, Marcia Cristina Alexandre de. O factor idade nos crimes sexuais. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, 2009, pág. 29).

³² Artigo 174º - Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (*Idem*, pág. 29).

³³ Artigo 212º - Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses (*Idem*, pág. 29).

³⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, tomo I, artigos 131º a 201º*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 846.

e infringiu o direito desse menor (relação de dependência). Sendo punido com pena de prisão de 1 (um) a 8 (oito) anos, quem praticar ou levar a praticar ato sexual, cópula, coito anal, coito oral ou a introdução vaginal ou anal utilizando o corpo ou objeto com menor de 18 (dezoito) anos a 14 (quatorze), que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência.

O ilícito para quem pratica ato exibicionista ou contato de natureza sexual, por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico é com a pena de prisão até um ano, devendo o menor ter de 18 (dezoito) anos a 14 (quatorze), e o que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência. Apresenta também como crime quem comete esse ilícito com a intenção lucrativa, empregando a pena prisão de até 3 (três) anos ou pena de multa.

Há uma clara intenção do legislador de proteger o menor de idade de todas as formas, não apenas a criança, mas todas as pessoas abaixo dos 18 anos.

C) Artigo 173° - Actos sexuais com adolescentes

Depois de grandes mudanças legislativas ao longo da história do Estado Português, o artigo 173° apresenta hoje, uma proteção ao adolescente, de 16 a 14 anos, deixando para trás, a antiga redação que era “actos homossexuais com adolescente” (artigo 175°, anterior a mudança legislativa de 2007), visto que, não respeitava Princípio da igualdade, violando assim, diretamente a Constituição Portuguesa nos artigos 13°- 2³⁶ e 26° - 1³⁷.

³⁵ A ação configurada no artigo 172 quem que tenha sido confiado ao agente para educação ou assistência, praticar ou levar a praticar o adolescente entre os 14 e 18 anos de idade acto sexual de relevo, nomeadamente cópula, coito anal ou coito oral e equiparando-se ainda a introdução de objectos ou parte do corpo como no artigo anterior.

³⁶ Artigo 13°, 2: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”.

Esse artigo, diferente dos posteriores citados, apresenta como conduta apenas os atos sexuais, quando praticado com menor de 16 anos e maior de 14 anos, abusando de sua inexperiência e tem como pena de prisão até 2 (dois) anos ou pena de multa até 240 dias.

Outro ponto importante, em relação aos artigos já tratados é o trecho que diz: “abusando da sua inexperiência”, trazendo assim como fundamental para praticar a conduta delituosa usar da sedução, descrito como “explorar a (ou aproveitar-se da) inexperiência da vítima e conseqüentemente a menos força de resistência que por isso terá diante do acto lesivo do bem jurídico”³⁸, pelo autor Figueiredo Dias.

Punindo mais severamente, com a pena de prisão de 3 (três) anos ou multa de até 360 dias, se o ato consistir em cópula coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de parte do corpo ou objectos.

Possuindo como bem jurídico protegido o “livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente de 14 a 16 anos, de qualquer sexo, face a processos proibidos de sedução conducentes à pratica de actos sexuais de relevo”³⁹, devendo o autor ser uma pessoa maior de idade, podendo ser ou não do mesmo sexo da vítima.

D) Artigo 174° - Recurso à prostituição de menores

Oriundo da Lei 59/2007, sua introdução no Código Penal Português pela pressão internacional ao combate à prostituição infantil, conforme a

³⁷ Artigo 26°, 1: “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer forma de discriminação.”

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, tomo I, artigos 131° a 201°*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 861.

³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, tomo I, artigos 131° a 201°*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 858.

exposição de motivos da proposta de lei, “é previsto um novo crime contra a autodeterminação sexuais mediante pagamento ou outra contrapartida. Trata-se de um ilícito que se fundamenta no favorecimento da prostituição de criança e de adolescentes”⁴⁰

Deve-se destacar o Protocolo Facultativo para a Convenção os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis (25 de maio de 2000, sendo ratificado por Portugal em 2003) e a Decisão-Quadro 2004/68/JAI⁴¹ que foi de grande importância na luta para punir os atos envolvendo menores de 14 a 18 anos que se relacionassem com adultos por meio de pagamento da remuneração ou outra contrapartida similar. Não é um crime de natureza particular.

Destacamos também, o artigo 19º, da Convenção do Conselho da Europa contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual de Crianças (entrou em vigor 01.07.2010) que traz no nº 2 o conceito de prostituição de menores: “designa o facto de utilizar uma criança para a atividade sexuais, oferecendo ou prometendo dinheiro ou qualquer outra forma de remuneração, pagamento ou vantagem, independentemente de tal remuneração, pagamento, promessa ou vantagem ser feito a crianças ou a um terceiro”.

Suscita a Recomendação do Parlamento Europeu ao Conselho, referente à luta contra a exploração sexual de criança e a pornografia infantil (de 3 de fevereiro de 2009); e a Directiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011.

O tipo penal descrito no artigo 174º estabelece que o ilícito penal pela prática de ato sexual com menor entre 14 e 18 anos mediante vantagem, é punido coma pena de prisão de 2 anos ou com multa de até 240 dias. Qualifica a pena se o ato resultar em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal (de parte do corpo ou objetos), sendo aplicada a pena máxima

⁴⁰ Proposta de lei nº 98/X, DAR, Série-A, 2º Supl., de 18.10.2006.

⁴¹ Modificada pela Directiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011.

de prisão de 3 anos ou com pena mínima de até 360 dias, ressaltando que a tentativa nesse crime também é punível.

Visa à proteção ao livre desenvolvimento da vida sexual do adolescente conforme idade estabelecida, é um crime de perigo abstrato, sendo assim é caracterizado “pela prescrição normativa cuja completude se restringe à ação”⁴². Tendo como polo ativo qualquer pessoa com mais de 18 anos e no polo passivo a pessoa entre 14 e 18 anos de idade, a pena é agravada se a vítima tiver de 14 a 16 anos de idade (artigo 177º do Código Penal Português).⁴³

E) Artigo 175º - Lenocínio de menores

Introduzido pela reforma de 1995, o crime de lenocínio de menores tem por objetivo a proteção (desenvolvimento) do menor; a previsão anterior apresentava apenas um ilícito, não havendo uma preocupação com a idade.

O ilícito penal visa coibir a prática de fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição, punindo com pena de prisão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e a pena aumenta para 2 (dois) a 10 (dez) anos se for cometido com violência ou ameaça grave, ou através de ardil ou manobra fraudulenta, ou com abuso de autoridade (relação familiar, de tutela, ou curatela) ou dependência hierárquica, econômica ou de trabalho ou se o agente aproveita de incapacidade psíquica ou se vítima tiver uma situação de vulnerabilidade.

Visa resguardar o livre desenvolvimento da personalidade do menor na âmbito sexual. O sujeito ativo é sempre uma pessoa maior de 16 anos e a vítima o menor de idade. As agravantes deste crime estão arroladas no artigo

⁴² QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. *Crimes de perigo abstrato*. In: Revista Jurídica De Jure. Revista Jurídica do Ministério público do Estado de Minas Gerais. nº15, jul./dez. 2010, pág. 237.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, tomo I, artigos 131º a 201º*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 866 a 870.

177º do Código Penal Português, ressaltando que a tentativa nesse caso também é punível.

F) Artigo 176º; Pornografia de menores

Sua última mudança, em 2007, foi baseada na Decisão-Quadro de 2004/68JAI, tem como objetivo coibir a prática de pornografia infantil contra menores (reais e virtuais). Esse artigo, por ser tema dessa dissertação, será tratado de maneira especial em capítulo único (Capítulo II).

3. DIREITO PENAL SEXUAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICO- LEGISLATIVA

No Brasil, foi apenas em 1926, que entrou em vigor a primeira lei que tinha como objetivo exclusivamente a proteção e garantia dos direitos dos menores, chamado de Código dos Menores,⁴⁴ que veio a ser posteriormente consolidado, pelo Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927.

Nele podíamos encontrar em seus artigos 143⁴⁵ e 144⁴⁶ uma atenção especial de caráter sexual, a fim de garantir ao menor seus direitos sexuais. A

⁴⁴ Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926.

⁴⁵ "Artigo 143º - Permitir que o menor de 18 annos, sujeito a seu poder ou confiado a sua guarda ou cuidado: a) frequente casa de jogo prohibido ou mal afamada; ou ande em companhia de gente viciosa ou de má vida; b) frequente casas de espectaculos pornographicos, onde se representam ou apresentam scenas que podem ferir o pudor ou a moralidade do menor, ou provocar os seus instnctos máos ou doentios; c) frequente ou resida,

mesma preocupação não foi mantida pelo legislador quando esse Decreto veio a ser revogado pela Lei 6.697, em 10 de outubro de 1979, que já não trazia qualquer artigo que fizesse referência à proteção de crianças e adolescentes no âmbito sexual.

Como já demonstrado, desde finais do século passado que numa escala global, assistimos a uma crescente proteção e preocupação com o desenvolvimento físico e intelectual da criança. No Brasil, não foi diferente, a criança ganhou uma atenção especial, refletindo, é claro, nas leis brasileiras, para que esse abrigo pudesse ser realmente salvaguardado.

Neste contexto, influenciadas pelas novas ideias que traria a Convenção Internacional sobre o Direito da Criança, as organizações não governamentais travaram uma luta por mudanças na legislação brasileira e, para haver uma real transformação, essa deveria iniciar na Constituição Federal. Afirma-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente resultou da articulação de três vertentes: o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas.⁴⁷

Em 1988, a 'nova' Constituição apresentou significativas mudanças, trazendo como dever da família⁴⁸, sociedade e do Estado⁴⁹ zelar pela vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária todas as crianças. Impõe também o dever de salvaguardá-las de qualquer negligência, discriminação,

sob pretexto serio, em casa de prostituta ou de tolerancia. Pena de prisão cellular de quinze dias a dous mezes, ou multa de 20\$ a 200\$000, ou ambas. Paragrapho unico. Si o menor vier a soffrer algum attentado sexual, oou se prostituir, a pena póde ser elevada ao dobro ou a triplo, conforme o responsavel pelo menor tiver contribuido para a frequencia illicita deliberadamente ou por negligencia grave e continuada”, a redação é a mesma do artigo 89° do Decreto nº 5.083, de 1 de dezembro de 1926.

⁴⁶ “Artigo 144° - Fornecer de qualquer modo escriptos, imagens, desenhos ou objectos obsceno a menor de 18 annos. Penas de prisão cellular por oito a trinta dias; multa de 10\$ a 500\$000; apprehensão e destruição dos escriptos, imagens, desenhos ou objectos obscenos”, não houve mudança na redação deste artigo com a descrita no artigo 90° do Decreto de 26.

⁴⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5ª ed. rev. e atualizada conforme a Lei nº 12.010/09. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pág. 08.

⁴⁸ Estabelece o conceito de família natural e família substituta os artigo 25° e ss. do ECA.

⁴⁹ Presente também na redação do artigo 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente.

exploração, violência, crueldade e opressão⁵⁰, elegendo-as como prioridade nacional⁵¹.

Estabeleceu também a Constituição brasileira, no artigo 227º, §4º, a necessidade de a lei punir, de forma rigorosa, o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Seguidamente em 1990, entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁵², vindo a revogar expressamente a Lei nº 4.5137/64 e a Lei nº 6.697, de outubro de 1979 o Código de Menores, conforme artigo 267º do Estatuto.

Vem definir, assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que será protegida integralmente por essa lei a criança (pessoa até doze anos de idade incompletos) e os adolescentes (entre doze e dezoito anos de idade) e excepcionalmente, as pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como objetivo a proteção das pessoas menores de idade, assegurando-lhes os direitos fundamentais já emanados da Constituição, garantindo também aos menores, todas as oportunidades e facilidades, devendo assim, ser proporcionado o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, requisitos para a liberdade e a dignidade das crianças e dos adolescentes.

Tendo como princípio norteador o do melhor interesse da criança⁵³, o ECA, seguiu ideias trazida na Declaração de Genebra, dos Direitos da

⁵⁰ Artigo 227º da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵¹ Essa prioridade é tratada no paragrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe: “A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro e quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

⁵² O ECA foi publicado no Diário Oficial da União em 16 de julho de 1990, retificado em 27 de setembro, e entrou em vigor dia 14 de outubro do mesmo ano.

⁵³ A autora do livro *Da criança e do Adolescente – Uma proposta Interdisciplinar*, afirma que o surgimento desse princípio foi na Inglaterra e “tem como origem no instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por contra própria.” (PEREIRA, Tânia da Silva. *Da criança e do Adolescente – Uma proposta Interdisciplinar*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, pág. 42).

Criança⁵⁵, na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), também é claro, nos Congressos Panamericano Del Niño IX (Caracas, 1948) e X (Panamá, 1955), no Pacto de José da Costa Rica (1969)⁵⁶ e por fim, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Explica Paulo Afonso de Paula: “muito mais que inovações marcantes, o Estatuto da Criança e do Adolescente sintetizou um movimento de edificação de normal jurídicas assentado a participação popular, à luz da premissa da prevalência dos interesses de seus destinatários principais: crianças e adolescentes. Seu método e produção foi o da mobilização social o do amplo debate, o do engajamento na luta pelos direitos humanos, o da solidificação da democracia”⁵⁷.

3.2. TIPOS LEGAIS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

Serão, portanto, apresentados alguns artigos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal brasileiro, por considerarmos afetos ao tema deste trabalho.

⁵⁴ Sobre esse princípio, Emílio Garcia Méndez e Mary Beloff declaram como “um princípio que se impõe às autoridades, isto é, obrigatório, especialmente, para as autoridades públicas e é dirigido precisamente contra elas”. Continua seu pensamento, demonstrando que o princípio “cumprir uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infanto-adolescência, ao mesmo tempo que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições, reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância (MÉNDEZ, Emílio Garcia; BELOFF, Mary. *Infancia, Ley y Democracia en America Latina*, Bogotá: Temis, 2004, pág. 77 e 81)

⁵⁵ Determina que a criança “gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual, e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental q que se atenderá será o interesse superior da criança”

⁵⁶ Na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, foi aberta à assinatura em 22 novembro de 1969 , sendo ratificada pelo Brasil em 25 de setembro 1992. Onde destacamos o artigo 19º que estabelece: “Direitos da criança- Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

⁵⁷ MPESP, São Paulo (Estado). Ministério Público. *Questões de Direito Civil e o Novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2004, pág. 404.

Traz o capítulo II do Estatuto como sendo dever de todos, de zelar pelos direito à liberdade, ao respeito e à dignidade dos menores. Destaca como direito ao respeito a inviolabilidade física, psíquica e moral, atingindo o direito da preservação da imagem⁵⁸, de identidade, de autonomia, dos valores, ideias e crenças dos espaços e objetos pessoais, repudiando qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

O ECA prevê como dever a proteção a qualquer situação de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (artigo 70). Prevê de forma especial, que deverão ser comercializadas, seladas com lacre e com uma advertência de seu conteúdo as revistas e publicações com conteúdo impróprio⁵⁹ ou inadequado a menores de idade (artigo 78)⁶⁰, sendo também proibida a venda dessas revistas e publicações a menores de idade (artigo 81, V).

Essa nova legislação tem como objetivo a busca da tutela da dignidade, integridade física, psíquica e moral, assim como proteger a liberdade sexual da criança e do adolescente e todos os bens jurídicos dos menores. Passemos agora a tratar dos crimes sexuais contra menores de idade elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente⁶¹ e no Código Penal, por ser esse objeto desse trabalho.

⁵⁸ Presente na Constituição Federal em seu artigo 5º, X e artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica.

⁵⁹ Impróprios são todas as divulgações que tem como tema a pornografia, violência ou uso de substâncias alucinógena e que pode causar dependência.

⁶⁰ Descumprir essa obrigação caracteriza a infração administrativa conforme artigo 257 do mesmo Estatuto, tendo como pena uma multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

⁶¹ Lembrando que todos os crimes praticados contra a criança e o adolescente esta lei são de ação pública incondicionada, podendo ser por ação ou omissão (artigo 225 a 227 do ECA).

