

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 553

REGISTRO E DIVULGAÇÃO DE FOTOS OU FILMAGENS COM EXIBIÇÃO DE GENITAIS DE CRIANÇAS OU ADOLESCENTES – FINALIDADE SEXUAL - ART. 241-E, ECA – CONCEITO QUE ABRANGE QUALQUER FORMA DE EXPLORAÇÃO DA SEXUALIDADE DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO – CONOTAÇÃO OBSCENA OU VEXATÓRIA QUE PRESCINDE DE INTUITO LIBIDINOSO IMEDIATO.

Os ‘fins primordialmente sexuais’ na exibição de órgãos genitais de criança ou adolescente, previstos no art. 241-E da Lei 8068/90, abrangem qualquer forma de exploração da sexualidade da pessoa em desenvolvimento, com conotação obscena, vexatória ou pornográfica, ainda que sem intuito libidinoso imediato.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

Apelação Criminal

nº 0000349-07.2018.8.26.0120

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos de Apelação Criminal nº 0000349-07.2018.8.26.0120, em que figuram como apelados LUCAS SOUZA SANTOS e PAULO HENRIQUE SOUZA SANTOS, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, art. 255, § 2º, do RISTJ e art. 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelos motivos adiante aduzidos:

1 – RESUMO DOS AUTOS

LUCAS SOUZA SANTOS e PAULO HENRIQUE SOUZA SANTOS foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos artigos 240 e 241-A, da Lei nº 8.069/1990, c.c. o artigo 29, ‘caput’, e na forma do artigo 69, do Código Penal.

Isso porque, nas circunstâncias de tempo e lugar mencionadas na denúncia de fls. 136/134, *seguraram a vítima João Victor de Almeida Flausino, à época com 13 anos de idade, pelo pulso e pelo pescoço, bem*

como lhe desferiram um tapa nas nádegas. Em seguida, tiraram a calça da vítima e o **fotografaram despido, registrando sua genitália e nádegas, conforme imagens de fls. 08/09 e 93/97, divulgando-as pela internet, por meio do aplicativo WhatsApp para terceiras pessoas, chegando aos colegas de escola da vítima.**

Os réus foram absolvidos em primeiro grau, ao fundamento de atipicidade, porquanto não fora constatado intuito de satisfação de lascívia na divulgação das fotos.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação, pleiteando o reconhecimento da tipicidade das condutas, já que os tipos penais dos arts. 240 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente não exigem finalidade libidinosa, bastando que evidenciada a conotação sexual.

O recurso recebeu parecer da E. Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento (fls. 271/287).

No entanto, a E. 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao recurso ministerial, entendendo que a exigência de finalidade sexual prevista no art. 241-E, do Estatuto da Criança e do Adolescente implicaria necessidade de ‘intuito libidinoso’ para caracterização dos crimes do art. 240 a 241-D daquele diploma.

Em síntese, entendeu-se que *“comprovado que não houve conotação libidinosa na conduta dos réus, sem o fim primordialmente sexual previsto no artigo 241-E da Lei nº 8.069/90 (ECA), bem andou o Juízo de origem ao, no caso concreto, absolvê-los com lastro no artigo 386, inciso III, do Código de Ritos (atipicidade fática)”*. (fls. 298).

Eis, a íntegra do v. acórdão de fls. 289/298:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**Registro: 2021.0000461747**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000349-07.2018.8.26.0120, da Comarca de Cândido Mota, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados LUCAS SOUZA SANTOS e PAULO HENRIQUE SOUZA SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTAVIO ROCHA (Presidente sem voto), ALBERTO ANDERSON FILHO E FREITAS FILHO.