A) Artigo 240° – Representação de cena de sexo explícito ou pornográfica⁶²

Pautado pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças, de 1989, em seu artigo 34^{o63}, o Protocolo Facultativo à convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia, de 25 de maio de 2000 e o artigo 227, §4° da Constituição Brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem tipificar como crime, independente do meio utilizado⁶⁴, o ato de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar ou mesmo quem agencia, facilita, recruta, coage, contracena ou de qualquer modo intermedeia a participação da criança ou adolescente, em cena de sexo explícito ou pornográfica⁶⁵ tendo como pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Essa pena pode ser aumentada se o agente cometer o crime no exercício de cargo ou função pública,⁶⁶ ou a pretexto de exercê-la ou aproveitar da relação doméstica, de coabitação, de hospedagem, de parentesco (consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção) de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha

⁶² Esse artigo foi modificado pela Lei n° 10.764/03, sofrendo alteração também pela Lei n°11.829, de 25 de novembro de 2008, com a finalidade de acrescentar novas condutas e aumentar as penas previstas.

⁶³ “Artigo 34°- Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: a) o incentivo ou a coação para que uma criança dedique-se a qualquer atividade sexual ilegal; b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.”

⁶⁴ Com a mudança da legislação essa tipificação passa a abranger todos os meios, não mais sendo utilizada a expressão “qualquer outro meio visual”, deste modo, passa a abranger os meios sonoros. O mesmo não ocorreu no artigo 241-D, em que o legislador manteve a redação que diz “qualquer outra forma de representação visual”.

⁶⁵ A elucidação de “cena de sexo explícito ou pornografia” é apresentada no artigo 241° -E.

⁶⁶ Segundo Hey Lopes Meirelles é “o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio corresponde, para ser exercido por um titular na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”. (MEIRELLES, Hey Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Por: Azevedo, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE Filho, José Emmanuel. 22ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1997, pág. 366).

autoridade sobre ela, ou com o seu consentimento. Sendo admitida a tentativa desse ilícito⁶⁷.

Esse artigo tem como objetivo a “busca da tutela da dignidade, integridade física, psíquica e moral, assim como a honra objetiva e liberdade sexual da criança ou adolescente, todos bens jurídico aferrados pela realizações das condutas incriminadas,”⁶⁸.

Merece destaque, lembrar, que o artigo referido não faz menção ao desenho e representações artísticas que exiba imagens de crianças pré-púberes em cenas de sexo explícito ou pornográficas.⁶⁹

B) Artigo 241º – Comercialização de material com cena de sexo explícito ou pornográfica de criança ou adolescente⁷⁰

Tendo como base a Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças, de 1989, em seu artigo 34º, o Protocolo Facultativo à convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia, de 25 de maio de 2000 e o artigo 227, §4º da

⁶⁷ O momento consumativo do delito é atingido pela prática de qualquer das ações nuclear típicas. Tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa. (ROSSATO, Luciano, Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, Cunha Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado artigo por artigo, lei 8.069/1990*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág.565.

⁶⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5ª ed. rev. e atualizada conforme a Lei nº 12.010/09. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pág. 1189.

⁶⁹ Del-Campo em sua obra em 2008 vem mostrar alguns exemplos como os *hentais*, “forma de arte pornográfica japonesa veiculada nos *mangas* (historias em quadrinhos) e *animes* (*desenhos animados*). A palavra *hentai* significa metamorfose, anormalidade, pornografia ou perversão sexual, não sendo nunca utilizada para indicar atividade sexual normal. A maioria dos *hentais* apresenta algumas características comuns, como a presença de personagens jovens e a ausência de pelos pubianos. O *hentai* apresenta vários gêneros, de acordo com a temática das relações exploradas na obra, indicados por palavras japonesas como *kemono* (sexo com animais), *futanari* (hermafroditas), *lolicon* (meninas), *shotacon* (meninos), *yaoi* (homossexuais masculinos), *yuri* (homossexuais femininos) e *guro* (cenas de violência e sadomasoquismo)”. (DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo, Atlas, 2008, pág. 213).

⁷⁰ Foi através da Lei nº 11.829/2008 que esse dispositivo foi alterado. Foram criados novos dispositivos (240º-A a 241º- D) que antes faziam parte do artigo 241º e seus incisos.

Constituição Brasileira, o artigo 241 mais uma vez foi modificado para assegurar os direitos dos menores.

Esse tipo traz como conduta o ato de vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou qualquer registro que envolver o menor de idade em cena de sexo explícito. O ato descrito nesse tipo envolve o lucro, de modo que, se não envolver lucro a tipificação está no artigo 241-A, e esse agente vai ser apenado com uma pena menor. A pena cominada em ambas as modalidades é a de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão e multa.

B.1.) Artigo 241º- A - Veiculação de material com cena de sexo explícito ou de pornográfica de criança e adolescente⁷¹

Incluindo pela mudança legislativa de 2008, este artigo veio aplicar as obrigações estabelecidas Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, (artigo 34º), o Protocolo Facultativo à convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia, de 2000 e o artigo 227, §4º da Constituição Federal brasileira.

Estende-se as condutas típicas de *oferecer, trocar*⁷², *disponibilizar, distribuir, publicar, divulgar* fotografia, vídeo ou qualquer outro registro de cenas de sexo explícito ou pornográfica que envolva criança e adolescente, abrangendo todos os meios (incluindo os sistemas de informática e telemático).

⁷³

Devendo ser destacado que a finalidade lucrativa não está atrelada às condutas descritas no artigo 241º-A, como já exposto, quando a atividade

⁷¹ Acrescentado pela Lei nº 11.829 de 25 de novembro de 2008.

⁷² Nesse caso a troca pode ser feita entre coisas da mesma espécie ou distintas, mas se houver a intenção de lucro o crime é o tipificado no 241º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁷³ Neste mesmo sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ª ed., rev. e atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pág. 258 a 270.

envolver lucro, o tipo penal é o descrito no artigo 241º do Estatuto da Criança e Adolescente.

Os incisos I e II, do parágrafo primeiro, acrescentam que incorre nas mesmas penas quem *assegura* os meios e serviços para o armazenamento das figuras, cenas ou imagens de sexo explícito ou de pornográfica envolvendo crianças ou adolescentes; ou *assegura*, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de sexo explícito ou de pornográfica envolvendo menores de idade⁷⁴.

O §2º traz uma condição objetiva de punibilidade, ao afirmar que só será penalizado, nas condutas descritas no §1º, o responsável legal pela prestação de serviço, que não desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito do que trata o *caput* desse artigo, após esse ser oficialmente notificado⁷⁵.

Conforme dados da Polícia Federal em Brasília, a quantidade de sites que contêm imagens eróticas e de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes, já ultrapassam a 1.500.⁷⁶ Em relação a compartilhamento de imagens e vídeos relacionados à violência sexual contra menores o Brasil esta quarto lugar, ficando atrás apenas da Alemanha, Espanha e Inglaterra.⁷⁷

Essas condições são acontecimentos exteriores ao tipo, mas que a lei estabelece como absolutamente necessária à punibilidade do fato. Nesse contexto, Heleno Cláudio Fragoso explica: “são elementos suplementares do

⁷⁴ Esse tipo vem abarcar os provedores, *lan-houses*, *cyber-coffes* ou qualquer outra pessoa permite a utilização do seu equipamento para cometer o crime de divulgação de imagens contendo pornografia infantil.

⁷⁵ “Busca-se afastar a comum alegação de ignorância por parte de provedores da rede mundial de computadores, quase sempre justificando seus comportamentos com a alegação de que se mostra impossível controlar todo o material disponibilizado para acesso. Agora, havendo prova da notificação da existência do material, impede-se a escoteira explicação defensiva.” (ROSSATO, Luciano, Alves; LÉPORE; Paulo Eduardo, Cunha Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado artigo por artigo, lei 8.069/1990*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 567).

⁷⁶ PÉRIAS, Gilberto Rentz. *Pedofilia – Corrupção de menores: Direito Penal*. São Paulo: Vale do Mogi Editora, 2006, pág. 22.

⁷⁷ Daniella Gomes cita em sua obra a reportagem do jornal Correio Braziliense, chamada de “No topo da degradação”, publicada no dia 28 de julho de 2010. (GOMES, Daniella Virginia. Pedofilia: Aspectos Sociojurídicos e seus Reflexos na Atuação do Ministério Público. In : Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Vol. 1, nº 5. Brasília: MPDFT, Procuradoria-Geral de Justiça, 2011, pág. 170).

tipo, mas não se incluem no mesmo, caracterizando-se precisamente pelas circunstâncias de serem exteriores” e essa condição é incluída pelo legislador por esse entender “que sem elas não se justifica a punibilidade do fato”⁷⁸.

B.2.) Artigo 241- B – Posse de material com cena de sexo explícito ou pornográfica de criança ou adolescente⁷⁹

Com objetivo de coibir a prática de manter materiais para uso próprio (consumidor final) esse novo artigo, incluído pela lei de novembro de 2008 e pautado pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, vem classificar como crime as condutas típicas de: *adquirir, possuir e armazenar* cena de sexo explícito ou pornográfica de criança ou adolescente, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro,

A pena de reclusão prevista nesse artigo é de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, possuindo uma redução no caso descrito no §1º que prevê, caso seja pequena a quantidade⁸⁰ de material previsto no *caput*, essa pena deverá ser reduzida de 1(ano) a 2/3 (dois terços).

O §2º trata da exclusão de ilicitude nos casos de cargo ou função. Prevê que não há crime se a posse e o armazenamento tiver como finalidade de comunicar às autoridades competentes (as condutas descritas no artigo 240º, 241º, 241º-A e 241º-C do ECA) e o mesmo for agente público no exercício de suas funções; ou membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o

78 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito pena: Parte geral. Rio de Janeiro: Florense, 1986, pág. 224.

79 Adicionado pela Lei nº 11.829 de 25 de novembro de 2008.

80 Tavares responde a pergunta: “O que é “pequena quantidade”? Caberá, ao juiz, no caso concreto, sopesar, levando e conta as circunstâncias”. (TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pág. 196., Cláudia Condack compartilha desse mesmo entendimento. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5ª ed. rev. e atualizada conforme a Lei nº 12.010/09. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pág. 1199.

processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos; 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.⁸¹

O parágrafo 3º vem descrever que as pessoas elencadas no parágrafo anterior deverão manter sob sigilo o material ilícito. Entendemos que, de certa forma, esse parágrafo de nada acrescentou para a proteção das crianças e adolescentes, pois o artigo 17º do mesmo Código já apresenta: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças dos espaços e objetos pessoais”. E a divulgação de material, que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica, pode enquadrar-se no crime descrito no artigo 241º-A.

B.3.) Artigo 241º- C – Simulação de material com cena de sexo explícito ou pornográfica de criança e adolescente⁸²

Comete o crime descrito nesse tipo quem *simular*, por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual, a participação de menores de idade, tendo como pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

O parágrafo único vem aplicar a mesma pena para o agente que *vende, disponibiliza, distribui, publica ou divulga* por qualquer meio, *adquire, possui ou armazena* o material descrito no *caput* deste artigo.

⁸¹ Entendemos que esse tipo é mero exemplificador, pois há outras formas de excludente de ilicitude, devendo ser ressaltado que inexistente o crime se o agente tem a finalidade de comunicar as autoridades competentes, pela falta do elemento subjetivo.

⁸² Acrescentado pela Lei nº 11.829 de 25 de novembro de 2008.

Torna-se evidente neste artigo, a vontade do legislador de criminalizar apenas as formas visuais quando ele expressa “por meio de adulteração, montagem ou modificação fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual”, excluindo portanto, qualquer material de áudio apenas.

A intenção é criminalizar a pessoa que, utilizando uma imagem original ou utilizando partes distintas para que o resultado seja a aparente participação de crianças e adolescentes em cena de sexo explícito ou pornográfica, em outras palavras, utilizar artifícios para que os destinatários acreditem que há realmente a participação de menores. Hoje em dia, o computador é a forma mais utilizada para criar essas imagens artificiais de menores.

Cerqueira chama a pessoa que simula a participação de crianças e adolescentes de “pedófilo simulador”. Não concordamos com essa nomenclatura por não ser necessariamente um pedófilo a pessoa que simula a participação, trataremos no próximo capítulo a respeito do tema.⁸³

Os desenhos e representações artísticas que reproduzem imagens de crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito ou pornográficos, não foram abrangidos, portanto não podem ser interpretados de maneira analógica⁸⁴.

Deste modo, podemos concluir, que a pornografia infantil virtual definida pela Decisão-Quadro de 2004/68/JAI e transposta para a legislação portuguesa, que é a “imagem realista de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas”, não é criminalizada no Brasil, tão pouco a pornografia infantil com pessoas reais com aspectos de criança.

⁸³ CERQUEIRA, Thales Tácio Pontes Luz de Pádua. *Manual do estatuto da criança e do adolescente (teoria e prática)*. 2ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010, pág. 596.

⁸⁴ Neste sentido, Figueiredo Dias trata: “Face ao fundamento, à função e ao sentido do princípio da legalidade a proibição de analogia vale relativamente a todos os elementos, qualquer que seja a natureza, que sirvam para *fundamentar a responsabilidade* ou para *agravar*; a proibição vale pois contra reum ou in malam partem, não favore reum ou in bonam partem”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, pág. 192).

B.4.) Artigo 241º- D – Aliciamento de criança para fim libidinoso⁸⁵

Também, objetivando a proteção da criança, o artigo 241º-D, traz como condutas típicas *aliciar, assediar, instigar ou constranger* a criança, com a finalidade de cometer ato libidinoso, por qualquer meio de comunicação, sendo aplicada a pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Assemelha a pena quem *facilita ou induz* o acesso à criança, de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica, com a finalidade praticar ato libidinoso com ela, e quem pratica os atos descritos no *caput* tendo a intenção de *induzir* a criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Destaca-se que o tipo apresenta como sujeito ativo apenas a criança, sendo assim, aquela que tem até 12 anos de idade incompletos, excluindo o adolescente desse tipo penal.

Concluimos que esse tipo penal é de suma importância pela quantidade de criminosos que utilizam o meio de comunicação, particularmente a internet para procurar crianças com a finalidade de perpetrar atos libidinosos. Neste tipo penal é admitida a tentativa.

B.3.) Artigo 241º – E – Norma complementar ou explicativa⁸⁶

Como objetivo de clarificar, evitando assim discussões a respeito da interpretação do significado de “cenas de sexo explícito ou pornografia” o legislador nesse tipo definiu o conceito.

⁸⁵ Acrescentado pela Lei nº 11.829 de 25 de novembro de 2008.

⁸⁶ Introduzido pela Lei nº 11.829 de 25 de novembro de 2008.

Assim estabelece: “Para efeitos 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 ou simuladas, ou exibição do órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

Várias foram as mudanças do Código Penal com a entrada em vigor da lei 12.015/2009, onde podemos destacar a nomenclatura de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual” e alguns artigos como o 213, 217-A, 230 e 231.

Apresentaremos alguns artigos do Código Penal, cujo tema têm relação com o estudo dessa dissertação: artigo 213, §1º, versa sobre estupro qualificado de vulnerável (vítima menor de 18 anos ou maior de 14 anos)⁸⁷; artigo 216-A, cujo crime é o assédio sexual⁸⁸, possuindo um aumento de pena quando a vítima é menor de idade(§2º)⁸⁹; artigo 217-A, o crime descrito é o estupro de vulnerável, incorre quem tiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, se o ilícito resultar uma lesão corporal de natureza grave ou a vítima vier a morrer a pena será aumentada (inciso §3º e §4º)⁹⁰; artigo 218, tipifica como crime o ato de introduzir alguém com menos de 14 anos a realizar a lascívia e outrem⁹¹; artigo 218-A, é considerado crime quem praticar ou induzir a presenciar, conjunção carnal ou ato libidinoso a fim de satisfação de lascívia (própria ou de outrem) mediante a presença de menor de 14 anos⁹²; artigo 218-B, Favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração do menor de 18 anos.⁹³ Conforme § 2º, é aplicada a mesma pena, a quem praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém de 14 até 18 anos e o proprietário, gerente ou responsável pelo local em que os atos do

⁸⁷ A alteração trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente foi revogada posteriormente no ano de 1996 (Lei nº 9.291), sua nova construção foi trazida pela Lei nº 12.015, de 2009, que modificou o título antes descritos como *crimes contra o costume* para *crimes contra a dignidade sexual*.

⁸⁸ Incluído pela Lei nº 10.224, de 2001.

⁸⁹ Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁹⁰ Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁹¹ Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁹² Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁹³ Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

caput foram praticados; artigo 227, que expressa a mediação para servir a lascívia de outrem, possuindo um aumento de pena se o agente tem o dever legal de proteger a vítima ou sendo essa maior de 14 anos e menor de 18 anos (§1º)⁹⁴; artigo 230, §1º, incorre na pena de rufianismo quem tirar vantagem da prostituição, tendo a vítima de 14 a 18 anos ou se o agente tiver obrigação de cuidar, proteção ou vigilância (dever de cuidar)⁹⁵; artigo 231, dispõe sobre tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual, contém um pena aumentada se a vítima for menor de idade (§ 2º, I)⁹⁶; artigo 231-A, visa combater o tráfico interno de pessoas para fim de exploração sexual, aumentando a pena na metade se o crime for contra menor de idade ou se for cometido por aquele que deveria cuidar, proteger ou mesmo vigiar a criança ou adolescente^{97, 98}.

⁹⁴ Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005

⁹⁵ Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁹⁶ Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁹⁷ Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009.

⁹⁸ Para uma análise mais detalhada, cf. MIRABETE, Juilo; FABBRINI, Renato. *Código Penal Interpretado*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012 e também a obra NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPÍTULO II - PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL

1. CONCEITO

São muitos os conceitos trazidos para explicar o que é a pornografia infantil virtual, dentre eles: “Significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou similares ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.”⁹⁹

Dentro conceito da pornografia infantil a Decisão-Quadro de 2004/68/JAI vem diferenciar os tipos, declarando: “Qualquer material que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamento sexuais explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais, ou partes públicas, ii) pessoas reais com aspectos de criança envolvidas nesses comportamentos ou entregando-se ao mesmos, ou iii) **imagens realistas de crianças não existentes, envolvidas nesses comportamentos ou entregando-se aos mesmos.**”¹⁰⁰ (grifos nossos).

Em se tratando de legislação portuguesa, o Código Penal Português em seu artigo 176º transpôs a Decisão-Quadro estabelecendo: “ 1 - Quem: a) Utilizar menor em espectáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim; b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim; c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior; d) Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar,

⁹⁹ Protocolo Facultativo à Convenção sobre o Direito das Crianças relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil de 25 de Maio de 2000, artigo 2º.

¹⁰⁰ Artigo 1º da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho de 22 de dezembro de 2003.

exportar, divulgar, exhibir ou ceder; é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 2 - Quem praticar os actos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos. 3 - Quem praticar os actos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos. 4 - Quem adquirir ou detiver os materiais previstos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa. 5 - A tentativa é punível.” (grifos nossos)

Há, portanto, uma pena menor para quem utilizar material pornográfico com representação realista de menor, tendo como pena a de prisão até 2 (dois) anos.

De uma forma simplificada, pornografia infantil é o material de cunho sexual que contém crianças podendo essas ser reais, aparentes ou mesmo virtualmente criadas.

Até a década de 80 a troca de material pornográfico infantil era feito de mão em mão; fotos, vídeos que eram comprados, trocados ou mesmo cedidos enviados via correio ou mesmo repassado a amigos ou conhecidos que se interessavam por essa prática. O crescente uso de novas tecnologias também favoreceram o cometimento de crimes de cunho sexuais, gerando uma imprescindível união entre países para combater essa violência infantil.

Então, a divulgação na rede informatizada de sensualidade e erotização precoce foi facilitada pelo avanço tecnológico. Em nenhum momento, os pedófilos tiveram tanta facilidade para acessar material pornográfico com crianças como agora. Sem sair da sua zona de conforto, o pedófilo, com a facilidade da tecnologia e usando o anonimato, navega em sites que disponibilizam arquivos sexuais envolvendo crianças, tornando assim um ótimo veículo para saciar suas taras, satisfazer seus “egos” e demonstrar suas “conquistas”.

Com a utilização do computador, criar uma figura virtual de uma criança ficou muito mais fácil, por esse motivo a luta pelo combate a pornografia infantil nas redes sociais virou dever de todos os países.

Para deixar claro, a pornografia infantil virtual é aquela criada, aquela que não existe uma imagem real de uma criança¹⁰¹, em comportamento sexualmente explícitos ou comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas ou entregando-se aos mesmos¹⁰².

Para outros autores a pornografia infantil virtual pode ser dividida em pedopornografia virtual **total** que é a criança inteira criada, fruto da decisão-quadro, que traz “imagens realistas de crianças não existentes” e pedopornografia virtual **parcial** que a imagem não seja totalmente criada, uma parcela dela é real, como aplicada no Código Penal Português “imagens realista de menor”.¹⁰³

Sobre essa forma de pornografia infantil virtual parcial, as autoras Maria João Antunes e Cláudia Santos ensinam: “São, por conseguintes, aqueles que, embora fruto da **tecnologia gráfica** e da imaginação do seu autor, resultam, **em parte**, de imagens ou de parte de imagens de menores de 18 anos de idade”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Baseada na Decisão-Quadro de 2004/68/JAI

¹⁰² O autor Lopes, não faz qualquer distinção da forma descrita pela Decisão-Quadro com a do Código Português ao descrever o artigo 176º, no seu n.º 8: “O n.º 3 estabelece um novo tipo de crime que importa atentar. Tem como fonte a Decisão-Quadro 2004/2004/68/JAI, do Conselho, 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil que impõe, nesta matéria, a adopção de tipo criminais, pelo Estados, que punam «imagens realistas de crianças não existentes». Trata-se de uma «imposição » de criminalização pouco consensual (...)” (LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª ed. rev. modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pág. 156).

¹⁰³ ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia, Santos. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Cood. DIAS, Jorge de Figueiredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, pág. 884.

¹⁰⁴ ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia, Santos. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Cood. DIAS, Jorge de Figueiredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, pág. 884.

2. SUJEITOS

2.1. SUJEITO PASSIVO

Sujeito passivo é aquele que sofre uma ação ou omissão e que não exerce ação. Quando a palavra *menor* é utilizada, nada mais é, do que a vítima ainda não ter alcançado a maioridade civil, dezoito anos. Nos ilícitos criminais envolvendo menores de idade, deverá ser observado crime a crime para apontar quem é o sujeito passivo e qual a ação ou omissão foi cometida.

No caso de pornografia infantil, estamos falando da criança que sofre com o ilícito criminal. Conforme o dicionário, a palavra “infantil” significa ingênuo, inocente, o que diz respeito à criança¹⁰⁵.

A Convenção dos Direitos da Criança da Organização Mundial das Nações Unidas definiu que “...considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade...”, ressaltando que, “...a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. E em se tratando de União Europeia conceituou criança como “...qualquer pessoa com menos de dezoito anos de idade”¹⁰⁶.

Nessa mesma linha, a Convenção sobre o Cibercrime, que entrou em vigor em 01 de julho de 2004, traz em seu artigo 9º, as “Infracções relacionadas com pornografia infantil”, expressando no nº 2 que a pornografia infantil é qualquer material pornográfico que represente visivelmente: a) Um menor envolvido num comportamento sexual explícito; b) Uma pessoa que aparente ser menor envolvida num comportamento sexual explícito; c) Imagens realísticas que representem um menor envolvido num comportamento

105 BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. ed. rev. atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: Lisa, 1996, pág. 364.

106 Sobre esse aspecto artigo 1º/4 da Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de julho de 2002, relativo à luta contra o tráfico de seres humanos, do artigo 1º/a da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativo a luta contra exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e do artigo 4º/d da Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, de 16 de maio de 2005.

sexualmente explícito. Isso Possibilita cada parte aplicar ou não (todo ou em parte) as letras b) e c) acima descritas, conforme o n°4 do mesmo artigo.

No que se refere à Decisão-Quadro de 2004/68/JAI, essa estabelece que criança é toda pessoa menor de 18 anos (artigo 1º, a), e na continuação da análise dessa ilicitude diz que endente por “Pornografia infantil, qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais (...); ii) pessoas reais com aspecto de criança (...); iii) imagens realistas de crianças não existentes”.

O objeto da pesquisa desta dissertação é a pornografia de menores, tipificada no artigo 176º do Código Penal Português, cujo sujeito passivo (vítima) é uma pessoa menor de 18 anos de idade. Há uma diferenciação na idade, apenas no que tange a agravante. Se a vítima tiver menos de 14 anos, as penas são agravadas pela metade, nos seus limites mínimo e máximo (artigo 177º-7 do CP Português); se a vítima tiver de 14 a 16 anos as penas são agravadas de um terço, nos limite mínimo e máximo (artigo 177º-6 do CP Português). Deve-se observar se, no mesmo comportamento, ocorrerem mais do que uma das circunstâncias agravantes numeradas no artigo 177º, deve ser aplicada a que tiver efeito agravante mais forte, sendo a outra ou as outras valoradas na medida da pena.

Seguindo essa diretiva, a mudança legislativa em Portugal passou a abranger, no n° 3, do artigo 176º do Código Penal Português, a representação realista de menor, estabelecendo: “Quem praticar os actos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.”, conforme transposição da Decisão-Quadro de 2004.

A partir dessa ideia, passaremos a tratar das espécies de crianças e suas diferenças na aplicação da lei penal.

2.1.1. Criança real

Nota-se uma diferença importante neste tipo de crime que é a relação abusador/pedófilo e a vítima criança. Analisando o crime, partindo da ação, de quem comete o ilícito, podemos concluir que esse vez usa de várias artimanhas para ganhar a confiança do menor, mantendo um laço para manipular sua vítima e, assim, cometer o crime ou até usando da força (física ou mesmo psicológica) para suprir seus desejos sexuais com menores.

Mas nem sempre foi este o entendimento. Os psicanalistas, na primeira parte do século XX apontavam como culpada pelo abuso sexual o sujeito que consideramos hoje vítima desse ato. A autora Salter mostra a ideia trazida no artigo *The Experiencing of Sexual Traumas as a Form of Sexual Activity* “em todos eles, o trauma poderia ter sido evitado. As crianças poderiam ter pedido ajuda, fugido ou oferecido resistência em lugar de se sujeitarem à sedução”¹⁰⁷.

Outra ideia que hoje nos deixa estarecidos esta na obra das autoras Maltide W. Rascovsky e A Rascovsky na afirmação: “A consumação efectiva da relação incestuosa... diminui o risco de o indivíduo sofrer de psicose e permite um melhor ajustamento ao mundo exterior”¹⁰⁸.

Nesta linha de pensamento, pode-se perceber também através de uma decisão de um juiz em 1923 que foi trazida na obra de Slovenko: “Esta Maldita rapariga era nova em idade mais velha em pecado e vergonha. Alguns jovens ingénios, cuja vidas, pelo que podemos concluir do relatório, não apresentam

¹⁰⁷ BENDER, Laretta; WEINER, Irvin. *Abraham, K. The Experiencing of Sexual Traumas as a Form of Sexual Activity* pág. 50. *apud* SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003, pág. 58.

¹⁰⁸ RASCOVSKY, M.; RASCOVSKY, A. *On consummated incest. Journal of Psychoanalysis*. 1950 pág. 45. *apud* SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003, pág. 61

outra mácula, caíram sob o poder de sedução... Por que razão deveriam os rapazes, desencaminhados por ela ser sacrificados (ponto de interrogação)¹⁰⁹.

A ideia que a criança violada é a principal responsável pelo seu ataque não permanece apenas em livros e relatos de anos atrás, ainda esta enraizado na sociedade e há quem afirme que as crianças sejam sedutoras e que consentem tais atos.

Hoje, no caso em tese, o conceito da criança real, também chamada por alguns autores como menores de “carne e osso”¹¹⁰, é a pessoa menor de 18 anos vítima da pornografia infantil. É essa criança que tem seu bem jurídico, a liberdade e autodeterminação violada diretamente¹¹¹.

2.1.2. Criança virtual e criança aparente

Em 2004 como já mencionado, a Decisão-Quadro definiu dois novos tipos de pornografia infantil: a pessoa real com aspectos de crianças e a imagem realista de crianças não existentes envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas ou entregando-se aos mesmos. Trataremos as duas formas separadamente.

A pedopornografia incluindo as três formas de crianças, foi adotada nos Estados Unidos da América, em 1966, pela norma chamada de Child

109 SLOVENJO, R. Statutory rape. *Medical Aspects of Human Sexuality* 5, 1971. pág. 158 , apud SALTER, Anna C. pedofilia e outras agressões sexuais. Editora Presença: 2003, pág. 63.
110 COCCO, Giovanni. Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?. Anno XLIX, Fasc. 3, Luglio-Settembre 2006, pág. 875 e 878 e CADOPPI, Alberto. Commentario della norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia. 2006, pág. 153 e s.s.

¹¹¹ A autora Antunes expressa em sua obra sua discordância a respeito do novo limite de 18 anos, “por não encontrarmos quanto a elas qualquer justificação alicerçada na proteção da liberdade e da autodeterminação sexual”. ANTUNES, Maria João. Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual. *Boletim da faculdade de direito*. Vol. LXXXI, Universidade de Coimbra, 2005, pág.65.

Pornography Prevention Act, que tinha como objetivo coibir a pornografia de menores, reprimindo a difusão, posse e visionamento do material.

Esse “Act” estendeu o conceito de pornografia infantil, pautado no avanço tecnológico que fez a pornografia tomar novos meios e novas formas que deveriam ser abrangidas pela legislação criminal americana.

Essa lei americana “proibiu a reprodução, distribuição, venda, recebimento ou posse consciente de imagem que se enquadre na definição legislativa de pornografia de menores, sendo que se define esta como «qualquer representação visível, incluindo fotografia, filme, vídeo, retrato ou imagem ou retrato no computador ou criada no computador que seja ou aparente ser de uma criança envolvida numa conduta sexualmente explícita»”¹¹²

Associações ligadas à indústria pornográfica (*Free Speech coalition*), temendo diminuir suas atividades, por causa da impossibilidade de maiores de 18 anos com aparência de menores de idade participarem de filmes e imagens pornográficas, alegaram a inconstitucionalidade do ato acima referido.

E, em 16 de abril de 2002, na Corte Americana, foi discutido o caso *Ashcroft, Attorney General V. Free Speech Coalition*, a fim de declarar ou não a inconstitucionalidade do *Child Pornography Prevention Act*. O Supremo Tribunal norte-americano declarou a norma uma transgressão a um direito fundamental que é o da liberdade de expressão garantido pela primeira emenda à Constituição.¹¹³

¹¹² LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª ed. rev. modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pág. 156.

¹¹³ Em relação a este caso, ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia, Santos. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Cood. DIAS, Jorge de Figueiredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, pág. 884. Cfr., também ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes. *Julgar. Crimes no seio da família e sobre menores*. Edição da Associação Sindical do Juizes Portugueses. n.º12 (especial), 2010. Pág.214 ss., e PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. *Julgar. Crimes no seio da família e sobre menores*. Edição da Associação Sindical do Juizes Portugueses. n.º12 (especial), 2010, pág. 185 ss. Também NEVES, Liliana Nazaré Lages. *Crimes sexuais contra menores. Pedopornografia real e virtual*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra:

A questão a respeito da liberdade de expressão e a forma como a lei é aplicada será abordada no último capítulo. Deste modo, aqui só apresentaremos neste momento, o polo passivo desse ilícito penal.