São Paulo, 16 de junho de 2021.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI**Relator**

Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal nº 0000349-07.2018.8.26.0120

Relator(a): **ADILSON PAUKOSKI SIMONI**Órgão Julgador: **7ª Câmara de Direito Criminal**

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: Lucas Souza Santos e Paulo Henrique Souza Santos

APELAÇÃO CRIMINAL – Artigos 240 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente – Sentença absolutória – Nudez que, por si só, sem conotação obscena e pornográfica, e incontroversa finalidade sexual e libidínica das fotografias, não tipifica o imputado – Ausência do fim primordialmente sexual previsto no artigo 241-E da Lei nº 8.069/90 (ECA) – Presença de animus jocandi, que afasta na hipótese concreta o dolo exigido em casos que tais – Conduta atípica – Absolvção mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO nº 117**Vistos.**

Trata-se de apelação interposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra a r. sentença de fls. 234/238, cujo relatório se adota, que absolveu **Lucas Souza Santos** e **Paulo Henrique Souza Santos** da imputação aos artigos 240 e 241-A, da Lei nº 8.069/1990, c.c. o artigo 29, *caput*, e na forma do artigo 69, do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Sustenta-se, em síntese, que: a) os acusados

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

devem ser condenados, sendo Paulo como incurso nos artigos 240 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, e Lucas apenas no segundo artigo, pois não compartilhou as imagens; b) o laudo pericial de fls. 84/89 demonstra que os réus transmitiram as fotografias da genitália e nádegas da vítima via aplicativo *Whastapp*; c) fotografar o pênis do adolescente e transmitir tal fotografia em rede social não pode caracterizar apenas uma brincadeira.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 256/265).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 271/287).

É o relatório.

O recurso do *Parquet*, em *face do contexto probatório*, não comporta provimento.

Com efeito, consta da denúncia que, em data incerta, mas possivelmente em 02 de outubro de 2017, conforme fls. 90/97, na Rua Manoel Simões Garrido, n.º. 139, no município e comarca de Cândido Mota, **Lucas Souza Santos** e **Paulo Henrique Souza Santos**, fotografaram cena pornográfica envolvendo adolescente. Consta, ainda, que nas mesmas condições de tempo e local especificados acima, Lucas Souza Santos e Paulo Henrique Souza Santos transmitiram fotografias, por meio de sistema de informática, contendo cenas pornográficas envolvendo adolescente.

Porém, o réu Paulo Henrique, interrogado em Juízo, disse que o caso *se tratou de uma brincadeira de mal gosto* que fizeram na roça. Tirou a foto da vítima e imediatamente a *encaminhou para o genitor do adolescente*. Não fez por maldade, mas como

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

brincadeira. A vítima estava jogando torrões no depoente enquanto ele trabalhava, então lhe disse que se continuasse tirariam sua calça. Ele continuou jogando torrões, sendo que fez essa brincadeira com ele. Não sabe como as fotos circularam. Apenas a encaminhou para o pai da vítima. Foi o depoente quem tirou as fotos, sendo que toda a ação durou dois minutos apenas. Continuaram tendo contato depois deste dia e nunca comentaram nada. Ficou sabendo posteriormente o que ocorreu na escola e o pai da vítima lhe informou que sua esposa procurou o Conselho Tutelar. Ficou sabendo do problema que a vítima estava tendo na escola apenas quando foi intimado a ir na delegacia e depois disso que conversou sobre o assunto com o pai dela. A situação ocorreu entre agosto e setembro, durante a época de colheita de milho e acredita que ficou sabendo do problema uns 06 meses depois. Continuam convivendo normalmente. Estavam na propriedade da sua família cuidando da lavoura e o pai da vítima também é agricultor e estava no local para fazer o transporte de grãos. Lucas foi quem segurou a vítima. Passou as fotografias para o pai da vítima e para o Sr. Arlindo que também trabalhava no local. Não sabe se transmitiu as fotografias no mesmo dia, se recordando que foi rápido. Lucas não sabia que o réu tinha transmitido as fotografias e não falou para o interrogado fizesse isso. A pessoa de Zé Paulo identificada como destinatário das fotos pela perícia é o pai da vítima. Não imaginou a repercussão da situação e fez tudo na inocência. Em nenhum momento deram palmadas na bunda da vítima e ninguém estava fazendo uso de bebida alcoólica. Tirou as fotos para mostrar para o pai da vítima diante do comportamento dela enquanto trabalhavam para que o genitor ficasse ciente do que tinha ocorrido.