Sob investigação da polícia alemã, o caso “Second Life” trouxe a tona mais uma manifestação pedófila na rede mundial de computadores. O jogo que é todo virtual, mostrou atos sexuais com menores, sendo que todos os participantes são pessoas virtuais.¹¹⁴

Com que crime estamos lidando se no caso acima referido, não há uma criança real, o abuso retratado não ocorreu e a vítima (criança) sequer existe fora dos computadores, já que nomes e imagens não coincidem com ninguém que viva fora do mundo cibernético. O mundo retratado no jogo é virtual e suas ações são mera criações de mentes que utilizaram os computadores para se expressar. Então estão apenas exercendo do direito à liberdade de expressão?

Com o caso da Corte Americana entendemos o que é a atividade sexual envolvendo maiores de idade, mas com aspecto de criança em cenas pornográficas. Com o caso “Second Life” apresentamos que é a pornografia infantil com imagens de realista de criança não existentes, também considerada pornografia infantil virtual.¹¹⁵

Coimbra, 2010, pág. 40.; LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*. Editora Almedina, 2004, pág. 63 ss. e LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª ed. rev. modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pág. 157 e ss..

¹¹⁴ Cfr. REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la – O caso do “Second Life”. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. n.º47 dez/jan/2008, Porto Alegre: 2008.

¹¹⁵ *Idem*.

2.2. SUJEITO ATIVO

Para compreender o sujeito em análise, deve-se primeiramente analisar o conceito de pedofilia. E pedofilia quer dizer o quê? Tem sua origem na Grécia, vem da palavra “paidos” que pode ser definido como criança e “philía”, que significa amizade.¹¹⁶

O termo “pedofilia” ficou popularizado quando alguém quer abordar temas como abuso sexual infantil ou qualquer outro crime sexual que envolva criança, mas precisamos deixar claro que, não é considerado crime a pedofilia, e sim as condutas que atingem o direito sexual do menor.

No Manual Diagnósticos e Estatístico de Transtorno Mentais (DSM IV, da Associação Psiquiátrica Americana) o conceito de pedofilia é estabelecido como uma parafilia, um desejo sexual incomum e que “o foco parafilico da Pedofilia envolve atividade sexual com uma criança pré-púbere (geralmente com 13 anos ou menos). O indivíduo com pedofilia deve ter 16 anos ou mais e ser pelo menos 5 anos mais velho do que a criança. Para indivíduos com pedofilia no final da adolescência, não se especifica uma diferença etária precisa, cabendo exercer o julgamento clínico, pois é preciso levar em conta tanto a maturidade sexual da criança quanto a diferença da idade. Os indivíduos com pedofilia geralmente relatam uma atração por crianças meninas, e outros são excitados tanto por meninos quanto por meninas. Os indivíduos que sentem atração pelo sexo feminino geralmente preferem crianças de 10 anos, enquanto aqueles atraídos por meninos preferem, habitualmente, crianças, um pouco mais velhas. A pedofilia envolvendo vítimas femininas é relatada com maior frequência do que a Pedofilia envolvendo meninos. Alguns indivíduos com Pedofilia sentem atração sexual exclusivamente por crianças (Tipo Exclusivos), enquanto outros às vezes sentem atração sexual por adultos (Tipo Não Exclusivo). Os indivíduos, com Pedofilia que atuam segundo seus anseios podem limitar sua atividade a despir

¹¹⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, 1986, pág. 1292 e 778.

e observar a criança, exhibir-se, masturbar-se ou penetram a vagina, boca ou ânus da criança com seus dedos, objetos estranhos ou pênis, utilizando vários graus de força para tal. Essas atividades são geralmente explicadas com desculpas ou racionalizações de que possuem “valor educativo” para a criança, de que esta obtém ‘prazer sexual’ com atos praticados, ou de que a criança foi ‘sexualmente provocante’ – temas comuns também na pornografia pedófila”¹¹⁷.

Deste modo, devemos separa os abusadores, dos pedófilos e dos por muitos autores chamados de traficantes ou mesmo de comerciantes.

2.2.1. Distinção entre o pedófilo, abusador e traficante

A) PEDÓFILOS

Entende-se como pedófilo aquele que, por impúberes possuem um impulso ou mesmo fantasia sexualmente excitantes e recorrentes, em outras palavras, sua atração sexual é ligada à idade.¹¹⁸

Os pedófilos, necessariamente, são abusadores de crianças? Não. Existem pedófilos que guardam seus impulsos e não manifestam qualquer ato tido como aberração sexual ao longo de sua vida ou canalizem seus desejos em atividades chamada por muito de “artísticas”¹¹⁹, mas, é claro,

¹¹⁷AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and statistical Manual of Mental Disorders*. Washington, D.C., 1995, pág. 499.

¹¹⁸ Contrário a este entendimento é o posicionamento do autor José Martins Costa, em sua obra *Sexo, Nexo e Crime*, onde descreve que: “Pedófilo significa, pois, «amante de crianças», no sentido exacto - já que os pedófilos «amam» as crianças. Assim sendo, designa-se por pedofilia o acto de um adulto que tem desejo sexual por crianças, **mas não apenas desejo, tem a intenção de realizá-lo. Uma vez realizado tal desejo, ele entra na categoria de molestador, ou pedófilo.**” (grifo nosso), não entendemos que esse desejo tem que ser realizado para este ser considerado pedófilo. (COSTA, José Martins Barra. *Sexo, Nexo e Crime: teoria e investigação da delinquência sexual*. Lisboa: Editora Colibri, 2003, pág. 229).

¹¹⁹ Em alguns livros é dado como exemplo o do autor Lewins Carrol, escritor do século XIX de muitas obras, dentre elas *Alice no País das Maravilhas* (Cf. ALBUQUERQUE, Afonso. *Minorias eróticas e agressões sexuais*. 1ª ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2006, pág. 158.)

existem os pedófilos abusadores sexuais infantis. O pedófilo é a pessoa que independente se sinta atração por adultos, essa possui uma atração sexual voltada por impúberes.¹²⁰

Esclarecendo, que não há nenhuma pesquisa clara em relação ao abusador pedófilo ter sido vítima na infância, partindo da premissa de que qualquer pesquisa não abrange os pedófilos e sim criminosos acusados, ou mesmo condenados por abuso sexual¹²¹. O segundo ponto é que a maior parte dos criminosos busca outra pessoa para colocar a culpa dos seus atos, sendo assim, ao afirmarem que foram abusados na infância, “deixariam” de ser abusadores para serem vítimas de um ato desumano. Por último, não é compreensivo que uma pessoa por ser vítima (traumatizada), cometa atos que a mesma reprove desde a infância quando esta foi abusada¹²².

A pedofilia normalmente não está ligada à violência, pelo contrário, os pedófilos, para conseguir seduzir o menor, passam a ser amigo das famílias e das vítimas para suprirem suas carências sexuais, por isso é mais raro ligá-los a agressões. Seu perfil normal, em público, esconde suas violações passando este a ter uma vida dupla.

“Os indivíduos podem liminar suas atividades a seus próprios filhos, filhas adotivas ou parentes, ou vitimar crianças de fora de suas famílias. Alguns indivíduos com Pedofilia ameaçam a criança para evitar a revelação de seus atos.

¹²⁰ “Para os clínicos tanto uns como outros necessitam ser avaliados e tratados, ainda que co objetivos diferentes, dada a sua psicopatologia ser diversa. Uma das formas de distinguir estes dois grupos são exames falométricos (uma tecnologia eu permite avaliar as preferência sexuais do homem, pela medição do diâmetro do pênis,, perante estímulos eróticos específicos)”, conforme ALBUQUERQUE, Afonso. *Minorias eróticas e agressões sexuais*. 1ª ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2006, pág. 154.

¹²¹ Seguindo essa mesma ideia, a afirmação que a maioria de pedófilos é do sexo masculino é falha, pois os contatos de mulheres com menores de idade poucas vezes são considerados crimes, deste modo poucas são as denúncias contra mulheres.

¹²² Neste mesmo sentido ALBUQUERQUE, Afonso. *Minorias eróticas e agressões sexuais*. 1ª ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2006, pág. 163. Contrário a este entendimento, CERQUEIRA, Thales Tácio Pontes Luz de Pádua. *Manual do estatuto da criança e do adolescente (teoria e prática)*. 2ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010, pág. 601 a 605;

Outros particularmente aqueles que vitimam crianças com frequência, desenvolvem técnicas complicadas para obterem acesso às crianças, que podem incluir a obtenção da confiança da mãe, casar-se com uma mulher que tenha uma criança atraente, traficar crianças com outros indivíduos pedófilos ou, em casos raros, adotar crianças em países não industrializados ou raptar crianças. Exceto no caso nos quais o transtorno está associado com Sadismo Sexual, o indivíduo pode atender às necessidades da criança para obter afeto, interesse e lealdade e evitar que esta denuncie a atividade sexual. O transtorno geralmente começa na adolescência, embora alguns indivíduos com pedofilia relatem não terem sentido atração por criança até a meia-idade. A frequência do comportamento pedófilo costuma flutuar de acordo com o estresse psicossocial. O curso em geral é crônico, especialmente nos indivíduos atraídos por meninos. A taxa de recidiva para indivíduos com pedofilia envolvendo uma preferência pelo sexo masculino é aproximadamente o dobro daquela para a preferência pelo sexo feminino”¹²³.

Não há, portanto, um estereótipo do *pedófilo*, o qual pode ter qualquer aparência e seu impulso sexual por impúberes jamais ser demonstrado.¹²⁴ São pessoas que agem normalmente, podem ter família, um bom emprego, frequentar a igreja do bairro e ser considerado na sua sociedade como pessoa exemplar e prestativa.¹²⁵

“Quero descrever um molestatador de crianças que eu conheço muito bem. Este indivíduo foi criado por pais que eram cristãos devotos. (...) Era um aluno brilhante no liceu e na universidade. Treinou a liga infantil de basebol. Era maestro do coro da igreja. Nunca tomou estupefacientes. Nunca bebeu

¹²³ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Diagnostic and statistical Manual of Mental Disorders. Washington, D.C., 1995, p.499

¹²⁴ “O pedófilo não é necessariamente um abusador e o abusador não é necessariamente um pedófilo. A maioria dos abusos sexuais não são cometidos por pessoas com quadros clínicos de pedofilia” (FERNANDES, David Augusto. Pedofilia nas redes sociais. *Revista dos Tribunais*, ano 102 – vol. 928– fevereiro de 2013. pág. 260)

¹²⁵ Contrário a este entendimento, o autor Périas descreve o pedófilo, descreve que: “Verifica-se este distúrbio, em sua maioria, envolvendo pessoas de personalidade tímida que sentindo dificuldade ou incapacidade de obter satisfação sexual com mulheres adultas, recorrem às crianças, vez que se aproveitam da ingenuidade ou facilidade de opor-se fisicamente ou moralmente a elas abusando de sua condição física ou da confiança que a criança ou adolescente deposita nela”. (PÉRIAS, Gilberto Rentz. *Pedofilia – Corrupção de menores: Direito Penal*. São Paulo: Vale do Mogi Editora, 2006, pág. 15 e 16)

uma gota de álcool. (...) Era considerado um indivíduo próspero. Mas desde os treze anos de idade que ele molestava sexualmente rapazinhos. Nunca abusava de um desconhecido. Todas as suas vítimas eram suas amigas... Eu conheço este molestador muito bem porque sou eu!”¹²⁶, descrição do Sr. Raines confirmando que o pedófilo não possui um perfil fácil de se diagnosticar apenas analisando a vida em sociedade, usam desse recurso para esconder seus atos ilícitos e molestarem mais vítimas.

Neste contexto, a internet é um campo que atrai muitos pedófilos, pois a facilidade de interação com o mundo diminui a dificuldade em trocar fotos de crianças ou até mais, pagar e escolher o perfil da criança que deseja e o que deve ser feito com a vítima para saciar seu desejo sexual.

O relato do pedófilo, diretor de uma escola primaria, contido no livro “Pedofilia e outras agressões sexuais”, mostra seu foco de atração sexual voltada para a idade da vítima: “Havia alturas em que estava uma, duas ou mesmo três semanas sem molestar ninguém. E havia outras em que molestava diariamente. Duas e três vezes ao dia. Diria que molestei uma média de cinco crianças por semana durante vinte anos...”¹²⁷.

Por fim, concluímos que, não há, um estereotipo do pedófilo, não podendo, assim, afirmar, qualquer detalhe de cunho físico ou mesmo comportamental que se caracterize como sendo de uma pessoa que tem uma parafilia cujo desejo seja voltado a menores de idade. Qualquer pessoa independente de características, pode ser um pedófilo, basta que tenha atração sexual em menores.¹²⁸

¹²⁶ SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003, pág. 45.

¹²⁷ SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003, pág.37.

¹²⁸ Discordamos da forma como o autor Gilberto Périas descreve a pedofilia. Em um primeiro momento diz: “Os casos mais frequentes são de homens casados, pais, padres e religiosos de toda sorte e, pasmem políticos. Em geral estas pessoas são portadoras de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual saudável com pessoas do sexo oposto”, sem fundamentar suas conclusões em nenhum estudo prévio. Por fim, destacamos dedução, em relação aos cônjuges e a pedofilia: “Os casados, pelas dificuldades normais de convivência começam a enjoar um do outro, desejando um relacionamento fora do casamento, entretanto, pelas dificuldades próprias das condições econômicas ou sociais, desenvolvem no seu íntimo o desejo ardente de uma satisfação sexual ideal que não conseguem realizar, pois não encontram formas dentro de si para romper barreiras e dar vazão a seus instintos,

B) ABUSADORES

Grande parte das crianças não revela ter sofrido o abuso, por medo, por não saber que o ato é errado, por culpa, por confiar no abusador e outros motivos, fazendo com que, à vítima, mantenha o silêncio.

O abusador sexual infantil é o adulto que pratica atos sexuais com crianças, podendo ter ou não uma preferência erótica específica por criança. As causas são as mais diversas, podendo ser por causa do momento, visto que o abusador está diante de uma criança e não de um adulto; outro motivo pode ser a falta de sua capacidade mental seja ela por uso de substâncias ou mesmo por uma deficiência... Existe, portanto, uma grande variedade de situações que podem ocasionar o abuso sexual infantil.

O autor David Fernandes utiliza dados do Juizado de Menores (Juiz José Antônio Daltoé Cezar) da cidade de Porto Alegre/RS para apresentar o perfil do abusador, descrevendo como: “Homem, com idade variando entre 30 e 49 anos, que mora junto com a vítima. Este é o perfil da maioria dos agressores em caso de violência ou exploração sexual contra criança e ado lescente. Quanto às vitimas, são majoritariamente meninas (86%) e têm 13 anos ou menos (80%) . Os dados fazem parte do levantamento feito pelo 2 Juizado da Infância de Juventude (JIJ) de Porto Alegre, a partir de 428 ações criminais nas quais as denuncias foram recebidas, entre agosto de 2008 e março de 2011.

especialmente pela reprovação moral que a sociedade lhe impõe. Ele pensa em procurar uma prostituta, mas não tem coragem para isto, incluindo aí os riscos que são inerentes. Situação: é a pessoa insatisfeita e incapaz de uma providência mais satisfatória. Deseja separar-se do cônjuge, as encontra fortes barreiras legais e morais, sentindo-se impotente e fraco. Pela natural confiança, ingenuidade e curiosidade das crianças e adolescente, nutre e acaba dando vazão a seus instintos inferiores, submetendo a criança ou o adolescente, causando com isto, danos físicos e emocionais irreparáveis na mesma.” PÉRIAS, Gilberto Rentz. *Pedofilia – Corrupção de menores: Direito Penal*. São Paulo: Vale do Mogi Editora, 2006, pág.16. Do mesmo modo José Costa: “Este distúrbio ocorre na maioria dos casos em homens de personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Estatisticamente, muitos casos são de homens casados insatisfeitos sexualmente. Geralmente, estes homens são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual saudável com suas companheiras.” (COSTA, José Martins Barra. *Sexo, Nexo e Crime: teoria e investigação da delinquência sexual*. Lisboa: Editora Colibri, 2003, pág. 230 e 247 a 249).

Dentre os réus, 97% são homens, e 52% têm entre 30 e 49 anos. Grande parte das vezes (42%) divide a residência com a vítima, sendo que 21% são padrastos, 17% vizinhos e 8% tios. Em 58% dos casos, acusação é de que a violência ocorreu mais de uma vez (síndrome da adição). A violência sexual constitui 93% dos processos. Somente 6% dizem respeito à exploração sexual, que é o comércio de sexo com adolescente de 14 a 18 anos (quando a vítima tem menos de 14, considera-se violência sexual presumida). O percentual restante (1%) reúne violência e exploração sexual.

Observa-se também que conforme o Sistema de Informação para Infância e Adolescência (Sipia), em 2005, 33,8%^b das agressões foram cometidas pelas mães, 21,6% pelos pais e 5,06% por ambos os cônjuges assim como 10,3% pelos padrastos e madrastas.

Em Belo Horizonte, através de dados do jornal Estado de Minas, de 2005, 70,75% das agressões físicas e sexuais contra menores são praticadas pelos próprios pais (60,4%) ou pelos padrastos e madrastas (10,3%)¹²⁹.

Partindo desse entendimento, é plausível que o abuso sexual infantil cometido no seio familiar é praticado por abusadores não pedófilos, que cometeram esse ilícito penal pela acessibilidade e não para suprir seu prazer por menores.¹³⁰

Na área penal, a diferença do abusador pedófilo e o não pedófilo ainda é tratada, por muitos países, sem qualquer diferença. Os Estados Unidos, diferente de Portugal e do Brasil, entende que apenas a pena restritiva de direitos, presente na maioria de penalidades judiciais, não é o bastante para que iniba a reincidência deste ato de tamanha gravidade, a castração química é vista como a solução, a fim de, coibir esses atos de violência sexual contra menores.

¹²⁹ Cfr. Consultor Jurídico. *Juizado da infância revela perfis de abusadores*. Disponível em: «www.consur.com.br» *apud* FERNANDES, David Augusto. Pedofilia nas redes sociais. *Revista dos Tribunais*, ano 102 – vol. 928 - fevereiro de 2013.

¹³⁰ Cfr. Albuquerque sobre os abusadores não pedófilos explana que “não se sentindo atraídos sexualmente por crianças, abusam-nas por outros motivos (por exemplo, falta de parceiros mais velhos disponíveis, vingar-se da mãe da criança, embriaguez ou intoxicação por drogas, doença orgânica cerebral, abuso patriarcal e violento do poder, procura de estímulos sexuais diferentes, desprezo pelas regras sociais. (ALBUQUERQUE, Afonso. *Minorias eróticas e agressões sexuais*. 1ª ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2006, pág. 151 e 152).

C) TRAFICANTES OU COMERCIANTES

Estas são pessoas que não são necessariamente pedófilos, nem abusadores sexuais, são os chamados traficantes ou comerciantes, pois sua participação no crime visa o lucro, o comércio.

“Fazem comércio do sexo envolvendo esses seres em desenvolvimento. (...) Mas ao contrário do que possa parecer à primeira vista, os exploradores e abusadores sexuais não se confundem com os pedófilos. É importante diferenciar os agressores sexuais portadores e não portadores de pedofilia. E mais, é relevante destacar que nem todos os pedófilos são molestadores de crianças”.¹³¹

Não podemos afirmar que o traficante não pode ser um pedófilo, ou um abusador, pois esse pode atuar em um crime tendo mais de um comportamento. O sujeito pode ser um pedófilo (como já explicamos ter desejo sexual por crianças), pode abusar sexualmente de uma criança e ainda filmar e comercializar as imagens. Portanto, o traficante se distingue pela atuação no comércio ilegal de pornografia infantil.

Para compreender melhor a prática do traficante, o autor Juan Garcia ensina: “En la práctica, el traficante de pornografia infantil se limitaba a recopilar su material, darle forma de ficheros informáticos, bien escaneando las fotografías o utilizando, más adelante, una cámara digital, y crear una página web.”¹³²

¹³¹ GOMES, Daniella Virgínia. *Pedofilia: Aspectos Sociojurídicos e seus Reflexos na Atuação do Ministério Público*. pág. 173. na revista : Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Vol. 1, n 5. Brasília: MPDFT, Procuradoria-Geral de Justiça, 2011.

¹³² ROJO GARCIA, Juan Carlo. La realidade de la pornografia infantil en internet. *Revista de Derecho Penal y criminología*, 2ª época, nº9, 2002, pág. 222.

2.2.2. Castração química

Após a compreensão e distinção entre pedófilos e abusadores sexuais parte-se para o tema que é tido, em alguns países, como o tratamento para conter os abusos sexuais. Há de se esclarecer que existem vários tipos de tratamento, e aqui só mencionaremos a castração química por ser o método mais polêmico nesta esfera.

Partindo da ideia de que o pedófilo possui um distúrbio crônico, e a pena restritiva de direitos não é o bastante para tratá-lo, a conclusão é que a possibilidade de reincidência é grande, pois não foi dado o devido tratamento.

Deve-se pontuar também o fato dos estudos sempre analisarem um grupo prisional de condenados, sendo assim, há portanto, uma distorção na amostragem ao não estudar vários tipos de pedófilos e sim por apenas nos que cometeram algum ilícito penal.

A castração é a privação do homem ou mesmo da mulher de suas glândulas genitais, podendo essa ser a castração química ou mesmo a cirúrgica. A química consiste na aplicação de injeções ou mesmo utilização de comprimidos hormonais para inibir o apetite sexual. Desse modo, alguns preferem utilizar o termo medicação ou farmacoterapia antiandrogênica. Como todas as formas são aceitas escolhemos a mais utilizada nos livros de direito, que é a castração química. A castração cirúrgica possui um caráter definitivo sendo assim é irreversível, permanecendo o indivíduo incapacitado¹³³.

¹³³ Conforme os ensinamentos contidos no livro do Trindade: “Sem dúvida, a questão mais controversa ainda é a castração física que consiste na remoção cirúrgica dos testículos, onde aproximadamente 95% da testosterona é produzida. Nos países em que essa modalidade é aceita primeiro o acusado deve confessar voluntariamente e por escrito a sua culpabilidade em pelo menos dois casos de abuso sexual a menores de 14 anos. Outrossim, necessita ser avaliado para que se certifiquem as suas condições psicológicas, podendo haver arrendimento até o início da operação, mesmo que já concluído o procedimento legal. Não sem apoiadores, a castração física tem merecido muitas críticas devido a sua irreversibilidade e ao princípio fundamental da inviolabilidade física e da integridade corporal”. TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2007, pág. 50.

Já a castração química é um método temporário em que se utilizam fármacos inibidores de libido, constantemente. Os medicamentos mais utilizados são o anitato de cyproterona e o acetato medroxiprogesterona,¹³⁴ que é administrado em injeções e tem a finalidade de inibir o apetite sexual do paciente, reduzindo assim os níveis de testosterona no homem e conseqüentemente de andrógenos no sangue o que, em regra, diminuiria os desejos sexuais.

2.2.2.1. Voluntária ou obrigatória

Em alguns estados americanos, o uso de acetato de medroxiprogesterona está condicionado à liberdade condicional, e sua obrigatoriedade (dependendo do estado) ocorre se a vítima é menor de 12 anos, no caso de incesto, crime hediondo, nos reincidentes ou mesmo para aqueles que o tribunal vislumbre ser necessário. Caso não haja a possibilidade do uso de medicação, a castração cirúrgica é o outro meio fornecido ao condenado, caso não aceite, poderá ser colocado em prisão perpétua.

Não há quem garanta sua eficácia mesmo quando aplicado de forma obrigatória. O tratamento pode ser em pílulas ou injetáveis, mas nada garante o uso correto ou não utilização secundária de testosterona.

Alguns compreendem que em se tratando de pedófilos abusadores, esses devem ser tratados com a castração, sendo essa a única forma de evitar a reincidência de crimes de caráter sexual.

A aplicação da castração em alguns países como a Argentina, Austrália, Estônia, Israel, Moldávia, Nova Zelândia, Polónia, Rússia, República Checa, Alemanha, Coréia do Sul e pelo menos nove estados dos EUA, Califórnia, Florida, Geórgia, Iowa, Louisiana, Montana, Oregon, Texas e

¹³⁴ TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2007, pág. 51.

Wiaconsin têm versões de castrações em suas leis. Outros, como a França estudam a possibilidade para incluir a castração química na sua legislação, a fim de combater as agressões sexuais.

Há de se salientar que, nesses países, existem as duas formas de castração: a química e a física (cirúrgica), a sua aplicação também é feita de maneira diferente, pois umas são obrigatórias e outras voluntárias.

A castração química forçada tem sido chamado de “tratamento desumano” pela Anistia Internacional que afirmando: “À primeira vista, a castração química forçada poderia ser tomado como uma decisão matéria de curso, no entanto, é incompatível com os direitos humanos, que são a base de qualquer sociedade democrática de direito.”(declaração de março Anistia Internacional)

Em 2009, o Conselho da Comissão Anti-Tortura da Europa criticou a República Checa para a sua prática de castração cirúrgica em criminosos sexuais condenados. O comitê descreveu a prática como “invasivo, irreversível e mutiladora”. A mesma comissão pediu para a Alemanha parar de oferecer aos criminosos sexuais a opção de castração cirúrgica, mesmo o procedimento não sendo obrigatório e ser muito raro.

Como na Grã-Bretanha, Suécia e Dinamarca, a possibilidade dos condenados por crimes sexuais utilizarem o programa de castração química não é uma violação de direitos humanos. É uma possibilidade de tratamento voluntária, proporcionando ao recluso uma forma de coibir suas práticas delituosas.

Os efeitos da castração podem ser osteoporose, mudanças na saúde cardiovascular, nos níveis de gordura no sangue, pressão arterial e sintomas que imitam a menopausa das mulheres. Alguns psicólogos alertam que a castração química provoca uma maior agressividade no sujeito e consideram que o distúrbio é psicológico nada mais eficaz que o tratamento com psicólogos para inibir a reincidência em delitos sexuais.

No Brasil, várias foram as tentativas para mudar a legislação penal, a fim de que fosse aplicada, como pena em crimes sexuais, a castração química. Algumas mudanças na legislação brasileira foram apresentadas: em 1997 (n.º 2.725/97 do Dep. Fed. Wilgberto Tartuce)¹³⁵; em 1998 foi apresentada uma Proposta de Emenda Constitucional n.º 590/98 (pela Dep. Fed. Maria Valadão)¹³⁶; em 2002 (n.º 7.0212 do Dep. Wigberto Tartuce)¹³⁷; em 2007 (n. 552/07 do Senador Gerson Camata)¹³⁸; em 2008 (n. 4.399 da Dep. Marina Maggessi)¹³⁹; em 2009 (n. 5122 do Dep. Capitão Assunção)¹⁴⁰, tendo sido arquivadas todas as propostas de alteração.

Vejamos o entendimento do juiz brasileiro André Nicolett: “Para quem se encanta com o fetiche tecnológico e vê na castração química um magnífico avanço da ciência no combate o mal, não custa lembrar que a castração química de pedófilos em tudo se equivale ao corte da mão de quem furta. Desta forma, na essência, a castração química não é uma novidade e sim nada mais é que uma roupagem pós-moderna de penas que vigoraram em tempos remotos, com a Lei do Talião, “olho por olho dente por dente”, e o Alcorão (5:38) que prescreve que “as mãos do ladrão ou da ladra devem ser cortadas”. Que a castração química não seja o nosso castigo de Deus ou de Allah. Oxalá, o direito e a ciência encontrarão uma resposta à pedofilia fundada em uma

¹³⁵ Visava alterar os artigos 213 e 214, estabelecendo a castração química como medida aos crimes sexuais descritos.

¹³⁶ A mudança na Lei Maior era acrescentar à alínea “e”, do inciso XLVII, do art. 5º, que tratava de aplicar a pena de castração para autores reincidentes específicos de crime de pedofilia com estupro.

¹³⁷ Novamente o objetivo do parlamentar em 2002 era alterar os artigos 213 e 214 que visavam sobre estupro e atentado violento ao pudor passando esses a terem como pena a castração química.

¹³⁸ Do mesmo modo, a alteração desejada do Código Penal brasileiro em 2007 era acrescentar o art. 216-B, que tratava de aplicar a castração para o pedófilo (conforme o Código Internacional de Doenças) autor de delitos tipificados nos artigos 213, 214, 218 e 224 do Código Penal Brasileiro. Rediscutidos em 2009, trazia pela nova redação o caráter voluntário independente da pena a ser aplicada.

¹³⁹ O PL sustentava a necessidade de acrescentar o art. 223-A para aplicar a castração química nos pedófilos reincidentes.

¹⁴⁰ Diferente dos demais o PL de 2009 através do acréscimo do art. 52-A, desejava mediante previa autorização por escrito do condenado, dar o direito à progressão de regime antecipada caso este se submeta a castração química. Tendo o PL rejeitado pela Casa Legislativa o autor recorreu e teve se recurso provido pelo Rel.: Dep. Zenaldo Coutinho que relatou que: “a exigência de autorização do condenado para a aplicação dos medicamentos necessários à aplicação do dispositivo dá à proposição um caráter de medida para a ressocialização do preso, que, ao admitir submeter-se ao tratamento, reconhece a necessidade de recuperar-se e de não praticar novamente o mesmo delito.”

racionalidade mais humana, mens veterinária, e admissível pela Constituição”¹⁴¹.

Há quem diga que os efeitos são bastante raros e que a utilização do acetato de medroxiprogesterona é reversível, portanto deve ser utilizada em criminosos sexuais¹⁴².

Também Arthur Guerra Andrade e o médico Danilo Baltieri publicaram um artigo em 2009, afirmando que o tratamento para a pedofilia é eficaz e não traz prejuízos ao paciente, declarando que o tratamento adequado pode amenizar os fatores de risco.¹⁴³

Por fim, finalizamos com a ideia do autor Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo por concordamos com este pensamento: “a única opção seria, uma vez superadas as tentativas de terapia psiquiátrica ou psicológica, a submissão voluntária do sentenciado ao tratamento, não como forma de abrandamento ou substituição de pena, mas como manifestação consciente da necessidade íntima de controle comportamental. Uma opção a ser disponibilizada, sem contrapartida, não apenas para os pedófilos, mas para todos os criminosos sexuais.”¹⁴⁴

¹⁴¹ NICOLETT, A.L. *Castração química: impossibilidade*. Jornal carta Forense, novembro de 2010, B26.

¹⁴² A respeito do procedimento a Revista Época fornece mais detalhes: “A cada 30 dias, o paciente recebe uma injeção de hormônio feminino. Aplicada no músculo do paciente, a substância é liberada na corrente sanguínea. Ao chegar ao sistema nervoso central, ela inibe o efeito da testosterona, o principal hormônio masculino responsável pela libido. Isso diminuí a probabilidade de o paciente ter ereções. A redução do desejo sexual é global, não apenas por crianças.” In AZEVEDO, Solange. Hormônios contra o crime. *Época*. São Paulo, n° 492, pág. 104, 22 de out. 2007.

¹⁴³ BALTIERI, Danilo Antônio; ANDRADE, Arthur Guerra. *Treatment of paraphilie sexual offenders in Brazil: issues and controversies*. Internacional Jornal of Forensic Mental Health, 2009, pág. 218 a 234.

¹⁴⁴ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Castração Química: possibilidade*. Jornal carta Forense, novembro 2010, A26.

3. BEM JURÍDICO PROTEGIDO

O debate a cerca do bem jurídico¹⁴⁵ no direito penal sexual é constante, haja vista, a existência de uma linha divisória muito pequena entre a garantia do direito sexual das pessoas e a da moral¹⁴⁶ e bons costumes ainda enraizada na nossa sociedade.

Nesta trilha, como assevera Mariângela Gomes: “Para um modelo de crime que tenha como conteúdo uma ofensa a um bem de elevada importância social, faz-se necessário, em primeiro lugar, a individualização daquilo que pode ser objeto desta tutela, ou seja, impõe-se que se estabeleçam critérios aptos a identificar, entre os diversos bens existentes no âmbito social, quais podem ser elevados à categoria de bem jurídico penal”¹⁴⁷.