Interrogado em Juízo, o corréu Lucas disse que tudo foi uma brincadeira. A vítima estava brincando, “atentando” o interrogando e os outros trabalhadores e, diante disso, seguraram-na e tiraram-lhe a calça, tiraram a fotografia e logo soltaram. Continuaram ali mesmo brincando, sendo que a *vítima não reclamou nem ficou irritada*. Depois, Paulo Henrique *mandou a foto para o pai da vítima*, sendo que ouviu quando Paulo Henrique disse para a vítima que iria mandar as fotos para o pai dele para mostrar o que ele estava fazendo, “atentando”

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

durante o trabalho. Não sabe se Paulo Henrique mandou as fotos na mesma hora ou se foi depois. Só ficou sabendo que a situação gerou um problema com a vítima depois que foram intimados. Depois dos fatos, **continuaram convivendo normalmente com a família da vítima.** Confirma que segurou a vítima e seu irmão tirou as fotos com o celular dele. Não viu Paulo Henrique mandando as fotos e depois ele comentou que tinha enviado. Não sabe se foi transmitida fotografia a outras pessoas, sendo que o Sr. Arlindo era funcionário e estava no local. Na hora nem imaginava nas consequências sendo que apenas estavam brincando e não foi o interrogando quem tirou as fotos. Ninguém deu palmadas nas nádegas da vítima ou ingeriu bebida alcoólica. **Falaram com o pai da vítima sobre o comportamento do filho que disse em tom de brincadeira para que tirassem as calças dele se ele desse muito trabalho.** Sente muito pelo ocorrido e pede desculpas pela situação que ocorreu apenas por brincadeira e não imaginava as consequências que poderiam ter ocorrido.

A vítima, ouvida em juízo, disse que na data dos fatos tinha ido para a roça com o pai, que estava descarregando o caminhão, tendo o declarante ficado com os réus. Começou a jogar milho neles, que pegaram o declarante e baixaram suas calças. Lucas lhe segurou e Paulo tirou as fotos, sendo que **tudo foi muito rápido** e logo o soltaram. O declarante vestiu as calças e depois ficaram todos lá, conversando “de boa”. **Não ficou bravo com eles.** Uns 10 minutos depois, o pai chegou e foram embora de caminhão, junto com Arlindo, que era um funcionário que trabalhava com o pai. Não se lembra se Arlindo viu a situação. Contou para o genitor o ocorrido assim que estavam indo embora. Falou ao pai o que tinha acontecido, dizendo apenas que estava tacando milho neles, que reagiram tirando suas calças. Não se recorda de ter contado sobre as fotos, sendo que acha que nem tinha reparado que haviam tirado fotos. Depois que começaram a lhe atormentar na escola é que contou para sua mãe também. Quando contou ao genitor, não lembra se ele chegou a falar alguma coisa, sendo que **ele reagiu de forma tranquila, entendendo que o declarante tinha levado a situação na brincadeira.** Quando a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

situação chegou na escola, o declarante começou a se incomodar, porque lhe “zuavam” na sala e então reclamou com a genitora. Só viu as fotos depois que os amigos começaram a lhe “zuar” na escola. Os réus são amigos do pai do declarante e depois dos fatos a convivência com eles não mudou. Falava com a mãe que não queria ir à escola, mas não deixou de ir por causa da situação. Já fazia acompanhamento psicológico antes dos fatos. **As provocações na escola duraram cerca de 04 dias**, sendo que depois que a genitora conversou na escola o problema foi resolvido. Eram apenas uns 02 ou 04 amigos da escola que o incomodavam com as fotos.

A testemunha José Paulo Flauzino, ouvido em juízo, disse que, quando o filho não tem aulas, o leva para o sítio onde trabalha. O depoente e os réus são amigos e estavam todos no local. Enquanto trabalhava, eles estavam brincando de tacar milho um no outro e **durante a brincadeira abaixaram as calças do adolescente**. Não viu a cena. Quando estavam vindo embora, o filho comentou que os acusados tiraram a calça dele, dizendo que teria começado a jogar milho neles e eles reagiram à brincadeira pegando o adolescente e abaixando suas calças. O problema foi que as fotografias foram parar na escola e os amigos dele começaram a tirar sarro. A escola chamou sua esposa, que então prestou queixa, sendo que a intenção foi que cessassem com as provocações no colégio. Acredita que entre a data do fato e o registro da ocorrência tenha passado mais de 02 ou 03 meses. Paulo pediu desculpas para a vítima. Ele não comentou sobre as fotos, mas apenas sobre os acontecimentos, dizendo que foi uma brincadeira. Não se recorda se ele chegou a comentar sobre as fotos. Não se lembra de ter conversado com Lucas sobre o assunto. Não sabe como as fotos foram transmitidas. Nem mesmo a vítima, filho do depoente, se recorda ao certo como foi tirada. Não é verdade que tenha mandado os réus tirar as calças do filho, mas é verdade que o filho é brincalhão. **É verdade que recebeu as fotografias de Paulo**, mas não se recorda se isso foi antes ou depois da reclamação na escola. A relação de amizade com os réus continuou da mesma forma, sendo que **os acusados se empenharam para retirar as fotos**. Sabe que **foi uma brincadeira** entre eles na roça e que não fizeram isso de forma

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

intencional.

A testemunha de acusação, Flávia Gava de Almeida Flauzino, ouvida em juízo, disse que ficou sabendo dos fatos porque o filho começou a chegar chorando da escola, não queria ir mais, estava sofrendo **bullying** por causa da fotografia. Não estava na propriedade e no local quando ocorreu. Ficou muito preocupada pela exposição do filho. Primeiro, foi ao Conselho Tutelar, que disseram que a declarante tinha que ir à delegacia registrar uma ocorrência. O único problema que o filho teve com as fotografias foram as provocações que sofria na escola e dos amigos do futebol. A situação na escola se resolveu em uma semana. O filho já fazia tratamento psiquiátrico antes dos fatos. Não queria prejudicar ninguém, só pretendia que o **bullying** na escola cessasse. Já conhecia os réus e tinha mais contato com o Paulo, sabendo que **são pessoas honestas e boas**. A situação não afetou o tratamento do filho, sendo que foi tudo muito rápido. Conversou com o filho sobre as fotos e ele disse que estava jogando pedrinhas nos meninos, que o mandavam parar, e que “estava atentando” os réus e aconteceu a situação. O filho não ligou para o que tinha ocorrido na ocasião, somente passou a reclamar quando os amigos começaram a lhe provocar. Não sabe quanto tempo ao certo a situação teria ocorrido antes de registrar a ocorrência. Registrou a ocorrência na mesma semana e acreditava que os fatos eram recentes. O filho não mudou de escola ou suas amizades depois da ocorrência.

A testemunha Márcia Regina Almeida Odorizzi, ouvida em juízo, disse que foi procurada pela irmã, mãe da vítima, para ajudar-lhe sobre a questão. Foi com a irmã ao Conselho Tutelar para se orientar, sendo que disseram que poderiam bloquear a transmissão das fotos, mas que era necessário que registrassem boletim de ocorrência. Soube que o adolescente estava na roça acompanhando o pai e **em uma brincadeira** aconteceu essa foto. Na época, a vítima comentou que estava brincando com o pessoal, “enchendo o saco”, jogando pedrinha, e que os réus disseram que ele parasse ou então abaixariam as calças dele e que foi isso que aconteceu. Foi a própria vítima quem lhe contou. O problema

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

se resolveu assim que foram ao Conselho Tutelar e na delegacia.

Portanto, infere-se de **todas** as pessoas ouvidas em Juízo, incluindo da vítima e de seus genitores, que a fotografia foi tirada durante uma “brincadeira”.