Outros autores definem como bem jurídico aquele que traz um dano à sociedade, o Doutor Figueiredo Dias afirma “a noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado e

¹⁴⁵ Sobre o bem jurídico, DIAS (DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 70) afirma que “é ‘apenas’ o padrão crítico insubstituível e irrenunciável como o qual se deve aferir a legitimação da função social do direito penal no caso com concreto”. Distingue que “acusar a noção de bem jurídico de incapacidade para revelar os exatos contornos do conceito material de crime constituiria, por isso, não só uma flagrante injustiça, como, em último termo, uma afirmação destituída de sentido”. PRADO, afirma, que “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio direito penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”. Ressalta que a dificuldade “... é o de fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder à seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade...” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 17 a 19).

¹⁴⁶ Devendo-se pontuar, que a moral não deve ser objeto de proteção criminal, a tutela criminal partirá dos princípios fundamentais trazidos pela Constituição, sendo esta a base para delimitar de modo racional o âmbito dentro do qual pode o direito penal atuar. O assunto será mais desenvolvido no último capítulo desta obra.

¹⁴⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 90.

apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”¹⁴⁸.

Destarte, que o bem jurídico são valores da sociedade, não são bem criados, preexistem, mas apenas com a tutela jurídica passam a ser bens jurídicos, obedecendo o critério de ser um bem jurídico fundamentais para ser tutelado pelo Direito Penal.

Embasamos nas palavras de Andrade ao falar que “a impressão que a história do bem jurídico é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenómenos de revolução no sentido etimológico (*revolutio*), de retorno ao que se julgava já irrepetivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir aos conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinómico”¹⁴⁹.

Os bens jurídicos nos crimes sexuais só serão violados quando não houver consentimento de um dos polos, com outras palavras, só haverá uma quebra do bem jurídico se a vontade de uma das partes for violada, ou mesmo com consentimento esse não é considerado válido.

Deve haver um distanciamento do que é tido como anormal ou incomum em uma relação sexual, para o que é proibido criminalmente. No campo da liberdade sexual, o legislador não pode considerar ilícito por se basear na moral da sociedade, tem que analisar se existe um bem jurídico que esta sendo violado.

A liberdade é um bem consagrado pela Constituição Portuguesa e a liberdade de se expressar sexualmente deve ser protegida como qualquer outro bem jurídico, devendo assim, ser protegido dois sujeitos, o que tem vontade de realizar um ato que não atinja nenhum bem jurídico e o sujeito que

¹⁴⁸ Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 62.

¹⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico*. In: *Ciclos de estudos de direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1995, pág. 76.

tem o direito de não participar, que não consentiu o seu envolvimento em um ato de cunho sexual.

Autodeterminação sexual tem como objetivo a proteção das pessoas que ainda estão em desenvolvimento, que esta em formação, isso quer dizer, dos menores de idade. Essa atenção especial dado aos menores¹⁵⁰ permite que estes cresçam sem prejudicar o livre desenvolvimento sexual, partindo da ideia que, estes não são capazes de consentir qualquer ato de caráter sexual.

Nesse tipo em questão, elencado no artigo 177º do Código Penal Português, traz uma proteção ao bem jurídico da mesma forma como nos outros crimes dessa secção, visa à proteção da liberdade e autodeterminação sexual.

Outros pontos questionáveis pelas autoras Antunes e Santos é em relação à verdadeira vontade do legislador de criminalizar o comércio de material pornográfico compreendem assim que “numa acepção ampla, havendo uma tutela demasiado longínqua e indeterminada do livre desenvolvimento sexual do menor “de carne e osso” para se poder afirmar que é este o bem jurídico individual protegido pela incriminação”.

Do mesmo modo, as autoras criticam a criminalização de quem adquirir ou detiver fotografia, filme ou gravação pornográficas de menor também afirmam que “estão em causa comportamentos que só de uma forma muito longínqua e indeterminada se podem ainda associar à proteção do bem jurídico individual da liberdade ou da autodeterminação sexual do menor”¹⁵¹.

¹⁵⁰ Existem autores que questionam a proteção da autodeterminação sexual em menores de 14 anos a 18 anos, como ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia, Santos. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Cood. DIAS, Jorge de Figueiredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, pág. 866 e 867 e ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade do menores*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José Farias Costa, 2008, pág. 106 a 110.

¹⁵¹ ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia, Santos. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Cood. DIAS, Jorge de Figueiredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, pág. 880

4. CARACTERÍSTICAS

Infelizmente o crime de pornografia infantil é um tema atual, que acaba atingindo direitos fundamentais e que pelo grande avanço da comunicação, na rede de computadores, resultou em um aumento na proliferação de imagens pornográficas envolvendo menores.

A autora Inês Leite descreve como é a atividade de cada membro e como agem as associações criminosas que tem como foco o tráfico de crianças, *utilização de crianças para cedência a pedófilos* ou para criação de material de pornografia infantil e sua proliferação.¹⁵²

A autora descreve a atividade de cada membro, começando pelos chamados *angariadores*, que têm como papel o de observar, de escolher e de fisgar os menores, podendo esses ser aliciados ou atraídos de várias outras formas ou mesmo raptadas. Acrescenta que esses *angariadores* podem, muitas vezes, abusar sexualmente da criança, mas a atividade pode apenas ser focada em “fisgar” esses menores de idade com o objetivo lucrativo.¹⁵³

Depois de atraído pelos angariadores, o menor pode ser colocado novamente no seio familiar ou entrar no chamado “circuito da pedofilia, desaparecendo”, passando a ser mantido, na maioria das vezes contra sua vontade, em um espaço que posteriormente pode ser trocado, a fim de evitar que a criança seja descoberta.¹⁵⁴

A autora chama essa pessoa, que mantém a criança em um lugar, de *guarda*, ressaltando que, para garantir essas mudanças, o número de participantes dessa associação deve ser grande, para dar suporte e monitoramento aos locais. Salientando a figura do *abusador* nesse grupo que a

¹⁵² LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*. Editora Almedina, 2004, pág. 18.

¹⁵³ *Idem*, pág. 19.

¹⁵⁴ *Idem*, pág. 19.

partir da captura da criança, já pode atuar e de pessoas que apenas fornecem os espaços para manter a criança isolada ou onde são cometidos os abusos.¹⁵⁵

Partindo para o crime de pornografia de menores, existem os *atores* (abusadores) que são os atuam nos vídeos, imagens com a criança; os *produtores e realizadores*, cuja participação pode ser financeira ou prestação de serviços no momento de capturar e produzir o material pornográfico; e, no fim da elaboração, os *distribuidores*, que como o nome já diz, possuem a função de distribuir o produto, já finalizado, para os *consumidores*.¹⁵⁶

Essas redes de pedopornografia virtual visam não somente à obtenção (divulgação) de fotos ou vídeos. Nelas, os pedófilos podem dividir seus prazeres e conselhos, satisfazer seus “egos” e compartilhar informações de crianças, do crime e de outros assuntos relativos à pornografia infantil.

Dentro dessas associações, seus desejos são aceitos e o ato, que é criminoso, passa a ser visto de uma outra forma, pois não causa tamanha estranheza como repercutiria para o restante da sociedade. Os pedófilos se sentem, dessa forma, livres e aceitos por um grupo da população. Juntos podem, mais facilmente, cometer crimes de caráter sexual que envolva menores, pois planejam em grupo, trocam informações de sucessos e de derrotas e, por algumas vezes, são financiados para divulgarem seus atos ilícitos.

Para melhor compreensão das características desse crime passaremos a ilustrar casos que envolvam crianças vítimas de pornografia virtual, nas chamadas “redes pedófilas”.

Destacaremos importantes informações contidas no relatório do 2º Congresso Mundial Contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças (CMESC), realizado 17 e 20 de dezembro de 2001, em Yokohama, no Japão.

¹⁵⁵ LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Editora Almedina, 2004, pág. 19.

¹⁵⁶ LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*. Editora Almedina, 2004, pág. 19.

Com o compromisso de proteger crianças vítimas da exploração infantil, foram apresentadas investigações dos casos “Cathedral” e “Wonderland”, em que redes pedófilas, que atuavam utilizando a rede de computadores nos Estados Unidos e na Europa, foram desarticuladas.

I- “Cathedral”

Em Abril de 1996, originalmente a investigação começou na Califórnia, Estados Unidos da América. No início, ninguém poderia imaginar que um caso isolado tomaria tamanha proporção.

O fato começa em uma visita de uma criança de 10 anos de idade na casa de uma amiga do colégio. Já dentro da casa, a mesma foi obrigada pelo pai da colega a entrar em um quarto, que logo foi trancado, impedindo qualquer fuga da menina. Dentro desse cômodo, o pai, utilizando um computador com acesso a internet e possuindo uma webcam, passou a abusar dessa criança, filmando e transmitindo “ao vivo” para outros internautas, que sugeriam o que deveria ser feito durante o abuso com a menor.

Depois de gravá-las, o pai da amiga da escola, começou a vender essas imagens na Internet. Apenas com o testemunho da criança vítima a polícia pôde investigar para posteriormente o acusado ser condenado a 100 anos de prisão.

II- “Wonderworld” (“Mundo Maravilhoso”)

A partir do caso acima descrito, a polícia, ao analisar o computador do pai da colega da escola, teve acesso a clubes (links), estando no meio destes o “Wonderworld Club”. Muito bem organizado e dividido administrativamente, o clube pedófilo restringia as pessoas que podiam ter acesso, ao aceitar e excluir sócios. A tecnologia nesse site era tão grande, possuindo várias senhas de acesso, que muitos conteúdos e áreas não foram decodificadas.

O conteúdo encontrado pela polícia foi muito grande, chegando a imagens ou vídeos de 1.263 crianças distintas, uma quantidade de 750 mil imagens e 1.800 horas de filme. Descobriram até que um membro possuía

varias crianças detidas em sua casa, para praticar o abuso sexual, recebendo instruções via internet e espalhar pela rede de computadores.

Outros casos de pornografia infantil virtual:

III- Vídeos “snuff” -

Reportagem de vários jornais, como o “The Guardian”, publicaram no ano de 2000, a investigação que descobriu uma rede de pedófilos que abusava sexualmente de crianças, utilizando-as em material pornográfico e, às vezes, torturando-as até a morte para garantir o prazer sexual por trás da tela.¹⁵⁷

A polícia iniciou suas investigações a fim de descobrir o desaparecimento de muitas crianças em circos, parques públicos, escolas, rodoviárias, estações e praças, especialmente na Rússia e seus países vizinhos.¹⁵⁸

Chegou-se assim a uma rede de pedopornografia que tinha sede na Rússia¹⁵⁹, mas que atuava em outros países como Itália, França, Malásia e Grã-Bretanha. Foram encontrados pela Alfândega e pela polícia muitos vídeos em que crianças eram estupradas e mortas. Apenas na Itália foram mais de 3.000 vídeos apreendidos pela polícia italiana.¹⁶⁰

¹⁵⁷ BURKE, Janson; GENTLEMAN, Amelia; WILLAN Philip. British link to 'snuff' videos. *The Guardian*. Sábado 30 de setembro de 2000 <http://www.theguardian.com/uk/2000/oct/01/ameliagentleman.philipwillan>, visualização 29.12.2012 e também na obra de MONTENEGRO, Léo. *Crimes satânicos*. São Paulo: Editora Naós, 2009, pág. 28 e 29.

¹⁵⁸BURKE, Janson; GENTLEMAN, Amelia; WILLAN Philip. British link to 'snuff' videos. *The Guardian*. Sábado 30 de setembro de 2000 <http://www.theguardian.com/uk/2000/oct/01/ameliagentleman.philipwillan>, visualização 29.12.2012 e também na obra de MONTENEGRO, Léo. *Crimes satânicos*. São Paulo: Editora Naós, 2009, pág. 28 e 29.

¹⁵⁹ O autor Gilberto Périas afirma que o maior motivo da Rússia ser o maior fornecedor mundial de pornografia infantil é a fragilidade da legislação. Afirmando que “ela não faz nenhuma distinção entre pornografia infantil e aquela envolvendo adultos. A posse de pornografia para o uso pessoal é sempre legal. Fabricar pornografia de qualquer espécie é um crime menor, ounido com no máximo dois anos de cadeia, sendo um regulamento escrito em termos vagos.” (PÉRIAS, Gilberto Rentz. *Pedofilia – Corrupção de menores: Direito Penal*. São Paulo: Vale do Mogi Editora, 2006, pág. 28 e 29.)

¹⁶⁰ BURKE, Janson; GENTLEMAN, Amelia; WILLAN Philip. British link to 'snuff' videos. *The Guardian*. Sábado 30 de setembro de 2000

Com a investigação, foi identificado Dmitri Vladimirovich Kuznetsov. A casa dele, em Moscou, foi cenário para dezenas de filmes. Lá também foram encontrados dois meninos, material pornográfico e uma lista de clientes na Itália, Alemanha, Estados Unidos e Grã-Bretanha.¹⁶¹

O valor que os pedófilos britânicos pagavam pelos vídeos variavam de £50 a £100; outros valores correspondiam a taxas de acesso a um site que continha material pornográfico infantil extremamente violento.¹⁶²

Dividido em várias categorias, os vídeos “*Snipe*” eram filmes em que as crianças apareciam nuas ou estavam tirando a roupa. As mais cruéis, em que as crianças apareciam sendo torturadas e violentadas até a morte, eram chamados de “*Necros Pedo*”.¹⁶³

IV- “Kova”

Realizada na Espanha, em maio de 2005, a operação *Kova*, desarticulou um grupo que passava por uma organização de *baby-sitters*, composta de 5 pessoas entre os 23 os 43 anos, que abusava sexualmente crianças (uns com aproximadamente 1 ano de idade), aproveitando o momento que os pais saiam de casa e deixavam seus filhos sob seus cuidados.

Utilizavam posteriormente a internet para divulgar seus atos sexuais contra as crianças.¹⁶⁴

Descrevemos e exemplificamos a pornografia infantil virtual que tem como vítima a criança real. Mas lembrando, que a pornografia infantil virtual

<http://www.theguardian.com/uk/2000/oct/01/ameliagentleman.philipwillan> , visualização 29.12.2012.

¹⁶¹ BURKE, Janson; GENTLEMAN, Amelia; WILLAN Philip. British link to 'snuff' videos. *The Guardian*. Sábado 30 de setembro de 2000
<http://www.theguardian.com/uk/2000/oct/01/ameliagentleman.philipwillan> , visualização 29.12.2012.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ Sobre esse caso espanhol, ver ALBUQUERQUE, Afonso. *Minorias eróticas e agressões sexuais*. 1ª ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2006, pág. 159.

pode também ter em seu polo passivo uma representação realista de menor, esta pode conter um adulto que aparente ser criança, como exemplo temos alguns vídeos que pessoas maiores de idade se vestem como crianças e contracenam com adultos em cenas de sexo explícito. E a vítima que já tratamos no tópico relativo aos sujeitos que é a criança criada, de forma total ou parcial, que é a utilização de imagens de crianças, que modificadas a coloquem em cena de sexo explícito com adulto ou a que não contém uma criança, sendo essa pornografia infantil virtual totalmente criada.

**CAPITULO III – ANÁLISE CRÍTICA DA EFICÁCIA DE
PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO NA PORNOGRAFIA INFANTIL
VIRTUAL**

1. ANÁLISE DA DECISÃO QUADRO DE 2004 E A MUDANÇA DO
CÓDIGO PENAL DE 2007

Com o propósito de incentivar a cooperação econômica entre os países europeus foi criada a Comunidade Econômica Europeia em 1958, constituída pelos países: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos.

A aliança deu certo, e a vontade de estender a cooperação econômica entre os países veio junto com a mudança da nomenclatura de Comunidade Econômica Europeia para União Europeia em 1993, com o Tratado de Maastricht. Hoje, a livre circulação entre os países, bens, serviços, a criação de uma moeda única, são resultados de um trabalho de união entre países.