Inclusive, da imagem acostada à fl. 08 não se denota a presença de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas. Não se trata de cena de pornografia ou sexo explícito.

Aliás, o artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente **explicita o alcance da expressão** “cena de sexo explícito ou **pornográfica**”:

“Art. 241-E. **Para efeito dos crimes previstos nesta Lei**, a expressão 'cena de sexo explícito ou **pornográfica**' compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, **ou exibição dos órgãos genitais** de uma criança ou adolescente **para fins primordialmente sexuais**”.

É dizer, apesar de o adolescente ter sido fotografado nu, o **contexto fático-probatório** demonstra que não houve **fim primordialmente sexual** — elemento volitivo reclamado na espécie —, mas apenas **animus jocandi**.

A propósito, a conotação jocosa foi demonstrada inclusive no laudo pericial, que evidenciou que a fotografia foi encaminhada **ao genitor do adolescente** juntamente com a seguinte frase: **“pessoa encheu o saco na roça, nós tira a calça e tira foto agora”** (*sic* - fls. 105).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Note-se, por exemplo, que é muito comum genitores fotografarem seus filhos nus e nem por isto suas condutas são típicas, pois ausente o *fim primordialmente sexual* legislado.

A respeito, o **Superior Tribunal de Justiça**, *mutatis mutandis*:

“A definição legal de pornografia infantil apresentada pelo artigo 241- E do Estatuto da Criança e do Adolescente não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), tratando-se de norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos criados pela Lei nº 11.829/2008, sem contudo restringir-lhes o alcance. **É típica** a conduta de fotografar cena **pornográfica** (art. 241-B do ECA) e de armazenar fotografias **de conteúdo pornográfico** envolvendo criança ou adolescente (art. 240 do ECA) **na hipótese em que restar incontroversa a finalidade sexual e libidinosa das fotografias**, com enfoque nos órgãos genitais das vítimas — ainda que cobertos por peças de roupas —, e de poses nitidamente sensuais, em que **explorada sua sexualidade com conotação obscena e pornográfica**” (REsp 1543267/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015).

Também este **Tribunal de Justiça**:

“**Não é** o simples fato de fotografar ou filmar uma criança sem roupa, ou parcialmente despida, **que tipifica** infração penal. **É necessário dolo, ou seja, vontade livre e consciente de expor a criança com conotação libidinosa.** Fosse ao contrário, ou seja, o simples fato de fotografar uma criança despida tipificasse o crime, médicos, enfermeiras e principalmente pais e mães que filmam os partos dos filhos, teriam cometido infração penal. Em momento algum se

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vislumbra que a *intenção* do recorrente fosse expor a criança e que as fotografias ou filmagens tivessem *conotação libidinosa*. Portanto, imperativa a manutenção da sentença absolutória” (Apelação nº 0015864-94.2014.8.26.0032, Relator Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO, 7ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 11/08/2016).

Na Doutrina, Rafael Schwez Kurkowski observa, *mutatis mutandis*:

“Já se a *exibição* dos órgãos *genitais* da criança e adolescente tiver *finalidade científica*, o fato *é atípico*” (Leis Penais Especiais Comentadas. Coordenadores: Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza, 4ª ed., Juspodivm, 2021).

Desta forma, comprovado que não houve conotação libidinosa na conduta dos réus, sem o *fim primordialmente sexual* previsto *no artigo 241-E da Lei nº 8.069/90 (ECA)*, bem andou o Juízo de origem ao, *no caso concreto*, absolvê-los com lastro no artigo 386, inciso III, do Código de Ritos (*atipicidade fática*).

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso interposto, mantendo-se, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a r. sentença prolatada.

É como voto.

ADILSON PAUKOSKI SIMONI
Relator

Assim decidindo, a Egrégia Corte Paulista contrariou e negou vigência ao disposto nos art. 240, 'caput', 241-A, 'caput' e 241-E, do Estatuto da Criança e do Adolescente, autorizando o presente inconformismo, com base na alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF, com a seguinte tese:

"Os 'fins primordialmente sexuais' na exibição de órgãos genitais de criança ou adolescente, previstos no art. 241-E da Lei 8068/90, abrangem qualquer forma de exploração da sexualidade da pessoa em desenvolvimento, com conotação obscena, vexatória ou pornográfica, ainda que sem intuito libidinoso imediato".

2. DA CONTRARIEDADE OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL (art. 240, 'caput', 241-A, 'caput' e 241-E, DO ECA)

Os arts. 240, 'caput', 241-A, 'caput' e 241-E, da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estão assim redigidos:

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

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

...

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

...

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão "cena de sexo explícito ou pornográfica" compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais. (destacamos)

Os dispositivos em questão têm por objetivo tutelar a **dignidade sexual da pessoa em desenvolvimento**, impedindo que fotos ou filmagens sejam utilizadas como **exploração de sua sexualidade**.

Nas palavras de VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, o tipo penal visa à “*preservação da moral sexual e da dignidade sexual das crianças e adolescentes*”¹.

Quando se fala de sexualidade, deve-se ter o cuidado de entendê-la em toda sua amplitude. O conceito abrange aspectos que vão desde as características anatômicas, a **intimidade**, as diferenças fisiológicas, assim como os comportamentos sexuais. Não se limita, portanto, à *lascívia*.

Desde 2002, a Organização Mundial de Saúde definiu o conceito de *sexualidade*²:

“Sexualidade é um aspecto central do ser humano durante toda sua vida e abrange o sexo, as identidades e os papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. A sexualidade é experimentada e expressada nos pensamentos, nas fantasias, nos desejos, na opinião, nas atitudes, nos valores, nos comportamentos, nas práticas, nos papéis e nos relacionamentos. Embora a sexualidade possa incluir todas estas dimensões, nem todas são sempre experimentadas ou expressadas. A sexualidade é influenciada pela interação de fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, cultural, éticos, legais, históricos, religiosos e espirituais”. (destacamos)

Em complemento, VERA LÚCIA DO AMARAL esclarece:

“o conceito de sexualidade é muito mais amplo e, por suas características, restringe-se ao ser humano. É esse conceito amplo que lhe permite ser tema de interesse multidisciplinar, em que a Biologia e a Medicina dão conta dos aspectos anatômicos e fisiológicos, a História e a Sociologia discutem os comportamentos sexuais e suas origens, a Antropologia observa a sua evolução cultural, a Psicologia, por sua vez, tem se interessado em analisar os sentimentos envolvidos e como ela se desenvolve no indivíduo”.

¹ Gonçalves, Victor Eduardo Rios, ‘Legislação Penal Especial’ – vol. 24 – tomo II – 4ª. ed. – São Paulo : Saraiva; 2018. p. 30.

² Amaral, Vera Lúcia do, ‘Psicologia da Educação’ - Natal, RN: EDUFRN, 2007, p.3.

Da mesma forma que a sexualidade abrange diversos aspectos do ser humano (não se restringindo à atividade lasciva), a exploração da sexualidade tampouco se restringe à sua indevida utilização para fins lascivos.

Com efeito, como visto, um dos aspectos relevantes da sexualidade é a **intimidade** do ser humano, que tem o **direito de não ter seus órgãos sexuais e partes pudicas exibidas em público**. Uma indesejável restrição da tutela ao bem jurídico da 'sexualidade', sobre esse aspecto, por certo, tornaria ineficaz o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal), o direito fundamental à intimidade (art. 5º, X, Constituição Federal) e, em especial, a proteção integral da pessoa em desenvolvimento (art. 1º, Lei 8069/90).

É evidente, portanto, que os artigos 240 a 241-D devem ser aplicados sempre tendo em conta a integral proteção dos bens jurídicos tutelados. Nessa esteira, o legislador buscou deixar clara a ampla proteção à sexualidade da criança ou adolescente, que deverá abranger "qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas", mas também situações que envolvam "exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente **para fins primordialmente sexuais**".