A vontade de coibir, conjuntamente, crimes que atingiam todos os Estados-Membros foi o primeiro passo para a cooperação judiciária em matéria penal. Logo foram criados órgãos especiais a fim de aproximar as legislações nacionais e aplicar regras mínimas entre os Estados-Membros, sendo assim assegurado o princípio de reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciárias.

Proveniente dessa união e ponto importante dessa dissertação, faremos uma breve explicação do que é uma Decisão-Quadro utilizando as palavras da autora Ana Paula Rodrigues: “É utilizada para aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Proposta por iniciativa da Comissão ou de um Estado-Membro, deve ser adotada por

unanimidade. Vincula os Estados-Membros quanto à forma e aos meios para o fazer”¹⁶⁵.

A Decisão-Quadro de 2004/68/JAI do Conselho de 22 de dezembro de 2003 da respeito à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil foi responsável por uma grande mudança nos países da União Europeia.

Buscando coibir a prática de pornografia infantil em uma ação conjunta, a Decisão-Quadro veio exigir duras sanções e determinar alguns conceitos relativos a este tema. Logo em seu artigo 1º, define que criança é “qualquer pessoa menor de 18 anos” e como pornografia infantil como “qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes públicas, ou ii) pessoas reais com aspecto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos, ou iii) imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos”.

Esse novo conceito de pornografia infantil determinou mudanças legislativas dos Estados pertencentes à União Europeia, incluindo Portugal para coibir as práticas de: “a) Produção de pornografia infantil; b) Distribuição, divulgação ou transmissão de pornografia infantil; c) Oferta ou disponibilização de pornografia infantil; d) Aquisição ou posse de pornografia infantil”, seus atos consumados e suas tentativas.

Isso desobrigando os Estados-Membros de responsabilidade criminal em três aspectos. A primeira isenção a respeito da pornografia infantil virtual, desrespeita a imagem aparente, ou seja, parece se tratar de uma criança, mas essa imagem é de uma pessoa de 18 anos ou mais no momento que a imagem

¹⁶⁵ RODRIGUES, Ana Paula. Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital. *Revista do CEJ*. Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade. Número 15, 1.º semestre, 2011, pág. 264.

foi fixada. Ou seja, uma imagem de um adulto que tenha um aspecto de criança e que esteja em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, abrangendo a exibição libidinosa dos seus os órgãos genitais ou partes públicas.

Dispensa os Estados-Membros a criminalizar atos de produção e posses de imagens que tenham crianças reais e adultos com aspecto de crianças, tendo sido tiradas com o seu consentimento e para uso pessoal. Por fim que esses sujeitos passivos já tenham alcançado a maioridade sexual. A respeito do consentimento, esse terá que ser válido, isto é, a imagem não pode ter sido obtida por abuso, portanto, sem o sujeito ativo aproveitar sua superioridade por causa da idade, maturidade, posição estatuto, experiência ou dependência da vítima.

Por fim, os Estados-Membros não são obrigados a considerar crime imagem realista de criança não existente cujo produtor criou e possui, apenas para seu uso pessoal. Destingue que essa imagem não corra risco de divulgação e que esta não tenha sido usada para produção de materiais pornográficos envolvendo, crianças reais ou crianças aparentes.

A polêmica envolvendo esse conceito mais abrangente de pornografia infantil foi tanta que na Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção de Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso sexual, novamente foi descrito quais as infrações penais relativas à pornografia de menores.

São estas: “1. Cada Parte toma as necessárias medidas legislativas ou outras para qualificar como infração penal os seguintes comportamentos doloso, desde eu cometidos de forma ilícita: a) A produção de pornografia de menores; b) A oferta ou disponibilização de pornografia de menores; c) A difusão ou a transmissão de pornografia de menores; d) A procura, para si ou para outrem, de pornografia de menores; e) A posse de pornografia de menores; f) O facto de aceder, conscientemente, através das tecnologias de comunicação e de informação, a pornografia de menores. 2. Para os fins do presente artigo, a expressão « pornografia de menores» designa todo o

material que represente visualmente uma criança envolvida em comportamentos sexualmente explícitos reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança, com fins sexuais. **3. Cada Parte pode reservar-se o direito de não aplicar, no todo ou em parte, a alínea a) do n.º 1, à produção e à posse: - de material pornográfico constituído exclusivamente por representações simuladas ou por imagens realistas de uma criança que não existe; - de material pornográfico implicando menores e tenham atingido a idade referida no n.º2 do artigo 18º, na medida em que essas imagens sejam produzidas e detidas pelos próprios menores, com o seu acordo e para seu uso privado. 4. Cada Parte pode reservar-se o direito de não aplicar, no todo ou em parte, a alínea f) do n.º1.”** (grifos nosso).

Na transposição, o Código Penal Português estabeleceu as medidas necessárias encontradas na Decisão-Quadro de 2004 e na Convenção do Conselho da Europa para Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, em seu artigo 176º já anteriormente mencionado.

Não trouxe como crime a pornografia com pessoas reais com aspecto de crianças, o que era definido também como pornografia no artigo 1º, b), ii) na Decisão-Quadro, consta que esta atividade estava no rol de comportamentos que os Estados-Membros tinham isenção de responsabilidade.

2. BEM JURÍDICO

Simple, seria afirmar que a respeito dos atos criminais elencadas no artigo 176º do Código Penal Português, como nos outros crimes que estão tipificados na secção dos crimes contra a autodeterminação sexual, o bem jurídico visa proteger o livre desenvolvimento da vida sexual do menor de 18, ou seja, a liberdade e autodeterminação sexual da criança, mas a questão é mais complexa.

Várias são as críticas a respeito dessa temática, mas nosso objetivo está focado na criminalização da pornografia infantil com representação realista do menor, também chamada de imagem virtual de pornografia infantil, questionando-se sobre qual o bem jurídico aqui protegido?

O Estado Português ao transpor a Decisão-Quadro utilizou a expressão “material pornográfico com representação realista de menor” que, para alguns doutrinadores, como José Moraz Lopes¹⁶⁶, Ana Rita Alfiate¹⁶⁷ é igual ao trazido pela Decisão-Quadro 2004/68/JAI: significa a pornografia com imagem realista de criança não existente, também chamada de pornografia infantil virtual.

Divergindo dessa ideia as autoras Maria João Antunes e Claudia Santos, dividem o conceito de pornografia infantil virtual em duas partes. Afirmam que o Código Penal Português veio abranger apenas a pornografia infantil virtual parcial, em outras palavras a legislação portuguesa apenas transpôs a pornografia infantil em que é necessária a utilização de tecnologia gráfica e em uma parte a imagem ou parte da imagem do menor.¹⁶⁸

A respeito do bem jurídico tutelado este não é bem determinando, acaba causando muitas dúvidas e poucas certezas a respeito dessa temática.

3. A MORAL E O DIREITO

Um debate antigo é a relação da moral com o direito. É imprescindível tentar distanciar a punição das “condutas moralmente reprováveis ou contrárias

¹⁶⁶ LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª ed. rev. modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pág. 156 e 157.

¹⁶⁷ ALFIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade do menores*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José Farias Costa, 2008, pág. 99 e 100.

¹⁶⁸ ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia, Santos. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Cood. DIAS, Jorge de Figueiredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, pág. 884.

à religião, mas que não causem diretamente um dano a uma pessoa em concreto ou a própria república”¹⁶⁹.

No primeiro capítulo desse estudo, tratamos do desenvolvimento da história dos crimes sexuais em dois países; discorremos a respeito da tentativa que há, mesmo que as vezes frustrada, em afastar a moral e o direito. Desvincular o direito e a moral é uma visão que advém de Hans Kelsen, cujo tese tinha como base um direito apoiado apenas em uma norma, da qual a moral não deveria ser valorada, portanto o direito e a moral em setores de domínio independentes.¹⁷⁰

As ideias de Ferrajoli traduzem como deve ser aplicado o direito e a moral. Em sua obra *Derecho y razón* apresenta que é um requisito fundamental à imoralidade, mas que ela apenas não é motivo para fundamentar politicamente a interferência estatal na vida em sociedade¹⁷¹.

Portanto, é correto dizer, como Paulo Queiroz, que “por mais imorais que sejam ou pareçam ser certos comportamentos, não se justifica a intervenção penal salvo se forem especialmente lesivos ao bem jurídico alheio”¹⁷².

Beccaria, também afirma que “as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos”¹⁷³.

¹⁶⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p.29.

¹⁷⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35.^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, pág. 43.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Ibáñez et al. Madrid: Ed. Trotta, 1995, pág. 222.

¹⁷² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 4.^a ed. compl. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pág. 26.

¹⁷³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrierri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1995, pág. 15.

A polêmica envolvendo o artigo central dessa dissertação, trata de imagens representação realista do menor, não existindo, portanto, a criança chamada por muitos autores de “carne e osso”. Não há, desse modo, uma vítima em concreto, então, há um bem jurídico tutelado sendo violado? E qual o menor que está sendo protegido no seu desenvolvimento e autodeterminação sexual? Não é apenas uma simples censura baseada em moral e bons costumes?

Alfaiate esclarece “a tendência de neocriminalização às quais só um novo fôlego de considerações moralistas pode trazer sustentação. Exemplo dessa tendência é a incriminação das condutas em que, não se utilizando menor, seja utilizada representação realista de menor”¹⁷⁴.

Concluiu afirmando que a descriminalização é a melhor das soluções, pois não podemos aceitar que o bem jurídico aqui protegido seja a moral, pois essa é a única maneira de restituir os direitos fundamentais de intervenção do direito penal.¹⁷⁵

4. PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No decorrer deste trabalho, explanamos vários aspectos a respeito da pornografia infantil virtual, passaremos agora a tratar de conflito dessa ilicitude com a liberdade de expressão.

A Constituição da República Portuguesa fala com clareza em seu artigo 37º sobre a liberdade de expressão, vejamos: “1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de

¹⁷⁴ ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade do menores*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José Farias Costa, 2008, pág. 100.

¹⁷⁵ *Idem*.

ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura. 3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente, nos termos da lei. 4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indenização pelos danos sofridos.”

Consagrado também na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷⁶ e na *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais*¹⁷⁷ o direito à liberdade de expressão tomou uma importância maior com o desenvolvimento da internet. A rapidez e a facilidade de trocar informações na rede precisa de regulamentação para que possamos garantir direitos fundamentais necessários à vida em sociedade.

Nesse contexto, o crime de pornografia infantil virtual estabelece no n° 3, do artigo 176°, que a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência por qualquer meio ou a qualquer título material que contenha uma com representação realista de menor em fotografia, filme ou gravação pornográfica; ou quem adquirir ou detiver materiais com representação realista de menor em fotografia ou gravação pornográfica de menor com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder é punido com pena de prisão de até 2 (dois) anos.

Alguns afirmam que há uma violação à liberdade e autodeterminação sexual do menor, mas há quem considere também uma violação, mas não ao direito sexual da criança e sim a liberdade de expressão, pois há uma repressão da arte. E qual é o limite da arte e da pornografia?

¹⁷⁶ Artigo XIX – “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

¹⁷⁷ Artigo 10.º- 1- “Qualquer pessoa tem direito a liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras (...)”.

Mesmo antes da reforma do Código Penal Português, que reformulou em 2007, o artigo 176º, n.º 3, o debate a cerca da liberdade de expressão no crime de pornografia infantil virtual já dividia opiniões.

A alteração não se limitou ao continente europeu. Nos EUA, em 1996, foi criada a *Child Pornography Prevention Act* (CPPA), que conceituava a pornografia infantil como: “qualquer representação visível, incluindo fotografia, filme, vídeo, retrato ou imagem ou retrato no computador ou criada no computador, que seja ou aparente ser de uma criança envolvida numa conduta sexualmente explícita”.

Contrariada a *Free Speech coalition* (associações de empresas ligadas à indústria pornográfica) ajuizou uma ação contra o Estado Norte Americano por temer a reformulação da sua atividade a partir do novo conceito trazido pela CPPA, haja vista as fotografias, filmes ou gravação de atos sexuais de pessoas maiores de 18, mas que tenham aparência de menores de idade, estarem expressamente proibidas. Afirmou que a CPPA era muito abrangente e vaga, limitava o direito a liberdade de expressão, emanado na Constituição Americana.

O litígio citou até o filme que tem como tema a obra de William Shakespeare, “Romeu e Julieta” e outras obras também foram mencionados como “Beleza Americana” e “Tráfego” para demonstrar que essa regulamentação ia além do pretendido e que atingia a garantia constitucional a liberdade de expressão.

Diante disso, a Suprem Court considerou essa lei inconstitucional, afirmando que “a mera tendência de se expressar ou encorajar actos ilegais não é uma razão suficiente para proibi-lá”¹⁷⁸. Declarou, que não há uma vítima real na pornografia infantil produzida, sendo assim não existe crime, indo além, rejeitando o argumento de que não há como distinguir uma imagem real de imagem criada.

¹⁷⁸ LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª ed. rev. modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pág. 156.

Por sua vez, como já citada a *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais* reconheceu o controle a esta liberdade desde que “necessárias, numa sociedade democrática, à segurança nacional, à integridade territorial ou à segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime, à protecção da saúde e da moral, à protecção da reputação ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”¹⁷⁹.

Para Inês Leite, autora da obra *Pedofilia*¹⁸⁰, a representação realista do menor não deveria ser incluída no Código Penal Português. Divergindo dessa opinião Liliana Neves em sua dissertação de mestrado, é convicta ao afirmar: “na minha opinião e salvo devido respeito por opinião contrária, considero que a pedopornografia virtual realista deve ser penalizada, se inserida ou não no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual não arrisco em opinar, no entanto que se entenda que a pedopornografia virtual realista em nada ataca a liberdade de expressão”¹⁸¹.

A problemática que nós temos hoje são imagens de crianças criadas em computador de tamanha perfeição que nos impede de determinar se estamos diante de uma imagem real ou mesmo criada.

A respeito do direito à liberdade de criação artística, o autor José Lopes, em seu livro, traz expressamente que se opõe a essa ilicitude. O autor vem pontuar, que não é porque as obras não fazem parte dos “padrões de apreciação cultural” que devam ser consideradas como ilícitos penais. Mesmo que por vezes esses atos choquem a sociedade, não caracteriza um crime, que ameaça esses atos incomuns geram para o desenvolvimento da criança?¹⁸²

¹⁷⁹ Artigo 10, n.º 2.

¹⁸⁰ LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*. Editora Almedina, 2004, pág. 55 a 65.

¹⁸¹ NEVES, Liliana Nazaré Lages. *Crimes sexuais contra menores. Pedopornografia real e virtual*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2010, pág. 52.

¹⁸² LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª ed. rev. modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Coimbra: Editora Coimbra, 2008, pág. 157 e 158.

Face a este cenário, Ana Paula Rodrigues, em sua obra, suscita pontos a favor dessa incriminação. Primeiro aponta o perigo de atividades sexuais com crianças reais por meio de divulgação e produção desse tipo de pornografia. O segundo é o aproveitamento desse material para a encorajar outras atividades sexuais envolvendo menores, sendo assim seduzir crianças com a finalidade de produzir pornografia com crianças reais. Prosseguindo, aponta a dificuldade em diferenciar a pornografia com criança real e da virtual e seus mercados. Finaliza afirmando que a ilusão de que os atos da pornografia com crianças virtuais são relações corriqueiras.¹⁸³

A partir dessas análises críticas, abordando tanto os debates no nível europeu quando americano, o que podemos concluir é que não há uma real proteção de um polo vulnerável, quando esse polo nem sequer existe, a criança “de carne e osso”. É muito vaga a relação da pornografia infantil virtual com o cometimento de um abuso real, assim não há de se pontuar de que futuro estamos falando e o que estamos determinando ao criminalizar um ato incomum, que não fere um bem jurídico.¹⁸⁴

É necessário esclarecer que não fere nenhuma criança real a não criminalização da pornografia infantil virtual, mas existe uma limitação real na liberdade de expressão (direito fundamental como já suscitado) ao criminalizar a pornografia infantil virtual.