A mens legis do dispositivo é clara: no caso de exibição de órgãos genitais de uma criança ou adolescente a lei os protegerá de qualquer atentado à sua sexualidade.

Em outras palavras, quis a lei resguardar a sexualidade da pessoa em desenvolvimento contra quaisquer atos com conotação obscena, vexatória ou pornográfica, ainda que sem intuito libidinoso imediato.

No caso concreto, fotos do genital e nádegas de um adolescente impúbere foram tiradas à força e divulgadas pela internet, em rede social, com ampla repercussão na escola do infante, que teve sérias consequências psicossociais da conduta. Houve violenta agressão à sua intimidade sexual que dificilmente poderá ser reparada. **A exposição avassaladora da intimidade sexual do jovem garoto (não negada, aliás, pelo v. acórdão), restou clara. Evidente a finalidade de expor a sexualidade do menino, conformando-se aos termos do art. 241-E, ECA.**

Excluir da tutela penal o direito à intimidade sexual de crianças e adolescentes ao argumento de que ‘só teriam direito a essa tutela se o intuito do agressor fosse movido por libido’ não nos parece adequado à *mens legis* dos dispositivos penais apontados.

O direito à tutela da sexualidade não pode, evidentemente, depender do que se supõe ser o ânimo do agressor (muitas vezes oculto ou camuflado por supostas finalidades lúdicas ou jocosas).

Do contrário, se estaria a admitir uma tutela apenas parcial de um bem jurídico, com clara afronta ao intuito da lei e mácula ao princípio da proibição da proteção deficiente.

A respeito, importante mencionar o voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES, no Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS:

"Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

"Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador." (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso [Übermassverbot] à proibição de proteção deficiente [Untermassverbot] ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, mar. 2005, p. 180).

No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet:

'A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.' (SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 98, jun. 2005, p. 107)

E continua o Professor Ingo Sarlet:

'A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nesta dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo).'' (SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 98, jun. 2005, p. 132)."

Ao negar tipicidade às condutas dos réus, que inegavelmente expuseram em redes sociais fotos de adolescente impúbere nu, **focados na exposição de sua sexualidade** (ainda que sem intuito lascivo imediato), o v. acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo **negou vigência** à *mens legis* dos arts. 240, 'caput', 241-A, 'caput' e 241-E, da Lei 8069/90.

Assim, o caso passou a se enquadrar perfeitamente na lição do saudoso Ministro ALIOMAR BALEIRO, para quem **"... denega-se vigência de lei não só quando se diz que esta não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro"** (RTJ 48/788).

Ou, no mesmo sentido, **"... equivale negar vigência o fato de o julgador negar aplicação a dispositivo específico, único aplicável à**

hipótese, quer ignorando-o, quer aplicando outro inadequado” (REsp 63.816, RTJ 51/126).

3. DO PEDIDO

Ante o exposto, demonstrada a contrariedade e negativa de vigência a dispositivos de lei federal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO aguarda seja **deferido o processamento** do presente **RECURSO ESPECIAL**, a fim de que, submetido à elevada apreciação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mereça **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO**, para reforma do v. acórdão para que se reconheça a tipicidade das condutas praticadas pelos réus, independente do intuito libidinoso imediato, **porquanto reconhecida a exploração e exposição da sexualidade da pessoa em desenvolvimento, com conotação obscena e vexatória**, condenando-se PAULO HENRIQUE como incurso nos artigos 240 e 241-A, da Lei 8.069/1990, na forma do artigo 69, do Código Penal, e LUCAS como incurso no artigo 240, da Lei 8.069/1990.

São Paulo, 24 de junho de 2021.

MARCUS PATRICK DE OLIVEIRA MANFRIN

PROMOTOR DE JUSTIÇA DESIGNADO

(PORTARIA Nº 6097/2016 – DOESP DE 02.06.2016)³

³http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2016/DO_02-06-2016.html