¹⁸³ RODRIGUES, Ana Paula. Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital. *Revista do CEJ*. Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade. Número 15, 1.º semestre, 2011, pág. 273.

¹⁸⁴ ANTUNES, Maria João. Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação de Menores. *In: Revista do CEJ, n.º8 (especial) – Jornadas sobre a revisão do Código Penal – 1.º semestre de 2008*, pág. 209.

5. OUTRAS POLÊMICAS ENVOLVENDO A PORNOGRAFIA INFANTIL VIRTUAL

Acentuando mais esse debate, é necessário abordar os conceitos de crime de perigo e crime de dano, pois é no crime de perigo abstrato que encontramos a justificativa para a construção do crime de pornografia infantil virtual.

No crime de dano, o legislador, ao descrever o tipo penal descreve uma ação ou omissão que traga dano ao bem jurídico tutelado, desse modo só há ilicitude se houver um dano real ou potencial (tentativa e consumação) ao bem protegido.

Enquanto, o crime de perigo é aquele que o tipo penal descreve apenas um perigo que esse ato representa para um bem jurídico, podendo ser concreto ou abstrato. Diferencia-se o concreto do abstrato ao referir um perigo sucedido (real) de lesão, devendo ser confirmado, já no perigo abstrato (presumido), a ação é perigosa, por isso é considerada ilícita independente de qualquer risco efetivo que esta possa causar.

Por outro ângulo, há quem considere essa norma inconstitucional, há, portanto, uma criminalização de uma atividade e um perigo que realmente exista, contrariando o princípio da intervenção mínima, da ofensividade e o caráter de *extrema ratio*.¹⁸⁵

Em suma, é considerado por muitos doutrinadores o crime de perigo abstrato violador de leis maiores¹⁸⁶. Não há de se falar no Direito Penal

¹⁸⁵ “Desta forma, a utilização legítima do direito penal, no modelo de Estado em vigor, só se faz possível diante de condutas que atentem contra a dignidade humana ou contra os bens e valores que permitam sua existência material. Comportamentos que não afetem esta dignidade não oferecem perigo à funcionalidade do sistema Democrático de Direito, não ofendem as expectativas de uma convivência plural e, portanto, não devem ser objeto de repressão penal”. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução*. São Paulo: RT, 2007, pág. 174).

¹⁸⁶ Segue essa mesma ideia o artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao tratar da liberdade “consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão os que asseguram aos

Garantista e no nosso atual Estado Democrático atos ilícitos que não atinjam um direito real ou um perigo de dano a bens juridicamente tutelados, não podemos desse modo, considerar ilícito atos que apenas sejam considerados cvimorais e pecaminosos.

Partindo para o estudo do princípio da lesividade (“*nulla necessitas sine injuria*”) ou, como também é chamado princípio de proteção de bens jurídicos ou da ofensividade, que nada mais é, que aplicação da norma penal apenas nos casos, em que realmente, haja uma agressão relevante ao bem jurídico; em que exista uma significativa ofensa.¹⁸⁷ não sendo o caso o crime em estudo, conforme descrito no Comentário Conimbricense ao afirmar: “entendido este numa acepção ampla, havendo uma tutela demasiado longínqua e indeterminada ao livre desenvolvimento do direito sexual do menor “de carne e osso” .

Queiroz, em sua obra, afirma que “só podem ser consideradas criminosas as condutas lesivas de bem jurídico alheio (por isso também conhecido como princípio de proteção de bens jurídicos), público ou particular, entendendo-se como tal os pressupostos existenciais e instrumentais de que a pessoa necessita para a sua auto-relização na vida social (Muñoz Conde), não podendo haver criminalização de atos que não ofendam seriamente bem jurídico ou que representem apenas má disposição de interesses próprios...”¹⁸⁸

Por isso, tratamos desse assunto depois de explanar sobre o direito e a moral, pois a base do Princípio a Lesividade é o afastamento da moral e religião do direito penal.

Nessa linha, outro princípio que deve ser descrito é o da Intervenção Mínima (subsidiariedade), determina que o direito penal deve interferir,

outro membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei”. No mesmo sentido as Constituições brasileiras e portuguesas seguem essa interpretação, como também o Código Penal brasileiro em seu artigo 13.

¹⁸⁷ Sobre essa compreensão Nucci menciona que “mínimas ofensas são impotentes para gerar crimes e ofensas a bens irrelevante também são incapazes de produzir infrações penais”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 193.

¹⁸⁸ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. compl. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pág. 58.

minimamente, na vida de cada cidadão, jamais extrair seus direitos e liberdades emanados das constituição e normas de direito internacional. O direito penal não deve ser a *prima ratio*, e sim a *ultima ratio*,¹⁸⁹ do legislador a fim de solucionar conflitos, por isso é subsidiário dos demais ramos do direito.

190

A partir dessa exposição, Mercedes García Arán assevera “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade”¹⁹¹.

O termo ‘subsidiário’ também utilizado para nomear esse princípio, significa o que é acessório, auxiliar, secundário. Pois bem, o direito penal sempre deve ser aplicado, subsidiariamente, em relação aos outros direitos, como o administrativo, civil, trabalhista e os demais ramos. Exaurida as outras medidas punitivas extrapenais, persistindo as ações que lesionem o bem jurídico capazes de interferir na paz social, é necessário a aplicação do direito penal.

A doutrinadora Anabela Rodrigues relata que “na verdade, na mais recente definição do bem jurídico, independente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o do que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e

¹⁸⁹ O direito penal é a ultima opção do legislador para solucionar conflitos e mediar interesses, não pode, deste modo, aplicar a força estatal, vulgarizando-a, o respeito aos princípios constitucionais serve como base para a garantia de um Estado Democrático de Direito. Através da primazia constitucional e equilibrando a liberdade individual e o direito de punir, o princípio da dignidade da pessoa humana é salvaguardado pelo Estado. No mesmo sentido Jhering afirma que “a sociedade recorre à lei quando reconhece que tem precisão do seu auxílio. Esta consideração geral guia-a também quando se trata do estabelecimento de lei penal. A aplicação de uma pena não poderia justificar-se enquanto o direito pode realizar-se por outros meios; a sociedade seria a primeira a sofrer com isso (...) O direito criminal começa onde os interesses as sociedade reclamam o estabelecimento de uma pena; e esta torna-se indispensável quando a boa fé e a probidade nas transações já não podem ser salvaguardadas por outro modo” (JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1950, pág. 379 a 380).

¹⁹⁰ “Não se deve incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional”. Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal. volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, pág. 104.

¹⁹¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi, pág. 36.

não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidade transcendentess”¹⁹². Prossegue seu pensamento dizendo que “a premissa de base continua a ser a de que o hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais. Desta orientação axiológica do sistema constitucional derivaria, pois, um princípio vinculante de política criminal: o direito penal tem por função apenas preservar as condições essenciais a uma pacífica convivência dos indivíduos- cidadãos, só nesta medida logrando, pois legitimidade a intervenção jurídico-penal”¹⁹³.

Concluimos, depois de explanar sobre o principio da subsidiariedade e o principio da lesividade e o entendimento do crime de perigo abstrato que a inclusão da pornografia infantil virtual no crime de pornografia viola direitos fundamentais do direito penal. Visto que, não podemos admitir, que hoje ainda, depois de tanta evolução no direito sexual tenhamos crimes pautados em condutas tidas como imorais, vimos esse crime como um retrocesso das garantias fundamentais.

¹⁹² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 268.

¹⁹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 282 e 283.

CONCLUSÃO

Terminado esse trabalho, verificamos que essa temática a respeito da pornografia infantil virtual é demasiadamente complexa e que uma abordagem completa jamais seria possível em apenas uma dissertação de mestrado.

Não conseguimos vislumbrar a possibilidade de apresentar esse estudo sem primeiramente compreender a história-legislativa, pois, a partir dela, chegamos à legislação que temos hoje.

Traçamos um caminho de fácil compreensão ao leitor para que pudesse, principalmente, distinguir o pedófilo, do abusador e os diferentes tipos de sujeito passivo que a pornografia infantil pode apresentar, descrevendo casos reais para um completo entendimento.

Percorremos todo esse caminho para chegar ao ponto chave da nossa dissertação que foi compreender essa nova incriminação e o bem jurídico em questão. Consultamos e transcrevemos as mais variadas opiniões jurídicas a respeito da liberdade de expressão, moral, princípio da ofensividade, dentre outros pontos.

Visto que a tecnologia gerou uma rapidez e facilidade de comunicação e transferência de dados, a cooperação entre os países para coibir práticas que violem o direito principalmente das crianças, é fundamental para a proteção dos bens jurídicos vitais de qualquer sociedade

Comprendemos o entendimento doutrinário que busca coibir a imagem que envolvam crianças (reais e virtuais) em atos sexuais, da mesma forma, alcançamos a ideia dos que lutam por um direito igualitário, que primam por um bem jurídico definido e direto sempre haja uma pessoa real lesada; inclinamos nossa posição aos que visam, não apenas punir atos não aceitos moralmente, nosso propósito vai além de criar e punir meras condutas.

Sem pois o intuito de esgotar os debates aqui abordados, finaliza-se esta dissertação considerando-a uma pequena contribuição para uma obra

maior, que será a arquitetada, por todos os penalistas, para a proteção e garantias, dos direitos humanitários das crianças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ABRAHAM, K. *The Experiencing of Sexual Traumas as a Form of Sexual Activity* apud: SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003.

ALBUQUERQUE, Afonso. *Minorias eróticas e agressões sexuais*. 1ª ed. Lisboa: Editora Dom Quixote, 2006.

ALBERGARIA, Pedro Soares; LIMA, Pedro Mendes. Julgar. Crimes no seio da família e sobre menores. Edição da Associação Sindical do Juizes Portugueses. nº 12 (especial), 2010.

ALFAIATE, Ana Rita. *A relevância penal da sexualidade do menores*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José Farias Costa, 2008.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and statistical Manual of Mental Disorders*. Washington, D.C., 1995.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec. Lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico. In: *Ciclos de estudos de direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1995.

ANTUNES, Maria João. Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual. *Boletim da faculdade de direito*. Vol. LXXXI, Universidade de Coimbra, 2005.

ANTUNES, Maria João. Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação de Menores. In: *Revista do CEJ, nº8 (especial) – Jornadas sobre a revisão do Código Penal – 1.º semestre de 2008*.

AZEVEDO, Solange. Hormônios contra o crime. *Época*. São Paulo, n° 492, p. 104, 22 de out. 2007.

BALTIERI, Danilo Antônio; ANDRADE, Arthur Guerra. *Treatment of paraphilie sexual offenders in Brazil: issues and controversies*. *Internacional Journal of Forensic Mental Health*, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrierri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1995.

BENDER, Laretta; WEINER, Irvin. *Abraham, K. The Experiencing of Sexual Traumas as a Form of Sexual Activity* apud SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003.

BONNET, Michel. Convention on the Rights of Child. In: *Second Asian Regional Conference on Child Abuse and Neglect*, 1988.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. ed. rev. atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Rena Signer. São Paulo: FTD: Lisa, 1996.

CANOTILHO, Gomes e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4° Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.

CADOPPI, Alberto. *Commentario della norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*. 2006

CARMO, Rui; ALBERTO, Isabel; GUERRA, Paulo. *O abuso sexual de menores – uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

CERQUEIRA, Thales Tácio Pontes Luz de Pádua. *Manual do estatuto da criança e do adolescente (teoria e prática)*. 2ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

COCCO, Giovanni. Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?, *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Série, Anno XLIX, Fasc. 3, Luglio- Settembre 2006.

COSTA, José Martins Barra. *Sexo, Nexo e Crime: teoria e investigação da delinquência sexual*. Lisboa: Editora Colibri, 2003.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Castração Química: possibilidade*. *Jornal carta Forense*, novembro 2010, A26.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar. *Estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo, Atlas, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo (coord.). *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, tomo I, artigos 131º a 201º*. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, David Augusto. Pedofilia nas redes sociais. *Revista dos Tribunais, ano 102 – vol. 928 - fevereiro de 2013*.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Ibáñez et al. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito pena: Parte geral*. Rio de Janeiro: Florense, 1986.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi.

GOMES, Daniella Virgínia. Pedofilia: Aspectos Sociojurídicos e seus Reflexos na Atuação do Ministério Público. In : *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*. Vol. 1, nº 5. Brasília: MPDFT, Procuradoria-Geral de Justiça, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; Bianchini, Alice. *Direito Penal, volume I: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1950.

LEITE, Inês Ferreira. *Pedofilia. Repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infracção*. Editora Almedina, 2004.

Léo. *Crimes satânicos*. São Paulo: Editora Naós, 2009.

LOPES, José Mouraz. *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*. 4ª ed. rev. modificada de acordo com a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 5ª ed. rev. e

atualizada conforme a Lei nº 12.010/09. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

MAGALHÃES, Marcia Cristina Alexandre de. *O factor idade nos crimes sexuais*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, 2009.

MÉNDEZ, Emílio Garcia; BELOFF, Mary. *Infancia, Ley y Democracia en America Latina*, Bogotá: Temis, 2004.

MEIRELLES, Hey Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Por: Azevedo, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE Filho, José Emmanuel. 22ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts.1º a 120 do CP*. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRABETE, Juilo; FABBRINI, Renato. *Código Penal Interpretado*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MPESP, São Paulo (Estado). Ministério Público. *Questões de Direito Civil e o Novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 35.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NEVES, Lílina Nazaré Lages. *Crimes sexuais contra menores. Pedopornografia real e virtual*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2010.

NICOLETT, A.L. *Castração química: impossibilidade*. Jornal carta Forense, novembro de 2010, B26.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4ªed., rev. e atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Julgar. Crimes no seio da família e sobre menores. *Edição da Associação Sindical do Juizes Portugueses*. n.º 12 (especial), 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Da criança e do Adolescente – Uma proposta Interdisciplinar*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

PÉRIAS, Gilberto Rentz. *Pedofilia – Corrupção de menores: Direito Penal*. São Paulo: Vale do Mogi Editora, 2006.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Javoli, 1980.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – parte geral*. 4ª ed. rev. ampl. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

QUIRINO, Matheus Adolfo Gomes. Crimes de perigo abstrato. In: *Revista Jurídica De Jure. Revista Jurídica do Ministério público do Estado de Minas Gerais*. n°15, jul./dez. 2010.

RASCOVSKY, M.; RASCOVSKY, A. *On consummated incest*. Journal of Psychoanalysis. 1950 *apud*: SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003.

REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la – O caso do “Second Life”. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. nº47 dez/jan/2008, Porto Alegre: 2008.

RODRIGUES, Ana Paula. Pornografia de menores: novos desafios na investigação e recolha de prova digital. *Revista do CEJ*. Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade. Número 15, 1.º semestre, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROJO GARCIA, Juan Carlo . La realidade de la pornografia infantil en internet. *Revista de Derecho Penal y criminologia*, 2ª época, nº9, 2002.

ROSSATO, Luciano, Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, Cunha Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado artigo por artigo, lei 8.069/1990*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003.

SLOVENJO, R. Statutory rape. *Medical Aspects of Human Sexuality* 5, 1971. *apud* SALTER, Anna C. *pedofilia e outras agressões sexuais*. Editora Presença: 2003

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2007.

VÉRON, MICHEL. Droit Penal Spécial apud MAGALHÃES, Marcia Cristina Alexandre de. *O factor idade nos crimes sexuais*. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, 2009.

«www.onu.org.br», acesso em 12.12.2013

«www.unicef.org», acesso em 14.12.2013

BURKE, Janson; GENTLEMAN, Amelia; WILLAN Philip. British link to 'snuff' videos. *The Guardian*. Sábado 30 de setembro de 2000 <http://www.theguardian.com/uk/2000/oct/01/amelia Gentleman.philipwillan> , visualização 29.12.2012

Consultor Jurídico. *Juizado da infância revela perfis de abusadores*. Disponível em: «www.consur.com.br» apud FERNANDES, David Augusto. Pedofilia nas redes sociais. *Revista dos Tribunais*, ano 102 – vol. 928 - fevereiro de 2013.